

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

La responsabilité pénale des personnes morales de droit public (suite) ou le cercle des immunités disparues

Nihoul, Marc

Published in:
Chroniques de droit public - Publiekrechtelijke kronieken

Publication date:
2009

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):
Nihoul, M 2009, 'La responsabilité pénale des personnes morales de droit public (suite) ou le cercle des immunités disparues', *Chroniques de droit public - Publiekrechtelijke kronieken*, pp. 177-187.

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 des personnes morales de droit public (suite) ou « le cercle des immunités disparues »

Marc Nihoul – Professeur aux FUNDP Namur (Académie universitaire « Louvain »)
Directeur du centre PROJUCIT¹
AVOCAT AU BARREAU DE BRUXELLES

— RÉSUMÉ

La responsabilité pénale des personnes morales de droit public donne en ce moment du fil à retordre à la Chambre des représentants. Nos élus souhaiteraient alléger la responsabilité pénale des bourgmestres, très souvent sollicitée, notamment parce qu'en Belgique, à l'heure actuelle, une commune ne peut pas être reconnue pénalement responsable. Après avoir envisagé la suppression de l'immunité pénale des principales collectivités politiques du pays, la dernière suggestion en date vise plutôt à ne conserver celle-ci qu'en ce qui concerne les collectivités politiques supérieures, à l'exclusion des collectivités locales. La présente contribution analyse les différentes « propositions » sur la table, ainsi que leur justification et les avis de la section de législation du Conseil d'Etat dont elles ont fait l'objet.

— SAMENVATTING

De strafrechtelijke aansprakelijkheid van de rechtspersonen met publiekrecht geeft de Kamer van Volksvertegenwoordigers heel wat te stellen. Onze afgevaardigden zouden de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de burgemeesters willen verlichten. Tegenwoordig wordt er op die aansprakelijkheid al te vaak beroep op gedaan, want in België kan een gemeente niet als strafrechtelijk aansprakelijk erkend worden. Nadat het de opheffing van de strafrechtelijke onschendbaarheid van de voornaamste overheden van het land in overweging heeft genomen, beoogt het recentste voorstel deze onschendbaarheid eerder te behouden wat betreft de hogere politieke overheden, met uitsluiting van de lagere overheden. Deze bijdrage analyseert de verschillende “voorstellen” op tafel, hun verantwoording en de standpunten van de afdeling wetgeving van de Raad van State waarvan ze het onderwerp hebben uitgemaakt.

¹ Protection juridique du citoyen, centre de recherche fondamentale : www.projucit.be.

I. L'on se souvient de la proposition de loi de M. Doomst et crts modifiant le Code pénal en ce qui concerne la responsabilité pénale des personnes morales de droit public². Cette proposition a été commentée l'année passée dans la même revue³. Elle visait à remplacer l'immunité pénale des collectivités publiques énumérées à l'article 5, alinéa 4 du Code pénal par une responsabilité pénale de toutes les « *personnes morales de droit public* », mais limitée aux « *infractions constitutives d'une violation d'une norme de rigueur ou de sécurité qui lui est imposée* ». Elle consistait dans l'abrogation de l'alinéa 4 de l'article 5 du Code pénal (article 2, 2° de la proposition) selon lequel « *Ne peuvent pas être considérées comme des personnes morales responsables pénalement pour l'application du présent article : l'Etat fédéral, les régions, les communautés, les provinces, l'agglomération bruxelloise, les communes, les zones pluri-communales, les organes territoriaux intra-communales, la Commission communautaire française, la Commission communautaire flamande, la Commission communautaire commune et les centres publics d'aide sociale* »⁴.

D'un côté, il convenait de se réjouir de voir enfin traitées de manière identique toutes les personnes morales de droit public. De l'autre côté, il fallait regretter la diminution directe du champ d'application matériel de la responsabilité pénale des personnes morales de droit public autres que les collectivités publiques actuellement énumérées et immunisées par le code, alors que, d'une part, le dispositif, applicable pour toute infraction, s'était avéré utile et nécessaire dans une série de cas en

pratique et que, d'autre part, la limitation de la responsabilité pénale d'une personne morale de droit public a pour effet d'augmenter la responsabilité pénale des personnes physiques agissant pour son compte. Une proposition plus adéquate, déjà formulée en doctrine et visant à instaurer une responsabilité pénale sans peine pour toutes les personnes morales de droit public, avait été rappelée. L'attention avait été attirée, enfin, sur l'imprécision des deux notions utilisées en ce qui concerne les personnes et les infractions visées.

2. Depuis lors, la proposition a suscité, à sa suite, quatre amendements et trois avis de la section de législation du Conseil d'Etat.

2.1. La section de législation a rendu un premier avis en date du 27 mai 2008⁵ sur la proposition initiale. Celui-ci se limitait toutefois à regretter l'absence de justification à la fois de la limitation de la responsabilité pénale des personnes morales de droit public aux infractions constitutives d'une violation d'une norme de rigueur ou de sécurité qui lui était imposée et de la remise en cause de l'existence d'un régime unique de responsabilité pénale pour les personnes morales de droit privé et les personnes morales de droit public autres que celles visées à l'article 5, alinéa 4, du Code pénal, ce qui semblait par ailleurs aller au-delà de l'intention des auteurs.

En ce qui concerne les peines, l'avis estimait que l'article 3 proposé⁶ était inutile dès lors que l'article 7bis actuel du Code pénal prévoyait déjà les peines applica-

² *Doc. parl.*, Ch., s. 2007-2008, n° 52-1146/001 ; *C.D.P.K.*, 2008, pp. 492 et 493.

³ « La responsabilité pénale des personnes morales de droit public », avis transmis à la Commission de la Justice de la Chambre des Représentants, *C.D.P.K.*, 2008, pp. 488 à 491.

⁴ Les trois premiers alinéas de l'article 5 du Code pénal sont libellés comme suit :
« *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. Lorsque la responsabilité de la personne morale est engagée exclusivement en raison de l'intervention d'une personne physique identifiée, seule la personne qui a commis la faute la plus grave peut être condamnée. Si la personne physique identifiée a commis la faute sciemment et volontairement, elle peut être condamnée en même temps que la personne morale responsable. Sont assimilées à des personnes morales :*
1° *les associations momentanées et les associations en participation ;*
2° *les sociétés visées à l'article 2, alinéa 3, des lois coordonnées sur les sociétés commerciales, ainsi que les sociétés commerciales en formation ;*
3° *les sociétés civiles qui n'ont pas pris la forme d'une société commerciale* ».

⁵ Avis de la section de législation du Conseil d'Etat n° 44.620/2 du 27 mai 2008, *Doc. parl.*, Ch., s. 2007-2008, n° 52-1146/003 et *erratum* n° 52-1146/004.

⁶ L'article 3 de la proposition vise à compléter l'article 7bis du Code pénal par un alinéa disposant que « *Les peines applicables aux infractions commises par les personnes morales de droit public sont, en matière criminelle, correctionnelle et de police, l'amende et la confiscation spéciale. La confiscation spéciale prévue à l'article 42, 1° ne peut porter que sur des biens civilement saisissables* ».

bles aux personnes morales et les exceptions pour les personnes morales de droit public⁷. Dans notre commentaire déjà cité, nous avons souligné la nécessité, en tous cas, de justifier l'exclusion des peines d'interdiction d'exercer une activité ne relevant pas d'une mission de service public et de publication ou diffusion de la décision, alors que cette dernière, en particulier, semblait adéquate en matière publique dès lors qu'il s'agit de souligner publiquement une carence, à l'instar de ce que l'on connaît avec les rapports de la Cour des comptes ou des médiateurs.

2.2. Un premier amendement daté du 11 juin 2008 a été déposé dans une optique très différente de la proposition initiale. Il s'agissait cette fois de conserver l'alinéa 4 de l'article 5 du Code pénal, de l'assortir d'un alinéa supplémentaire et de concevoir, dans ces deux alinéas, un régime spécifique aux personnes morales de droit public, distinct de celui organisé pour les autres personnes morales. Selon cet amendement, les alinéas 4 et 5 de l'article 5 du Code pénal stipuleraient désormais successivement que « *Par dérogation aux dispositions de l'alinéa 1^{er}, une personne morale de droit public est pénalement responsable des infractions qui sont intrinsèquement liées à la réalisation de sa mission, ou de celles dont les faits concrets démontrent qu'elles ont été commises pour son compte. La personne morale de droit public sera toujours pénalement seule responsable des actes des organes ou des mandataires faisant partie de son organisation, qui ont été posés durant l'exercice de leurs tâches ou de leurs fonctions et dans les limites des compétences qui leur ont été attribuées, sauf si ces organes ou mandataires ont commis la faute sciemment et volontairement, ou en cas de faute grave ou de faute légère présentant dans leur chef un caractère habituel plutôt qu'accidentel* »⁸.

L'objectif visé était de limiter la responsabilité pénale des mandataires des personnes morales de droit public de manière plus stricte que celle des mandataires des autres personnes morales, en excluant celle-ci pour tous les actes posés durant l'exercice de leurs tâches ou de leurs fonctions et dans les limites des compétences qui leur ont été attribuées, pour autant que ces actes n'aient pas été accomplis sciemment et volontairement

et procèdent d'une faute légère accidentelle.

Non seulement cette proposition était inopportune et dangereuse car elle mélangeait les notions de faute pénale (sciemment et volontairement) et de faute civile (fautes graves et fautes légères⁹), déjà suffisamment complexes considérées isolément. Mais telle que libellée, elle mentionnait une dérogation à l'alinéa 1^{er} de l'article 5 du Code pénal exclusivement alors que le deuxième alinéa de l'amendement proposé visait en réalité à apporter un tempérament à l'alinéa 2 de l'article 5 actuel - avec pour effet de soumettre le mandataire et la personne morale de droit public au régime ordinaire de l'alinéa 2 en dehors des exceptions à la responsabilité du mandataire. Par ailleurs, le premier alinéa de l'amendement proposé ne contenait pas vraiment une dérogation à l'alinéa 1^{er} de l'article 5 actuel puisqu'il visait seulement à remplacer, sans grande utilité, les mots « *à la réalisation de son objet ou à la défense de ses intérêts* » par les termes « *à la réalisation de sa mission* ».

2.3. C'est sur ce premier amendement que porte le deuxième avis de la section de législation du Conseil d'Etat rendu le 17 juillet 2008¹⁰.

L'avis commence par attirer l'attention des parlementaires sur le projet de loi du 19 février 2007 modifiant la loi du 4 mai 1999 instaurant la responsabilité pénale des personnes morales¹¹. Ledit projet vise notamment à abroger les règles complexes de cumul des responsabilités, c'est-à-dire l'alinéa 2 de l'article 5 du Code pénal et la cause d'excuse absolutoire qu'il contient. Selon le Conseil d'Etat, le législateur gagnerait en cohérence en commençant par trancher la question soulevée par ledit projet avant d'apprécier si la règle générale doit être assortie d'exceptions ou d'atténuations pour les personnes morales de droit public ou pour certaines d'entre elles.

A notre estime, le principal mérite du dispositif qui figure dans ce projet est de simplifier sérieusement la matière. Il est aussi de mettre sur un pied d'égalité toutes les personnes, physiques comme morales, de droit privé comme de droit public, mais à l'exception toutefois des collectivités énumérées à l'alinéa 4 qui resteraient immunisées de toute responsabilité pénale. Le

⁷ Un amendement n° 3 sera finalement déposé pour supprimer l'article 3 de la proposition et tenir ainsi compte de l'observation du Conseil d'Etat : amendement n° 3, M. DOOMST et crts, *Doc. parl.*, Ch., s. 2007-2008, n° 52-1146/008.

⁸ Amendement n° 1, M. SCHRYVERS et crts, *Doc. parl.*, Ch., s. 2007-2008, n° 52-1146/002.

⁹ Ces termes sont repris de l'article 18 de la loi du 3 juillet 1978 sur le contrat de travail et de l'article 2 la loi du 10 février 2003 relative à la responsabilité des et pour les membres du personnel au service des personnes publiques.

¹⁰ Avis de la section de législation du Conseil d'Etat n° 44.756/2 du 17 juillet 2008, *Doc. parl.*, Ch., s. 2007-2008, n° 52-1146/005.

¹¹ *Doc. parl.*, Ch., s. 2006-2007, n° 51-2929/1.

projet n'apporte par conséquent aucun remède à l'exposition pénale effective des mandataires publics et spécialement des mandataires locaux en raison de l'exercice de leurs attributions d'intérêt général puisque, comme avant, ils continueraient à pouvoir être poursuivis sans pouvoir se retrancher derrière la plus grande responsabilité de la collectivité pour laquelle ils agissent. Le fait que les personnes physiques agissant pour le compte des autres personnes morales connaîtraient désormais le même sort ne leur est évidemment d'aucun secours en pratique.

S'agissant de l'amendement, le Conseil d'Etat le trouve à raison imprécis. Il lui reproche de ne pas expliquer si l'intention des auteurs est de remettre en cause l'existence d'un régime unique de responsabilité pour les personnes morales de droit privé et les personnes morales de droit public autres que celles visées à l'article 5, alinéa 4 du Code pénal¹². Le cas échéant, il leur appartiendrait de justifier cette distinction. Le Conseil d'Etat reproche également à l'amendement de ne pas préciser si, en cas de faute commise sciemment et volontairement par les organes ou mandataires de la personne morale de droit public ou en cas de faute grave ou de faute légère présentant un caractère habituel plutôt qu'accidentel, la responsabilité de ces organes et mandataires exclura celle de la personne morale ou se cumulera avec elle¹³. Il lui reproche encore l'incertitude quant à la portée de l'alinéa 5 en projet jugé inutile s'il vise seulement à illustrer l'alinéa 4 en projet et en revanche injustifié, comparé au régime des personnes morales de droit privé, s'il vise à restreindre la portée du même alinéa. Dans le premier cas, l'intention serait de souligner le régime actuel selon lequel la personne morale ne peut être tenue responsable de faits commis par des personnes ayant un lien avec elle quand celles-ci n'auraient fait que profiter du cadre juridique ou matériel de la personne morale pour commettre des infractions dans leur propre intérêt ou pour leur compte. Dans le second cas, l'objectif serait au contraire d'exonérer la personne morale de droit public de sa responsabilité pénale en cas d'excès de compétence de la part de la personne physi-

que, par exemple. Bref, « *Que faut-il entendre précisément par les expressions 'durant l'exercice de leurs tâches ou de leurs fonctions et dans les limites des compétences qui leur ont été attribuées' ?* »¹⁴

Sur le plan formel, la section de législation trouve également inutile l'alinéa 4 tel que proposé.

2.4. Par la suite, trois nouveaux amendements seront encore déposés. L'un, destiné à supprimer l'article 3 de la proposition initiale eu égard à son caractère « *superflu* » observé par la section de législation du Conseil d'Etat dans son premier avis¹⁵. Les deux autres afin d'esquisser un nouveau changement significatif dans la conception même de la proposition de loi. Tel est bien le sens des amendements n^{os} 2 et 4 déposés les 7 octobre 2008 et 10 mars 2009, séparés dans le temps par un nouvel avis de la section de législation du Conseil d'Etat réclamant une nouvelle fois davantage de justification. Selon les deux amendements, l'alinéa 4 serait remplacé par l'alinéa suivant, sans autre modification de l'article 5 du Code pénal : « *Ne peuvent pas être considérées comme des personnes morales responsables pénalement pour l'application du présent article : l'Etat fédéral, les communautés, les régions, la Commission communautaire commune pour les compétences visées à l'article 135 de la Constitution et la Commission communautaire française pour les compétences visées à l'article 138 de la Constitution* »¹⁶.

Voici donc que plusieurs membres de la Commission de la Justice de la Chambre des représentants optent désormais pour une simple modification presque cosmétique de la loi consistant seulement dans la limitation du nombre de collectivités immunisées. L'objectif est désormais de résoudre exclusivement les problèmes de responsabilité pénale au niveau local. Ce qui était, pour mémoire, le principal objectif initialement poursuivi par le dépôt de la proposition, objectif d'ailleurs rappelé en guise de justification¹⁷. *Exit* la responsabilité pénale des personnes morales de droit public. Retour à l'immunité pénale des principales collectivités politiques – c'est-à-dire de celles qui présentent un organe élu démocratiquement au suffrage direct - dont on aura pris

¹² Tel semble pourtant bien le cas puisque l'amendement vise à remplacer l'article 2 de la proposition initiale qui abrogeait l'alinéa 4 et à remplacer celui-ci par un nouvel alinéa 4.

¹³ Cette précision procède de l'alinéa 2 de l'article 5 du Code pénal. La justification imprécise de l'amendement semble également aller dans ce sens.

¹⁴ Avis de la section de législation du Conseil d'Etat n^o 44.756/2 du 17 juillet 2008, *o.c.*, p. 6.

¹⁵ Amendement n^o 3, M. DOOMST et crts, *Doc. parl.*, Ch., s. 2007-2008, n^o 52-1146/008, 6 février 2009.

¹⁶ Amendement n^o 2, M. SCHRYVERS et crts, *Doc. parl.*, Ch., s. 2007-2008, n^o 52-1146/006 ; Amendement n^o 4, M. DOOMST et crts, *Doc. parl.*, Ch., s. 2008-2009, n^o 52-1146/009.

¹⁷ « *Compte tenu de la tendance – qui semble se manifester – à citer les bourgmestres à comparaître devant le juge pénal pour les accidents*

soin d'exclure les collectivités locales (principalement) pour inclure celles-ci dans le champ de la responsabilité pénale¹⁸. Mais au nom de quels principes, cette fois, dès lors que la liste actuelle de l'article 5, alinéa 4 du Code pénal, plus complète, était déjà fondée sur l'existence d'une responsabilité politique ?

Les auteurs de l'amendement n° 2 avancent trois arguments pour justifier la « *restriction du cercle des personnes morales de droit public qui, en principe, ne peuvent être poursuivies* ». Un premier argument de droit comparé. Un deuxième argument fondé sur une conception antique de la séparation des pouvoirs et des contrôles de l'action publique. Un troisième argument, lié au précédent, articulé autour de la place du ministère public en matière de politique répressive.

Le premier argument, de droit comparé, est fondé sur l'expérience de nos pays voisins, la France et les Pays-Bas¹⁹. Il serait opportun, de ce point de vue, d'élargir le champ d'horizon aux autres Etats de l'Union européenne²⁰. L'immunité pénale des collectivités politiques supérieures ne fait plus alors figure d'évidence absolue.

Le deuxième argument est lié à la séparation des pouvoirs²¹ dont l'histoire révèle qu'elle est régulièrement invoquée pour dispenser, par principe, les autorités publiques de l'application du droit commun²². Sa formulation radicale ne manque toutefois pas d'étonner. Les auteurs s'interdisent certes de confondre les responsabilités pénale et civile, en prenant soin de préciser que la responsabilité civile des collectivités immunisées sur le plan pénal exclusivement reste entière. Mais sans jamais

justifier la différence de traitement qui en résulte sur le plan juridique entre les deux types de responsabilités. Or, faut-il rappeler une fois de plus que la responsabilité civile de l'Etat a été difficilement conquise par le passé, grâce au célèbre arrêt *La Flandria* du 5 novembre 1920²³, assimilé à une véritable révolution jurisprudentielle à l'époque, par lequel la Cour de cassation a précisément mis un terme au régime de la puissance publique formellement fondé sur le principe de la séparation des pouvoirs et la suffisance du contrôle politique (pourtant dérisoire), conçu comme exclusif de contrôles juridictionnels²⁴ ...

Selon les auteurs de l'amendement, pourtant, « *L'application, par leurs propres juges, d'une sanction pénale à l'encontre de l'État et des communautés et régions est difficilement conciliable avec la démocratie. Il serait en contradiction avec le principe de la séparation des pouvoirs de soumettre les actes de l'État et des communautés et régions au contrôle du juge pénal. Ces actes sont soumis à un contrôle politique qui appartient au parlement et qui ne tolère aucune répression de la part des juridictions pénales. L'existence d'un contrôle politique exclut toute intervention des juges indépendants.*

Ce sont les ministres qui, en vertu de l'article 101 de la Constitution, sont responsables devant la Chambre des représentants. Tout membre d'un gouvernement de communauté ou de région est, en vertu de l'article 70 de la loi spéciale de réformes institutionnelles, responsable devant le Parlement. Ce sont des considérations d'ordre constitutionnel qui s'opposent à l'exercice de poursuites à l'encontre de l'État et des communautés et régions. Cette règle

survenus sur le territoire de leur commune et vu l'impossibilité de citer la commune à comparaître en tant que personne morale devant le juge pénal, il convient de lever l'immunité de la commune et d'autres personnes morales de droit public visées à l'actuel article 5 du Code pénal » (p. 2, point 1).

¹⁸ Dans cette optique, les provinces, l'agglomération bruxelloise, les communes, les zones pluricommunales, les organes territoriaux intra-communaux, la Commission communautaire flamande, et les centres publics d'aide sociale ne bénéficieraient donc plus de l'immunité pénale.

¹⁹ *O.c.*, n° 52-1146/006, pp. 2 et 3, points 3 à 5.

²⁰ A cet égard, v. S. ADAM, N. BLAISE et N. COLETTE-BASECQZ, « Conclusions », in S. ADAM, N. COLETTE-BASECQZ et M. NIHOUL, *La responsabilité pénale des personnes morales en Europe - Corporate Criminal Liability in Europe*, Bruges, La Charte, série Projucit, 2008, sp. point 3.2, pp. 450 à 452.

²¹ *O.c.*, n° 52-1146/006, pp. 3 et 4, points 6 et 7.

²² V. M. NIHOUL, *Les privilèges du préalable et de l'exécution d'office*, Thèse de doctorat, Bruges, La Charte, 2001, 792 pp. ; « La nature ambiguë du droit administratif belge », in *Mélanges en hommage au professeur Robert Andersen*, Bruxelles, Bruylant, 2009, à paraître, n° 6.

²³ Cass., 5 novembre 1920, *Pas.*, 1920, I, 193 et concl. conf. proc. gén. P. LECLERCQ, alors pr. av. gén. et 1921, I, 114 (sommaire).

²⁴ V. déjà *o.c.*, C.D.P.K., 2008, p. 488. *Comp. o.c.*, n° 52-1146/006, p. 4, point 10 : « *Les mécanismes de contrôle politiques priment à cet égard* » et « *la responsabilité ministérielle constituée, en l'espèce, une justification importante de l'immunité pénale* ». Dans les autres cas, « *Nous voulons mettre les mandataires privés et publics sur le même pied* » (point 4, p. 11).

légale particulière montre bien que les institutions politiques ont un rôle primaire et les institutions judiciaires, un rôle secondaire.

Il est, de surcroît, incorrect de faire intervenir la justice pénale dans un domaine qui n'est pas le sien et de l'habiliter dans une matière qui est, par excellence, dévolue au contrôle parlementaire. L'approche pénale risque d'entraver le processus démocratique, puisqu'il faudrait attendre la fin du procès pénal avant de pouvoir se justifier devant le parlement. Il convient d'opérer une distinction nette entre, d'une part, la position de l'État, des communautés et des régions et, de l'autre, celle des personnes morales de droit public de niveau inférieur. Pour toute autre personne morale, le droit pénal est un remède ultime, mais ce n'est pas le cas pour l'État et les communautés et régions »²⁵.

Dans un avis complémentaire au premier avis publié, adressé à la Commission de la Justice de la Chambre des Représentants concernant l'amendement n° 2, nous avons souligné par ailleurs que des mécanismes de responsabilité politique existent aujourd'hui aux niveaux communal et provincial alors que ces collectivités, certes subordonnées, ne sont pas immunisées.

Le troisième argument est articulé autour de la place du ministère public en matière de politique répressive²⁶. Il consiste à soutenir que l'État, à travers son ministère public (mais en réalité également à travers ses juges), serait en quelque sorte juge et partie²⁷, ce qui ne cadrerait pas « avec la fonction d'exemple en matière de droit public et avec le rôle social que doivent revêtir l'État et les communautés et régions dans les domaines où ils sont pré-

cisément appelés à faire respecter le droit »²⁸. C'est l'argument de « l'auto-condamnation » qui consiste à déduire du caractère public de l'action pénale son incompatibilité avec la qualité de personne poursuivie.

Un tel argument ne manque pas d'étonner. Outre le fait qu'il est contesté de longue date en doctrine²⁹, il ne résiste pas à l'analyse sous l'angle de la répartition des compétences dans la Belgique fédérale tant que la justice est une matière fédérale. Seul l'État fédéral devrait être immunisé, à suivre le raisonnement invoqué, dès lors que – comme les auteurs le relèvent du reste –, dans l'exercice de leur compétence en matière de recherche, d'instruction, de poursuite et de réquisition pénales, « les magistrats agissent en principe de manière indépendante, mais ils se trouvent sous le contrôle final du ministre de la Justice, qui dispose d'un droit d'injonction positive »³⁰. A l'heure actuelle, il n'y a qu'un seul ministre de la Justice et il est fédéral. Il pourrait certes être soutenu que l'impartialité dudit ministre, non asexué du point de vue linguistique, ne serait pas suffisante à l'égard des autres composantes principales de l'État fédéral, mais alors l'argument vaudrait de manière plus générale à l'égard de toutes les collectivités actuellement immunisées par le Code pénal et même (d'ailleurs) d'avantage.

Au-delà de ces trois arguments de base, les auteurs de l'amendement justifient encore l'exclusion de la Commission communautaire flamande - placée « sur le même pied que les communes et les provinces » - de la manière suivante³¹. Celle-ci n'exerce aucune compétence législative, à la différence des commissions com-

²⁵ *Ibid.*, points 6 et 7, p. 3.

²⁶ *Ibid.*, pp. 4 et 5, point 8.

²⁷ « En cas de poursuites à l'encontre du pouvoir central, le « prévenu » aurait alors lui-même, dans une certaine mesure, voix au chapitre dans les poursuites, ce qui est évidemment inadmissible. L'identité de la personne exerçant les poursuites et de celle qui fait l'objet des poursuites se fonderait alors dans une seule entité ».

²⁸ *Ibid.*, n° 52-1146/006, pp. 4 et 5, point 8. Il est permis de se demander si le rôle d'exemple n'impliquerait pas d'abord et avant tout de se soumettre à la loi commune. Par ailleurs, la section de législation du Conseil d'Etat ne se privera pas de qualifier cette allégation de proclamation de pur principe qui devrait être partagée par toutes les personnes morales de droit public (avis de la section de législation du Conseil d'Etat n° 45.442/2 du 3 décembre 2008, *Doc. parl.*, Ch., s. 2008-2009, n° 52-1146/007, point 3.5, p. 8).

²⁹ M. NIHOUL, « L'immunité pénale des collectivités publiques est-elle constitutionnellement correcte ? », *R.D.P.C.*, 2003, pp. 828 et 829. Il n'explique au demeurant toujours pas le traitement différencié par rapport à la responsabilité civile également tranchée par des juges fédéraux, voire encore par rapport aux autres contrôles de légalité confiés par la Constitution tantôt au Conseil d'Etat (traditionnellement « lié » au Ministère - aujourd'hui SPF - de l'intérieur, notamment en terme de budget), tantôt à la Cour constitutionnelle, selon la nature de l'acte en cause. En outre, à la lumière de l'article 33 de la Constitution, ce n'est pas à proprement parler l'État qui poursuit, mais bien l'organe désigné par la Constitution, en l'occurrence le Parquet.

³⁰ *O.c.*, n° 52-1146/006, pp. 4 et 5, point 8. A noter que le pouvoir d'injonction n'est pas négatif et que l'indépendance du ministère public est aujourd'hui expressément consacrée à l'article 151, §1^{er} de la Constitution.

³¹ *Ibid.*, n° 52-1146/006, point 12, pp. 5 à 7. Ici p. 2, point 2.

munautaires commune et francophone - « assimilées aux communautés et aux régions »³² - en ce qui concerne les compétences visées respectivement aux articles 135 et 138 de la Constitution³³. Il est donc logique, compte tenu du critère retenu, de ne pas immuniser la Commission communautaire flamande et de n'immuniser les deux autres commissions qu'en ce qui concerne l'exercice de ces compétences législatives, à l'exclusion des autres compétences exercées en qualité de pouvoirs décentralisés et subordonnés.

Cette manière de procéder interpelle car l'Etat fédéral, les régions et les communautés exercent également des compétences exécutives et ils ne sont pas immunisés, quant à eux, du point de vue de la responsabilité pénale, « dans l'exercice de leurs fonctions législatives » exclusive-ment³⁴.

En même temps, les deux commissions ne sont pas totalement assimilables à l'Etat fédéral, aux régions et aux communautés car dans leur cas ce sont les mêmes organes qui agissent tantôt en qualité d'assemblées législatives, tantôt en qualité de pouvoirs exécutifs. Mais il peut être redouté, par conséquent, que la distinction entre les compétences exercées soit difficilement praticable dans la réalité et s'apparente à une simple vue de l'esprit. En pratique, les commissions votent souvent plusieurs textes législatifs ou réglementaires, dans la foulée, lors d'une même séance, en manière telle que l'imputation d'une éventuelle responsabilité pénale risque d'être difficile.

Enfin, il convient d'observer que l'activité législative comme telle ne donne lieu à aucun contrôle politique, pas plus que l'activité juridictionnelle³⁵, à la différence de l'activité exécutive. Le parlement, en particulier, n'est en effet soumis à aucun autre contrôle que celui de la censure électorale.

En définitive, l'impression générale qui ressort de la

justification de l'amendement examiné est que « *la fin justifie les moyens* » et surtout les motifs du dispositif. Les auteurs ne s'en cachent pas vraiment lorsqu'ils expliquent que « *L'amendement atteint l'objectif poursuivi : ainsi, les organes et les mandataires de personnes morales de droit public autres que l'Etat, les communautés et les régions seront-ils moins facilement exposés, et surtout, pas de manière individuelle, à une condamnation pénale* »³⁶, la victime pouvant diriger sa plainte contre la personne publique uniquement et, à défaut, le mandataire pouvant invoquer la cause exclusive de peine prévue à l'article 5, alinéa 2 du Code pénal.

2.5. Le moins que l'on puisse écrire, c'est que la section de législation du Conseil d'Etat n'a pas semblé convaincue par les arguments avancés³⁷. Dans son avis sur l'amendement qui vient d'être examiné, elle commence par observer que l'objectif poursuivi est de remédier à la situation constatée selon laquelle les personnes physiques des organes des personnes morales de droit public visées par l'amendement seraient davantage exposées à des poursuites pénales et que le critère de distinction retenu est le fait de disposer d'une parcelle du pouvoir législatif. Dès ce stade, à notre estime, il apparaît clairement que le critère de distinction retenu ne présente aucun rapport pertinent avec l'objectif poursuivi. La section de législation continue toutefois son raisonnement en observant que jusqu'à aujourd'hui la Cour constitutionnelle a admis l'immunité pénale des personnes morales de droit public disposant d'un organe directement élu selon des règles démocratiques, mais que « *Le fait que cette différence de traitement entre les personnes morales précitées et les autres personnes morales ait été admise ne signifie pas que ce régime soit le seul qui respecte le prescrit constitutionnel d'égalité et de non-discrimination ni même que ce soit la seule différence entre les personnes morales qui soit admissible* »³⁸, à

³² *Ibid.*, point 12, p. 7. *Adde* n° 52-1146/009, p. 3 : ces commissions doivent « être traitées sur un pied d'égalité avec l'Etat fédéral, les communautés et les régions, étant donné qu'elles exercent un pouvoir législatif dans ces matières ».

³³ En vertu de l'article 63 de la loi spéciale relative aux institutions bruxelloises, la Commission communautaire commune est compétente pour adopter des ordonnances ayant force de loi dans les matières dites bipersonnalisables dans la Région bilingue de Bruxelles-Capitale. Quant à la Commission communautaire française, elle est habilitée à prendre des décrets dans le cadre des compétences transférées par la Communauté française dans la Région bilingue de Bruxelles-Capitale (actuellement en matière de politique de la santé, d'infrastructure privée d'éducation physique, d'aide aux personnes, de promotion sociale, de sports et de vie en plein air, de tourisme, de transport scolaire, de reconversion professionnelle et de recyclage).

³⁴ Comme suggéré dans notre avis complémentaire, inédit, déjà cité.

³⁵ Sous réserve des commissions d'enquêtes parlementaires qui ne peuvent toutefois déboucher sur aucune sanction.

³⁶ *O.c.*, n° 52-1146/006, p. 4, point 9.

³⁷ Avis de la section de législation du Conseil d'Etat n° 45.442/2 du 3 décembre 2008, *Doc. parl.*, Ch., s. 2008-2009, n° 52-1146/007.

³⁸ *Ibid.*, point 3.1, p. 5.

condition toutefois de le justifier adéquatement. Ce qui n'est pas le cas en l'espèce.

C'est surtout à l'égard de l'argument de la séparation des pouvoirs que la section de législation tire un boulet rouge. A son estime, « *Pareille argumentation, par son caractère général, est insuffisante au regard de la conception en vigueur dans l'ordre constitutionnel belge de la séparation des pouvoirs. En tant qu'elle concerne la possibilité pour une juridiction de contrôler la conformité aux règles de droit des actes des différents pouvoirs constitutifs de l'État au sens large, en ce compris ceux qui sont posés par les pouvoirs législatif et judiciaire, elle ne tient pas compte de l'évolution constitutionnelle, législative et jurisprudentielle qui, spécialement depuis l'arrêt « La Flandria » de la Cour de cassation du 5 novembre 1920, consacre une conception de la séparation des pouvoirs conçue non comme un système de cloisonnement entre ceux-ci mais plutôt comme organisant un équilibre entre les pouvoirs et un contrôle mutuel fondé sur leur autonomie* »³⁹. La section de législation précise toutefois directement que « *Cette évolution, en tant que telle, ne va toutefois pas jusqu'à faire obstacle au régime envisagé par l'amendement, à la condition toutefois que celui-ci soit spécifiquement justifié* ».

A l'égard du contrôle politique, le Conseil d'Etat se montre également critique. Si l'argument a été validé par le passé, il ne le serait probablement plus par la Cour constitutionnelle. En effet, il « *perd de sa pertinence dès lors que les personnes morales de droit public énumérées dans l'amendement à l'examen ne sont pas les seules dont les autorités exécutives peuvent voir leur responsabilité politique mise en cause par une assemblée démocratiquement élue* »⁴⁰. Le Conseil d'Etat fait allusion à la motion de méfiance constructive introduite au niveau local en Région wallonne qu'il cite comme exemple. Tout en situant ce dispositif de manière plus générale parmi les divers procédés comparables permettant un contrôle politique des actes posés par les organes chargés de la gestion exécutive devant leur organe délibératif (composé d'élus directs ou indirects), même si la responsabilité politique qui en résulte n'est pas toujours susceptible de conduire à la démission des intéressés⁴¹. L'occasion nous est ainsi donnée de souligner ou rappeler au

passage, selon le cas, que de tels procédés n'existent pas seulement dans le chef des autorités décentralisées actuellement immunisées par l'article 5, alinéa 4 du Code pénal.

La section de législation insiste en outre sur la nécessité de combiner trois critères et non un seul, en réalité, dès lors que la Cour constitutionnelle, dans son arrêt n° 128/2002 du 10 juillet 2002, a indiqué précisément que « *Les personnes morales de droit public énumérées à l'article 5, alinéa 4, du Code pénal ont la particularité d'être principalement chargées d'une mission politique essentielle dans une démocratie représentative, de disposer d'assemblées démocratiquement élues et d'organes soumis à un contrôle politique* »⁴². « *Dans ces conditions cumulatives* », « *Le législateur a pu raisonnablement redouter, s'il rendait ces personnes morales pénalement responsables, d'étendre une responsabilité pénale collective à des situations où elle comporte plus d'inconvénients que d'avantages, notamment en suscitant des plaintes dont l'objectif réel serait de mener, par la voie pénale, des combats qui doivent se traiter par la voie politique* »⁴³.

De la sorte, le Conseil d'Etat semble suggérer au législateur d'utiliser le critère de l'importance de la mission politique jouée par la collectivité dans une démocratie représentative⁴⁴. Une importance qui pourrait grandir au fur et à mesure que l'on se rapproche de la fonction législative, par exemple. A notre estime, cependant, les trois critères vont de pair. Si une collectivité dispose d'assemblées démocratiquement élues et d'organes soumis à un contrôle politique, il paraît difficile de considérer qu'elles ne sont pas principalement chargées d'une mission politique essentielle dans une démocratie représentative. Quant au contrôle politique visé, il découle nécessairement de l'existence d'une assemblée démocratiquement élue. Les collectivités que l'on s'apprête à ramener dans le chemin de la responsabilité pénale ont par ailleurs déjà été considérées comme telles par la Cour constitutionnelle.

Enfin, toujours en ce qui concerne la séparation des pouvoirs, le Conseil d'Etat s'interroge quant à l'affirmation selon laquelle le contrôle parlementaire serait entravé par l'approche pénale puisqu'il faudrait attendre la fin du procès pénal avant de pouvoir se justifier devant le

³⁹ *Ibid.*, point 3.2, p. 6.

⁴⁰ *Ibid.*, point 3.3, pp. 6 et 7.

⁴¹ *Ibid.*, point 3.3, p. 7, note 12.

⁴² B.7.5, deuxième paragraphe, première phrase, souligné par nos soins.

⁴³ B.7.5, deuxième paragraphe, deuxième phrase.

⁴⁴ Avis de la section de législation du Conseil d'Etat n° 45.442/2 du 3 décembre 2008, *o.c.*, point 3.3, p. 7 : « *La justification de l'amendement doit rencontrer ces difficultés* ».

parlement. Le pénal ne tient en effet pas le politique en état, pour paraphraser une formule classique⁴⁵. Ce qui ne dispense pas le débat politique de devoir respecter la présomption d'innocence et le secret de l'information et de l'instruction pénales⁴⁶, comme il a été donné de rappeler par le premier collègue d'experts dans le cadre de la récente Commission d'enquête parlementaire relative à l'affaire Fortis.

En ce qui concerne l'argument de « *l'auto-condamnation* », le Conseil d'Etat se limite à observer que ces considérations ne valent que pour l'autorité fédérale, et non pour les entités fédérées pourtant maintenues également dans l'immunité. En outre, cette justification ne tient pas compte du statut d'indépendance du ministère public consacré par l'article 151, §1^{er}, deuxième phrase de la Constitution⁴⁷.

Et la section de législation du Conseil d'Etat de conclure en ces termes, avant de rappeler la nécessité de se prononcer d'abord sur la question du cumul ou du décumul des responsabilités soulevée par un projet de loi déposé précédemment : « *s'il est loisible au législateur d'envisager un dispositif qui n'est pas nécessairement identique pour l'ensemble des personnes morales de droit public ou pour l'ensemble de leurs organes ou de leurs pouvoirs, il lui appartient de mieux justifier la différence de traitement opérée par l'amendement à l'examen* »⁴⁸.

2.6. L'objet de l'amendement n° 4 était, quant à lui, d'améliorer la justification de l'amendement n° 2⁴⁹ en en conservant le dispositif. Les auteurs ont choisi de privilégier, à cet effet, une approche individualisée, autorité par autorité, de manière à justifier le maintien des seules collectivités nanties d'un pouvoir législatif parmi la liste des collectivités immunisées.

Ils commencent par rappeler l'objectif de la proposi-

tion qui est de rectifier un effet pervers de l'immunité constaté en pratique au niveau communal. « *Sous le gouvernement actuel, certains mandataires communaux ont donc une responsabilité pénale personnelle renforcée pour des comportements relevant en fait de leur qualité d'organe de la commune* »⁵⁰. Avec le recul, il est permis de se demander si, en conséquence, la « *levée de l'immunité pénale* » ne devait pas être limitée aux communes dès lors que seuls les mandataires communaux semblent avoir connu, en pratique, une multiplication des procédures pénales intentées à leur rencontre.

Les auteurs de l'amendement expliquent avoir choisi de ne pas opérer « *de subdivision pour les organes de personnes morales de droit public ni pour leurs compétences* »⁵¹. En clair, ils ont traité chaque personne morale de droit public dans leur globalité, sans distinguer en leur sein chaque pouvoir, alors que la responsabilité politique est limitée au pouvoir exécutif. Ils ont fait écho, sur ce point, à une critique plusieurs fois adressée en doctrine à l'égard du dispositif actuel de l'article 5, alinéa 4 du Code pénal⁵². Ils ont également choisi de ne pas limiter la responsabilité pénale de toutes les personnes morales de droit public - ou de certaines d'entre elles - à l'exercice de compétences ou de fonctions déterminées, par souci de sécurité juridique, toute délimitation à cet égard suscitant par définition des difficultés d'interprétation. Ce que les auteurs ont choisi, c'est d'opérer « *une subdivision entre les personnes morales de droit public* »⁵³.

Trois ordres de considération peuvent être dégagés en ordre de justification. Premièrement, certaines des personnes morales actuellement immunisées l'auraient été à tort, ce qu'il importe de rectifier. Deuxièmement, seules les collectivités locales auraient connu le phénomène d'explosion des procédures pénales dirigées contre

⁴⁵ V. dans ce sens l'avis complémentaire transmis par nos soins à la Commission compétente, déjà cité.

⁴⁶ Avis de la section de législation du Conseil d'Etat n° 45.442/2 du 3 décembre 2008, *o.c.*, point 3.4, p. 8.

⁴⁷ *Ibid.*, point 3.5, p. 8.

⁴⁸ *Ibid.*, point 4, p. 8. Le Conseil n'a pas commenté l'argument de droit comparé ni abordé la spécificité de la Commission communautaire flamande.

Sur la question de l'égalité entre autorités publiques, v. M. NIHOUL, « A propos de l'inégalité des autorités publiques en matière de prescription », note sous C.A., n° 106/2006, 21 juin 2006, *C.D.P.K.*, 2006, pp. 705 à 713 et « L'inégalité des collectivités publiques en matière pénale, spécialement sous l'angle de la responsabilité et de la compétence normative », in S. LUST et M. NIHOUL (éd.), *Le droit public au tournant du millénaire C.D.P.K.*, 2007, n° spécial anniv., pp. 63 à 92.

⁴⁹ Amendement n° 4, M. DOOMST et crts, *Doc. parl.*, Ch., s. 2008-2009, n° 52-1146/009. Pour mémoire, l'amendement n° 3 visait à supprimer, quant à lui, l'article 3 de la proposition initiale considéré comme inutile.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 2.

⁵¹ *Ibid.*, p. 3.

⁵² V. not. *C.D.P.K.*, 2008, p. 489 ; M. NIHOUL, *o.c.*, *R.D.P.C.*, 2003, p. 817.

⁵³ *O.c.*, p. 3.

les mandataires. Troisièmement, seules les collectivités nanties d'un pouvoir législatif mériteraient de continuer à être immunisées.

Parmi les personnes morales de droit public immunisées à tort⁵⁴ figurent les centres publics d'action sociale (C.P.A.S.) et les organes territoriaux intracommunaux (O.T.I.). Les premiers parce que la plupart d'entre eux ne disposent pas d'un organe élu directement, à l'exception de dix situés dans la périphérie bruxelloise, à Comines-Warneton et à Fourons. Les seconds parce qu'ils ne disposent pas de la personnalité juridique. A notre estime, ces derniers disposent pourtant d'un organe directement élu, ce qui était le seul critère retenu par le législateur et la Cour constitutionnelle.

Au rang des collectivités posant des difficultés en pratique⁵⁵, figurent les communes et, par identité de motif ou de « catégorie de pouvoir », simplement, les zones pluricommunales et les provinces.

Au total, seuls l'État fédéral, les communautés, les régions, la commission communautaire commune pour les compétences visées à l'article 135 de la Constitution, et la commission communautaire française pour les compétences visées à l'article 138 de la Constitution⁵⁶, bénéficieraient encore de l'immunité pénale car « *À ce niveau de pouvoir plus élevé, les personnes morales de droit public précitées disposent (...) d'une compétence législative essentielle* »⁵⁷.

Les auteurs concluent en précisant bien que l'exclusion de ces personnes de la liste des personnes morales de droit public immunisées n'a pas pour effet d'exclure la responsabilité pénale individuelle des mandataires,

mais seulement de permettre à ceux-ci de se prévaloir de la cause d'excuse absolutoire dans les conditions du droit commun organisé par l'article 5, alinéa 2 du Code pénal, à l'instar de ce qui est déjà prévu pour les « mandataires privés »⁵⁸.

3. En conclusion, à ce stade, l'on peut se réjouir de voir la liste des collectivités publiques immunisées diminuer sérieusement et gagner en cohérence. Peut-être l'expérience qui découlera du vote éventuel du dernier amendement proposé convaincra-t-elle au demeurant les parlementaires d'en finir définitivement avec le régime de l'immunité dont l'effet concret, en pratique, reste de placer les personnes physiques qui agissent pour son compte - parmi lesquels figurent les responsables politiques - dans une situation de surexposition inconfortable.

Tous les problèmes ne sont donc pas réglés pour autant.

Ainsi, nous restons convaincu que la mesure de l'immunité est inadéquate compte tenu de l'objectif poursuivi à travers elle. Pour mémoire, le seul objectif concret exposé jusqu'ici est d'éviter 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, spécialement à travers la responsabilité politique. Or, il s'impose d'éviter de confondre les genres : la responsabilité pénale est très différente de la responsabilité politique. Le contrôle politique n'est conçu ni pour censurer des faits incriminés ni pour indemniser les victimes d'actes fautifs. En outre, la responsabilité politique vise le

⁵⁴ V. M. NIHOUL, *o.c.*, *R.D.P.C.*, 2003, pp. 820 à 822 ; « Le champ d'application », in M. NIHOUL (éd.), *La responsabilité pénale des personnes morales en Belgique*, Bruges, La Charte, coll. Projucit, 2005, n^{os} 11 et 12, pp. 31 à 34 ; « La protection de l'immunité pénale des collectivités publiques par la Cour d'arbitrage », obs. sous C.A., n^o 8/2005, 12 juillet 2005, *J.L.M.B.*, 2005, pp. 600 à 606 ; « L'inégalité des collectivités publiques en matière pénale, spécialement sous l'angle de la responsabilité et de la compétence normative », in S. LUST et M. NIHOUL (éd.), *o.c.*, *C.D.P.K.*, 2007, pp. 63 à 92. D'autres personnes morales de droit public telles les intercommunales, les wateringues, les polders, les fabriques d'église ou les collectivités étrangères correspondantes, n'ont à l'époque pas été immunisées, à tort, selon la perspective retenue.

⁵⁵ Les auteurs soulignent que « *Les conséquences de poursuites pénales et d'une éventuelle condamnation ne peuvent être sous-estimées : en effet, une instruction est ouverte, des comptes doivent être rendus devant le tribunal et, en cas de condamnation, une inscription au casier judiciaire est possible* » (*o.c.*, p. 4). Probablement en réponse à la réflexion de la section de législation du Conseil d'Etat selon laquelle il faut tenir compte, dans l'appréciation de la nécessité d'un traitement différencié, des mécanismes de responsabilité civile des communes et provinces à concurrence du paiement des amendes auxquelles sont condamnés leurs mandataires (*o.c.*, n^o 52-1146/007, p. 4, point 2.2, note 6).

⁵⁶ L'agglomération bruxelloise, la commission communautaire flamande, la commission communautaire commune et la commission communautaire française ne disposent en effet pas d'un véritable pouvoir législatif, sauf dans le cadre des compétences précisées ci-dessus dans le texte. *Ibid.*, p. 3.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 4.

⁵⁸ Il n'est cependant pas nécessaire que la commune soit impliquée conjointement avec le bourgmestre ou l'échevin dans une instruction pour permettre à ceux-ci d'invoquer la cause d'excuse absolutoire, comme les auteurs semblent le suggérer p. 3.

responsable politique qui doit rendre des comptes devant le parlement mais qui, en même temps, et en raison de l'immunité de la collectivité dont il relève, est davantage susceptible que d'autres mandataires de voir sa responsabilité pénale engagée du fait de son action, puisqu'il est privé de la cause d'excuse absolutoire prévue par l'article 5, alinéa 2 du Code pénal⁵⁹. Certes, la responsabilité pénale des hommes politiques n'est guère exposée aux niveaux fédéral, régional et communautaire, eu égard à l'irresponsabilité pénale et civile des ministres et parlementaires⁶⁰ ; ce qui explique pourquoi la situation semble très différente, en pratique, selon le niveau local ou supérieur. Mais derrière les hommes politiques se cachent de nombreux fonctionnaires, juges et agents, pour lesquels les risques de responsabilité sont beaucoup plus nets, sans aucun mécanisme de responsabilité civile à leur profit, à concurrence du montant des amendes éventuelles dont ils pourraient faire l'objet. Tous ces agents supérieurs ne méritent-ils pas autant de considération que les élus locaux ?

En outre, nous n'apercevons pas en quoi l'exercice d'une parcelle du pouvoir législatif justifierait de reconnaître une immunité à certaines collectivités en raison de l'importance que cela leur confère. Les risques pénaux

de l'activité législative sont relativement limités et celle-ci relève de la compétence d'un seul pouvoir puisque le pouvoir d'initiative du pouvoir exécutif procède d'une intervention en qualité de branche du pouvoir législatif⁶¹. L'argument ne justifie donc pas d'étendre l'immunité aux deux autres pouvoirs. Le critère de l'exercice d'une parcelle du pouvoir législatif est d'autant moins pertinent que le contrôle politique invoqué pour justifier l'absence d'un contrôle pénal ne vise pas le pouvoir législatif, quant à son objet, mais bien le pouvoir exécutif.

Enfin, l'immunité persistante gagnerait à être limitée à l'action des personnes concernées dans le cadre de leurs missions de service public dès lors que les personnes morales de droit public peuvent parfois exercer des activités similaires à celles des personnes morales de droit privé⁶².

L'idée d'une responsabilité pénale sans peine est-elle si mauvaise qu'elle ne suscite même pas la discussion au parlement ? Elle nous semblait pourtant la moins attentatoire aux droits de toutes les personnes susceptibles d'être concernées, en ce compris la généralité des citoyens⁶³.

⁵⁹ Au niveau local, l'immunité pénale incite véritablement à poursuivre le responsable politique à défaut de pouvoir viser la collectivité. Il est la seule cible publique potentielle.

⁶⁰ V. notamment les articles 58 et 101 de la Constitution et leur équivalent dans la loi spéciale de réformes institutionnelles.

⁶¹ L'on pourrait éviter cette critique en ajoutant à l'alinéa 4 proposé dernièrement les mots : « *dans l'exercice de leurs fonctions législatives* ».

⁶² V. par exemple l'ancienne proposition de loi M. Dardenne et F. TALHAOUI « modifiant certaines dispositions du Code pénal relatives à la responsabilité pénale des personnes morales », 12 février 2003, *Doc. parl.*, Ch., s.o. 2002-03, n° 50- 2287/001. V. aussi S. ADAM, N. BLAISE et N. COLETTE-BASECQZ, in S. ADAM, N. BASECQZ et M. NIHOUL, *o.c.*, 2008, point 3.2, pp. 451 et 452 au sujet de la distinction répandue en Europe entre les actes de gestion et les actes de puissance publique du point de vue de la responsabilité pénale.

⁶³ Pour mémoire, des variantes peuvent être imaginées. Ainsi, la déclaration de culpabilité pourrait exonérer des amendes uniquement, les autres peines actuellement prévues à l'article 7bis du Code pénal assurant déjà une protection des intérêts publics en ce qui concerne les personnes morales de droit public. Sur le plan procédural, l'exclusion du procédé de l'action directe lorsque les collectivités politiques sont concernées permettrait l'établissement d'un filtre de nature à calmer les ardeurs intempestives.