

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

La responsabilité pénale du dirigeant ou du membre actif d'une ASBL à la suite de la loi du 4 mai 1999 instaurant la responsabilité pénale des personnes morales

Delvaux, Marie-Amelie

Published in:

La responsabilité des dirigeants d'ASBL

Publication date:

2008

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Delvaux, M-A 2008, La responsabilité pénale du dirigeant ou du membre actif d'une ASBL à la suite de la loi du 4 mai 1999 instaurant la responsabilité pénale des personnes morales. dans La responsabilité des dirigeants d'ASBL. Les Dossiers d'ASBL Actualités, numéro 5, Edipro, Liège, pp. 195-220.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

La responsabilité pénale du
dirigeant ou du membre actif d'une
ASBL à la suite de la loi du 4 mai
1999 instaurant la responsabilité
pénale des personnes morales

Me Marie Amélie DELVAUX

*Avocate au Barreau de Namur - Cabinet DELVAUX, VAN de LAER, ROSIER & GILSON
Maître de conférences aux FUNDP*

L'infraction commise par une personne physique dans le cadre¹ d'une association sans but lucratif s'identifie-t-elle à une «simple» infraction ou doit-elle être appréhendée de manière particulière ?

Cette question offre l'occasion de faire le point sur la problématique de la sanction pénale des infractions commises par une personne physique et/ou par une personne morale à la suite de l'entrée en vigueur de la loi du 4 mai 1999 instaurant la responsabilité pénale des personnes morales.

Après avoir tracé les grandes lignes du régime de responsabilité pénale mis en place (point 1.), nous examinerons la responsabilité individuelle de l'«agent délinquant» au sein d'une personne morale (point 2.) puis la question particulière de l'imputation légale de l'infraction (point 3.).

I. Une (r)évolution législative

En réintroduisant un article 5 dans le Code pénal, la loi du 4 mai 1999 instaurant la responsabilité pénale des personnes morales² a marqué une étape cruciale dans l'évolution du droit pénal des groupements³.

¹ A ce stade, c'est volontairement que nous recourons à une expression encore vague.

² M.B., 22/06/1999, pp. 23 411 et s.

Sur l'ensemble de cette nouvelle législation et ses implications pratiques, les lectures suivantes sont proposées :

- H-D. BOSLY et Th. BOSLY, «Le nouveau droit pénal des sociétés», actes du colloque intitulé *Le nouveau code des sociétés* organisé le 24/11/1999 à l'UCL, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 331 à 361;
- P. HAMER, «De strafrechtelijke aansprakelijkheid van rechtspersonen : principes», actes du colloque *Recyclage vennootschaps- en beursrecht* organisé le 28/10/1999 à la K.U.L., publiés par la faculté de droit de la K.U.L., 1999;
- A. MASSET, «La loi du 4 mai 1999 instaurant la responsabilité pénale des personnes morales : une extension du filet pénal modernisée», *J.T.*, 1999, pp. 653 à 660;
- A. MASSET, «La responsabilité pénale dans l'entreprise» in *X., Guide juridique de l'entreprise*, 2ème édition, Livre 119.1;
- *Doc. Parl.*, Sénat, 1-1217/1 à 1217/7, sess. ordin., 1998-1999, et *Doc. Parl.*, Chambre, 2093/1 à 2093/5, sess. ordin., 1998-1999;
- «*La responsabilité pénale des personnes morales en Belgique - Une évaluation de la loi du 4 mai 1999 instaurant la responsabilité pénale des personnes morales en Belgique après cinq années d'application*», ouvrage collectif sous la direction de Marc NIHOUL, Bruges, La Chartre, 2005.

³ Un des principaux objectifs du législateur de 1999 était de lutter contre la criminalité organisée : il était souvent délicat de s'y attaquer «en raison de l'impossibilité d'engager des poursuites pénales contre des personnes morales, ce qui assure souvent l'impunité de certains comportements criminels, malgré les troubles sociaux et économiques souvent très graves qu'ils provoquent» (*Doc. parl.*, Chambre, sess. ordin., 1998-1999, n° 2093/5, p. 2).

A. Régime antérieur à la loi du 4 mai 1999

Durant des décennies, la doctrine et la jurisprudence ont soutenu, sans être fortement contrariées, que les personnes morales ne pouvaient commettre d'infraction; ce principe était exprimé par l'adage «*societas delinquere non potest*».

La justification paraissait imparable : d'une part, une personne morale ne dispose pas d'une faculté de discernement propre, ce qui exclut qu'une quelconque faute puisse lui être imputée; d'autre part, une personne morale agit nécessairement par des agents, étant incapable par elle-même de poser le moindre acte répréhensible. On ajoutait à ces arguments le fait que les peines classiquement prévues par nos dispositions pénales (emprisonnement, amende, ...) ne s'appliquaient pas adéquatement à des personnes morales.

En 1946⁴, la Cour de cassation modifie et affine sa position en affirmant le principe «*societas delinquere potest, sed non puniri potest*». Bien acquis en jurisprudence belge jusqu'à la loi du 4 mai 1999, ce principe signifie que la personne morale, si elle peut commettre par elle-même une infraction, ne peut toutefois se voir infliger une quelconque sanction pénale⁵. En conséquence, et jusqu'il y a quelques années, il appartenait au juge pénal de rechercher la personne physique qui devait supporter la répression⁶.

Plus précisément, incombait au Ministère public la difficile tâche de rechercher la personne physique qui, au sein de la personne morale, pouvait se voir sanctionner en suite de l'infraction commise par cette

⁴ Cass. 08/04/1946, *Pas.*, I, p. 136. Cette jurisprudence a été répétée dans maints arrêts ultérieurs; voir notamment Cass., 16/12/1948, *Pas.*, 1948, I, p. 723; *J.T.*, 1949, p. 148 et note de C. Cambier; Cass., 12/06/1979, *Pas.*, 1979, I, p. 1179; Cass., 10/10/1979, *Pas.*, 1980, I, p. 177; Cass., 25/04/1989, *Pas.*, 1989, I, p. 884; Cass., 23/05/1990, *Pas.*, 1990, p. 1083. Sur cette question, voir notamment l'étude de R. LEGROS "La responsabilité pénale des dirigeants de sociétés et le droit pénal général", *R.D.P.*, 1963-1964, pp. 3-28.

⁵ Une personne morale ne pourrait être condamnée pénalement sur la base exclusive de l'élément constitutif objectif de l'infraction, à savoir le fait matériel incriminé; en effet, une faute subjective doit nécessairement être reconnue pour qu'une personne puisse être sanctionnée pénalement. Or la personne morale ne dispose pas d'une telle volonté... (voir l'adage «*actus non facit reum nisi mens sit rea*»).

⁶ Cass., 20/02/1956, *Rev. dr. pén. crim.*, 1956-1957, p. 767. À l'exception des hypothèses limitées dans lesquelles la loi elle-même désigne l'agent responsable de l'infraction, comme nous l'examinerons ci-après (R. LEGROS parle d'attribution légale, in «imputabilité pénale et entreprise économique», *R.D.P.*, 1968-1969, pp. 374-378).

dernière⁷. Cette démarche le conduisait à identifier l'organe, le préposé ou le gérant de fait⁸ par l'intermédiaire duquel la personne morale avait agi (infraction positive) ou aurait dû agir et s'était fautivement abstenue de le faire (infraction d'omission)⁹, afin qu'il soit poursuivi devant la juridiction répressive compétente.

Sur base de quels éléments le Parquet, suivi du juge du fond, procédait-il à cette appréciation? Notamment l'organigramme et les statuts de l'entreprise, qui permettent de cibler la répartition des compétences entre les divers protagonistes. L'infraction ne pouvait toutefois être imputée à une personne physique uniquement en raison de la fonction confiée par la loi ou les statuts. Selon la Cour de cassation, se référer à la répartition des compétences ne suffisait pas¹⁰, même si cet élément pouvait parfois être adéquatement pris en considération; le magistrat (d'abord debout puis assis) devait précisément constater la commission d'une faute individuelle par la personne physique¹¹. Et c'est dans la réalité des faits qu'il fallait envisager la personne fautive, à savoir celle qui concrètement a accompli l'infraction ou celle sur qui pesait l'obligation méconnue.

Pouvait également être pénalement sanctionné celui qui n'avait pas personnellement commis le fait punissable mais qui connaissait l'infraction parce qu'il exerçait concrètement une autorité et/ou une surveillance sur son auteur matériel¹².

⁷ Comme le souligne R. LEGROS (in «imputabilité pénale et entreprise économique», *op. cit.*, p. 372), le terme 'imputabilité' doit être évité dans la mesure où il est susceptible de conduire à un amalgame avec les notions proches de responsabilité et de culpabilité.

⁸ Voir en France : Lyon, 29/03/1963, *D.*, 1964, p. 72 et note FOURGOUX.

⁹ Ces dernières sont de plus en plus nombreuses, en droit économique comme en droit social (infractions en matière de publication des comptes annuels, de publicité, de pratiques du commerce, ...).

¹⁰ Cass., 13/02/1967, *Pas.*, 1967, I, p. 722; Cass., 10/04/1979, *Pas.*, 1979, I, p. 951; Cass. (2^{ème} ch.), 23/05/1990, *Pas.*, 1990, I, p. 1083; *Bull.*, 1990, p. 1083; *J.D.S.C.*, 2000, p. 307 et note M.A. DELVAUX; *R.P.S.*, 1991, p. 129; *T.R.V.*, 1991, p. 49, note S. Raes; *J.L.M.B.*, 1990, p. 1373; *Rev. dr. pén.*, 1990, p. 1011, et note; *R.C.J.B.*, 1992, p. 550, note A. DE NAUW, *Arr. Cass.*, 1989-1990, p. 1213; Bruxelles, 07/04/1997, *J.L.M.B.*, 1999, p. 235.

Par le passé, certaines décisions se contentaient de considérer comme responsable le titulaire de la fonction, sans vérifier *in concreto* l'auteur de l'infraction (voir les références citées par A. DE NAUW dans "La délinquance des personnes morales et l'attribution de l'infraction à une personne physique par le juge", note sous Cass., 23/05/1990, *R.P.S.*, 1991, p. 566). La jurisprudence est ensuite devenue plus stricte pour rechercher précisément la réunion dans le chef de la personne condamnée de tous les éléments (matériels et moraux) constitutifs de l'infraction.

¹¹ Voir la jurisprudence constante de la Cour de cassation, notamment dans ses arrêts des 19/06/1933 (*Pas.*, 1933, I, p. 270), 02/12/1963 (*Pas.*, 1964, I, pp. 346 et 355), 11/01/1965 (*Pas.*, 1965, I, p. 458), 10/04/1967 (*Pas.*, 1967, I, p. 930).

A ce sujet, Alain DE NAUW a opéré un intéressant relevé jurisprudentiel de décisions condamnant le dirigeant de fait responsable de l'infraction (in "La délinquance des personnes morales et l'attribution de l'infraction à une personne physique par le juge", *op. cit.*, p. 561).

¹² Voir notamment Cass., 24/09/1962, *Pas.*, 1963, I, p. 102.

Conscient de la difficulté d'identifier et d'individualiser l'auteur de l'infraction au sein d'une personne morale «délinquante», le législateur a fréquemment contourné cette difficulté en déterminant expressément les personnes physiques pénalement responsables des faits infractionnels commis au sein d'une personne morale¹³. Il en est ainsi de normes de droit social imputant la responsabilité pénale à l'employeur ou à ses préposés ou mandataires¹⁴, de la loi sur l'assurance obligatoire de la responsabilité en matière de véhicules automoteurs sanctionnant les administrateurs, gérants ou associés¹⁵, etc.

A noter qu'au niveau civil par contre¹⁶, le juge ne devait pas identifier l'individu qui est intervenu dans l'infraction, puisqu'il se contentait de considérer que c'est la personne morale qui en est l'auteur et doit donc indemniser la victime¹⁷. L'action civile fondée sur une infraction pénale était dès lors valablement dirigée contre la personne morale, et ne devait pas être introduite contre ses dirigeants.

La personne morale pouvait en effet être déclarée auteur d'un délit, même si elle n'encourait pas la sanction pénale prévue¹⁸.

¹³ « (...) Cette désignation du 'responsable' par le législateur n'implique évidemment pas une condamnation automatique en cas d'infraction. Tout au plus y a-t-il eu désignation de la personne qui a le 'devoir d'éviter l'infraction'. Il reste loisible à celle-ci de démontrer qu'elle a fait tout ce qui était en son pouvoir pour tenter d'éviter que soit perpétré le délit. » (J.-P. BOURS, «La responsabilité pénale des entreprises», *Act. Dr.*, 1997, p. 473). L'imputation légale réduit le travail du juge qui se contente de vérifier *in concreto* les éléments constitutifs de l'infraction d'une part, la qualité (employeur, administrateur, ...) du prévenu d'autre part.

¹⁴ Voir par exemple l'article 56 de la loi du 5 décembre 1968 sur les conventions collectives de travail et les commissions paritaires, *M.B.*, 15 janvier 1969.

¹⁵ Loi du 21 novembre 1989 relative à l'assurance obligatoire de la responsabilité en matière de véhicules automoteurs, *M.B.*, 8 décembre 1989.

¹⁶ Notons déjà que cela n'a pas changé avec l'entrée en vigueur de la loi du 4 mai 1999.

¹⁷ Voir Cass., 19/10/1992, *R.C.J.B.*, 1995, p. 229 et A. DE NAUW, "Le vouloir propre de la personne morale et l'action civile résultant d'une infraction", *R.C.J.B.*, 1995, pp. 237 à 258.

La personne morale peut éventuellement, par la suite, se retourner contre l'auteur de l'infraction : «Les personnes morales ne peuvent être coupables, puisque leur volonté fait défaut. Mais la responsabilité civile, imposée par la loi, dans l'intérêt des personnes lésées, aux êtres juridiques, n'est pas une obligation principale, comme celle des individus qui ont causé le dommage; elle a seulement le caractère d'un cautionnement légal; d'où la conséquence que la communauté qui a payé les dommages-intérêts, peut exercer son recours contre les coupables» (J. J. HAUS, *Principes généraux du droit pénal belge*, 3ème éd., 1879, n° 267, cité par J. Verhaegen, «Responsabilité pénale des personnes morales», *Ann. dr.*, 1983, p. 67).

Rappelons toutefois l'article 18 de la loi du 03/07/1978 relative aux contrats de travail qui exclut que le travailleur soit tenu responsable de sa faute préjudiciable, hormis s'il s'agit d'une faute lourde, d'une faute légère habituelle ou d'un dol. Cette disposition n'a évidemment aucune incidence en droit pénal.

¹⁸ Voir, par exemple, Trib. Liège, 16/03/1999, *Chron. dr. soc.*, 2000, p. 91 et note, en matière de défaut de paiement des primes de fin d'année.

Les démarches du juge pénal et du juge civil étaient donc bien distinctes avant l'entrée en vigueur de la loi du 4 mai 1999, l'un se centrant sur la personne physique par laquelle une personne morale a commis une infraction pour la sanctionner, l'autre se limitant à constater qu'une personne morale a commis une infraction pour la condamner à réparer le dommage causé.

B. Les grandes lignes du régime mis en place par la loi du 4 mai 1999

La loi du 4 mai 1999 a défini un régime de responsabilité pénale des personnes morales par l'introduction d'un nouvel article 5 au Code pénal¹⁹, stipulant que «Toute personne morale est pénalement responsable des infractions qui sont intrinsèquement liées à la réalisation de son objet ou à la défense de ses intérêts, ou de celles dont les faits concrets démontrent qu'elles ont été commises pour son compte».

Les personnes morales, considérées comme des réalités sociales qui ont leur existence propre et qui sont susceptibles de commettre une faute pénale propre, sont donc assimilées aux personnes physiques. Par conséquent, la personne morale est un sujet de droit qui peut commettre une infraction par elle-même et être responsable pénalement, indépendamment des personnes physiques qui la composent. Et comme cet article 5 trouve place au sein du titre 1 du Code pénal, en vertu de l'article 100 du même Code, il est applicable à toutes les branches du droit et à toutes les infractions, à moins que le législateur ne déroge à cette règle générale dans un cas particulier, en se fondant sur une justification objective et raisonnable²⁰.

La logique impose que nous examinions, dans les lignes qui suivent, les éléments constitutifs de l'infraction (2) et la procédure (3) qui conduit au prononcé d'une sanction (4), après avoir défini le champ d'application du nouveau régime (1).

¹⁹ Cet article avait été abrogé par l'article 2 de la loi du 28/07/1934 (*M.B.*, 02/08/1934).

²⁰ A. MASSET, «La loi du 4 mai 1999 instaurant la responsabilité pénale des personnes morales : une extension du filet pénal modernisé», *J.T.*, 1999, p. 565. Ce principe est expressément rappelé dans les arrêts de la Cour d'arbitrage suivants : C.A., 15/10/2002, n°145/2002 (question préjudicielle), *M.B.*, 3 février 2003, liv. 4572 (extrait), *J.T.*, 2002, p. 752, *R.G.A.R.*, 2003, liv. 5, n°13.730, *R.W.*, 2002-2003, liv. 36, p. 1420, *J.D.S.C.*, 2003, p. 276 et note M.A. DELVAUX intitulée «L'imputabilité légale de l'infraction après la loi du 04/05/1999» et C.A., 22/07/2003, n°104/2003 (question préjudicielle), *Arr. C.A.* 2003, liv. 3, p. 1397; *M.B.* 24/11/2003 (extrait), p. 56447; *J.T.* 2004, liv. 6124, p. 72; *J.D.S.C.*, 2004, p. 326 et obs. M.A. DELVAUX; *J.J.P.* 2003, liv. 10, p. 460; *Dr. circ.* 2003, liv. 8, p. 293; *Dr. circ.* 2003, liv. 9-10, p. 376.

1. Le champ d'application de la loi du 4 mai 1999

Le champ d'application *ratione personae*²¹ de l'article 5 du Code pénal est large puisque sont pénalement responsables non seulement les personnes morales, ce qui suppose une entité qui s'est vu attribuer une personnalité juridique²², mais également certaines entités sans personnalité juridique, expressément visées par le législateur²³. C'est à première vue étonnant puisque ces entités n'ont pas de patrimoine propre; on peut donc se demander qui va supporter effectivement la sanction qui pourrait être prononcée à leur encontre. L'objectif a été d'éviter toute discrimination entre les entités économiques selon qu'elles sont ou pas dotées de la personnalité juridique²⁴. Nous ne connaissons malheureusement pas d'applications pratiques qui nous auraient permis d'examiner la situation.

Les associations de fait et les partis politiques ne sont pas visés par la loi du 4 mai 1999, à défaut de personnalité juridique. Sont également expressément exonérées de toute responsabilité pénale certaines entités de droit public disposant pourtant d'une personnalité juridique : l'Etat²⁵, les Communautés et Régions, les Provinces et Communes, les CPAS, ...²⁶. Les travaux préparatoires justifient l'exclusion non seulement par le fait que ces personnes morales disposent d'assemblées directement élues selon des règles démocratiques et d'organes soumis à un contrôle politique, mais également parce que le but premier du législateur, à savoir lutter contre la criminalité organisée, semble *a priori* étranger aux personnes morales de droit public²⁷.

²¹ A savoir en ce qui concerne les *personnes visées*.

²² Ce qui est le cas des asbl, qui retiennent notre attention dans le présent ouvrage, à compter du jour où leurs statuts ainsi que les actes relatifs à la nomination des administrateurs sont déposés au greffe du tribunal de commerce de l'arrondissement judiciaire dans lequel elles ont leur siège social (articles 3 et 26 novies de la loi du 27 juin 1921 sur les associations sans but lucratif, les associations internationales sans but lucratif et les fondations).

Sont également des personnes morales les sociétés commerciales, établissements d'utilité publique, régies, entreprises publiques autonomes, fondations, sociétés agricoles, ...

²³ Les associations momentanées, les associations en participation, les sociétés commerciales en formation, les sociétés visées à l'article 2, alinéa 3 des L.C.S.C. (sociétés à objet commercial mais forme civile) et les sociétés civiles sans forme commerciale (article 5, alinéa 3 du Code pénal). On constate que si les sociétés commerciales en formation entrent dans le champ d'application, ce n'est pas le cas des asbl en formation, qui échappent à toute responsabilité pénale alors que les mêmes raisons auraient impliqué qu'elles se voient traitées de la même façon que leurs comparses commerciales...

²⁴ *Doc. Parl.*, Sénat, sess. ordin. 1998-1999, 1-1217/1, p. 3.

²⁵ Il serait de toutes façons impossible d'imaginer que l'Etat, par le biais du pouvoir judiciaire, se condamne lui-même.

²⁶ Voir l'énumération limitative de l'article 5, alinéa 4 du Code pénal.

²⁷ *Doc. Parl.*, Sénat, sess. ordin., 1998-1999, n°1217/1, p. 3. Dans un arrêt du 10/07/2002, la Cour dit pour droit que l'article 5, alinéa 4 du Code pénal ne viole pas les articles 10 et 11 de la

Le champ d'application *ratione materiae*²⁸ de l'article 5 du Code pénal est bien plus étendu qu'on ne l'imagine. En effet, l'intrusion du droit pénal dans les personnes morales est vaste, et de nombreuses infractions sont susceptibles d'être commises tant par l'être moral que par son «instrument», à savoir l'être physique exécutant sa volonté : infractions au droit comptable, au Code de la route, à la réglementation des prix, aux pratiques du commerce, aux normes protectrices de l'environnement, aux normes relatives à la rémunération des travailleurs, ... Ceci offre un champ d'application considérable à la responsabilité des personnes morales, cumulée ou non à celle des personnes physiques qui la dirigent, la représentent ou à tout le moins y jouent un rôle actif.

Le champ d'application *ratione temporis*²⁹ de l'article 5 du Code pénal a suscité de nombreuses questions aux lendemains de l'entrée en vigueur de la loi du 4 mai 1999, ainsi que quelques errements jurisprudentiels³⁰.

Ce n'est pas le droit transitoire relatif à la responsabilité pénale de la *personne morale elle-même* qui a créé des difficultés. En effet, dans le respect des articles 2, alinéa 1 du Code pénal et surtout 7.1. de la Convention européenne des droits de l'Homme, la loi pénale qui, comme en l'espèce, crée une nouvelle incrimination (auparavant, les personnes morales n'étaient tout simplement pas susceptibles de commettre des infractions) ne peut s'appliquer qu'aux faits commis à compter du jour de son entrée en vigueur³¹. Publiée au Moniteur belge du 22 juin 1999, la loi est entrée en vigueur dix jours après, soit le 2

Constitution en ce qu'il exclut de son champ d'application les personnes morales de droit public qu'il énumère, la différence de traitement établie entre personnes morales selon qu'elles disposent d'un organe démocratiquement élu ou non reposant sur un critère objectif. La Cour souligne notamment que le fait de rendre les personnes morales de droit public pénalement responsables risquerait de susciter des «plaintes dont l'objectif réel serait de mener, par la voie pénale, des combats qui doivent se traiter par la voie politique». Les personnes morales poursuivent un but d'intérêt général et sont soumises au principe de continuité du service public; elles ne peuvent être paralysées dans leur action par des plaintes intempestives destinées davantage à les déstabiliser qu'à réprimer des comportements infractionnels (C.A. n° 128/2002, 10/07/2002 (question préjudicielle), *Arr. C.A.* 2002, liv. 3, p. 1561; *A.P.M.* 2002 (sommaire), liv. 7, p. 151; *M.B.* 13 novembre 2002 (extrait), 51012; *J.D.S.C.* 2003, p. 267, note DELVAUX, M.A. «L'éventuelle inconstitutionnalité de la loi du 4 mai 1999»; *J.L.M.B.* 2003, liv. 2, p. 54; *R.W.* 2002-03, liv. 22, p. 857; *Rev. dr. pén.* 2003 (extrait), liv. 6, p. 887).

²⁸ A savoir en ce qui concerne la *matière*, et plus précisément les infractions visées.

²⁹ A savoir en ce qui concerne la *période temporelle* visée.

³⁰ Voir nos observations intitulées «La loi du 4 mai 1999 : une loi plus favorable au prévenu ?» sous Gand (10^{ème} ch.), 21/09/2001, *J.D.S.C.*, 2003, n°524, pp. 293 à 295.

³¹ Pour deux applications de ce principe de base, voir Civ. Ypres, 02/03/2000, *T.C.R.* 2000, p. 196 et *Corr. Gand*, 21^{ème} ch., 14/12/1999, *T.M.R.*, 2000 (abrégié), p. 169.

juillet 1999 et seules les infractions commises à compter de cette date peuvent engager la responsabilité de la personne morale.

Ainsi, notamment, une distinction temporelle dans la période infractionnelle retenue à charge de la personne morale doit être réalisée en présence d'infractions continues (maintien d'une situation délictueuse dans le temps)³², de délits d'habitude (répétition d'un fait illicite) et de délits collectifs (plusieurs infractions dans une même intention délictueuse), seuls les faits postérieurs au 1^{er} juillet 1999 pouvant lui être imputés et une ou plusieurs personnes physiques devant assumer les faits commis jusqu'à cette date.

C'est l'application du droit transitoire relatif à la responsabilité pénale de la personne physique commettant une infraction dans le cadre d'une personne morale qui a été à l'origine de nombreuses discussions, aujourd'hui aplanies tant par un arrêt de cassation³³ que par une «perte d'actualité», l'hypothèse visée de la commission d'une infraction avant l'entrée en vigueur de la loi du 4 mai 1999 mais jugée *définitivement* après cette entrée en vigueur demeurant de plus en plus rare.

Le nœud des discussions était le suivant : le régime de responsabilité pénale instauré par la loi du 4 mai 1999 est-il moins sévère que le régime antérieur pour la personne physique, dirigeant de droit/de fait ou préposé, qui commet une infraction dans le cadre d'une personne morale ? L'article 5 du Code pénal permet en effet dans certaines hypothèses, comme nous le verrons ci-après au point 2, que la personne physique soit acquittée alors que la personne morale est condamnée³⁴. En pratique, depuis 1999, on peut donc rencontrer des situations dans lesquelles une personne physique dont la culpabilité est clairement établie n'est pas pénalement sanctionnée³⁵. Peut-on dès lors considérer la loi du 4 mai 1999 comme une *loi pénale plus favorable pour le prévenu*, puisque instaurant une cause d'irresponsabilité pénale, ou à tout le moins une cause d'excuse exclusive de peine ?

³² Exemple du maintien de travaux de construction contrevenant à un plan particulier d'aménagement.

³³ *Infra.*

³⁴ C'est le cas de la personne physique qui n'a pas agi sciemment et volontairement, lorsque le juge considère que l'auteur de la faute la plus grave, seul condamné, est la personne morale. C'est également le cas lorsque la personne physique a agi sciemment et volontairement mais que le magistrat choisit de condamner uniquement la personne morale, à l'exclusion de son agent (*infra*).

³⁵ Soit parce qu'une faute plus grave a été commise par la personne morale, soit parce que le magistrat a jugé bon de ne condamner que la personne morale (selon l'absence/la présence d'une action volontaire et délibérée dans le chef de la personne physique) (*infra*).

Dans ce cas, l'interprétation doctrinale et jurisprudentielle extensive de l'article 2, alinéa 2 du Code pénal impose que cette loi plus douce bénéficie rétroactivement au délinquant.

Si la jurisprudence qui a suivi l'entrée en vigueur de la loi du 4 mai 1999 a été partagée, voire perplexe, face à cette question, la Cour de cassation a clarifié la solution par un arrêt du 3 octobre 2000³⁶. Après avoir recherché la *ratio legis* de la loi précitée et avoir constaté qu'elle associait la cause exclusive de peine définie ci-après³⁷ au fait que la personne morale puisse être sanctionnée, la Cour a affirmé que l'objectif poursuivi par le législateur n'est dès lors incontestablement pas de rendre la cause exclusive de peine applicable aux infractions commises sous l'empire de l'ancienne loi, mais uniquement à celles qui auraient été commises après l'entrée en vigueur de la nouvelle loi. La Cour a donc reconnu que la loi du 4 mai 1999 introduit une cause d'exemption de peine auparavant inconnue, tout en excluant catégoriquement qu'elle puisse rétroagir et profiter à un prévenu personne physique au titre de loi pénale plus favorable.

Par la suite, la Cour d'arbitrage³⁸ a été interrogée à deux reprises sur le point de savoir si cette interprétation de la loi donnée par la Cour de cassation ne violait pas les articles 10 et 11 de la Constitution en excluant que le prévenu ayant commis des infractions avant le 2 juillet 1999 invoque la cause exclusive de peine que peut invoquer le prévenu ayant commis une infraction le 2 juillet 1999 ou ultérieurement. Dans ses arrêts des 9 avril 2003³⁹ et 2 juillet 2003⁴⁰, la

³⁶ Cass. (2^{ème} ch.), 03/10/2000, T.M.R., 2000, p. 498; J.L.M.B., 2001, p. 408, note L. BIHAIN; R.W., 2000-01, p. 1233, concl. M. DE SWAEF et note L. DELBROUCK; Juristenkrant, 2000 (reflet L. ARNOU), liv. 18, p. 5; T. *Strafr.*, 2000, p. 263, note F. DERUYCK, B. SPRIET, B.; A.J.T., 2000-01, p. 493, note H. VAN BAVEL; Rev. dr. pén., 2001, p. 865, note M. DE SWAEF; *Chron. D.S.*, 2001, p. 403; *DAOR*, 2001, p. 286. Cet arrêt a été confirmé par un second arrêt du 10/10/2000 disponible à l'adresse www.cass.be (12 mars 2008).

³⁷ Personne physique ayant commis la faute la moins grave, et ceci par pure négligence.

³⁸ A noter que la Cour d'arbitrage est dénommée «Cour constitutionnelle» depuis le 7 mai 2007, ce qui permet de tenir compte de l'extension de ses compétences au contrôle des lois, décrets et ordonnances au regard du titre II de la Constitution (articles 8 à 32 relatifs aux droits et libertés des Belges) ainsi que des articles 170 et 172 (légalité et égalité des impôts) et 191 (protection des étrangers). Les arrêts prononcés avant cette date sont encore qualifiés d'arrêts «de la Cour d'arbitrage», ce qui sera le cas dans les lignes qui suivent car les arrêts qui retiennent notre attention sont antérieurs au 7 mai 2007. C'est donc volontairement que nous nous référons à l'ancienne dénomination.

³⁹ C.A. n° 42/2003, 09/04/2003 (question préjudicielle), *Arr. C.A.* 2003, liv. 2, p. 539; *M.B.* 28 juillet 2003 (première édition) (extrait), p. 39.477; *J.D.S.C.* 2003, p. 295; *R.W.* 2003-04, liv. 14, p. 533 et note; *T. Strafr.* 2003, liv. 6, p. 291.

⁴⁰ C.A. n° 99/2003, 02/07/2003 (question préjudicielle), *Arr. C.A.* 2003, liv. 3, p. 1219; *M.B.* 17 novembre 2003 (extrait), p. 55419; *Dr. circ.* 2003, liv. 8, p. 261.

Cour a réfuté toute inconstitutionnalité, rappelant que si la personne physique qui est poursuivie pour des infractions commises, ni sciemment ni volontairement, après l'entrée en vigueur de la loi du 4 mai 1999 peut éventuellement bénéficier de la cause exclusive de peine créée par son article 2, alinéa 2, 1^{ère} phrase, c'est uniquement en considération de la dualité d'auteurs d'une même infraction qu'organise la loi nouvelle.

2. Les éléments constitutifs de l'infraction

Quant à l'imputabilité *matérielle* de l'infraction à une personne morale, trois cas de figure sont visés par le législateur; sont imputables à la personne morale les infractions :

- intrinsèquement (et non occasionnellement⁴¹) liées à la réalisation de son objet ;
- intrinsèquement (et non occasionnellement⁴²) liées à la défense de ses intérêts ;
- dont les faits concrets démontrent qu'elles ont été commises pour son compte.

Ne sont donc pas visées les infractions que commet pour son propre compte et/ou dans son propre intérêt une personne physique qui *utilise* et/ou *profite* de la structure juridique de la personne morale⁴³ : celles-ci seront jugées au regard de sa responsabilité individuelle, indépendamment du contexte (le groupement) dans lequel elles ont été commises.

L'élément *moral*⁴⁴ de l'infraction n'est pas évacué par la loi du 4 mai 1999, qui n'instaure pas une responsabilité objective de la personne morale, liée à la simple matérialité des faits⁴⁵. En effet, il convient que l'infraction soit «rapportée» aux instances dirigeantes de la personne

⁴¹ Doc. Parl., Chambre, sess. ordin., 1998-1999, n° 2093/5, p. 26.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ Exemple de l'employé de banque qui se sert du papier à en-tête de la banque pour détourner des fonds déposés par les clients.

⁴⁴ A noter que l'élément moral, également désigné par les termes «imputabilité subjective», désigne la mesure dans laquelle une personne doit répondre d'un comportement infractionnel dont elle a été *matériellement* reconnue auteur ou auquel elle a *matériellement* participé. La personne est reconnue pénalement responsable de son fait – sa culpabilité subjective est établie – s'il est démontré qu'elle a, à cette occasion, fait un mauvais usage de sa capacité de décider. Ceci implique qu'elle ait la connaissance de l'infraction et la volonté (ou tout au moins l'acceptation) de la commettre.

⁴⁵ H-D. BOSLY et Th. BOSLY, *Le nouveau droit pénal des sociétés*, actes du colloque intitulé *Le nouveau code des sociétés* organisé le 24/11/1999 à l'UCL, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 339-340.

morale pour lui être imputable. Pour la sanctionner, le juge pénal doit établir «soit que la réalisation de l'infraction découle d'une décision intentionnelle prise au sein de la personne morale, soit qu'elle résulte, par un lien de causalité déterminé, d'une négligence au sein de la personne morale»⁴⁶. L'exposé des motifs du projet de loi vise par exemple l'hypothèse où une organisation interne déficiente de la personne morale, des mesures de sécurité insuffisantes ou des restrictions budgétaires déraisonnables ont créé les conditions qui ont permis la réalisation de l'infraction⁴⁷.

3. La procédure

Sur le plan de la procédure, on épingle uniquement l'article 2bis du Code d'instruction criminelle en vertu duquel lorsque les poursuites contre une personne morale et contre la personne physique habilitée à la représenter sont engagées pour des mêmes faits ou des faits connexes, le tribunal compétent pour connaître de l'action publique contre la personne morale désigne, d'office ou sur requête, un *mandataire ad hoc* pour la représenter. L'objectif est d'assurer la sérénité des débats afin que la personne morale soit valablement défendue, et non par la voix d'un co-prévenu. Ce mandataire est désigné par le tribunal chargé de trancher l'affaire⁴⁸, et non par le conseil d'administration⁴⁹ ou l'assemblée générale. Ces derniers peuvent néanmoins proposer au Tribunal le nom d'un mandataire ad hoc dans une requête déposée en vue de sa désignation, l'article 2bis précisant expressément que le Tribunal statue *d'office* ou *sur requête*.

Si ce recours à un mandataire ad hoc paraît nécessaire pour éviter tout conflit d'intérêts dans le chef du prévenu personne physique, son utilité concrète est parfois difficile à envisager en pratique; en effet, on

⁴⁶ Doc. Parl., Sénat, 1-1217/1, sess. ordin., 1998-1999, pp. 4 et 5.

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ Voir à cet égard Corr. Gand 01/02/2000 (*Juristenkrant*, 2000 (reflet ARNOU, L.), liv. 5, p. 5; *T.M.R.*, 2000 (abrégé), p. 170) : Le jugement interlocutoire par lequel est désigné un mandataire ad hoc pour représenter une personne morale dans une affaire pénale est une décision définitive concernant un 'incident' qui ne juge pas du fond de l'affaire. Ce n'est pas un jugement par défaut à l'encontre duquel est ouverte l'opposition. Cette désignation n'emporte en effet aucune condamnation. Il est revêtu de l'autorité de chose jugée. L'autorité de chose jugée et le caractère d'exécution immédiate du jugement font que seul le mandataire ad hoc désigné est compétent pour représenter la personne morale dans l'action pénale.

⁴⁹ Voir Corr. Gand, 19^{ème} ch., 03/04/2000 (*T.M.R.*, 2001, p. 410; *J.D.S.C.*, 2002, p. 307 et note M. A. DELVAUX) : «Lorsque, tant les personnes physiques qui sont habilitées à représenter la personne morale que la personne morale elle-même sont jugées pour les mêmes faits, il est nécessaire de désigner un mandataire ad hoc afin de représenter la personne morale dans la procédure pénale. Puisque c'est le tribunal qui désigne toujours le mandataire, c'est à tort que le conseil d'administration a désigné lui-même un mandataire ad hoc».

se demande réellement où la personne désignée par le tribunal va bien pouvoir chercher l'information, si ce n'est chez ceux qui la détiennent et sont vraisemblablement poursuivis aux côtés de la personne morale, ou liés de près ou de loin avec un co-prévenu⁵⁰. Il suffit de penser à la situation des petites asbl : qu'en est-il lorsque son administrateur unique ou ses trois seuls membres sont également poursuivis?

La désignation du mandataire ad hoc est à l'origine de nombreuses difficultés devant les juridictions. Ainsi, l'avocat habituel de la personne morale peut-il se considérer *ipso facto* comme son mandataire ad hoc ? Est-il compétent pour la représenter sans même recourir à un mandataire ad hoc ? Une réponse négative s'impose : l'avocat habituel d'une personne morale n'ayant pas été mandaté par le mandataire ad hoc désigné pour la représenter, ne peut valablement la défendre; c'est au tribunal confronté à un conflit d'intérêt qu'il appartient de désigner, dans le cas dont il est saisi *in specie*, un mandataire *spécial*. Et dès l'instant où un mandataire ad hoc a été désigné pour la personne morale, lui seul peut agir en son nom et organiser sa défense, et notamment mandater un avocat s'il l'estime nécessaire⁵¹.

Généralement, les tribunaux désignent un avocat (soit le Bâtonnier local lui-même, soit une personne désignée compétente par ce Bâtonnier, soit n'importe quel membre du Barreau local) pour assumer la mission de mandataire ad hoc. Cette mission ne s'identifie cependant pas au rôle de l'avocat puisque le mandataire ne doit pas se substituer à l'avocat de la personne morale, mais lui servir d'interlocuteur. Néanmoins, le mandataire ad hoc peut parfois cumuler les deux casquettes, lorsque la personne morale choisit de ne pas faire appel à son avocat habituel pour la défendre dans le cadre du dossier pénal, mais de s'en remettre entièrement au mandataire désignée par le tribunal.

⁵⁰ On songe aux salariés, économiquement et/ou hiérarchiquement liés à leurs supérieurs, ou à des amis ou membres de la famille.

⁵¹ Voir Corr. Gand (19^{ème} ch.), 22/01/2001, J.D.S.C., 2003, n°523, p. 287 et note M.A. DELVAUX intitulée «Le mandataire ad hoc, porte-parole et défenseur de la personne morale».

Sur cette question, voir également M.A. DELVAUX, «Le recours obligatoire à un mandataire ad hoc pour représenter la personne morale», note sous C. C. n°190/2006, 05/12/2006, J.D.S.C., 2007, pp. 193 à 196 et «La désignation d'un mandataire ad hoc en cas de conflit d'intérêts : simple faculté ou véritable obligation dans le chef du Tribunal saisi de l'action publique ?», note sous Liège, 29/03/2006, J.D.S.C., 2007, pp. 196 à 198.

4. Les sanctions spécifiques aux personnes morales

Les sanctions établies dans le nouvel article 7bis du Code pénal à la charge des personnes morales sont de divers ordres. Elles peuvent être classifiées, en fonction de leur objet, comme suit⁵² : les peines portant atteinte à la *réputation* des groupements criminels (la publication ou la diffusion de la décision), à leur *patrimoine* (l'amende et la confiscation spéciale), à leurs *activités* (l'interdiction d'exercer une activité relevant de l'objet social) et enfin à leur *existence* même (la dissolution et la fermeture de l'établissement).

L'amende est envisagée comme la peine principale commune à toutes les infractions commises par les groupements. Le législateur a souhaité instaurer un parallélisme avec les peines applicables aux personnes physiques, en étant ni plus ni moins sévère, et a imaginé un système complexe de conversion entre les peines privatives de liberté et les amendes à payer par la personne morale, à moins que la peine établie par le législateur doit déjà une amende⁵³.

II. La responsabilité individuelle suite à la loi du 4 mai 1999

Le régime mis en place par la loi du 4 mai 1999 ne fait pas disparaître toute responsabilité pénale individuelle de la personne physique délinquante au sein d'une personne morale. Le législateur a cependant souhaité limiter les situations de «double responsabilité pénale» (appelées également situations de *cumul* ou de *concours* de responsabilités pénales) et privilégier une responsabilité pénale *alternative*⁵⁴. Dans ce but, l'alinéa 2 de l'article 5 instaure un régime complexe de *cumul* ou d'*absence de cumul* des responsabilités pénales de la personne morale et de la personne physique, variant selon que l'infraction commise l'a été sciemment et volontairement, ou involontairement.

⁵² W. CASSIERS, «La responsabilité pénale des personnes morales : une solution en trompe l'œil ?», Revue de droit pénal et de criminologie, 1999, pp. 837 et s.
⁵³ Article 41bis du Code pénal.

⁵⁴ «L'objectif de l'article 5, alinéa 2 du Code pénal est d'exclure le cumul (appelé également concours) de responsabilités pénales» (Gand, 10^{ème} ch., 07/01/2000, T.M.R., 2000 (abrégé), p. 165).

Ce mécanisme de cumul éventuel des responsabilités pénales s'applique lorsque la responsabilité de la personne morale est engagée *exclusivement*⁵⁵ en raison de l'intervention (acte positif ou omission) d'une personne physique *identifiée*. Ce champ d'application strictement défini exclut les infractions commises suite à la décision d'un organe collégial⁵⁶, les hypothèses dans lesquelles les faits rendent impossible l'identification d'une personne physique⁵⁷ et les hypothèses d'imputation légale⁵⁸; dans ces trois cas de figure, seul l'alinéa 1 de l'article 5 du Code pénal instaurant le principe général de la responsabilité pénale de la personne morale trouve à s'appliquer et aucun cumul avec la responsabilité pénale d'une personne physique n'est envisageable.

Il n'est pas nécessaire que soit établie à la charge de la personne morale une faute distincte de celle de son *représentant*⁵⁹ pour que sa responsabilité soit engagée.

Le régime mis en place prévoit deux solutions différentes :

- si la personne physique a commis la faute sciemment et volontairement, le juge a le choix de condamner soit uniquement la personne morale, soit les deux concomitamment⁶⁰ ;

⁵⁵ On peut se demander quand la responsabilité de la personne morale est engagée *exclusivement* par une personne physique. Comme le souligne Adrien MASSET (in «La responsabilité pénale dans l'entreprise», *Cuide juridique de l'entreprise*, 2^e édition, Livre 119.3, p. 22 et *Droit des sociétés commerciales*, tome II, 2^e édition, 2002, p. 936), il existe «une contradiction in terminis puisque les règles du cumul prennent place, selon l'expression même de la loi, lorsque la responsabilité pénale de la personne morale est engagée exclusivement en raison de l'intervention d'une personne physique identifiée; 'cumul' et 'exclusivement' sont évidemment antinomiques (...)».

⁵⁶ À moins que la décision ait fait l'unanimité ou que les votes soient identifiés.

⁵⁷ Par exemple, une infraction de roulage commise au moyen d'une voiture appartenant à une asbl lorsque cette dernière d'un parc automobile substantiel et ne peut identifier quelle personne utilise à quel moment précis quel véhicule.

Les travaux préparatoires citent quant à eux l'exemple du recours systématique à des faux, au sein d'une organisation, sans pouvoir identifier la personne qui a matériellement écrit le document. «Par les circonstances de fait (multiplication des faux dans le temps et le nombre), le juge peut être convaincu qu'il s'agit d'une pratique de la personne morale même. Il n'est pas nécessaire de constater que telle personne identifiée a matériellement établi le document en question» (Doc. Parl., Sénat, sess. ordin., 1998-1999, Rapport au Roi, n° 1217/6, p. 9).

⁵⁸ Avec les nuances que nous apporterons à cet égard dans la suite de notre étude.

⁵⁹ Cette notion de représentant ne doit pas être entendue au sens particulier du droit des sociétés (le gérant, l'administrateur de droit ou de fait); est visée ici la personne physique qui est matériellement l'auteur de l'infraction au sein de la personne morale.

⁶⁰ Sur la légalité du mode potestatif (le juge peut condamner la personne physique en même temps que la personne morale) utilisé par la loi, voir l'arrêt de la Cour d'arbitrage n°128/2002 du 07/07/2002 (<http://www.arbitrage.be>, M.B., 13 novembre 2002, p. 51012, J.T.T., 2003, liv. 857, p. 206, R.W., 2002-2003, liv. 39, p. 1541, J.D.S.C., 2003, p. 267 et note M.A. DELVAUX «L'éventuelle inconstitutionnalité de la loi du 4 mai 1999»).

- si la personne physique a commis l'infraction involontairement, par négligence ou abstention coupable, le juge condamne exclusivement l'auteur de la faute la plus grave⁶¹, soit la personne physique, soit la personne morale; la loi crée donc une cause d'excuse absolutoire pour l'auteur de la faute la moins grave, dans le respect de l'article 78 du Code pénal.

Afin de clarifier les solutions, on peut utilement schématiser ces principes comme suit :

- la personne physique est seule condamnée si elle s'est servi de la personne morale pour commettre une infraction pour son compte personnel⁶²;
- la personne morale est seule condamnée si aucune personne physique n'est identifiée comme auteur de l'infraction⁶³;
- la personne morale est acquittée si la personne physique identifiée a agi involontairement et que le juge considère la faute de la personne physique comme plus grave que celle commise par la personne morale;
- la personne physique identifiée est acquittée si elle a agi involontairement et que le juge considère la faute de la personne morale comme plus grave que celle commise par la personne physique;
- la personne physique identifiée peut être acquittée si elle a commis l'infraction sciemment et volontairement, selon appréciation du juge⁶⁴.

⁶¹ Sur la légalité de l'utilisation d'un concept flou (faute la plus grave), voir l'arrêt de la Cour d'arbitrage n°128/2002 du 07/07/2002 précité.

⁶² L'alinéa 1^{er} de l'article 5 du Code pénal prévoit en effet que la responsabilité de la personne morale ne peut être engagée que si l'infraction a été commise pour son compte ou qu'elle est intrinsèquement liée à la réalisation de son objet ou à la défense de ses intérêts.

⁶³ L'alinéa 2 de l'article 5 du Code pénal prévoit en effet que le cumul des responsabilités pénales de la personne morale est engagée par l'intervention d'une personne physique *identifiée*.

⁶⁴ On constate un effet pervers du régime nouveau qui permet l'acquiescement de prévenus pourtant reconnus coupables. Ainsi, pour les infractions intentionnelles, l'acquiescement d'une personne physique est possible selon l'appréciation du juge et malgré que les éléments infractionnels soient établis dans son chef; pour les infractions non intentionnelles, un des prévenus, personne physique ou morale, sera nécessairement acquitté, malgré sa négligence fautive, au motif que sa faute est moins grave que celle de l'autre prévenu. Ce régime ne conduit-il pas au développement d'un sentiment d'impunité chez les personnes physiques œuvrant au sein d'une personne morale ? N'influence-t-il pas le choix de certains de créer une personne morale, permettant dans certaines hypothèses une impunité pénale, plutôt que de développer leur activité en personne physique et d'être soumis sans exception au droit pénal ?

Hors l'hypothèse de l'infraction commise sans le moindre lien avec la personne morale, la personne physique ne peut donc être condamnée que lorsqu'elle a commis la faute la plus grave (condamnée seule) ou lorsqu'elle a agi sciemment et volontairement (condamnée, *le cas échéant* - voir le terme «peut» -, en même temps que la personne morale).

Les difficultés d'application de ce mécanisme de concours des responsabilités pénales résident dans des questions d'appréciation : Quand le juge peut-il considérer que la responsabilité de la personne morale est engagée *exclusivement* par la personne physique ? Comment comparer et apprécier la *gravité respective* de la faute commise par une personne physique d'un côté, morale de l'autre ?

S'ajoute à ces interrogations une question préalable, à savoir la détermination du *caractère volontaire ou non* de la commission de l'infraction par la personne physique. Deux théories, l'une qualifiée d'*abstraite* et l'autre de *concrète*, s'opposent quant à l'appréciation de l'élément moral de l'infraction⁶⁵.

Si on privilégie l'élément moral exigé par l'incrimination légale (*théorie abstraite*), alors le cumul des responsabilités de la personne morale et de la personne physique n'est envisageable que pour les infractions volontaires, à savoir lorsque la loi exige un *dol*, ce qui constitue le *quod plerumque fit*⁶⁶.

Si on privilégie l'élément moral tel que constaté dans la réalité des faits (*théorie concrète*), alors le cumul des responsabilités de la personne morale et de la personne physique est envisageable chaque fois que le juge constate que la personne a agi sciemment et volontairement *in concreto*, sans se préoccuper de l'éventuelle exigence formulée par le texte légal en ce qui concerne l'intention de l'auteur de l'infraction. Selon cette seconde théorie, majoritaire⁶⁷, des infractions non

⁶⁵ Voir un jugement qui présente de manière très didactique ces deux théories : Corr. Anvers, 1^{ère} ch. C., 19/11/2001, *T.M.R.*, 2002, liv. 3, p. 290 et *J.D.S.C.*, 2003, p. 281 et note. Voir également sur cette question Adrien MASSET, «La responsabilité pénale dans l'entreprise», *op. cit.*, pp. 22 à 25 et *Droit des sociétés commerciales*, *op. cit.*, pp. 936 à 939.

⁶⁶ Ce qui arrive le plus fréquemment.

⁶⁷ Voir notamment B. BILQUIN et A. BRAEM, «Responsabilité pénale des personnes morales», in *Manuel de droit pénal et de procédure pénale*, Supplément 5, février 2003, Bruxelles, Kluwer, 2003, pp. 107-108 et 113-114, A. DE NAUW en F. DERUYCK, «De strafrechtelijke verantwoordelijkheid van rechtspersonen», *R.W.*, 1999-2000, p. 906; J. MESSINE, «Propos provisoires sur un texte curieux : la loi du 4 mai 1999 instituant la responsabilité pénale des personnes morales», *Rev. dr. pén.*, 2000, pp. 650-654; F. KEFER, «La responsabilité pénale de la personne morale: une réponse de plus à la délinquance d'entreprise», in X., *Le point sur le droit*

intentionnelles selon le législateur (infractions d'imprudence ou de négligence) peuvent conduire au cumul des responsabilités si le juge constate que leur auteur a consciemment et volontairement manqué de prévoyance et de précaution.

La question de la double responsabilité pénale se présente avec une acuité toute particulière lorsque l'infraction commise est purement *réglementaire*, c'est-à-dire qu'elle s'identifie au constat de la violation d'un texte légal, sans qu'une intention soit requise⁶⁸.

Dans la conception abstraite de la double responsabilité, l'agent peut systématiquement être condamné en même temps que la personne morale gérée; dans la conception concrète, qui reçoit davantage l'oreille des magistrats, il faudra nécessairement examiner si l'être physique a su et voulu violer la loi pour pouvoir le condamner en même temps que la personne morale.

Le large pouvoir d'interprétation et d'appréciation reconnu aux magistrats par le régime de concours de responsabilité, pouvoir dont peut découler en apparence une certaine imprévisibilité du droit pénal, et la conformité corrélatrice avec certains principes constitutionnels ont été vivement discutés aux lendemains de l'entrée en vigueur de la loi du 4 mai 1999. De nombreux commentateurs se sont émus de l'éventuelle incompatibilité de cette marge de manœuvre avec le principe de légalité des incriminations et des peines : cette loi ne porte-t-elle pas une atteinte discriminatoire au principe de légalité ? Deux éléments dans le régime mis en place suscitaient des interrogations auxquelles la Cour d'arbitrage a répondu dans un arrêt du 10 juillet 2002⁶⁹.

pénal, Formation permanente CUP, n° 37, février 2000, pp. 26-28 et 36; Ch. VANDERLINDEN, «La loi instaurant la responsabilité pénale des personnes morales et le droit pénal social», *Rev. dr. pén.*, 2000, pp. 667-668; Ph. TRAESE, «De wet van 4 mei 1999 tot invoering van de strafrechtelijke verantwoordelijkheid van rechtspersonen», *T.R.V.*, 1999, pp. 466-469; M. G. FAURE, «De strafrechtelijke verantwoordelijkheid in de onderneming», *T.P.R.*, 2000, vol. II, n° 29 et 30, pp. 1331-1335; P. WAETERINCKX, «De cumulatie van de strafrechtelijke verantwoordelijkheid van de rechtspersoon met die van de natuurlijke persoon – art. 5, tweede lid Sw, een staaltje van onbehoorlijke regelgeving», *R.W.*, 2000-2001, n° 33, p. 1220.

⁶⁸ Absence de paiement de la rémunération ou d'un pécule de vacances, infraction urbanistique, ...
⁶⁹ C.A. n° 128/2002, 10/07/2002 (question préjudicielle), *Arr. C.A.* 2002, liv. 3, p. 1561; *A.P.M.* 2002 (sommaire), liv. 7, p. 151; *M.B.* 13 novembre 2002 (extrait), 51012; *J.D.S.C.* 2003, p. 267, note DELVAUX, M.A. «L'éventuelle inconstitutionnalité de la loi du 4 mai 1999»; *J.L.M.B.* 2003, liv. 2, p. 54; *R.W.* 2002-03, liv. 22, p. 857; *Rev. dr. pén.* 2003 (extrait), liv. 6, p. 887.

D'une part, si la personne physique identifiée a commis la faute *sciemment et volontairement*, la loi prévoit que le juge a le choix de condamner soit uniquement la personne morale, soit les deux concomitamment. La Cour considère que le régime mis en place ne reconnaît pas au juge un pouvoir d'appréciation plus large que celui dont il dispose de manière générale en matière pénale. Le juge dispose, «sur la base de critères abandonnés à sa discrétion» selon la Cour, de la liberté de ne pas condamner une personne physique qui a commis une infraction; il évalue les circonstances dans lesquelles les faits se sont produits, puis décide ou non de condamner leur auteur.

D'autre part, si la personne physique a commis l'infraction *involontairement*, par négligence ou abstention coupable, la loi prévoit que le juge condamne exclusivement l'auteur de la faute la plus grave, et donc soit la personne physique, soit la personne morale. La Cour considère que le juge doit apprécier laquelle des deux personnes, physique ou morale, a commis la faute la plus grave et doit être condamnée seule, mais que ce pouvoir d'appréciation n'exclut cependant pas que la personne soit en mesure d'évaluer le risque pénal *a priori*⁷⁰ : chacun peut encore régler sa conduite et en prévoir les conséquences pénales, même si le régime instaure une incertitude sur la condamnation. Le législateur a instauré une mesure favorable au prévenu, puisque l'une des personnes peut éviter toute condamnation pénale alors même qu'elle est coupable.

Enfin, la constitutionnalité du champ d'application *rationae personae* de la cause d'excuse absolutoire a été soumise à la Cour d'arbitrage sous deux aspects particuliers.

Premièrement, la personne physique ayant commis une infraction dans le cadre de l'activité (commerciale ou autre) d'une autre personne physique n'est-elle pas traitée de manière inégale à celle qui a commis une infraction dans le cadre de l'activité d'une personne morale ?

⁷⁰ Les travaux préparatoires de la loi indiquent que le but du législateur est précisément d'éviter que soit la personne morale, soit la personne physique puisse évaluer le risque pénal *a priori* (Doc. Parl., Sénat, sess. ordin., 1998-1999, n°1217/1, p. 6). Un tel objectif «d'imprévisibilité» n'est évidemment pas acceptable en droit pénal. Mais la Cour ne s'arrête pas aux intentions affirmées par le législateur, et préfère examiner le régime *in concreto* : elle constate que celui-ci n'exclut pas que les personnes puissent régler leur conduite et en prévoir les conséquences et ajoute qu'«Il ne lui appartient pas d'apprécier si certaines déclarations faites au cours des travaux préparatoires sont contradictoires, si certaines formules utilisées sont imprécises ou si les termes employés sont parfois impropres» (point B.1.2. de l'arrêt).

Dans un arrêt du 5 mai 2004⁷¹, la Cour répond que cette différence de traitement n'est pas dénuée de justification raisonnable, compte tenu des différences qui existent entre ces deux situations. En effet, lorsque ce sont deux personnes physiques qui sont poursuivies simultanément en raison d'un même fait, le juge doit examiner, à la lumière des circonstances de chaque cause, si elles sont toutes deux coupables. Par contre, l'article 5, alinéa 1er, rend la personne morale automatiquement responsable de la négligence imputable à la personne physique qui a agi pour son compte. Or une personne morale n'agit jamais que par l'intervention d'une personne physique. Le législateur a donc pu estimer qu'afin d'éviter la condamnation systématique de la personne morale et de la personne physique, il convenait d'inciter le juge à mettre en balance la faute dans le chef d'une personne physique, d'une part, et la responsabilité de la personne morale, d'autre part et de lui permettre de vérifier, au cas par cas, si le comportement déterminant a été celui de la personne morale ou celui de la personne physique.

Deuxièmement, le fait que la personne physique identifiée qui a commis une infraction dans le cadre d'une personne morale *exclue du champ d'application de l'article 5 du Code pénal*⁷² ne peut bénéficier de cette cause d'excuse absolutoire instaurée en faveur de la personne physique qui a commis la faute la moins grave ne viole-t-il pas les principes constitutionnels ? Dans un arrêt du 12 janvier 2005⁷³, la Cour reprend sa jurisprudence des arrêts 42/2003 et 99/2003 se référant à la dualité d'auteurs d'une même infraction qui seule permet d'écarter le cumul des responsabilités pénales lorsque l'infraction n'a pas été commise sciemment et volontairement, la règle de non-cumul de responsabilités étant «*dépourvue de toute raison d'être lorsque la personne morale n'est pas responsable pénalement*». Cette jurisprudence, fidèle à la volonté du législateur, ne peut qu'être approuvée.

⁷¹ C.A., 05/05/2004, n°75/2004 (question préjudicielle), J.D.S.C., 2004, p. 330.

⁷² Région, commune, province, ... selon l'énumération de l'article 5, alinéa 4 (voir *supra*).

⁷³ C.A., 12/01/2005, n°8/2005 (question préjudicielle), Arr. C.A. 2005, liv. 1, p. 79; M.B. 11 mars 2005 (deuxième édition) (extrait), p. 10538; J.L.M.B. 2005, liv. 14, p. 595, note M. NIHOUL, J.D.S.C., 2007, p. 159 et note M.A. DELVAUX intitulée Le champ d'application *rationae personae* et *rationae temporis* de la cause d'excuse absolutoire instaurée par l'article 5, alinéa 2 du Code pénal en faveur de la personne physique qui a involontairement commis une faute moins grave que la personne morale.

III. La responsabilité individuelle et l'imputation légale de l'infraction suite à la loi du 4 mai 1999⁷⁴

En l'absence de responsabilité pénale des personnes morales avant l'entrée en vigueur de la loi du 4 mai 1999, certaines législations particulières prévoyaient expressément la responsabilité pénale de telle ou telle personne physique désignée (le plus souvent le dirigeant ou l'employeur) desdites personnes morales lorsqu'une infraction était commise en leur sein. A partir de l'entrée en vigueur de la responsabilité pénale des personnes morales, on s'est demandé si ce mécanisme, qualifié d'*imputation légale de l'infraction*, pouvait être maintenu tel quel et s'il demeurerait compatible avec les exigences constitutionnelles. En effet, l'imputation légale conduit à pénaliser *purement et simplement* la personne physique alors même que l'article 5 du Code pénal instaure un régime complexe de cumul/décumul des responsabilités pénales des personnes physique et morale et ne prévoit de condamner une personne physique que si, en cas de délit intentionnel, celle-ci a commis la faute sciemment et volontairement et, en cas de délit involontaire, celle-ci a commis la faute la plus grave.

C'est à l'occasion de l'examen de la constitutionnalité de l'article 22, § 3, de la loi du 21 novembre 1989 relative à l'assurance obligatoire de la responsabilité en matière de véhicules automoteurs⁷⁵ que la Cour d'arbitrage, dans un arrêt du 15 octobre 2002, s'est interrogée pour la première fois sur le maintien du mécanisme d'imputation légale de l'infraction⁷⁶.

⁷⁴ Sur cette question, le lecteur intéressé peut également lire «Quelques développements relatifs aux responsabilités civile et pénale de l'administrateur personne morale d'une SA, d'une SPRL ou d'une SCRL», in *Liber amicorum Michel Coipel*, Bruxelles, Kluwer, 2004, pp. 551 à 556 et «L'imputabilité légale de l'infraction après la loi du 4 mai 1999 instaurant la responsabilité pénale des personnes morales, note sous C.A. n° 145/2002, 15/10/2002, J.D.S.C., 2003, p. 279.

⁷⁵ Cette disposition vise «l'administrateur, le gérant ou l'associé de la société» qu'elle tient pour responsable de l'infraction de mise en circulation d'un véhicule non assuré.

⁷⁶ C.A., 15/10/2002, n°145/2002 (question préjudicielle), M.B., 3 février 2003, liv. 4572 (extrait), J.T., 2002, p. 752, R.G.A.R., 2003, liv. 5, n°13.730, R.W., 2002-2003, liv. 36, p. 1420, J.D.S.C., 2003, p. 276 et note M.A. DELVAUX intitulée «L'imputabilité légale de l'infraction après la loi du 4 mai 1999».

La Cour d'arbitrage a été saisie d'une problématique similaire dans un arrêt du 22 juillet 2003, portant cette fois sur la constitutionnalité de l'article 67ter des lois coordonnées relatives à la police de la circulation routière^{77 78}.

Dans les deux arrêts, la Cour considère que les législations antérieures à l'entrée en vigueur de la loi du 4 mai 1999 et prévoyant une imputabilité légale de l'infraction à une personne physique n'ont pu avoir l'objectif de déroger expressément à une responsabilité des personnes morales encore inexistante à l'époque, et ne peuvent donc être considérées comme des «*dispositions contraires*» au sens de l'article 100 du Code pénal. Ces normes s'inscrivant dans un contexte spécifique, à savoir l'impunité pénale des personnes morales, leur interprétation doit être modifiée à la lumière du nouvel article 5 du Code pénal, et c'est désormais directement la personne morale qui doit répondre de l'infraction. La Cour conclut donc qu'en ce qui concerne les infractions commises à partir du 2 juillet 1999, et en application de l'article 5 du Code pénal, c'est bien la personne morale qui doit répondre de sa responsabilité pénale, et non les personnes physiques désignées légalement comme *a priori* responsables. La Cour en déduit en l'espèce que les deux dispositions soumises à son examen contenant l'imputation légale à une personne physique de l'infraction commise par la personne morale ont été implicitement abrogées par l'article 5 du Code pénal, puisqu'elles sont antérieures et incompatibles avec les dispositions de la loi nouvelle instaurant la responsabilité pénale des personnes morales⁷⁹. L'imputation légale peut être considérée comme implicitement abrogée⁸⁰, sans toutefois que l'infraction telle qu'elle a été définie ne disparaisse. En quelque sorte, on «revient à la normale», le mécanisme d'imputation légale devant demeurer l'exception à l'imputation judiciaire de principe.

⁷⁷ Cette disposition vise «les personnes physiques qui représentent la personne morale en droit», qu'elle tient pour responsables de la communication de l'identité du conducteur du véhicule immatriculé au nom de la personne morale au moment de l'infraction.

⁷⁸ C.A., 22/07/2003, n°104/2003 (question préjudicielle), Arr. C.A. 2003, liv. 3, p. 1397; M.B. 24 novembre 2003 (extrait), p. 56447; J.T. 2004, liv. 6124, p. 72; J.D.S.C., 2004, p. 326 et obs. M.A. DELVAUX; J.J.P. 2003, liv. 10, p. 460; Dr. circ. 2003, liv. 8, p. 293; Dr. circ. 2003, liv. 9-10, p. 376.

⁷⁹ Il est intéressant de souligner que la Cour considère ainsi que la loi nouvelle, générale, déroge à la loi spéciale antérieure.

⁸⁰ Dans les deux arrêts précités, la Cour reconnaît comme «admissible» la thèse (expressément défendue par le Conseil des ministres dans le second arrêt) selon laquelle les dispositions querellées ont été implicitement abrogées par l'article 5 du Code pénal, dans la mesure où ces lois antérieures ne sont pas compatibles avec les dispositions de la loi nouvelle (Points B.4.2. de l'arrêt du 15/10/2002 et B.9. de l'arrêt du 22/07/2003).

Ce retour à l'imputation judiciaire traditionnelle doit, selon nous, être appliqué de façon généralisée à toutes les hypothèses d'imputation légale antérieures à l'entrée en vigueur de la loi du 4 mai 1999, chaque fois que l'on constate que l'intention du législateur n'est pas d'engager la responsabilité personnelle d'une personne physique⁸¹, mais de pallier l'absence de responsabilité pénale propre des personnes morales⁸². Certes, le mécanisme de l'abrogation tacite n'est pas souhaitable; on préférerait que le législateur revoie sa copie et se pose systématiquement la question, dans chaque hypothèse d'imputation légale, de la justification du mécanisme instauré. Et lorsque la genèse du texte permet d'établir que l'objectif initial était de pallier l'impunité des personnes morales, le législateur devrait abroger expressément la disposition contenant l'imputation légale à une personne physique. On doute toutefois que cette tâche titanesque entre dans les projets à court ou moyen terme du législateur, et cette carence nuit à la sécurité juridique.

Après l'entrée en vigueur de la loi du 4 mai 1999, on peut imaginer l'adoption de nouvelles normes pénales contenant l'imputation légale d'une infraction à une personne physique déterminée en lieu et place de la personne morale à laquelle elle appartient, à la condition expresse que le législateur ait volontairement choisi de déroger au principe de responsabilité pénale des personnes morales, dans des circonstances spécifiques et en se fondant sur une justification objective et raisonnable⁸³.

Quant aux textes législatifs imputant la responsabilité d'une infraction à une personne déterminée *qui peut s'identifier à une personne morale* (l'employeur personne morale, l'administrateur personne morale,...) et dont le but originaire n'est pas de pallier l'absence de responsabilité pénale des personnes morales, ils permettent - à partir de l'entrée en vigueur de la loi du 4 mai 1999 - de condamner directement la personne morale, auteur légal, sur la base de la simple imputation légale de l'infraction, indépendamment du constat d'une faute dans

son chef. Cette responsabilité pénale directe de la personne morale n'exclut pas la possibilité d'engager concomitamment la responsabilité pénale de la personne physique, à condition toutefois qu'elle réponde également au concept légal (d'employeur, d'administrateur, ...), qu'elle ait commis une faute et que les conditions du cumul soient réunies⁸⁴. Dans cette hypothèse, à côté de la personne morale qui revêt la qualité d'auteur légal, une personne physique - qui a commis une faute - peut pareillement correspondre au concept d'employeur, de préposé et de mandataire au sens autonome que ceux-ci reçoivent en droit pénal⁸⁵. *«Il s'agit donc des mêmes personnes que celles qui étaient désignées comme responsables des infractions commises par une personne morale avant l'entrée en vigueur de la loi du 4 mai 1999, à la différence que, désormais, leur responsabilité pénale ne sera engagée qu'à la condition qu'elles aient, en outre, commis une faute»*⁸⁶.

⁸¹ Ainsi, dans le second arrêt précité, la Cour a recherché les travaux préparatoires de la disposition en cause pour constater que *«il n'apparaît pas (...) de la genèse de la loi que le législateur aurait voulu engager la responsabilité personnelle des personnes visées à l'article 67ter, en raison de leur responsabilité particulière ou de leur qualité particulière»*.

⁸² *Contra* : A. MASSET (in «La loi du 4 mai 1999 instaurant la responsabilité pénale des personnes morales : une extension du filet pénal modalisée», *op. cit.*, p 657) : *«La loi du 4 mai 1999 n'aura pas pour effet de faire disparaître les incriminations, nombreuses en droit pénal des affaires, qui ont eu recours au mécanisme de l'imputabilité légale»*.

⁸³ Par exemple, le législateur souhaite engager la responsabilité individuelle des personnes qu'il vise en raison de leur responsabilité particulière ou de leur qualité particulière.

⁸⁴ Voir *supra*.

⁸⁵ Pour une application relative à des infractions de droit pénal social (faire travailler un ouvrier étranger sans permis de travail, ne pas inscrire des travailleurs dans le registre du personnel, ne pas déclarer des travailleurs à l'ONSS), voir Corr. Liège (11^{ème} ch. bis), 13/12/2002, *J.D.S.C.*, 2003, p. 283.

⁸⁶ F. Kefer, «La responsabilité pénale de la personne morale: une réponse de plus à la délinquance d'entreprise», in X., *Le point sur le droit pénal*, Formation permanente CUP, n° 37, février 2000, p 29.

IV. Pour conclure

Dès l'entrée en vigueur de la loi du 4 mai 1999, la tentation a été grande pour les délinquants *personnes physiques* de l'appliquer «à toutes les sauces» : son régime particulièrement favorable de cause d'excuse absolutoire permet en effet à des individus de bénéficier, dans certaines hypothèses, d'une totale impunité, malgré la reconnaissance de l'infraction commise. Il convient donc de bien cerner le champ d'application de la loi et les conditions d'application du régime de concours des responsabilités pénales.

Confronté à une infraction commise par une personne physique *dans le cadre d'une association sans but lucratif*, le raisonnement suivant doit être adopté.

1. Peut-on vérifier que l'infraction commise est soit intrinsèquement liée à la réalisation de son objet, soit intrinsèquement liée à la défense de ses intérêts, ou peut-on vérifier, à partir des faits concrets du dossier, que l'infraction a été commise pour son compte ? Dans l'affirmative, le régime de l'article 5 du Code pénal s'applique⁸⁷. Dans la négative, le contrevenant doit être jugé selon le «droit commun» de la responsabilité pénale.
2. La responsabilité de l'association est-elle engagée *exclusivement* en raison de l'intervention (acte positif ou omission) d'une personne physique *identifiée* ? Dans l'affirmative, le mécanisme du concours s'applique, avec une chance d'acquittement à la clé⁸⁸. Dans la négative, association et personne physique doivent être jugées distinctement, et doivent assumer chacune leur responsabilité pénale selon le «droit commun».
3. En présence d'une incrimination recourant à l'imputation légale, la recherche de l'intention du législateur est un préalable : chaque fois que l'on découvre que l'objectif n'est pas d'engager la responsabilité personnelle d'une personne physique mais de pallier l'absence de responsabilité pénale propre des personnes morales, il convient de revenir à l'imputation judiciaire traditionnelle et de ne condamner que l'auteur réel de l'infraction, personne physique ou association.

⁸⁷ A condition bien évidemment que le champ d'application *ratione personae* soit respecté et que l'acte ait été commis à partir du 2 juillet 1999.

⁸⁸ Voir ci-avant.