

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

La protection de l'immunité pénale des collectivités publiques par la Cour d'arbitrage

Nihoul, Marc

Published in:

Revue de jurisprudence de Liège, Mons et Bruxelles

Publication date:

2005

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Nihoul, M 2005, 'La protection de l'immunité pénale des collectivités publiques par la Cour d'arbitrage: obs. sous C.A., n° 8/2005, 12 juillet 2005', *Revue de jurisprudence de Liège, Mons et Bruxelles*, pp. 600-606.

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.

Observations

La protection de l'immunité pénale des collectivités publiques par la Cour d'arbitrage

1. Qu'eût pensé le procureur général P. LECLERCQ de l'arrêt de la Cour d'arbitrage n° 8/2005 ? Certainement la même chose qu'à propos de l'arrêt n° 128/2002¹ dès lors que le premier reprend littéralement les considérants gravés dans le second en ce qui concerne l'immunité pénale des collectivités publiques². La vraisemblable absence d'unanimité du siège dans l'arrêt n° 128/2002 augurait pourtant un revirement de jurisprudence attendu de pied ferme en doctrine³. Mais aujourd'hui, il faut bien constater le pire. Voilà donc le dogme de la puissance publique reprendre le dessus en droit public belge, au détriment de la modernité proposée avec la notion de service public et en violation du système mis en place par le Constituant il y a cent septante-cinq ans⁴.

2. La nouvelle affaire était pourtant distincte de la première hypothèse de travail, au-delà du fait qu'il s'agissait, dans les deux cas, d'une question préjudicielle. N'était plus concernée une discrimination qui «proviendrait (...) de ce que les personnes morales peuvent exercer des activités similaires à celles des person-

1. C.A., n° 128/2002, 10 juillet 2002, *Rec.*, 2002, p. 1561; *A.P.M.*, 2002 (abr.), p. 151; *R.W.*, 2002-2003, p. 857; *R.D.P.C.*, 2003, p. 887 (extrait); cette revue, 2003, p. 54; *R.D.P.C.*, 2003, p. 887 (extrait), B.3.2. Sur cet arrêt, voy. M.-A. DELVAUX, "L'éventuelle inconstitutionnalité de la loi du 4 mai 1999", *J.D.S.C.*, 2003, p. 267; M. NIHOUL, "L'immunité pénale des collectivités publiques est-elle constitutionnellement correcte ?", *R.D.P.C.*, 2003, p. 799 à 839 et du même auteur in M. NIHOUL (dir.), *La responsabilité pénale des personnes morales en Belgique*, Bruges, La Chartre, série Projucit, 2005, n° 7 à 10, p. 26 à 31 et note 17. *Adde* sur la question P. VAN DEN BON, "De beperkte strafrechtelijke verantwoordelijkheid van de publiekrechtelijke rechtspersoon wegens niet-naleving van de wet inzake het welzijn van de werknemers bij de uitvoering van hun werk", *R.W.*, 2002-2003, p. 1210 à 1216 (l'auteur ne se prononce toutefois pas à l'égard de l'arrêt n° 128/2002 de la Cour d'arbitrage qu'il passe sous silence); B. BILQUIN et A. BRAEM, "Responsabilité des personnes morales", in *Droit pénal et procédure pénale*, Kluwer, 15 février 2003, n° 14, p. 99; P. WAETERINCKX, "De strafrechtelijke verantwoordelijkheid van de rechtspersoon, een kritische analyse van enkele *capita selecta* uit de eerste rechtspraak", in *Strafrecht van nu en straks*, Brugge, Die Keure, 2003, p. 194 à 203; S. ROMANIELLO et P. WAETERINCKX, "De strafrechtelijke verantwoordelijkheid van de rechtspersoon", in J. VAN STEENWINKEL et P. WAETERINCKX (éd.), *Strafrecht in de onderneming, Praktische gids voor bestuurders en zaakvoerders*, 2^e édition, Anvers, Intersentia, 2004, p. 36 à 38. Comparez aussi l'ancienne proposition de loi M. DARDENNE et F. TALHAOUÏ «modifiant certaines dispositions du code pénal relatives à la responsabilité pénale des personnes morales», 12 février 2003, *Doc. parl.*, Ch., session ordinaire, 2002-2003, n° 50-2287/001, résumé, p. 4, 5 et 7. Rem. M.-A. DELVAUX, *op. cit.*, *J.D.S.C.*, 2003, p. 275, en faveur de l'arrêt car «Les personnes morales poursuivent un but d'intérêt général et sont soumises au principe de continuité du service public; elles ne peuvent être paralysées dans leur action par des plaintes intempestives destinées davantage à les déstabiliser qu'à réprimer des comportements infractionnels». Faut-il préciser que la notion de service public ne joue aucun rôle en l'occurrence et que l'immunité est personnelle et complète, quelle qu'en soit l'activité considérée et l'atteinte de celle-ci au service public ? ...

2. C.A., n° 8/2005 du 12 janvier 2005, B.6.3.

3. Voy. dans ce sens M. NIHOUL, in *op. cit.*, 2005, n° 6, p. 26. Composé des juges L. FRANÇOIS, P. MARTENS, R. HENNEUSE, M. BOSSUYT, L. LAVRYSEN, A. ALEN, J.-P. SNAPPE et E. DERYCKE, outre les présidents M. MELCHIOR et A. ARTS, le 10 juillet 2002, le siège était composé des juges R. HENNEUSE, L. LAVRYSEN, J.-P. SNAPPE, E. DERYCKE et J. SPREUTELS, le 12 janvier 2005. Les juges-rapporteurs étaient successivement P. MARTENS et L. LAVRYSEN, d'abord, R. HENNEUSE et E. DERYCKE, ensuite. L'absence de toute indication concernant le résultat des délibérations et les éventuels points de vue divergents dans les arrêts de la Cour d'arbitrage ne permet évidemment aucun commentaire ni aucune nuance de ce point de vue, à la différence de ce que permettent les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme. Il est cependant piquant de remarquer, à cet égard, que c'est précisément ce genre d'anonymat qui a poussé le législateur à instaurer la responsabilité pénale des personnes morales, certes en présence d'un comportement répréhensible, lorsqu'il paraît impossible d'attribuer une décision répréhensible à une personne physique déterminée au sein d'un groupe.

4. Le fondement constitutionnel du contrôle de légalité des actes administratifs par le pouvoir judiciaire et celui de la sujétion de principe des pouvoirs au droit commun sont en effet indéniables. Voy. sur le sujet M. NIHOUL, *Les privilèges du préalable et de l'exécution d'office*, thèse, Bruges, La Chartre, 2001. Avec l'immunité pénale des collectivités publiques, le législateur d'abord, par la loi du 4 mai 1999, la Cour d'arbitrage ensuite, par ses arrêts n° 12/2002 et 8/2005, nous ramènent au lendemain d'une révolution récupérée, sur le plan juridique, par une influence marquée – autant qu'inappropriée – du droit français.

nes morales de droit privé qui, elles, pourraient voir leur responsabilité pénale engagée à l'occasion de l'exercice de ces activités» (B.7.1.). Dans l'arrêt n° 128/2002, une S.P.R.L. poursuivie faisait en effet valoir qu'elle exerce une activité de brasserie et que des personnes morales de droit public pourraient être engagées dans des activités similaires sans risquer d'être poursuivies pénalement, en l'occurrence du chef d'infractions à la législation sociale. Après avoir stigmatisé sans nuance la différence entre collectivités publiques visées à l'article 5, alinéa 4, du code pénal⁵ et personnes morales de droit public qui ne se distinguent des personnes morales de droit privé que par leur statut juridique et qui sont en principe, quant à elles, pénalement responsables, la Cour d'arbitrage fonde son «visa pour l'immunité» sur le critère législatif de l'organe principalement chargé d'une mission politique essentielle dans une démocratie représentative, directement élu selon des règles démocratiques et soumis à un contrôle politique. Selon la Cour, «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» (B.7.5, deuxième paragraphe, seconde phrase).

La discrimination invoquée à l'origine de l'arrêt n° 8/2005 était très différente. Un ingénieur fonctionnaire au service de la Région wallonne se voyait poursuivi pour avoir, par défaut de prévoyance ou de précaution, causé involontairement la mort d'une personne et des coups et blessures à d'autres personnes, à la suite d'une expertise ayant mis en cause les caractéristiques techniques du revêtement d'une chaussée sur laquelle s'était déroulé un accident grave. Tant la Région wallonne – citée en qualité de civilement responsable – que son ingénieur soulevaient l'irrecevabilité de l'action pénale, devant le tribunal de police de Verviers, en estimant que l'irresponsabilité pénale des personnes morales de droit public énumérées à l'article 5, alinéa 4, du code pénal s'étend aux personnes travaillant pour le compte d'une de ces personnes morales et qu'en décider autrement créerait une discrimination entre la personne physique travaillant pour une personne morale responsable pénalement et la personne physique travaillant pour une personne morale non responsable pénalement, puisque, en vertu de l'article 5, alinéa 2, du même code, la première pourrait échapper à une condamnation si elle a commis une faute moins grave que la personne morale pour qui elle travaille, ce qui n'est pas possible pour la seconde.

En effet, le législateur a instauré une cause d'excuse absolutoire⁶ à l'article 5, alinéa 2, du code pénal pour celle des deux personnes qui a commis la faute la moins grave dans l'hypothèse où une infraction, qui n'a été commise ni sciemment ni volontairement, l'a été à la fois par une personne physique et par une

5. Dans l'état actuel de la loi, promise à une «réparation» prochaine, l'article 5, alinéa 4, dispose que «Ne peuvent pas être considérés 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 pluricommunales, les organes territoriaux intracommunales, la Commission communautaire française, la Commission communautaire flamande, la Commission communautaire commune et les centres publics d'aide sociale».

6. B.3. Dans le même sens, voy. C.A., n° 42/2003, 9 avril 2003, spéc. B.4 (*Rec.*, 2003, p. 539; *J.D.S.C.*, 2003, p. 295; *R.W.*, 2003-2004, p. 533, note; *T. Strafr.*, 2003, p. 291) et C.A., n° 99/2003, 2 juillet 2003, spéc. B.2 : une «cause exclusive de peine» (*Rec.*, 2003, p. 1219; *D.C.J.*, 2003, n° 109, p. 261); C.A., n° 75/2004, 5 mai 2004, *Rec.*, 2004, p. 855; cette revue, 2004, p. 1752, et obs. L. BITHAIN, "Responsabilité pénale des personnes morales. Petite synthèse cinq ans après l'entrée en vigueur", B.3 et B.7 : une «cause d'excuse absolutoire» alors que la question préjudicielle évoquait une cause de justification ... Voy. en outre la jurisprudence judiciaire citée in *op. cit.*, 2005, n° 30, p. 59, note 92.

personne morale. Cette cause exclusive de peine n'est cependant pas d'application en présence d'une personne morale de droit public immunisée par l'alinéa 4 de la même disposition.

3. A l'appui d'une série d'extraits des travaux préparatoires, dont le caractère obscur, voire contradictoire, n'est cependant plus à démontrer⁷, la Cour d'arbitrage a cru pouvoir justifier le traitement différencié du fonctionnaire par la justification déjà avancée en 2002 concernant l'immunité de la collectivité publique, c'est-à-dire, en définitive, par une autre différence de traitement déjà légitimée précédemment.

Pour la Cour, en effet, si le concours de responsabilités pénales⁸ de la personne physique et de la personne morale est en principe exclu⁹, «La règle de non-cumul des responsabilités pénales de la personne physique et de la personne morale apparaît (...) comme le corollaire voulu par le législateur de l'instauration d'une responsabilité pénale des personnes morales. Cette règle de non-cumul de responsabilités est dépourvue de toute raison d'être lorsque la personne morale n'est pas responsable pénalement» (B.6.2). Autrement dit, ce serait uniquement en considération de la dualité d'auteurs possibles d'une même infraction pénale (la personne physique et la personne morale pour le compte de laquelle elle a agi) que le législateur a écarté le cumul des responsabilités pénales lorsque l'infraction n'a pas été commise sciemment et volontairement (B.6.1).

Or, toujours selon la Cour, «Le législateur a jugé nécessaire d'exclure¹⁰ certaines personnes morales de droit public du champ d'application de la responsabilité pénale» (B.6.3) et la Cour d'arbitrage a conclu à la compatibilité de cette exclusion avec les principes d'égalité et de non-discrimination ...

De la sorte, la Cour refuse en réalité d'éprouver sa prime jurisprudence et, après avoir cité un large extrait de son premier arrêt, le «sacralisant» en quelque sorte, la Cour en conclut que «La personne physique qui travaille pour une des personnes morales de droit public énumérées à l'article 5, alinéa 4, du code pénal, qui est poursuivie pour des infractions commises ni sciemment ni volontairement et qui ne peut bénéficier de la cause d'excuse absolutoire créée par l'article 5, alinéa 2, du code pénal, se trouve dans une situation qui ne permet pas de la comparer à la personne dont la situation est décrite en B.6.1. En effet, cette cause d'excuse absolutoire n'a de sens qu'en cas de concours de responsabilités, ce qui ne peut être le cas lorsque la personne physique est seule punissable en raison de l'irresponsabilité pénale de certaines personnes morales de droit public prévue par l'article 5, alinéa 4, du code pénal, disposition jugée compatible avec les articles 10 et 11 de la Constitution par l'arrêt n° 128/2002 rappelé en B.6.3» (B.6.4).

4. A la réflexion, les intéressés ont probablement suscité pour partie cette réponse dogmatique de la Cour d'arbitrage, qui donne l'impression de

7. M. NIHOUL, in *op. cit.*, 2005, n° 4, p. 5, note 8.

8. De *condamnations* pénales, en réalité, la cause d'excuse absolutoire dispensant seulement de la condamnation à une peine, pas de la responsabilité pénale ou de l'imputabilité.

9. Le législateur entendait en effet contredire une jurisprudence qui menait à une responsabilité quasi objective en condamnant des dirigeants de personnes morales pour des infractions qu'ils ne commettaient pas matériellement mais auxquels ces infractions étaient imputées en raison de la position qu'ils occupaient au sein de la personne morale (B.5.3).

10. A noter le terme exclusion sans doute choisi pour atténuer le caractère exorbitant du privilège. Déjà dans l'arrêt n° 128/2002, la Cour avait joué avec les perspectives en utilisant le terme «étendre» une responsabilité pénale collective aux collectivités publiques alors que la question visait une dérogation unique, les concernant, à la nouvelle responsabilité collective de principe.

s'enfermer dans un système pour éviter de répondre à la véritable question liée au cumul, en axant par trop leur grief sur l'alinéa 2 de l'article 5 du code pénal et en ne s'attachant peut-être pas assez à éprouver la prime jurisprudence de la Cour relative à l'immunité politique qui, pourtant, avait vu le jour dans une circonstance très différente¹¹. Or, s'agissant de la cause d'excuse absolutoire, la Cour avait déjà développé une solide argumentation pour ne pas censurer l'absence d'effet rétroactif de la cause d'excuse, argumentation qu'elle avait précisément fondée sur l'absence de comparaison possible entre deux régimes successifs dans lesquels on est passé d'un auteur à deux auteurs potentiels¹².

5. Cela précisé, la Cour aurait néanmoins pu saisir l'occasion pour affiner sa propre jurisprudence au lieu de la sacraliser de manière absolue en dépit des nombreuses critiques formulées à son égard. Une fois de plus, il faut bien constater, en particulier, que le procédé retenu contraste étonnamment avec celui suivi par la Cour européenne des droits de l'homme au moment d'effectuer un test comparable, celui de la balance entre intérêts privé et public et pour lequel la motivation est généralement détaillée et procède d'une analyse *in concreto*. A la différence de la Cour d'arbitrage, la Cour européenne dépasse en effet le contenu de la loi pour apprécier également son application et affiner de la sorte sa jurisprudence, selon un mode inhérent à la fonction de juger. Tel n'est manifestement pas le cas en l'espèce, alors même que, dans l'arrêt n° 128/2002, des auteurs avaient clairement stigmatisé une «motivation qui relève plus (...) de la position de principe que de la construction habituelle d'un argumentaire juridique»¹³. Dans l'arrêt n° 8/2005, la Cour se contente pourtant de recopier cette motivation laconique concernant l'immunité pénale des collectivités publiques,

11. Pour mémoire, la Région wallonne et le prévenu plaidaient avant tout l'immunité des personnes physiques au même titre que celle des personnes morales de droit limitativement énumérées à l'article 5, alinéa 4, du code pénal. Devant la Cour d'arbitrage, ils avaient principalement souligné l'objectif de protection du travailleur à travers la cause d'excuse absolutoire, pour éviter que sa responsabilité pénale soit systématiquement mise en jeu (A.1 et A.3.3). Et si la question aurait pu viser également l'alinéa 4, «c'est surtout et avant tout le système porté par l'article 5, alinéa 2, du même code qui pose problème» (A.3.1), sans remise en cause des exclusions de l'alinéa 5 : une fois l'inconstitutionnalité constatée, il appartient au législateur de prendre les mesures adéquates pour assurer l'égalité de traitement entre les deux catégories de personnels visées par la question (A.3.3). Le Conseil des ministres avait insisté, de son côté, sur le risque d'impunité totale ... en cas de double immunité, alors que l'objectif de la cause d'excuse absolutoire était d'éviter qu'une même infraction fasse systématiquement l'objet d'une double condamnation et non de laisser des infractions pénales impunies (A.2.3).
12. C.A., n° 99/2003, 2 juillet 2003, *Rec.*, 2003, p. 1219; *D.C.J.*, 2003, n° 109, p. 261 (dispositif) et comparez C.A., n° 42/2003, 9 avril 2003, *Rec.*, 2003, p. 539; *J.D.S.C.*, 2003, p. 295; *R.W.*, 2003-2004, p. 533, note; *T. Strafr.*, 2003, p. 291, spéc. B.7.2., avec une solution identique dans la même matière, mais sans référence au droit international). Sur ces deux arrêts, voy. M. NIHOUL, "Le champ d'application", in *op. cit.*, 2005, p. 67 et 68, n°s 38 à 40. Dans l'arrêt n° 99/2003, la Cour était explicitement interrogée sur la compatibilité de l'article 5, alinéa 2, du code pénal avec les articles 10 et 11 de la Constitution, lus en combinaison avec l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme et avec l'article 14 (en réalité 15) du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, dans l'interprétation selon laquelle la cause exclusive de peine ne s'applique pas aux infractions commises (ni sciemment ni volontairement) avant son entrée en vigueur. La Cour a cependant préféré évaluer le problème, y compris dans sa dimension internationale, en invoquant son joker dès la première étape du contrôle de conformité, à savoir celle du test de comparabilité. Selon la Cour, en effet, on ne peut pas comparer le sort réservé aux personnes selon que l'on se situe avant et après l'entrée en vigueur de la loi; dans ce cas de figure, les deux catégories de personnes ne sont jamais comparables. La raison profonde en est que «le droit en vigueur avant la loi du 4 mai 1999 excluait la dualité d'auteurs puisque les personnes morales n'étaient pas punissables» (B.5.2). Selon la Cour, en effet, c'est «parce que cette loi désigne désormais deux auteurs possibles d'une infraction pénale» que la cause exclusive de peine existe. «C'est uniquement en considération de cette dualité d'auteurs d'une même infraction que le législateur a écarté le cumul des responsabilités pénales lorsque l'infraction n'a pas été commise sciemment et volontairement (*Doc. parl.*, Sénat, 1998-1999, n° 1-1217/6, p. 10, 11 et 42)» (B.5.1). Surtout, «Il serait illogique pour la Cour d'examiner si le législateur ne viole pas le principe d'égalité en refusant à la personne physique, alors qu'elle est seule punissable, une cause exclusive de peine qui n'a de sens que parce qu'il a instauré un concours de responsabilités» (B.5.2). Rapprochez C.A., n° 75/2004, 5 mai 2004, précité, B.8.
13. B. BILQUIN et A. BRAEM, in *op. cit.*, 2003, n° 14, p. 99.

cedant ainsi à une pratique pourtant généralement dénoncée et que l'on peut qualifier de «clause de style».

Pour mémoire, la Cour opère à cet endroit une «balance d'avantages et inconvénients» entre responsabilité et immunité pénale qui a ceci d'extraordinaire qu'elle n'est absolument pas étayée : après avoir affirmé qu'il y a plus d'inconvénients que d'avantages à «étendre» la responsabilité pénale des personnes morales, elle ne mentionne en effet qu'un seul et unique inconvénient ... et aucun avantage ce qui, en toute logique mathématique, il est vrai, fait pencher la balance du côté choisi ... mais sans aller au fond du problème, comme en témoigne l'adverbe «notamment» ...

6. Avec le recul, le débat aurait donc dû porter, dans le détail, sur la situation concrète du travailleur et non sur la logique du système légal et jurisprudentiel. Le Conseil des ministres lui-même avait d'ailleurs aussi plaidé sur la comparaison de «personnes relevant du secteur public avec des personnes relevant du secteur privé, alors que ces personnes relèvent de régimes différents avec leurs caractéristiques propres» (A.2.2). Les catégories ne seraient pas suffisamment comparables, à son estime, et «il ne se justifie pas de comparer la logique de cette immunité avec la logique de la responsabilité des autres personnes» (*ibidem*).

Pour réfuter l'analogie, la Région wallonne et son fonctionnaire avaient insisté, quant à eux, sur «l'angle de la personne physique» (A.3.2) qu'il convenait de privilégier, selon eux. Ils invoquaient également la volonté du législateur dont le but ne pouvait pas être de «réduire la protection des travailleurs, d'autant qu'une condamnation systématique de la personne physique qui travaille pour une personne morale de droit public irresponsable pénalement est susceptible d'avoir des conséquences majeures pour la personne physique concernée tant en raison du caractère particulièrement infamant de celle-ci que sur le plan disciplinaire» (A.3.3).

7. La différence de traitement qui reposerait sur la nature juridique de l'employeur ou sur celle de la relation entre le travailleur et l'employeur, ne paraît pas justifiée en l'espèce. A de nombreuses reprises, la Cour d'arbitrage a d'ailleurs pris ses distances sur ce point en matière de responsabilité civile des fonctionnaires, en particulier, à propos de l'immunité civile des travailleurs les protégeant contre les risques particuliers auxquels ils s'exposent dans l'exécution de leur contrat de travail et qui peuvent impliquer pour eux des charges considérables¹⁴.

14. Voy. C.A., n° 77/96, 18 décembre 1996, B.4 : «Dans l'état actuel de la législation, les articles 10 et 11 de la Constitution sont violés en ce que, en matière de responsabilité civile, d'une part, les articles 1382 et suivants et 1251, 3°, du code civil permettent aux pouvoirs publics d'intenter une action récursoire contre le membre de leur personnel statutaire lorsqu'à la suite d'une faute légère occasionnelle commise par celui-ci dans le cadre de ses fonctions, lesdits pouvoirs ont indemnisé la victime du dommage dont cet agent a été déclaré responsable et, d'autre part, l'article 18 de la loi du 3 juillet 1978 précitée limite la responsabilité civile du travailleur, lié par un contrat de travail, aux seuls cas de dol, de faute lourde et de faute légère habituelle. Cette différence de traitement, qui n'a d'ailleurs pas été défendue devant la Cour, n'est pas justifiée étant donné la similitude des relations de travail comparées, notamment sous l'angle de la subordination juridique». De même : C.A., n° 19/2000, 9 février 2000, B.3; C.A., n° 17/2003, 28 janvier 2003, B.3.

Comparez aussi C.A., n° 7/2004, 21 janvier 2004, B.4.5, pour prendre un exemple : eu égard à l'objectif poursuivi d'attirer des artistes de renom dans l'enseignement artistique en les incitant à poursuivre leurs activités artistiques à côté de leur mission d'enseignement, parce que cela améliore la qualité de l'enseignement artistique, «(...) la Communauté française n'établit pas et la Cour n'aperçoit pas en quoi il serait justifié de ne pas encourager, chez les enseignants des écoles supérieures des arts, la pratique artistique effectivement exercée dans un régime statutaire. En ne prenant en compte que celle exercée à titre d'indépendant ou de salarié, la disposition attaquée est discriminatoire».

Cette jurisprudence bien établie conforte bien entendu le point de vue de situations en réalité comparables du point de vue de la responsabilité ou de la condamnation pénale et rend d'autant plus insupportable le traitement différencié, concrètement injustifié, alors que, pour l'employé, le risque pénal est beaucoup plus lourd de conséquences que le risque civil et qu'il ne peut pas faire l'objet d'un contrat d'assurance. Voici, en fin de compte donc, le message qu'adresse aujourd'hui le juge constitutionnel au citoyen¹⁵ en couvrant littéralement l'option immunitaire choisie par le législateur en 1999 : pour une même infraction commune¹⁶, il est plus important de permettre la condamnation systématique des membres du personnel d'une collectivité publique qui commettraient de manière involontaire des infractions non intentionnelles dans le cadre de leurs fonctions, au nom de l'immunité pénale de celle-ci, que de prévoir un système permettant de mettre tous les citoyens sur un pied d'égalité, à la limite sans remettre en cause ladite immunité.

A noter que, de la sorte, la Cour fait en réalité fi d'une situation hautement probable, celle d'un fonctionnaire qui commet une infraction involontaire dans le cadre de ses fonctions, en faveur d'un simple risque d'abus, purement hypothétique, qu'apparemment le juge pénal ne saurait pas conjurer, à en croire du moins l'opinion d'un autre juge, le juge constitutionnel en l'occurrence. Voilà qui contraste étonnamment avec la jurisprudence habituelle de la Cour à propos des situations purement hypothétiques.

8. Evidemment, si la Cour escamote chaque fois le débat en soutenant *mordicus* qu'il y a plus d'inconvénients que d'avantages à supprimer l'immunité pénale des collectivités publiques, tout ceci ne débouchera jamais sur rien. Bien que nombreuses sont encore les situations concrètes spécifiques qui pourraient être soumises au juge constitutionnel¹⁷ ... L'on songe notamment aux politiciens, au sort desquels les mauvais esprits pourraient penser que la Cour d'arbitrage pourrait se montrer plus sensible, compte tenu de sa composition ... L'on pense aussi, d'un autre point de vue, à la liste des collectivités exonérées qui n'est pas sans poser des difficultés également sous l'angle des principes d'égalité et de non-discrimination¹⁸. Après tout, seul l'avenir nous montrera si la Cour est résolue à faire un «écran total» sur l'immunité pénale des collectivités publiques.

Il existe pourtant des alternatives à l'immunité, plus respectueuses des droits de chacun, telle que la déclaration de culpabilité sans amendes¹⁹ parfaitement concevable s'agissant des collectivités publiques²⁰ et dont un des intérêts serait

15. Le citoyen s'encombre en effet rarement de subtilités juridiques.

16. Une infraction commune car il existe des incriminations spécifiques aux fonctionnaires liées aux fonctions qu'ils exercent et qui pourraient peut-être justifier un régime différencié.

17. Voir à une instance internationale, tel le Comité des droits de l'homme institué par le Pacte international du 19 décembre 1966 relatif aux droits civils et politiques. Ledit Pacte consacre, en effet, directement les principes d'égalité et de non-discrimination, dans ses articles 2, 14, 24, 25 et 26. Le principe d'égalité est formulé de manière très large à l'article 26 du Pacte, en particulier, au terme duquel «Toutes les personnes sont égales devant la loi et ont droit sans discrimination à une égale protection de la loi. A cet égard, la loi doit interdire toute discrimination et garantir à toutes les personnes une protection égale et efficace contre toute discrimination, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique et de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation» (idr).

18. Voy. sur ce point M. NIHOUL, *op. cit.*, R.D.P.C., 2003, p. 820 à 822 et in *op. cit.*, 2005, n° 11 et 12, p. 31 à 34.

19. Les autres peines prévoient, en effet, déjà une protection suffisante des intérêts publics en présence, à travers les notions de missions de service public ou personnes morales de droit public. Voy. l'article 7bis du code pénal. A noter aussi l'application de l'article 1412bis du code judiciaire en cas de saisie trouvant sa source dans une amende.

20. M. NIHOUL, *op. cit.*, R.D.P.C., 2003, p. 833 à 836, et in *op. cit.*, 2005, n° 9, p. 28 à 30.

précisément de permettre au fonctionnaire, placé dans une situation comparable à celle de l'espèce, d'invoquer la cause d'excuse absolutoire comme s'il travaillait pour un employeur privé.

Certes, au fond, la solution préconisée revient à mettre en cause le principe même de la responsabilité collective instauré par la loi du 4 mai 1999. Mais elle réalise une sorte de compromis permettant de tenir compte de manière plus proportionnée de la nature politique de la collectivité. Aménager la sanction de la collectivité publique permet en effet, au-delà de la simplicité du mécanisme, d'éviter l'outrage du privilège en conciliant à la fois le besoin de pérennité de l'Etat, le souci d'indemniser les victimes, le souci de traiter de manière identique l'ensemble du personnel des secteurs publics et privés du point de vue pénal, la nécessité d'assurer l'équilibre du système fédéral en ce qui concerne l'affectation des amendes et même la nécessité de responsabiliser les acteurs, pour une solution plus juste, en tous cas plus proportionnelle, à l'égard de toutes les personnes concernées.

9. De manière plus générale, il faut rappeler²¹ avec force, pour conclure, qu'aucun argument, même traditionnel, ne justifie une immunité complète des collectivités publiques : ni la séparation des pouvoirs, ni la continuité du service public, ni le critère de l'organe élu ou de la responsabilité politique exclusive de la responsabilité pénale, pas même des arguments moins forts comme celui de l'incompatibilité de l'intervention de l'autorité en tant que procureur et accusé à la fois, celui de la perte de confiance en l'autorité générée dans la population par la responsabilité ou même celui de l'impossibilité de se condamner soi-même ou l'inanité de se payer une amende à soi-même ...

En outre, immuniser la collectivité publique revient en pratique à protéger la collectivité et non l'homme politique lui-même, que l'on expose au contraire davantage à la contestation pénale, en même temps que la fonction, au lieu de lui réserver un contrôle politique. A la différence du citoyen ordinaire fonctionnant dans le cadre d'une personne morale ordinaire, l'homme politique ne peut en effet pas s'exonérer de sa responsabilité en invoquant la cause d'excuse absolutoire en cas de négligence et de faute plus grave dans le chef de la personne morale. Tel est également le cas, au demeurant, de tous les fonctionnaires et de l'ensemble du personnel concernés par les trois pouvoirs que cache en réalité chaque collectivité, alors qu'un seul pouvoir est normalement concerné par la mise en œuvre de la responsabilité politique : l'organe législatif ...

Dans ces conditions, l'on ne peut que s'étonner du contenu de l'arrêt n° 8/2005 par lequel la Cour d'arbitrage s'est évertuée à (persister à) protéger l'immunité pénale des collectivités publiques sans se soucier du sort ni sans aucune analyse concrète de la situation particulière du fonctionnaire concerné. La Cour a-t-elle seulement songé que, demain, ce pourrait être un juge, voire même un juge constitutionnel, dont la responsabilité pénale pourrait être invoquée et qui serait privé, au motif de l'immunité pénale de l'Etat fédéral, du droit d'invoquer la cause d'excuse absolutoire prévue par l'article 5, alinéa 2, du code pénal ? Si tel est le cas, l'on ne peut que saluer l'objectivité de la Cour, au-delà du désaccord sur la question de fond.

MARC NIHOUL
Chargé de cours aux F.U.N.D.P.
Directeur du centre projucit²²
Avocat au barreau de Bruxelles

21. *Ibidem*, spéc. p. 822 à 833 et n° 10, p. 31.

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