

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

La participation par omission et sa jurisprudence

Blaise, Noémie

Published in:
Journal des Tribunaux

Publication date:
2009

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Blaise, N 2009, 'La participation par omission et sa jurisprudence: note sous Corr. Dinant, 17 février 2009', *Journal des Tribunaux*, vol. 6370, pp. 693-697.

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.

Pendant l'acte, la jeune fille crie et appelle au secours mais le prévenu Q. et son coauteur l'intervient à se taire;

En raison de l'arrivée d'autres jeunes, le prévenu Q. se décide d'arrêter, se rhabille et rentre « tranquillement » chez lui accompagné du second prévenu, H.;

Il ressort clairement de cet exposé des faits que le prévenu Q. n'a pas seulement effectué une pénétration digitale du sexe de sa victime mais qu'il l'a aussi pénétrée au moyen de son sexe et que la victime n'était pas consentante puisqu'elle a été, notamment physiquement (tenue et maintenue) contrainte de subir le viol;

Il est aussi établi que le prévenu Q. a été aidé, à tout le moins par une personne, soit par le mineur qui tenait et maintenait la victime, dans l'accomplissement de l'acte de viol, ce qui constitue une circonstance aggravante;

B. Concernant le prévenu H.

Il est reproché à ce prévenu d'avoir participé aux faits en faisant le guet pendant que les deux auteurs accomplissaient leur acte de viol;

Le prévenu H. conteste avoir participé, en qualité de coauteur ou de complice, aux faits de viols en soutenant qu'il était bien présent à proximité du lieu des faits et qu'il a observé ceux-ci, qu'il n'a pas fait le guet pour les deux autres, qu'il ne croyait pas son ami Q. capable d'un tel comportement et qu'il a été tétanisé et paralysé par ce qu'il voyait;

Tout d'abord, il ressort du dossier répressif que le prévenu H. accompagnait le prévenu Q. pour être venu avec lui au parc et le mineur lorsqu'ils se sont approchés de l'arbre sous lequel la victime et son compagnon entretenaient une relation sexuelle;

Ensuite, le prévenu Q. a déclaré aux enquêteurs, mais sans précision ni détail, que le prévenu H., à sa demande, « faisait le guet » pendant qu'ils commettaient les actes de viols;

Par ailleurs, il résulte des auditions des différents jeunes présents dans le parc, non seulement que plusieurs personnes sont passées à proximité de l'arbre et qu'elles ont aperçu ou entendu la scène sans en avoir été écartées par le prévenu H., mais également que si elles ont été empêchées de porter secours à la victime, c'est en raison de la présence et de l'attitude du mineur qui les bloquait à l'entrée de l'enceinte de l'arbre pendant que le prévenu Q. violait la victime;

En outre, le prévenu Q. a encore expliqué qu'il avait arrêté son acte parce qu'il avait entendu des personnes s'approcher et crier et non parce qu'il avait été prévenu par son ami H.;

Enfin, le mineur n'a pas impliqué le prévenu H. dans les faits et le témoin M. (compagnon de la victime) ne fait allusion qu'à sa présence sous l'enceinte de l'arbre;

Il résulte de ces éléments que toutes les conditions à la participation punissable ne sont pas réunies en l'espèce dès lors que s'il a eu connaissance des faits de viols pour y avoir assisté, le prévenu H. n'a pas eu la volonté de les réaliser et n'a pas prêté, pour l'exécution de ceux-ci, une aide telle que, sans son assistance, les viols n'eussent pu être commis (corrété) alors que, malgré sa connaissance de la commission des faits, il n'a pas non plus apporté aux auteurs une aide utile à la réalisation de ceux-ci (com-

plicité) puisqu'il s'est contenté de regarder la scène et parce qu'il n'a pas averti les auteurs de l'arrivée des personnes venant secourir la victime et n'a pas bloqué ces personnes, préférant seulement prendre la fuite à leur arrivée près de l'arbre;

En conséquence, la prévention n'est pas établie dans son chef et il en sera donc acquitté;

II. Concernant la peine à l'encontre du prévenu Q.

Pour apprécier la peine, le tribunal retient les éléments suivants :

— la sauvagerie avec laquelle les faits ont été commis dans le cadre d'une dynamique de groupe ce qui atteste d'une certaine insociabilité dans le chef du prévenu à l'époque des faits;

— les atteintes gravement portées tant à l'intégrité physique de la victime qu'à la sécurité et la moralité publique;

— la nécessité de faire comprendre au prévenu et ce notamment par un rappel clair à la loi, que le respect de l'intégrité physique, morale et psychique de toute personne constitue une norme sociale qu'il n'est pas permis d'enfreindre et que les faits qu'il a commis ne peuvent être banalisés ou relativisés;

— la personnalité du prévenu telle qu'elle apparaît du rapport d'expertise psychiatrique qui ne retient pas d'atténuation de responsabilité psychologique et qui conclut que le prévenu ne constitue pas un danger pour la société et qu'il n'y a pas de nécessité à une prise en charge psychothérapeutique;

— le jeune âge du prévenu à l'époque de faits qui ne semblait toutefois pas immature selon l'expert;

— l'espoir d'amendement dans le chef du prévenu et ses regrets manifestés notamment au cours des débats;

— l'absence d'antécédent judiciaire dans son chef;

Le prévenu, qui se trouve dans les conditions légales pour bénéficier d'une mesure de mise à l'épreuve, se verra donc octroyer une mesure de sursis à l'exécution de l'emprisonnement;

.....

Par ces motifs :

.....

Le tribunal,

Statuant contradictoirement,

Au pénal :

Dit la prévention reprochée au prévenu H. non établie; en acquitte ce prévenu et le renvoie des poursuites du chef de celle-ci;

Délaisse les frais de sa mise en cause à charge de l'État;

Dit la prévention établie telle que libellée dans le chef du prévenu Q.;

Condamne le prévenu Q. de ce chef déclaré établi à une peine de trois ans d'emprisonnement;

Dit qu'il sera sursis, durant cinq ans, à l'exécution de cette peine en ce qu'elle excède la détermination préventive;

.....



OBSERVATIONS

La participation par omission et sa jurisprudence

Le tribunal correctionnel de Dinant a été saisi d'un viol collectif impliquant trois individus dans le parc Saint-Roch à Ciney, en juin 2005, commis sur une mineure de quinze ans¹. L'un des auteurs, mineur au moment des faits, a été renvoyé devant le tribunal de la jeunesse. Si la culpabilité du deuxième auteur est reconnue établie à suffisance par le tribunal, ce jugement pose la question, tant controversée, de la participation par omission pour ce qui concerne le dernier prévenu. En effet, celui-ci est présent au moment des faits, accompagne les deux auteurs sur le lieu de l'infraction mais ne participe pas activement à la commission du viol. Les deux autres prétendent l'avoir chargé de faire le guet mais les éléments de l'enquête font apparaître qu'il ne les a pas avertis de l'arrivée de passants aux alentours du parc et qu'il s'est enfui. Le tribunal retient qu'il était tétanisé au moment de l'infraction et qu'il n'a pas apporté aux auteurs de l'infraction une aide répréhensible au sens des articles 66 et 67 du Code pénal.

Cette décision nous donne l'occasion de commenter l'une des conditions de la participation punissable qu'est l'acte positif et les assouplissements opérés par la jurisprudence en cette matière. Dans un premier temps, nous rappellerons les fondements historiques de cette condition, puis nous examinerons ceux de la participation par omission et les réserves introduites par la jurisprudence.

Par l'omission répréhensible du participant, on entend « un comportement circonstancié et volontaire incitant à la commission de l'infraction, la facilitant ou l'encourageant suivant un des modes prévus aux articles 66 et 67 du Code pénal. Le comportement est dans ce cas caractérisé à un point tel que la prétendue inaction traduit un comportement positif, explicite et non équivoque, qui ne peut être assimilé à une simple omission »².

I. L'exigence d'un acte positif

Le législateur belge a décidé de ne punir les participants à une infraction que s'ils remplissaient différentes conditions : « rendre le crime imputable à tous ceux qui ont pu apporter à sa réalisation une contribution quelconque même indirecte risque de donner à l'intervention pénale une dimension exorbitante et incertaine »³. Ainsi, pour que le participant

(1) L'article 375 du Code pénal érige l'âge de la victime en circonstance aggravante.

(2) Voy. les conclusions de l'avocat général D. Vandermeersch sous Cass., 2^e ch., 17 décembre 2008, *R.D.P.C.*, 2009, p. 441 et la distinction rappelée par J. Simon entre l'abstention pure et simple et l'abstention dans l'action (J. SIMON, « Chronique trimestrielle de jurisprudence », *R.D.P.C.*, 1951-1952, pp. 774 et s).

(3) Ch. HENNAU-HUBLET et J. VERHAEGEN, *Droit pénal général*, 3^e éd. mise à jour avec le concours de D. SPIELMANN et A. BRUYNDONCKX, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 276. Voy. également J.-J. HAUS, « Cinquième rapport correspondant au chapitre VII du projet : de la participation de plusieurs personnes au même crime ou délit et du recèlement », *Législation criminelle de la Belgique*, Bruxelles, Bruylant, 1867, n^o 299.

puisse être puni, il reviendra au juge d'établir qu'une infraction principale⁴ (ou sa tentative) a été commise; que l'acte posé par le participant était positif, antérieur ou concomitant à cette infraction et apparenté à l'une des différentes hypothèses exhaustivement énumérées aux articles 66 (corréité) et 67 (complicité) du Code pénal⁵; que le participant avait bien la connaissance et la volonté (ou du moins l'acceptation) de participer à la commission de l'infraction (dol général)⁶.

Il faut donc que le participant ait contribué de manière active à la commission de l'infraction. Cette exigence implique *a fortiori* que ne peut être puni celui qui ne s'oppose pas à la commission de l'infraction par un tiers⁷, quand bien même cette omission serait volontaire⁸. J.-J. Haus explicite cette idée : « (...) celui qui, dans l'intention de favoriser la perpétration d'un crime ou d'un délit, ne l'a point prévenu ou ne l'a pas arrêté dans son exécution, quoiqu'il ait eu le devoir et le pouvoir de le faire, est sans doute moralement coupable; son inaction peut même être punissable comme infraction *sui generis*; mais il ne saurait être déclaré complice de ce crime ou de ce délit auquel il n'a pris aucune part »⁹. L'adage « qui peut et n'empêche, pêche » n'a dès lors qu'une vertu morale et n'entraîne aucune conséquence sur le plan pénal¹⁰. Soulignons que certaines omissions sont érigées en infractions autonomes¹¹, la plus célèbre d'entre elles étant la non-assistance à personne en danger (article 422bis du Code pénal).

Longtemps, la jurisprudence a réaffirmé cette exigence de l'acte positif, refusant d'admettre la participation par omission, quand bien même l'absténant aurait perçu un quelconque

avantage¹². Ce refus s'explique en premier lieu par le fait que les articles 66 et 67 énoncent respectivement des actes de corréité et de complicité et ce, de manière limitative¹³. Comme l'abstention ne s'y trouve pas, il n'est pas permis au juge d'interpréter ces dispositions de manière analogique en raison du principe de la légalité sur lequel repose notre système pénal belge¹⁴.

La volonté du législateur ne semble cependant pas aussi catégorique; en effet, le rapport relatif au chapitre de la participation punissable illustre la coopération directe par l'exemple suivant : « ceux qui, sans rien faire ni rien dire, prêtent leur présence pour faire nombre et effrayer les voyageurs, sont coauteurs du brigandage »¹⁵! F. Kuty souligne que cet exemple n'a jamais fait l'objet de la moindre discussion dans les travaux préparatoires¹⁶.

Outre cet argument de sécurité juridique lié à l'interprétation stricte de la loi pénale, l'exclusion de la participation par omission se comprend également au regard de la condition du dol général qui doit animer le participant. Le dol général se définit comme la connaissance du projet criminel et la volonté de s'y associer. « Or, la circonstance qu'une personne n'a pas empêché ou révélé le crime ne prouve point qu'elle a eu le désir de le voir exécuter, et moins encore qu'elle a voulu le favoriser »¹⁷. Nous reviendrons sur l'élément moral de la participation qui suppose que, par son abstention, le participant a eu la volonté ou l'acceptation de favoriser, en connaissance de cause, la commission de l'infraction.

Nous allons à présent examiner l'évolution faite en cette matière qui vise l'hypothèse où le participant, par son abstention, a stimulé l'auteur, l'a approuvé dans son cheminement criminel ou a amoindri la résistance de la victime : « L'abstention n'est coupable que lorsqu'elle est qualifiée, ce qui suppose qu'elle excède le seul fait de taire le projet criminel d'un tiers, de ne pas intervenir afin de le dissuader de le mettre à exécution, de ne pas s'opposer à la commission de l'infraction, d'être présent lors de celle-ci et même d'en tirer avantage »¹⁸. Le ca-

ractère coupable « réside bien moins dans le comportement de la personne pris en lui-même que dans l'influence que ce comportement a pu exercer sur l'esprit de l'auteur, par l'espérance qu'elle a pu faire naître dans sa conscience »¹⁹. L'on parle alors d'abstention qualifiée ou circonstanciée qui est assimilée à un acte positif en raison de l'effet positif qu'elle a eu sur l'auteur de l'infraction²⁰.

II. De l'omission pure et simple à l'omission qualifiée

En raison de cet effet positif de l'omission du participant, une jurisprudence, dite *contra legem*, s'est développée, à la suite de la Seconde Guerre mondiale, au sein des juridictions militaires appelées à connaître de crimes d'une particulière gravité. Citons par exemple cette décision du conseil de guerre de Bruxelles : « (...) la présence de l'accusé — tout au long et à chaque étape de cette opération — devait avoir pour effet non seulement d'éviter aux tueurs la moindre difficulté dans l'accomplissement de leur sinistre besogne, de soutenir leur moral et de leur assurer l'impunité, mais encore et surtout de matérialiser et d'authentifier l'ordre criminel de la puissance occupante »²¹. D'autres arrêts, tel que celui du camp de Breendonck²², ont également retenu l'abstention du commandant comme mode de participation en plus d'actes répréhensibles, parfois mineurs²³. N. Colette-Basecqz remarque par ailleurs que les juridictions militaires ont parfois procédé à des recoupements assez critiques quant à l'appréciation de l'élément moral, se contentant bien souvent de la négligence répréhensible là où l'infraction requiert un dol général comme c'est par exemple le cas en matière d'homicide volontaire²⁴.

Dans un arrêt du 24 septembre 1951, la Cour de cassation a rejeté un pourvoi dirigé contre un arrêt rendu par la Cour militaire qui avait refusé de punir l'omission de responsables de

(19) J. CONSTANT, *op. cit.*, n° 255.

(20) F. TULKENS et M. VAN DE KERCHOVE, *op. cit.*, p. 450; F. KUTY, *op. cit.*, pp. 58-59. Voy. également les conclusions de l'avocat général D. Vandermeersch, *op. cit.*, pp. 441 et s. où l'avocat général parle d'une abstention « caractérisée ».

(21) Cons. guerre Bruxelles, 30 novembre 1948, *R.D.P.C.*, 1948-1949, p. 303.

(22) Cons. guerre Anvers, 25 novembre 1949, cité in J. VANDERVEEREN, « Les délits d'omission », *R.D.P.C.*, 1949-1950, pp. 750 et s.

(23) Sur cette matière, voy. P. FORTIERS, « Les délits dits d'omission », *R.D.P.C.*, 1951-1952, pp. 495 et s. Pour un autre exemple, voy. Cass., 2^e ch., 18 février 1952, *Pas.*, 1952, I, 352; Cons. guerre Brabant, 22 mars 1950, cité in J. VANDERVEEREN, *op. cit.*, pp. 752 et s.; Cons. guerre Liège, 20 novembre 1972, *J.T.*, 1973, p. 148 et le commentaire de J. VERHAEGEN, « Savoir où porter le fer - A propos de la condamnation de six para-commandos », *J.T.*, 1973, pp. 137 et s., spécialement p. 138 : « Le conseil rappelle donc ici implicitement, en droit, qu'à la condition d'être consciente et volontaire — ce qui avait été admis pour le cas d'espèce dans les deux attendus précédents — la simple tolérance du chef, là où il a le devoir d'intervenir, peut déjà constituer un acte de participation au sens de l'article 66 du Code pénal ». Dans le même sens, H. VUYE relève que la question de la participation par omission pouvait s'avérer inutile dès lors que l'on reprochait, entre autres, aux commandants d'avoir organisé les camps de telle façon que des atrocités aient pu y être commises (H. VUYE, « Schuldig hulperzuim analyse van artikel 422bis Sw. in het licht van de algemene leer van de omissie in het strafrecht », *Liber amicorum Jean Du Jardin*, Deurne, Kluwer, 2001, p. 445).

(24) N. COLETTE-BASECQZ, « La répression de l'omission en droit international pénal et en droit belge », *Ann. dr. Louvain*, 1995, p. 24.

(4) Celle-ci ne pouvant être qu'un crime ou un délit (voy. articles 66 et 67 du Code pénal); il n'y a, en effet, pas de participation punissable en matière de contravention. Rappelons également la portée de l'article 100 du Code pénal pour ce qui est des infractions prévues dans les lois et règlements particuliers : en cas de silence du législateur, le chapitre VII du livre 1^{er} du Code pénal relatif à la participation punissable ne s'applique pas.

(5) L'intérêt de cette distinction, fonction du caractère indispensable ou utile de l'aide apportée par le participant, concerne la peine. En effet, les coauteurs seront punis comme s'ils avaient été auteurs (article 66 du Code pénal) alors que les complices bénéficieront d'une diminution de peine et ce, conformément à l'article 69 du Code pénal.

(6) Pour ce qui est de l'élément moral, il importe de préciser qu'il est requis et il suffit que le participant ait connaissance de toutes les circonstances qui donnent au fait, à l'exécution duquel il coopère, le caractère d'un crime ou d'un délit déterminé. Il n'est toutefois requis ni que le participant connaisse en outre le lieu ou le moment où ce crime ou ce délit sera commis, ni qu'il sache au préalable de qui ce crime ou ce délit sera commis (Cass., 2^e ch., 9 décembre 1986, *Pas.*, 1987, I, 437 et *R.W.*, 1987-1988, p. 856, note M. DE SWAEF, « Over strafbare deelname ». Par ailleurs, il n'est pas requis que le participant soit lui-même animé de l'élément moral propre à l'infraction à laquelle il participe (par exemple un dol spécial).

(7) A. BRAAS, *Précis de droit pénal*, Bruxelles, Bruylant, 1946, p. 159, n° 246.

(8) J. CONSTANT, *Traité élémentaire de droit pénal*, Liège, Imprimeries nationales, t. I, 1965, n° 255.

(9) J.-J. HAUS, *Principes généraux du droit pénal belge*, 3^e éd., Gand, Hoste, 1879, n° 486. Pour un relevé détaillé de la doctrine en cette matière, voy. F. KUTY, « La participation criminelle par abstention », *Actualités de droit pénal*, UB³, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 43 et s.

(10) C. VAN DEN WYNGAERT, *Strafrecht, Strafprocesrecht en International strafrecht*, Antwerpen, Maklu, 2009, 7^e éd., p. 382.

(11) A. PRINS, *Science pénale et droit positif*, Bruxelles, Bruylant, 1899, p. 333, n° 550.

(12) Voy. Cass., 2^e ch., 25 avril 1949, *Pas.*, 1949, I, 297; Cass., 2^e ch., 23 octobre 1950, *R.D.P.C.*, 1950-1951, p. 648 et *Pas.*, 1951, I, 91; Liège, 5 avril 1973, *Pas.*, 1973, II, p. 132.

(13) *Contra* : F. KUTY, *op. cit.*, pp. 49-50 : la loi « retient également tout agissement personnel ayant directement coopéré à l'exécution de l'infraction, l'aide prêtée par un fait quelconque pour son exécution et sans laquelle elle n'eût pu être commise ou encore l'aide ou l'assistance dans les fait qui l'ont préparée, facilitée ou consommée ».

(14) J.-J. HAUS, *Principes généraux du droit pénal belge*, *op. cit.*, n°s 486 et 492 et J. RUBRECHT, « Strafbare deelname door onthouding », *R.W.*, 1961-1962, col. 2213 et s.

(15) J.-J. HAUS, « Cinquième rapport correspondant au chapitre VII du projet : de la participation de plusieurs personnes au même crime ou délit et du recèlement », *op. cit.*, n° 314. Cet exemple est d'ailleurs repris par J.-J. HAUS dans son ouvrage *Principes généraux du droit pénal belge*, *op. cit.*, n° 509.

(16) F. KUTY, *op. cit.*, pp. 48 et 57. L'auteur précise qu'il convient cependant de limiter la portée de la participation par omission à l'hypothèse qui y est visée, soit la coopération directe.

(17) J.-J. HAUS, « Cinquième rapport correspondant au chapitre VII du projet : de la participation de plusieurs personnes au même crime ou délit et du recèlement », *op. cit.*, n° 310. Voy. également F. TULKENS et M. VAN DE KERCHOVE, *Introduction au droit pénal - Aspects juridiques et criminologiques*, Waterloo, Kluwer, 2007, p. 450.

(18) F. KUTY, *op. cit.*, p. 58.

camps de détention qui ne s'étaient pas opposés à des actes de torture commis par leurs subordonnés alors qu'ils étaient responsables de l'organisation des camps (arrêt *Düncker*)²⁵. Si la Cour de cassation n'a pas reconnu la participation par omission en l'espèce, elle a cependant justifié sa décision en précisant que « (...) l'arrêt attaqué ne constate pas que les infractions de violences et de sévices, visées par le moyen, n'ont été commises que "grâce à l'approbation tacite, mais certaine, que le prévenu y a lui-même donnée" ». La note de l'avocat général R. Hayot de Termicourt qui explicite ce tempérament amorcé par la Cour de cassation, est une référence en la matière : « La seule abstention, même volontaire, d'empêcher un tiers, voire un subordonné, d'accomplir un crime ou un délit ne constitue donc pas une aide ou une assistance, au sens de ces termes dans les articles 66 et 67 du Code pénal. Mais si cette abstention d'un chef à l'égard d'un subordonné revêt en outre, en raison des circonstances qui l'accompagnent, le caractère d'une approbation ou d'un stimulant, elle peut devenir un acte positif, une aide ou une assistance prêtée à l'auteur de l'infraction »²⁶. L'avocat général ne se détache pas complètement de l'exigence de l'acte positif²⁷ et, s'il est difficile conceptuellement d'assimiler l'abstention à un acte positif, il importe de souligner qu'à tout le moins une abstention peut avoir des effets positifs.

La reconnaissance d'une participation par omission dans le chef de ces dirigeants militaires visait essentiellement à combler une lacune du législateur; en effet, il n'existait pas alors de responsabilité du supérieur hiérarchique²⁸. Cette lacune a été comblée en droit belge par l'introduction de l'article 136septies, 5^o, dans le Code pénal, en matière de violations graves du droit international humanitaire, qui punit « l'omission d'agir dans les limites de leur possibilité d'action de la part de ceux qui avaient connaissance d'ordres donnés en vue de l'exécution d'une telle infraction ou de faits qui en commencent l'exécution, et pouvaient en empêcher la consommation ou y mettre fin »²⁹. D. Vandermeersch souligne à ce sujet la sévérité avec laquelle le législateur envisage cette

hypothèse vu que l'abstention encourra la même peine que s'il était auteur des faits; d'autre part, la seule connaissance des faits suffit pour établir l'élément moral sans qu'il soit exigé de prouver dans leur chef l'intention de faciliter la commission de l'infraction³⁰.

Si la responsabilité du supérieur hiérarchique est davantage une forme de responsabilité *sui generis*, il n'en reste pas moins qu'elle se situe entre l'omission et la complicité et qu'il peut s'avérer difficile de la distinguer clairement d'un acte de participation³¹.

Le législateur a introduit une autre disposition en matière de violations graves du droit international humanitaire qui mérite notre attention. Il s'agit de l'article 136quater du Code pénal qui incrimine différents actes constitutifs de crimes de guerre peu importe qu'ils aient été commis par action ou par omission³² : « Le terme "omission" ne vise pas ici les manquements à une obligation d'agir déterinée ou l'abstention de poser un acte de nature à empêcher la commission d'une infraction grave mais l'inaction intentionnelle comme mode de participation criminelle »³³. Si les travaux préparatoires ne permettent pas de définir de manière précise les contours de cette disposition, la doctrine s'accorde pour dire que la participation sera punissable si elle est à la fois approbatrice et stimulante (ou à tout le moins incitatrice) de l'action menée par l'auteur de l'infraction et que le participant se soit abstenu à cet effet^{34 35}.

Sur le plan des infractions non liées à un contexte de conflit armé, certaines décisions, principalement des juridictions de fond, ont admis la participation par omission dans le cas, par exemple, d'une séquestration avec viol de la victime où la corréité fut retenue en raison de la « présence

constante et vigilante qui privait la victime de tout secours ou possibilité de fuite » du participant^{36 37}. Notons que C. Van Den Wynngaert remarque que le vide législatif en matière de participation par omission implique une utilisation abusive de l'article 422bis du Code pénal, conduisant les juges à punir sur la base de cette incrimination spécifique des personnes qui auraient pu empêcher la commission de l'infraction mais qui ont choisi de s'abstenir³⁸.

En outre, de nouvelles décisions ont admis la participation par omission à la condition qu'il préexistait à l'abstention un devoir positif d'agir dans le chef du participant. Nous allons les examiner en nous interrogeant sur les fondements de cette condition.

III. La violation d'un devoir positif d'agir : un retour en arrière?

Il est ici question de sanctionner pénalement le participant qui aurait volontairement omis de respecter une obligation légale ou contractuelle à laquelle il était lié en vue de rendre possible ou de faciliter la commission de l'infraction³⁹. Prenons l'exemple cité dans *Les Pandectes* du domestique qui ne ferme pas la porte à clé, permettant aux voleurs d'entrer librement; en vertu de l'exigence de l'acte positif, celui-ci restera impuni à l'inverse du domestique qui aurait ouvert la porte aux voleurs! Ceci explique que la distinction entre le témoin d'une infraction qui s'abstient et celui qui, par son abstention, facilite l'infraction s'est progressivement mise en place⁴⁰ : « La distinction importante à faire, c'est que, dans le premier cas, aucune obligation ne pesait sur la personne qui s'abstient d'agir, tandis que, dans la seconde hypothèse, l'inaction constituait un manquement à ses devoirs. Or, si rien ne révèle une intention criminelle chez celui qui pratique l'indifférence devant des faits qu'il n'était

(25) Voy. J. VERHAEGEN, « Les incertitudes de la répression de l'omission en droit pénal belge », *R.D.P.C.*, 1983, p. 22; R. LEGROS, « Une double peine capitale », *R.D.P.C.*, 1993, p. 598; H. VUYE, *op. cit.*, p. 444.

(26) Cass., 2^e ch., 24 septembre 1951, *Pas.*, 1952, 13, note Raoul Hayot de Termicourt et *R.D.P.C.*, 1951-1952, p. 555, note R. S.

(27) F. KUTY, *op. cit.*, p. 49.

(28) N. COLETTE-BASECQZ, *op. cit.*, p. 20. Notons que la responsabilité du supérieur hiérarchique (militaire ou civil) est clairement inscrite dans le statut de Rome à l'article 28.

(29) Cette disposition avait déjà été introduite par l'article 4 de la loi du 16 juin 1993 relative à la répression des infractions graves aux Conventions internationales de Genève du 12 août 1949 et aux protocoles I^{er} et II du 8 juin 1977, additionnels à ces Conventions, aujourd'hui abrogée par la loi du 5 août 2003 relative aux violations graves du droit international humanitaire (*M.B.*, 7 août 2003) qui a inséré le titre I^{er}bis du livre II du Code pénal dans lequel se trouve ladite disposition. G. Schamps souligne cependant qu'il s'agit d'une incrimination générale et qui n'est donc pas limitée au seul cas du supérieur hiérarchique (G. SCHAMPS, « L'incrimination du crime de génocide, du crime contre l'humanité et des crimes de guerre en droit belge à la lumière du droit international humanitaire », *Actualités de droit pénal et de procédure pénale (II)*, C.U.P., Bruxelles, Larcier, 2004, n^o 54. L'on pourrait ainsi plutôt assimiler cette disposition à une non-assistance en danger appréciée au regard du contexte des crimes de droit international pénal.

(30) D. VANDERMEERSCH, « La répression en droit belge des crimes de droit international », *R.I.D.P.*, 1997, p. 1102.

(31) G. WERLE, *Principles of International Criminal Law*, La Haye, T.M.C. Asser Press, 2005, n^o 371. Ceci explique que l'article 28 du statut de Rome y relatif précise qu'il s'ajoute aux autres motifs de responsabilité pénale.

(32) Cette disposition avait déjà été introduite par l'article 1^{er} de la loi du 16 juin 1993 aujourd'hui abrogée par la loi du 5 août 2003 relatives aux violations graves du droit international humanitaire qui a inséré le titre I^{er}bis du livre II du Code pénal dans lequel se trouve ladite disposition.

(33) D. VANDERMEERSCH, *op. cit.*, p. 1097. Voy. également N. COLETTE-BASECQZ, *op. cit.*, p. 20. Notons que certains font observer qu'il est curieux que les travaux préparatoires ne contiennent aucune référence à la volonté du législateur de prévoir expressément le mode de participation par omission (voy. N. COLETTE-BASECQZ, *op. cit.*, pp. 32 et 33).

(34) A. ANDRIES, E. DAVID, C. VAN DEN WIJNGAERT et J. VERHAEGEN, « Commentaire de la loi du 16 juin 1993 relative à la répression des infractions graves au droit international humanitaire », *R.D.P.C.*, 1994, p. 1139.

(35) Notons que la loi du 5 août 2003 relative aux violations graves du droit international humanitaire (*M.B.*, 7 août 2003) qui reprend les dispositions de la loi du 16 juin 1993 en matière d'infraction de crime de guerre étend le champ d'application du droit international humanitaire aux crimes de génocide et crimes contre l'humanité. On peut s'étonner que seules les dispositions relatives aux crimes de guerre érigent en mode de participation l'abstention au contraire des crimes de génocide et contre l'humanité. Les travaux préparatoires ne soulèvent pas cette question mais renseignent la volonté du législateur de se conformer aux instruments existant en la matière, à savoir la Convention de 1948 en matière de prévention et de répression du génocide et le statut de Rome pour le crime contre l'humanité (proposition de loi relative à la répression du crime de génocide, en application de la Convention internationale pour la prévention et la répression du crime de génocide du 9 décembre 1948, *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord., 1998-1999, n^o 1-749/3, p. 22).

(36) Liège, 9 avril 1992, *J.L.M.B.*, 1993, p. 8. Voy. également en matière de vol avec violence Cass., 2^e ch., 13 juin 2001, *Pas.*, 2001, 1122. Dans l'affaire *Dutroux*, Corr. Neufchâteau, ch. cons., 17 janvier 2003, *J.T.*, 2003, p. 87. En matière de violation de la législation relative à la lutte contre les nuisances sonores par un bourgmestre, voy. Liège, 24 juin 2003, *R.G.* n^o 64M17200, *www.cass.be*. Il serait erroné d'affirmer que la jurisprudence est unanime en cette matière (voy. Cass., 2^e ch., 24 février 1969, *Pas.*, 1969, I, 571 (arrêt *Lacante*) concernant un vol d'usage de véhicule où la participation par omission a été refusée alors que l'auteur déclarait qu'il s'était concerté avec *Lacante* et qu'il avait avoué que le vol n'aurait pu se produire s'il n'avait été présent). Voy. également Corr. Marche-en-Famenne, 26 mars 2003, *Journ. procès*, n^o 458, 2003, p. 28, obs. Ph. T. et Cass., 2^e ch., 21 mai 2003, *J.T.*, 2003, p. 857. Il importe toutefois de préciser que les faits relatés dans ces décisions ne permettent pas d'établir le degré d'abstention des participants (simple spectateur ou présence constante et encourageante).

(37) Gand, 20 février 1992, *R.W.*, 1992-1993, p. 305, note J. SOENEN, « Deelneming door onthouding » (incendie afin de brûler les traces du vol); Gand, 25 juin 1999, *T. Strafr.*, 2001, p. 32, note T. DESCHÉPPER, « Deelneming door onthouding : wie met vuur speelt... » (incendie de branches de sapin pour s'amusser). Voy. également la critique de F. KUTY sur ces deux arrêts, F. KUTY, *op. cit.*, pp. 55-56.

(38) C. VAN DEN WYNGAERT, *op. cit.*, p. 384.

(39) G. DELEIXHE et M. FRANCHIMONT, « Aspects de la participation criminelle en Belgique », *R.D.P.C.*, 1955-1956, p. 898; A. DE NAUW, « Continuité et renouveau des principes généraux du droit pénal : contributions et échecs de la doctrine de la revue », in *Cent ans de publication de droit pénal et de criminologie - Le centenaire de la Revue de droit pénal et de criminologie*, Bruxelles, la Charte, 2007, pp. 15-16. Voy. également F. TULKENS et M. VAN DE KERCHOVE, *op. cit.*, p. 451 et H. VUYE, *op. cit.*, pp. 444-445.

(40) F. KUTY, *op. cit.*, pp. 46-48.

pas tenu d'arrêter, il en est autrement de l'inaction du personnage qui était appelé, par sa position, à prendre une mesure »⁴¹.

Ainsi, outre le fait que l'omission ait un effet positif, encourageant l'auteur de l'infraction, la jurisprudence semble exiger qu'il y ait eu en outre violation d'un devoir positif d'agir, résultant d'une obligation légale voire contractuelle⁴². Un arrêt rendu par la Cour de cassation, appuie ce point de vue (arrêt *Lens*) : la prévenue, mandatée pour garder des céréales warrantées placées dans un entrepôt situé à côté de son domicile et dont elle était la seule détentrice des clés, ne s'est pas opposée à la vente desdites marchandises par son mari. La participation par omission de la prévenue a été retenue au motif que son contrat avec le mandant l'obligeait d'empêcher la vente et que celle-ci n'aurait pu avoir lieu si la prévenue ne s'était pas abstenue⁴³. D'autres décisions s'inscriront dans cette même mouvance; le juge vérifiant à la fois s'il y a eu violation d'une obligation et si celle-ci a eu un effet positif sur l'auteur des faits⁴⁴. Dans son analyse de la jurisprudence postérieure à l'arrêt *Lens*, F. Kuty relève que la Cour de cassation est très prudente dans la reconnaissance de « l'abstention coupable » et se raccroche au moindre acte positif pour fonder la participation punissable⁴⁵.

La commission pour la révision du Code pénal qui rendit son rapport en 1979 s'inscrivait dans cette même logique en ajoutant aux modes de participation, « ceux qui par une inaction normalement de nature à favoriser l'exécution de l'infraction y contribuent de façon effective alors qu'ils avaient l'obligation légale de l'empêcher »⁴⁶. La commission prévoit trois conditions pour ce faire : une obligation légale ou contractuelle dans le chef du participant, l'intention de faciliter l'infraction et un lien causal entre le comportement et l'infraction de la sorte facilitée⁴⁷.

Il ne peut cependant être déduit de ce qui précède que la jurisprudence de la Cour de cassation aurait érigé le devoir positif d'agir en condition supplémentaire de la participation par omission;

d'une part, en raison des faits dont la Cour a été saisie dans ces différentes causes qui « imposaient » un tel raisonnement dès lors qu'il existait une obligation dans le chef du participant⁴⁸. D'autre part, en raison de la jurisprudence ultérieure des juridictions de fond et de la Cour de cassation elle-même qui a reconnu la participation par omission sans qu'il n'y ait d'obligation préexistante dans le chef du participant⁴⁹. Par contre, force est d'admettre que le fait qu'il y ait eu violation d'une obligation facilite la preuve de la volonté du participant de s'associer à l'infraction commise par l'auteur des faits⁵⁰.

Dans un arrêt récent de la Cour de cassation, datant du 17 décembre 2008, la condition relative à l'exigence d'une obligation préexistante a été abandonnée : « (...) l'omission d'agir peut constituer un tel acte positif de participation lorsque, en raison des circonstances qui l'accompagnent, l'inaction *consciente et volontaire* constitue sans équivoque un encouragement à la perpétration de l'infraction suivant l'un des modes prévus aux articles 66 et 67 du Code pénal⁵¹. (...) Les juges d'appel ont régulièrement motivé et légalement justifié leur décision selon laquelle le comportement du demandeur impliquait « une participation aux viols en qualité de coauteur et [pas seulement] une non-assistance à personne en danger » (nous soulignons) »⁵².

Cet arrêt rappelle une condition essentielle pour incriminer la participation par omission, à savoir l'intention de l'absténant de s'associer à l'infraction. Il importe de vérifier la présence, dans le chef du participant, de l'élément moral de la participation, à savoir le *dol général*⁵³. Établir l'élément moral dans le chef de celui qui s'est abstenu n'est pas toujours aisé dès lors que l'abstention peut être la manifestation d'un simple désintérêt (moralelement punissable mais pas pénalement) sans pour autant traduire une volonté de s'associer à l'infraction commise par l'auteur des faits⁵⁴.

Autre précision remarquable de cet arrêt, la Cour de cassation y fait la distinction entre une participation par omission à une infraction de viol et

l'infraction de non-assistance à personne en danger. Il nous paraît en effet important, qu'afin de veiller à une exacte application de la loi pénale aux faits, de limiter le champ d'application de l'article 422bis du Code pénal aux seules hypothèses qui y sont visées et de ne pas appliquer cette disposition à l'individu qui en s'associant délibérément à une infraction, conforte les auteurs dans leur intention criminelle et favorise de la sorte la commission de l'infraction.

IV. Conclusion

Au regard de l'arrêt de la Cour de cassation du 17 décembre 2008, l'on pourrait penser que le jugement du tribunal correctionnel de Dinant, en ne faisant pas application de la participation par omission à l'absténant, n'a pas respecté les enseignements de la Cour. Cependant, la décision commentée contient peu de précisions au sujet de la participation de l'absténant; l'on sait que ce dernier, bien qu'accompagnant les deux auteurs, a été trop effrayé par les événements pour faire le guet et que les deux auteurs maîtrisaient physiquement la résistance de leur victime sans que la présence de l'absténant n'ait favorisé ou facilité d'une quelconque manière leurs agissements. Quant à l'arrêt précité de la Cour de cassation, il semble concerner des circonstances de fait différentes : un membre de la bande, présent lors des viols, a contribué à « un effet de groupe » qui tantôt « a empêché la victime de pouvoir s'enfuir ou se défendre » et tantôt « a eu pour conséquence de renforcer les auteurs dans leur détermination et de déforer les capacités de résistance de la victime ». Ne disposant pas de données factuelles plus précises, il ne nous est dès lors pas permis de conclure à une jurisprudence divergente, d'autant qu'il demeure possible que les situations dont ont eu à connaître le tribunal correctionnel de Dinant et la Cour de cassation aient été différentes quant au rôle de l'absténant.

En tout état de cause, il importe de réprimer non pas le comportement du tiers dont la présence est fortuite et qui n'est finalement qu'un simple spectateur mais bien ce qui ressort davantage de la complicité morale où « l'influence du complice se sera manifestée par la voie d'une action psychologique s'exerçant soit sur l'intelligence, soit sur la volonté de l'auteur »⁵⁵ et ce, à tout le moins dès lors qu'il y a atteinte à l'intégrité physique de la victime. Pour ce faire, il conviendra de vérifier que l'abstention a eu un effet positif (stimulant, approuvateur ou encourageant) sur l'auteur de l'infraction et que le participant connaissait et voulait (ou du moins acceptait) que son omission ait un tel effet. La jurisprudence postérieure à cet arrêt de la Cour de cassation montrera si une intervention législative est nécessaire pour fixer ces deux conditions qui permettent de rendre punissable la participation par omission. S'en tenir, d'une façon restrictive, à l'exigence de l'acte positif risquerait d'adresser un message d'impunité à la fois à la société, au délinquant lui-même et surtout à la victime⁵⁶.

Noémie BLAISE

Assistante en droit pénal

(F.U.N.D.P. de Namur,

Académie universitaire « Louvain »)

Membre du centre de recherche Projucit

(41) *Pandectes*, v^o « Coauteur », t. 19, n^o 210.

(42) F. KUTY précise que la condition relative à l'effet encourageant sera souvent remplie *de facto* « dès lors que les devoirs légaux ou contractuels imposés à certaines personnes déterminées ont pour but, ou du moins, pour effet de prévenir la commission d'infractions ». Et l'auteur d'ajouter que « lorsqu'ils ne sont pas respectés, ils accroissent, en quelque sorte, les chances de succès de l'entreprise criminelle » (F. KUTY, *op. cit.*, p. 52).

(43) Cass., 2^e ch., 8 janvier 1973, *Pas.*, 1973, I, 451. Il s'agit d'un réel revirement de jurisprudence car la Cour de cassation, malgré l'existence d'une obligation, n'a pas toujours admis la participation par omission (Cass., 2^e ch., 25 avril 1949, *Pas.*, 1949, I, 297; Cass., 2^e ch., 23 octobre 1950, *R.D.P.C.*, 1950-1951, p. 648 et *Pas.*, 1951, I, 91 bien que dans ce second cas, le prévenu contestait qu'une quelconque obligation reposait sur lui).

(44) Cass., 2^e ch., 23 novembre 1999, *Pas.*, 1999, I, 1550, P.981185.N, www.cass.be et A.&M., 2000, p. 83, obs. F. Kuty attire l'attention sur la traduction malheureuse de cet arrêt en français; il s'agit bien de conditions cumulatives selon la Cour de cassation et non alternatives, F. KUTY, *op. cit.*, p. 39. Pour des arrêts ultérieurs, voy. Cass., 2^e ch., 29 avril 2003, *Pas.*, 2003, 895; P.02.1461.N, www.cass.be et R.C.J.B., 2006, p. 241, note F. KUTY, « La participation criminelle n'est pas irréductible à toute abstention »; Cass., 2^e ch., 26 février 2008, P.06.1518.N, www.cass.be et *Pas.*, 2008, I, 516.

(45) F. KUTY, *op. cit.*, pp. 40-41.

(46) Commission pour la révision du Code pénal, « Rapport sur les principales orientations de la réforme », Bruxelles, *Moniteur*, 1979, p. 43.

(47) Commission pour la révision du Code pénal, *op. cit.*, p. 87.

(48) F. KUTY, *op. cit.*, pp. 52-53.

(49) Voy. décisions précitées Cass., 2^e ch., 13 juin 2001, *op. cit.*; Corr. Neufchâteau, ch. cons., 17 janvier 2003, *op. cit.*; Liège, 9 avril 1992, *op. cit.* Voy. également les conclusions de l'avocat général D. Vandermeersch sous Cass., 2^e ch., 17 décembre 2008, *R.D.P.C.*, 2009, p. 442. *Contra* : S. VAN OVERBEKE, « Strafbare deelneming door gekwalificeerde onthouding », note sous Corr. Bruges, 28 août 1991, *R.W.*, 1992-1993, p. 648 et T. DESCHÉPPER, « Deelneming door onthouding : wie met vuur speelt... », note sous Gand, 25 juin 1999, *T. Strafr.*, 2001, p. 34.

(50) F. KUTY, *op. cit.*, p. 52.

(51) La Cour de cassation se fonde sur les constatations de la cour d'appel suivantes : le demandeur était présent lors des agressions commises par d'autres membres de la bande et qu'il avait, de ce fait, contribué à un « effet de groupe » qui tantôt « a empêché la victime de pouvoir s'enfuir ou se défendre » et tantôt « a eu pour conséquences de renforcer les auteurs dans leur détermination et de déforer les capacités de résistance de la victime ».

(52) Cass., 2^e ch., 17 décembre 2008, P.08.1233.F, www.cass.be et *R.D.P.C.*, 2009, p. 438 avec les conclusions de l'avocat général D. Vandermeersch. Cette jurisprudence a d'ailleurs été confirmée par la Cour de cassation dans un arrêt rendu le 2 septembre 2009 (Cass., 2^e ch., 2 septembre 2009, P.09.0391.F, www.cass.be).

(53) F. KUTY, *op. cit.*, pp. 53-56.

(54) Une solution serait d'exiger, par exemple, qu'il y ait eu un concert de volonté précédant la commission de l'infraction (F. KUTY, *op. cit.*, pp. 50-51). En ce sens, voy. Corr. Neufchâteau, ch. cons., 17 janvier 2003, *op. cit.*, p. 89 : « que l'inaction ne peut être constitutive de la coopération criminelle que si elle est le résultat d'un concert frauduleux préalable ou concomitant à l'action principale et si elle est circonstanciée ».

(55) G. DELEIXHE et M. FRANCHIMONT, *op. cit.*, p. 901.

(56) P. FORIERS, *op. cit.*, p. 502.