

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Le mandataire ad hoc d'une personne morale poursuivie pénalement, ce mystérieux personnage qui suscite tant de questions procédurales ...

Delvaux, Marie-Amelie

Published in:

Jurisprudence en droit des sociétés commerciales-recueil annuel (JDSC)

Publication date:

2015

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Delvaux, M-A 2015, 'Le mandataire ad hoc d'une personne morale poursuivie pénalement, ce mystérieux personnage qui suscite tant de questions procédurales ... note sous Civ. Namur, Div. Dinant (Ch. cons.), 2 septembre 2014 et Liège (Ch. m. acc.), 13 octobre 2014', *Jurisprudence en droit des sociétés commerciales-recueil annuel (JDSC)*, pp. 313-316.

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.

Il convient préalablement de relever les éléments suivants : si la Chambre du Conseil est une juridiction d'instruction, elle est également une juridiction de jugement notamment lorsqu'une demande de suspension du prononcé de la condamnation est sollicitée. Or en l'espèce, non seulement certains inculpés ont fait part qu'une telle mesure serait sollicitée, mais cette mesure peut être sollicitée et accordée aux personnes morales (article 18bis de la loi du 29 juin 1964).

De plus, le débat général qui a lieu devant la Chambre du Conseil en sa qualité de juridiction d'instruction est un débat sur l'action publique. Il convient également de relever que le texte législatif permet une interprétation extensive de la notion de tribunal compétent (voir en ce sens, *Droit de la Procédure Pénale*, BOSLY, VANDERMEERSCH et BEERNAERT, 7^e édition, La Chartre, pp. 154 et s.).

La Chambre du Conseil est dès lors compétente pour désigner un mandataire *ad hoc* si la personne morale et la personne habilitée à représenter la dite société peuvent être poursuivis pour les mêmes faits **et ce même si la personne morale a fait choix d'un conseil** (en ce sens, Cour d'Appel de Liège, 6^e ch, 13 octobre 2011 et 9 février 2012, RG 2011/3086 et 2012/485). La Chambre du Conseil estime que la désignation du mandataire *ad hoc* doit être une personne distincte du conseil de la personne morale qui peut faire choix d'un conseil propre et de moyens de défense distinct de ceux développés par le mandataire *ad hoc*.

En ce qui concerne l'argumentation de la SA S.B., il convient de constater que les poursuites sont engagées à l'encontre de cette dernière et de Monsieur E.S. pour des mêmes faits ; qu'à l'époque des faits et jusqu'au 14 décembre 2012, Monsieur S. était habilité à représenter la société SA S.B. et que depuis 2013, il exerce toujours une fonction comme administrateur à travers de la SA S.B. Invest, étant le représentant permanent de cette société comme administrateur au sein de la SA S.B. Dès lors, des conflits d'intérêts peuvent surgir et le but de l'article 2bis du C.I.Cr. étant d'éviter cette situation, il convient de désigner un mandataire *ad hoc*. Il a été répondu ci-dessus à l'argument relatif à l'autonomie de défense.

Il convient de faire droit au réquisitoire de Monsieur le Procureur du Roi et de désigner des mandataires *ad hoc* pour les personnes morales suivantes :

(...)

OBSERVATIONS

Le mandataire *ad hoc* d'une personne morale poursuivie pénalement, ce mystérieux personnage qui suscite tant de questions procédurales...

À partir du moment où le législateur déclare que la personne morale doit répondre des infractions pénales qu'elle commet, il lui revient d'organiser les modalités de sa représentation devant les juridictions répressives, qu'elles soient d'instruction ou de jugement.

L'article 185, § 1^{er}, du Code d'instruction criminelle prévoit que « *Le prévenu, personne morale, la partie civile et la partie civilement responsable comparâtront en personne ou se feront représenter par un avocat* » et l'article 2bis du titre préliminaire du même Code que « *Lorsque les poursuites contre une personne morale et contre la personne 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* ».

En droit procédural, l'article 728, § 1^{er}, du Code judiciaire prévoit la comparution devant un Juge en personne ou par avocat ; adapté à la réalité sociétaria, cet article impose à la personne morale de se faire représenter par l'organe légalement ou statutairement compétent pour agir en justice. Mais quand la personne morale est poursuivie concurremment à la personne

physique compétente pour la représenter, et ce pour des faits identiques ou connexes, on conçoit qu'elle ne peut être représentée par cet organe, puisqu'il existe, ou peut exister, un conflit d'intérêts. D'où l'intervention du mandataire *ad hoc* de l'article 2bis du Titre Préliminaire du Code d'instruction criminelle (parfois indispensable, parfois dispensable³), belle et bonne idée qui laisse malheureusement tant de questions ouvertes, notamment liées à la difficulté de concevoir qu'un être moral, par nature inconsistant, puisse avoir une volonté et une action propres distinctes de celles de l'être physique, ou du groupe d'êtres physiques. Et ce ne sont pas les travaux préparatoires de la loi du 4 mai 1999 qui vont nous aider à les éclaircir malheureusement. Doctrine et jurisprudence jouent leur tâche complétive, mais ne sont pas unanimes, de sorte que le magistrat confronté à la question de la désignation d'un mandataire *ad hoc* se trouve finalement souvent seul et désemparé.

Ainsi, dans l'ordonnance commentée, confirmée en appel, diverses questions intéressantes sont abordées.

La première concerne la notion de « *tribunal compétent* » utilisée par l'article 2bis du titre préliminaire du Code d'instruction criminelle : le juge d'instruction, la chambre du conseil sont-ils des « tribunaux compétents » pour désigner un mandataire *ad hoc*, dans la phase d'instruction du procès ?

Il serait effectivement difficile d'admettre que cette défense adéquate de la personne morale par le biais d'un défenseur indépendant de la personne physique coprénue, ne puisse intervenir qu'au stade du jugement de la cause, et non dans la phase préalable – et pourtant si essentielle – de l'information et de l'instruction. Qui défend les intérêts de la société durant ces phases préalables au jugement ? Ce régime est-il compatible avec l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme consacrant le droit à un procès équitable (droit à être assisté d'un défenseur de son choix) ? Les travaux préparatoires de la loi du 4 mai 1999 sont muets à cet égard, et la jurisprudence fort variée. Dans la pratique, il n'est pas rare de constater que certains juges d'instruction et certaines chambres du conseil désignent eux-mêmes, *contra legem*, un mandataire *ad hoc*⁴.

Adrien Masset souligne que c'est l'audience d'introduction (de la juridiction de fond) qui est « le lieu idéal pour procéder, avant-dire droit au fond, à cette désignation⁵ » et qu'« en l'état actuel des textes, c'est sans base légale que ministère public durant la phase d'information, juge d'instruction durant la phase d'instruction et juridictions d'instruction durant la phase de règlement de la procédure, procèdent parfois à la désignation d'un mandataire *ad hoc*⁶, tentant de combler ce que chacun s'accorde à considérer comme une lacune de la loi⁷ ».

3. Il n'existe aucune obligation de désigner un mandataire *ad hoc*, mais pèse sur le juge une obligation de vérifier, en l'espèce présentée devant lui, la nécessité et l'opportunité de désigner un tel mandataire (M.A. DELVAUX, « La société poursuivie pénalement en même temps que son dirigeant, a-t-elle encore le droit de choisir son avocat », *J.D.S.C.*, 2009, pp. 263 à 265). Voir, par exemple, Liège (6^e ch.), 9 février 2012, *J.L.M.B.*, 2012, liv. 32, p. 1531 : « Dès lors que le prévenu n'est plus habilité à représenter la personne morale coprénue au moment où le tribunal a été saisi de l'action publique, il n'y a pas lieu de désigner un mandataire *ad hoc* pour faire valoir les droits de celle-ci, en dépit du fait que le prévenu et la personne morale sont poursuivis pour les mêmes faits ».
4. Voir un extrait éloquent de Liège (6^e ch.), 9 février 2012, *J.L.M.B.*, 2012, liv. 32, p. 1531 : Si un mandataire *ad hoc* n'a pas été désigné au stade de l'instruction de la cause, c'est en tout état de cause au moment où le tribunal est saisi de l'action publique qu'il convient, en cas de concomitance des poursuites contre la société et contre son représentant statutaire pour les mêmes faits, de garantir cette défense autonome par la désignation d'un mandataire *ad hoc*. Visiblement les habitudes sont déjà bien ancrées dans les juridictions d'instruction liégeoises.
5. A. MASSET, « La responsabilité pénale dans l'entreprise », *Guide juridique de l'entreprise*, Livre 119.5, Titre XII, Waterloo, Kluwer, 2012, n° 130, p. 38.
6. L'auteur cite ici F. LUGENTZ et O. KLEES, « Le point sur la responsabilité pénale des personnes morales », *Rev. dr. pén.*, 2008, pp. 217-220 ; Cass., 16 octobre 2007, P.07.0774.N et F. BAECKELAND, « L'application par le juge d'instruction de la loi instaurant la responsabilité pénale des personnes morales », *Dr. pén. entr.*, 2010, pp. 15-22.
7. A. MASSET, *op. cit.*, n° 130, p. 39.

Nous estimons, pour notre part, qu'il est plus adéquat de désigner un mandataire ad hoc dès la phase d'instruction, et donc contra legem, en comblant la lacune législative unanimement reconnue que de laisser se poursuivre une procédure dans le cadre de laquelle un justiciable, la société prévenue, ne peut bénéficier de toutes les garanties d'un procès équitable.

C'est dans ce sens qu'a été la Chambre du Conseil du Tribunal de première instance de Namur, division Dinant, saisie d'une requête du Procureur du Roi visant à la désignation d'un mandataire *ad hoc* pour chacune des quatorze sociétés poursuivies. La Chambre du Conseil souligne qu'elle est également compétente pour décider d'une mesure de suspension du prononcé, de sorte qu'elle a également la qualité de juridiction de jugement, et qu'il convient d'interpréter de manière extensive le texte légal puisque, déjà devant elle, se développent des débats substantiels sur l'action publique.

Est également abordée la question du choix d'un mandataire *ad hoc* « complémentaire » à l'avocat déjà présent pour défendre les intérêts de la société.

Dans l'arrêt n° 190/2006 du 5 décembre 2006⁸, la Cour constitutionnelle (alors encore Cour d'arbitrage) avait rappelé que la personne morale conservait la possibilité de choisir son représentant et pouvait demander au juge la désignation de tel mandataire *ad hoc*, qui pourrait éventuellement considérer qu'à défaut de conflit d'intérêts *in concreto*, la défense des intérêts de la personne morale pourrait être confiée au conseil choisi par les personnes physiques chargées de la représenter.

Avant même cet arrêt très clair, divers juges allaient dans ce sens. Ainsi, la Cour d'appel de Liège avait déjà estimé que « Lorsque l'assemblée générale extraordinaire d'une personne morale faisant l'objet de poursuites a désigné un avocat avec le mandat le plus large pour assurer la défense pénale de cette société, aucun mandataire *ad hoc* ne doit être désigné par le tribunal⁹ » et le Tribunal correctionnel de Louvain que « Lorsqu'une personne morale recourt à un avocat personnel et qu'aucun indice ne permet de conclure que ce dernier ne défendra pas de manière objective les intérêts de la personne morale, il n'est pas nécessaire de désigner un mandataire *ad hoc*¹⁰ ».

Cependant, de nombreuses décisions antérieures à l'arrêt n° 190/2006 écartaient directement le mandataire désigné par la société elle-même, au motif que seul le tribunal chargé de trancher l'affaire serait compétent pour le désigner¹¹.

Citons encore un arrêt liégeois du 3 février 2011¹² : la 6^e chambre de la Cour d'appel de Liège a choisi de désigner comme mandataire *ad hoc* l'avocat qui avait été proposé par la société prévenue, soulignant que rien ne s'opposait à ce qu'il soit fait droit à sa proposition.

L'ordonnance ici commentée semble s'appuyer sur deux décisions en sens contraire de la même Cour¹³, dont nous ne pouvons apprécier la pertinence (ni la lecture adéquate) en l'absence de disponibilité de leur texte intégral. Nous avons uniquement trouvé un arrêt de la 6^e chambre de la Cour d'appel de Liège¹⁴ qui réforme un jugement du Tribunal correctionnel de Liège désignant un mandataire *ad hoc*, dans une espèce dans laquelle au jour où ce tribunal a

8. C. C. n° 190/2006, 5 décembre 2006, *J.D.S.C.*, 2007, n° 800 et note M.A. DELVAUX intitulée « Le recours obligatoire à un mandataire *ad hoc* pour représenter la personne morale », p. 193.

9. Liège, 29 mars 2006, *J.D.S.C.*, 2007, p. 196 et note M.A. DELVAUX, *T. Strafr.*, 2006, liv. 5, p. 274.

10. Corr. Louvain, 22 février 2006, *T. Strafr.*, 2006, liv. 4, p. 228.

11. Voir Corr. Gand, 19^e ch., 3 avril 2000, *J.D.S.C.*, 2002, p. 307 et note M.A. DELVAUX intitulée « La représentation en justice de la société commerciale dans le cadre de la loi du 4 mai 1999 » et *T.M.R.*, 2001, p. 410 (mandataire *ad hoc* désigné par le conseil d'administration) ; voir également Corr. Gand, 19 octobre 1999, *T.M.R.*, 2000 (abrégé), p. 168 (mandataire *ad hoc* désigné par l'assemblée générale).

12. *J.L.M.B.*, 2011, p. 164 et *J.D.S.C.*, 2012, n° 1057 et note M.A. DELVAUX intitulée « Le mandataire *ad hoc* : quand ? Qui ? », pp. 201 à 203.

13. Désignation d'un mandataire alors que la personne morale a fait le choix d'un conseil : Liège, 6^e ch., 13 octobre 2011 et 9 février 2012, RG 2011/3086 et 2012/485, non autrement référencés.

14. Liège (6^e ch.), 9 février 2012, *J.L.M.B.*, 2012, liv. 32, p. 1531, en cause Ministère public c. SA I.

statué, les conditions de l'article 2bis du Titre préliminaire du Code d'instruction criminelle n'étaient plus réunies puisque le prévenu personne physique, poursuivi pour les mêmes faits infractionnels que la société prévenue, n'était plus habilité à la représenter. La Cour revient à la *ratio legis* de l'article 2bis, à savoir garantir une défense autonome de la personne morale lorsqu'elle est poursuivie en même temps que son représentant statutaire pour les mêmes faits. En l'espèce, la Cour a estimé qu'à moins d'établir que la fin de mission du prévenu personne physique, remplacé au poste de dirigeant par son épouse, serait une simulation visant à contourner les conditions légales qui rendent nécessaires la désignation d'un mandataire *ad hoc* pour représenter la société, il ne se justifiait pas de procéder à une telle désignation. Ce n'est pas l'opinion défendue par l'espèce dinantaise commentée de sorte qu'on ignore si la Chambre du Conseil se réfère bien à cet arrêt.

Nous avons déjà abordé dans une précédente contribution la question du libre choix de son avocat par la personne morale¹⁵, et nous y renvoyons.

Outre celles déjà citées ci-avant, nous renvoyons le lecteur intéressé par cette problématique du mandataire *ad hoc* à nos précédentes notes dans le présent ouvrage :

- « Le mandataire *ad hoc*, porte-parole et défenseur de la personne morale, note sous Corr. Gand (19^e ch.) 22 janvier 2001, *J.D.S.C.*, 2003, p. 289 ;
- « La désignation d'un mandataire *ad hoc* (dans le cadre de l'application de la loi du 4 mai 1999 sur la responsabilité pénale des personnes morales) : faculté ou obligation du tribunal saisi ? », note sous Gand (10^e ch.), 1^{er} mars 2002, *J.D.S.C.*, 2004, p. 346 ;
- « 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 mars 2006, *J.D.S.C.*, 2007, p. 196.

Enfin, une autre question intéressante est abordée ici : l'ordonnance de la chambre du conseil désignant un mandataire *ad hoc* peut-elle faire l'objet d'un appel ?

Dans l'espèce commentée, quatre des quatorze sociétés poursuivies pénalement ont formé appel de l'ordonnance de la Chambre du conseil dinantaise désignant une kyrielle de mandataires *ad hoc* pour les sociétés poursuivies, de sorte que la Chambre des mises en accusation de la Cour d'appel a été saisie de la question. Le Procureur général près la Cour a requis que ces appels soient déclarés irrecevables au motif que le législateur n'a pas prévu que pareille ordonnance de désignation soit appellable et que les appels « *ne rencontrent pas les critères de recevabilité établis par les articles 135 et 539 du Code d'instruction criminelle* ». La Cour d'appel a suivi ce réquisitoire et déclaré ces appels irrecevables au motif que « *Pareille ordonnance n'est appellable ni en vertu de l'article 135, § 2, du Code d'instruction criminelle, lequel concerne les ordonnances de renvoi, ni en vertu d'une autre disposition légale* ». Nous partageons bien sûr cette analyse.

15.M.A. DELVAUX, « La société poursuivie pénalement en même temps que son dirigeant a-t-elle encore le droit de choisir son avocat ? », note sous Liège (4^e ch. corr.), 8 septembre 2008, *J.D.S.C.*, 2009, n° 920, pp. 263-265.