

## RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

### Le champ d'application personnel de la loi

Nihoul, Marc

*Published in:*

La responsabilité pénale des personnes morales

*Publication date:*

2011

*Document Version*

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

*Citation for pulished version (HARVARD):*

Nihoul, M 2011, Le champ d'application personnel de la loi. Dans N Colette-Basecqz & M Nihoul (eds), *La responsabilité pénale des personnes morales: Questions choisies*. Anthemis, Limal, p. 7-27.

#### 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.

# Le champ d'application personnel de la loi

Marc NIHOUL

Professeur à l'Université de Namur

Directeur du centre Projucit

Avocat au barreau de Bruxelles

1. Le champ d'application d'une loi pénale comprend d'ordinaire quatre dimensions: le temps, l'espace, les personnes et les infractions. Soit les caractères d'application *ratione temporis, loci, personae* et *materiae*.

C'est le champ d'application personnel de la loi du 4 mai 1999 instaurant la responsabilité pénale des personnes morales en Belgique et des articles insérés dans le Code pénal à cet effet qui retiennent notre attention<sup>1</sup> pour céder au courant inquiétant déjà évoqué en introduction selon lequel, en présence de catastrophes liées à la sécurité publique ou à l'ordre public, nos responsables politiques locaux sont aujourd'hui systématiquement poursuivis – j'ai bien écrit poursuivis et non condamnés ce qui serait plus inquiétant encore, mais pour une raison pro-

<sup>1</sup> Sur les autres facettes et pour le détail de celle-ci, voy. de façon générale M. NIHOUL, « Le champ d'application », in M. NIHOUL (dir.), *La responsabilité pénale des personnes morales en Belgique*, Bruges, Chartes, coll. Projucit, 2005, pp. 17-86. Voy. aussi du même auteur « L'immunité pénale des collectivités publiques est-elle « constitutionnellement correcte » ? », *Rev. dr. pén.*, 2003, pp. 799 à 839; « La protection de l'immunité pénale des collectivités publiques par la Cour d'arbitrage », obs. sous C.A., n° 8/21 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.), *Le droit public au tournant du millénaire C.D.P.K.*, 2007, n° spécial anniv., pp. 63 à 92. Voy. également la contribution de E. de Formanoir dans le présent ouvrage et M. GERON, C. GHEUR, T. MATRAY et J. C. RATH, *La responsabilité pénale des personnes morales*, Bruxelles, Larcier, 2007, pp. 11-18 et 83-86; S. DYCK et V. FRANSSSEN, « De rechtspersoon als strafbare dader: een grondige analyse van tien jaar we ving, rechtspraak en rechtsleer », *TRV*, 2008, n° 2-16, pp. 599-611; P. WAETRINCKX, « Artikel 5 lid 4 'wat baten kaars en bril als de uil niet zien en wil?' », *NC*, 2008, pp. 440-447; F. DERUYCK et P. WAETERINCKX, « Tien jaar strafrechtelijke verantwoordelijkheid van de rechtspersoon (1999-2009). Verleden en he van de rechtspersoon in het strafrecht vanuit juridisch en praktisch oogpunt – *Capita selecta* van recente problemen », *CBR Jaarboek 2009-2010*, Anvers, Intersentia, 2010, n° 22-45, pp. 18-34 et p. 83, n° et n° 134-135, pp. 89-90. Adde P. WAETRINCKX et K. De SCHEPPER, « Enkele bedenkingen bij de objectivering van de beoordeling van de strafrechtelijke verantwoordelijkheid in het ondernemingsstrafrecht in *Recente ontwikkelingen in het arbeids-, economisch, straf- en familiericht*, Anvers, Intersentia, 2010, pp. 144-145; V. FRANSSSEN, J. VANHEULE et F. VERBRUGGEN, « Sprokkelen in rechtspraak over strafbaar en bestraffing », in *Recente ontwikkelingen in het strafrecht*, Gand, Larcier, 2008, pp. 16-20; A. MAS, « La responsabilité pénale dans l'entreprise », *Guide juridique de l'entreprise*, T. XII, 2<sup>e</sup> éd., L. 119.4, n° pp. 18-20.

blement différente. En pratique, il semble en effet que l'immunité pénale de certaines personnes morales – en particulier des collectivités locales – a eu pour effet de surexposer certains mandataires publics – en particulier les bourgmestres et échevins – au risque pénal, spécialement du chef d'homicide ou de lésions corporelles involontaires dans le cadre de la gestion des affaires publiques et des lieux et espaces publics. L'exposition serait tellement forte, convient-il en tous cas d'observer, que le législateur a expressément envisagé, lors de la législature précédente, de supprimer l'immunité voire de l'accommoder.

Après avoir rappelé le champ d'application personnel en général de la loi du 4 mai 1999, l'on focalisera donc l'attention sur la responsabilité pénale des personnes morales en droit public.

### Section 1

#### Le champ d'application personnel en général

2. Il peut être utile de rappeler que l'article 5 du Code pénal assimile purement et simplement la personne morale à la personne physique en ce qui concerne les conditions de la responsabilité pénale. *A priori*, toutes les infractions peuvent être commises par l'une comme par l'autre, quels que soient les éléments matériels et moraux requis. *A priori*, toutes les personnes morales sont également concernées, c'est-à-dire les sociétés commerciales reconnues par le Code des sociétés en tant que sociétés commerciales dotées de la personnalité juridique<sup>2</sup>, la société agricole en qualité de société civile dotée de la personnalité juridique reconnue comme telle par le Code des sociétés<sup>3</sup> et les sociétés civiles à forme commerciale (dont l'objet est civil, et qui, sans perdre leur nature civile, ont adopté la forme d'une société commerciale pour bénéficiaire de la personnalité juridique)<sup>4</sup>; également tout parastatal, organisme ou personne morale de droit public auquel la loi attribue la personnalité juridique<sup>5</sup>

(entreprises publiques autonomes, régies personnalisées, etc.) (sous réserve l'immunité des principales collectivités politiques expliquée ci-dessous).

En revanche, « toute personne morale » – pour reprendre les premiers mots de l'article 5 du Code pénal – n'en est pas nécessairement une du point de vue pénal et certaines personnes qui ne sont ni morales ni physiques se parfois considérées comme des personnes morales pour les besoins de la cause pénale. Le législateur a en effet organisé deux mouvements contradictoires autour de la personnalité juridique pour adapter celle-ci à la sauce pénale, l'assimilation, l'autre d'exclusion.

3. L'assimilation procède de l'alinéa 3 de l'article 5 du Code pénal qui stipule que

« Sont assimilées à des personnes morales : les associations momentanées [lire les sociétés momentanées] et les associations en participation [lire les sociétés internes] ; les sociétés visées à l'article 2, alinéa 3, des lois coordonnées sur les sociétés commerciales [c'est-à-dire les sociétés commerciales qui n'ont pas de personnalité juridique à défaut de dépôt de leur acte constitutif au greffe], ainsi que les sociétés commerciales en formation ; les sociétés civiles qui n'ont pas pris la forme d'une société commerciale [lire les sociétés de droit commun]

L'exclusion procède du dernier alinéa (4) de l'article 5 au terme duquel, à l'inverse,

« Ne peuvent pas être considérées (*sic*) comme des personnes morales responsables pénalement pour l'application du présent article : l'État fédéral, les régions, les communautés, les provinces, l'agglomération bruxelloise, les communes, les zones pluricomunales, les organes territoriaux intracommunales, la Commission communautaire française, la Commission communautaire flamande, la Commission communautaire commune et les centres publics d'aide<sup>7</sup> sociale. »

Les critiques n'ont pas manqué, au parlement comme en doctrine<sup>8</sup>, tant à l'égard des assimilations qu'à celui des exclusions. En premier lieu parce que les justifications avancées n'ont guère convaincu. En deuxième lieu parce que le contenu des listes n'est pas toujours cohérent. En troisième lieu parce que l'

<sup>6</sup> Étant entendu que le changement de forme de la personne morale (par fusion, scission, absorption ou changement de forme juridique) n'a pas en tant que tel d'influence sur la responsabilité, conformément aux règles du droit des sociétés. Pour mémoire, l'article 86 du Code pénal dispose que « [l]a perte de la personnalité juridique de la personne morale condamnée n'éteint pas la peine ». *Adde* l'article 20 du Titre préliminaire du Code de procédure pénale.

Depuis la loi du 4 mai 1999, la lettre de l'alinéa 3 n'a pas changé malgré le vote, trois jours plus tard, du nouveau Code des sociétés modifiant sensiblement la dénomination de certaines sociétés comme re seigné entre parenthèses.

<sup>7</sup> Devenus centres publics d'action sociale.

<sup>8</sup> Ainsi qu'à la section de législation du Conseil d'État.

<sup>2</sup> Article 2, § 2 du Code des sociétés : la société en nom collectif (en abrégé SNC) ; la société en commandite simple (SCS) ; la société privée à responsabilité limitée (SPRL) ; la société coopérative, qui peut être à responsabilité limitée (SCRL) ou à responsabilité illimitée (SCRI) ; la société anonyme (SA) ; la société en commandite par actions (SCA) ; le groupement d'intérêt économique (GIE) ; la Société européenne (SE) ; la société coopérative européenne (SCE).

<sup>3</sup> Article 2, § 3 du Code des sociétés.

<sup>4</sup> Article 3, § 4 du Code des sociétés. Par exemple les sociétés d'avocats, de médecins, de réviseurs, patrimoniales, etc.

<sup>5</sup> Et cela même s'il dépend d'une collectivité immunisée comme expliqué ci-dessous. En revanche, les services non personnalisés bénéficient de l'immunité de la collectivité dont ils dépendent. Voy. de manière générale I. MATHY, « Être ou ne pas être une personne juridique distincte de l'État, la Communauté ou la Région ? L'autonomie avec ou sans personnalité juridique », in P. JADOUX, B. LOMBAERT et F. TULKENS, *Le parastatalisme. Nouveaux regards sur la décentralisation fonctionnelle en Belgique et dans les institutions européennes*, Bruxelles, La Chartre, 2010, pp. 33-114, sp. n° 91-92, pp. 108-110.

listes sont conçues sur le mode nominal de telle manière qu'elles ne sont pas susceptibles de viser leur équivalent étranger. Toutes les personnes morales de droit étranger sont donc théoriquement concernées par la responsabilité pénale, en ce compris par exemple les personnes morales de droit public dont des collectivités politiques pourtant parfois exonérées (partiellement) de responsabilité pénale dans leur État<sup>9</sup>. Ne sont en même temps concernées que les personnes morales étrangères nanties de la personnalité juridique, à l'exclusion des entités assimilées ou assimilables ailleurs sous d'autres dénominations. En pratique, cependant, l'exécution de la peine restera difficile, dans un sens comme dans l'autre, à défaut de règles communes sur ce point au niveau européen<sup>10</sup>.

4. Pour ce qui concerne l'assimilation, tous les groupements de personnes sans personnalité juridique n'ont pas été assimilés, telles les associations de fait<sup>11</sup>, et seules l'ont été les sociétés momentanées et les sociétés internes, car elles auraient des activités essentiellement économiques, alors que toutes les infractions dans tous les domaines – et non seulement dans le domaine économique – sont concernées par la responsabilité pénale des personnes morales. De même, seules les sociétés en formation *commerciales* ont été visées, et non les autres sociétés en formation, telles les ASBL en formation.

La portée pratique de l'assimilation paraît mineure, car il semble qu'en pratique soient surtout poursuivies des personnes morales classiques, probablement parce que les entités assimilées sont surtout virtuelles ou fictives, et donc difficiles à toucher, en l'absence de véritable personnalité juridique et patrimoine propres et en l'absence de *modus operandi* clairement défini par la loi<sup>12</sup>.

La récente affaire *Ghislenghien* nous en donne un nouvel exemple, la société momentanée chargée de l'exécution des travaux n'ayant pas été poursuivie, en l'espèce, à la différence des sociétés associées, « pour des raisons d'opportunité de poursuites (...) et en raison d'obstacles juridiques et de difficultés factuelles »<sup>13</sup>. Selon la Cour d'appel de Mons, cependant, « cela ne peut avoir pour conséquences

d'instaurer une responsabilité pénale pour autrui dans le chef de ses associées pour des fautes qui ne leur seraient pas imputables, soit en raison de leur qualité d'associée, soit de manière individuelle et personnelle ». En conséquence, et parce qu'il était dans l'intérêt des uns d'établir et des autres de contester l'existence d'une société momentanée, la Cour s'est attachée, dans son arrêt, à déterminer si, au moment des faits, plusieurs entrepreneurs avaient ou non constitué, par la signature d'un contrat, une association momentanée pour les besoins de la soumission et des travaux ou si une simple association de fait avait vu le jour et dans le premier cas jusqu'à quelle date. Selon les circonstances d'une cause, l'élément peut en effet s'avérer décisif tantôt sur le plan civil et pénal pour éviter d'être pris dans la machine judiciaire de l'indemnisation et des amendes pénales<sup>14</sup> tantôt sur le plan pénal pour pouvoir invoquer – ou non – la faute plus lourde de l'association momentanée en matière d'infractions non intentionnelles. La Cour a confirmé à cette occasion, que « L'article 16 du Titre préliminaire du Code de procédure pénale oblige le juge qui statue sur l'existence ou l'exécution d'un contrat dont l'existence ou l'interprétation est contestée à se conformer aux règles de droit civil. Cette disposition s'impose sauf dans le cas où ledit contrat est l'objet même de l'infraction, *quod non* en l'espèce »<sup>15</sup>. Et s'agissant d'un contrat commercial la preuve est libre, la cour ayant procédé par indices pour conclure à l'existence d'une association momentanée au moment des faits, la fusion par absorption de l'une des entreprises associées n'y changeant fondamentalement rien.

5. L'exclusion de certaines personnes morales du champ des personnes morales responsables pénalement revêt, en revanche, un intérêt pratique beaucoup plus évident, ne fut-ce que par le volume d'activités susceptibles de générer la responsabilité pénale.

Sont toutes exclues des personnes de droit public, pour la plupart de collectivités politiques, c'est-à-dire nanties d'un organe élu démocratiquement; mais pas toutes, en réalité, à l'instar de la plupart des C.P.A.S. et de zones pluricommunales [lire de police] (depuis 2002, soit trois ans après leur création...) qui ne disposent pourtant pas d'un organe élu directement, tou

<sup>9</sup> En pratique, des poursuites sont moins évidentes du point de vue diplomatique et sous l'angle du droit international en ce qui concerne l'État français, par exemple.

<sup>10</sup> En ce qui concerne les sociétés étrangères, l'exécution pourrait viser le siège d'exploitation situé en Belgique au lieu du siège social. La question est cruciale pour que la loi rencontre son objectif initial de lutte contre la criminalité économique organisée à l'échelle internationale. Sur la question, voy. F. DERUYCK et P. WAETERINCKX, *op. cit.*, CBR Jaarboek 2009-2010, 2010, n° 36-43, pp. 29-33; D. VANDERMEERSCH, « La dimension internationale », in M. NIHOUL (dir.), *La responsabilité pénale des personnes morales en Belgique*, Bruges, La Charte, coll. Projucit, 2005, pp. 241-273.

<sup>11</sup> Avec pour effet que les syndicats et partis politiques non constitués sous la forme d'une ASBL ne sont pas responsables pénalement à la différence de la Banque nationale, de la Commission bancaire ou financière ou des ordres professionnels (dont l'Ordre des avocats) qui peuvent faire l'objet de poursuites.

<sup>12</sup> Voy. sp. S. VAN DYCK et V. FRANSSSEN, *op. cit.*, TRV, 2008, n° 4-10, pp. 602-607.

<sup>13</sup> Mons, 28 juin 2011, inédit, p. 261. L'arrêt fait l'objet de recours en cassation.

<sup>14</sup> En l'absence de toute personnalité juridique de la société momentanée au civil, les droits et obligation de celle-ci naissent directement dans le patrimoine de ses associés qui seront attirés devant le juge civil pour tout litige impliquant une société momentanée, y compris pour ce qui concerne la qualité de civilement responsable de celle-ci à l'égard du personnel agissant sous sa direction. En revanche, la société momentanée est nantie d'une personnalité juridique propre au pénal en manière telle que cel peut avoir des répercussions décisives s'agissant de l'établissement de manquements éventuellement reprochés, spécialement lorsque la société momentanée est pourvue d'un comité de direction *ad hoc* et que les missions concernées par l'infraction lui sont exclusivement attribuées. Les sociétés associées ne peuvent se voir reprocher, le cas échéant, que des manquements liés à leur qualité d'associées, ce qui tout de même valu l'acquiescement pur et simple de l'une d'entre elles.

<sup>15</sup> *Ibid.*, pp. 202 et s.

comme de nombreux autres organismes tels que les intercommunales ou les wateringues<sup>16</sup>, mais qui se retrouvent pourtant visés par la liste.

L'incohérence fut portée devant la Cour constitutionnelle (à l'époque Cour d'arbitrage), à l'instar d'ailleurs de la justification de l'exclusion en matière publique, mais dans les deux cas sans succès.

Pour l'essentiel, la justification donnée au parlement concernant l'immunité pénale en matière publique est la suivante. La règle n'est pas l'immunité, mais bien la responsabilité pénale des personnes morales de droit public en général. L'exception ne concerne en effet que certaines personnes morales de droit public parce que celles-là «disposent d'un organe directement élu selon des règles démocratiques»<sup>17</sup>. Selon la Cour, ce critère de distinction est objectif dans le cadre d'une lutte contre la criminalité organisée<sup>18</sup> et permet d'isoler, parmi les personnes morales de droit public investies de missions de service public et destinées à servir l'intérêt général, celles qui ont des activités semblables à celles de personnes morales de droit privé et ne se distinguent des personnes morales de droit privé que par leur statut juridique.

«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. 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.»<sup>19</sup>

6. Il est à noter au passage que ces personnes morales pénalement immunisées n'en demeurent pas moins des personnes morales sur le plan civil en manière telle qu'elles peuvent parfaitement se constituer partie civile... au pénal et donc intervenir dans une cause pénale. Contrairement aux apparences,

<sup>16</sup> Mais aussi des organismes d'intérêt public ou des entreprises publiques, par exemple.

<sup>17</sup> *Doc. parl.*, Sénat, 1998-1999, n° 1-1217/1, p. 3. L'extrait est visé in C.A., n° 128/2002, 10 juillet 2002, B.7.4.

<sup>18</sup> Mais en réalité toutes les infractions sont visées par la responsabilité pénale des personnes morales et il ressort aujourd'hui clairement des statistiques officielles, selon une formule courtoise, que si la loi concourt en partie à une meilleure répression de la criminalité d'entreprise, elle n'est «pas la pièce maîtresse du dispositif de lutte contre la criminalité organisée» ([www.dsb-spc.be](http://www.dsb-spc.be)).

<sup>19</sup> C.A., n° 128/2002, 10 juillet 2002, B.7.5. Dans le même sens en ce qui concerne la wateringue non bénéficiaire de l'immunité en raison du caractère moins démocratique de ses organes et moins essentiel de ses missions, pour l'essentiel: C.A., n° 31/2007, 21 février 2007, B.4.4. Voy. M. NIHOUL, *op. cit.*, in S. LUST et M. NIHOUL (éd.), *op. cit.*, 2007, pp. 63 à 92 et P. WAETERINCKX, «Grondwettelijk Hof 31/2007 van 21 februari 2007 – Zelfs de beste jurist kan kromme wetgevende intenties niet rechtstrekken», *T. Gem.*, 2008/4, pp. 262-275.

il n'y a là aucun symptôme d'une quelconque schizophrénie puisqu'il n'y précisément pas double personnalité, à proprement parler.

Par ailleurs, les personnes morales de droit public dans leur ensemble, sa évidemment celles totalement immunisées, bénéficient des faveurs législatif en ce qui concerne les peines, la confiscation spéciale prévue à l'article 42, ne pouvant porter que sur des biens civilement saisissables, la dissolution pouvant pas être prononcée à l'égard des personnes morales de droit public l'interdiction d'exercer une activité relevant de l'objet social ne pouvant pas viser des activités qui relèvent d'une mission de service public<sup>20</sup> et la fermeture d'un ou plusieurs établissements ne pouvant viser ceux où sont exercées ces activités qui relèvent d'une mission de service public<sup>21</sup>.

Avec le recul, d'autres manières d'aborder le champ des collectivités immunisées étaient envisageables dans une société où le service public se libéralise, et en particulier celle suivie par le législateur en matière de lutte contre les organisations criminelles dont fait également partie la responsabilité pénale des personnes morales, dans le même Code, à en croire la *ratio legis* avancée dans les documents parlementaires. Ne peut être considérée comme une organisation criminelle au sens de l'article 324bis du Code pénal une «organisation dont l'objet réel est exclusivement d'ordre politique, syndical, philanthropique, philosophique ou religieux ou qui poursuit exclusivement tout autre but légitime».

## Section 2

### Le champ d'application personnel en matière publique

7. Pourquoi l'immunité pénale des personnes morales de droit public énumérées à l'article 5, alinéa 4, du Code pénal pose-t-elle difficulté en pratique?

Pour le comprendre, prenons la récente affaire *Ghislenghien*, tout simplement. Ni la commune<sup>22</sup>, ni la province, ni la Région, ni l'État belge n'étaient à la cause en qualité de prévenus dans cette affaire. Ils étaient absents des débats non seulement pour ce qui concerne le volet pénal, mais aussi pour le volet civil de l'affaire, du moins en tant que responsable en nom propre puisque la commune est civilement responsable de ses bourgmestre et échevins en vertu de la loi du 4 mai 1999 – complémentaire à la loi du même jour établissant la responsabilité pénale des personnes morales en Belgique – concernant

<sup>20</sup> Cette exception-là vaut pour toutes les personnes morales (toujours à part celles immunisées).

<sup>21</sup> Voy. l'article 7bis du Code pénal.

<sup>22</sup> La ville d'Ath avait été citée directement en intervention et garantie et en qualité de partie civilement responsable, mais la Cour n'a pas eu à se prononcer sur ces demandes à défaut d'objet.

responsabilité des bourgmestres, échevins et membres de la députation permanente<sup>23</sup>. Depuis lors, ceux-ci peuvent appeler à la cause la collectivité en cas de poursuites contre eux pour répondre d'une demande de dommages et intérêts devant une juridiction répressive<sup>24</sup> et la loi met en place un système de responsabilité civile dans le chef des collectivités concernées à concurrence du paiement des amendes pénales auxquelles ils peuvent être condamnés<sup>25</sup> tout en imposant aux collectivités de contracter une assurance visant à couvrir la responsabilité civile qui incombe personnellement aux bourgmestres et échevins dans l'exercice normal de leurs fonctions de même que l'assistance judiciaire civile et pénale<sup>26</sup>. Bref, il n'en reste pas moins que si les victimes, quant à elles, avaient voulu poursuivre l'une de ces collectivités en responsabilité civile, l'immunité pénale aurait eu pour conséquence, concrètement, qu'elles auraient dû saisir le juge civil d'un deuxième procès à côté du premier. Ce procès n'aurait pu démarrer qu'une fois le procès pénal définitivement clôturé et sans aucune certitude de cohérence entre les deux décisions, conformément au respect des droits de la défense.

8. Ni la commune, ni la province, ni la Région, ni l'État belge n'étaient à la cause en qualité de prévenus... mais bien le bourgmestre et le secrétaire communal... parmi d'autres personnes physiques, mais aussi morales... Certes, ils n'ont pas été condamnés à la faveur des circonstances de la cause – ni en première instance ni en appel –, mais ils ont quand même été poursuivis, ce qui n'est pas rien de se sentir pris dans la machine judiciaire en apparence incontrôlable. Pour mémoire, ils étaient inculpés<sup>27</sup> et le réquisitoire réclamait leur condamnation.

Or, il n'est pas certain qu'en présence de la commune parmi les personnes poursuivies, le bourgmestre l'aurait été également, mais il est en revanche évident et établi<sup>28</sup> qu'à défaut de pouvoir viser l'institution c'est l'homme qu'on prend systématiquement dans le collimateur. Un homme déjà très exposé au risque pénal du fait naturel de ses activités et responsabilités.

Il y a pire. L'autre conséquence directe de l'immunité pénale de la commune d'Ath, pour nos bourgmestre et secrétaire communal, est qu'en cas de faute constatée dans leur chef ils n'auraient pas pu se prévaloir de la cause d'excuse absolutoire prévue par l'alinéa 2 de l'article 5 du Code pénal<sup>29</sup> en cas de négligence et de faute plus grave dans le chef de la personne morale, s'agissant d'infractions involontaires, puisque celle-ci, en l'occurrence la commune ne peut être considérée comme pénalement responsable. Le responsable politique ou administratif est de la sorte doublement pénalisé puisque non content de voir sa responsabilité systématiquement mise en cause, il se voit privé d'un argument de défense certes éventuel mais fréquent en matière d'infraction non intentionnelles et que peuvent invoquer ses homologues dans les personnes morales de droit privé ou dans les autres personnes morales de droit public non visées par l'énumération.

On le voit : l'immunité pénale des principales collectivités publiques eu pour effet de surexposer les hommes politiques et les fonctionnaires qui assurent le bon fonctionnement de celles-ci alors précisément que, pour mémoire, l'objectif initial était de les préserver de combats qui doivent se traiter par la voie politique dans les règles de la responsabilité politique. Il semble qu'en 1999 le législateur n'ait pas aperçu que les combats politiques sont l'affaire de personnes physiques et non de personnes morales et que le risque d'utiliser la répression pénale à des fins politiques est naturellement plus élevé pour les mandataires dont la personnalité s'identifie dans une large mesure avec la personne morale que pour la personne morale elle-même, « la recherche de

trophes; les conditions et la rapidité dans lesquelles le « permis unique » aurait été délivré par l'autorité communale à la SA Diamant Boart afin d'autoriser la construction de sa nouvelle usine qui auraient contribué à ce qu'il aurait été insuffisamment tenu compte préalablement, et dans la suite, des dangers inhérents à la présence, en sous-sol du site, des conduites de transport de gaz litigieuses.

<sup>23</sup> Voy. notamment la justification de la proposition de loi M. Doomst et crts ci-dessous.

<sup>24</sup> En vertu de l'article 5, alinéa 2 du Code pénal, une personne physique ne peut être condamnée en même temps qu'une personne morale que si elle a agi « sciemment et volontairement ». Lorsque le juge pénal constate qu'une infraction involontaire a été commise simultanément par une personne physique (identifiée) et une personne morale, il ne doit condamner que la personne qui a commis la faute la plus grave pour autant que l'infraction commise par la personne physique l'ait été par négligence. Techniquement, la cause d'excuse absolutoire n'exonère en principe ni de la responsabilité pénale *stricto sensu* ni *a fortiori* de la responsabilité civile, mais en pratique l'amalgame n'est pas toujours évité à l'instar de ce que l'on connaît avec l'unité des fautes pénale et civile.

<sup>23</sup> Entre-temps devenue le collège provincial en Région wallonne.

<sup>24</sup> Devant une juridiction civile également. Mais avant cette loi, les juridictions répressives s'estimaient incompétentes pour mettre à la cause civilement les personnes morales immunisées en l'absence de responsabilité pénale les concernant. Ce que la loi visait à résoudre comme difficulté.

<sup>25</sup> Sauf en cas de récidive. Et l'action récursoire de la commune à l'encontre du bourgmestre, d'un échevin ou des échevins condamné(s) est limitée au dol, à la faute lourde ou à la faute légère présentant un caractère habituel.

<sup>26</sup> Sur ce dernier point depuis l'arrêté du Gouvernement wallon du 15 mai 2008 relatif à l'assurance responsabilité et protection juridique des bourgmestres, des membres des collèges communaux et des membres des collèges provinciaux (M.B., 2 juin 2008). Voy. l'analyse critique de F.-X. BARCENA, « L'assurance responsabilité et protection juridique des mandataires locaux: un emplâtre sur une jambe de bois? », *Forum de l'assurance*, 2011, pp. 97-102. Auparavant, le décideur politique poursuivi sans réclamation civile ne pouvait prétendre au bénéfice de l'assistance en justice.

<sup>27</sup> Leur étaient reprochés quatre manquements: leur carence en ce qui concerne l'élaboration et la mise en œuvre des plans d'urgence et d'intervention permettant aux secours de disposer des informations concernant l'entreprise Diamant Boart et d'évaluer les risques relatifs au chantier en cours et d'intervenir en connaissance de cause en cas de sinistre; le déficit d'information complète des pompiers permettant à ces derniers d'intervenir adéquatement, de même que celle de Fluxys; le manque d'organisation du rôle de garde communal en cas d'absence du bourgmestre, notamment pour la gestion des catas-

caractère infamant d'une sanction pénale ne [pouvant] constituer la motivation principale des plaignants»<sup>30</sup>, le cas échéant.

9. Mais l'immunité est incohérente à plus d'un titre car en toute hypothèse le rôle de la responsabilité politique n'est ni de poursuivre la commission d'infractions ni d'indemniser les victimes, et par ailleurs tous les organes des collectivités considérées sont visés par l'immunité alors que seul le parlement est élu et seuls les ministres font l'objet d'une responsabilité politique.

En outre, c'est dans les activités gérées par les entreprises publiques ou organismes publics divers que le risque pénal paraît le plus important, sans la même protection des missions de service public, le cas échéant, mais en présence des mêmes hommes politiques au niveau local, néanmoins. L'on songe, en particulier mais pas uniquement, aux intercommunales<sup>31</sup> actives dans des domaines aussi divers que l'enlèvement et le traitement des déchets, l'épuration des eaux usées, le développement de zones d'activités économiques, les services d'incendie, etc. La présence d'hommes politiques (mandataires ou non) y est très importante et au final, leur sort, en pratique, risque d'être très différent selon que le risque pénal se réalise dans le cadre d'activités de service public comparables exercées au sein de l'une des collectivités immunisées ou au sein de la personne morale de droit public non immunisée, en l'absence de protection dans le second cas. La différence est pourtant subtile, pour ne pas dire aléatoire, et l'on peut certainement s'interroger sur l'égalité de traitement de nos élus au gré des circonstances et des contextes dans lesquels ils exercent leurs mandats<sup>32</sup>.

10. À la réflexion, d'autres mécanismes auraient pu être mis en place de manière à tempérer l'inégalité des personnes morales devant la responsabilité pénale : la responsabilité sans peine à l'instar de ce que l'on connaît en matière de délai raisonnable voire, sur le plan procédural, l'exclusion du procédé de l'action directe lorsque les collectivités politiques sont concernées, pour établir un filtre de nature à calmer les ardeurs citoyennes intempestives, ou encore l'exclusivité des poursuites réservée au procureur général le cas échéant. Ces mesures seraient davantage proportionnées à l'objectif poursuivi et seraient de nature à remédier aux deux conséquences néfastes de l'immunité : la surexposition et la privation

<sup>30</sup> J.-F. LECLERCO, « Les délits non intentionnels en droit belge, spécialement dans le service public », C.D.P.K., 2010, p. 305.

<sup>31</sup> Sur ce point, voy. *ibid.*

<sup>32</sup> Dans ce sens, voy. *ibid.* et « l'exemple » de poursuites répressives dans le cadre d'une compétence communale : selon que cette compétence est exercée par la commune directement ou au sein de l'intercommunale, les poursuites risqueront de viser l'élu local ou l'administrateur dans des conditions très différentes selon le cas. Dans le premier, il sera l'unique interlocuteur de la justice et des victimes, non dans le second où il pourra bénéficier en sus de la cause d'excuse absolutoire.

d'un moyen de défense essentiel dans les contentieux liés à l'espace public qui sont régulièrement le théâtre de coups et blessures ou d'homicides involontaires

11. C'est uniquement pour remédier à l'effet pervers de la surexposition des bourgmestres et échevins que la commission de la justice de la Chambre des représentants s'est penchée, lors de la législature précédente, sur une proposition de loi M. Doomst et crts modifiant le Code pénal en ce qui concerne la responsabilité pénale des personnes morales de droit public<sup>33</sup>. La justification de la proposition est éloquente sur la situation dénoncée :

«L'exclusion actuelle de certaines personnes morales de droit public du champ d'application de la loi instaurant la responsabilité pénale des personnes morales a [...] un effet secondaire important : étant donné que ces personnes morales ne peuvent pas voir leur propre responsabilité engagée, leurs mandataires individuels – c'est-à-dire principalement les bourgmestres et échevins des grandes villes comme des communes plus modestes – ont de plus en plus été pris pour cible ces derniers temps. Contrairement à la commune elle-même, ces personnes peuvent donc aujourd'hui voir leur responsabilité pénale engagée du chef de fautes commises au sein de leur commune. La plupart du temps, elles sont d'ailleurs assignées pour des infractions non intentionnelles.

Le bourgmestre de Damme a récemment été condamné au pénal du chef de manquements en matière de sécurité publique. L'ancien bourgmestre de Gaud, Frank Beke, a quant à lui été acquitté par le tribunal de police. Ce bourgmestre avait dû venir se justifier personnellement au pénal en raison du fait qu'un trou dans la chaussée aurait été à l'origine d'un accident de la circulation. La partie demanderesse soutenait qu'il était, en qualité de bourgmestre, responsable du mauvais état de la chaussée. Cette affaire révèle clairement la situation injuste et précaire dans laquelle se trouvent actuellement les bourgmestres. Il est permis de se demander si un bourgmestre peut être au courant de tous les manquements existant dans sa commune. Dans la négative, on ne peut tout de même pas lui reprocher d'avoir commis une faute ? Par ailleurs, est-il encore opportun et juste qu'une personne soit tenue personnellement responsable, sur le plan pénal, d'une infraction dans laquelle elle n'est pas impliquée personnellement<sup>34</sup> ? Mais cela va même plus loin. Ainsi, il convient d'observer qu'en matière de voiries, un bourgmestre peut non seulement être tenu responsable de ce qui a lieu sur les voiries communales, mais aussi – en partie – de ce qui a lieu sur les voiries régionales situées sur

<sup>33</sup> *Doc. parl.*, Ch., s. 2007-2008, n° 52-1146/001. Ladite proposition n'a pas été relevée de caducité, à se fier au site internet de la Chambre. Elle aura subi le même sort que celui d'une ancienne proposition M. Dardenne et F. Talhaoui du 12 février 2003 visant une meilleure protection pénale des personnes physiques et morales, qui dénonçait déjà le réflexe naturel de poursuite des mandataires et suggérait de réserver l'impunité des autorités énoncées aux cas où elles ont agi dans le cadre d'une mission de service public qui leur a été confiée (*Doc. parl.*, Ch., s.o. 2002-03, n° 50-2287/001).

<sup>34</sup> Commentaire critique : dans l'absolu, ces observations valent en réalité également pour les responsables de toute personne morale.

son territoire. Bien que, depuis 1999, les dommages et intérêts civils et les amendes pénales ne soient plus à charge du mandataire lui-même – depuis lors, les dommages et intérêts sont en effet payés par l'assureur, et l'amende pénale, par la commune<sup>35</sup> –, il ne faut pas sous-estimer les conséquences de poursuites pénales et d'une condamnation éventuelle. En effet, l'intéressé fait l'objet d'une enquête pénale, il doit se justifier devant le tribunal pénal et sa condamnation éventuelle risque de figurer sur son casier judiciaire. Afin d'éviter des discussions juridiques interminables et de mettre fin à la situation précaire à laquelle ces mandataires sont actuellement confrontés, nous proposons de prévoir la possibilité d'engager la responsabilité pénale de la personne morale de droit public pour les délits qui peuvent être dus (en partie) à sa faute ou à ses manquements.»

Non seulement les bourgmestres et échevins sont les plus exposés à la responsabilité pénale en matière publique, mais ils sont également les plus nombreux parmi le personnel politique, ce qui explique probablement la sollicitude du parlement à leur égard<sup>36</sup>, d'autant que de nombreux parlementaires sont également mandataires locaux, tels les auteurs de la proposition initiale<sup>37</sup>. Ne dit-on pas que l'on est jamais si bien servi que par soi-même<sup>38</sup> ?

12. Depuis son dépôt, la proposition de loi a connu plusieurs amendements. Deux pistes sont actuellement tracées, pour l'essentiel<sup>39</sup>.

La première piste consiste à supprimer l'immunité des collectivités publiques énumérées, mais pour la remplacer par une responsabilité pénale de toutes les « personnes morales de droit public » limitée aux « infractions constitutives d'une violation d'une norme de rigueur ou de sécurité qui lui est imposée ».

La seconde piste vise à restreindre le cercle des collectivités immunisées en supprimant de la liste les collectivités locales.

<sup>35</sup> À noter au passage que les fonctionnaires et magistrats ne bénéficient nullement de ces mécanismes établis parallèlement à la loi du 4 mai 1999.

<sup>36</sup> J.-F. LECLERCQ, *op. cit.*, p. 307.

<sup>37</sup> Sauf erreur, M. Doomst est bourgmestre de Gooik; Y. Avontroodt de Schilde; H. De Croo de Bracle; G. De Padt a été bourgmestre de Grammont dont il était échevin et président de CPAS au moment de la proposition; M. De Schampelaere échevine à Edegem; K. Schryvers bourgmestre de Zoersel; B. Somers bourgmestre de Malines; B. Tommelein conseiller communal et président du conseil à Ostende; S. Verherstraeten conseiller communal à Mol dont il fut échevin. Seul R. Terwingen, parmi les auteurs de la proposition, semble ne pas être mandataire local. Il en va de même des différentes contre-propositions. M. Verhaegen bourgmestre de Hulshout, L. Vandenhove bourgmestre de Saint-Trond, C. Van Cauter l'épouse du bourgmestre de Herzele.

<sup>38</sup> À noter que les juges de la Cour constitutionnelle auraient eu intérêt à limiter leur responsabilité en censurant l'immunité pénale de l'État fédéral, mais ils ne semblent pas avoir succombé à la tentation.

<sup>39</sup> Une troisième piste très critiquée dans sa formulation a été proposée, consistant à restreindre la responsabilité des personnes morales de droit public aux infractions commises dans le cadre de leurs missions, comme suggéré dans le premier commentaire ci-dessous.

13. La première piste<sup>40</sup> susciterait plus de questions qu'elle n'apporterait de réponses à la situation dénoncée. Pire : elle ne solutionnerait même pas la surexposition critiquée puisque désormais le personnel<sup>41</sup> de toutes les personnes morales de droit public serait affecté, certes pour un nombre d'infractions limité. Au lieu de restreindre le champ de l'immunité en matière publique, cette piste vise clairement à élargir celui-ci alors que la responsabilité pénale des organismes publics a déjà montré son utilité et sa nécessité<sup>42</sup>. En outre, la justification de l'immunité ne tient plus la route, en l'absence d'organe élu directement et de responsabilité politique et en présence d'organismes gérant des activités souvent proches du privé. Par ailleurs, la mesure ne paraît pas adéquate par rapport à l'objectif fixé qui était de limiter la responsabilité personnelle de certains mandataires publics, en particulier communaux. Enfin, la notion d'« infractions constitutives d'une violation d'une norme de rigueur ou de sécurité qui lui est imposée » mériterait d'être définie, tout comme celle de personne morale de droit public<sup>43</sup>, au demeurant. Elle ne paraît pas adéquate, non plus, pour viser (comme expliqué) les infractions de coups et blessures ou d'homicide involontaires liées à l'exercice de responsabilités communales.

14. La seconde piste<sup>44</sup> – jugée plus acceptable par d'aucuns<sup>45</sup> – vise à limiter la liste des collectivités immunisées à l'État fédéral, aux communautés, aux régions, à la Commission communautaire commune pour les compétences visées à l'article 135 de la Constitution et à la Commission communautaire française pour les compétences visées à l'article 138 de la Constitution. 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 deviendraient responsables sur le plan pénal. Si la mesure était votée demain, il conviendrait de les inclure

<sup>40</sup> M. NIHOUL, « La responsabilité pénale des personnes morales de droit public » (avis sur proposition de loi), C.D.P.K., 2008, pp. 488 à 493.

<sup>41</sup> Plus généralement toutes les personnes physiques agissant pour le compte des personnes morales concernées.

<sup>42</sup> Par exemple dans le cas de la S.N.C.B. à propos de l'accident de Pérot et des carences constatées en matière d'organisation et de formation des conducteurs de train.

<sup>43</sup> Elle garantit une certaine symétrie avec la loi du 10 février 2003 relative à la responsabilité civile des personnes publiques et de leurs agents, encore que celle-ci ait préféré l'expression plus large de « personne publique ». L'idéal, en tous les cas, serait de définir expressément les termes choisis, pour garantir la sécurité juridique essentielle en matière pénale.

<sup>44</sup> M. NIHOUL, « La responsabilité pénale des personnes morales de droit public (suite) ou le cercle des immunités disparues », C.D.P.K., 2009, pp. 177 à 187.

<sup>45</sup> F. DERUYCK et P. WAETERINCKX, *op. cit.*, in CBR *Jaarboek 2009-2010*, 2010, n° 134, p. 89. Cette piste va en tous cas dans le sens d'un rapprochement bénéfique avec le droit commun (voy. M. NIHOUL, « La nature ambiguë du droit administratif belge », in *Liber amicorum Robert Andersen*, Bruxelles, Bruylant, 2009, n° S.2, pp. 480-482).



désormais dans la réflexion pénale au moment d'envisager les poursuites et d'organiser les procès au quotidien.

Ce dispositif-là présente le mérite d'être calibré à l'objectif poursuivi qui était de résoudre les problèmes de responsabilité pénale au niveau local. Mais il pose davantage de difficultés en ce qui concerne les justifications avancées, tirées du droit comparé, de la séparation des pouvoirs et du contrôle politique et de la partialité du ministère public, également critiquées par la section de législation du Conseil d'État.

En ce qui concerne le droit comparé, les expériences française et hollandaise sont citées à titre d'exemple à suivre alors qu'elles ne correspondent pas au modèle européen qui se dégage après avoir élargi l'horizon, plus ambitieux en termes de champ d'application personnel de la responsabilité pénale en matière publique, bien que parfois plus strict sur le plan matériel, la restriction visant par exemple les activités ou missions de service public.

La séparation des pouvoirs ne convainc pas dans un système de contrôle réciproque des pouvoirs consacré par l'arrêt *La Flandria* depuis 1920 et l'existence d'un contrôle politique non plus dès lors que celui-ci existe aussi au niveau local depuis plusieurs années.

La partialité du ministère public ne convainc pas non plus compte tenu de son indépendance et de sa relevance fédérale exclusive alors que d'autres collectivités sont immunisées.

Une quatrième justification paraît plus sérieuse, il s'agit de celle liée à l'exercice d'une parcelle du pouvoir législatif par les personnes publiques désormais visées par l'immunité. *Stricto sensu*, l'argument ne vaut que pour le pouvoir législatif, à l'exclusion des deux autres pouvoirs, au sein des niveaux de pouvoir concernés. Mais la section de législation du Conseil d'État semble considérer que ce critère permettrait de hiérarchiser pour le tout, parmi les personnes morales de droit public, celles dont la mission politique est essentielle dans une démocratie représentative, ce que corroborerait aussi mais non exclusivement les deux autres critères relevés par la Cour constitutionnelle et qui doivent être lus de manière cumulative (disposer d'assemblées démocratiquement élues et d'organes soumis à un contrôle politique). Cela étant, le Conseil d'État laisse ouverte l'option d'une immunité réservée aux pouvoirs législatifs exclusivement, à l'instar peut-être de ce qui se trame en jurisprudence en matière de responsabilité civile, voire du côté du constituant<sup>46</sup>.

<sup>46</sup> Pour mémoire, l'article 144 de la Constitution a été ouvert à révision par la déclaration du 1<sup>er</sup> mai 2007 « en ce qui concerne la responsabilité de l'État sous tous ses aspects, et ce à la lumière de la séparation des pouvoirs » (M.B., 2 mai 2007), déclaration renouvelée le 6 mai 2010 (M.B., 7 mai 2010).

Enfin, la justification d'une *short list* a été consolidée par voie d'amendement en revenant au constat de base selon lequel les collectivités locales, surtout, ont connu une explosion du phénomène pénal (ce qui justifierait leur intégration dans le régime de responsabilité) et que certaines entités avaient été visées à tort par l'immunité, en ce qui concerne les CPAS (en l'absence d'organe élu directement sauf dans quelques communes) et les intracommunales (en l'absence de personnalité juridique).

Un argument de taille pourrait être ajouté. La responsabilité pénale des hommes politiques est nettement moins exposée aux niveaux fédéral, régional et communautaire, eu égard aux immunités dont les ministres et parlementaires bénéficient (inviolabilité pénale et irresponsabilité pénale et civile à l'occasion des opinions et votes émis dans l'exercice de leurs fonctions)<sup>47</sup>, ce qui explique probablement la situation très différente, en pratique, selon le niveau local ou supérieur. Mais en même temps il ne faut pas oublier que derrière les hommes politiques se cachent de nombreux fonctionnaires, juges et agents, dépourvus de toute immunité et 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 fédéraux, régionaux ou communautaires ne méritent-ils pas autant de considération que les élus (et agents) locaux ?

En outre, l'exercice d'une même responsabilité en matière de police générale, par exemple, en cas de négligence dans l'adoption de mesures, continuerait d'être susceptible de déboucher sur un traitement distinct du ministre et du gouverneur ou du bourgmestre, pour des raisons que l'on ne s'explique pas<sup>48</sup>.

15. À noter au passage que dans le débat, il n'est jamais question de l'ardoise de la responsabilité pénale des collectivités locales qui devrait peser lourd dans des finances locales déjà exsangues<sup>49</sup>, sauf à prévoir bien entendu un méca-

<sup>47</sup> Voy. notamment les articles 58-59 et 101-103 de la Constitution et leurs équivalents dans la loi spéciale de réformes institutionnelles.

<sup>48</sup> Rappr. J-F. LECLERCQ, *op. cit.*, C.D.P.K., 2010, p. 306 et l'exemple de négligence dans une situation de pandémie en ne prenant pas les mesures sanitaires élémentaires, ou en ne diffusant pas, dans la population, les informations appropriées à une gestion utile de la crise.

<sup>49</sup> L'article 50bis du Code pénal stipule cependant, à cet égard, que « Nul ne peut être tenu civilement responsable du paiement d'une amende à laquelle une autre personne est condamnée, s'il est condamné pour les mêmes faits. » À défaut de préciser la portée de la suppression de l'immunité pénale des collectivités locales à cet égard, une nouvelle loi pourrait être interprétée comme emportant la suppression du mécanisme de responsabilité civile des communes et provinces évoqué plus haut dans le corps du texte, ce qui pourrait avoir pour effet d'alourdir la responsabilité des bourgmestres, échevins et membres du collège provincial. Pour mémoire, la disposition visait à éviter le cumul du paiement de deux amendes dans le chef des personnes morales qui avaient été rendues responsables civilement des amendes prononcées à charge de certaines personnes physiques avant la loi du 4 mai 1999, lorsque la responsabilité pénale des personnes morales n'existait pas, pour les atteindre néanmoins du point de vue financier.

nisme d'assurance. Il n'est jamais question non plus de l'impact de l'un ou l'autre dispositif sur le sort des victimes qui, à tout le moins, ne devraient pas être oubliées dans le débat.

Il convient par ailleurs de préciser que la responsabilité pénale individuelle des mandataires ne serait nullement exclue du fait de la responsabilité des collectivités locales, mais ceux-ci pourraient bénéficier de la cause d'excuse absolutoire dans les mêmes conditions que les mandataires privés, que la collectivité soit ou non impliquée dans l'instruction.

Lorsque l'organe de la personne morale est collégial, la responsabilité personnelle de chacun doit être néanmoins établie, selon le vote de chacun dont il faut espérer qu'il soit repris au procès-verbal de la réunion au cours de laquelle la décision d'agir ou de s'abstenir, à l'origine de l'infraction, a été prise.

## Conclusion

16. Dans l'attente d'une réforme de la loi du 4 mai 1999 en ce qui concerne son champ d'application personnel, spécialement en matière publique, l'on se demande s'il ne serait pas possible, dès aujourd'hui, de privilégier une lecture conciliante de la loi de manière à permettre aux personnes physiques agissant pour le compte des collectivités immunisées de la responsabilité pénale – ou non visées par la loi comme les associations de fait – de bénéficier néanmoins de la cause d'excuse absolutoire en cas de faute plus lourde de la collectivité, par exemple dans l'hypothèse d'une négligence. Le texte de l'alinéa 2 prévoit en effet que :

« 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. »

Certes, l'alinéa 4 stipule que « Ne peuvent pas être considérées comme des personnes morales responsables pénalement pour l'application du présent article » les collectivités énumérées. Mais il ne me semble pas excessif de soutenir que l'objectif de cet alinéa était d'immuniser certaines collectivités de toute responsabilité pénale et non de priver les personnes physiques qui en dépendent du bénéfice de la cause d'excuse absolutoire. Or, la première phrase de l'alinéa 2 ne parle pas directement de personne morale responsable (tout au plus de l'hypothèse dans laquelle la responsabilité de la personne morale est engagée exclusivement en raison de l'intervention d'une personne physique

identifiée, pour déterminer la source de l'infraction plus que la responsabilité de la personne morale), à la différence de la seconde phrase. Elle se limite à surcroît à stipuler que seule la personne qui a commis la faute la plus grave peut être condamnée. Tel ne pourrait pas être le cas des collectivités immunisées, selon la doctrine et la jurisprudence, mais cela en raison de l'alinéa exclusivement, alinéa qui ne précède pas mais vient seulement après l'alinéa. Or, avant que l'on établisse la responsabilité pénale des personnes morales, l'adage en vogue à l'époque – d'une certaine manière toujours applicable aux collectivités immunisées de responsabilité – consistait à dire que *societas delinquit potest sed non puniri* : les personnes morales peuvent commettre des infractions par l'intermédiaire de leurs organes mais elles ne peuvent pas être punies. Par conséquent, la personne morale de droit public immunisée pourrait parfaitement avoir commis la faute la plus grave, au sens et dans le scénario de l'alinéa précité, sans en être reconnue responsable, mais en impliquant l'application de la cause d'excuse absolutoire en faveur de la personne physique<sup>50</sup>, de même d'ailleurs que la cause d'excuse absolutoire peut parfaitement bénéficier à la personne physique poursuivie, même si la personne morale ne l'est pas, lorsque la personne physique agissait pour le compte de la personne morale mais qu'il appert que celle-ci a commis la faute la plus grave. Voilà un ballon d'essai qui méritait d'être lancé. Et s'il n'atterrit pas là où il faut ou s'il ne convainc pas tant pis, il vaut mieux échouer que regretter.

<sup>50</sup> *Contra C.A.*, n° 8/2005, 12 janvier 2005, B.6.4 : la « 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 ». En l'espèce, la Cour se retranche derrière son arrêt n° 128/2002 jugeant non discriminatoire l'immunité de certaines personnes morales de droit public pour évacuer la question dérangeante de la conformité aux mêmes principes de l'absence de cause d'excuse absolutoire au profit de la personne physique qui travaille pour une de ces personnes morales de droit public lorsqu'elle est poursuivie pour des infractions commises ni sciemment ni volontairement : celle-ci se trouvera dans une situation qui ne permet pas de la comparer aux autres personnes. Voy. notre commentaire : *J.L.M.B.*, 2005, pp. 600 à 606.