

La confiscation pénale : une peine finalement pas si accessoire

Diane BERNARD

Docteur en sciences juridiques et chercheuse aux Facultés universitaires Saint-Louis

Benoît DEJEMEPPE

*Conseiller à la Cour de cassation et maître de conférences
aux Facultés universitaires Saint-Louis*

Christine GUILLAIN

Professeure aux Facultés universitaires Saint-Louis

L'article 1^{er} du protocole additionnel à la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales traite de la protection de la propriété et stipule que « toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international ». Cette disposition est reprise à l'article 16 de la Constitution belge, tandis que l'article 17 dispose que la peine de la confiscation des biens ne peut être établie.

Symbole de l'ancien régime, la confiscation générale, qui privait l'individu de la possession de tous ses biens, fut abolie en 1790 par l'Assemblée constituante¹. Rétablie par le Code pénal français de 1810², elle fut définitivement interdite par l'article 171 de la loi fondamentale du royaume des Pays-Bas et abolie par l'article 12 de la Constitution de 1831, actuel article 17³.

¹ *Pandectes*, v^o « Confiscation », n^o 5.

² Loi fondamentale du 24 août 1815.

³ Selon P.E. TROUSSE, la confiscation générale a été abolie « à raison des abus flagrants qui en avait été faits sous les régimes antérieurs et à raison de ses répercussions injustifiables sur les proches de celui qui la subit », *Novelles*, Droit pénal, t. I, vol. I, 1956, n^o 823.

Comme l'a rappelé la Cour de cassation dans un arrêt du 3 mai 2006, l'article 17 de la Constitution prohibe uniquement la confiscation générale atteignant la totalité du patrimoine d'un individu en ce que cette peine, frappant toute la famille du délinquant, ne serait plus individualisée⁴. Cette disposition ne fait dès lors pas obstacle à la confiscation spéciale, affectant certains biens du délinquant déterminés par la loi, que nous examinons dans cette contribution.

Pendant longtemps, la confiscation spéciale a joué un rôle secondaire⁵ au regard des peines principales que sont l'emprisonnement et l'amende. Sans que sa nature juridique en ait été modifiée, cette peine accessoire connaît de profonds bouleversements depuis une vingtaine d'années: vu l'impact de la fraude économique et fiscale, le législateur tente de s'adapter à une criminalité montante, transfrontalière et organisée. Ces changements s'inscrivent également dans une tendance plus large visant à diversifier les instruments répressifs afin de lutter plus efficacement contre certaines formes de criminalité jugées particulièrement graves qu'il s'agisse de la traite des êtres humains, du trafic de drogues ou encore du terrorisme.

À l'instar de la plupart des autres pays européens, la Belgique a légiféré à plusieurs reprises dans le domaine. Parmi les lois les plus récentes, nous pouvons entre autres citer: la loi du 17 juillet 1990 (modifiant les art. 42, 43 et 505 du C. pén. et insérant un art. 43bis dans ce même Code), la loi du 19 décembre 2002 (portant extension des possibilités de saisie et de confiscation en matière pénale), la loi du 26 mars 2003 (portant création d'un Organe central pour la saisie et la confiscation et portant des dispositions sur la gestion à valeur constante des biens saisis et sur l'exécution de certaines sanctions patrimoniales) modifiée par la loi-programme du 27 décembre 2006, la loi du 10 août 2005 (modifiant diverses dispositions en vue de renforcer la lutte contre la traite et le trafic des êtres

⁴ Cass., 3 mai 2006, *Pas.*, 2006, n° 254, et concl. av. gén. D. VANDERMEERSCH. En France, la confiscation générale des biens a été réintroduite par le nouveau Code pénal au titre de peine complémentaire obligatoire en matière de crime contre l'humanité (art. 213-1) et comme peine facultative dans le domaine du trafic des stupéfiants (art. 229-49, al. 2).

⁵ Même si, à certaines époques, son ampleur a été considérable. Ainsi, M. VERDUSSEN constate que «les indemnités parfois exorbitantes accordées à l'État dans les procès engagés contre les collaborateurs, après la Seconde Guerre mondiale, n'ont pas été regardées comme un établissement détourné de la confiscation générale des biens, les juridictions militaires considérant que, si ces indemnités aboutissent parfois à ce résultat, c'est d'une façon indirecte par suite de l'insolvabilité des débiteurs» (*Contours et enjeux du droit constitutionnel pénal*, Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 154).

humains et contre les pratiques des marchands de sommeil), la loi du 9 février 2006 (modifiant le Code pénal en vue de renforcer la lutte contre les pratiques des marchands de sommeil), la loi portant des dispositions diverses du 27 décembre 2006 (transposant la décision-cadre 2005/212/JAI du Conseil de l'Union européenne du 24 février 2005 relative à la confiscation des produits, des instruments et des biens en rapport avec le crime et autorisant, entre autres, la confiscation des avantages patrimoniaux pour les infractions terroristes), la loi portant des dispositions diverses du 27 décembre 2006 et la loi du 10 mai 2007 (portant diverses mesures en matière de recèlement et de saisie). L'éventail des atteintes aux droits patrimoniaux s'est élargi pour toucher ce qu'on appelle aujourd'hui le « patrimoine criminel ». Mais le système, réformé par touches successives, a perdu en unité et en lisibilité, justifiant de le repenser en vue de le clarifier.

L'époque où la confiscation ne jouait un rôle important que dans le domaine de la législation douanière est révolue. Sans revêtir pour autant le statut de peine autonome⁶, elle a acquis, au fil du temps, une place prépondérante dans l'arsenal des peines pouvant ou devant être prononcées par le juge. Dans le cadre de cette contribution, nous tenterons d'en mesurer l'ampleur⁷: après avoir esquissé les contours de cette notion complexe (I), nous préciserons les infractions susceptibles d'entraîner une confiscation (II) ainsi que les choses qui peuvent en faire l'objet (III). Plus généralement, nous aborderons ensuite les principes qui s'appliquent à cette peine (IV), les questions que pose la nature de mesure de sûreté qu'elle revêt parfois (V) ainsi que la position des acteurs connexes au prononcé de cette peine, victimes (VI) comme tiers (VI). Enfin, nous traiterons de la procédure de confiscation en appel (VIII) et de l'exécution de la peine (IX) avant d'esquisser certaines des tensions qui règnent entre la peine et les libertés fondamentales (X).

⁶ Dans son *Avant-projet de Code pénal*, le professeur LEGROS proposait un art. 124 libellé comme suit: « La confiscation spéciale, prévue comme peine accessoire, en matière correctionnelle ou contraventionnelle, peut être prononcée seule, après déclaration de culpabilité, assortie ou non d'avertissement. » (*M.B.*, 1985, p. 36). C'était aussi le point de vue de la Commission pour la révision du Code pénal (rapport publié au *M.B.*, 1979, p. 64).

⁷ Pour des développements antérieurs, voy. B. DEJEMEPPE, « La confiscation: l'état du droit en 2004 », in *Saisie et confiscation des profits du crime*, Anvers, Maklu, 2004, pp. 93-142 dont le présent texte est largement inspiré.

I. Notions générales

La notion de confiscation, que la loi n'a pas définie, a évolué au fil du temps. Du latin *confiscare*, elle exprime l'idée de « faire entrer un bien dans le trésor impérial »⁸. Il paraît difficile aujourd'hui d'en rendre compte de manière univoque. Les *Pandectes* paraissent néanmoins en traduire l'essence, la définissant comme « une dépossession forcée au profit du trésor public, ou même de particuliers, dans les cas prévus par la loi, particulièrement en cas de condamnation pour crimes, délits ou contraventions »⁹. Cette définition, qu'il conviendra de nuancer, a le mérite de ne pas préciser l'objet de la confiscation, ce qui autorise son application à un ensemble plus vaste d'hypothèses introduites récemment dans le droit pénal¹⁰.

La confiscation ne doit pas être confondue avec la saisie, que nous n'aborderons pas ici, bien qu'elle constitue souvent, pour des raisons d'efficacité, un préalable indispensable à la confiscation¹¹. La saisie est une mesure conservatoire et facultative, prise au stade préliminaire du procès pénal¹² par le procureur du Roi ou le juge d'instruction et visant à placer provisoirement sous le contrôle des autorités judiciaires certains biens pouvant servir à la manifestation de la vérité ou susceptibles d'être confisqués ultérieurement par les juridictions de fond¹³.

Au contraire, la confiscation spéciale, venant sanctionner la commission d'une infraction, est une peine prévue à l'article 7 du Code pénal pour les personnes physiques et à l'article 7*bis* pour les personnes morales, prononcée par une juridiction de fond et présentant un caractère définitif¹⁴. Qualifiée de peine accessoire, elle ne peut être prise qu'en complément d'une peine principale, de manière obligatoire ou facultative, et peut être assortie d'un sursis. Outre certaines exceptions, nous verrons que le caractère pénal de la confiscation prête à controverse et que la

⁸ A. REY (dir.), *Dictionnaire historique de la langue française*, éd. 1992, Paris, Le Robert, I, p. 471.

⁹ *Pandectes*, v° « Confiscation », n° 1.

¹⁰ Notamment quant à la possibilité de confisquer dorénavant un bien immeuble ou de procéder à une confiscation par équivalent.

¹¹ La confiscation n'est cependant pas juridiquement subordonnée à une saisie préalable, de sorte que les juridictions peuvent confisquer des choses qui n'ont pas été saisies.

¹² Sous réserve de l'application de l'art. 254*bis* du C.I. cr. dans le cadre de l'enquête particulière sur les avantages patrimoniaux.

¹³ Voy. not. les art. 35, 35*bis*, 89, 28*sexies* et 61*quater* du C.I. cr.

¹⁴ Comme le précise P.E. TROUSSE, si « la confiscation enlève au condamné la propriété de la chose, la saisie suspend simplement le droit de propriété », *Novelles, op. cit.*, n° 832.

confiscation peut également être prononcée par le juge à titre de mesure de sûreté, comme elle peut prendre la forme d'une réparation civile.

La confiscation s'applique en matière de crimes et de délits. Elle n'est pas applicable aux contraventions, sauf si la loi en dispose autrement. Elle porte essentiellement sur des biens meubles et exceptionnellement sur des biens immeubles, et peut également avoir lieu par équivalent. En vertu du principe de la personnalité des peines, elle ne peut toucher que l'auteur de l'infraction, mais peut néanmoins porter sur des biens dont le prévenu n'est pas propriétaire ou qui sont en possession d'un tiers.

Ainsi que l'établit l'article 43^{ter} du Code pénal, la confiscation peut porter sur des choses se trouvant tant en Belgique qu'à l'étranger¹⁵ (voy. *infra* (IX)). Croissante, cette coopération en matière pénale s'inscrit dans un mouvement global de développement de la peine de confiscation, pour crimes internationaux également: ainsi le statut de la Cour pénale internationale prévoit-il la possible «confiscation des profits, biens et avoirs tirés directement ou indirectement du crime, sans préjudice des droits des tiers de bonne foi», en plus d'une peine d'emprisonnement¹⁶; ainsi la convention internationale pour la répression du financement du terrorisme¹⁷ ou la convention contre la criminalité transnationale organisée¹⁸ enjoignent-elles les États à mettre en œuvre la peine de confiscation; ainsi encore le Groupe d'action financière (GAFI) a-t-il recommandé aux États de prévoir la confiscation des choses liées au blanchiment d'argent (objets, produits, instruments, avantages)¹⁹ et des «biens terroristes»²⁰, tout comme, par exemple, la convention du Conseil de l'Europe relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime et au financement du terrorisme²¹. On observe donc à la fois un développement de la coopération judiciaire entre États, par l'exécution transfrontalière des peines de confiscation (au sein de l'Union euro-

¹⁵ Cass., 2 mars 2007, *Pas.*, 2007, n° 123.

¹⁶ Statut de la Cour pénale internationale, art. 77, § 2, b. Pour rappel, cette instance est compétente pour les seuls crimes de génocide, de guerre et contre l'humanité (ainsi que pour le crime d'agression, dont la définition n'a pas encore été acceptée par l'Assemblée des États parties).

¹⁷ Convention pour la répression du financement du terrorisme, adoptée par l'A.G.N.U., 9 décembre 1999, art. 8.

¹⁸ Convention contre la criminalité transnationale organisée, signée à Palerme le 12 décembre 2000 et entrée en vigueur le 29 septembre 2003, art. 12 et s.

¹⁹ GAFI, *Quarante recommandations sur le blanchiment de capitaux, révisées et mises à jour en 2003*, rec. 3.

²⁰ GAFI, *Neuf recommandations spéciales sur le financement du terrorisme, mises à jour le 22 octobre 2004*, rec. III.

²¹ Signée à Varsovie, le 16 mai 2005,

péenne en particulier, voy. *infra*, IX), et un recours accru à la peine de confiscation, pourtant balisée par le droit pénal classique, en réaction aux excès de l'Ancien Régime.

II. Les infractions susceptibles d'entraîner une confiscation

S'imposant pour les délits et pour tous les crimes (II.1.), la confiscation ne peut, aux termes de l'article 43, alinéa 2, du Code pénal, être prononcée pour les contraventions que dans les cas déterminés par la loi (II.2).

II.1. Les crimes et délits

Outre le Code pénal lui-même (II.1.1.), de nombreuses lois particulières prévoient la peine de confiscation (II.1.2).

II.1.1. Les principes du Code pénal (art. 42, 43, al. 1^{er}, 43bis et 505, C. pén.)

En vertu des articles 42, 1^o et 2^o, et 43, alinéa 1^{er}, du Code pénal, la confiscation est *obligatoire* en cas de condamnation à la suite d'un crime ou d'un délit, lorsqu'elle s'applique aux choses formant l'objet de l'infraction et à celles qui ont servi ou qui ont été destinées à la commettre si la propriété en appartient au condamné, ainsi qu'aux choses qui ont été produites par l'infraction. La confiscation est également obligatoire en matière de blanchiment de capitaux, même si les choses n'appartiennent pas au condamné (art. 505, C. pén.²²).

En vertu des articles 42, 3^o, et 43bis du Code pénal, la confiscation est *facultative* lorsqu'elle concerne les avantages patrimoniaux tirés directement de l'infraction, les biens et valeurs qui leur ont été substitués et les revenus de ces avantages investis. Dans cette hypothèse, la confiscation ne peut être prononcée que si elle a été requise par écrit par le procureur du Roi.

²² Tel que modifié par la loi du 10 mai 2007 portant diverses mesures en matière de recèlement et de saisie, Voy. Cass., 21 mars 2006, *Pas.*, 2006, n^o 165 : « La confiscation spéciale des avantages patrimoniaux blanchis formant l'objet de l'infraction visée à l'article 505, alinéas 1^{er}, 2^o, 3^o et 4^o, du Code pénal est obligatoire ». Voy. *infra*, III.1., 3. et 5.2.

La confiscation peut être prononcée tant pour les délits d'action que pour ceux d'omission²³.

La confiscation ne s'applique pas aux délits involontaires dans la mesure où, selon une jurisprudence constante de la Cour de cassation, l'article 42 du Code pénal vise les objets qui ont «servi» ou étaient «destinés» à commettre l'infraction, ce qui implique nécessairement l'idée d'une volonté criminelle effective²⁴. C'est la raison pour laquelle il n'est pas possible de confisquer, sur la base des articles 418 et 419 du Code pénal, le véhicule impliqué dans un accident de roulage pour lequel le conducteur est reconnu coupable d'homicide involontaire. Toutefois, des dérogations existent dans des lois particulières, permettant au juge d'ordonner la confiscation de certains objets dans le cadre d'infractions involontaires, comme on le verra ci-après.

Selon l'article 100 du Code pénal, le premier livre de ce Code (et donc aussi les art. 42 et s. relatifs à la confiscation) est applicable non seulement aux infractions prévues par le deuxième livre du Code pénal, mais également à celles prévues par les lois ou les règlements particuliers, à défaut de dispositions contraires.

II.1.2. Les lois particulières

Conformément à l'article 100 du Code pénal, lorsqu'une loi particulière ne contient pas de dispositions spécifiques en matière de confiscation, les articles 42 et suivants du Code pénal forment le droit commun applicable. Tel est notamment le cas des lois fiscales²⁵. Il en va de même des lois qui renvoient expressément au livre premier du Code pénal.

Inversement, on trouve des lois particulières qui excluent ou dérogent à l'application des règles générales relatives à la confiscation, les articles 42 et suivants du Code pénal étant alors inapplicables en tout ou en partie²⁶. À titre d'exemple de loi excluant le régime général de la confiscation, on

²³ A. DE GEEST, «Verbeurdverklaring», *A.P.R.*, Bruxelles, Larcier, 1971, n° 29; E. VAN MUYLEM, «(Bijzondere) verbeurdverklaring», *Comm. Str.*, 1997, p. 280; Bruxelles, 21 octobre 1934, *R.D.P.C.*, p. 1053.

²⁴ Cass., 13 mars 1950, *Pas.*, 1950, I, p. 498; Cass., 18 décembre 1984, *Pas.*, 1985, I, p. 489; Cass., 20 septembre 1988, *Pas.*, 1989, I, p. 69, et *R.W.*, 1988-1989, p. 1128, obs. A. VANDEPLAS, «Verbeurdverklaring en onopzettelijke misdrijven»; A. MASSET, «La peine de confiscation limitée aux infractions volontaires: le fruit du dogmatisme?», in *Liber amicorum Jean du Jardin*, Waterloo, Kluwer, 2001, pp. 49-59.

²⁵ Le principe en a été rappelé lors des travaux préparatoires de la loi du 17 juillet 1990 dont est issu l'art. 42, 3°, du C. pén. (*Doc. parl.*, Ch., sess. ord. 1989-1990, n° 987/4, p. 5); A. VANDEPLAS, «De verbeurdverklaring van vermogensvoordelen», *op. cit.*, p. 391.

²⁶ Cass., 4 janvier 2000, *Pas.*, 2000, p. 1.

peut citer l'article 52 de la loi du 16 mars 1968 relative à la police de la circulation routière et l'article 20 de la loi du 27 décembre 1974 relative aux services de taxis, qui prévoient expressément que, par dérogation à l'article 43, alinéa 1^{er}, du Code pénal, la confiscation du véhicule pour infraction à ces lois ne pourra être prononcée que dans les cas qu'elles déterminent. En matière de roulage, l'article 50, § 2, de la loi précitée du 16 mars 1968 dispose que la confiscation du véhicule peut être prononcée en cas de déchéance du droit de conduire de six mois au moins, à condition que le véhicule soit la propriété de l'auteur de l'infraction. Dans la mesure où l'article 38 de la même loi autorise la déchéance du droit de conduire pour pareille durée, notamment du chef d'homicide involontaire, de lésions involontaires ou d'infractions au Code de la route, la confiscation peut ainsi porter sur des infractions involontaires²⁷. Depuis la loi du 27 décembre 2006 portant des dispositions diverses, le juge peut également, en cas de mise en circulation d'un véhicule démuné d'une assurance obligatoire en responsabilité civile, ordonner la confiscation du véhicule, sans préjudice des droits de victimes et du légitime propriétaire. Il peut également procéder à la confiscation du véhicule si le propriétaire est demeuré inconnu²⁸. En revanche, le juge ne peut prononcer la confiscation du véhicule lorsqu'il condamne le prévenu à une amende pour infraction au Code de la route²⁹.

Si la loi particulière contient certaines dispositions qui dérogent aux principes généraux en matière de confiscation et si ces dispositions, prises dans leur ensemble, ne constituent pas une réglementation propre et complète en la matière, les dérogations aux articles 42 et suivants du Code pénal se limitent aux dispositions qui les prévoient expressément³⁰. Comme on le verra par la suite, la plupart de ces dispositions dérogatoires portent sur la condition de propriété, nécessaire à la confiscation obligatoire en matière délictuelle et criminelle (III.3.).

Enfin, il faut évoquer les lois antérieures au Code pénal qui, par hypothèse, ne peuvent renvoyer aux règles édictées par les articles 42 et suivants du Code pénal. Ces articles sont néanmoins applicables, en vertu de l'article 100 du Code pénal, sauf si ces lois édictent une réglementation propre et complète en matière de confiscation, s'écartant du régime géné-

²⁷ Cass., 4 janvier 2000, *R.D.P.C.*, 2000, p. 943.

²⁸ Art. 24, 2^o, de la loi du 21 novembre 1989 relative à l'assurance obligatoire de la responsabilité en matière de véhicules automoteurs (telle que modifiée par la loi du 27 décembre 2006 portant des dispositions diverses II).

²⁹ Cass., 8 mai 1990, *Pas.*, 1990, p. 1026.

³⁰ A. DE GEEST, « Verbeurdverklaring », *op. cit.*, n^o 85.

ral³¹. Tel est notamment le cas de l'article 20 de la loi du 28 février 1882 sur la chasse qui énonce que la confiscation n'est prononcée que si l'arme a été remise à l'agent verbalisant³².

II.2. Les contraventions

Si la confiscation est obligatoire pour tous les délits et pour tous les crimes, elle ne peut, aux termes de l'article 43, alinéa 2, du Code pénal, être prononcée pour les contraventions que dans les cas déterminés par la loi. Mais la confiscation est-elle autorisée en cas de contraventionnalisation d'un délit par l'admission de circonstances atténuantes? La question appelle tantôt une réponse positive si l'on s'attache à la peine *in abstracto* (délit) et tantôt une réponse négative si l'on prend en considération la peine *in concreto* (contravention). La majorité de la doctrine considère cependant que la contraventionnalisation d'un délit n'affecte pas le sort de la confiscation dès lors que celle-ci ne relève pas des peines que le juge peut réduire en application de l'article 85 du Code pénal³³.

III. Les choses confiscales

Dans cette section, nous commenterons la portée de la confiscation sur les choses formant l'objet de l'infraction (III.1), sur celles qui ont servi ou été destinées à commettre cette dernière (III.2) ainsi que la condition de propriété qui s'impose à ces deux catégories (III.3). Nous verrons ensuite que les produits de l'infraction (III.4) ainsi que les avantages patrimoniaux qu'elle entraîne (III.5) font également l'objet de cette peine et, enfin, que certaines infractions « complémentaires » présumées peuvent mener au prononcé d'une confiscation spéciale (III.6).

³¹ P.E. TROUSSE, *Novelles, op. cit.*, n° 853.

³² Cass., 5 septembre 2001, *Pas.*, 2001, p. 1339. La Cour de cassation avait déjà décidé que, lorsque les poursuites sont entamées du chef d'infraction à la loi sur la chasse du 28 février 1882, la confiscation ne pouvait être prononcée par application des art. 42 et 43 du C. pén. (Cass., 18 septembre 1967, *Pas.*, 1968, p. 84). Les dispositions en matière de chasse relèvent actuellement des Décr. w. du 14 juillet 1994 et fl. du 27 juin 1985, ainsi que de l'Ord. brux. du 25 mars 1999.

³³ P.E. TROUSSE, *Novelles, op. cit.*, p. 180; J. CONSTANT, *Traité élémentaire de droit pénal*, Liège, Imprimerie Nationale, 1965, t. II, p. 786, n° 730.

III.1. Les choses qui forment l'objet de l'infraction (art. 42, 1^o, C. pén.)

Appliquée au titre de peine, la confiscation porte d'ordinaire sur «le corps du délit»³⁴, c'est-à-dire sur les choses sur lesquelles la matérialité de l'infraction s'est accomplie³⁵. Les exemples traditionnellement donnés de ce type de choses sont l'acte falsifié, la drogue, les denrées falsifiées, le meuble incendié, une arme prohibée ou les marchandises permettant la fraude dans un carrousel T.V.A.³⁶.

Il n'est pas toujours aisé de circonscrire la notion de «choses formant l'objet de l'infraction». Ainsi, la Cour de cassation a considéré que l'article 42, 1^o, du Code pénal ne désigne pas l'objet que l'auteur a frauduleusement soustrait, acquis, détourné ou recelé, mais celui à l'égard duquel l'infraction a été matériellement commise³⁷. Il a également été jugé que l'objet de l'organisation frauduleuse d'insolvabilité (art. 490*bis*, C. pén.) est l'état d'insolvabilité résultant des actes ou des abstentions frauduleux et non les biens ou les objets détruits, soustraits ou dissimulés³⁸. Le bénéfice produit par la prise d'intérêt prohibé par l'article 505 du Code pénal n'est pas davantage l'objet du délit³⁹ et ne peut dès lors être confisqué qu'au titre d'avantage patrimonial.

Par contre, aux termes de l'article 505, alinéas 5 à 7, du Code pénal⁴⁰, les choses sur lesquelles porte le recel élargi ou le blanchiment de capitaux constituent l'objet de l'infraction au sens de l'article 42, 1^o, du Code

³⁴ J.S.G. NYPELS et J. SERVAIS, *Le Code pénal belge interprété*, Bruxelles, Bruylant, 1867, p. 69; P.E. TROUSSE, *Novelles, op. cit.*, n^o 862.

³⁵ Cass., 9 novembre 1999, *Pas.*, 1999, n^o 596; *Novelles*, Droit pénal, t. I, Bruxelles, Larcier, 1967, p. 180, n^o 861.

³⁶ O. KLEES et D. VANDERMEERSCH, «Évolutions récentes de la jurisprudence en matière pénale – Le référé pénal», *Tendances de la jurisprudence en matière pénale*, Union belgo-luxembourgeoise de droit pénal, Gand, Mys & Breesch, 2000, pp. 178-179.

³⁷ Cass., 9 novembre 1999, *Pas.*, 1999, n^o 596.

³⁸ Cass., 11 avril 2000, *Pas.*, 2000, p. 762; *J.T.*, 2001, p. 797.

³⁹ Cass., 27 mai 1963, *Pas.*, 1963, p. 1029.

⁴⁰ Tel que modifiés par la loi du 10 mai 2007 portant diverses mesures en matière de recèlement et de saisie. L'incrimination de blanchiment de capitaux visée à l'art. 505 du C. pén. a été introduite par la loi du 17 juillet 1990 afin de rencontrer l'hypothèse où le délinquant organise son insolvabilité au profit d'un tiers pour échapper à la confiscation. Voy. M. DE SWAEF, «De bijzondere verbeurdverklaring van de vermogensvoordelen uit misdrijven», *R.W.*, 1990-1991, p. 490 et s.; J. MESSINNE, «La loi du 17 juillet 1990 modifiant les articles 42, 43 et 505 du Code pénal et insérant un article 43*bis* dans ce même Code», *J.T.*, 1991, pp. 484-493; J. SPREUTELS, «Le délit de blanchiment et la confiscation des avantages patrimoniaux tirés des infractions», *Droit pénal des affaires*, Bruxelles, Conférence du Jeune Barreau, 1991, pp. 1-30; J. PARDON, «Le blanchiment d'argent et la lutte contre la criminalité axée sur le profit», *Rev. dr. pén.*, 1992, pp. 741-757; A. MASSET, «L'infraction

pénal, lequel fonde leur confiscation obligatoire⁴¹. Il en résulte, notamment en matière de blanchiment, que l'avantage patrimonial visé à l'article 42, 3^o, constitue l'objet de l'infraction de blanchiment au sens de l'article 42, 1^o du Code pénal⁴². La confiscation obligatoire doit donc porter sur les avantages patrimoniaux blanchis eux-mêmes et non sur un montant équivalent. Lorsque les avantages patrimoniaux blanchis sont des sommes d'argent et que des montants y correspondant se retrouvent dans le patrimoine de l'auteur de l'opération de blanchiment, le juge peut considérer que ces montants constituent l'objet de l'infraction⁴³.

III.2. Les choses qui ont servi ou qui ont été destinées à commettre l'infraction (art. 42, 1^o, C. pén.)

Les choses qui ont servi ou qui ont été destinées à commettre l'infraction sont les instruments du délit: par exemple, le véhicule qui a servi à l'enlèvement d'une personne, l'ordinateur avec lequel l'escroquerie a été commise, la machine à écrire avec laquelle la fausse attestation a été confectionnée, la cagoule et les outils qui ont servi à commettre le vol, le cadeau que le corrupteur a offert au corrompu, etc. Ceux-ci doivent aussi être confisqués s'ils sont la propriété du condamné.

Les instruments ne doivent pas avoir réellement servi à commettre le crime ou le délit. Il suffit que l'auteur les ait apportés aux fins de commettre l'infraction: il est indifférent qu'il n'en ait pas eu besoin ou qu'il n'ait pas eu l'occasion de s'en servir⁴⁴. C'est ainsi que les fausses clés apportées par le voleur, dont une seule a servi à ouvrir la porte de la maison où le vol a été commis, doivent toutes être confisquées⁴⁵. Pour justifier la confiscation de l'instrument de l'infraction, les auteurs du Code pénal ont fait valoir qu'il est équitable de confisquer l'objet détourné de sa destination normale⁴⁶. Ainsi doit être confisqué le véhicule dont le prévenu s'est servi pour transporter ses coauteurs et ramener leur butin, pour commettre une tentative de meurtre, un délit de rébellion à la police,

de blanchiment», *Formation permanente Commission Université-Palais*, Liège, vol. VII, 1996, pp. 219-313; G. STESENS, «De verbeurdverklaring van vermogensvoordelen uit een misdrijf: een bijkomende straf – Enkele gevolgen», *T. Strafr.*, 2001, pp. 342 et s.

⁴¹ Voy. M.-L. CESONI et D. VANDERMEERSCH, «Le recel et le blanchiment», in *Les infractions du Code pénal*, Bruxelles, Larcier, 2008, pp. 502 et s.

⁴² Cass., 21 mars 2006, *Pas.*, 2006, n° 165; Cass., 4 mars 2008, *Pas.*, 2008, n° 152.

⁴³ Cass., 6 juin 2006, *Pas.*, 2006, n° 311.

⁴⁴ *R.P.D.B.*, v° «Infractions et répression en général», n° 269.

⁴⁵ G. SCHUIND (A. VANDEPLAS), *Traité pratique de droit criminel*, Bruxelles, Swinnen, xxxx, p. 130.

⁴⁶ P.-E. TROUSSE, *Novelles*, op. cit., n° 878.

etc., dès lors que le juge constate, à la lumière des données concrètes de l'affaire, le lien entre cet usage et l'infraction. Ou encore le matériel qui a servi à l'exploitation d'une entreprise en violation de l'article 7 du décret d'Allarde du 2 au 17 mars 1791 sur la liberté du commerce⁴⁷.

Il convient de préciser ce qu'on entend par « choses qui ont servi ou ont été destinées à commettre l'infraction ». La doctrine et la jurisprudence distinguent ainsi les actes préparatoires à l'infraction, les actes qui constituent un commencement de l'exécution ou l'exécution de celle-ci, et les actes postérieurs à la consommation de l'infraction, dans la perspective de déterminer les instruments susceptibles de confiscation. Doivent être confisqués ceux qui ont servi à commettre des actes punissables depuis le commencement de l'exécution de l'infraction jusqu'à la consommation de celle-ci. La doctrine n'est pas unanime quant au sort à réserver aux instruments qui n'ont servi qu'aux actes préparatoires, ou à ceux qui n'ont été utilisés qu'après la consommation de l'infraction, et certains auteurs enseignent que ces instruments ne peuvent être confisqués⁴⁸.

Tout est en réalité affaire de circonstances. Les instruments utilisés lors des actes préparatoires et après la consommation de l'infraction servent à celle-ci, puisqu'ils permettent à son auteur d'en retirer l'avantage qu'il en attend. Le législateur paraît donc avoir visé la confiscation de ces instruments⁴⁹. Ainsi, rien n'empêcherait un juge de prononcer la confiscation du véhicule qui a été faussement déclaré volé et a « servi » à une escroque-

⁴⁷ Cass., 1^{er} octobre 2002, *Pas.*, 2002, n° 491.

⁴⁸ *Pandectes*, *op. cit.*, n°s 48 et 51 ; *R.P.D.B.*, *op. cit.*, n° 271 ; G. SCHUIND (A. VANDEPLAS), *Traité pratique de droit criminel*, *op. cit.*, p. 130 ; Q. GOEDSEELS, *Commentaire du Code pénal belge*, éd. 1948, Bruxelles, Bruylant, t. I, n° 287 ; P.-E. TROUSSE, *Novelles*, *op. cit.*, n°s 882 et 884 ; J. CONSTANT, *Traité élémentaire de droit pénal*, *op. cit.*, n° 719 ; Bruxelles, 12 janvier 1966, *J.T.*, p. 208, et note. Le raisonnement est le suivant : les actes préparatoires et les actes postérieurs à la consommation de l'infraction ne sont pas punissables, on ne peut donc les sanctionner indirectement par la confiscation des choses qui ont servi ou ont été destinées à accomplir ces actes. Ainsi, lorsqu'un voleur utilise son propre véhicule pour se rendre sur les lieux du vol, ce véhicule ne pourrait être confisqué, parce que se rendre sur les lieux du vol n'est qu'un acte préparatoire. Si le voleur se sert de son propre véhicule pour emporter le produit du vol, son véhicule ne pourrait être confisqué, parce que le vol est un délit instantané et est déjà condamné avant le transport des objets volés. Après le vol, le véhicule ne pourrait être davantage considéré comme la chose ayant servi au recel des objets volés, parce que celui qui commet le vol ne peut être le receleur des objets qu'il a lui-même soustraits frauduleusement.

⁴⁹ *Ann. parl.*, Sén., sess. ord. 1851-1852, rapport n° 31, p. 231 (cité par A. DE GEEST, « Verbeurdverklaring », *op. cit.*, n° 38) ; J.S.G. NYPELS et J. SERVAIS, *Le Code pénal belge interprété*, éd. 1938, t. I, p. 142 ; C.J. VANHOUDT et W. CALEWAERT, *Belgisch Strafrecht*, 1968, n° 1819.

rie à l'assurance, rien n'indiquant que le verbe «servir» ne doive être pris que dans un sens matériel⁵⁰.

La loi déroge parfois à la règle selon laquelle il faut confisquer les instruments de l'infraction. Ainsi, l'article 305 du Code pénal relatif à l'exploitation de maisons de jeux ordonnait la confiscation des fonds exposés au jeu, mais non des fonds dont se trouve nanti le croupier, bien que ces fonds soient des choses destinées à commettre le délit⁵¹.

Quant aux immeubles, il n'existe pas de disposition instaurant de manière générale la faculté ou l'obligation pour le juge de confisquer un immeuble ayant servi à commettre une infraction quelle qu'elle soit⁵²; l'introduction dans l'arsenal répressif d'une sanction aussi exorbitante raviverait sans doute les fantômes de la confiscation générale prohibée par l'article 17 de la Constitution: *odiosa sunt restringenda. A contrario*, aucune disposition légale n'empêche la confiscation d'un immeuble, et l'article 42, alinéa 1, ne limite pas littéralement le terme «choses» aux meubles, par exclusion des immeubles. Saisie d'un pourvoi contre une condamnation du chef de mise en location de locaux en vue de la prostitution (art. 380, § 1^{er}, 3^o, C. pén.), la Cour de cassation a considéré que ni cette disposition ni aucune autre ne prévoit la confiscation de l'immeuble loué: «lorsque le législateur entend comminer une telle peine, il l'indique par une disposition spécifique»⁵³. En dépit de cette décision, prise sur les conclusions contraires du ministère public, une certaine controverse persiste à ce sujet⁵⁴.

Remplissant l'exigence de spécificité ultérieurement explicitée par la Cour de cassation, la loi du 5 août 2005 modifiant diverses dispositions en vue de renforcer la lutte contre la traite et le trafic des êtres humains et contre les pratiques des marchands de sommeil prévoit *spécifiquement* la confiscation d'un immeuble en obligeant le juge, en cas de condamnation à l'infraction visée à l'article 433*decies* (abus de vulnérabilité d'une

⁵⁰ Liège, 7 octobre 2003 (arrêt n° 615, inédit). Le pourvoi contre cet arrêt a été rejeté le 3 mars 2004.

⁵¹ L'article 305 du Code pénal a été abrégé par la loi du 7 mai 1998.

⁵² J.J. HAUS, *Principes généraux du droit pénal belge*, 3^e éd., t. II, Gand, Hoste, 1879, n° 780, p. 64; P. WIGNY, *Droit constitutionnel*, t. I, Bruxelles, Bruylant, 1952, n° 172, p. 287; M. VERDUSSEN, *Contours et enjeux du droit constitutionnel pénal*, Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 154.

⁵³ Cass., 27 mai 2009, *Pas.*, 2009, n° 352, et concl. contr. av. gen. D. VANDERMEERSCH; *R.W.*, 2010-2011, p. 570, note T. VANDROMME, «Geen verbeurdverklaring van onroerende goederen als voorwerp of instrument van het misdrijf zonder specifieke bepaling».

⁵⁴ Voy. not. Ph. DEBLATON et P. FRÉTEUR, «La saisie et la confiscation des immeubles des marchands de sommeil», *Saisies et confiscations. Questions d'actualité* (P. FRÉTEUR et P. TILLIET dir.), coll. «JLMB», opus 7, Bruxelles, Larcier, 2011, p. 109.

personne en vendant, louant ou mettant à disposition des biens meubles ou immeubles en vue de réaliser un profit anormal dans des conditions incompatibles avec la dignité humaine), à ordonner la confiscation spéciale prévue à l'article 42, 1^o, du Code pénal non seulement des biens meubles, mais également des biens immeubles ainsi que de la chambre ou de tout autre espace visé par cet article (art. 433*terdecies*)⁵⁵. Depuis la loi du 9 février 2006 adoptée en vue de renforcer la lutte contre les pratiques des marchands de sommeil, la confiscation peut également être appliquée à la contre-valeur de ces meubles ou immeubles aliénés entre la commission de l'infraction et la décision judiciaire définitive.

III.3. La condition de propriété, condition commune aux hypothèses visées par l'article 42, 1^o, du Code pénal

Comme l'a rappelé à de nombreuses reprises la Cour de cassation, la confiscation obligatoire en matière délictuelle et criminelle n'est possible qu'à la condition que la propriété en appartienne au condamné⁵⁶. C'est pourquoi, dans certains cas, l'objet en question ne peut pas être confisqué. Ainsi, lorsque la chose volée, détournée ou escroquée forme l'objet de l'infraction, mais n'appartient pas au condamné au moment de l'infraction, le juge ne peut la confisquer : « en effet, la chose volée, escroquée, détournée ou recelée n'appartient pas au condamné au moment de l'infraction et celle-ci ne rend pas son auteur propriétaire légitime »⁵⁷. Le juge doit en ordonner la restitution à la victime, sur base de l'article 44 du Code pénal⁵⁸. Comme l'a précisé la Cour de cassation, la condition de propriété est de stricte interprétation « en ce sens seulement que le juge ne peut jamais confisquer une chose qui, bien qu'ayant servi ou ayant été destinée à commettre l'infraction, n'appartient pas au condamné »⁵⁹.

Le juge apprécie en fait cette condition de propriété⁶⁰ et, conformément à l'article 2 du Code pénal, c'est au moment de la commission de l'infraction que la condition de propriété doit être remplie. La légalité d'une confiscation n'est dès lors pas subordonnée à la condition que le

⁵⁵ Cass., 3 mai 2006, *Pas.*, 2006, n° 254, et concl. av. gén. D. VANDERMEERSCH; Cass., 25 novembre 2008, *Pas.*, n° 664.

⁵⁶ Cass., 3 mai 2006, *Pas.*, n° 254, et concl. av. gén. D. VANDERMEERSCH; Cass., 16 septembre 2009, *Pas.*, n° 505; Cass., 14 octobre 2009, *Pas.*, 2009, n° 580.

⁵⁷ Cass., 14 octobre 2009, *Pas.*, 2009, n° 580.

⁵⁸ P.-E. TROUSSE, *Novelles, op. cit.*, n^{os} 865, 1562 et 1568; E. DIRIX, « De verbeurdverklaring met toewijzing aan de benadeelde », *Liber amicorum A. Vandeplas*, Gand, Mys & Breesch, 1994, pp. 185 et s.

⁵⁹ Cass., 16 septembre 2009, *Pas.*, 2009, n° 505.

⁶⁰ Cass., 2 octobre 1973, *Pas.*, 1974, p. 107.

condamné soit encore propriétaire⁶¹ ou en possession⁶² de la chose au moment du jugement. Comme le précise la Cour de cassation dans un arrêt du 25 novembre 2008, «il est requis, mais suffit, que les choses à confisquer aient été la propriété du condamné au moment de la commission de l'infraction»⁶³.

En cas de pluralité de prévenus, il suffit que l'objet ou l'instrument soit la propriété d'un des condamnés, qu'il soit auteur, coauteur ou complice de l'infraction⁶⁴. Les objets susceptibles de confiscation peuvent être également la propriété de plusieurs personnes, dont une seule est poursuivie. Dans cette hypothèse, comme l'a précisé la Cour de cassation, «la confiscation des choses ayant servi à commettre l'infraction doit être prononcée, le législateur n'ayant pas exigé que le condamné soit l'unique propriétaire des objets ou des instruments de l'infraction»⁶⁵. S'il s'agit de choses divisibles, seule la partie qui revient au condamné est sujette à confiscation⁶⁶; s'il s'agit d'objets indivisibles, la confiscation créera une indivision entre le commun propriétaire et l'État (devenu propriétaire indivis à la place du condamné par la condamnation)⁶⁷.

De nombreuses dispositions, du livre II du Code pénal ou des lois particulières, qui contiennent des règles spécifiques à la confiscation, ne précisent pas qu'elle est subordonnée à la condition de propriété dans le chef du condamné. Il en va ainsi des objets mobiliers mis en loterie et ceux employés ou destinés à cet effet doivent être confisqués (art. 302, C. pén.), des denrées alimentaires falsifiées (art. 503, C. pén.). Il en va de même de la loi du 24 mars 1987 relative à la santé des animaux dont l'article 26, § 1^{er}, dispose qu'en cas de condamnation, le tribunal peut ordonner la confiscation des animaux et biens saisis, sans autre précision.

Dans ce cas de figure, la Cour de cassation a précisé que, lorsqu'une loi particulière ordonne la confiscation de certains objets sans spécifier que ces objets doivent être la propriété du condamné et impose cette confiscation au juge «indépendamment des confiscations ordonnées en vertu de l'article 42 du Code pénal», il y a lieu de confisquer les objets décrits

⁶¹ P.-E. TROUSSE, *Novelles*, *op. cit.*, n° 874.

⁶² J. CONSTANT, *Traité élémentaire de droit pénal*, *op. cit.*, n° 722.

⁶³ Cass., 25 novembre 2008, *Pas.*, 2008, n° 664.

⁶⁴ *R.P.D.B.*, *op. cit.*, n° 272; J.S.G. NYPELS et J. SERVAIS, *Le Code pénal belge interprété*, *op. cit.*, p. 144; A. DE GEEST, «Verbeurdverklaring», *op. cit.*, n° 54.

⁶⁵ J. CONSTANT, *Traité élémentaire de droit pénal*, *op. cit.*, n° 721; A. DE GEEST, «Verbeurdverklaring», *op. cit.*, n° 55; Cass., 16 septembre 2009, *Pas.*, xxxx, n° 505.

⁶⁶ *Pandectes*, *op. cit.*, n° 55; A. DE GEEST, «Verbeurdverklaring», *op. cit.*, n° 55.

⁶⁷ J.-M. POUPART, «Du caractère mixte de certaines décisions prononcées par les juridictions répressives», *Rev. dr. pén.*, 1952-1953, p. 527; A. DE GEEST, «Verbeurdverklaring», *op. cit.*, n° 55.

dans la loi particulière sans qu'il soit requis qu'ils soient la propriété du prévenu. La Cour considère en effet que la condition de propriété est une condition restrictive de sorte qu'elle doit être formulée expressément par le législateur⁶⁸.

D'autres dispositions encore dérogent expressément à la condition de propriété. Ainsi, comme nous avons déjà eu l'occasion de le souligner, aux termes de l'article 433*terdecies* du Code pénal, la confiscation spéciale prévue à l'article 42, 1^o, est obligatoirement appliquée aux coupables de l'infraction visée à l'article 433*decies* du même Code, même lorsque la propriété des choses sur lesquelles elle porte n'appartient pas au condamné, sans que cette confiscation puisse cependant porter préjudice aux droits des tiers sur les biens susceptibles de faire l'objet de la confiscation⁶⁹. Nous avons également précisé que la confiscation de l'objet du recel élargi et du blanchiment de capitaux est obligatoire, même s'il n'appartient pas au condamné, sans que cette peine puisse cependant porter préjudice aux droits des tiers sur les biens susceptibles de faire l'objet de la confiscation (art. 505, al. 5, 6 et 7, du C. pén.)⁷⁰. La Cour de cassation a cependant précisé que «si les choses ont été l'objet de différentes opérations de blanchiment successives commises par un prévenu déterminé, elles ne peuvent toutefois être confisquées à son encontre qu'une seule fois»⁷¹.

Concernant les lois particulières, nous pouvons citer: l'article 28 de la loi du 28 décembre 1983 sur le débit de boissons spiritueuses et sur la taxe de patente qui prévoit la confiscation des boissons spiritueuses qui font l'objet de l'infraction visée aux articles 2, §§ 1^{er}, 8 et 9, de cette loi, même si elles ne sont pas la propriété du contrevenant⁷²; l'article 221, § 1^{er}, de la loi générale relative aux douanes et accises, en vertu duquel la confiscation des marchandises frauduleuses doit être prononcée, cette disposition n'exigeant pas que ces choses appartiennent au condamné ou à l'auteur de la fraude, ni que l'auteur de la fraude soit connu⁷³; l'article 222, § 1^{er}, de cette loi qui prévoit la confiscation du véhicule ayant servi à commettre l'infraction, sans exiger que le véhicule soit la propriété du prévenu; l'arrêté royal n^o 78 du 10 novembre 1967 relatif à l'exercice des professions de soins de santé, dont l'article 43, § 1^{er}, prévoit qu'en cas de condamnation pour exercice illégal de l'art médical, le juge puisse

⁶⁸ Cass., 28 janvier 1946, *Pas.*, 1946, p. 43.

⁶⁹ Cass., 3 mai 2006, *Pas.*, 2006, n^o 254, et concl. av. gén. D. VANDERMEERSCH.

⁷⁰ Cass., 21 mars 2006, *Pas.*, 2006, n^o 165.

⁷¹ Cass., 4 septembre 2007, *Pas.*, 2007, p. 1423.

⁷² Cass., 17 septembre 2002, *R.W.*, 2002-2003, p. 1299, note A. VANDEPLAS.

⁷³ Cass., 11 octobre 1989, *Pas.*, 1990, p. 169; Cass., 17 septembre 2002, *Pas.*, 2002, n^o 453. Cette confiscation ne peut être prononcée avec sursis (Cass., 14 juin 1989, *Pas.*, 1989, p. 1112).

prononcer la confiscation spéciale de tous les médicaments, appareils et instruments servant ou destinés à servir à l'exploitation de l'officine, dans l'intérêt de la santé publique et même si le condamné n'en est pas propriétaire; l'article 4, § 6, de la loi du 24 février 1921 en matière de stupéfiants qui autorise le juge à ordonner la confiscation des véhicules, appareils, instruments ou choses qui ont servi ou ont été destinés à commettre les infractions ou qui en ont fait l'objet, même s'ils ne sont pas la propriété du condamné⁷⁴; l'article 8 de la loi du 8 juin 2006 sur les armes qui précise que les armes prohibées sont confisquées même si elles n'appartiennent pas au condamné.

III.4. Les choses produites par l'infraction (art. 42, 2^o, du Code pénal)

Sont considérés comme « produits par l'infraction », c'est-à-dire créés par l'acte illicite, le tableau ou les billets de banque contrefaits, la fausse monnaie, la recette provenant de l'exploitation illicite d'un jeu de hasard ou les denrées falsifiées. Au contraire de l'article 42, 1^o, du Code pénal, la confiscation des choses produites par l'infraction n'est pas subordonnée à la condition de propriété. On rappellera ici que les objets volés, extorqués ou escroqués ne sont pas considérés comme produits par l'infraction⁷⁵: ils forment son objet et ne peuvent être confisqués, puisqu'ils n'appartiennent pas au condamné, mais doivent être restitués à leur propriétaire légitime⁷⁶.

De nouveau, il n'est pas toujours évident de distinguer les différents cas de figure énoncés par l'article 42 du Code pénal. Ainsi, les choses achetées au moyen de l'argent volé de même que l'argent provenant de la vente de choses volées ne constituent ni l'objet, ni l'instrument, ni le produit de l'infraction et ne peuvent être confisqués qu'au titre d'avantages patrimoniaux, comme nous le verrons ci-après. Des vidéocassettes contraires aux bonnes mœurs qui sont exposées, vendues ou distribuées ne sont pas des choses qui ont été produites par l'infraction, mais des choses formant l'objet de l'infraction définie à l'article 383, alinéa 1^{er}, du Code pénal: leur confiscation n'est autorisée que si la propriété en revient au condamné⁷⁷. En matière de drogues, la jurisprudence avait pour habitude de considérer, avant l'introduction de l'article 42, 3^o, du Code pénal autorisant la confis-

⁷⁴ Cass., 4 juillet 1986, *Pas.*, 1986, p. 1345, note 1.

⁷⁵ Cass., 8 octobre 1962, *Pas.*, 1963, p. 167; Cass., 9 janvier 1991, *Rev. dr. pén.*, 1991, p. 394, *J.L.M.B.*, 1993, p. 26.

⁷⁶ *R.P.D.B.*, *op. cit.*, n^o 274.

⁷⁷ Cass., 4 octobre 1988, *Pas.*, 1989, p. 121.

cation des avantages patrimoniaux, que les sommes d'argent provenant de la vente ou du trafic de drogues n'étaient pas des choses produites par l'infraction, mais des choses formant l'objet de l'infraction⁷⁸.

La confiscation prévue aux articles 42, 1^o et 2^o, du Code pénal étant obligatoire pour les délits et les crimes, elle doit être ordonnée d'office par le tribunal : aucune réquisition formelle du parquet n'est nécessaire⁷⁹. Rien n'empêche toutefois le ministère public de requérir par écrit la confiscation de ces choses.

III.5. Les avantages patrimoniaux tirés de l'infraction (art. 42, 3^o, C. pén.)

Les avantages patrimoniaux tirés directement de l'infraction, les biens et valeurs qui leur ont été substitués et les revenus de ces avantages investis peuvent être confisqués en vertu de l'article 42, 3^o, du Code pénal, introduit par la loi du 17 juillet 1990. Nous définirons cette notion complexe d'avantages (1) avant de commenter la possible confiscation par équivalent, qui s'applique en particulier lorsque lesdits avantages ne peuvent plus guère être identifiés (2).

La confiscation des avantages patrimoniaux est facultative⁸⁰, mais ne peut être prononcée par le juge que sur réquisitions écrites du procureur du Roi afin de garantir l'exercice effectif des droits de la défense (art. 43bis, al. 1^{er}, C. pén.). Ni la loi ni les travaux préparatoires ne précisent la forme de l'écrit. En pratique, les réquisitions seront prises dans la citation ou dans le réquisitoire de renvoi, mais il n'existe aucun obstacle légal à ce qu'elles puissent être consignées dans toute forme d'écrit jusqu'à la clôture des débats, dans une mesure compatible avec les droits de la défense⁸¹. L'article 43bis ne requiert toutefois pas que ces réquisitions soient prises devant chaque instance⁸². Elles peuvent être prises pour la

⁷⁸ En vertu de l'art. 4, § 6, de la loi du 24 février 1921, ces sommes d'argent pouvaient être confisquées même si elles ne sont pas la propriété du condamné. Cass., 4 juillet 1986, *Pas.*, 1986, p. 1345, note 1 ; Mons, 20 octobre 1993, *R.D.P.C.*, 1994, p. 911.

⁷⁹ Cass., 18 février 1997, *Pas.*, 1997, n^o 93 ; *R.W.*, 1997-1998, p. 300, note A. VANDEPLAS ; *P. & B.*, 1998, p. 55, note S. LUST.

⁸⁰ Cass., 27 septembre 2006, *T. Strafr.*, 2007, p. 41 ; Cass., 27 mai 2009, *Pas.*, 2009, n^o 352, et concl. contr. av. gen. D. VANDERMEERSCH.

⁸¹ C. CALIMAN, « La loi du 19 décembre 2002 portant extension des possibilités de saisie et de confiscation en matière pénale », *Custodes*, 2003, p. 70.

⁸² Cass., 17 juin 2003, *Pas.*, 2003, n^o 357.

première fois en degré d'appel⁸³. Le juge n'est pas tenu par ces réquisitions et peut condamner le prévenu à une peine de confiscation portant sur des avantages patrimoniaux non visés par ces réquisitions.

III.5.1. La notion d'avantages patrimoniaux

Tous les avantages patrimoniaux *primaires*, c'est-à-dire ceux qui proviennent directement de la commission d'une infraction, sont susceptibles d'être confisqués, qu'ils soient meubles ou immeubles. Il peut s'agir, par exemple, du prix obtenu pour le marché illicite ou le crime, du montant de l'assurance-vie versé à la suite d'un homicide volontaire, de l'argent tiré d'un trafic d'armes ou de drogues⁸⁴ ou de gains obtenus lors de l'exploitation d'une activité soumise à autorisation administrative, sans l'avoir régulièrement obtenue⁸⁵. Tel est aussi le cas des revenus d'une loterie⁸⁶ ou d'un débit de boissons non autorisé ou encore des loyers perçus à la suite d'une infraction en matière d'environnement⁸⁷.

Les avantages primaires étant le plus souvent rapidement échangés, transformés ou partagés pour en faire disparaître la trace, la confiscation peut être appliquée aux biens qui en prennent la place. L'immeuble acheté avec les bénéfices de la vente de stupéfiants constitue ainsi, par exemple, un *bien de remplacement* qui peut être confisqué. Peuvent également être confisqués les revenus des avantages investis, c'est-à-dire les intérêts bancaires, les dividendes et toutes les formes de revenus des avantages patrimoniaux ou des biens et valeurs qui les ont remplacés. Ainsi, les recettes d'un restaurant financé par le commerce illicite d'armes ou le revenu du montant investi du capital perçu illicitement d'une assurance-vie constituent «des revenus de cet avantage» sont susceptibles de confiscation aux termes de l'article 42, 3^o, du Code pénal. L'auteur ne perçoit en effet ce revenu que grâce à l'infraction: il constitue un avantage indirect illicite⁸⁸.

La chose volée ou détournée, objet de l'infraction, ne devient un avantage patrimonial tiré de l'infraction qu'à compter du moment où l'auteur

⁸³ Cass., 27 mai 2008, *Pas.*, 2008, n° 319; Cass., 16 décembre 2008, *Pas.*, 2008, n° 735. Les réquisitions du ministère public pour mener une enquête particulière sur les avantages patrimoniaux ne peuvent toutefois jamais être introduites pour la première fois en appel (art. 524bis, § 1^{er}, al. 2, C.I. cr.)

⁸⁴ Les cours et tribunaux prononcent souvent cette peine à l'égard des sommes saisies en matière de drogue (Bruxelles, 12 janvier 2011, inédit; Bruxelles, 13 avril 2011, inédit).

⁸⁵ *Doc. parl.*, Sén., 1989-1990, n° 890/2, 21; E. VAN MUYLEM, «(Bijzondere) verbeurdverklaring», *op. cit.*, p. 283.

⁸⁶ Anvers, 20 mars 1992, *R.W.*, 1994-1995, p. 951.

⁸⁷ Corr. Gand, 3 janvier 1995, *T.M.R.*, 1995, p. 140.

⁸⁸ E. VAN MUYLEM, «(Bijzondere) verbeurdverklaring», *op. cit.*, p. 285.

du vol ou du détournement en a disposé, en la vendant par exemple à un tiers ou en acquérant des biens au moyen de l'argent volé ou détourné: le produit de la vente ou les biens ainsi acquis seront considérés comme «des biens et valeurs qui se sont substitués (aux avantages patrimoniaux tirés de l'infraction)»⁸⁹. La chose volée ou détournée ne peut donc faire l'objet d'une confiscation fondée sur la condamnation du chef de vol ou de détournement. Par contre, si, par la suite, il dispose de l'objet du vol ou du détournement et se rend, ce faisant, coupable de blanchiment au sens des dispositions actuelles, la confiscation pourra porter sur les sommes ou valeurs blanchies à titre d'objet de l'infraction (art. 505, al. 3, ancien, et 505, al. 5, 6 et 7, nouveaux, C. pén.)⁹⁰.

Comme on peut le constater, la tâche du juge n'est pas aisée, puisqu'il doit constater concrètement l'existence de ces avantages patrimoniaux plutôt que les évaluer comme le requiert l'article 43*bis*, alinéa 2, du Code pénal, vers lequel nous allons maintenant nous tourner⁹¹. Pour l'aider dans sa tâche, le ministère public doit, si les choses peuvent être trouvées dans le patrimoine du prévenu, préciser dans ses réquisitions, quels sont les avantages patrimoniaux, les biens et valeurs, qui leur ont été substitués et/ou les revenus des avantages investis dont il demande la confiscation⁹².

III.5.2. La confiscation par équivalent (art. 43*bis*, al. 2, C. pén.)

Lorsqu'une personne a commis une infraction qui lui a procuré un avantage patrimonial qui ne peut plus être identifié, l'article 43*bis*, alinéa 2, du Code pénal autorise la confiscation d'un montant équivalent⁹³. Cela suppose une évaluation de ces avantages par le juge, en sommes d'argent équivalentes. Il ne s'agit pas de l'avantage illicite remplacé par un autre bien ou transféré dans le patrimoine d'un tiers, mais d'un avantage ayant littéralement disparu⁹⁴.

⁸⁹ Au sens de l'art. 42, 3^o, C. pén.

⁹⁰ Cass., 14 octobre 2009, *Pas.*, 2009, n^o 580, et concl. av. gén. D. VANDERMEERSCH.

⁹¹ À titre d'exemple en matière de drogues: le profit tiré de l'infraction, et donc la somme à confisquer, peut être calculé sur la base de la valeur des stupéfiants trouvés en possession du prévenu, des devises découvertes sur lui et à son domicile, du chiffre d'affaires journalier qu'il aurait réalisé et dont l'importance se déduit de ces données, et de la longueur de la période durant laquelle les ventes se sont poursuivies.

⁹² *Doc. parl.*, Ch., sess. ord. 2001-2002, n^o 1601/001, p. 41.

⁹³ G. STESENS, *De nationale en internationale bestrijding van het witwassen – Onderzoek naar een meer efficiënte bestrijding van de profijtgerichte criminaliteit*, Anvers, Intersentia, 1997, n^o 115.

⁹⁴ J. MESSINNE, «La loi du 17 juillet 1990 modifiant les articles 42, 43 et 505 du Code pénal et insérant un article 43*bis* dans ce même Code», *op. cit.*, p. 492.

La confiscation par équivalent n'est prévue que pour les avantages patrimoniaux visés à l'article 42, 3^o, et ne s'applique pas aux choses, instrument ou produits de l'infraction visés aux articles 42, 1^o et 2^o du Code pénal⁹⁵. Ne s'appliquant qu'aux avantages patrimoniaux, elle a également un caractère facultatif et doit être requise par le ministère public par écrit dans les mêmes termes que ceux précisés à l'article 42, 3^o, du Code pénal⁹⁶. Ainsi, le ministère public doit préciser dans ses réquisitions le montant correspondant aux avantages patrimoniaux initiaux⁹⁷.

Le juge doit constater que les avantages patrimoniaux directs ou indirects ne se trouvent plus dans le patrimoine du condamné avant de prononcer une confiscation par équivalent, c'est-à-dire constater le lien entre l'infraction et les avantages disparus, puis en estimer la valeur pécuniaire⁹⁸. La Cour de cassation admet que cette évaluation peut avoir lieu *ex aequo et bono*: «Le législateur donne au juge du fond le pouvoir d'apprécier la somme d'argent équivalant aux avantages tirés directement de l'infraction sans exclure la possibilité de procéder à cette évaluation *ex aequo et bono*, à défaut d'éléments précis d'appréciation»⁹⁹. Selon l'exposé des motifs de la loi du 17 juillet 1990, il doit avoir égard à «toutes les informations disponibles relatives aux avantages directs ou indirects, lorsqu'on peut en retrouver la trace, quoi qu'ils aient entre-temps disparu, ou relatives à l'opération, à la transaction qui constitue l'infraction et qui est la base de ces avantages ou à tout autre élément de fait qui peut s'avérer utile. Le juge devra également tenir compte des revenus que ces avantages sont susceptibles d'avoir engendrés»¹⁰⁰.

La question de l'application de la peine de confiscation spéciale à des avantages patrimoniaux tirés d'une infraction pénale lorsque cette infraction consiste en l'évitement de la naissance ou du paiement d'une dette, est controversée¹⁰¹. Elle a reçu une réponse affirmative dans la jurispru-

⁹⁵ Cass., 4 avril 2006, *Pas.*, 2006, n° 204; *Nullum Crimen*, 2006, p. 208.

⁹⁶ Cass., 27 septembre 2006, *T. Strafr.*, 2007, p. 41, et note J. VAN GAEVER, «De omvang van het begrip vermogensvoordeel»; Cass., 27 mai 2009, n° 352, et concl. contr. av. gén. D. VANDERMEERSCH.

⁹⁷ *Doc. parl.*, Ch., sess. ord. 2001-2002, n° 1601/001, p. 41.

⁹⁸ E. VAN MUYLEM, «(Bijzondere) verbeurdverklaring», *op. cit.*, p. 286.

⁹⁹ Cass., 14 décembre 1994, p. 1098; voy. note P. VAN CAENEGEM, «Art. 43bis Sw. en de raming *ex aequo et bono*», *Rec. Cass.*, 1995, p. 98-100. Et ce, sans déduire les frais causés par la réalisation de l'infraction, Cass., 18 février 1997, *Pas.*, 1997, n° 93; Cass., 29 mai 2001, *T. Strafr.*, p. 39 et note G. STESSENS, p. 37; Cass., 14 mai 2008, *Pas.*, 2008, n° 294.

¹⁰⁰ *Doc. parl.*, Ch., sess. ord. 1989-1990, n° 987/1, p. 4.

¹⁰¹ Voy. not. J. SPREUTELS et CL. SCOHIER, «Les paradis fiscaux et l'évasion fiscale», *Actes des journées d'étude des 20-21 janvier 2000*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 325; A. DE NAUW, «De wettelijke luiken van het wettelijk systeem tot bestraffing en het voorkomen van het witwassen van gelden en de fiscale fraude», *Fiscaal straf- en strafprocesrecht*, Gand, Mys

dence dans la même logique que celle apportée à la question qui s'est posée à propos de l'évitement de la naissance ou du paiement d'une dette de nature fiscale. Selon la Cour de cassation, « il résulte des articles 42, 3^o, et 43bis, premier et deuxième alinéas, du Code pénal que les avantages patrimoniaux directement tirés de l'infraction englobent tant les biens et valeurs que tout avantage économique provenant d'une infraction, fût-ce une infraction en matière fiscale, même s'ils ne peuvent faire l'objet d'une identification dans le patrimoine »¹⁰². La jurisprudence considère en effet que le fait de ne pas payer d'impôt peut entraîner un enrichissement susceptible d'être soustrait du patrimoine des fraudeurs par le juge pénal : lorsqu'il évalue les avantages patrimoniaux tirés d'une infraction, le juge peut considérer que l'évitement d'un impôt constitue un tel avantage, celui-ci ne disparaissant pas du seul fait de l'enrôlement¹⁰³.

Dans un autre arrêt, la Cour de cassation considère cependant que « l'enrichissement du condamné ne constitue pas la mesure nécessaire de la confiscation applicable aux choses visées par l'article 42, 3^o, du Code pénal. Celle-ci peut atteindre, au titre d'avantages patrimoniaux tirés directement de l'infraction, tout bien ou valeur que l'auteur de l'infraction a obtenus en la commettant, indépendamment du bénéfice qu'il en a retiré ou de la destination ultérieurement donnée à ces choses¹⁰⁴. *Dura lex, sed lex* : le crime ne doit pas payer¹⁰⁵.

Il revient au juge de décider si un avantage patrimonial a été tiré directement d'une infraction et il lui incombe d'évaluer cet avantage. C'est une question de fait qui relève de l'appréciation souveraine du juge du fond, échappant au contrôle de la Cour de cassation, celle-ci pouvant toutefois

& Breesch, 1996, p. 227; T. AFSCHRIFT et V.-A. DE BRAUWERE, *Manuel de droit pénal financier*, Waterloo, Kluwer, 2001, n^o 515, p. 332-334; L. HUYBRECHTS, *Fiscaal strafrecht*, Bruxelles, E. Story-Scientia, 2002, n^{os} 150 et 151; C. MEUNIER, « Actualités en matière de blanchiment, de confiscation et de saisies pénales », *Le point sur le droit pénal*, Liège, Formation permanente CUP, 2000, p. 125.

¹⁰² Cass., 8 novembre 2005, *Pas.*, 2005, n^o 575. La Cour d'appel de Mons en a fait récemment application (12 janvier 2011, inédit).

¹⁰³ Cass., 22 octobre 2003, *Pas.*, 2003, n^o 516, et concl. av. gén. J. SPREUTELS; *R.C.J.B.*, 2005, pp. 97-129, et note M.-A. BEERNAERT, « Fraude fiscale, confiscation et blanchiment : le point sur des questions très controversées »; *J.L.M.B.*, 2004, p. 337, obs. F. ROGGEN; *R.D.P.C.*, 2004, p. 199, obs. O. CREPLET; J. ROZIE, *Voordeelsontneming*, Anvers, Intersentia, 2005, pp. 155 et s.; M. ROZIE, « Fiscale fraude in relatie tot verbeurdverklaring », *Beslag en verbeurdverklaring van criminele voordelen*, Anvers, Maklu, pp. 215 et s.

¹⁰⁴ Cass., 9 mai 2007, *Pas.*, 2007, n^o 239.

¹⁰⁵ Pour une critique de ce point de vue, voy. not. T. AFSCHRIFT et V.-A. DE BRAUWERE, *Manuel de droit pénal financier*, Waterloo, Kluwer, 2001, n^o 512, p. 330.

vérifier si le juge n'a pas méconnu la notion légale d'avantage patrimonial¹⁰⁶.

On se souviendra qu'aux termes de l'article 505, alinéas 5 à 7 du Code pénal¹⁰⁷, les choses sur lesquelles porte le recel élargi ou le blanchiment de capitaux constituent l'objet de l'infraction au sens de l'article 42, 1^o, du Code pénal, lequel fonde leur confiscation obligatoire, même si la propriété n'en appartient pas au condamné. Il en résulte, notamment en matière de blanchiment, que l'avantage patrimonial visé à l'article 42, 3^o, du Code pénal constitue l'objet de l'infraction de blanchiment au sens de l'article 42, 1^o, du Code pénal¹⁰⁸. La confiscation obligatoire doit donc porter sur les avantages patrimoniaux blanchis et non sur un montant équivalent. Lorsque les avantages patrimoniaux blanchis sont des sommes d'argent et que des montants y correspondant se retrouvent dans le patrimoine de l'auteur de l'opération de blanchiment, le juge peut considérer que ces montants constituent l'objet de l'infraction¹⁰⁹. Par contre, la Cour de cassation considère que le bien obtenu par l'opération de blanchiment ne constitue pas l'objet de l'infraction de blanchiment, mais bien un avantage patrimonial tiré de cette infraction. « Le fait que la finalité de cette opération est l'obtention de cet avantage patrimonial n'y change rien. La confiscation d'un tel avantage patrimonial tiré de l'infraction de blanchiment n'est donc possible que sur la base des articles 42, 3^o, et 43bis du Code pénal »¹¹⁰. Précisons qu'aux termes des alinéas 6 et 7 de l'article 505 du Code pénal, lorsque les choses ne peuvent pas être trouvées dans le patrimoine du condamné, le juge doit procéder à leur évaluation monétaire et la confiscation portera sur une somme d'argent équivalente. La confiscation par équivalent est dès lors ici exceptionnellement possible pour les choses formant l'objet de l'infraction. La loi précise que le juge a la possibilité de réduire cette somme d'argent « en vue de ne pas soumettre le condamné à une peine déraisonnablement lourde ».

En cas de pluralité de prévenus, la loi ne prévoit pas, en règle, la répétition de la confiscation du même montant dans le chef de chacun des auteurs, coauteurs ou complices afin de faciliter l'exécution de la peine auprès du condamné le plus solvable. La Cour de cassation considère qu'en raison du caractère facultatif de la confiscation visée à l'article 43bis, « rien n'empêche le juge de répartir les montants ainsi confisqués entre les

¹⁰⁶ Cass., 27 septembre 2006, *op. cit.*

¹⁰⁷ Tel que modifiés par la loi du 10 mai 2007 portant diverses mesures en matière de recèlement et de saisie.

¹⁰⁸ Cass., 21 mars 2006, *Pas.*, 2006, n^o 165; Cass., 4 mars 2008, *Pas.*, xxxx, n^o 152.

¹⁰⁹ Cass., 6 juin 2006, *Pas.*, 2006, n^o 311.

¹¹⁰ Cass., 12 janvier 2010, *T. Strafr.*, 2010, p. 267; Cass., 27 avril 2010, *T. Strafr.*, 2010, p. 281, note D. LIBOTTE.

condamnés, tout en veillant à ce que la somme totale des confiscations n'excède pas le montant des avantages patrimoniaux tirés directement de l'infraction. Ni l'article 50 du Code pénal ni aucune autre disposition légale n'autorisent le juge à condamner solidairement plusieurs personnes à une même peine, fût-elle accessoire»¹¹¹. Des dérogations peuvent toutefois être prévues par le législateur, comme à l'article 505, alinéas 6 et 7, du Code pénal, qui stipulent que les choses visées au paragraphe 1^{er}, 2^o à 4^o, dudit article, en ce compris les sommes d'argent équivalentes, sont confisquées dans le chef de chacun des auteurs, coauteurs ou complices de l'infraction. La Cour de cassation a toutefois précisé que, lorsqu'un prévenu a été déclaré coupable d'une infraction qui a produit des avantages patrimoniaux et de blanchiment de ces avantages, ceux-ci ne peuvent être confisqués à son égard qu'une seule fois¹¹².

III.6. La confiscation « complémentaire » (art. 43^{quater}, § 1^{er}, C. pén.)

Une forme extensive de confiscation spéciale est permise (mais non obligatoire) lors d'une condamnation du chef d'infractions présentant une certaine gravité.

Aux termes de l'article 43^{quater}, § 1^{er}, du Code pénal, «sans préjudice de l'article 43^{bis}, alinéas 3 et 4, les avantages patrimoniaux visés au § 2, les biens et les valeurs qui y ont été substitués et les revenus provenant des avantages investis trouvés dans le patrimoine ou en possession d'une personne peuvent, à la demande du procureur du Roi, être confisqués ou cette personne peut être condamnée au paiement d'un montant que le juge estime correspondre à la valeur de ces choses». L'article 43^{quater}, § 2, précise: «La confiscation visée au § 1^{er} peut être prononcée contre les auteurs, coauteurs et complices condamnés pour une ou plusieurs des infractions énumérées au présent article et aux conditions définies au § 1^{er} si le condamné a acquis pendant une période pertinente des avantages patrimoniaux supplémentaires alors qu'il existe des indices sérieux et concrets que ceux-ci découlent de l'infraction pour laquelle il a été condamné ou de faits identiques et que le condamné n'a pas pu rendre plausible le contraire».

Même si le texte ne le prévoit pas formellement, cette confiscation requiert au préalable des réquisitions écrites du procureur du Roi. En tant qu'il vise la confiscation des choses dont question à l'article 42, 3^o, l'article 43^{bis}, alinéa 1^{er}, revêt en effet une portée générale et paraît dès lors

¹¹¹ Cass., 27 mai 2009, *Pas.*, 2009, n° 352, et concl. av. gén. D. VANDERMEERSCH.

¹¹² Cass., 4 septembre 2007, *Pas.*, 2007, n° 381.

s'appliquer dans tous les cas où la loi prévoit cette peine à titre facultatif, c'est-à-dire dans les hypothèses énoncées aux articles 42, 3^o, 43bis, alinéa 2, mais également à l'article 43quater du Code pénal. Pareille solution résulte non seulement de la généralité des termes de l'article 43bis, alinéa 1^{er}, mais aussi de son économie générale: le prévenu doit être complètement informé de la sanction requise contre lui d'autant qu'il lui incombe de se défendre dans le cadre du régime de répartition de la charge de la preuve où une collaboration active lui est demandée¹¹³.

Contrairement aux hypothèses envisagées plus haut, il n'est pas requis que les biens confisqués soient la propriété du prévenu: il suffit qu'ils soient en sa possession. Peuvent être confisqués les avantages patrimoniaux provenant d'infractions pour lesquelles un individu a été condamné ou d'infractions identiques. Cette innovation permet ainsi la confiscation de biens qui ne sont pas en lien direct avec l'infraction sanctionnée¹¹⁴.

Elle introduit une nouvelle forme de répartition de la charge de la preuve entre le ministère public et le prévenu, dérogoratoire au droit commun. En effet, ce mécanisme implique que le ministère public doive seulement convaincre le juge que l'accroissement significatif du patrimoine du prévenu est vraisemblablement d'origine criminelle; c'est alors au prévenu non d'apporter la preuve de la licéité de cet accroissement patrimonial, mais à démontrer qu'il n'a pas une origine illicite. Présomption d'innocence et droits de la défense paraissent dangereusement mis en question par cette innovation procédurale¹¹⁵.

Ce mécanisme inédit est certes circonscrit aux infractions définies à l'article 43quater du Code pénal, paraissant ainsi respecter le principe de proportionnalité: diverses formes de participation à une organisation criminelle ou diverses infractions, énumérées limitativement, commises dans le cadre d'une organisation criminelle¹¹⁶; des infractions de fraude fiscale grave et organisée, commises à une échelle internationale peuvent

¹¹³ C. CALIMAN, «La loi du 19 décembre 2002 portant extension des possibilités de saisie et de confiscation en matière pénale», *op. cit.*, p. 70.

¹¹⁴ Voy. not. F. DERUYCK, «De wet van 19 december 2002 tot uitbreiding van de mogelijkheden tot inbeslagneming en verbeurdverklaring in strafzaken», in *Strafrecht van nu en straks*, Bruges, La Charte, 2003, pp. 100-103; M.-A. BEERNAERT, «Fraude fiscale, confiscation et blanchiment: le point sur des questions très controversées», *op. cit.*, pp. 567-568; C. CALIMAN, «La loi du 19 décembre 2002 portant extension des possibilités de saisie et de confiscation en matière pénale», *op. cit.*, pp. 78-82.

¹¹⁵ A. MASSET, «Les saisies et confiscations en matière pénale facilitées. La répression accrue du blanchiment», *Formation permanente Université-Palais*, 2003, Liège, vol. 67, p. 171.

¹¹⁶ Pour d'autres développements, voy. C. CALIMAN, «La loi du 19 décembre 2002 portant extension des possibilités de saisie et de confiscation en matière pénale», *op. cit.*, pp. 75-77.

l'être, comme les carrousels T.V.A.; enfin, un ensemble composé de la corruption publique ou privée commise par les chefs, provocateurs ou commandants d'une association de malfaiteurs, le trafic de stupéfiants, la traite organisée et répétée d'êtres humains, le trafic d'hormones et les infractions au droit international humanitaire. On notera cependant que, depuis son introduction par la loi du 19 décembre 2002 portant extension des possibilités de saisie et de confiscation en matière pénale, le champ d'application de l'article 43*quater* a été à de nombreuses reprises étendu, diluant par là même la portée du principe de proportionnalité¹¹⁷.

D'autres garanties ont été également prévues. D'abord, la période infractionnelle qui ne peut s'étendre au-delà de cinq années précédant l'inculpation¹¹⁸ et qui court jusqu'à la date du prononcé de la condamnation (art. 43*quater*, § 3, al. 1^{er}, C. pén.). Ensuite, le Ministère public ne peut avancer que des « indices sérieux et concrets » puisés « dans tous les éléments dignes de foi qui ont été soumis au tribunal de manière régulière et qui montrent un déséquilibre de quelque intérêt entre, d'une part, l'accroissement temporaire ou constant du patrimoine et des dépenses du condamné au cours de la période pertinente, dont le ministère public apporte la preuve, et, d'autre part, l'accroissement temporaire ou constant du patrimoine et les dépenses du condamné au cours de cette période pour lesquels il peut rendre plausible qu'ils ne découlent pas des faits pour lesquels il a été condamné ou de faits identiques » (art. 43*quater*, § 3, al. 2, C. pén.)¹¹⁹. La loi précise également ce qu'il faut entendre par faits identiques. Il s'agit soit de faits qui relèvent de la même qualification que l'infraction qui a fait l'objet d'une condamnation, soit de faits qui relèvent d'une qualification connexe pour autant qu'elle figure dans la liste énumérée à l'article 43*quater*, § 1^{er}, à l'exception des infractions commises dans le cadre d'une organisation criminelle (art. 43*quater*, § 3, al. 3, C. pén.)¹²⁰. Enfin, le juge peut décider de ne pas tenir compte d'une partie de la période pertinente ou de revenus, de biens et de valeurs s'il estime

¹¹⁷ Voy. la loi du 5 août 2003 relative aux violations graves du droit international humanitaire ainsi que par les lois du 10 août 2005 relative à la traite des êtres humains et du 27 décembre 2006 concernant notamment la répression du terrorisme.

¹¹⁸ Cela signifie que les faits reprochés doivent faire l'objet d'une instruction, à défaut de quoi le parquet ne saurait requérir l'application de l'art. 43*quater*, C. pén.

¹¹⁹ Sur la nécessité de cette précision compte tenu de l'art. 28*bis*, § 3, al. 2, C.I. cr., voy. A. MASSET, « Les saisies et confiscations en matière pénale facilitées. La répression accrue du blanchiment », *op. cit.*, p. 178. On peut observer que l'art. 46*quater*, C.I. cr., introduit par la loi du 6 janvier 2003 rend plus facile la tâche incombant au procureur du Roi: il peut notamment requérir le concours des banques et des établissements de crédit pour suivre les mouvements de capitaux qu'il pourrait trouver suspects.

¹²⁰ L'art. 43*quater*, § 4, précise néanmoins que la patrimoine dont dispose une organisation criminelle doit être confisqué, sous réserve des droits de tiers de bonne foi.

une telle mesure opportune en vue de ne pas soumettre le condamné à une peine déraisonnablement lourde (art. 43*quater*, § 3, al. 3, C. pén.). Ces garanties nous paraissent toutefois insuffisantes au regard du caractère exorbitant du mécanisme mis en place.

IV. Les principes généraux applicables à la confiscation prononcée à titre de peine

La peine de confiscation est une peine accessoire qui peut ou doit être prononcée par le juge tant à l'égard des personnes physiques (art. 7, C. pén.) qu'à l'encontre des personnes morales (art. 7*bis*, C. pén.)¹²¹. En tant que peine, elle doit respecter plusieurs règles fondamentales: la peine doit respecter le principe de légalité (1), être prononcée par une juridiction de jugement (2), elle est obligatoire (3), personnelle (4), individuelle (5), motivée (6), non rétroactive (7) et sujette à prescription (8).

IV.1. La peine est une sanction établie par la loi

En vertu du principe de légalité en matière pénale consacré par l'article 7 de la Constitution, la confiscation, pour constituer une peine, doit être établie par la loi.

De là, découle l'obligation pour le juge de respecter les termes légaux et de n'ordonner la peine de confiscation que s'il constate que les conditions légales sont réunies¹²². Ainsi, une décision est entachée d'illégalité s'il n'est pas constaté que les objets sont la propriété du condamné, lorsqu'une telle condition est requise¹²³.

La décision judiciaire doit clairement identifier les personnes condamnées¹²⁴. Si le prévenu est poursuivi du chef de plusieurs infractions, le juge doit préciser à quelle infraction la confiscation s'applique¹²⁵. À défaut, la

¹²¹ L'art. 7*bis*, C. pén., interdit cependant la confiscation des choses formant l'objet de l'infraction et des choses qui ont servi ou qui ont été destinées à commettre l'infraction, quand ces choses s'identifient à des biens appartenant à la personne morale de droit public condamnée et déclarés civilement insaisissables. Cette dernière notion renvoie à l'art. 1412*bis*, C. jud. Sur ce sujet, voy. A.-M. STRANART et P. GOFFIAUX, « L'immunité d'exécution des personnes publiques et l'article 1412*bis* du Code judiciaire », *J.T.*, 1995, pp. 437-447.

¹²² Cass., 18 décembre 1967, *Pas.*, 1968, 1, p. 532; Cass., 27 mars 1990, *Pas.*, 1990, p. 879; Cass., 1^{er} avril 2008, *Pas.*, 2008, n° 199.

¹²³ Cass., 11 septembre 1990, *Pas.*, 1991, p. 36.

¹²⁴ Cass., 14 janvier 2004, *Pas.*, 2004, n° 20.

¹²⁵ Cass., 25 novembre 1946, *Pas.*, 1947, p. 446; Cass., 23 juin 1947, *Pas.*, 1947, p. 294.

confiscation pourra cependant ne pas être annulée, si elle pouvait être prononcée pour une seule des infractions retenues¹²⁶.

Elle doit également clairement identifier les choses confisquées. À plusieurs reprises, la Cour de cassation a considéré la peine de confiscation illégale lorsque la chose confisquée n'était pas suffisamment identifiée¹²⁷. Ainsi, n'est pas légalement justifiée la décision rendue en matière de corruption qui prononce la confiscation des choses livrées par le corrupteur ou de leur valeur, sans préciser ces choses ou leur valeur¹²⁸. La décision ne doit cependant pas énumérer chacun des objets confisqués. Une description globale suffit dans la mesure où elle n'est pas de nature à susciter quelque doute quant à l'identité des objets visés¹²⁹. Le juge ne peut pas non plus se borner à se référer à une énumération d'objets figurant dans un rapport d'expertise, nonobstant la demande par voie de conclusions de préciser les choses confisquées¹³⁰. Enfin, le juge ne peut se limiter à décrire globalement des choses confisquées dont les conditions de confiscation diffèrent¹³¹.

Comme nous l'avons vu à propos de la confiscation par équivalent sur la base de l'article 43*bis*, alinéa 2, du Code pénal, la confiscation peut porter sur une somme d'argent équivalente aux avantages disparus. Dans ce cas, la Cour de cassation admet une évaluation *ex aequo et bono*, à défaut d'éléments précis d'appréciation¹³².

Aux termes de l'article 64 du Code pénal, les peines de confiscation prononcées à raison de plusieurs crimes, délits ou contraventions, sont toujours cumulées. Comme l'a encore rappelé récemment la Cour de cassation, l'article 65 du Code pénal relatif au concours idéal d'infractions ne s'applique pas à la confiscation¹³³.

Enfin, le droit commun de la procédure étant d'application, le pouvoir du juge de confisquer est limité aux objets, instruments, produits et avantages patrimoniaux de l'infraction qu'il a mission de juger. Il ne peut ordonner la confiscation des choses qui se rapportent à une infraction dont il n'est pas saisi¹³⁴.

¹²⁶ Cass., 25 novembre 1963, *Pas.*, 1964, p. 327.

¹²⁷ Cass., 25 novembre 1946, *Pas.*, 1947, p. 446; Cass., 18 décembre 1950, *Pas.*, 1951, p. 254; Cass., 15 janvier 1990, *Pas.*, 1990, p. 580; Cass., 24 juin 1998, *Pas.*, 1998, p. 798.

¹²⁸ Cass., 9 décembre 1997, *Pas.*, 1997, p. 1382.

¹²⁹ Cass., 8 déc. 1947, *Pas.*, 1948, p. 526.

¹³⁰ Cass., 15 mai 1950, *Pas.*, 1950, p. 652.

¹³¹ Cass., 4 mai 1963, *Pas.*, 1963, p. 936.

¹³² Cass., 14 décembre 1994, *Pas.*? 1994, p. 1098; voy. note P. VAN CAENEGEM, « Art. 43*bis* Sw. en de raming *ex aequo et bono* », *Rec. Cass.*, 1995, pp. 98-100.

¹³³ Cass., 27 janvier 2009, *Pas.*, 2008, n° 66.

¹³⁴ Cass., 11 février 1907, *Pas.*, 1907, p. 119; Cass., 8 janvier 1951, *Pas.*, 1951, p. 279.

IV.2. La peine relève d'une juridiction de jugement

Dès lors qu'elle résulte d'une décision judiciaire ayant statué sur la responsabilité pénale du prévenu, la confiscation relève du juge du fond. Des lois particulières ont toutefois autorisé les juridictions d'instruction à prononcer la confiscation. C'est le cas lorsqu'elles décident de l'internement d'un inculpé¹³⁵ ou de la suspension du prononcé¹³⁶. Dans cette hypothèse, la confiscation ne peut prétendre au statut de peine et s'apparente à une mesure de sûreté¹³⁷. Si la confiscation est obligatoire en matière d'internement, elle est facultative, depuis la loi du 19 décembre 2002, en cas de suspension du prononcé¹³⁸. La confiscation ne peut être prononcée, dans le cadre de la suspension du prononcé, que sur réquisitions écrites du ministère public. Cette obligation s'impose dans toutes les hypothèses de confiscation, y compris celles où la confiscation est prononcée sans intervention du parquet¹³⁹.

En principe, la décision prononcée sur la culpabilité et celle sur la peine ne peuvent être dissociées, sauf dans le cadre de la procédure devant la cour d'assises, et la peine doit être prononcée en tous ses éléments dans une seule et même décision¹⁴⁰. Le juge ne peut condamner le prévenu à une peine principale et reporter sa décision quant à la confiscation¹⁴¹.

Pareille contrainte peut entraîner, dans les affaires financières complexes, un enlisement de l'enquête relative à la recherche des infractions et de leurs auteurs en raison des investigations approfondies sur le patrimoine du condamné, menées conjointement dans le cadre de la même procédure. L'article 524*bis*, § 1^{er}, du Code d'instruction criminelle dispose par conséquent que le juge qui déclare le prévenu coupable pour le fait qui

¹³⁵ Art. 11 de la loi du 9 avril 1930 de défense sociale.

¹³⁶ Art. 6 de la loi du 29 juin 1964 concernant la suspension, le sursis et la probation.

¹³⁷ L. DUPONT et R. VERSTRAETEN, *Handboek Belgisch Strafrecht*, Louvain, Acco, 1990, n° 738.

¹³⁸ Avant la loi du 19 décembre 2002, la confiscation était obligatoire en ce compris en cas de confiscation d'avantages patrimoniaux alors qu'aux termes de l'art. 43*bis* du C. pén., cette confiscation est facultative. Le législateur a mis fin à cette antinomie (M.-A. BEERNAERT, « Fraude fiscale, confiscation et blanchiment: le point sur des questions très controversées », *op. cit.*, pp. 571-572).

¹³⁹ C'est-à-dire, lorsqu'elle s'applique aux choses formant l'objet de l'infraction et à celles qui ont servi ou qui ont été destinées à la commettre, quand la propriété en appartient au condamné, ainsi qu'aux choses qui ont été produites par l'infraction (art. 42, 1^o et 2^o, C. pén.).

¹⁴⁰ Voy. not. Cass., 17 février 1998, *J.T.* 1998, p. 641; *Rec. Arr.*, 1999, p. 60, et obs. E. VAN MUYLEM, « Eenheid van de uitspraak over de strafvordering »; Gand, 17 juillet 1999, *T. Strafr.*, 2000, pp. 71 à 74, et obs. L. HUYBRECHTS, « Gesplitste uitspraak over straf en schuld in correctionele en politiezaken: verleden, heden en toekomst ».

¹⁴¹ Cass., 29 novembre 1954, *Pas.*, 1955, p. 279; Cass., 25 mars 1951, *Pas.*, 1951, p. 890.

lui est imputé¹⁴² peut, sur réquisitions du ministère public, ordonner une enquête particulière sur les avantages patrimoniaux visés aux articles 42, 3^o, 43*bis* et 43*quater*, du Code pénal en vue de déterminer ces avantages patrimoniaux. Autrement dit, une dissociation est aujourd'hui admise entre le jugement sur la peine principale et sur celle de la confiscation d'avantages patrimoniaux. Par une seule et même décision, le juge déclare les faits établis et ordonne une enquête particulière en ce qui concerne la peine de confiscation éventuelle à prononcer. La décision est ainsi définitive¹⁴³ quant à la culpabilité et certaines des peines prononcées¹⁴⁴, et avant dire droit, quant à la peine de confiscation.

IV.3. La peine est obligatoire

La peine est en principe obligatoire, en ce sens que le juge qui déclare un prévenu coupable doit prononcer la ou les peines prévues par la loi, sous peine de déni de justice. Ce principe ne vaut toutefois que pour les peines principales et non pour les peines accessoires qui sont le plus souvent facultatives. Néanmoins, nous avons vu que la confiscation est obligatoire pour les délits et les crimes dans les hypothèses visées à l'article 42, 1^o et 2^o, du Code pénal (art. 43, C. pén.). Le juge qui constate que les conditions légales sont réunies doit prononcer la peine de confiscation et «ne doit ni ne peut soumettre l'infliction de cette peine à une mise en balance des intérêts de la propriété par rapport aux nécessités de l'utilité publique»¹⁴⁵.

Si la peine de confiscation est une peine accessoire qui accompagne nécessairement une peine principale, elle peut cependant, dans certaines circonstances, être appliquée sans peine principale. Ainsi, la peine de confiscation peut ou doit être prononcée lorsque le prévenu bénéficie d'une déclaration de culpabilité, sans qu'il n'y ait de peine édictée, en raison du dépassement du délai raisonnable par application de l'article 21*ter* du titre préliminaire du Code de procédure pénale¹⁴⁶. Il en va également ainsi lorsque le juge du fond décide de suspendre le prononcé de la peine : dans ce cas, en effet, il peut, sur réquisitions écrites du parquet, prononcer

¹⁴² La décision ne doit pas nécessairement être passée en force de chose jugée.

¹⁴³ Elle peut d'ailleurs être soumise à la censure de la Cour de cassation en vertu de l'art. 416, al. 2, C.I. cr.

¹⁴⁴ Telles que l'emprisonnement, l'amende, les interdictions, etc.

¹⁴⁵ Cass., 3 mai 2006, *Pas.*, 2006, n° 254, et concl. av. gén. D. VANDERMEERSCH.

¹⁴⁶ Cass., 12 février 2008, *Pas.*, 2008, n° 105; Cass., 1^{er} avril 2008, *Pas.*, 2008, n° 199; Cass., 14 octobre 2009, n° 580.

la confiscation¹⁴⁷. Enfin, si le tribunal de la jeunesse n'est pas autorisé à prononcer de peines, il peut décider de la confiscation des biens, lorsque le fait qualifié infraction est déclaré établi¹⁴⁸. La confiscation est facultative.

Malgré les termes restrictifs de l'article 8 de la loi du 29 juin 1964 concernant la suspension, le sursis et la probation qui n'envisage que l'hypothèse des peines principales et subsidiaires, la confiscation peut, comme toute autre peine, être assortie d'un sursis¹⁴⁹. Par contre, lorsque la confiscation a un caractère réel en ce sens qu'elle porte sur une chose qui n'est pas la propriété du condamné, le sursis, qui est une mesure à caractère personnel, ne peut s'appliquer¹⁵⁰.

IV.4. La peine est personnelle

Le caractère personnel de la peine signifie que la peine ne peut toucher que l'auteur de l'infraction, une fois qu'il est déclaré coupable. Elle ne peut toucher une autre personne.

La Cour de cassation a ainsi rappelé que «l'article 42, 1^o, du Code pénal subordonne la confiscation spéciale à la condition que la chose confisquée appartienne au condamné. Constituant une application du principe général du droit de la personnalité de la peine, cette condition est de stricte interprétation, en ce sens seulement que le juge ne peut jamais confisquer une chose qui, bien qu'ayant servi ou ayant été destinée à commettre l'infraction, n'appartient pas au condamné»¹⁵¹.

¹⁴⁷ Art. 6, al. 2, loi du 29 juin 1964 concernant la suspension, le sursis et la probation, modifié par l'art. 15, loi du 19 décembre 2002. En cas de révocation de la suspension, le juge devra ordonner la confiscation prévue par l'art. 42, 1^o ou 2^o, dès lors que celle-ci est obligatoire. Plus délicate est la question de savoir s'il peut prononcer une confiscation facultative (art. 42, 3^o) si celle-ci n'a pas été décidée lors de la suspension. Le débat sur la peine formant un tout, il paraît cohérent de laisser au juge un pouvoir d'appréciation global sur la ou les sanctions appropriées aux circonstances, même si la confiscation, demandée par le ministère public, avait été refusée par le premier jugement.

¹⁴⁸ Art. 61, loi du 8 avril 1965 sur la protection de la jeunesse.

¹⁴⁹ Liège, 18 mai 1988, *J.L.M.B.*, 1989, p. 520, obs. P. H.

¹⁵⁰ C. HENNAU et J. VERHAEGEN, *Droit pénal général*, Bruxelles, Bruylant, 2003, n^o 529. Voy. Cass., 14 juin 1989, *Pas.*, 1989, p. 1112. La Cour de cassation statuait en l'occurrence sur l'art. 221, § 1^{er}, de la loi générale du 18 juillet 1977 relative aux douanes et accises, en vertu duquel la confiscation des marchandises frauduleuses doit être prononcée, cette disposition n'exigeant pas que ces choses appartiennent au condamné ou à l'auteur de la fraude, ni que l'auteur de la fraude soit connu.

¹⁵¹ Cass., 16 septembre 2009, *Pas.*, 2009, n^o 505.

Comme on l'a vu, le principe connaît toutefois de nombreuses exceptions en matière de confiscation de sorte que celle-ci peut porter sur des objets qui ne sont pas la propriété du condamné. Dans ce cas, la peine ne revêt pas un caractère personnel, mais réel et les tiers qui prétendent avoir des droits sur la chose susceptible d'être confisquée, doivent être admis à comparaître dans l'instance pour se défendre.

L'entorse au principe de la personnalité des peines peut cependant poser problème notamment quant au respect du principe d'égalité des peines. Ainsi, la Cour constitutionnelle a considéré que viole les articles 10 et 11 de la Constitution, l'article 222, § 1^{er}, de la loi générale du 18 juillet 1977 relative aux douanes et accises, qui impose la confiscation du véhicule employé à la fraude ou mis en usage à cet effet sans exiger que le véhicule ne soit la propriété du prévenu, dans la mesure où cet article ne permet pas au propriétaire d'établir qu'il est étranger à l'infraction et d'obtenir la restitution de son bien¹⁵².

IV.5. La peine est individuelle

Toute peine doit être prononcée individuellement, séparément, à charge de chacun des condamnés. Une peine ne peut donc être prononcée collectivement ou solidairement à charge de plusieurs condamnés dans une même affaire.

La Cour de cassation l'a encore rappelé récemment en précisant que « ni l'article 50 du Code pénal ni aucune autre disposition légale n'autorisent le juge à condamner solidairement plusieurs personnes à une même peine, fût-elle accessoire »¹⁵³. Des dérogations peuvent toutefois être prévues par le législateur comme à l'article 505, alinéas 6 et 7, du Code pénal, qui dispose que les choses visées au paragraphe 1^{er}, 2^o à 4^o, dudit article, en ce compris les sommes d'argent équivalentes, sont confisquées dans le chef de chacun des auteurs, coauteurs ou complices de l'infraction.

¹⁵² Arrêt n° 162/2001 du 19 décembre 2001. Faisant suite à ces arrêts, la loi du 20 juillet 2005 a ajouté un quatrième paragraphe à l'art. 222 disposant que la confiscation ne sera pas prononcée si le propriétaire du moyen de transport démontre qu'il est étranger à l'infraction. La Cour constitutionnelle a tenu le même raisonnement à propos de l'art. 221 de l'A.R. du 18 juillet 1977 portant coordination des dispositions générales relatives aux douanes et accises, confirmé par l'art. 1^{er} de la loi du 6 juillet 1978, arrêt n° 38/2002 du 20 février 2002.

¹⁵³ Cass., 27 mai 2009, *Pas.*, 2009, n° 352, et concl. av. gén. D. VANDERMEERSCH; Cass., 9 février 2011 (P.10.1616.F).

IV.6. La peine doit être motivée

La confiscation relève d'une question de fait qui échappe au contrôle de la Cour de cassation¹⁵⁴. En règle, le juge du fond constate souverainement qu'une chose forme l'objet de l'infraction¹⁵⁵, a servi ou était destinée à commettre l'infraction¹⁵⁶ ou a été produite par l'infraction¹⁵⁷. En matière de confiscation, la Cour de cassation a ainsi considéré que « le juge du fond détermine souverainement, dans les limites de la loi, les peines qu'il estime être en rapport avec la gravité des infractions déclarées établies et avec la culpabilité individuelle du prévenu »¹⁵⁸.

Dans la mesure où la peine ne peut être imposée que si les conditions légales sont réunies, le juge doit justifier sa décision quant à la confiscation et doit dès lors la motiver¹⁵⁹. Il n'est cependant pas requis que le juge fasse mention de l'article 42 du Code pénal¹⁶⁰.

En matière de stupéfiants, la décision de condamnation doit constater que les conditions légales de la confiscation sont réunies¹⁶¹. Ainsi, pour la confiscation d'un véhicule qui a servi au transport de la drogue, il faut, mais il suffit, de constater que celui-ci a été utilisé pour commettre une infraction visée à l'article 2bis de la loi du 24 février 1921¹⁶². En matière de chasse, la confiscation de l'arme est légalement justifiée lorsque le juge constate que le délinquant s'en est servi pour commettre une infraction prévue à la loi du 28 février 1882 sur la chasse¹⁶³.

La motivation des raisons du choix de la peine, imposée par l'article 195, alinéa 2, du Code d'instruction criminelle s'applique à la peine accessoire de confiscation sauf lorsque cette sanction est obligatoire. L'obligation de motivation spéciale ne s'impose en effet au juge que dans la mesure

¹⁵⁴ Voy. p. ex. Cass., 2 octobre 1973, *Pas.*, 1974, p. 112; Cass., 22 octobre 2003, *Pas.*, 2003, n° 516, et concl. av. gén. J. SPREUTELS; *J.L.M.B.*, 2004, p. 337, obs. F. ROGGEN; *R.D.P.C.*, 2004, p. 199, obs. O. CREPLET.

¹⁵⁵ Cass., 22 novembre 1926, *Pas.*, 1927, p. 93. Il est sans doute inutile de rappeler ici que si l'objet de l'infraction appartient à une victime, p. ex., le butin d'un cambriolage, il ne peut être confisqué, mais doit être restitué à cette victime.

¹⁵⁶ Cass., 5 juin 1944, *Pas.*, 1944, p. 371.

¹⁵⁷ Cass., 3 juin 1946, *Pas.*, 1946, p. 228.

¹⁵⁸ Cass., 16 septembre 2009, *Pas.*, 2009, n° 505.

¹⁵⁹ Cass., 18 décembre 1967, *Pas.*, 1968, 1, 532; Cass., 27 mars 1990, *Pas.*, 1990, p. 879; Cass., 1^{er} avril 2008, *Pas.*, 2008, n° 199.

¹⁶⁰ Cass., 22 novembre 1988, *Pas.*, 1989, p. 325.

¹⁶¹ Cass., 21 mars 1989, *Pas.*, 1989, p. 762.

¹⁶² Cass., 27 mai 1998, *Pas.*, 1998, p. 651.

¹⁶³ À l'exception toutefois du cas prévu par l'art. 4, al. 1^{er} de la loi; Cass., 1^{er} décembre 1987, *Pas.*, 1988, p. 396.

où il a le choix d'une peine qu'il n'est pas tenu d'infliger¹⁶⁴. Lorsqu'il applique les articles 41, 1^o et 2^o, du Code pénal, il ne doit donc pas indiquer les raisons du choix de la peine sous l'angle de sa nécessité ou de son utilité, ni les raisons de son degré, ni rencontrer les éléments relatifs à la situation sociale du condamné¹⁶⁵. La Cour de cassation a rappelé récemment l'étendue cette obligation de motivation spéciale: «Il résulte de l'article 195, alinéa 2, du Code d'instruction criminelle, rendu applicable à la Cour d'appel par l'article 211 du même Code, que, chaque fois qu'il choisit d'infliger une sanction qu'il n'était pas tenu de prononcer, le juge doit indiquer, d'une manière qui peut être succincte, mais doit être précise, les raisons du choix et du degré de chacune des peines ou mesures qu'il prononce»¹⁶⁶.

IV.7. La peine ne peut rétroagir

Comme pour toute autre peine, les modifications apportées aux règles relatives à la confiscation ne peuvent rétroagir si elles sont défavorables au prévenu. On rappellera néanmoins que pour déterminer la peine la moins forte, comme le prévoit l'article 2, alinéa 2, du Code pénal concernant l'application de la loi pénale dans le temps, les peines principales sont prises en considération avant les peines accessoires¹⁶⁷.

Plusieurs cas d'application sont apparus par le nouvel article 433*terdecies* du Code pénal, introduit par la loi du 10 août 2005 et modifié par la loi du 9 février 2006. L'article 433*terdecies* du Code pénal, qui remplace notamment l'article 77*bis*, § 5, de la loi du 15 décembre 1980, prévoit que, même lorsque la propriété des choses sur lesquelles elle porte n'appartient pas au condamné, la confiscation spéciale prescrite par l'article 42, 1^o, du Code pénal sera appliquée à ceux qui se rendent coupables d'abus de la vulnérabilité d'autrui en vendant, louant ou mettant à disposition des biens en vue de réaliser un profit anormal. La confiscation est dorénavant obligatoire là où l'article 77*bis*, § 5, précité, la rendait facultative lorsque les choses n'appartenaient pas au condamné¹⁶⁸. Ainsi, la Cour de cassa-

¹⁶⁴ Cass., 1^{er} mars 2000, *Pas.*, 2000, p. 498.

¹⁶⁵ À propos de la motivation relative à la peine de confiscation, voy. S. VAN OVERBEKE, «De motivering van de verbeurdverklaring van vermogensvoordelen», obs. sous Cass., 21 mai 2002, *R.W.*, 2002-2003, p. 343, spéc. n^o 4.

¹⁶⁶ Cass., 16 septembre 2009, *Pas.*, 2009, n^o 505.

¹⁶⁷ Cass., 22 décembre 2009, *Pas.*, 2009, n^o 775.

¹⁶⁸ Voy. not. Cass., 3 mai 2006, *Pas.*, 2006, n^o 254, et concl. av. gén. I D. VANDERMEERSCH; Cass., 25 novembre 2008, *Pas.*, 2008, n^o 664; J. ROZIE, «Verbeurdverklaring bij huisjesmelkerij», *R.A.B.G.*, 2007/9, p. 469. L'art. 433*terdecies* du C. pén. ajoute que cette

tion a décidé que: «L'article 433*decies* du Code pénal, qui diminue la peine d'emprisonnement principal infligée aux "marchands de sommeil", est moins sévère que le précédent article 77*bis*, § 1^{er}, de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, sans qu'il faille tenir compte de la multiplication de l'amende par le nombre des victimes introduite par l'article 433*decies* du Code pénal et de la possibilité de confiscation spéciale applicable à la contre-valeur du bien insérée par l'article 433*terdecies*»¹⁶⁹.

IV.8. La peine se prescrit

La confiscation se prescrit, conformément à l'article 94 du Code pénal, dans les délais fixés pour les infractions pour lesquelles elle est prononcée. Toutefois, lorsqu'il s'agit de sommes bloquées ou saisies sur un compte bancaire, on considère que la créance du titulaire sur la banque étant déjà saisie au moment où elle a été confisquée, aucune mesure d'exécution n'est nécessaire pour attribuer ces sommes à l'État, en sorte que cette confiscation n'est pas susceptible de prescription. Dans cette hypothèse, la condamnation et l'exécution se confondent et l'État devient propriétaire des biens dès que la confiscation est prononcée¹⁷⁰.

V. La confiscation à titre de mesure de sûreté

Lorsque la confiscation ne peut pas revêtir le statut de peine, elle s'apparente à une mesure de sûreté. Tel est le cas, comme on vient de le voir, des confiscations qui ne sont pas prononcées par des juridictions de jugement ou de la confiscation prononcée dans le cadre de la suspension du prononcé ou encore par les juridictions de la jeunesse. Ces hypothèses ne nous semblent appeler aucun commentaire dans la mesure où elles sont prévues par la loi.

Mais il est depuis longtemps admis, tant par la doctrine que par la jurisprudence, que la confiscation peut également être prononcée à titre de

confiscation doit également être appliquée, dans les mêmes circonstances, à l'objet mobilier ou immobilier vendu, loué ou mis à disposition dans les circonstances incriminées par la loi.

¹⁶⁹ Cass., 19 mai 2009, *Pas.*, 2009, n° 327.

¹⁷⁰ La confiscation de sommes inscrites au crédit de comptes en banque, individualisées et préalablement saisies, ne transfère pas la propriété de ces sommes, mais les met à la disposition de l'État sans toutefois qu'une mesure d'exécution ne soit nécessaire, de sorte que cette confiscation, passée en force de chose jugée, n'est pas susceptible de prescription (Cass., 11 janvier 1990, *Pas.*, 1990, p. 561).

mesure de sûreté dans d'autres situations comme en cas d'acquiescement ou d'extinction de l'action publique. Ne s'agissant pas d'une peine, sa prononciation ne requiert pas la réunion des conditions énumérées aux articles 42 et suivants du Code pénal et peut être ordonnée même si les choses appartiennent à des tiers.

Cette mesure de sûreté est justifiée par la nécessité d'éviter la mise en circulation de substances ou d'objets dangereux ou nuisibles pour la santé et la sécurité publiques¹⁷¹. On considère toutefois que la confiscation à titre de mesure de sûreté ne peut s'appliquer qu'à la condition qu'un texte légal, exempt d'ambiguïté, le prévoit expressément. Un arrêt de la Cour de cassation du 16 mars 1970 le précise: «Il ne suffit pas d'invoquer l'intérêt de la santé publique pour déroger aux articles 42 et 43 du Code pénal [...]». Si les règles de droit ordinaires ne sont pas applicables, le législateur doit expressément prévoir les dérogations¹⁷².

Cette condition semble toutefois être interprétée de manière relativement large dans la jurisprudence. De nombreuses décisions considèrent en effet que le législateur exprime pareille volonté lorsque la loi particulière prévoit un régime spécifique en matière de confiscation, dérogeant au régime général prévu aux articles 42 et suivants du Code pénal. Ainsi, la Cour de cassation a décidé que l'ancien article 305, alinéa 3, du Code pénal relatif aux jeux de hasard dérogeait expressément à la confiscation régie par le livre premier du Code pénal en disposant que sont confisqués, dans tous les cas, les fonds ou effets exposés au jeu, les meubles, instruments, ustensiles et appareils employés ou destinés au service des jeux. Cette dérogation expresse oblige le juge «à prononcer la confiscation dans tous les cas d'infraction; que partant, il n'est pas requis que l'auteur de l'infraction ait été puni et il est uniquement requis qu'aient été commises les infractions prévues à l'article 305 du Code pénal. Il s'ensuit que ladite confiscation est une mesure de sûreté devant dans tous les cas être prononcée lorsque les juges constatent que l'infraction a été commise, même

¹⁷¹ P.E. TROUSSE, *Novelles, op. cit.*, n° 842, qui considère dès lors que les choses confisquées à titre de mesure sûreté doivent être détruites.

¹⁷² Cass., 16 mars 1970, *R.W.*, 1970-1971, p. 785. L'art. 305 du C. pén. a été abrogé par la loi du 7 mai 1998. Voy. aussi Cass., 19 décembre 1966, *R.D.P.*, 1966-1967, p. 511; *Pas.*, 1967, I, p. 498; rendu sur concl. av. gén. P. MAHAUX, qui considère que la confiscation prévue par l'art. 6 de la loi du 14 mai 1930 sur la radio-télégraphie, la radio-téléphonie et autres radio-communications, n'est autorisée qu'à titre de peine, «la dérogation légale à ce caractère restant douteuse». La Cour de cassation a quant elle décidé que lorsque la Cour d'appel prononce une peine de confiscation ou une mesure de sûreté là où le premier juge avait déclaré l'action publique non recevable ou éteinte, elle doit statuer à l'unanimité; voy. encore Cass., 3 novembre 1987, *R.W.*, 1987-1988, p. 1055, note A. VANDEPLAS.

lorsque le prévenu est acquitté ou lorsque, comme en l'espèce, l'action publique est éteinte»¹⁷³.

D'autres exemples peuvent être cités en matière de drogue. Ainsi, la cour d'appel de Mons a considéré que «la confiscation de stupéfiants, même en cas d'acquiescement du prévenu [...] peut être prononcée à titre de mesure de sûreté» afin «d'éviter la mise en circulation de substances ou d'objets dangereux pour la santé et la sécurité publique»¹⁷⁴. La cour d'appel confirme que «seule une disposition légale, dérogoire aux règles générales de la confiscation et, partant, exempte d'ambiguïté peut conférer à la confiscation le caractère de mesure de sûreté». Se basant sur l'article 4, § 6, de la loi du 24 février 1921 qui autorise, sans préjudice de l'application des articles 42 et 43 du Code pénal, la confiscation des véhicules, appareils, instruments ou choses qui ont servi ou ont été destinés à commettre les infractions même s'ils ne sont pas la propriété du condamné, la cour d'appel juge que c'est à juste titre que le premier juge a prononcé la confiscation, au titre de mesure de sûreté, de la drogue saisie. Un autre arrêt de la cour d'appel de Bruxelles considère que la confiscation peut être, sur la même base légale, prononcée à titre de mesure de sûreté, même en cas d'irrecevabilité des poursuites¹⁷⁵.

On peut certes s'offusquer de la restitution au prévenu de choses qui présentent un caractère illicite comme cette décision du tribunal de première instance de Bruxelles qui, en acquittant un prévenu du chef de détention de cannabis pour usage personnel, ordonne que lui soit restituée la drogue saisie lors de son interpellation¹⁷⁶. Mais la mesure de sûreté n'en pose pas moins question, eu égard au principe de légalité. Elle permet en effet, en mobilisant des catégories relativement larges que sont la santé ou la sécurité publiques, de déroger aux articles 42 et suivants du Code pénal et d'être ordonnée en dehors de toute condamnation. La mesure de sûreté s'apparente dès lors à une sanction déguisée qui n'en présente pourtant pas les attributs puisqu'elle peut, notamment, être prononcée contre les héritiers, contre les personnes civilement responsables et qu'elle échappe au bénéfice de la condamnation conditionnelle, le sursis n'étant applicable qu'aux peines¹⁷⁷.

¹⁷³ Cass., 23 décembre 1986, *Pas.*, 1987, p. 517; *R.W.*, 1987-1988, p. 943, note D. Merckx.

¹⁷⁴ Mons (3^e ch. corr.), 20 octobre 1993, *R.D.P.C.*, 1994, p. 911.

¹⁷⁵ Bruxelles, (14^e ch. corr.), 20 juin 1997, *R.D.P.C.*, 1997, p. 1092.

¹⁷⁶ Corr. Bruxelles, 51^e ch., 19 avril 2004, *Journal des procès*, Bruxelles, Bruylant, 10 septembre 2004, n° 485, pp. 25-30. Voy. aussi Liège, 9 octobre 1985, *J.L.*, 1986, p. 225, qui restitue à un prévenu condamné du chef de port d'arme de guerre sans motif légitime, l'arme litigieuse, dans la mesure où, ne constituant pas une arme prohibée, elle ne peut être confisquée au titre de mesure de sûreté.

¹⁷⁷ Cass., 14 juin 1989, *Pas.*, I, 1989, 1112.

VI. Les droits de la victime

La peine de confiscation ne peut préjudicier aux droits de la victime de l'infraction : en vertu de l'article 44 du Code pénal, le juge doit ordonner la restitution des choses qui ont été illicitement soustraites à leur légitime propriétaire, même d'office, indépendamment du fait qu'il existe ou non une partie civile en cause¹⁷⁸.

La Cour de cassation a considéré que le respect des droits de la défense du prévenu ne peut pas avoir pour conséquence d'écarter la partie civile du débat sur la confiscation des avantages patrimoniaux « dès lors que la confiscation, en l'occurrence facultative, porte sur des avantages, biens ou valeurs susceptibles de lui revenir et que leur évaluation détermine la mesure dans laquelle les demandes de restitution et d'attribution peuvent être accueillies »¹⁷⁹.

La demande de la victime ou de ses ayants droit n'est soumise à aucune forme particulière¹⁸⁰, mais si le tribunal se rend compte, au cours de son délibéré, que les droits de la défense risquent d'être compromis par la peine de confiscation qu'il envisage, il s'impose d'ordonner la réouverture des débats afin de permettre au ministère public de prendre position et aux parties de s'expliquer à cet égard¹⁸¹.

L'article 43bis, alinéa 3, du Code pénal prévoit la restitution à la partie civile des choses confisquées qui lui appartiennent ou qui en constituent l'équivalent au sens de l'alinéa 2 dudit article¹⁸². Si la victime ne s'est pas constituée partie civile ou si un tiers prétend à quelque droit envers les biens confisqués, la loi a organisé deux procédures pour permettre à ces personnes de faire valoir leurs droits. Ces droits peuvent être exercés d'une part, par le mécanisme de l'intervention¹⁸³ et, d'autre part, par le recours à la procédure mise sur pied par l'arrêt royal du 9 août 1991

¹⁷⁸ Cass. 23 mars 1982, *Pas.*, 1982, p. 865. Il n'y a de restitution au sens de l'article 44 du C. pén. que si elle répare le préjudice causé par le crime ou le délit, la restitution étant une mesure réparatrice de caractère civil (J. CONSTANT, *Manuel de procédure pénale*, *op. cit.*, p. 727, n° 665).

¹⁷⁹ Cass., 9 mai 2007, *Pas.*, 2007, n° 239, et concl. av. gén. D. VANDERMEERSCH.

¹⁸⁰ Voy. A. VANDEPLAS, « Teruggave », *Strafrecht en Strafvordering*, 1998, n° 37.

¹⁸¹ C. CALIMAN, « La loi du 19 décembre 2002 portant extension des possibilités de saisie et de confiscation en matière pénale », *op. cit.*, p. 70.

¹⁸² Cass., 9 mai 2007, *Pas.*, 2007, n° 239, avec les conclusions de l'avocat général D. VANDERMEERSCH.

¹⁸³ Cass., 17 juillet 1995, *Pas.*, 1995, p. 733.

réglant le délai (90 jours) et les modalités du recours des tiers prétendant un droit sur une chose confisquée¹⁸⁴.

Dans le cadre de la confiscation complémentaire sur la base de l'article 43^{quater} du Code pénal, la confiscation peut être prononcée pour des faits identiques sans qu'elle ne se rattache à des infractions précises. Les biens confisqués ne peuvent alors être attribués qu'à l'État, sous réserve des tiers de bonne foi. En ce qui concerne la partie civile, l'article 43^{bis} ne paraît pas pouvoir être appliqué dans cette hypothèse, à défaut d'une condamnation du prévenu pour ces faits identiques et, partant, d'une constitution de partie civile. La victime pourrait ainsi être désavantagée, ses droits ne pouvant éventuellement être établis que dans un jugement ultérieur, au terme d'une procédure engagée postérieurement. La victime paraît, dans ce cas, fondée à obtenir une saisie conservatoire¹⁸⁵.

Lorsque le juge ne statue pas sur le sort d'un bien saisi, la décision à cet égard relève des mesures d'exécution des jugements et arrêts que le ministère public a lui-même le pouvoir et le devoir d'ordonner en vue de la restitution ultérieure du bien par le greffier à la personne en mains de qui la saisie a été opérée, conformément aux articles 1^{er} et 2 de l'arrêté royal du 24 mars 1936 sur la détention au greffe et la procédure en restitution des choses saisies en matière répressive¹⁸⁶.

Le souci grandissant des intérêts de la victime, manifesté ici, s'inscrit dans une tendance globale du droit pénal. Ainsi, en droit international pénal également, la confiscation paraît viser un objectif de réparation¹⁸⁷: sans préjudice des droits des tiers de bonne foi¹⁸⁸, les choses confisquées

¹⁸⁴ Pour un cas d'application, voy. Civ. Turnhout, 28 mars 2002, *R.G.D.C.*, 2003, p. 126, ainsi que Anvers, ch. mis. acc., 31 mars 2000, *T. Strafr.*, 2002, p. 263, note P. ARNOU; un indivisaire paraît pouvoir être considéré comme un tiers (cf. Cass., 10 février 1999, *R. Cass.*, 1999, p. 342, note G. STESSENS). Le nouvel article 5^{ter} du titre préliminaire du C. pén., introduit par la loi du 19 décembre 2002, impose que soit averti de la date d'audience tout tiers intéressé (voy. M.-A. BEERNAERT, «La loi du 19 décembre 2002 portant extension des possibilités de saisie et de confiscation en matière pénale», *Rev. dr. pén.*, 2003, pp. 567-568; C. CALIMAN, «La loi du 19 décembre 2002 portant extension des possibilités de saisie et de confiscation en matière pénale», *op. cit.*, pp. 96-98). Sur les modalités d'exercice des droits des tiers, voy. égal. P. FRÉTEUR et P. TILLIET (dir.), *Saisies et confiscations. Questions d'actualité*, *op. cit.*, pp. 41-44.

¹⁸⁵ Dans ce sens, A. MASSET, «Les saisies et confiscations en matière pénale facilitées. La répression accrue du blanchiment», *op. cit.*, p. 188; F. DERUYCK, «De wet van 19 december 2002 tot uitbreiding van de mogelijkheden tot inbeslagneming en verbeurdverklaring in strafzaken», *op. cit.*, p. 100.

¹⁸⁶ Cass., 6 octobre 2010 (P.10.0723.F, *Vetter*).

¹⁸⁷ En ce sens, voy. R.E. FIFE, «Article 77. Applicable penalties», in *Commentary on the Rome Statute of the International criminal court: observers'notes, article by article* (O. TRIFFTERER dir.), Baden-Baden, Nomos, 2008, p. 1430.

¹⁸⁸ Statut C. pén. internat., art. 77, § 2, b.

par la Cour pénale internationale sont destinées à un Fonds au profit des victimes¹⁸⁹.

VII. L'intervention des tiers dans l'instance pénale

Le tiers propriétaire d'un objet susceptible de confiscation doit être admis à comparaître dans l'instance pour se défendre contre cette mesure, qui le frapperait indirectement¹⁹⁰. Il peut, par exemple, soutenir qu'une condition nécessaire à la confiscation fait défaut, qu'il y a force majeure¹⁹¹ ou erreur invincible¹⁹². Devenant partie à la cause par la condamnation qui le frappe, il peut interjeter appel ou former un pourvoi en cassation¹⁹³. Cela dit, la Cour de cassation a décidé que, lorsque la condamnation emportant la confiscation est passée en force de chose jugée, le tiers ne peut faire valoir ses droits sur un avantage patrimonial confisqué et attribué à la partie civile (conformément à l'art. 43bis, al. 3, C. pén.) qu'en formant, en vertu du droit commun, une demande devant le juge civil¹⁹⁴.

VIII. La procédure de confiscation en appel

Sous réserve de l'évocation, le juge d'appel est saisi dans les limites de l'appel. Il ne peut donc, sur le seul appel du prévenu, prononcer une confiscation que le premier juge aurait à tort omis de prononcer¹⁹⁵. Si la confiscation n'a pas été imposée en première instance, la juridiction d'appel ne peut la prononcer qu'à l'unanimité¹⁹⁶; la même unanimité est requise en appel lorsqu'il s'agit de retirer le bénéfice du sursis accordé par le premier juge¹⁹⁷ ou pour la décision qui ordonne une confiscation ayant le caractère d'une mesure de sûreté tout en déclarant l'action publique

¹⁸⁹ Statut C. pén. internat., art. 79, § 2; R.E. FIFE, *op. cit.*, p. 1430.

¹⁹⁰ Cass., 24 mars 1947, *Pas.*, 1947, p.123; Cass., 31 juillet 1995, *J.L.M.B.*, 1996, p. 578, obs. O. KLEES et P. MONVILLE; A. DE GEEST, « Verbeurdverklaring », *op. cit.*, p. 66; E. VAN MUYLEM, « (Bijzondere) verbeurdverklaring », *op. cit.*, p. 293; A. DE NAUW, « De voordeelsontneming van zaken van derden », *R.W.*, 1995-1996, p. 1371; P. VAN CAENEGEM, « Art. 43bis Sw. en de raming *ex aequo et bono* », *op. cit.*, p. 139.

¹⁹¹ Cass., 22 septembre 1947, *Pas.*, 1948, p. 368.

¹⁹² Cass., 23 janvier 1950, *Pas.*, 1950, p. 348.

¹⁹³ Cass., 12 mai 1947, *Pas.*, 1947, p. 199.

¹⁹⁴ Cass., 22 septembre 1998, *Pas.*, 1998, p. 971.

¹⁹⁵ Liège, 20 octobre 1938, *Pas.*, 1939, p. 78.

¹⁹⁶ Cass., 2 octobre 1961, *Pas.*, 1962, p. 136; Cass., 8 octobre 1962, *Pas.*, 1963, p. 167; Cass., 24 octobre 1966, *Pas.*, 1967, p. 260; *Pas.*, 10 octobre 1972, *Pas.*, 1973, p. 150; Cass., 19 novembre 1998, *Pas.*, p. 1144.

¹⁹⁷ Cass., 16 octobre 1950, *Pas.*, 1951, p. 67.

prescrite¹⁹⁸. Cette jurisprudence doit cependant être nuancée selon le sort qui est réservé à la peine principale: la Cour de cassation considère en effet que l'unanimité n'est pas requise si la peine principale d'emprisonnement est réduite, la peine accessoire de confiscation n'aggravant pas la peine prononcée contre le prévenu¹⁹⁹.

Comme indiqué *supra*, lorsque le ministère doit prendre des réquisitions préalablement à la confiscation, il n'est pas tenu de réitérer sa demande en appel²⁰⁰ et ces réquisitions peuvent être prises pour la première fois en appel²⁰¹.

IX. L'exécution de la confiscation

Lorsque la décision de confiscation est passée en force de chose jugée, l'État devient propriétaire de la chose préalablement saisie ou déposée à titre de cautionnement dans le cadre de la détention préventive²⁰²; en l'absence de saisie, il en devient créancier²⁰³. À défaut d'une remise volontaire, le directeur de l'enregistrement et des domaines intente d'office les poursuites (art. 197, al. 2, C.I. cr.). L'Organe central pour la saisie et la confiscation est chargé de piloter les opérations (art. 197*bis*, C.I. cr.)²⁰⁴. Les choses confisquées peuvent, dans certains cas, être restituées à la partie civile ou aux tiers ayant droit²⁰⁵.

Comme nous l'avons déjà mentionné (voy. I), l'article 43*ter* du Code pénal prévoit que les juridictions belges puissent imposer la confiscation de choses se trouvant hors du territoire belge. Le ministère public doit

¹⁹⁸ Cass., 23 décembre 1986, *Pas.*, 1987, p. 518.

¹⁹⁹ Cass., 13 mai 1980, *Pas.*, 1980, p. 1137; Cass., 9 juillet 2002, *Pas.*, n° 396. Selon la Cour de cassation, la gravité relative de deux peines se mesure non seulement par rapport à leur durée ou à leur taux, mais également en fonction de leur nature, de leur caractère, de leur espèce ou de leur objet (Cass., 8 janvier 2003, *R.D.P.C.*, 2003, p. 534, note A. JACOBS).

²⁰⁰ Cass., 17 juin 2003, *Pas.*, 2003, n° 357.

²⁰¹ Cass., 27 mai 2008, *Pas.*, 2008, n° 319; Cass., 16 décembre 2008, *Pas.*, 2008, n° 735. Les réquisitions du ministère public pour mener une enquête particulière sur les avantages patrimoniaux ne peuvent toutefois jamais être introduites pour la première fois en appel (art. 524*bis*, § 1^{er}, al. 2, C.I. cr.)

²⁰² Dans ce dernier cas, la somme cautionnée peut être confisquée si les conditions légales à cet égard sont remplies (Cass., 28 juin 2007, *Pas.*, 2007, n° 366).

²⁰³ Cass., 16 octobre 2007, *Pas.*, 2007, n° 486.

²⁰⁴ Pour de plus amples développements concernant la procédure d'exécution, voy. not. F. DETERBECK, *De inbeslagneming en de verbeurdverklaring in strafzaken*, Malines, Kluwer, 2007; P. FRÉTEUR et P. TILLIET (dir.), *Saisies et confiscations. Questions d'actualité*, op. cit.

²⁰⁵ En droit international pénal aussi. Voy., p. ex., Règlement de procédure et de preuve du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, règles 98*ter* et 105.

alors transmettre une copie du dossier répressif au ministre de la Justice²⁰⁶, qui s'adressera aux autorités de l'État concerné, selon les conventions internationales applicables en l'espèce. Cela dit, si la confiscation est imposée par équivalence parce que la chose confisquée a disparu²⁰⁷, la créance de l'État revêt une nature civile (et ne peut donc pas être poursuivie par application des conventions internationales d'entraide en matière pénale).

Quant aux décisions judiciaires rendues à l'étranger mais appelées à être exécutées en Belgique, c'est la loi du 20 mai 1997²⁰⁸ qui s'applique, que la demande de confiscation émane d'un pays membre ou non de l'Union européenne²⁰⁹. Cette loi prévoit qu'une confiscation infligée par une juridiction étrangère puisse être exécutée en Belgique, à plusieurs conditions que la décision vise bien le condamné lui-même, qu'elle se fonde sur une infraction existant en droit belge, qu'elle soit finale et non prescrite, respecte les droits de la défense et le principe *ne bis in idem* à l'égard des jugements rendus en Belgique, et qu'elle porte sur des choses confisquables aux termes de l'article 42, alinéas 1, 2 et 3 du Code pénal²¹⁰. En outre, l'exécution d'une peine de confiscation prononcée à l'étranger ne sera pas accordée si elle porte « atteinte à la souveraineté, à la sécurité, à l'ordre public ou à d'autres intérêts essentiels de la Belgique », si la demande paraît discriminatoire et si l'infraction la fondant est politique (sauf dérogation)²¹¹.

La loi du 20 mai 1997 s'applique indifféremment aux États de l'Union européenne et aux autres parce que l'avant-projet de loi visant à transposer les dispositions européennes relatives à la confiscation²¹² n'a pas encore abouti. Entre-temps, la Belgique n'applique donc pas la décision-cadre 2005/212/JAI du Conseil européen : déposé pour avis au Conseil d'État le 9 juillet 2009, l'avant-projet de loi visant notamment à la trans-

²⁰⁶ Ainsi qu'une copie à l'Organe central pour la saisie et la confiscation. Voy. art. 165, C.I. cr.

²⁰⁷ Voy. art. 43bis, al. 2, C. pén., et *supra*.

²⁰⁸ Loi du 20 mai 1997 sur la coopération internationale en ce qui concerne l'exécution de saisies et de confiscations.

²⁰⁹ Voy. S. LESUISSE, « Reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires de saisies et de confiscations en matière pénale », *op. cit.*, pp. 125-138.

²¹⁰ Loi du 20 mai 1997 sur la coopération internationale en ce qui concerne l'exécution de saisies et de confiscations, art. 4.

²¹¹ Loi du 20 mai 1997 sur la coopération internationale en ce qui concerne l'exécution de saisies et de confiscations, art. 3.

²¹² En élargissant la portée de la loi du 5 août 2006, qui applique actuellement le principe de reconnaissance mutuelle aux seules saisies. Voy. loi du 5 août 2006 relative à l'application du principe de reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires en matière pénale entre les États membres de l'Union européenne.

poser a été «modifié en fonction de l'avis du Conseil d'État», mais n'a «pas pu être déposé en 2010 vu la dissolution des Chambres»²¹³; il pourra néanmoins «être rapidement déposé au Parlement par le prochain gouvernement» au vu de l'avancement des travaux préparatoires, selon le ministre De Clerck²¹⁴. Cette décision-cadre a pour but d'organiser la reconnaissance et l'exécution mutuelle, entre États membres, des décisions de confiscation prononcées par leurs juridictions. Il y est prévu que les juridictions de tous les États membres disposent de pouvoirs suffisants en termes de confiscation pour répondre à une éventuelle demande de reconnaissance ou d'exécution²¹⁵; il s'agit là d'un affermissement clair et concret du caractère incontournable, pour le Conseil européen, de la peine de confiscation. On comprend que, par le biais d'un renforcement de la coopération, la volonté internationale de lutter contre la criminalité transfrontalière ait un impact direct sur les droits internes.

X. La confiscation confrontée aux libertés fondamentales

Par définition, le droit pénal est toujours «odieux»²¹⁶ en ce qu'il lui est inhérent de porter atteinte à certains droits fondamentaux, de restreindre les libertés individuelles²¹⁷. Or nous avons notamment observé que la peine de confiscation peut s'étendre à tous les biens produits par le crime, qu'ils soient meubles ou immeubles; qu'elle n'est plus strictement personnelle (la condition de propriété n'est pas absolue, on protège le tiers concerné et on organise la restitution du bien au tiers dépossédé); que le montant confisqué peut être évalué *ex aequo et bono* par le juge, selon une estimation de l'enrichissement engendré par l'infraction; que, dans certaines circonstances, la charge de la preuve peut être renversée, du ministère public au prévenu, si une présomption de bénéfice illégal se dégage au cours du procès; et qu'en outre, une (volonté d'intensifier

²¹³ Réponse de S. DE CLERCK, ministre de la Justice, à la Question écrite n° 5-182 du sénateur G. DE PADT sur la confiscation des avoirs criminels à l'étranger, 16 mars 2011, § 4.

²¹⁴ *Ibid.*, § 5.

²¹⁵ Décision-cadre 2005/212/JAI du Conseil européen relative à la confiscation des produits, des instruments et des biens en rapport avec le crime, 24 février 2005.

²¹⁶ Fr. TULKENS, M. VAN DE KERCHOVE, Y. CARTUYVELS et Ch. GUILLAIN, *Introduction au droit pénal. Aspects juridiques et criminologiques*, Waterloo, Kluwer, 2010, p. 209, formulant un vieux canon du droit pénal, cf. J. BENTHAM, «Traité de législation civile et pénale», *Œuvres de J. Bentham, jurisconsulte anglais* (E. DUMONT ÉD.), t. I, Bruxelles, Coster et Cie, 1820, p. 187.

²¹⁷ Cf. not. M. VAN DE KERCHOVE, «Les caractères et fonctions de la peine, nœud gordien des relations entre droit pénal et droits de l'homme», in *Les droits de l'homme: bouclier ou épée du droit pénal?*, (Y. CARTUYVELS et al. dir.), Bruxelles, FUSL/Bruylant, 2007, p. 355.

la) coopération judiciaire se manifeste en droit européen et international, dans le but que soient reconnues et exécutées les peines de confiscation prononcées hors des frontières où se trouve l'objet. Bref, les possibilités de priver un individu de ses biens, en marge ou dans le cadre d'une procédure pénale, paraissent élargies. Il est donc à craindre que l'expansion actuelle de la peine de confiscation s'inscrive dans la «tendance générale qui consiste à surestimer la force du droit pénal en sous-estimant sa brutalité»²¹⁸. Cette section a pour but de conclure notre contribution en confrontant les observations menées ci-avant aux exigences portées par la Cour européenne des droits de l'homme.

Cité en introduction, l'article 1^{er} du premier protocole additionnel à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales établit trois normes relatives au droit au respect des biens²¹⁹ : le principe général dudit respect de la propriété, les conditions auxquelles il peut être violé (utilité publique, légalité, respect des principes généraux du droit) et le pouvoir des États contractants de réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général (notamment par la voie pénale). Concrètement, la Cour strasbourgeoise a estimé qu'une mesure de confiscation constituait une réglementation de l'usage des biens²²⁰ et n'était donc pas proscrite *per se*²²¹. L'État désireux de limiter le droit individuel au respect des biens par une mesure de confiscation est tenu, dès lors, d'interpréter son action à la lumière du droit protégé : une peine de confiscation peut être imposée si elle respecte les conditions de l'article 1^{er} du premier protocole, et si elle demeure dans une proportion raisonnable avec le but visé²²² (et à cet égard, la marge d'appréciation des États est large²²³); seule se justifiera la mesure ménageant un « juste équilibre » entre l'intérêt de la collectivité et le droit de l'individu²²⁴. Ce nécessaire respect de la proportionnalité constitue un garde-fou précieux dans les différents dangers que frôle la procédure de confiscation (cf. ci-dessus).

²¹⁸ A.P. PIRÈS, « Quelques obstacles à une mutation du droit pénal », *Revue gén. dr.*, vol. 26, 1995, p. 134.

²¹⁹ Voy. not. C.E.D.H., 26 février 2009, *Grifhorst c. France*, arrêt n° 28336/02, § 81.

²²⁰ Selon la C.E.D.H., p. ex., C.E.D.H., 24 octobre 1986, *AGOSI c. Royaume-Uni*, Série A, n° 108, § 51, ou 4 septembre 2001, *Riela et al. c. Italie*, arrêt n° 52439/99.

²²¹ Voy. en ce sens Cass., 3 mai 2006.

²²² Ainsi la Cour a-t-elle considéré que la Belgique respectait cette condition en confisquant l'immeuble d'un marchand de sommeil, C.E.D.H., 12 mai 2009, *Tas c. Belgique*, arrêt n° 44614/06.

²²³ Cf., p. ex., C.E.D.H., 24 octobre 1986, *AGOSI c. Royaume-Uni*, Série A, n° 108, § 52, cité par la Cour not. dans *Grifhorst c. France*, arrêt n° 28336/02, 26 février 2009, § 83.

²²⁴ Voy., p. ex., C.E.D.H., 5 janvier 2000, *Beyeler c. Italie*, arrêt n° 33202/96, § 107.

Quant à la légalité plus précisément, il semble que la peine de confiscation prévue par le Code pénal belge respecte les exigences de l'article 1^{er} du premier protocole: les infractions susceptibles de justifier une peine de confiscation sont limitativement énumérées par la loi, et ni la loi, ni la jurisprudence (on l'a montré) ne permettent que l'on détache la confiscation spéciale de la question pénale de la culpabilité. Un risque à cet égard existe cependant par l'application de l'article 43^{quater} qui permet la confiscation d'avantages patrimoniaux sur base d'une *présomption* d'infractions identiques (voy. *supra*, III.6) ainsi que lorsque la confiscation est prononcée au titre de mesure de sûreté.

Les questions se font plus ardues à l'égard des principes du procès équitable et, en particulier, quant à la présomption d'innocence (art. 6.2, C.E.D.H.). L'article 43^{quater}, ici encore, fait craindre une atteinte à ce droit du prévenu. La Cour européenne des droits de l'homme a considéré que l'usage de présomptions était autorisé²²⁵ en matière de confiscation, pour autant qu'il n'implique pas de nouvelles poursuites à l'encontre du prévenu. Cet arrêt a, semble-t-il, convaincu le législateur belge au moment où il discutait de l'article 43^{quater} en projet²²⁶, malgré le manque d'unanimité doctrinale à ce sujet²²⁷. Il nous semble pourtant qu'une peine de confiscation «complémentaire», pour des faits non établis (mais présumés identiques à l'infraction sanctionnée) présume bien de la culpabilité du prévenu, qu'une nouvelle procédure soit ouverte ou non. La Cour strasbourgeoise confirme d'ailleurs cette idée dans d'autres arrêts, estimant que «la charge de la preuve pèse sur l'accusation et le doute profite à l'accusé. De sorte que le principe de la présomption d'innocence est violé en cas de déplacement de la charge de la preuve sur la défense»²²⁸. Cette inversion de la charge de la preuve pourrait d'ailleurs bien constituer une atteinte à l'article 14.3 du Pacte relatif aux droits civils et politiques²²⁹.

²²⁵ Dans le contexte de la lutte contre les infractions liées à la drogue énumérées dans le *Drugs Trafficking Act* britannique, voy. C.E.D.H., 5 juillet 2001, *Phillips c. Royaume Uni*, arrêt n° 41087/98.

²²⁶ *Doc. parl., Sén., sess. ord. 2002-2003, n° 2, 1197/3, p. 3.*

²²⁷ Dans un sens favorable, voy. C. CALIMAN, «La loi du 19 décembre 2002 portant extension des possibilités de saisie et de confiscation en matière pénale», *op. cit.*, p. 81; dans un sens plus réservé, A. MASSET, «Les saisies et confiscations en matière pénale facilitées. La répression accrue du blanchiment», *op. cit.*, pp. 182-184; F. DERUYCK, «De wet van 19 december 2002 tot uitbreiding van de mogelijkheden tot inbeslagneming en verbeurdverklaring in strafzaken», *op. cit.*, p. 100; G. STESENS et Ph. TRAESE, «Meer mogelijkheden tot inbeslagneming en verbeurdverklaring in strafzaken», *R.W.*, 2003-2004, p. 1045.

²²⁸ C.E.D.H., 20 mars 2001, *Telfner c. Autriche*, arrêt n° 33501/96, § 15.

²²⁹ Adopté par l'AGNU, 16 septembre 1966, et entré en vigueur le 23 mars 1976; au sujet de cette atteinte au droit au silence, voy. not. A. MASSET, «Les saisies et confiscations en matière pénale facilitées. La répression accrue du blanchiment», *op. cit.*, p. 186.

En outre, il n'est pas sûr que l'article 43^{quater} résisterait au contrôle par la Cour constitutionnelle des principes d'égalité et de non-discrimination (garantis par les art. 10 et 11, Const.), ainsi qu'au regard du principe de la personnalité et de la légalité des peines (consacré par l'art. 14).

Au fond, l'expansion de la confiscation comme peine (finalement de moins en moins accessoire) catalyse la tension classique entre programme répressif et liberté individuelle, droit pénal et droits humains. Malgré la complexité qu'elles donnent à la question, l'internationalisation de la matière, sa technicité et son expansion progressivement accélérée méritent toute notre attention. Le souci de donner aux juges des moyens plus efficaces de répression pour lutter contre les formes nouvelles de criminalité transfrontalière, ainsi que la volonté de mieux protéger les droits des victimes, n'autorisent pas à porter atteinte aux droits fondamentaux de l'individu, fût-il coupable.

Annexe. Code pénal (extraits)

Sous-section III. – De la confiscation spéciale

Art. 42. La confiscation spéciale s'applique :

1° Aux choses formant l'objet de l'infraction et à celles qui ont servi ou qui ont été destinées à la commettre, quand la propriété en appartient au condamné.

2° Aux choses qui ont été produites par l'infraction.

3° Aux avantages patrimoniaux tirés directement de l'infraction, aux biens et valeurs qui leur ont été substitués et aux revenus de ces avantages investis.

Art. 43. La confiscation spéciale s'appliquant aux choses visées aux 1° et 2° de l'article 42 sera toujours prononcée pour crime ou délit.

Elle ne sera prononcée pour contravention que dans les cas déterminés par la loi.

Art. 43^{bis}. La confiscation spéciale s'appliquant aux choses visées à l'article 42, 3°, pourra toujours être prononcée par le juge, mais uniquement dans la mesure où elle est requise par écrit par le procureur du Roi.

Si ces choses ne peuvent être trouvées dans le patrimoine du condamné, le juge procédera à leur évaluation monétaire et la confiscation portera sur une somme d'argent qui leur sera équivalente.

Lorsque les choses confisquées appartiennent à la partie civile, elles lui seront restituées. Les choses confisquées lui seront de même attribuées lorsque le juge en aura prononcé la confiscation pour le motif qu'elles constituent des biens ou des valeurs substitués par le condamné à des choses appartenant à la

partie civile ou parce qu'elles constituent l'équivalent de telles choses au sens de l'alinéa 2 du présent article.

Tout autre tiers prétendant droit sur la chose confisquée pourra faire valoir ce droit dans un délai et selon des modalités déterminées par le Roi.

Art. 43ter. La confiscation spéciale s'appliquant aux choses visées aux articles 42, 43bis et 43quater pourra également être prononcée lorsque ces choses se trouvent hors du territoire de la Belgique.

Art. 43quater, § 1^{er}. Sans préjudice de l'article 43bis, alinéas 3 et 4, les avantages patrimoniaux visés au § 2, les biens et les valeurs qui y ont été substitués et les revenus provenant des avantages investis trouvés dans le patrimoine ou en possession d'une personne peuvent, à la demande du procureur du Roi, être confisqués ou cette personne peut être condamnée au paiement d'un montant que le juge estime correspondre à la valeur de ces choses si elle a été reconnue coupable:

(a) soit d'une ou de plusieurs infractions visées:

1^o à l'article 136sexies et au point 1^o de l'article 136septies;

1^{obis} aux articles 137, pour autant que ces infractions soient punies d'une des peines prévues à l'article 138, § 1^{er}, 4^o à 10^o, et qu'elles soient de nature à générer des bénéfices, ainsi que 140, pour autant que ce crime ou ce délit soit de nature à générer des bénéfices;

2^o aux articles 246 à 251 et à l'article 323;

2^{obis} aux articles 433sexies, 433septies, 433octies, 433undecies et 433duodecies;

3^o aux articles 504bis et 504ter et à l'article 323;

4^o à l'article 2bis, § 1^{er}, de la loi du 24 février 1921 concernant le trafic des substances vénéneuses, soporifiques, stupéfiantes, désinfectantes ou antiseptiques pour autant que les faits portent sur l'importation, l'exportation, la fabrication, la vente ou la mise en vente des substances visées au présent article, ou au § 3, b) ou au § 4, b) de la même loi;

5^o aux articles 77ter, 77quater et 77quinquies de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers;

6^o l'article 10, § 1^{er}, 2^o, de la loi du 15 juillet 1985 relative à l'utilisation de substances à effet hormonal, à effet anti-hormonal, à effet bêta-adrénérgique ou à effet stimulateur de production chez les animaux.

(b) soit des infractions prévues à l'article 324ter, soit une ou plusieurs infractions visées ci-dessous, lorsqu'elles ont été commises dans le cadre d'une organisation criminelle, telle qu'elle est définie à l'article 324bis:

1^o aux articles 162, 163, 173, 180 et 186;

1^{obis} articles 379 ou 380 et 383bis, § 1^{er};

2^o articles 468, 469, 470, 471 ou 472;

3^o article 475;

4^o articles 477, 477bis, 477ter, 477quater, 477quinquies, 477sexies ou 488bis;

5^o article 505, à l'exception des choses couvertes par l'article 42, 1^o;

5^obis à l'article 2quater, 4^o, de la loi du 24 février 1921 concernant le trafic des substances vénéneuses, soporifiques, stupéfiantes, psychotropes, désinfectantes ou antiseptiques et des substances pouvant servir à la fabrication illicite de substances stupéfiantes et psychotropes;

6^o article 10 de la loi du 5 août 1991 relative à l'importation, à l'exportation et au transit d'armes, de munitions et de matériel devant servir spécialement à un usage militaire et de la technologie y afférente;

7^o article 1^{er} de l'arrêté royal du 12 avril 1974 relatif à certaines opérations concernant les substances à action hormonale, antihormonale, anabolisante, beta-adrénérergique, anti-infectieuse, antiparasitaire et anti-inflammatoire, concernant les infractions punies en exécution de la loi du 24 février 1921 concernant le trafic des substances vénéneuses, soporifiques, stupéfiantes, désinfectantes ou antiseptiques;

8^o articles 3 et 5 de l'arrêté royal du 5 février 1990 relatif à certaines substances beta-adrénérergiques concernant les infractions punies en exécution de la loi du 25 mars 1964 sur les médicaments.

(c) soit de plusieurs infractions poursuivies de manière collective et dont la gravité, la finalité et le rapport mutuel permettent au tribunal de décider certainement et nécessairement que ces faits ont été commis dans le cadre d'une fraude fiscale grave et organisée pour laquelle ont été utilisés des mécanismes ou procédés particulièrement complexes à l'échelle internationale.

§ 2. La confiscation visée au § 1^{er} peut être prononcée contre les auteurs, coauteurs et complices condamnés pour une ou plusieurs des infractions énumérées au présent article et aux conditions définies au § 1^{er} si le condamné a acquis pendant une période pertinente des avantages patrimoniaux supplémentaires alors qu'il existe des indices sérieux et concrets que ceux-ci découlent de l'infraction pour laquelle il a été condamné ou de faits identiques et que le condamné n'a pas pu rendre plausible le contraire.

Ce contraire peut également être rendu plausible par tout tiers prétendant avoir droit à ces avantages.

§ 3. Est considérée comme pertinente au sens du présent article la période commençant cinq ans avant l'inculpation de la personne et courant jusqu'à la date du prononcé.

Les indices sérieux et concrets visés au § 2 peuvent être puisés dans tous les éléments dignes de foi qui ont été soumis au tribunal de manière régulière et qui montrent un déséquilibre de quelque intérêt entre, d'une part, l'accroissement temporaire ou constant du patrimoine et des dépenses du condamné au cours de la période pertinente, dont le ministère public apporte la preuve, et, d'autre part, l'accroissement temporaire ou constant du patrimoine et les

dépenses du condamné au cours de cette période pour lesquels il peut rendre plausible qu'ils ne découlent pas des faits pour lesquels il a été condamné ou de faits identiques.

Il convient d'entendre par faits identiques les faits qui relèvent des qualifications visées au § 1^{er} et qui tombent :

a) soit sous la même qualification que l'infraction qui fait l'objet de la condamnation ;

b) soit sous une qualification connexe, pour autant qu'elle figure sous la même rubrique, prévue au § 1^{er}, a), que le délit qui fait l'objet de la condamnation.

Lorsque le tribunal ordonne la confiscation spéciale au sens du présent article, il peut décider de ne pas tenir compte d'une partie de la période pertinente ou de revenus, de biens et de valeurs qu'il détermine s'il estime une telle mesure opportune en vue de ne pas soumettre le condamné à une peine déraisonnablement lourde.

§ 4. Le patrimoine dont dispose une organisation criminelle doit être confisqué, sous réserve des droits de tiers de bonne foi.

SECTION IV. – Du recèlement et d'autres opérations relatives à des choses tirées d'une infraction.

Art. 505. Seront punis d'un emprisonnement de quinze jours à cinq ans et d'une amende de vingt-six euros à cent mille euros ou d'une de ces peines seulement :

1^o ceux qui auront recelé, en tout ou en partie, les choses enlevées, détournées ou obtenues à l'aide d'un crime ou d'un délit ;

2^o ceux qui auront acheté, reçu en échange ou à titre gratuit, possédé, gardé ou géré des choses visées à l'article 42, 3^o, alors qu'ils connaissaient ou devaient connaître l'origine de ces choses au début de ces opérations ;

3^o ceux qui auront converti ou transféré des choses visées à l'article 42, 3^o, dans le but de dissimuler ou de déguiser leur origine illicite ou d'aider toute personne qui est impliquée dans la réalisation de l'infraction d'où proviennent ces choses, à échapper aux conséquences juridiques de ses actes ;

4^o ceux qui auront dissimulé ou déguisé la nature, l'origine, l'emplacement, la disposition, le mouvement ou la propriété des choses visées à l'article 42, 3^o, alors qu'ils connaissaient ou devaient connaître l'origine de ces choses au début de ces opérations.

Les infractions visées à l'alinéa 1^{er}, 3^o et 4^o, existent même si leur auteur est également auteur, coauteur ou complice de l'infraction d'où proviennent les choses visées à l'article 42, 3^o. Les infractions visées à l'alinéa 1^{er}, 1^o et 2^o, existent même si leur auteur est également auteur, coauteur ou complice de l'infraction d'où proviennent les choses visées à l'article 42, 3^o, lorsque cette

infraction a été commise à l'étranger et ne peut pas être poursuivie en Belgique.

Sauf à l'égard de l'auteur, du coauteur ou du complice de l'infraction d'où proviennent les choses visées à l'article 42, 3^o, les infractions visées à l'alinéa 1^{er}, 2^o et 4^o, ont trait exclusivement, en matière fiscale, à des faits commis dans le cadre de la fraude fiscale grave et organisée qui met en œuvre des mécanismes complexes ou qui use de procédés à dimension internationale.

Les organismes et les personnes visés aux articles 2, 2*bis* et 2*ter* de la loi du 11 janvier 1993 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme, peuvent se prévaloir de l'alinéa précédent dans la mesure où, à l'égard des faits y visés, ils se sont conformés à l'obligation prévue à l'article 14*quinquies* de la loi du 11 janvier 1993 qui règle les modalités de la communication d'informations à la Cellule de traitement des informations financières.

Les choses visées à l'alinéa 1^{er}, 1^o, du présent article constituent l'objet de l'infraction couverte par cette disposition, au sens de l'article 42, 1^o, et seront confisquées, même si la propriété n'en appartient pas au condamné, sans que cette peine puisse cependant porter préjudice aux droits des tiers sur les biens susceptibles de faire l'objet de la confiscation.

Les choses visées à l'alinéa 1^{er}, 3^o et 4^o, constituent objet des infractions couvertes par ces dispositions, au sens de l'article 42, 1^o, et seront confisquées, dans le chef de chacun des auteurs, coauteurs ou complices de ces infractions, même si la propriété n'en appartient pas au condamné, sans que cette peine puisse cependant porter préjudice aux droits des tiers sur les biens susceptibles de faire l'objet de la confiscation. Si ces choses ne peuvent être trouvées dans le patrimoine du condamné, le juge procédera à leur évaluation monétaire et la confiscation portera sur une somme d'argent qui lui sera équivalente. Dans ce cas, le juge pourra toutefois réduire cette somme en vue de ne pas soumettre le condamné à une peine déraisonnablement lourde.

Les choses visées à l'alinéa 1^{er}, 2^o, du présent article constituent l'objet de l'infraction couverte par cette disposition, au sens de l'article 42, 1^o, et seront confisquées, dans le chef de chacun des auteurs, coauteurs ou complices de ces infractions, même si la propriété n'en appartient pas au condamné, sans que cette peine puisse cependant porter préjudice aux droits des tiers sur les biens susceptibles de faire l'objet de la confiscation. Si ses choses ne peuvent être trouvées dans le patrimoine du condamné, le juge procédera à leur évaluation monétaire et la confiscation portera sur une somme d'argent qui sera proportionnelle à la participation du condamné à l'infraction.

La tentative des délits visés aux 2^o, 3^o et 4^o du présent article sera punie d'un emprisonnement de huit jours à trois ans et d'une amende de vingt-six euros à cinquante mille euros ou d'une de ces peines seulement.

Les personnes punies en vertu des présentes dispositions pourront, de plus, être condamnées à l'interdiction, conformément à l'article 33.

L'élément fautif comme élément subjectif de l'infraction : tentative de clarification des notions¹

L. KENNES, D. VANDERMEERSCH et A. WEYEMBERG

1. L'élément psychologique ou subjectif (*mens rea*)², repris sous la terminologie tantôt d'élément moral tantôt d'élément intentionnel, exigé pour qu'un comportement tombe sous le coup de la loi pénale, constitue l'une des questions les plus complexes et les plus discutées de la matière pénale.

Au cours du temps, de multiples théories ont été développées, le plus souvent fondées sur l'utilisation de mêmes vocables, dont les interprétations ont évolué, voire ont différé selon les auteurs. Les praticiens sont, aujourd'hui encore, confrontés à deux écoles, celle de la faute infractionnelle et celle du « dol général », cette dernière connaissant, selon les auteurs ou les enseignants, des nuances d'interprétation. Cette situation a indiscutablement créé un flou artistique autour de ces notions, flou peu compatible avec le caractère nécessairement méthodique du droit. On a un peu le sentiment qu'en définitive, les cours et tribunaux ont tranché les cas les plus compliqués au cas par cas, faisant fi de la trop grande abstraction des théories doctrinales en cause et privilégiant ainsi le bon sens et leur sentiment de justice, fût-il subjectif.

2. Face à cette situation, et dans l'objectif, sans doute trop ambitieux, de dégager une théorie à la fois efficace et permettant de faire face à tous les cas d'espèce avec une même rigueur, nous avons recherché à présenter

¹ Nous poursuivons ici la réflexion que nous avons amorcée précédemment dans le cadre de l'ouvrage d'A. WEYEMBERG et L. KENNES, *Droit pénal spécial*, t. 1, Limal, Anthemis, 2011, pp. 13 à 18. L'évolution de notre réflexion nous a conduits notamment à introduire deux sous-catégories dans les infractions dites réglementaires.

² « L'infraction à la loi pénale étant un comportement punissable et pas un fait purement matériel, toute infraction à caractère pénal suppose l'existence non seulement d'un élément matériel ou objectif (*actus reus*), mais encore d'un élément psychologique ou subjectif (*mens rea*) qui est à l'origine de la situation de fait incriminée par la loi » (J. D'HAENENS, « L'incrimination non intentionnelle dans le droit pénal codifié et réglementaire », *Rev. dr. pén.*, 1994, p. 460).

les différentes catégories d'éléments fautifs qui caractérisent les différents types d'infractions. Pour ce faire, nous avons, d'une part, eu recours à une nouvelle terminologie et, d'autre part, déterminé des critères de démarcation plus opérationnels.

Il n'est donc pas nécessairement question de remettre en cause les décisions de jurisprudence pour telle ou telle infraction, mais plutôt de fixer les critères qui permettent de classer les infractions selon l'élément psychologique qui les compose. En ce sens, il nous a paru nécessaire d'abandonner toute idée de système pyramidal et de privilégier une classification pure.

I. L'élément fautif: élément commun à toute infraction

3. Tout comportement, pour tomber sous le coup de la loi pénale, requiert une faute³, même si cet élément n'est pas expressément énoncé dans l'incrimination⁴.

Toute infraction implique, dans le chef de l'agent, un élément subjectif (la faute) qui a pour effet de rendre le comportement de l'agent « reprochable » au regard du droit pénal. Sans la constatation d'une faute commise par le prévenu, ce dernier ne peut faire l'objet d'une condamnation pénale.

S'il peut, comme nous le verrons, recouvrir des notions différentes suivant les types d'infractions, l'élément fautif n'en constitue pas moins le dénominateur commun à toute infraction. Autrement dit, la culpabilité requiert l'existence d'une faute. Celui qui n'a pas commis de faute n'a pas enfreint la loi et doit, par conséquent, être acquitté.

4. Afin de clarifier les notions que nous souhaitons développer, il semble opportun de rompre avec certains termes utilisés jusqu'à présent.

La notion clef d'élément « moral » elle-même peut donner l'impression de se référer à des notions telles que la morale, la moralité, la vertu ou encore les bonnes mœurs. Pour cette raison, elle nous paraît avoir une connotation désuète qu'il convient d'abandonner.

Il est, par ailleurs, souvent fait état de la notion d'élément « intentionnel » pour désigner l'élément fautif. Cet adjectif est manifestement

³ Les principes généraux du droit pénal requièrent un élément moral pour chaque infraction dont la charge de la preuve incombe au ministère public et éventuellement à la partie civile (Cass., 27 septembre 2005, R.G. n° P.05.0371.N, *Pas.*, 2005, n° 461).

⁴ Cass., 13 décembre 1994, R.G. n° P.94.0736.N, *Pas.*, 1994, n° 553.

inapproprié, et ce, pour deux raisons. D'une part, on vise aussi, sous ce vocable, des comportements que l'on peut qualifier de non intentionnels. D'autre part, l'interprétation de l'adjectif « intentionnel » est controversée, voire diffère selon l'infraction discutée, sous la plume d'un même auteur de doctrine.

Enfin, le dol, qui se réfère à la ruse et à des manœuvres frauduleuses, nous paraît également un terme qui, dans la nouvelle catégorisation que nous proposons, est inapte à rendre compte précisément des notions que nous entendons définir. Cette notion est d'autant moins opportune qu'elle nous paraît, en référence à une école doctrinale controversée, source d'ambiguïté quant à ce que recouvre exactement le dol général.

L'élément « fautif » nous paraît le concept terminologique qui rend compte de la manière la plus neutre et la plus précise de l'exigence de l'élément « psychologique » ou « subjectif » qui vient s'ajouter aux éléments matériels constitutifs de toute infraction.

II. Élément fautif et cause de justification (ou de non-imputabilité)

5. Pour qu'un comportement tombe sous le coup de la répression pénale, il est exigé non seulement que les éléments constitutifs matériels de l'infraction soient réunis, mais également que cette infraction puisse être imputée à un agent responsable: il s'agit d'un élément subjectif qui a trait à l'état d'esprit et aux capacités mentales de l'agent.

Pour toute infraction sans exception, l'agent peut toujours soulever une cause de justification (ou de non-imputabilité) qui l'exonère de toute responsabilité pénale. Certaines de ces causes tiennent au fait que l'agent n'a pas agi librement et en conscience. Il appartient au prévenu de soulever la vraisemblance de cette cause de justification.

L'exercice libre et conscient de la volonté est ainsi le fondement de la responsabilité pénale: celle-ci suppose que l'agent commette librement et consciemment l'acte que la loi défend ou s'abstienne de réaliser celle qu'elle exige⁵. En outre, il est exigé que l'agent ait également commis cet acte « fautivement ».

Il n'y a de responsabilité pénale que si, d'une part, au moment de la commission de l'infraction, l'agent était doté d'une conscience et d'une

⁵ F. KUTY, *Principes généraux du droit pénal belge*, t. II., « L'infraction pénale », Bruxelles, Larcier, 2010, p. 216; D. VANDERMEERSCH, *Éléments de droit pénal et de procédure pénale*, Bruxelles, La Chartre, 2009, p. 138.

volonté qui le rendaient maître de son comportement et si, d'autre part, en adoptant le comportement concret prohibé, il a commis une faute.

Le premier aspect qui a trait aux capacités de discernement (conscience) et aux capacités volitives (volonté libre) de l'agent, concerne ce qu'on reprend sous les causes de non-imputabilité ou causes de justification (l'état de minorité, trouble mental grave, troubles du discernement, contrainte...), tandis que le second aspect concerne l'élément fautif.

La présente étude se limite à l'examen de cette dernière notion.

III. Les différentes catégories d'élément fautif

6. Ainsi qu'il a été exposé précédemment, si toute infraction requiert un comportement fautif, cet élément fautif peut différer selon les infractions analysées. S'agissant d'un élément constitutif de l'infraction, le débat relatif à l'élément fautif portera, dans la pratique, sous l'angle de la preuve que devra apporter la partie poursuivante quant à son existence.

L'objet de notre propos est de présenter une nouvelle catégorisation des différents éléments fautifs qui peuvent être rencontrés et d'en établir des critères opérationnels de démarcation. Nous avons, au terme de notre réflexion commune, dégagé quatre catégories principales.

III.1. Première catégorie: les infractions réglementaires

III.1.1. Notion

7. La catégorie des infractions dites réglementaires se réfère à des réglementations assorties de sanctions pénales: en brandissant la menace d'une peine en cas de méconnaissance du prescrit légal, le législateur a eu le souci d'assurer le respect de ces réglementations en toutes circonstances. Il en va ainsi du Code de la route, des règles édictées dans le cadre de l'exercice de certaines professions, des règles en matière d'urbanisme, etc. Le législateur fixe la manière de se comporter dans une situation précise et sanctionne son non-respect d'une peine.

La faute consiste ici, avant tout, dans le fait que l'agent n'a pas respecté le prescrit légal⁶. Autrement dit, la preuve de la faute résulte du constat que, sans justification, l'agent n'a pas respecté le prescrit légal et que, ce faisant, il a commis une faute.

⁶ Il s'agit ici surtout de délits de mise en danger ou délits-obstacle (J. D'HAENENS, « L'incrimination non intentionnelle dans le droit pénal codifié et réglementaire », *op. cit.*, p. 463).

L'agent, dans cette situation, avait le devoir de connaître le règlement et de l'appliquer. Il importe peu ici que le non-respect du prescrit légal résulte d'un acte volontaire, d'une négligence ou d'une inadvertance⁷. Il suffit de constater que l'agent a adopté, dans les faits, le comportement « fautif, c'est-à-dire celui interdit par la loi pénale, et ce, sans qu'il puisse invoquer une cause de justification (force majeure, état de nécessité, erreur invincible...) »⁸.

Le libellé de ces infractions ne contient, en règle, que la description de l'élément matériel de l'infraction, sans spécification d'un élément fautif particulier. Il n'en résulte pas pour autant que le comportement serait punissable du seul fait de la réalisation de l'élément matériel indépendamment de tout élément fautif. Comme nous l'avons exposé ci-dessus, toute infraction requiert l'existence d'une faute, si minime soit-elle⁹. À cet égard, la particularité des infractions dites réglementaires est de désigner de façon précise le comportement interdit, cette définition permettant, dans la généralité des cas, de déduire plus aisément la faute de l'agent du seul fait de l'accomplissement de l'acte prohibé¹⁰.

8. La Cour de cassation a, récemment, défini cet élément fautif dans les termes suivants: « Les principes généraux du droit pénal qui requièrent un élément moral pour chaque infraction dont la charge de la preuve incombe au ministère public et éventuellement à la partie civile ne font pas obstacle au fait que, pour certaines infractions, en raison du caractère propre de l'acte punissable, la preuve que l'auteur a commis sciemment et volontairement le fait résulte de la contravention au prescrit légal même, étant entendu cependant que l'auteur est mis hors de cause lorsque la force majeure, l'erreur invincible ou une autre cause exclusive de peine est démontrée ou, à tout le moins, n'est pas dépourvue de crédibilité »¹¹.

⁷ J. D'Haenens évoque également la « légèreté » (*ibid.*, p. 464).

⁸ Ainsi, la Cour de cassation considère qu'en règle, les lois en matière de douanes et accises punissent la simple violation des règlements en cette matière, abstraction faite de l'intention du contrevenant, sans préjudice de la force majeure ou de l'erreur invincible (Cass., 4 octobre 2006, R.G. n° P.06.0545.F, *Pas.*, 2006, n° 459).

⁹ En se référant à l'exposé des motifs du Code pénal, C. Hennau et J. Verhaegen développent ce qu'ils entendent ici comme faute: le caractère distinctif de la faute est ici la négligence qui a sa cause dans le défaut de cette volonté ferme et permanente dont chacun doit être animé, d'éviter tout ce qui pourrait nuire aux intérêts publics ou privés; il s'agit de l'absence d'une énergie assez grande dans le bien, comme l'inattention ou l'imprudence (C. HENNAU et J. VERHAEGEN, *Droit pénal général*, 3^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2003, pp. 342-343).

¹⁰ C. HENNAU et J. VERHAEGEN, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 339.

¹¹ Cass., 27 septembre 2005, R.G. n° P.05.0371.N, *Pas.*, 2005, n° 461.

Nous nous permettons de considérer que le recours aux termes « commis sciemment et volontairement » est ici peu judicieux et source de confusion. Ces termes se réfèrent, dans le sens où la Cour les entend ici, à l'état général de l'agent, celui-ci étant, en principe, doté d'une conscience et d'une volonté qui le rend maître de son comportement. La Cour se réfère donc, en réalité, à la question des causes de non-imputabilité et des causes de justification, et non à l'élément fautif¹². Or, précisément, l'usage de ces termes dans ce dernier contexte crée la confusion avec l'exigence, pour certaines infractions, de la commission délibérée et en connaissance de cause de l'infraction. Il s'agit là, précisément, d'une exigence spécifique à une catégorie d'infractions, que nous examinerons ultérieurement (notre troisième catégorie d'élément fautif – cf. ci-dessous)¹³.

C'est pourquoi nous préférons, lorsqu'il est question des causes de justification et de non-imputabilité, les termes « librement et consciemment » utilisés par la cour d'appel de Bruxelles: « La transgression matérielle d'une disposition légale ou réglementaire constitue en soi une faute qui entraîne la responsabilité pénale et civile de son auteur à condition que cette transgression soit commise librement et consciemment »¹⁴.

9. Cela étant dit, l'examen de la jurisprudence nous conduit à introduire une sous-distinction dans la catégorie des infractions dites « réglementaires » en fonction de l'exigence ou non d'un élément de connaissance.

III.1.2. Les infractions purement réglementaires

10. Pour cette catégorie d'infractions, la faute résulte du seul fait de ne pas avoir respecté le prescrit légal, indépendamment du fait que la personne avait ou non conscience d'adopter le comportement matériel prohibé par la loi.

Il s'agit du seuil minimum de la faute en ce sens que la faute résulte simplement du non-respect du prescrit légal, l'agent étant censé ne pas ignorer la loi et avoir conscience, à tout moment, du comportement matériel qu'il adopte et des implications d'un tel comportement au regard des exigences de la loi pénale.

Sur le plan de la preuve de cet élément fautif, la partie poursuivante peut se borner à établir, sans plus, le comportement fautif, à savoir le

¹² Voir ci-avant, pt 5.

¹³ Voir ci-après, pts 17 et s.

¹⁴ Bruxelles, 4 décembre 1996, *Rev. dr. pén.*, 1997, p. 677. En l'espèce, il s'agissait d'une infraction de droit social résultant de la non-tenue de documents sociaux.

fait que l'agent n'a pas respecté le prescrit légal. Ce n'est que si l'agent invoque une cause de justification (ou de non-imputabilité), non dépourvue de tout élément de nature à lui donner crédit, que le ministère public ou la partie civile devra, en outre, en prouver l'inexactitude.

Prenons l'exemple du non-respect d'un feu de signalisation ou d'une limitation de vitesse en matière de roulage. Il suffit que le ministère public prouve, suivant les règles de preuve applicables, que le contrevenant est passé à la phase rouge du feu tricolore ou qu'il avait adopté une vitesse supérieure à celle autorisée, pour que la culpabilité de ce dernier soit établie, sauf pour le prévenu de soulever avec vraisemblance l'existence d'une cause de justification ou de non-imputabilité et ce, indépendamment du fait que le conducteur ait eu conscience ou non de ne pas respecter le feu lumineux ou la limitation de vitesse.

Bien entendu, une telle infraction peut également être commise volontairement et en pleine connaissance de cause ou à la suite d'une négligence coupable, mais la preuve de l'existence d'une telle circonstance n'est pas requise pour que le comportement soit punissable.

III.1.3. Les infractions réglementaires impliquant un élément de connaissance ou une négligence du devoir de s'informer

11. Parmi les infractions classiquement qualifiées de réglementaires, la jurisprudence requiert, pour certaines d'entre elles, la preuve d'un élément de connaissance concrète pour conclure à la culpabilité de l'agent.

Dans ces hypothèses, l'élément fautif requiert une certaine forme de connaissance de fait ou, à tout le moins, une certaine forme de négligence de s'être informé, sans qu'il soit toutefois exigé que l'agent ait agi délibérément et en connaissance de cause de la violation du prescrit légal comme pour la troisième catégorie d'élément fautif (*cf.* ci-dessous). C'est pourquoi nous maintenons cette catégorie d'infractions dans les infractions réglementaires, mais en créant une sous-catégorie.

12. Certains exemples tirés de la jurisprudence nous permettent d'illustrer la distinction que nous tentons d'établir ici.

En matière de douanes et accises, la Cour de cassation a énoncé que le fait de l'infraction même implique, en règle, que l'auteur doit être considéré comme coupable, sauf les cas de force majeure ou d'erreur invincible. Hormis cette dernière hypothèse, il y a donc une présomption de culpabilité, ou plus précisément de faute. La Cour précise cependant que cette présomption légale n'empêche pas que l'auteur doit avoir eu connaissance

du fait de l'infraction¹⁵. Dans un arrêt rendu quelques semaines plus tard, la chambre française de la Cour a exprimé la règle dans des termes analogues¹⁶. Autrement dit, même sans égard à une éventuelle erreur invincible ou à une éventuelle force majeure, le juge justifie légalement l'acquittement lorsqu'il constate que le prévenu n'avait pas connaissance de ce que l'infraction était commise¹⁷.

Encore faut-il déterminer la portée de la « connaissance du fait de l'infraction » exigée dans le chef de l'agent. Faut-il considérer, comme semble l'indiquer l'arrêt précité que l'agent doit avoir connaissance de l'obligation légale (en l'espèce, l'obligation de payer des accises sur des cigarettes)? Faut-il, autre interprétation, considérer que l'agent doit seulement être au courant du fait matériel de l'infraction (ici, la détention de cigarettes sans bandelettes fiscales belges)?

S'il devait être exigé la preuve de la connaissance de l'obligation légale, il suffirait au délinquant d'invoquer son ignorance, même fautive, du prescrit légal pour échapper à toute condamnation. Or, il sera extrêmement difficile, voire impossible, pour la partie poursuivante d'établir dans le chef de l'agent la preuve de la connaissance effective du prescrit légal. En définitive, et contrairement à ce qu'a voulu le législateur, cela signifierait que l'erreur de l'agent, même fautive, de fait ou de droit exclurait sa responsabilité. Or, une telle interprétation ne nous paraît pas pouvoir être admise pour les infractions matérielles. Dans ce cas, seules l'erreur invincible, la force majeure ou une autre cause exonératoire sont élusives de responsabilité¹⁸.

13. Selon nous, pour cette catégorie d'infractions matérielles, la connaissance doit donc exclusivement porter sur l'existence du fait matériel donnant lieu à l'application de la loi pénale¹⁹. Il n'est pas requis que l'agent

¹⁵ Cass., 12 septembre 2006, R.G. n° P.06.0416.N, *Pas.*, 2006, n° 406.

¹⁶ « Bien que, sauf les cas de force majeure ou d'erreur invincible, la simple violation des règlements en matière de douanes et accises soit punissable abstraction faite de l'intention de l'auteur, encore l'infraction requiert-elle, comme toute autre, un élément moral, à savoir la connaissance de ce qu'elle est commise » (Cass., 4 octobre 2006, R.G. n° P.06.0545.F, *Pas.*, 2006, n° 459).

¹⁷ Cass., 19 novembre 1997, R.G. n° P.97.1077.F, *Pas.*, 1997, n° 490.

¹⁸ « Quinze années de jurisprudence de la Cour de cassation en matière de douanes et accises », Rapport C. cass., 2009, p. 208, n° 47.

¹⁹ L'importation ou l'exportation sans déclaration ou le dépôt prohibé suppose que celui qui transporte ou entrepose les marchandises a eu connaissance du fait *matériel* de l'infraction « Quinze années de jurisprudence de la Cour de cassation en matière de douanes et accises », Rapport C. cass., p. 204, n° 33). Ainsi, doit être acquitté le transporteur qui, de bonne foi, importe des ordinateurs dans lesquels l'expéditeur a dissimulé, à son insu, des

ait commis l'infraction de mauvaise foi, à savoir qu'il ait agi délibérément et en connaissance de la violation de la loi pénale.

En réalité, la faute résulte ici du seul fait de ne pas avoir respecté le prescrit légal, étant entendu que l'agent avait la connaissance d'adopter le comportement concret prohibé par la loi ou à tout le moins, qu'il n'a pas pris toutes les dispositions normales et nécessaires pour éviter de méconnaître ce prescrit légal. Dans ce dernier cas, il est reproché à l'agent de ne pas avoir fait preuve de la vigilance qui est attendue de tout un chacun afin d'assurer le respect de la réglementation en question.

Pour en revenir à l'exemple de l'importation illégale de cigarettes, il faut, mais il suffit, de constater que le contrevenant savait qu'il transportait des cigarettes non munies de bandelettes ou, à tout le moins, que, compte tenu des circonstances, il aurait dû vérifier son chargement.

14. On le comprend, le juge doit donc rechercher, d'une part, la volonté du législateur, et, d'autre part, l'esprit du « règlement » transgressé. Ainsi lorsque le prescrit légal d'une infraction dite réglementaire implique pour l'intéressé l'obligation d'en garantir le respect et/ou d'y veiller en opérant certaines vérifications ou en prenant certaines dispositions, la non-exécution de cette obligation de vigilance, consciente ou consécutive à une négligence coupable, constitue l'élément fautif requis pour ladite infraction²⁰.

Appliquons ces principes à l'exemple des infractions aux lois sur les inhumations (art. 315, C. pén.). Il s'agit d'infractions qualifiées de matérielles²¹, mais un tel comportement n'est punissable que si l'inhumation

cigarettes importées frauduleusement, le transporteur n'ayant pas connaissance de l'infraction commise (voy. Cass., 12 janvier 2011, R.G. n° P.09.0835.F, *Pas.*, 2011, à sa date, avec concl. M.P.).

²⁰ Il a été jugé que le juge du fond peut décider légalement qu'un transporteur professionnel doit connaître en tant « qu'homme de métier » la nature des marchandises qu'il transporte, p. ex., des cartons de cigarettes (Cass., 28 novembre 2006, in « Quinze années de jurisprudence de la Cour de cassation en matière de douanes et accises », Rapport C. cass., 2009, p. 204, n° 33. De même, la Cour de cassation a jugé que l'art. 257, § 1^{er}, de la loi générale sur les douanes et accises impose au titulaire ou au cessionnaire d'un document de douane et accise, dont l'apurement ou la représentation au bureau de délivrance est prescrite, l'obligation légale de garantir et de veiller à l'accomplissement de l'apurement ou de la représentation, de sorte que le fait même du non-apurement ou de la non-représentation implique que le titulaire ou le concessionnaire a sciemment et volontairement manqué à l'obligation légale qui lui était impartie, sauf cas de force majeure ou d'erreur invincible (Cass., 15 décembre 2009, R.G. n° P.06.1518.N).

²¹ J. CONSTANT, *Manuel de droit pénal – Les infractions*, t. II – 1, Liège, Imprimerie de Invalides, 1953, p. 445-446; M. RIGAUX et P. TROUSSE, *Les crimes et les délits du Code pénal*, t. IV, Bruxelles, Bruylant, 1963, p. 626.

a été accomplie par l'agent alors qu'il savait qu'il n'y avait pas de permis d'inhumation délivré²². Autrement dit, le contrevenant n'est pas punissable s'il pouvait croire avec suffisamment de crédit qu'un permis d'inhumation avait été délivré (alors que ce n'était pas le cas).

Ainsi, les proches ou l'ouvrier communal, à qui l'entreprise de pompes funèbres a assuré que toutes les formalités nécessaires avaient été accomplies, ne sont pas punissables en cas d'inhumation sans permis.

En revanche, le professionnel qui procède à une inhumation sans s'inquiéter d'aucune façon de l'existence d'un permis d'inhumation se rend coupable de l'infraction.

III.2. Deuxième catégorie: la négligence ou le défaut de prévoyance ou de précaution

15. Le défaut de prévoyance et de précaution caractérise l'élément fautif des infractions dites non intentionnelles²³ ou d'imprudence. Dans ce cas de figure, l'infraction requiert trois éléments²⁴:

- une faute, même la plus légère²⁵;
- la conséquence ou le dommage qu'a voulu éviter le législateur en édictant la règle;
- un lien de causalité entre la faute et ce dommage ou cette conséquence.

En règle, cet élément fautif consistant en un défaut de prévoyance ou de précaution fait l'objet d'une mention explicite dans le texte légal.

Pour les principaux délits d'imprudence repris dans le Livre II du Code pénal, le libellé de l'élément fautif est le suivant:

²² Bien que qualifiant le délit de purement matériel, G. BELTJENS (*Droit criminel belge*, 1^{re} part., Bruxelles, Bruylant, 1901, p. 397, n° 20) évoque, pour que le délit visé à l'art. 315 du C. pén. soit punissable, l'existence, dans le chef de l'auteur ou du coauteur, de la volonté de contrevenir à la loi et la nécessité qu'il soit constant que c'est sciemment qu'il s'est passé de l'autorisation de l'officier de l'état civil.

²³ Ces infractions sont parfois improprement qualifiées d'involontaires: or, en règle, le comportement est volontaire, mais c'est la conséquence en résultant qui a un caractère involontaire (Cass., 25 novembre 2008, R.G. n° P.08.881.N, *Pas.*, 2008, n° 661). Selon la théorie de la faute infractionnelle, la faute est ici qualifiée de faute antérieure.

²⁴ Voy., à ce propos, F. TULKENS, M. VAN DE KERCHOVE, Y. CARTUYVELS et C. GUILLAIN, *Introduction au droit pénal*, 9^e éd., Bruxelles, Kluwer, 2010, pp. 437-436.

²⁵ Il a ainsi été jugé que le défaut de prévoyance ou de précaution visé par l'art. 418 du C. pén. (homicide ou coups et blessures involontaires) comprend toutes les formes de la faute, aussi légère soit-elle (Cass., 12 septembre 2007, R.G. n° P.07.804.F, *Pas.*, 2007, à sa date).

- la divulgation de secrets d'État *par négligence ou inobservation des règlements* (art. 120*quinquies*);
- le bris de scellés du gardien *par simple négligence* (art. 283);
- l'aide à l'évasion d'un détenu *en cas de négligence* du gardien (art. 334)²⁶;
- l'homicide par imprudence: «quiconque aura involontairement causé la mort»... (art. 419);
- les coups et blessures involontaires: «s'il n'est résulté du défaut de prévoyance ou de précaution que ces coups ou des blessures»... (art. 420);
- l'atteinte à la santé par l'administration imprudente de substances nocives: «quiconque aura involontairement causé»... (art. 421);
- l'accident ferroviaire causé par imprudence: «celui qui en aura été involontairement la cause»... (art. 422);
- l'incendie par imprudence: incendie causé «par la vétusté ou le défaut de réparation ou de nettoyage»... (art. 519).

En outre, de nombreuses dispositions de lois particulières érigent en infraction des comportements commis par imprudence sans qu'il soit exigé que l'agent ait agi de mauvaise foi.

16. L'élément fautif caractérisant cette catégorie d'infractions est plus simple à cerner et se distingue de la catégorie précédente et ce, pour deux raisons. Premièrement, il fait, en règle, l'objet d'une mention explicite dans la disposition légale. Deuxièmement, la structure de ces infractions est calquée sur les articles 1382 et 1383 du Code civil: une faute (négligence ou imprudence coupables)²⁷, la conséquence ou le dommage et le lien causal²⁸.

Pour cette catégorie d'infractions, la charge qui pèse sur la partie poursuivante est moins lourde. En effet, le ministère public peut se limiter à établir dans le chef de l'agent une faute, consistant en une négligence ou un défaut de prévoyance et de précaution. Il n'est donc pas nécessaire d'établir la mauvaise foi de l'agent.

L'erreur ou l'ignorance non invincible est sans incidence sur la faute résultant du défaut de prévoyance ou de précaution. Cette erreur ou cette

²⁶ En revanche, la même disposition évoque également la connivence qui donne lieu à une peine plus grave (la connivence renvoie à la troisième catégorie d'élément fautif – voir ci-après, pts 17 et s.).

²⁷ En principe, la jurisprudence considère qu'il y a unité entre la faute pénale et la faute civile de telle sorte que la culpabilité entraîne l'existence d'une faute pouvant donner lieu à responsabilité civile dans le chef de l'auteur de l'infraction.

²⁸ J. D'HAENENS, «L'incrimination non intentionnelle dans le droit pénal codifié et réglementaire», *op. cit.*, p. 463.

ignorance est précisément considérée comme fautive. Elle résulte d'une imprudence ou d'une négligence constitutive de l'élément fautif requis²⁹.

III.3. Troisième catégorie: la violation délibérée et en connaissance de cause du prescrit légal

III.3.1. Notion

17. L'élément fautif consiste ici dans la circonstance que l'agent a délibérément violé le prescrit légal agissant en connaissance de l'illégalité du comportement adopté³⁰.

Cette catégorie vise des infractions que la majorité des auteurs qualifient d'intentionnelles ou de volontaires. Ces infractions requièrent, comme élément fautif, la violation consciente et délibérée du prescrit légal. Cet élément fautif correspond aux notions de «dol général» ou de «résolution criminelle» utilisées par certains auteurs, ou encore à celle de mauvaise foi, telle que visée à l'article 103, ancien, de la loi du 14 juillet 1991³¹. Cet élément se rapproche encore de la notion de «volonté de résultat» définie par le professeur F. Kutu («l'intention de réaliser, en connaissance de cause, l'acte interdit ou l'abstention coupable et ses éventuelles conséquences illicites»)³².

La Cour de cassation définit cet élément fautif (qu'elle qualifie de «dol général») comme l'élément qui «signifie que l'agent a accompli sciemment et volontairement l'acte interdit par la loi: le terme "sciemment" requiert que l'auteur agisse en connaissant tant le caractère punissable de son comportement que le fait que tous ses éléments matériels sont réalisés, c'est-à-dire qu'une infraction est commise; le terme "volontairement" exige que l'auteur ait l'intention de réaliser l'élément matériel de

²⁹ D. VANDERMEERSCH, *Éléments de droit pénal et de procédure pénale*, op. cit., p. 160.

³⁰ Ainsi, la Cour de cassation a jugé que l'attentat à la pudeur était une infraction intentionnelle supposant que son auteur veut commettre l'acte prohibé par la loi et le sait objectivement ou obscène sans qu'il soit nécessaire qu'il ait été, en outre, mû par le désir de satisfaire ses propres passions (Cass., 30 septembre 2009, *Pas.*, 2009, p. 2051).

³¹ «La mauvaise foi ne suppose pas une intention particulière: il suffit que l'intéressé viole la loi en connaissance de cause et au détriment de ses concurrents ou des consommateurs» (*Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 1984-1985, n° 947/1, p. 51, cité par C. const., 14 octobre 2010, *R.D.P.C.*, 2011, p. 70, n° B.5.2). «D'une manière générale, la "mauvaise foi" exigée par l'article 103 s'identifie à l'acte volontaire commis en connaissance de cause, quel que soit le mobile poursuivi (J. SPREUTELS, F. ROGGEN et E. ROGER FRANCE, *Droit pénal des affaires*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 1010).

³² F. KUTU, *Principes généraux du droit pénal belge*, op. cit., p. 229.

l'infraction, c'est-à-dire l'acte interdit ou l'abstention interdite, la simple négligence étant insuffisante à cet égard³³.

18. Pour cette catégorie d'infractions, l'exigence de l'élément concret de connaissance et de volonté porte, en principe, sur l'ensemble des éléments constitutifs de l'infraction. Cela étant dit, cette exigence peut être relativisée pour certains éléments constitutifs objectifs de l'infraction. Ainsi, un agent est censé également commettre l'infraction « délibérément et en connaissance de cause » lorsque, en adoptant le comportement prohibé par la loi, il omet sciemment et délibérément de vérifier une information ou un élément essentiel. On considère qu'il en va ainsi lorsque, *de façon raisonnable*, il avait l'obligation de procéder à une telle vérification. Cette appréciation du caractère raisonnable de la vérification est déterminante pour décider si son comportement tombe ou non sous le coup de la loi pénale.

Prenons l'exemple de l'article 372 du Code pénal. Il s'agit de l'infraction de l'attentat à la pudeur, sans violence ou menace, sur un mineur de moins de 16 ans. L'âge du partenaire est un élément constitutif de l'infraction. Cette infraction nécessite un élément fautif spécifique, qui consiste en la volonté de porter atteinte à la pudeur. Mais, indépendamment de cette première question, se pose celle de la connaissance de tous les éléments constitutifs de l'infraction, et en particulier de l'âge du partenaire.

Si l'auteur de l'infraction s'abstient *sciemment et délibérément* de vérifier l'âge de son partenaire âgé de moins de seize ans alors qu'il sait qu'il s'agit là d'un élément déterminant pour l'application de la loi pénale, il commet l'infraction *délibérément et en connaissance de cause*. Il revient ainsi au juge de constater, eu égard aux éléments concrets de la cause, que l'auteur devait raisonnablement s'interroger à propos de cet élément et a manifestement choisi de ne pas rechercher sérieusement cette information.

19. La plupart du temps, la loi n'exige un tel élément fautif que de manière implicite. Plus rarement, il est exprimé de façon explicite dans le texte légal par des termes assez divers : « volontaire »³⁴, « sciemment »³⁵,

³³ Cass., 23 novembre 1999, *Pas.*, 1999, n° 324.

³⁴ « Sont qualifiés de volontaires l'homicide et les lésions [...] » (art. 392, C. pén., « Homicide et coups et blessures volontaires »)

³⁵ Art. 116, C. pén. : « Quiconque aura sciemment livré ou communiqué [...] ». Voy. aussi les art. 118, 119 et 121 *bis*.

« mauvaise foi »³⁶, « en cas de connivence »³⁷, « délibéré »³⁸, « intentionnellement »³⁹ ...

20. La preuve de cet élément fautif est rapportée lorsqu'il apparaît des faits concrets de la cause que l'agent a décidé librement et consciemment d'adopter le comportement incriminé par la loi.

Il importe de distinguer très clairement cet élément fautif (violation délibérée de la loi pénale en connaissance cause) du mobile de l'infraction. Alors que l'élément fautif se réfère à la conscience et la volonté *in concreto* d'adopter le comportement interdit par la loi pénale, le mobile, quant à lui, se réfère aux motifs et aux raisons concrètes qui ont poussé l'agent à commettre l'infraction.

Autrement dit, la notion « délibérément » ne signifie pas nécessairement que l'objectif principal de l'agent était de violer le prescrit légal. Il suffit qu'il ait méconnu le prescrit légal en connaissance de cause pour arriver à ses fins, quelles qu'elles soient.

21. Si l'on prend l'exemple des coups et blessures volontaires, les lésions sont volontaires quand ces actes sont commis ou causés « avec le dessein d'attenter à la personne d'un individu déterminé, ou de celui qui sera trouvé ou rencontré, quand même ce dessein serait dépendant de quelque circonstance ou de quelque condition, et lors même que l'auteur se serait trompé dans la personne de celui qui a été victime de l'attentat » (art. 392, C. pén.).

Cette définition de l'élément fautif rappelle que le mobile de l'infraction importe peu, de même que la circonstance que l'auteur n'ait pas voulu le dommage qui en est résulté⁴⁰. C'est en ce sens qu'il a été considéré que les coups portés dans le cadre de relations sadomasochistes répondaient bien à la qualification de coups et blessures volontaires⁴¹.

³⁶ Art. 103, ancien, de la loi du 14 juillet 1991 (voy. ci-dessus).

³⁷ Aide d'un gardien à l'évasion d'un détenu (art. 334, C. pén.). En revanche, la même disposition évoque également la négligence qui donne lieu à une peine moins grave (la négligence renvoie à la deuxième catégorie d'élément fautif (cf. *supra*).

³⁸ Le terme « délibéré » utilisé pour définir le traitement constitutif de la torture visée à l'art. 417bis, 1^{er}, du C. pén. n'a d'autre portée que de confirmer que l'infraction requiert les éléments de conscience et de volonté qui caractérisent le dol général (Cass., 1^{er} décembre 2010, *Rev. dr. pén.*, 2011, p. 330).

³⁹ Art. 10, § 1^{er}, 6^o, de la loi du 9 juillet 1984 concernant l'importation, l'exportation et le transit de déchets tel que modifié par la loi du 12 mai 2011.

⁴⁰ Cass., 25 février 1987, *Pas.*, 1987, p. 761, *Rev. dr. pén.*, 1987, p. 692.

⁴¹ Cass., 6 janvier 1998, *Pas.*, 1998, p. 3.

Il n'en demeure pas moins qu'il faut, pour que cette qualification soit retenue, que l'agent ait voulu attenter à l'intégrité physique de la personne d'autrui. Dans un arrêt du 9 janvier 1996, la Cour de cassation a ainsi repris l'élément moral requis sous la notion d'«intention d'agresser et de blesser la personne»⁴². La Cour a encore considéré que l'auteur doit avoir «sciemment» accompli l'acte à l'égard de la victime⁴³, le terme sciemment signifiant «en pleine connaissance de cause».

La Cour a, cependant, considéré qu'il n'est requis pour cette infraction «en tant qu'élément moral qu'un dol général, à savoir le fait de commettre *sciemment* l'acte interdit par la loi [...]». Le dessein d'attenter à la personne d'un individu ne requiert pas «que l'auteur agisse dans une "intention malveillante", mais uniquement qu'il fasse sciemment un acte qui porte atteinte à l'intégrité physique; qu'ainsi, les intentions ou motifs subjectifs qu'il pourrait avoir en le faisant sont dénués de pertinence»⁴⁴.

Ainsi, pour qu'une personne soit condamnée du chef de coups et blessures volontaires, il ne suffit pas qu'elle ait consciemment pris le risque d'adopter un comportement susceptible de causer des coups à autrui, mais il faut que l'agent ait délibérément et en pleine connaissance de cause, posé un acte avec le dessein de porter atteinte à l'intégrité physique (ce qui exclut la possibilité de retenir comme élément fautif ce que d'aucuns appellent le dol éventuel). Ainsi, ne pourrait être reconnu coupable de coups et blessures volontaires le conducteur qui adopte une conduite inconsidérée et particulièrement dangereuse pour les autres usagers, sans toutefois avoir l'intention de heurter et blesser ceux-ci, mais tout en n'excluant pas une telle possibilité. En revanche, différente est la situation du conducteur qui, à titre de défi, roule délibérément à contre-sens sur l'autoroute et qui ne fait rien pour éviter les autres usagers venant en face. Dans cette dernière hypothèse, il adopte délibérément et en connaissance de cause un comportement qui tend à heurter et blesser (voire tuer) d'autres usagers de la route dès lors qu'il compte seulement sur les réflexes et l'habileté des autres usagers pour l'éviter⁴⁵.

⁴² Cass., 9 janvier 1996, *Pas.*, 1996, I, p. 19, *J.T.*, 1996, p. 487.

⁴³ Cass., 10 septembre 1996, *Pas.*, 1996, I, p. 300.

⁴⁴ Cass., 6 janvier 1998, *Pas.*, 1998, p. 3.

⁴⁵ Un tel comportement constitue d'ailleurs une entrave méchante à la circulation (art. 406-408, C. pén.).

III.3.2. L'assimilation de la négligence grave à cette troisième catégorie d'élément fautif

22. Pour certaines infractions, la loi assimile, sur le plan de l'élément fautif, la négligence grave à l'élément fautif consistant en la commission délibérée et en connaissance de cause de l'infraction.

Certaines incriminations récentes de comportements intentionnels font ainsi apparaître, dans leur libellé, une assimilation de la négligence grave à l'élément fautif consistant en la commission délibérée et en connaissance de cause de l'infraction.

Citons, ici, à titre d'exemples :

- l'article 505, alinéa 1^{er}, 2^o, du Code pénal (le délit de blanchiment) : « ceux qui auront acheté, reçu en échange ou à titre gratuit, possédé, gardé, géré des choses visées à l'article 42, 3^o, alors qu'ils en connaissaient ou devaient en connaître l'origine » ;
- l'article 442bis du Code pénal (le harcèlement) : « quiconque aura harcelé une personne alors qu'il savait ou *aurait dû savoir* qu'il affecterait gravement par ce comportement la tranquillité de la personne visée [...] » ;
- l'article 28, b), du Statut de la Cour pénale internationale : « [...] le supérieur hiérarchique est pénalement responsable des crimes relevant de la compétence de la Cour commis par des subordonnés placés sous son autorité et son contrôle effectifs, lorsqu'il ou elle n'a pas exercé le contrôle qui convenait sur ces subordonnés dans les cas où [...] le supérieur hiérarchique savait que ces subordonnés commettaient ou allaient commettre ces crimes ou *a délibérément négligé* de tenir compte d'informations qui l'indiquaient clairement » ;
- celui qui, illicitement et intentionnellement ou au moins par négligence grave, transfère des déchets... (art. 10, § 1^{er}, 6^o, de la loi du 9 juillet 1984 concernant l'importation, l'exportation et le transit de déchets tel que modifié par la loi du 12 mai 2011).

Sur le plan des principes, il est contestable d'assimiler la faute lourde à cette troisième catégorie d'élément fautif, ces deux éléments moraux étant de nature intrinsèquement différente. Il semble que ce soit principalement les difficultés liées à l'établissement de la preuve qui soient à l'origine de cette assimilation⁴⁶.

⁴⁶ D. VANDERMEERSCH, *Éléments de droit pénal et de procédure pénale*, op. cit., p. 161.

III.4. Quatrième catégorie : l'élément intentionnel spécifique

23. Certaines infractions exigent comme élément fautif une intention particulière à défaut de laquelle le comportement n'est pas punissable (ou une circonstance aggravante ne pourra être retenue).

En principe, cet élément porte sur l'intention de poursuivre un résultat déterminé ou sur un état d'esprit particulier qui anime l'agent. Il implique toujours l'élément fautif caractérisant la troisième catégorie, à savoir la violation du prescrit légal de façon délibérée et en connaissance de cause de la commission de l'infraction, mais il requiert en plus le constat d'un élément particulier ou caractéristique supplémentaire.

En règle, la bonne foi exclut ici l'existence de cet élément intentionnel spécifique⁴⁷. Ne tomberaient pas sous l'application de la loi pénale, les contrevenants que l'on pourrait considérer comme étant « de bonne foi ». Ainsi en serait-il de ceux qui plaideraient l'erreur de bonne foi sans pouvoir exciper de l'erreur invincible.

24. Lorsque cet élément spécifique est exigé, il est, en règle, indiqué explicitement dans le texte légal. Citons ici à titre d'exemples :

- Quiconque, soit « pour s'emparer de deniers publics, soit pour envahir des domaines [...] » se sera mis à la tête de bandes armées [...] (art. 128, C. pén.);
- « celui qui a *méchamment* imputé à une personne » (art. 443, C. pén., « calomnie »); le terme « méchamment » vise le dessein de nuire.
- « le faux commis en écritures avec une intention *frauduleuse* ou à *dessein de nuire* »⁴⁸ (art. 193, C. pén., « faux en écritures »).
- « soustrait *frauduleusement* » (art. 461, C. pén., « définition du vol »);
- « Quiconque aura attenté aux mœurs en excitant, favorisant ou facilitant, *pour satisfaire les passions d'autrui*, la débauche, la corruption ou la prostitution d'un mineur de l'un ou l'autre sexe » (art. 379, C. pén., « incitation à la débauche »);
- « Constitue une infraction terroriste, l'infraction prévue aux § 2 et 3, qui, de par sa nature ou son contexte, peut porter gravement atteinte à un pays ou à une organisation internationale et est commise intentionnellement *dans le but d'intimider gravement une population ou de contraindre indûment les pouvoirs publics ou une organisation internationale*

⁴⁷ Cass., 24 mars 1998, *Pas.*, 1998, n° 164.

⁴⁸ L'intention frauduleuse s'interprète comme l'intention de se procurer à soi-même ou à autrui des avantages ou un profit illicites (Cass., 11 février 2009, R.G. n° P.08.314.F, *Pas.*, 2009, à sa date; Cass., 17 mars 2010, R.G. n° P.09.1623F).

- à accomplir ou à s'abstenir d'accomplir un acte, ou de gravement déstabiliser ou détruire les structures fondamentales [...]» (art. 137, § 1^{er}, C. pén.);*
- «[...] le crime de génocide s'entend de l'un des actes ci-après, commis dans l'intention de détruire, en tout ou en partie, un groupe national, ethnique, racial ou religieux, comme tel [...]» (art. 136bis, C. pén.).

25. Ici aussi, cet élément intentionnel spécifique doit être distingué du mobile. À titre d'exemple, l'élément fautif requis pour le meurtre (intention de donner la mort) est le fait d'adopter délibérément et en connaissance de cause un comportement tendant à enlever la vie à autrui tandis que le mobile peut être la jalousie, la vengeance, l'appât du gain...⁴⁹. Ainsi, le fait qu'une personne ait commis un faux pour des motifs humanitaires n'empêche pas la constatation de l'élément intentionnel spécifique au faux⁵⁰.

Il arrive fréquemment que la défense plaide, pour le meurtre, l'absence d'intention criminelle en arguant du fait que l'accusé n'a pas «voulu la mort de son antagoniste en tant que telle et que, par conséquent, il n'a pas eu l'intention de tuer». Pour notre part, il s'agit d'apprécier si au moment de la commission de l'infraction, l'agent était animé de l'intention de tuer (c'est-à-dire qu'il a donné la mort délibérément et en connaissance de la portée de cet acte), même si cette intention n'a duré qu'un laps de temps très court (le temps de la décharge d'adrénaline) et que l'agent n'avait pas mesuré les conséquences, pour lui-même ou autrui, de son acte⁵¹. L'intention criminelle existe indépendamment du fait qu'ultérieurement, l'auteur regrette amèrement son geste et, surtout, ses conséquences.

Le reste est une question de preuve de cette intention et nous n'entrerons pas ici dans ce débat. Relevons uniquement qu'il appartient à la partie poursuivante d'établir l'élément fautif spécifique exigé par la loi, à défaut de quoi le prévenu ne peut pas être déclaré coupable de l'infraction. Par ailleurs, cette preuve peut résulter de présomptions au sens juridique du terme (à savoir l'induction par laquelle on remonte d'un fait connu à un fait contesté). Ainsi, lorsque le juge constate que l'accusé a, en connaissance de cause, mis en œuvre des actes et des moyens qui, selon toute logique, conduisent à la mort d'autrui, il peut en conclure que cet accusé a nécessairement eu l'intention de tuer⁵². Il a également été jugé

⁴⁹ D. VANDERMEERSCH, *Éléments de droit pénal et de procédure pénale, op. cit.*, p. 161.

⁵⁰ Cass., 18 avril 2006, *Pas.*, 2006, n° 216, *R.W.*, 2006-2007, p. 1273.

⁵¹ D. VANDERMEERSCH, *Éléments de droit pénal et de procédure pénale, op. cit.*, p. 161.

⁵² Corr. Bruxelles, 8 mars 2000, not. 30.45.2/94, réf. Greffe 1575 et Bruxelles (mis. acc.), 4 décembre 2000, réf. 3510 cités par D. VANDERMEERSCH, *Éléments de droit pénal et de procédure pénale, op. cit.*, p. 162.

que l'intention homicide peut s'induire de la circonstance que l'auteur des coups portés volontairement a fait usage d'une arme dangereuse et a frappé la victime sur tout le corps⁵³. Cela étant dit, la question de la recherche de l'intention homicide d'un accusé ou d'un prévenu relève de l'appréciation souveraine du juge du fond et dépendra de chaque cause prise distinctement. Il sera donc tenu compte, aussi, des éventuels propos tenus avant ou après l'acte matériel, de l'attitude générale de l'auteur, de sa personnalité, etc.

IV. Les critères distinctifs entre les différentes catégories d'infractions

26. La ligne de démarcation entre les différentes catégories d'infractions suivant l'élément fautif requis n'est pas l'état d'esprit qui anime l'agent au moment de la commission de l'infraction. Une infraction dite réglementaire peut être commise de mauvaise foi, même avec une intention particulière, sans que cela ne modifie l'élément fautif qui caractérise ce type d'infractions.

Ainsi en est-il d'une infraction en matière de documents sociaux. Il importe peu que l'agent ait agi de mauvaise foi (volontairement et en connaissance de cause) ou de bonne foi (par défaut de prévoyance ou par inadvertance). Il en va de même pour certaines infractions dont l'élément fautif est le défaut de prévoyance ou de précaution.

En revanche, le contraire n'est point vrai. Lorsque la loi exige comme élément fautif un comportement de « mauvaise foi », le comportement ne sera pas punissable, sauf incrimination autre spécifique, lorsque l'agent a commis les faits en raison d'une négligence, même une négligence grave⁵⁴.

Dans certains cas de figure, la loi a érigé en infractions distinctes le même comportement selon qu'il est commis volontairement et en connaissance de cause ou par défaut de prévoyance ou de précaution. Ainsi, l'homicide est qualifié tantôt d'homicide involontaire (art. 418, C. pén.), tantôt de coups et blessures volontaires ayant entraîné la mort sans intention de la donner (art. 401, C. pén.), tantôt de meurtre (art. 393, C. pén.) selon que les faits ont été commis, ou non, avec intention d'attenter à la personne d'autrui et/ou de donner la mort.

⁵³ Cass. crim. fr., 24 juillet 1974, *Gaz. Pal.*, 1974, II, somm. 289.

⁵⁴ Pour certaines infractions, le législateur a estimé nécessaire d'assimiler la faute lourde à la faute intentionnelle (cf. ci-dessus).

27. En réalité, le critère de classification pour les deuxième et quatrième catégories d'infractions est assez simple. Dès lors qu'il figure explicitement dans le texte légal de l'incrimination, il est aisé de classer l'infraction, soit dans la deuxième catégorie lorsqu'il est question de négligence ou de défaut de prévoyance et de précaution, soit dans la quatrième catégorie lorsqu'une intention particulière est requise par le texte légal.

28. En revanche, la question est plus complexe lorsque, en l'absence de toute mention d'un élément fautif dans le texte légal, il y a lieu de déterminer si l'infraction en question relève de la première catégorie (infractions dites réglementaires) ou de la troisième catégorie (incrimination impliquant la commission délibérée de l'infraction en connaissance de cause).

Comme la troisième catégorie exige que l'agent ait commis l'infraction de façon délibérée et en connaissance de cause, le critère de distinction pourrait se situer, en l'absence de toute indication dans le texte, dans la réponse à la question de savoir si le comportement est punissable en cas de négligence fautive. Si c'est le cas, il y a lieu de considérer qu'il s'agit d'une infraction dite réglementaire (première catégorie). Dans l'hypothèse contraire, l'élément fautif de l'infraction relèvera de la troisième catégorie.

Quelques exemples doivent nous permettre d'explicitier ce critère.

Prenons l'incrimination de violation du secret professionnel en nous posant la question de savoir si l'avocat qui viole son secret à la suite d'une négligence (même coupable) est punissable. La réponse doit être négative à notre sens. L'avocat qui, par négligence, laisse à la vue de tiers des documents dont le contenu est couvert par le secret professionnel ne se rend pas coupable de l'infraction prévue à l'article 458 du Code pénal. Cette infraction ne relève donc pas de la première catégorie. La situation est par contre différente si l'avocat a communiqué, de façon délibérée et en connaissance de cause, des informations couvertes par le secret professionnel à un tiers. Il sait qu'il s'agit d'informations couvertes par le secret professionnel et, sachant cela, il les communique à un tiers. Il commet donc bien l'infraction délibérément et en connaissance de cause. Il en va de même s'il partage des informations couvertes par le secret professionnel à voix haute, alors qu'un tiers est présent et qu'il sait que ce tiers entend cette confidence. Il agit ici également délibérément et en connaissance de cause.

La question est plus difficile pour la distribution ou la diffusion de films pédopornographiques (art. 383*bis*, C. pén.). Si l'on estime que l'infraction est établie dès que l'intéressé distribue du tel matériel sans en avoir vérifié le contenu, il faudrait classer cette infraction comme réglementaire,

puisque le contrevenant serait punissable même en cas de négligence (à savoir de ne pas avoir vérifié le contenu des cassettes qu'il distribuait). En revanche, si on exige la preuve de ce qu'il avait effectivement connaissance du contenu pédopornographique du matériel qu'il diffusait, il s'agirait d'une infraction relevant de la troisième catégorie. Encore peut-on admettre que, dans cette hypothèse qui reçoit notre préférence, eu égard aux circonstances concrètes de la cause, l'intéressé devait raisonnablement s'interroger sur le contenu de ces films et que l'omission volontaire de procéder à cette vérification est à ce point flagrante qu'elle constitue un comportement adopté délibérément et en connaissance de cause.

29. Bien entendu, il ne faut pas confondre l'élément fautif et la preuve de cet élément, laquelle peut être rapportée notamment par des présomptions.

30. Enfin, nous rappelons une fois encore que la question de l'erreur invincible doit être analysée, par souci de clarté, de manière distincte de l'élément fautif et, surtout, après l'analyse de l'élément fautif. Ce n'est que lorsque le juge a constaté la présence de l'élément fautif exigé par la loi, qu'il s'interrogera sur l'existence ou non d'une erreur invincible. Nous n'aborderons pas plus avant cette question dans la présente étude.

V. Conclusions

31. Dans un souci de clarification et de simplification des notions, nous avons tenté de déterminer les différentes catégories d'éléments fautifs qui caractérisent l'élément subjectif des différents types d'infractions en recourant à une terminologie nouvelle et en recherchant un critère de démarcation opérationnel. Nous sommes conscients que l'exercice est difficile et est toujours sujet à discussion.

La matière est complexe et mérite que les notions que nous avons développées soient débattues et, le cas échéant, revues ou affinées.

Le mandataire *ad hoc* dans le cadre de la responsabilité pénale des personnes morales : une institution source de controverses

Emmanuel ROGER FRANCE¹

Avocat au barreau de Bruxelles

I. Introduction

L'institution du « mandataire *ad hoc* » a été introduite par la loi du 4 mai 1999, instaurant la responsabilité pénale des personnes morales².

Depuis son entrée en vigueur, le 2 juillet 1999, hors les exceptions prévues à l'article 5 du Code pénal, toutes les personnes morales, tant belges qu'étrangères, tant privées que publiques, peuvent faire l'objet de poursuites pénales pour toutes infractions « intrinsèquement liées à la réalisation de leur objet social ou à la défense de leurs intérêts », ou « qui ont été commises pour leur compte »³.

¹ L'auteur remercie M^e Benoît Lemal pour sa précieuse contribution à la jurisprudence inédite.

² Art. 12 de la loi du 4 mai 1999 instaurant la responsabilité pénale des personnes morales (*M.B.*, 22 juin 1999).

³ Nous n'examinerons bien entendu pas dans le cadre de la présente contribution l'ensemble de la problématique relative à la responsabilité des personnes morales et renvoyons à cet égard aux nombreuses études sur le sujet et, notamment: J. SPREUTELS, F. ROGGEN et E. ROGER FRANCE, *Droit pénal des affaires*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 51 à 87, et réf. cit. pp. 50-51; F. ROGGEN, « La responsabilité pénale des personnes morales », in *Actualités de droit pénal*, Bruxelles, Bruylant, UB3, 2005, p. 1; F. LUGENTZ et O. KLEES, « Le point sur la responsabilité pénale des personnes morales », *R.D.P.*, 2008, p. 190; V. FRANSSSEN et R. VERSTRAETEN, « La volonté et la faute de la personne morale – Rappel des principes généraux et évaluation critique de dix années de jurisprudence », *J.T.*, 2010, p. 65; H. VAN BAVEL, « De strafrechtelijke aansprakelijkheid voor misdrijven gepleegd binnen een rechtspersoon », in *Le droit pénal financier en marche*, Cahiers AEBDF, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2009, p. 429; A. MASSET, « La responsabilité pénale des personnes morales », *Rev. dr. pén. entr.*, 2011, 1, p. 3.

La philosophie suivie par la loi du 4 mai 1999 consiste à assimiler, dans la plus large mesure possible, les personnes morales aux personnes physiques⁴.

Depuis lors, à l'instar des personnes physiques, les personnes morales sont également amenées à comparaître devant les tribunaux répressifs. En matière de comparution, l'article 152, § 1^{er}, ainsi que l'article 185, § 1^{er}, du Code d'instruction criminelle prévoient tous deux que «le prévenu, la partie civilement responsable et la partie civile comparaitront en personne ou par un avocat» et que «le tribunal pourra, en tout état de cause, sans que sa décision puisse être l'objet d'aucun recours, ordonner la comparution en personne».

Ces dispositions s'appliquent donc également aux personnes morales, dont la comparution en personne est organisée par les dispositions légales et statutaires applicables⁵. Lors des travaux préparatoires de la loi du 4 mai 1999, le ministre a en effet confirmé qu'il n'était pas nécessaire de prévoir de dispositions particulières pour les personnes morales, car les règles générales de la représentation de la société peuvent jouer en la matière⁶.

Cela étant, en fonction des circonstances de la cause, les personnes morales peuvent bien entendu être poursuivies comme seules responsables d'une infraction, tout comme elles peuvent également l'être en même temps que d'autres personnes, également morales, ou physiques (notamment celles habilitées à les représenter en justice) pour répondre d'une même infraction ou d'infractions connexes.

En l'état actuel de la jurisprudence⁷, dans l'hypothèse de poursuites dirigées, pour une «même infraction», à la fois contre la personne morale et contre une (ou plusieurs) personne(s) physique(s), la règle applicable sera celle du «cumul» des responsabilités de la personne morale et de la personne physique: elles pourront être condamnées «en même temps»⁸,

⁴ Sur les problèmes que cela suscite en pratique et l'évolution de la jurisprudence à cet égard, cf. en partic. V. FRANSSSEN et R. VERSTRAETEN, «La volonté et la faute de la personne morale – Rappel des principes généraux et évaluation critique de dix années de jurisprudence», *op. cit.*

⁵ F. ROGGEN, «La responsabilité pénale des personnes morales», *op. cit.* p. 36.

⁶ *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 1998-1999, 1-1217/6, p. 83, qui donne comme exemple le fait que les sociétés anonymes sont généralement représentées par deux administrateurs, si les statuts le prévoient.

⁷ Cf. à ce sujet pour plus détails, V. FRANSSSEN et R. VERSTRAETEN, «La volonté et la faute de la personne morale – Rappel des principes généraux et évaluation critique de dix années de jurisprudence», *op. cit.*, et F. LUGENTZ et O. KLEES, «Le point sur la responsabilité pénale des personnes morales», *op. cit.*

⁸ Pour reprendre l'expression de l'art. 5, C. pén.

et ce, tant en matière d'infractions intentionnelles que non intentionnelles⁹.

Toutefois, lorsqu'il ressort de l'analyse des circonstances concrètes d'une cause que la personne physique, à l'origine de l'infraction, n'a pas commis la faute « sciemment et volontairement », la règle du cumul devra être écartée au profit de celle du « décumul », en vertu de laquelle « 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 ».

Dans l'hypothèse de pareilles poursuites dirigées, pour une même infraction, à la fois contre la personne morale et contre une (ou plusieurs) personne(s) physique(s), des « conflits d'intérêt » peuvent alors rapidement naître entre personne morale, d'une part, et personne(s) physique(s), d'autre part.

Il en va ainsi de façon évidente dans les situations donnant lieu à application de la règle du « décumul », le tribunal ne pouvant alors condamner que la personne qui a commis « la faute la plus grave ». Dans pareille situation, si elles veulent échapper à la répression, tant la (ou les) personne(s) physique(s) que la (ou les) personne(s) morale(s) mis(es) en cause ont, *a priori* et en théorie, intérêt à soutenir qu'elles ont commis la faute « la moins grave » ou défendre le point de vue selon lequel la faute « la plus grave » a été perpétrée « par les autres ». Dans un tel cas de figure, si la personne physique mise en cause est celle qui est habilitée à pouvoir représenter la personne morale, il lui sera difficile de comparaître pour défendre, à la fois, son propre intérêt et celui de la personne morale dont elle est le mandataire.

On ne peut non plus en théorie exclure l'existence de pareil conflit d'intérêt potentiel en cas de poursuites pour infractions donnant lieu à cumul, et ce, même si la condamnation éventuelle de l'un n'exclut alors pas celle de l'autre: on pourrait en effet soutenir qu'il y aurait « conflit d'intérêt » dès que les stratégies de défense de la personne morale et de la (ou des) personne(s) physique(s) par rapport à un même fait sont susceptibles de se « contredire » l'une l'autre¹⁰.

Partant de ces constats, le législateur a souhaité y remédier prévoyant la désignation d'un « mandataire *ad hoc* », et ce, dès « l'engagement des

⁹ Les infractions par négligence ou imprudence sont en effet appréciées *in concreto* par la jurisprudence. Cf. à cet égard Cass., 4 mars 2003, *Pas.*, I, 2003, p. 427, et concl. av. gén. DE SWAEF; Cass., 7 septembre 2004, *Pas.*, I, 2004, p. 1263; Cass., 8 novembre 2006, *R.D.P.*, 2007, p. 273, et concl. av. gén. VANDERMEERSCH.

¹⁰ P. HELSEN, « Lasthebber *ad hoc* », in *Strafrecht en Strafvoeding – Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Kluwer, Mechelen, p. 84, et réf.

poursuites», chargé de représenter la personne morale de façon indépendante par rapport aux «personnes physiques habilitées à la représenter», lorsqu'elles sont toutes poursuivies de façon concomitante pour un même fait ou des faits connexes. C'est à cette fin qu'il instaure dans notre droit la figure du «mandataire *ad hoc*».

Cette institution, inspirée du droit français¹¹, fait l'objet de l'article 2bis du Titre préliminaire du Code d'instruction criminelle, qui stipule, de façon toutefois relativement lapidaire, que: «Lorsque les poursuites contre une personne morale et contre la personne habilitée à la représenter sont engagées pour des mêmes faits ou des faits connexes, le tribunal compétent pour connaître de l'action publique contre la personne morale désigne, d'office ou sur requête, un mandataire *ad hoc* pour la représenter».

L'idée à la base de cette disposition est donc *a priori* simple: lorsque tant la personne morale que la personne physique qui la représentent sont poursuivies pour un même fait ou des faits connexes, un «conflit d'intérêt» peut potentiellement surgir¹², auquel il est remédié par la désignation d'un mandataire *ad hoc*.

Si cette idée est, en soi, difficilement critiquable quant à son principe, elle a malheureusement été libellée de façon beaucoup trop vague par le législateur, qui n'a prévu aucun mécanisme sur le plan procédural et n'a accordé aucune attention aux nombreux problèmes pratiques que pareille institution était susceptible d'engendrer.

Les questions sont pourtant nombreuses: cette désignation est-elle une obligation ou seulement une faculté? À quel stade de la procédure pénale doit-elle intervenir? Qui est compétent pour l'ordonner? Peut-on faire appel de cette décision, et dans l'affirmative, qui peut faire appel? Qui peut être désigné comme mandataire *ad hoc*? Qui paiera ses honoraires? Quand se termine sa mission? Etc.

Force est de constater que le libellé succinct de l'article 2bis du Titre préliminaire du Code d'instruction criminelle n'apporte absolument aucune réponse, le législateur laissant le soin aux cours et tribunaux de l'appliquer en pratique. Une tentative d'adaptation de cette institution

¹¹ Cf. à ce propos, art. 706-43, C. pén. fr.; R. BERNARDINI, v° «Personne morale», in *Rép. pén. Dalloz*, 2010, ainsi que F. ROGGEN, *Droit pénal général*, Bruxelles, P.U.B., 2005, p. 115, qui relève qu'en droit français ce rôle est très limité et «formel» (pour assurer le caractère contradictoire de la procédure), n'intervenant notamment pas dans le choix de l'avocat ni dans celui de la stratégie de défense, ce qui «a pour conséquence que la majorité des questions que l'institution du mandataire *ad hoc* suscite dans notre pays [...] ne se pose pas en droit français».

¹² *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 1998-1999, n° 1-1217/6, p. 74.

aura lieu avec le projet de loi modifiant la loi du 4 mai 1999 déposé à la Chambre le 19 février 2007, mais il est actuellement caduc¹³.

Tout sera donc question d'interprétation, ce que les Cours et tribunaux n'ont pas manqué de (devoir) faire depuis 1999, en tentant tant bien que mal de répondre à des situations que le législateur n'a ainsi pas jugé utile de régler dès l'origine de façon explicite.

L'institution du mandataire *ad hoc* est, à l'heure actuelle, en grande partie le fruit de ces douze années de jurisprudence, malheureusement souvent contradictoire selon les problématiques abordées, variant en fonction des arrondissements judiciaires et faisant l'objet de nombreuses controverses en doctrine¹⁴.

C'est cette jurisprudence que nous nous proposons d'examiner ci-après plus en détail, en passant en revue les différentes questions auxquelles les praticiens ont été confrontés et les réponses qui y ont été apportées, comme suit :

- quand faut-il envisager la désignation d'un mandataire *ad hoc* ?
- s'il faut l'envisager, quelle est l'autorité compétente pour le désigner ?
- cette décision est-elle obligatoire ou facultative ?
- existe-t-il des possibilités de recours contre cette décision ?
- qui peut être nommé mandataire *ad hoc* ?
- quels sont ses pouvoirs, comment s'exerce sa mission ?
- quand prend-elle fin ?

II. Quand faut-il envisager la désignation d'un mandataire *ad hoc* ?

L'article 2bis du Titre préliminaire du Code d'instruction criminelle précise que la question ne se pose que « lorsque les poursuites contre une per-

¹³ *Doc. parl.*, Ch., sess. ord. 2006-2007, n° 51 2929/001, qui visait également à abroger l'art. 5, al. 2, C. pén.

¹⁴ On consultera sur ce sujet spécifique not. : P. HELSEN, « Lasthebber *ad hoc* », *op. cit.* ; F. LUGENTZ et O. KLEES, « Le point sur la responsabilité pénale des personnes morales », *op. cit.* ; S. DE MEULENAER et P. WAETERINCKX, « De Lasthebber *ad hoc* in het straf(proces)recht: lastiger dans gedacht », *R.W.*, 2003-2004, pp. 402 et s. ; S. COISNE et P. WAETERINCKX, « La sauvegarde des droits de la défense d'une personne morale, son droit au silence et le mandataire *ad hoc* comme garant de ces droits », in M. NIHOUL *et al.*, *Actes du colloque du 6 mai 2004, la responsabilité des personnes morales en Belgique*, Bruges, La Charte, 2005, p. 309 ; D. MATRAY et J. OVERATH, « Le mandataire *ad hoc* dans la responsabilité pénale des personnes morales », in *Liber amicorum Jean-Pierre De Bandt*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 474 ; P. WAETERINCKX, « De lasthebber *ad hoc*, nog steeds lastiger dan gedacht », *R.A.B.G.*, 2007, p. 391.

sonne morale et contre la personne habilitée à la représenter sont engagées pour des mêmes faits ou des faits connexes».

Différentes conditions doivent donc être rencontrées :

1. l'existence de « poursuites »
2. qui doivent avoir été « engagées »
3. contre une personne morale « et » contre « la personne habilitée à la représenter »
4. pour des « mêmes faits ou des faits connexes »

II.1. Existence de poursuites

Le mandataire *ad hoc* est une institution liée à l'existence de « poursuites pénales ». En d'autres termes, il faut être en présence de l'exercice de « l'action publique »¹⁵.

Cette condition, qui paraît simple, peut poser question en pratique.

Ainsi, faut-il désigner un mandataire *ad hoc* en cas de citation directe au pénal, dirigée contre le représentant d'une personne morale, mais également contre la personne morale elle-même, cette dernière n'étant toutefois citée qu'en qualité de « civilement responsable » du paiement des amendes pénales à infliger à son représentant ?

Ce type de situation n'est pas rare. Il existe en effet de nombreuses lois mettant à charge de la personne morale la responsabilité « civile » du paiement de l'amende pénale infligée à des personnes physiques qui sont leurs représentants ou leurs préposés. Par exemple, en matière d'infractions de roulage ou de protection juridique de base données¹⁶. Sans être infligée directement à la personne morale, la peine pénale d'amende est payée par celle-ci en vertu de la loi elle-même¹⁷. Par ce mécanisme, qui est antérieur à l'introduction de la responsabilité pénale des personnes

¹⁵ M. FRANCHIMONT, A. JACOBS et A. MASSET, *Manuel de procédure pénale*, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 243 : L'objet des « poursuites » est de « déférer à la juridiction répressive les faits qualifiés d'« infraction » par la loi ».

¹⁶ Cf. art. 67 des lois coordonnées en matière de roulage qui stipule que « les personnes civilement responsables, aux termes de l'article 1384 du Code civil, des dommages-intérêts et frais, le sont également de l'amende », et art. 16 de la loi du 31 août 1998 transposant en droit belge la directive européenne du 11 mars 1996 concernant la protection juridique des bases de données qui dispose que « les personnes morales sont civilement responsables des condamnations aux dommages et intérêts, aux amendes, aux frais, aux confiscations, aux restitutions et aux sanctions pécuniaires quelconques prononcées pour une infraction aux dispositions du présent chapitre contre leurs administrateurs, représentants et préposés. ».

¹⁷ J. CONSTANT, *Traité élémentaire de droit pénal*, Liège, t. II, n^{os} 699 et 700 ; H.D. BOSLY, « Amendes et frais de justice mis à charge du mandataire ou du préposé », *Orientations*, 1981, pp. 33 à 37.

morales, le législateur aboutissait indirectement à un résultat proche de celui qui est actuellement atteint par un système admettant la responsabilité pénale des personnes morales¹⁸. Ce système de la « responsabilité civile du paiement des amendes » est resté en vigueur malgré l'introduction de la responsabilité pénale des personnes morales.

Ne pourrait-on alors considérer dans ce cas qu'il y a « conflit d'intérêt » au sens de l'article 2bis du Titre préliminaire du Code d'instruction criminelle, puisque la personne physique poursuivie aurait, à tout le moins en théorie, intérêt à ce que la personne morale qu'elle représente soit également condamnée au paiement de l'amende qui serait prononcée à sa charge ?

Certains juges ont répondu par l'affirmative et ont décidé, en pareil cas, de nommer un mandataire *ad hoc*¹⁹.

Cette jurisprudence, contestable, ne devrait pas être suivie. Elle perd de vue que, dans cette situation, l'action publique n'est en aucun cas engagée contre le « civilement responsable ». En effet, conformément à la jurisprudence²⁰ et une doctrine établie²¹, la personne morale poursuivie comme « civilement responsable » ne peut en aucun cas être considéré comme sujet, même passif, de l'action publique

II.2. Les poursuites doivent avoir été « engagées »

Il faut l'action publique ait été « mise en mouvement ».

À cet égard, l'article 2bis du Titre préliminaire du Code d'instruction criminelle ne semble viser que les modes de mise en mouvement de l'action publique devant un tribunal du fond, puisqu'il n'y est question que de « tribunal compétent pour connaître de l'action publique contre la personne morale », sans un mot sur l'information ou l'instruction.

Comme le relevait à juste titre le professeur Masset dès 1999, « cette disposition de représentation par un mandataire *ad hoc* n'est prévue que sur désignation [...] par le tribunal compétent pour connaître de l'action publique : les droits de la défense propres à la personne morale ne sont donc organisés de cette manière qu'au stade du jugement, alors que les

¹⁸ J. SPREUTELS, F. ROGGEN et E. ROGER FRANCE, *Droit pénal des affaires*, *op. cit.*, p. 56.

¹⁹ P. HELSEN, « Lasthebber *ad hoc* », *op. cit.*, p. 86, citant notamment un jugement inédit du tribunal correctionnel de Hasselt du 4 mai 2001.

²⁰ Cass., 29 octobre 2002, *Pas.*, 2002, p. 2061.

²¹ M. FRANCHIMONT, A. JACOBS et A. MASSET, *Manuel de procédure pénale*, *op. cit.*, p. 59, et réf. ; H.-D. BOSLY, D. VANDERMEERSCH et M.A. BEERNAERT, *Droit de la procédure pénale*, Bruges, La Charte, 2010, p. 145.

réformes récentes démontrent l'importance d'une défense pénale dès les stades de l'information et de l'instruction; cette lacune pénalisera gravement la défense pénale propre de la personne morale»²².

En effet, il est des hypothèses ou, d'évidence, la présence d'un possible «conflit d'intérêt» sera présente dès l'information ou l'instruction. Par exemple, lorsque les faits de la cause sont susceptibles de constituer une infraction de négligence qui n'aurait pas été commise «sciemment et volontairement», soit une hypothèse où il y aura lieu à appliquer la règle du décumul entre la personne morale et la personne physique identifiée (ou que l'enquête pénale vise à identifier).

Dans cette hypothèse, comme le relève la meilleure doctrine, «il est patent que, s'agissant, par exemple, d'exercer les droits visés aux articles 61^{ter} et 61^{quinquies} du Code d'instruction criminelle en vue, à décharge, de faire vérifier le degré de gravité des fautes respectives de la personne morale et de la personne physique en cause, s'agissant ensuite de se défendre devant les juridictions de renvoi en invoquant la cause d'excuse ainsi établie en faveur de la partie qui aurait commis la faute la moins grave, le conflit d'intérêt est bel et bien déjà présent»²³. Si, à ce stade, la personne morale est privée, dans les faits, d'une défense indépendante, cette dernière est susceptible de ne pouvoir exercer de façon effective ses droits de la défense jusqu'au moment du règlement de la procédure par la chambre du conseil (voire également ultérieurement lors des débats au fond), dans la mesure où il sera statué sur base du dossier répressif tel que composé par l'instruction durant laquelle la personne morale n'aura, le cas échéant, pas pu bénéficier d'une défense indépendante ayant pu introduire des requêtes ou faire valoir des éléments à décharge²⁴.

La question de l'existence possible de conflits d'intérêt dès l'information ou l'instruction avait pourtant été évoquée lors des travaux préparatoires, un parlementaire faisant déjà remarquer à l'époque au ministre qu'«il peut être nécessaire de désigner un mandataire *ad hoc* longtemps avant l'audience. Le conflit d'intérêt entre la personne morale et la personne habilitée à la représenter peut en effet surgir au cours de l'information ou de l'instruction. Le texte proposé ne prévoit cependant pas que le mandataire *ad hoc* peut déjà être désigné à ce stade de la procédure».

²² A. MASSET, «La loi du 4 mai 1999 instaurant la responsabilité pénale des personnes morales, une extension du filet pénal modalisée», *J.T.*, 1999, p. 653.

²³ F. LUGENTZ et O. KLEES, «Le point sur la responsabilité pénale des personnes morales», *op. cit.*, p. 218.

²⁴ Sous réserve des pouvoirs du juge de fond, et F. LUGENTZ et O. KLEES, «Le point sur la responsabilité pénale des personnes morales», *op. cit.*, p. 218.

Le ministre a répondu que: «l'article 2bis n'exclut pas que le tribunal compétent désigne un mandataire *ad hoc* avant l'audience (c'est-à-dire au cours de l'information ou de l'instruction) si cela s'avère nécessaire»²⁵.

Par conséquent, le législateur semble considérer que la désignation d'un mandataire *ad hoc* serait possible au stade de l'instruction, et même de l'information.

On s'étonnera de ce que le ministre estime qu'une désignation puisse ainsi intervenir lors d'une «information pénale», dans la mesure où il est établi qu'une information n'a jamais pour conséquence de mettre l'action publique en mouvement²⁶. L'information n'est en effet que «le préalable» à l'exercice de l'action publique.

De plus, le ministre omet de préciser quelle serait la procédure à suivre et en particulier ce qu'il faudrait entendre par «tribunal compétent» pour connaître d'une telle demande à ce stade... Le procureur du Roi? Le juge d'instruction? La chambre du conseil? Et dans l'affirmative, comment s'organiseraient les voies de recours²⁷?

Par ailleurs, comme le relèvent à juste titre certains auteurs²⁸, les pouvoirs du juge d'instruction d'imposer certaines modalités à la personne morale doivent être considérés comme limitativement énumérés à l'article 91 du Code d'instruction criminelle²⁹. Or, cet article n'aborde nullement la question de la désignation d'un mandataire *ad hoc*.

En pratique, c'est donc, semble-t-il, sans aucune base légale que certains juges d'instruction ou chambres du conseil procèdent à la désignation de mandataires *ad hoc*³⁰.

²⁵ *Doc. parl.*, Ch., sess. ord. 1998-1999, n° 2093/5, p. 37.

²⁶ M. FRANCHIMONT, A. JACOBS et A. MASSET, *Manuel de procédure pénale*, *op. cit.*, p. 243. En ce sens également H. VAN BAVEL, «De wet van 4 mei 1999 tot invoering van de strafrechtelijke verantwoordelijkheid van rechtspersonen», *A.J.T.*, 1999-2000, p. 224, et P. HELSEN, «Lasthebber *ad hoc*», *op. cit.*, p. 87.

²⁷ À ce sujet, *cf. infra*.

²⁸ F. LUGENTZ et O. KLEES, «Le point sur la responsabilité pénale des personnes morales», *op. cit.*, p. 87.

²⁹ «Lorsqu'au cours d'une instruction, le juge d'instruction constate de sérieux indices de culpabilité chez une personne morale, il peut, si des circonstances particulières le requièrent, ordonner les mesures suivantes: 1° la suspension de la procédure de dissolution ou de liquidation de la personne morale; 2° l'interdiction de transactions patrimoniales spécifiques susceptibles d'entraîner l'insolvabilité de la personne morale; 3° le dépôt d'un cautionnement dont il fixe le montant, en vue de garantir le respect des mesures qu'il ordonne. Si les mesures visées à l'alinéa précédent concernent des biens immeubles, il est procédé conformément à l'article 35bis».

³⁰ *Cf. Prés. Ch. cons. Marche-en-Famenne*, 22 mai 2007, inédit; *Ch. mis. acc. Liège*, 24 septembre 2007, inédit, et les décisions prononcées par les juridictions d'instructions citées par S. DE MEULENAER et P. WAETERINCKX, «De lasthebber *ad hoc* in het straf(proces)recht».

Certains auteurs défendent le point de vue selon lequel il semble logique et satisfaisant, sur un plan pratique, que le « tribunal compétent » soit celui qui est saisi au moment où le conflit d'intérêts est constaté ou la requête introduite, soit le « juge d'instruction » lors de l'instruction et les juridictions de fond lors de la procédure au fond³¹.

En revanche, d'autres auteurs³², que nous rejoignons dans leur analyse, soulignent qu'en l'absence de tout texte organisant décemment la désignation d'un mandataire *ad hoc* au stade de l'information et de l'instruction, pareille possibilité est malheureusement exclue au stade de l'enquête préliminaire, en l'état actuel de notre droit³³.

Cette lacune ne serait alors, à l'heure actuelle, « contrebalancée » uniquement par la nécessaire obligation d'instruire également « à décharge », notamment au profit de la personne morale, ainsi que par les principes fondamentaux que sont le droit à un procès équitable, le respect des droits de la défense et l'égalité des armes, la personne morale pouvant faire valoir, le cas échéant, *in concreto*, qu'elle n'en a pas bénéficié au cours de l'ensemble de la procédure³⁴.

II.3. Contre une personne morale « et contre la personne habilitée à la représenter »

L'article 2*bis* du Titre préliminaire du Code d'instruction criminelle est précis : il doit s'agir des personnes « habilitées à la représenter ».

lastiger dans gedacht», *R.W.*, 2003-2004, pp. 402 et s., de même que celles citées par S. COISNE et P. WAETERINCKX, « La sauvegarde des droits de la défense d'une personne morale, son droit au silence et le mandataire *ad hoc* comme garant de ces droits », in M. NIHOUL *et al.*, *Actes du colloque du 6 mai 2004, la responsabilité des personnes morales en Belgique*, Bruges, La Chartre, 2005, p. 339; J. OVERATH, M. GERON, C. GHEUR et T. MATRAY, « La responsabilité pénale des personnes morales », *J.L.M.B.*, opus 5, 2007, p. 32, note 87; et Cass., 16 octobre 2007, P.07.0774.N, faisant état d'une désignation par ordonnance du juge d'instruction de Hasselt.

³¹ H. VAN BAVEL, « De wet van 4 mei 1999 tot invoering van de strafrechtelijke verantwoordelijkheid van rechtspersonen », *A.J.T.*, 1999-2000, p. 224; D. MATRAY et J. OVERATH, « Le mandataire *ad hoc* dans la responsabilité pénale des personnes morales », in *Liber amicorum Jean-Pierre De Bandt*, *op. cit.*, p. 474.

³² F. LUGENTZ et O. KLEES, « Le point sur la responsabilité pénale des personnes morales », *op. cit.*, p. 218.

³³ Égal. en ce sens jurisprudence, Ch. mis. acc., Liège, inédite, citée par S. COISNE et P. WAETERINCKX, « La sauvegarde des droits de la défense d'une personne morale, son droit au silence et le mandataire *ad hoc* comme garant de ces droits », *op. cit.*, p. 339.

³⁴ C.E.D.H., art. 6, et D. MATRAY et J. OVERATH, « Le mandataire *ad hoc* dans la responsabilité pénale des personnes morales », *op. cit.*, p. 475.

On se référera dès lors dans ce cadre aux dispositions légales et statutaires applicables, puisque, comme l'a souligné le ministre lors des travaux préparatoires de la loi du 4 mai 1999, les règles générales de la représentation de la société continuent de s'appliquer en la matière³⁵.

Il a été considéré dans ce cadre qu'il doit s'agir des personnes légalement compétentes pour représenter de façon autonome la personne morale. Par conséquent, un tribunal correctionnel a jugé que l'article 2bis du Titre préliminaire du Code d'instruction criminelle n'est pas d'application dans une hypothèse où la personne morale poursuivie n'est valablement représentée que par plusieurs personnes et que seule une de ces personnes est poursuivie en même temps que la personne morale³⁶.

Certains se sont également posé la question de savoir ce qu'il en était de la figure du « gérant de fait », souvent présente en pratique, n'apparaissant pas dans les statuts ni dans les publications officielles de la personne morale. Doit-on en tenir compte pour justifier la désignation d'un mandataire *ad hoc* lorsque la personne morale est poursuivie en même temps ? À cet égard, le texte de l'article 2bis du Titre préliminaire du Code d'instruction criminelle ne se réfère pas au « responsable » ni au « représentant en fait », mais uniquement à la personne « habilitée à la représenter ». On peut difficilement assimiler une personne qui serait jugée responsable « en fait » (fût-ce en vertu de l'application à la cause des principes d'autonomie et de réalisme du droit pénal) avec le concept de personne « légalement habilitée à la représenter ». La réponse devrait par conséquent être négative³⁷.

Par ailleurs, sur un plan chronologique, on peut se demander quel est le « moment » à prendre en considération pour constater que des poursuites sont dirigées « à la fois » contre la personne morale « et » contre son représentant.

La réponse est simple lorsque l'action publique est introduite dès l'origine contre toutes les personnes, à savoir à la fois contre la personne morale et la ou les personne(s) physique(s) habilitée(s) à la représenter, par exemple, par une citation directe du Ministère public³⁸ : une désignation de mandataire *ad hoc* peut alors être envisagée.

Mais qu'en est-il lorsque l'action publique n'est pas engagée de façon concomitante ?

³⁵ *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 1998-1999, n° 1-1217/6, p. 83.

³⁶ Corr. Termonde, 24 mars 2003, *T.M.R.*, 2003, p. 527.

³⁷ En ce sens égal., F. LUGENTZ et O. KLEES, « Le point sur la responsabilité pénale des personnes morales », *op. cit.*, p. 212.

³⁸ P. WAETERINCKX, « De lasthebber ad hoc, nog steeds lastiger dan gedacht », *R.A.B.G.*, 2007, p. 391, et P. HELSEN, « Lasthebber *ad hoc* », *op. cit.*, p. 85.

Par exemple, si l'action publique est d'abord introduite uniquement contre la personne morale, et puis seulement après contre son représentant, et ce, au cours d'une même procédure ou par le biais de deux procédures introduites de façon séparée à l'origine et qui sont ensuite jointes en raison de leur connexité?

La réponse qui nous semble la plus logique est de n'envisager la désignation d'un mandataire *ad hoc* qu'après que, dans l'hypothèse d'une même procédure, l'action publique n'a été effectivement engagée contre la seconde personne ou, dans l'hypothèse d'une jonction de deux procédures, qu'après la jonction³⁹.

Mais en va-t-il autrement si les personnes sont poursuivies (pour des mêmes faits ou des faits connexes) de façon séparée, sans jamais se trouver poursuivies « ensemble » dans une même procédure? Par exemple, si le représentant est d'abord poursuivi seul, puis condamné par une décision ayant force de chose jugée au moment où l'action pénale est ensuite engagée, pour les mêmes faits, mais uniquement contre la personne morale qu'il représente? À notre estime, dans pareil cas de figure, il n'y a alors pas de « conflit d'intérêt » au sens de l'article 2bis du Titre préliminaire du Code d'instruction criminelle et donc pas lieu de désigner un mandataire *ad hoc*.

Dans un même ordre d'idées, on ne peut accepter qu'un juge, qui ne serait saisi que de poursuites contre une personne morale, mais qui considérerait que le représentant de cette dernière pourrait éventuellement être ultérieurement poursuivi, décide de désigner un mandataire *ad hoc* (en quelque sorte à titre « préventif »). Une telle décision, outre qu'elle serait effectuée en dehors de tout conflit d'intérêt, constituerait une immixtion dans l'exercice des droits de la défense⁴⁰.

II.4. Pour des mêmes faits ou des faits connexes

Enfin, il faut que la personne morale et la personne physique soient poursuivies pour « des mêmes faits ou des faits connexes ».

Cette exigence, *a priori* simple, peut également parfois poser problème.

Ainsi, en matière d'appréciation de ce qu'il faut entendre par « même » infraction, la Cour de cassation a jugé que tel n'était pas le cas lorsqu'une personne morale, société de transport, et quatre chauffeurs étaient poursuivis pour diverses infractions à la réglementation sur le transport,

³⁹ Dans le même sens, P. HELSEN, « Lasthebber *ad hoc* », *op. cit.*, p. 86.

⁴⁰ A. DE NAUW et F. DERUYCK, « De Strafrechtelijke verantwoordelijkheid van rechtspersonen », *R.W.*, 1999-2000, p. 913.

principalement relative à la durée de conduite des chauffeurs. Le tribunal avait considéré qu'il s'agissait «des mêmes faits», appliquant la règle du décumul au profit des chauffeurs. La Cour de cassation a constaté le contraire⁴¹.

III. Qui est compétent pour désigner un mandataire *ad hoc*?

L'article *2bis* du Titre préliminaire du Code d'instruction criminelle stipule que la désignation doit être effectuée par «le tribunal compétent pour connaître de l'action publique contre la personne morale».

III.1. Juridictions de jugement

Si l'action publique est introduite par citation directe devant le tribunal correctionnel ou le tribunal de police, il est évident que ces tribunaux seront compétents pour procéder, le cas échéant, à la désignation d'un mandataire *ad hoc*.

En pratique, elle sera souvent ordonnée par le biais d'un jugement «avant dire droit»⁴², parfois qualifié «d'ordonnance»⁴³, prononcé à l'issue de l'audience d'introduction et qui remet ensuite l'affaire à une audience ultérieure pour permettre au mandataire *ad hoc* de prendre connaissance du dossier. On retrouve toutefois en pratique des tribunaux qui nomment le mandataire *ad hoc* dans leur jugement statuant également au fond⁴⁴.

⁴¹ Cass., 10 mars 2004, *R.D.P.*, 2004, p. 944, et note F. KEFER.

⁴² Par ex., Corr. Bruxelles, 49^e ch., 20 mai 2010, inédit; Corr. Bruxelles, 49^e ch., 15 octobre 2010, inédit; Corr. Liège, 1^{er} avril 2003, inédit; Corr. Liège, 20 mai 2003, inédit; Liège, 27 juin 2003, inédit; Corr. Verviers, 11^e ch., 14 février 2002, inédit; Corr. Hasselt, 17^e ch., 4 mai 2001, inédit; Corr. Gand, 20^e ch., 21 février 2001, inédit, et jurispr. inédite citée par S. COISNE et P. WAETERINCKX, «La sauvegarde des droits de la défense d'une personne morale, son droit au silence et le mandataire *ad hoc* comme garant de ces droits», *op. cit.*, p. 337.

⁴³ Par ex., Corr. Termonde, jurispr. inédite citée par S. COISNE et P. WAETERINCKX, «La sauvegarde des droits de la défense d'une personne morale, son droit au silence et le mandataire *ad hoc* comme garant de ces droits», *op. cit.*, p. 337.

⁴⁴ Corr. Anvers, Ch. 1C, 24 septembre 2001, inédit; Corr. Anvers, Ch. 1C, 25 février 2002, inédit, et jurispr. inédite citée par S. COISNE et P. WAETERINCKX, «La sauvegarde des droits de la défense d'une personne morale, son droit au silence et le mandataire *ad hoc* comme garant de ces droits», *op. cit.*, p. 337, et S. DE MEULENAERE et P. WAETERINCKX, «De lasthebber *ad hoc* in het strafprocesrecht: lastiger dan gedacht», *R.W.*, 2002-2003, *op. cit.*, pp. 402 et s.

III.2. Instruction

Si le conflit d'intérêt est constaté au cours de l'instruction judiciaire, quelle sera l'autorité compétente pour procéder à la désignation? Indépendamment de la question, déjà controversée, de savoir si une désignation peut légalement intervenir à ce stade préliminaire⁴⁵, la réponse est loin d'être évidente.

À en croire les travaux parlementaires et la réponse apportée par le ministre, qui défend l'idée selon laquelle pareille désignation serait possible à ce stade de la procédure, «le tribunal compétent pour connaître de l'action publique contre la personne morale» resterait compétent⁴⁶. Ainsi, si l'on a affaire à un crime (p. ex., un faux en écriture), et que la correctionnalisation n'a pas (encore) été décidée, «il est possible», selon le ministre, «que la Cour d'assises ("le tribunal compétent") doive, dans le courant de l'instruction judiciaire, statuer sur la question de savoir s'il faut désigner un mandataire *ad hoc*»⁴⁷. On peut en déduire qu'en cas d'instruction portant sur des faits qualifiés de délit, cette décision reviendrait au tribunal du fond.

Cette réponse est surprenante et, beaucoup en conviendront sans doute, peu envisageable en réalité. L'on se demande en effet comment, en pratique, la Cour d'assises, voire même le juge correctionnel, pourraient ainsi être valablement saisis et statuer sur la question de la désignation d'un mandataire *ad hoc*, alors qu'une instruction judiciaire est toujours pendante...

Sur le terrain, lorsque des désignations de mandataire *ad hoc* sont effectuées en cours d'instruction, elles sont généralement faites par le biais d'ordonnances prises par le juge d'instruction⁴⁸ ou prononcées par la chambre du conseil⁴⁹.

De fait, à supposer qu'une telle décision puisse intervenir à ce stade, ce qui est déjà fort contestable, tant le juge d'instruction que la chambre du conseil sont alors en théorie susceptibles de pouvoir se considérer comme étant chacun l'autorité compétente: la chambre du conseil, dans

⁴⁵ Cf. *supra*.

⁴⁶ Cf. *supra*.

⁴⁷ *Doc. parl.*, Ch., sess. ord. 1998-1999, n° 2093/5, p. 38.

⁴⁸ Ord. J.I. Gand, jurispr. inédite, citée par S. COISNE et P. WAETERINCKX, «La sauvegarde des droits de la défense d'une personne morale, son droit au silence et le mandataire *ad hoc* comme garant de ces droits», *op. cit.*, p. 339.

⁴⁹ Prés. Ch. cons. Marche-en-Famenne, 22 mai 2007 inédit; Ch. mis. acc. Liège, 24 septembre 2007, inédit, et Ch. cons. Gand, jurispr. inédite, citée par S. COISNE et P. WAETERINCKX, «La sauvegarde des droits de la défense d'une personne morale, son droit au silence et le mandataire *ad hoc* comme garant de ces droits», *op. cit.*, p. 339.

la mesure où elle est saisie par le réquisitoire du Ministère public, mais également le juge d'instruction⁵⁰, car ce dernier est saisi de l'instruction aussi longtemps que la chambre du conseil n'a pas statué sur le règlement de la procédure.

Par ailleurs, il est également arrivé qu'un juge d'instruction, saisi par réquisitoire du procureur du Roi de désigner un mandataire *ad hoc*, refuse de le faire, estimant qu'il n'est pas compétent⁵¹.

En résulte une pratique dépourvue de toute cohérence, s'illustrant par des décisions tantôt prises par le juge d'instruction, tantôt par la chambre du conseil, variant selon les arrondissements.

III.3. Projet de loi

Par un projet de loi du 19 février 2007, le législateur a tenté de remédier à ce qui précède en prévoyant la désignation du mandataire *ad hoc* par le président du tribunal de première instance ou par celui du tribunal de commerce (si la personne morale a la qualité de commerçant), l'un ou l'autre restant compétent pour tout incident de procédure concernant cette désignation, et ce, « à la demande du Ministère public, du co-inculpé ou de la partie civile. Le juge a pour mission de veiller à l'indépendance de la défense de la personne morale par rapport à la personne physique poursuivie dans la même affaire. Le contrôle qu'il effectue est une vérification marginale qui en principe ne remet pas en question les décisions de la personne morale »⁵².

Selon l'exposé des motifs, cette option présente l'avantage que le mandataire *ad hoc* « peut être désigné dès le stade de l'information »⁵³.

IV. La désignation d'un mandataire *ad hoc*: obligation ou faculté ?

Une question fondamentale est bien entendu celle de savoir si la désignation du mandataire *ad hoc* est obligatoire ou facultative.

⁵⁰ Cf. aussi *Doc. parl.*, Ch., sess. ord. 2006-2007, n° 51 2929/001, p. 16, qui souligne pour sa part que « pendant l'instruction, il semble logique de conférer cette compétence au juge d'instruction saisi ».

⁵¹ Ord. contraire, J.l. Liège, 17 février 2003, inédit. Cette décision de refus a été confirmée par la chambre des mises en accusation, après appel du Ministère public, Ch. mis. acc., Liège, 4 mars 2003, inédit.

⁵² *Doc. parl.*, Ch., sess. ord. 2006-2007, n° 51 2929/001, p. 18.

⁵³ *Doc. parl.*, Ch., sess. ord. 2006-2007, n° 51 2929/001, p. 17.

Certains juges ont estimé qu'il y avait obligation de nommer un mandataire *ad hoc* dès lors qu'ils étaient en présence de poursuites exercées du chef des mêmes faits à l'encontre de la personne morale et de la personne physique habilitée à la représenter, dans les mesures où il en découlerait « par essence » un conflit d'intérêt⁵⁴. Cette vision se base sur une lecture littérale de l'article 2bis du Code d'instruction criminelle, qui précise que le tribunal « désigne » et non « peut désigner ».

Cette jurisprudence, apparemment minoritaire, n'examine donc pas s'il y a effectivement « conflit d'intérêt » et se limite à constater sur un plan formel l'existence de préventions identiques pour justifier la désignation d'un mandataire *ad hoc*, sans que la personne morale en cause ait été invitée à se défendre à cet égard.

Comme l'ont relevé fort justement certains auteurs, cette jurisprudence, à laquelle nous ne pouvons souscrire, procède d'un raisonnement abstrait et automatique, contraire aux vœux du législateur, aboutissant à une immixtion peu tolérable dans les droits de la défense de la personne morale, en la privant ainsi purement et simplement de sa direction naturelle en cas de poursuites conjointes⁵⁵.

Cette tendance n'est pas suivie par une grande partie de la jurisprudence, apparemment majoritaire, qui a jugé, au contraire, que ce n'est pas parce qu'un mandataire *ad hoc* peut être désigné « d'office ou sur requête », qu'il y aurait obligation de le faire et que le juge garde toujours en la matière son pouvoir d'appréciation⁵⁶.

Cette jurisprudence, notamment des Cours d'appel de Gand et de Liège, considère que la nomination d'un mandataire *ad hoc* n'est donc pas obligatoire, même lorsque tant la personne morale que la personne physique

⁵⁴ Corr. Gand, 19 octobre 1999, *T.M.R.*, 2000, p. 168; Corr. Gand, 11 avril 2000, *T.M.R.*, 2001, p. 57; Corr. Hasselt, 4 mai 2001, n° 961, inédit; Corr. Hasselt, 28 juin 2002, n° 973, inédit; Corr. Gand, 5 février 2002, *N.J.W.*, 2003, p. 167, et note de H. VAN BAVEL, *T.M.R.*, 2002, p. 552; Corr. Gand, 5 novembre 2002, n° 3035, inédit; Corr. Audenarde, 6 juin 2003, *R.A.B.J.*, 2004, p. 371, et Corr. Hasselt, 7 avril 2006, nos S26 et S33, inédits, cités par P. HELSEN, « Lasthebber *ad hoc* », *op. cit.*, p. 91. Cf. égal. en ce sens, Liège, 28 octobre 2009, *Rev. dr. pén. entr.*, 2010, p. 23.

⁵⁵ F. LUGENTZ et O. KLEES, « Le point sur la responsabilité pénale des personnes morales », *op. cit.*, p. 208.

⁵⁶ Gand, 15 janvier 2002, *N.J.W.*, 2002, p. 63; Gand, 22 octobre 2002, n° 91492, inédit; Liège, 29 mars 2006, *T. Strafr.*, 2006, p. 264; Corr. Louvain, 22 février 2006, *T. Strafr.*, 2006, p. 228, et note P. HELSEN; Corr. Louvain, 20 janvier 2007, n° 247, inédit, cité par P. HELSEN, « Lasthebber *ad hoc* », *op. cit.*, p. 90. Cf. égal. Gand, 1^{er} mars 2002, *R.W.*, 2002-2003, p. 1548, et note A. SMETS, et Anvers, 16 juin 2005, n° 1170, inédit, cité par P. HELSEN, « Lasthebber *ad hoc* », *op. cit.*, p. 91. Ainsi que Gand, 22 octobre 2002, inédit, cité par D. MATRAY et J. OVERATH, « Le mandataire *ad hoc* dans la responsabilité pénale des personnes morales », *op. cit.*, p. 476.

habilitées à la représenter sont poursuivies concomitamment. La nomination d'un mandataire *ad hoc* ne sera nécessaire que lorsqu'il ressort d'un examen par le tribunal des données concrètes de la cause ou de la requête d'une partie concernée qu'il y a bien effectivement conflit d'intérêt ou qu'il existe des indications concrètes et graves qu'un tel conflit d'intérêt est possible.

Ce caractère facultatif de la désignation d'un mandataire *ad hoc* a été confirmé lors des travaux préparatoires de la loi du 4 mai 1999 par le ministre de la Justice. Ce dernier, interrogé par un parlementaire qui lui demandait si le mot «d'office» signifiait que le tribunal compétent est toujours tenu de désigner un mandataire *ad hoc* si des poursuites sont engagées pour des mêmes faits contre une personne morale et contre la personne habilitée à la représenter, a répondu que «le mot "d'office" signifie que le magistrat a le pouvoir de vérifier s'il est opportun de désigner un mandataire sans avoir reçu une demande en ce sens de la part des parties concernées⁵⁷».

Par ailleurs, comme le relève la doctrine, l'article 2bis du Titre préliminaire du Code d'instruction criminelle prévoit notamment que la désignation intervient «d'office ou sur requête». Si la désignation devait être automatique dès que des poursuites sont exercées concomitamment contre la personne morale et la personne habilitée à la représenter, on ne voit pas pourquoi le législateur aurait expressément réservé la possibilité de la décider d'office ou «sur requête». Au contraire, il aurait alors sans doute été fait obligation au Ministère public de prendre chaque fois l'initiative de veiller à ce qu'une telle représentation spéciale soit mise en place⁵⁸.

L'analyse des arguments avancés par la jurisprudence pour soutenir que la nomination d'un mandataire *ad hoc* n'est pas une obligation révèle par ailleurs plusieurs courants de pensée.

Un premier considère qu'il appartient au juge du fond d'examiner le dossier et les circonstances concrètes de l'affaire pour déterminer si il existe effectivement un conflit d'intérêt⁵⁹.

Selon un second, l'examen porte davantage sur la vérification qu'un avocat soit présent pour représenter la personne morale, de façon indépendante, considérant, sur la base des règles gouvernant l'exercice de la

⁵⁷ *Doc. parl.*, Ch., sess. ord. 1998-1999, n° 2093-5, p. 37.

⁵⁸ F. LUGENTZ et O. KLEES, «Le point sur la responsabilité pénale des personnes morales», *op. cit.*, p. 208.

⁵⁹ Cf. not., p. ex., Anvers, 16 juin 2005, n° 1170, inédit; Corr. Bruxelles, 11 octobre 2006, inédit, réf. 6681; Corr. Liège, 1^{er} avril 2003, cité par F. LUGENTZ et O. KLEES, «Le point sur la responsabilité pénale des personnes morales», *op. cit.*, p. 209.

profession d'avocat, que dès le moment où c'est le cas, il n'est plus question de procéder à la désignation d'un mandataire *ad hoc*⁶⁰. Ainsi, le tribunal correctionnel de Louvain a jugé que, lorsqu'une personne morale a son propre conseil et qu'il n'apparaît pas que ce conseil ne défendra pas de manière objective les intérêts de la personne morale, il n'est pas nécessaire de nommer un mandataire *ad hoc*⁶¹. On notera également dans ce cadre la jurisprudence de la Cour d'appel de Liège qui estime que, lorsqu'il ressort d'un procès-verbal d'une assemblée générale extraordinaire de la personne morale poursuivie que cette assemblée générale confirme à l'unanimité la désignation d'un avocat, avec mandat le plus large pour représenter la société, il n'y a pas lieu à la désignation d'un mandataire *ad hoc*⁶².

Enfin, un troisième courant prend surtout la problématique de la comparution personnelle de la personne morale en considération. Ainsi, le tribunal correctionnel de Liège, au terme d'une analyse très fouillée des travaux préparatoires, estime que « malgré son libellé général et impératif qui résulte de la transposition en droit belge d'un texte issu du droit français qui fait de la comparution personnelle du prévenu, personne physique ou morale, une obligation, et en application du principe qui veut qu'un texte de loi soit interprété en fonction des autres dispositions légales ayant le même objet, [...] et à la lumière des travaux préparatoires, il y a lieu de considérer que l'article *2bis* précité ne trouve à s'appliquer que dans les cas où la loi prévoit la comparution personnelle du prévenu ». Il en déduit que, si la personne morale prévenue choisie veut comparaître personnellement selon le droit commun, c'est-à-dire par la personne habilitée à la représenter, « alors que celle-ci est coprévenue ou poursuivie pour des faits connexes », l'article *2bis* s'applique. Par contre, dans l'hypothèse où elle choisit de comparaître par avocat, il n'y a « en principe, pas lieu d'envisager sa comparution personnelle » de sorte que « l'article *2bis* ne

⁶⁰ Cf. F. LUGENTZ et O. KLEES, « Le point sur la responsabilité pénale des personnes morales », *op. cit.*, p. 209. Ces auteurs écrivent, à propos de cette seconde tendance, que « bien que la question soit assurément des plus délicates, nous ne pouvons nous rallier sans réserve à ce dernier point de vue : en pratique, en effet, cet avocat aura à rencontrer l'organe de la personne morale qu'il défend et qui, par hypothèse, est poursuivie avec elle. Les explications (parfois extrêmement techniques), directives qu'il recevra pourraient dès lors, y compris à l'insu dudit avocat, être biaisées, guidées par un souci de privilégier les intérêts de la personne physique, situation que, justement, le législateur a entendu éviter. Pour cette raison, il nous paraît que l'analyse des éléments de faits de la cause, de manière à vérifier l'existence ou l'absence effective d'un conflit d'intérêt entre la personne morale et la personne physique poursuivie, devrait correspondre au mieux à la *ratio legis* [...] ».

⁶¹ Corr. Louvain, 22 février 2006, *T. Strafr.*, 2006/4, p. 228, et note P. HELSEN.

⁶² Liège, 29 mars 2006, *T. Strafr.*, 2006/5, p. 274.

trouve pas à s'appliquer», rappelant le principe fondamental de la liberté de choix, renforcé par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme⁶³.

Le projet de loi du 19 février 2007 confirmait également ce caractère facultatif et accordait la préférence à une désignation sur demande plutôt qu'à une désignation d'office⁶⁴, l'initiative d'une telle demande revenant à la personne morale.

La Cour de cassation ne s'est pas prononcée jusqu'à présent sur la question. Un arrêt a été rendu dans une procédure à l'encontre d'une décision de la Cour d'appel de Gand, qui avait estimé que la nomination d'un mandataire *ad hoc* n'était pas nécessaire. La Cour de cassation a toutefois cassé l'arrêt concerné sur pied d'un autre moyen de cassation que celui relatif au caractère obligatoire ou facultatif de la désignation, de telle sorte que, à notre connaissance, la question reste à ce jour sans réponse de la part de la Haute Cour⁶⁵.

De son côté, la Cour constitutionnelle s'est penchée sur cette problématique dans un arrêt du 5 décembre 2006⁶⁶. La Cour constitutionnelle devait répondre à la question préjudicielle suivante, posée par la Cour d'appel de Mons:

«En ce qu'il impose au tribunal compétent pour connaître de l'action publique dirigée contre une personne morale, de désigner d'office ou sur requête un mandataire *ad hoc* pour la représenter, lorsque les poursuites contre cette personne morale et contre la personne physique habilitée à la représenter sont engagées pour des mêmes faits ou des faits connexes, sans distinguer les hypothèses ou un risque de conflit d'intérêt est inévitable de celles où il est seulement possible et sans laisser au tribunal le pouvoir d'en apprécier l'existence, l'article 2*bis* du Code d'instruction criminelle viole-t-il les articles 10 et 11 de la Constitution combinés à l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, en privant de manière discriminatoire la personne morale de son droit de comparaître et d'être défendue devant le juge répressif par un avocat de son choix?»

⁶³ Corr. Liège, 13^e ch., 1^{er} avril 2003, inédit; Corr. Liège, 13^e ch., 18 mars 2003, inédit, et Corr. Liège, 13^e ch., 17 décembre 2002, inédit;

⁶⁴ *Doc. parl.*, Ch., sess. ord. 2006-2007, n^o 51 2929/001, p. 18. Il prévoyait que, lorsqu'elle n'en prend pas l'initiative, le juge désignera le mandataire *ad hoc* à la demande du Ministère public, du co-inculpé ou de la partie civile, «si cela s'avère nécessaire pour la défense de la personne morale».

⁶⁵ Cass. 7 janvier 2003, n^o P.02.0271.N; www.juridat.be.

⁶⁶ C. const., 5 décembre 2006, *R.W.*, 2006-2007, p. 1677; *R.A.B.J.*, 2007, p. 379, et note P. WAETERINCKX.

Dans sa réponse, la Cour constitutionnelle se borne tout d'abord à reconnaître que la disposition en cause « fait l'objet, dans la jurisprudence et dans la doctrine, de deux interprétations ». Une première interprétation se fonde sur un passage des travaux préparatoires, qui dispose que le juge « désigne, d'office ou sur requête » un mandataire *ad hoc*, pour soutenir que le législateur a entendu lui « permettre » de désigner un mandataire *ad hoc*, même si cette personne ne lui en fait pas la demande, mais il « lui laisse la liberté d'apprécier si cette désignation est opportune ». Selon une seconde interprétation, qui est celle du juge qui pose la question préjudicielle à la Cour constitutionnelle, la disposition en cause ne dit pas que le juge « peut désigner », mais stipule « désigne », ce qui exclurait tout pouvoir d'appréciation dans son chef.

La Cour constitutionnelle estime cependant qu'il ne lui appartient pas de se prononcer sur l'interprétation qui doit être donnée à l'article 2bis du Titre préliminaire du Code de procédure pénale, qui « relève de la compétence des cours et tribunaux ». Elle indique qu'elle doit seulement se demander si la disposition sur laquelle elle est interrogée, dans l'interprétation retenue par le juge *a quo*, est compatible avec les articles 10 et 11 de la Constitution.

Elle poursuit en soulignant que « la restriction au libre choix d'un représentant ou d'un avocat », que cette disposition mise en cause impliquerait, « ne saurait être admise que si le risque de conflit d'intérêt auquel le législateur s'est référé lors de l'adoption de l'article 2bis est avéré », confirmant que « la désignation d'un mandataire *ad hoc* aurait des effets disproportionnés si elle privait systématiquement la personne morale de la possibilité de choisir son représentant ».

Elle juge que tel n'est pas le cas, puisque l'article 2bis permet à la personne morale elle-même de demander cette désignation par requête et qu'elle peut proposer au juge son mandataire *ad hoc*. Par ailleurs, ce mandataire *ad hoc* pourra, s'il estime qu'il n'y a concrètement aucun conflit d'intérêt entre la personne morale et les personnes physiques qui la représentent, se rallier à la défense de celle-ci et, le cas échéant, confier la défense des intérêts de la personne morale au conseil choisi par cette personne physique.

Enfin, la Cour note que le mandataire *ad hoc* sera généralement un avocat ou une personne qui devra s'adresser à un avocat pour assurer la défense de la personne morale, de telle manière que celle-ci sera défendue par une personne à laquelle sa déontologie interdit de défendre des intérêts en conflit.

Compte tenu de ce qui précède, la Cour conclut que l'article 2bis du Titre préliminaire du Code de procédure pénale ne viole pas les articles 10 et 11 de la Constitution.

On notera que, par ailleurs, dans ce même arrêt, la Cour constitutionnelle analyse les hypothèses visées à l'article 5, § 2, du Code pénal en constatant que, en matière de conflit d'intérêt, « un tel conflit est manifeste dans l'hypothèse visée à l'article 5, § 2, 1^{re} phrase, du Code pénal, puisque cette disposition, en excluant le cumul de responsabilités, prévoit une cause exclusive de la peine en faveur de la personne, physique ou morale, qui a commis la faute la moins grave. Dans l'hypothèse visée à l'article 5, § 2, 2^e phrase, du Code pénal, qui concerne les fautes commises "sciemment et volontairement" et permet la condamnation tant de la personne morale que la personne physique, le législateur a pu raisonnablement considérer qu'un conflit d'intérêt ne pourrait être *a priori* exclu⁶⁷ ».

Certains auteurs déduisent de ce passage de l'arrêt relatif aux hypothèses visées à l'article 5, § 2, du Code pénal, que dans la première hypothèse visée à l'article 5, § 2, du Code pénal, le juge devrait donc d'emblée procéder à la désignation d'un mandataire *ad hoc* tandis que dans la seconde hypothèse, le tribunal disposerait d'un pouvoir d'appréciation, et devrait tout d'abord vérifier *in concreto* l'existence d'un conflit d'intérêt. Une distinction devrait, selon cette doctrine, être faite entre, d'une part, le cas où le tribunal est confronté à des poursuites conjointes du chef d'infraction de « négligence ou imprudence », qui de surcroît n'ont pas été commises volontairement et sciemment⁶⁸, dans lequel le conflit d'intérêt serait « toujours » présent, puisque seule la personne ayant commis la faute la moins lourde devrait être condamnée et, d'autre part, l'hypothèse de poursuite conjointe, pouvant mener à la condamnation de toutes les parties, dans laquelle le tribunal doit alors vérifier, concrètement sur base de tous les éléments de circonstance de la cause, s'il existe un possible conflit d'intérêt avant de décider s'il y a lieu de désigner un mandataire *ad hoc*⁶⁹.

Une décision récente de la Cour d'appel de Liège interprète l'arrêt encore différemment, en déduisant du simple fait que la Cour constitutionnelle s'est bornée de dire pour droit que l'article 2*bis* ne viole pas les articles 10 et 11 de la Constitution que cette dernière aurait ainsi validé le fait que le juge n'avait pas la possibilité d'apprécier si un risque de conflit d'intérêt existait réellement. Elle considère en effet à ce propos que « la Cour constitutionnelle a été saisie par arrêt du 21 décembre 2005 de la Cour d'appel de Mons d'une question préjudicielle [...] la question pré-

⁶⁷ Considérants B.6.1 et B.6.2.

⁶⁸ Cf. *supra*.

⁶⁹ En ce sens, F. LUGENTZ et O. KLEES, « Le point sur la responsabilité pénale des personnes morales », *op. cit.*, p. 211.

judicielle était formulée sur la base d'une interprétation de l'article 2bis en ce sens que le juge n'avait pas la possibilité d'apprécier si un risque de conflit d'intérêt existait réellement ou non et était obligé de désigner un mandataire *ad hoc* pour la personne morale lorsque les conditions à l'article 2bis [...] étaient réunies. Par arrêt du 5 décembre 2006, la Cour constitutionnelle a jugé que cet article 2bis dans l'interprétation du juge *a quo* ne violait pas les articles 10 et 11 de la Constitution [...]. L'interprétation de l'article 2bis telle qu'elle a été soumise à la Cour constitutionnelle et validée par celle-ci est conforme au texte de la loi»⁷⁰.

Nous ne pouvons nous rallier à ce point de vue, dont l'interprétation donne à cet arrêt une portée qu'il n'a pas, en y voyant implicitement une volonté de valider une tendance de la jurisprudence, volonté que la Cour constitutionnelle n'avait d'évidence pas. Comme nous l'avons indiqué ci-avant, la Cour constitutionnelle ne s'est pas prononcée sur la question de savoir si la désignation était obligatoire ou non : elle a même explicitement refusé de le faire dans son arrêt.

À ce jour, la question reste donc controversée, les réponses se partageant entre les tenants d'une désignation automatique et ceux qui défendent le point de vue, auquel nous nous rallions, qu'il ne s'agit que d'une faculté, le juge décidant à ce propos après avoir analysé le conflit d'intérêt *in concreto* et dans le respect des droits de la défense.

En pratique, les personnes morales ont la possibilité, dès l'instant où il apparaît qu'elles risquent d'être poursuivie concomitamment avec un ou plusieurs de leurs représentants, de prévoir une réponse à cette problématique et d'organiser, en interne, leur (éventuelle) représentation devant les tribunaux.

Les situations seront bien entendu différentes sur le terrain, en fonction de la taille de la société, qui peut aller de la société unipersonnelle au gérant unique à la société anonyme gérée par un conseil d'administration composé de nombreux administrateurs (exécutifs et non exécutifs). Dans ce dernier cas, le conseil conserve bien entendu tous ses pouvoirs pendant d'éventuelles procédures pénales, dont celui de désigner un mandataire spécial qui aurait pour mission de représenter la personne morale au cours de la procédure, dans le respect de la loi et des statuts.

Ainsi, une société anonyme peut, sachant qu'elle est concernée par une instruction pénale et qu'elle risque en théorie d'être poursuivie ultérieurement au fond, prévoir que l'affaire sera suivie par un administrateur indé-

⁷⁰ Liège, 3 février 2011, *Rev. dr. pén. entr.*, 2011, p. 97, et *J.L.M.B.*, 2011, p. 817. La Cour d'appel de Liège était saisie d'un appel du tribunal correctionnel de Huy qui n'avait pas désigné de mandataire *ad hoc* dans une cause où une société anonyme et son administrateur délégué étaient poursuivis pour les mêmes faits.

pendant et « hors cause » par rapport aux faits instruits en le nommant mandataire spécial chargé de suivre le dossier et, notamment, d'instruire l'avocat de la société.

De même, une S.P.R.L. unipersonnelle pourrait décider d'être représentée par une personne physique externe, mandataire spécial, ou par un avocat, à charge éventuellement pour le tribunal lors d'engagement de la procédure, par exemple, à l'audience d'introduction, de vérifier de ce qu'il en est, sur base des circonstances concrètes de la cause, du conflit d'intérêt et de désigner éventuellement ce mandataire spécial ou (comme cela a été le cas récemment par la Cour d'appel de Liège) l'avocat de la société, comme mandataire *ad hoc*⁷¹.

V. Existe-t-il des possibilités de recours contre la décision de nommer un mandataire *ad hoc*?

De nouveau, la loi ne prévoit absolument rien en ce qui concerne la possibilité de recours contre la nomination de mandataires *ad hoc*.

À cet égard, il faut faire la distinction entre les décisions prises par une juridiction du fond de celles prises au cours de l'instruction.

V.1. Recours contre une décision prise par une juridiction du fond

Comme examiné ci-avant, une juridiction du fond prendra en général la décision de nommer un mandataire *ad hoc* par le biais d'un jugement « avant dire droit ».

Si dans un premier temps la jurisprudence a considéré que ce type de décision n'était pas susceptible de recours, elle est revenue sur sa position initiale et accepte, à l'heure actuelle, que ces jugements fassent l'objet d'un appel⁷², voire d'une opposition⁷³.

⁷¹ Liège, 3 février 2011, *op. cit.*, p. 97, et A. MASSET « La responsabilité pénale des personnes morales », *Rev. dr. pén. entr.*, 2011, p. 15.

⁷² Gand, 15 janvier 2002, *N.J.W.*, 2002, p. 63; Gand, 1^{er} mars 2002, *R.W.*, 2002-2003, p. 1548; Anvers, 16 juin 2005, n^o 1170, inédit; Liège, 29 mars 2006, *T. Strafr.*, 2006, p. 274; Corr. Audenarde, 6 juin 2003, *R.A.J.B.*, 2004, p. 371.

⁷³ Cf. P. HELSEN, « Lasthebber *ad hoc* », *op. cit.*, p. 95, et réf. *Contra*, Corr. Gand, 1^{er} février 2000, *T.M.R.*, 2000, p. 170, et jurispr. citée par S. COISNE et P. WAETERINCKX, « La sauvegarde des droits de la défense d'une personne morale, son droit au silence et le mandataire *ad hoc* comme garant de ces droits », *op. cit.*, p. 353.

Cette position se fonde sur le principe général consacré par les articles 172 et 199 du Code d'instruction criminelle selon lequel les jugements de première instance, en ce compris les jugements avant dire droit, sont susceptibles d'appel. En ce qui concerne les délais, on se réfère aux délais légaux⁷⁴.

Mais les points de vue redeviennent controversés lorsqu'il s'agit de déterminer qui peut interjeter appel.

Selon une partie de la jurisprudence, tant la personne morale que ses représentants peuvent valablement interjeter appel⁷⁵. Selon une autre, seule la personne morale a un intérêt. Ainsi, dans une affaire, appel avait été interjeté tant par la société que par le gérant de cette dernière contre un jugement interlocutoire rendu en première instance désignant un mandataire *ad hoc* pour la société. La Cour d'appel d'Anvers conclut à l'irrecevabilité de l'appel interjeté par le gérant de la société, dans la mesure où la décision de nommer un mandataire *ad hoc* ne concerne que les intérêts de la société et pas ceux de la personne physique à qui les faits peuvent être imputés en sa qualité de gérant. En revanche, elle déclare l'appel de la société recevable⁷⁶. Un arrêt récent de la Cour de cassation semble aller dans le même sens⁷⁷.

La question qui se pose par ailleurs est de savoir qui peut intervenir pour interjeter appel «au nom de la personne morale».

On rappellera en la matière que si un jugement avant dire droit n'est pas déclaré exécutoire nonobstant appel, par une décision motivée, conformément à l'article 173 du Code d'instruction criminelle⁷⁸, l'appel sera suspensif, avec pour conséquence que «pendant le délai d'appel et pendant l'instance d'appel, il sera sursis à l'exécution» dudit jugement avant dire droit, conformément à l'article 203, § 3, du même Code.

Par conséquent, si la décision avant dire droit nommant un mandataire *ad hoc* n'a pas été déclarée exécutoire par provision nonobstant appel, et qu'appel est interjeté, le représentant légal de la personne morale⁷⁹, ainsi

⁷⁴ *Ibid.*

⁷⁵ Gand, 1^{er} mars 2002, *R.W.*, 2002-2003, p. 1548; Anvers, 16 juin 2005, n° 1170, inédit, cité par P. HELSEN, «Lasthebber *ad hoc*», *op. cit.*, p. 95.

⁷⁶ Anvers, 22 février 2006, *R.W.*, 2009-2010, p. 589, et note P. HELSEN.

⁷⁷ Cass., 10 février 2010, P.09.1281.F, qui déclare irrecevable le pourvoi d'une personne physique, à défaut d'intérêt, contre la décision désignant un mandataire *ad hoc* pour la personne morale.

⁷⁸ Art. 173, C.I. cr.: «L'appel sera suspensif. Toutefois, les jugements sur l'action publique autres que ceux qui portent condamnation, acquittement ou absolution et les jugements sur l'action civile peuvent être déclarés exécutoires provisoirement, nonobstant appel par une disposition spécialement motivée».

⁷⁹ Il pourrait alors s'agir de la personne qui est également poursuivie concomitamment.

que l'avocat représentant la société, sont compétents pour interjeter appel au nom de la personne morale⁸⁰.

Lorsque le jugement avant dire droit a été déclaré exécutoire par provision, la question est plus délicate, compte tenu de la jurisprudence de la Cour de cassation qui estime que, lorsqu'un mandataire *ad hoc* a été désigné par le tribunal pour représenter la personne morale, seul ce mandataire *ad hoc* est compétent pour exercer au nom de cette personne morale, en sa qualité de prévenu, des voies de recours «contre les décisions rendues relatives à l'action publique mise en mouvement contre cette personne morale»⁸¹. Il n'est toutefois pas certain que cette jurisprudence, qui a été rendue dans des contextes tout à fait différents⁸², puisse s'appliquer à ce recours bien spécifique. On imagine en effet difficilement que le mandataire *ad hoc* introduise un recours visant spécifiquement à le destituer. On peut d'ailleurs se demander si un tel recours serait recevable, faute d'intérêt à agir⁸³.

Selon un courant de la jurisprudence, dans cette hypothèse, appel peut être interjeté par un avocat de la société, qui n'est pas le mandataire *ad hoc*⁸⁴.

V.2. Pendant l'instruction

Si la question est déjà controversée lorsque la décision a été rendue par un tribunal, elle est encore plus complexe au stade de l'instruction.

En effet, à supposer qu'il soit possible, ce qui est déjà contesté⁸⁵, qu'un mandataire *ad hoc* puisse être désigné à ce stade de la procédure, comment envisager un tel recours ?

Si l'on considère que c'est la personne du juge d'instruction qui serait l'autorité compétente pour désigner le mandataire *ad hoc*, est-il possible d'interjeter appel contre son ordonnance désignant ledit mandataire ?

⁸⁰ P. HELSEN, «Lasthebber *ad hoc*», *op. cit.*, p. 95.

⁸¹ Cass., 26 septembre 2006, P051663N; Cass., 9 juin 2009, P.09.0446.N, N.C., 2009, p. 386; Cass., 10 février 2010, P.09.1281.F, et Cass., 9 février 2011, P.10.1616.F.

⁸² Cf. *supra*, Cass., 10 février 2010, et *infra*.

⁸³ En ce sens, D. MATRAY et J. OVERATH, «Le mandataire *ad hoc* dans la responsabilité pénale des personnes morales», *op. cit.*, p. 477.

⁸⁴ Gand, 1^{er} mars 2002, R.W., 2002-2003. Comme le remarque P. HELSEN, «Lasthebber *ad hoc*», *op. cit.*, p. 95, dans cette affaire, dans la mesure où le jugement avant dire droit était déclaré exécutoire par provision, la procédure a continué en première instance, malgré l'appel interjeté contre le jugement avant dire droit.

⁸⁵ Cf. *supra*.

Contrairement aux voies de recours à l'encontre des décisions de juridiction de jugement, il n'existe pas de principe général prévoyant l'appel ou l'opposition contre les ordonnances d'un juge d'instruction. Les voies de recours contre les décisions d'un juge d'instruction ne peuvent être exercées que dans les cas limitativement prévus par la loi⁸⁶.

On peut difficilement considérer que la désignation du mandataire *ad hoc* constitue un acte d'instruction ou une des mesures prises à l'encontre d'une personne morale dans le cadre de l'article 91 du Code d'instruction criminelle, on aperçoit dès lors guère quel recours pourrait être introduit. Un tel recours n'aurait tout simplement aucune base légale, à l'instar, du reste, de l'ordonnance désignant un mandataire *ad hoc*⁸⁷.

De plus, en raison du secret de l'instruction, tout débat contradictoire entre parties à la procédure ainsi qu'une signification de la décision à ces dernières semble d'évidence exclu.

Cette absence de toute voie de recours contre une décision de nommer un mandataire *ad hoc* prise par un juge d'instruction constitue une violation flagrante des droits de la défense de la personne morale, qui perd son droit de se défendre personnellement et de choisir librement son conseil⁸⁸, et vient encore renforcer le point de vue selon lequel la possibilité qu'un mandataire *ad hoc* soit désigné au cours d'une instruction est exclue en l'état actuel de la loi⁸⁹.

Les mêmes problèmes se posent pour ce qui est des recours introduits contre la désignation d'un mandataire *ad hoc* par la chambre du conseil. En effet, comme le relèvent certains auteurs, un tel recours ne semble pas pouvoir être fondé sur une des causes visées à l'article 131, § 1, du Code d'instruction criminelle ou relative à l'ordonnance de renvoi, en principe seules susceptibles de donner lieu à appel⁹⁰.

En pratique toutefois, force est de constater que les chambres de mises en accusation de plusieurs arrondissements, confrontées à de tels recours

⁸⁶ Par ex., dans les cas des art. 61^{ter}, 61^{quater} et 61^{quinquies}, C.I. cr.

⁸⁷ Cf. *supra*.

⁸⁸ P. HELSEN, « Lasthebber *ad hoc* », *op. cit.*, p. 96, qui relève dans ce cadre que l'on pourrait aussi se demander dans quelle mesure la Cour constitutionnelle jugerait les situations de la nomination d'un mandataire *ad hoc* au stade de l'instruction et celle au stade de la juridiction de jugement comme étant égales, compte tenu de l'absence de tout appel dans le cadre d'une instruction.

⁸⁹ Dans le même sens, F. LUGENTZ et O. KLEES, « Le point sur la responsabilité pénale des personnes morales », *op. cit.*, p. 220.

⁹⁰ *Idem*, *op. cit.*, p. 220.

ont, en général, jugés ceux-ci recevable, sans toutefois préciser sur quelle base⁹¹...

VI. La personne du mandataire *ad hoc* et l'exercice de sa mission

Face au silence de la loi, on peut également se demander qui peut être nommé mandataire *ad hoc* et quelle sera en réalité l'étendue de sa mission. De nouveau, de nombreuses questions se sont posées sur le terrain, que nous passons ci-après en revue, en l'état actuel de la jurisprudence.

VI.1. La personne du mandataire *ad hoc*

À qui va-t-on confier la mission du mandataire *ad hoc*?

La loi n'impose aucune limite à cet égard. Le tribunal peut désigner autant une personne « interne » à la personne morale (p. ex., un administrateur, un employé) qu'une personne « externe » (p. ex., un avocat, un mandataire spécial).

En pratique, il ressort des décisions publiées à ce jour que les désignations seraient apparemment souvent effectuées au profit d'avocats, certainement lorsqu'elles sont prononcées d'office⁹².

Plusieurs barreaux ont constitué une liste d'avocats qui acceptent d'intervenir en qualité de mandataire *ad hoc*. C'est notamment le cas des barreaux de Gand et de Bruxelles. D'autres barreaux, tels les barreaux de Liège ou de Marche-en-Famenne, c'est la personne du bâtonnier qui est désignée par les tribunaux comme mandataire *ad hoc*, à charge pour ce dernier de désigner un avocat.

L'avantage, souligné par certains auteurs, est que la mission se voit ainsi confiée à un professionnel du droit et de la procédure, présentant également une garantie d'indépendance⁹³.

⁹¹ Ch. mis. acc. Liège, 24 septembre 2007, inédit; Ch. mis. acc. Gand, 27 mars 2001, inédit, et Ch. mis. acc. Liège, 23 avril 2001, inédit, citées par S. COISNE et P. WAETERINCKX, « La sauvegarde des droits de la défense d'une personne morale, son droit au silence et le mandataire *ad hoc* comme garant de ces droits », *op. cit.*, p. 354.

⁹² S. COISNE et P. WAETERINCKX, « La sauvegarde des droits de la défense d'une personne morale, son droit au silence et le mandataire *ad hoc* comme garant de ces droits », *op. cit.*, p. 342.

⁹³ S. DE MEULENAERE et P. WAETERINCKX, « *De lasthebber ad hoc in het strafprocesrecht: lastiger dan gedacht* », *R.W.*, 2002-2003, p. 404-405.

Cela dit, la désignation de personnes « internes » à la personne morale présente également de nombreux aspects positifs : elles sont plus au fait du fonctionnement de l'entreprise et mieux à même de pouvoir défendre la personne morale « en connaissance de cause ».

Reste, dans cette dernière hypothèse, à veiller à éviter plusieurs écueils.

Tout d'abord, le risque que cette personne physique ne soit elle-même mise en cause dans le cadre de la procédure, auquel cas il faudrait à nouveau désigner un mandataire *ad hoc*.

Il faut également s'assurer de l'indépendance de la personne proposée. Plusieurs décisions ont rejeté ainsi des propositions de mandataires *ad hoc*, en raison d'un doute quant à leur indépendance, sur base notamment de l'existence de relations familiales⁹⁴ ou d'amitié⁹⁵ entre le représentant de la personne morale à la cause et le mandataire *ad hoc* proposé. Toutefois, comme le notent fort à propos certains auteurs, « dans la jurisprudence analysée, il est remarquable qu'eu égard aux requêtes dans lesquelles un avocat est proposé comme mandataire *ad hoc*, cette désignation est accordée sans véritable contrôle, alors que ce n'est pas le cas pour les requêtes proposant a désignation d'un particulier ⁹⁶ ».

Enfin, certaines décisions de rejet se basent également sur manque de connaissance juridique du mandataire *ad hoc* proposé⁹⁷. Certains relèvent cependant à juste titre à cet égard que « bien que s'appliquant à la majorité des P.M.E., elle ne peut certainement pas valoir pour les grandes entreprises. Dans de grandes structures, souvent complexes, on retrouve souvent des personnes avec une formation juridique solide, avec une indépendance suffisante et avec une bien meilleure connaissance de la personne morale, de ses structures, processus et activités [...] »⁹⁸.

Le projet de loi du 19 février 2007 expose pour sa part dans ce cadre que « jusqu'à présent, par crainte d'une confusion d'intérêts, la préférence est généralement donnée à un mandataire *ad hoc* indépendant désigné par le tribunal plutôt qu'à un mandataire *ad hoc* proposé par les parties litigantes. À ce propos, il ne faut toutefois pas perdre de vue que le mandataire *ad hoc* doit obtenir la collaboration de la société concernée

⁹⁴ Corr. Gand, 3 avril 2000, *T.M.R.*, 2001, p. 410.

⁹⁵ Corr. Gand, 27 février 2001, cité par P. HELSEN, « Lasthebber *ad hoc* », *op. cit.*, p. 93.

⁹⁶ S. COISNE et P. WAETERINCKX, « La sauvegarde des droits de la défense d'une personne morale, son droit au silence et le mandataire *ad hoc* comme garant de ces droits », *op. cit.*, p. 343.

⁹⁷ Corr. Gand, 27 février 2001, cité par Gand, 15 janvier 2002, *N.J.W.*, 2002, p. 63, repris par P. HELSEN, « Lasthebber *ad hoc* », *op. cit.*, p. 93.

⁹⁸ S. COISNE et P. WAETERINCKX, « La sauvegarde des droits de la défense d'une personne morale, son droit au silence et le mandataire *ad hoc* comme garant de ces droits », *op. cit.*, p. 342.

et que cette collaboration peut se révéler problématique avec un mandataire *ad hoc* qui a été imposé. Par ailleurs, les personnes externes sont d'office moins au fait du fonctionnement de la personne morale, ce qui peut mettre sa défense en péril. En effet, le mandataire *ad hoc* désigné doit avoir les compétences et/ou le niveau de connaissances requis pour pouvoir représenter correctement la personne morale. Il paraît dès lors plus indiqué de désigner le mandataire *ad hoc* proposé par la personne morale citée, dès l'instant où il offre les garanties d'indépendance requises. Cette option paraît s'inscrire davantage dans l'orientation voulue par le législateur, qui semble placer le choix du mandataire *ad hoc* entre les mains de la société⁹⁹.

Ce libre choix de la personne morale de présenter un candidat a été consacré par la Cour constitutionnelle dans son arrêt du 5 décembre 2006. La Cour relève que «la désignation d'un mandataire *ad hoc* aurait des effets disproportionnés si elle privait systématiquement la personne morale de la possibilité de choisir son représentant. Tel n'est pas le cas en l'espèce, puisque l'article 2bis permet à la personne morale elle-même de demander cette désignation par requête et qu'elle peut proposer au juge son mandataire *ad hoc*». Cette possibilité est ainsi considérée comme étant essentielle¹⁰⁰.

On notera enfin que, en plus de la personne morale qui peut solliciter cette désignation¹⁰¹, la doctrine et la jurisprudence semblent accepter que d'autres parties intéressées au procès pénal soient également susceptibles d'effectuer de pareilles démarches¹⁰², tels le procureur, la partie civile ou un co-prévenu¹⁰³.

En pratique, le dépôt d'une requête écrite en bonne et due forme n'est pas requis: il est fréquemment fait droit à des propositions effectuées de manière orale à l'audience¹⁰⁴.

⁹⁹ *Doc. parl.*, Ch., sess. ord. 2006-2007, n° 51 2929/001, p. 16.

¹⁰⁰ C. const., 5 décembre 2006, cf. *supra*, *op. cit.* Il appartient alors au tribunal de décider s'il y a lieu de donner suite à cette proposition.

¹⁰¹ Les travaux parlementaires considèrent toutefois que «la requête ne peut être introduite que par la personne morale, car il faut justifier d'un intérêt», *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 1998-1999, n° 1217/6, p. 75.

¹⁰² F. LUGENTZ et O. KLEES, «Le point sur la responsabilité pénale des personnes morales», *op. cit.*, p. 212.

¹⁰³ S. COISNE et P. WAETERINCKX, «La sauvegarde des droits de la défense d'une personne morale, son droit au silence et le mandataire *ad hoc* comme garant de ces droits», *op. cit.*, p. 342, citant de la jurisprudence anversoise inédite.

¹⁰⁴ *Idem*, *op. cit.*, p. 352, et P. HELSEN, «Lasthebber *ad hoc*», *op. cit.*, p. 94.

VI.2. Peut-il refuser, demander d'être déchargé ?

Le mandataire *ad hoc* peut-il refuser la mission qui lui est ainsi confiée ?

Le principe de la demande de pouvoir être déchargé est d'évidence accepté dans certaines circonstances.

Ainsi, l'avocat désigné qui constate qu'il a un conflit d'intérêt et qu'il doit donc refuser pour des raisons déontologiques. Ou encore lorsque le mandataire *ad hoc* qui se trouve dans l'impossibilité effective de pouvoir exécuter sa mission (accident, décès...).

Selon la doctrine, dans de telles hypothèses, il semble logique que la démission puisse être proposée au tribunal compétent par le biais d'une simple lettre de la part du mandataire *ad hoc*, et qu'il revient alors ensuite au tribunal de désigner un nouveau mandataire *ad hoc*¹⁰⁵. La Cour de cassation semble implicitement admettre cette pratique¹⁰⁶.

Peut-on envisager d'accepter une demande de décharge en raison du fait que toute collaboration avec la personne morale que le mandataire *ad hoc* est sensé représenter est absolument impossible ? Certains auteurs relèvent que, dans l'affirmative, il sera à craindre que les personnes morales qui veulent se débarrasser d'un mandataire *ad hoc* ainsi désigné d'office ne boycottent de façon systématique la collaboration¹⁰⁷.

VI.3. Compétence exclusive sur le plan de la procédure pénale : comparution personnelle, voies de recours et définition de la stratégie

Le mandataire *ad hoc* doit représenter et assurer la défense des intérêts de la personne morale, de façon indépendante, et ce, dans le cadre de l'action publique pour laquelle il a été désigné¹⁰⁸.

Selon la doctrine actuelle, cette compétence exclusive du mandataire *ad hoc* inclurait celle de comparaître, d'exercer les voies de recours sur le plan pénal et de définir la stratégie. Le mandataire *ad hoc* décidera ainsi, par exemple, de la défense pénale à l'audience, de faire défaut, d'interjeter appel, de faire opposition ou encore de déposer les requêtes de la loi Franchimont.

¹⁰⁵ P. HELSEN, « Lasthebber *ad hoc* », *op. cit.*, p. 97.

¹⁰⁶ Cf. Cass., 26 septembre 2006, n° ARP.05.16663.N, qui, dans son considérant 7, semble accepter qu'un avocat soit « déchargé » de sa mission et qu'un autre lui « succède ».

¹⁰⁷ P. HELSEN, « Lasthebber *ad hoc* », *op. cit.*, p. 97, note infrap. n° 1.

¹⁰⁸ D. MATRAY et J. OVERATH, « Le mandataire *ad hoc* dans la responsabilité pénale des personnes morales », *op. cit.*, p. 477.

S'il le souhaite, il peut se faire assister à cette fin par un avocat¹⁰⁹. Toutefois, si le tribunal ordonne la comparution personnelle de la personne morale pour laquelle un mandataire *ad hoc* a été désigné, le mandataire *ad hoc* devra comparaître en personne¹¹⁰.

Tout comme n'importe quel représentant de la personne morale, le mandataire *ad hoc* pourra effectuer des déclarations au nom de cette personne morale, qui « serviront de preuve en justice », dans le cadre des préventions mises à charge¹¹¹. Il peut également invoquer son droit de garder le silence, droit dont bénéficie bien évidemment la personne morale¹¹².

Pour ce qui est de l'exercice de voies de recours, comme déjà évoqué ci-avant, la Cour de cassation a confirmé que seul le mandataire *ad hoc* est compétent pour exercer au nom de la personne morale, en sa qualité de prévenu, des voies de recours contre les décisions rendues relatives à l'action publique mise en mouvement contre cette personne morale¹¹³. Cette jurisprudence a été notamment rendue dans un cas où, réformant le jugement d'un tribunal de police, les juges d'appels avaient condamné la personne physique et la personne morale (représentée par le mandataire *ad hoc*) à une amende. La personne physique s'est pourvue en cassation, de même que la personne morale. Toutefois, le pourvoi effectué au nom de la personne morale avait été introduit par un avocat de la personne morale, qui n'était pas le mandataire *ad hoc* et qui n'avait pas agi au nom de ce dernier. Ce pourvoi a été déclaré irrecevable¹¹⁴.

Cette compétence exclusive est notamment justifiée par le fait qu'à défaut, la défense de la personne morale par le mandataire *ad hoc* pourrait être totalement contredite et empêchée par des initiatives d'autres représentants, ce qu'il y a bien entendu lieu d'éviter.

On ne perdra pas de vue, dans ce cadre, que l'article 2*bis* du Titre préliminaire du Code d'instruction criminelle ne concerne que « l'action

¹⁰⁹ Cass., 26 septembre 2006, n° ARP.0516663N qui, dans son considérant 7, souligne que le pourvoi peut être effectué par un mandataire *ad hoc* « ou en son nom ».

¹¹⁰ *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 1998-1999, n° I-1217/683, et P. HELSEN, « Lasthebber *ad hoc* », *op. cit.*, p. 101.

¹¹¹ H. VAN BAVEL, « De Wet van 4 mei 1999 tot invoering van de strafrechtelijke verantwoordelijkheid van rechtspersonen », *A.J.T.*, 1999-2000, p. 224.

¹¹² M. FAURE et P. WAETERINCKX, « De strafrechtelijke verantwoordelijkheid van de rechtspersoon: een blik op de rechtsspraak en enkele knelpunten uit de praktijk », *T. Strafr.*, 2004, p. 339, et S. COISNE et P. WAETERINCKX, « La sauvegarde des droits de la défense d'une personne morale, son droit au silence et le mandataire *ad hoc* comme garant de ces droits », *op. cit.*, à propos du droit au silence des personnes morales.

¹¹³ Cass., 26 septembre 2006, n° P051663N; Cass., 9 juin 2009, n° P.09.0446.N, *N.C.*, 2009, p. 386; Cass., 10 février 2010, n° P.09.1281.F, et Cass., 9 février 2011, n° P.10.1616.F.

¹¹⁴ Cass., 26 septembre 2006, n° P051663N.

publique» et pas l'action civile. Qu'en est-il de cette dernière? Est-elle également de la compétence du mandataire *ad hoc*?

En pratique, il semble admis que le mandataire *ad hoc* puisse également représenter les intérêts de la personne morale sur le plan civil ou exercer des voies de recours en ce qui concerne la procédure civile¹¹⁵.

Mais on peut se demander dans quelle mesure d'autres représentants de la personne morale pourraient être mandatés spécifiquement par cette dernière pour exercer l'action civile.

Aucune réponse n'est apportée à cette question. D'une part, on peut considérer qu'une défense cohérente et efficace impliquerait que la personne morale soit défendue, dans le cadre d'une même procédure, à la fois au pénal et au civil afin d'éviter des contradictions flagrantes entre les deux types de défense, mais d'autre part, on peut se demander si cette solution « logique » ne viole pas l'article 6 de la C.E.D.H., dans la mesure où la personne morale est alors dépossédée, sans aucune base légale explicite, de son droit de se défendre sur le plan civil ou de choisir un avocat de son choix dans ce cadre. De même, n'y a-t-il pas violation du principe d'égalité, ce qui pourrait justifier une question préjudicielle à la Cour constitutionnelle?¹¹⁶.

En ce qui concerne la détermination de la stratégie de défense, de nombreux problèmes se posent en pratique.

Quelle attitude doit prendre le mandataire *ad hoc* par rapport aux autres organes et représentants de la personne morale, qui sont toujours en place?

Plusieurs hypothèses sont possibles.

Lorsque la personne morale est une petite société unipersonnelle avec un gérant unique et qu'elle s'identifie dans la pratique avec cette personne physique poursuivie concomitamment, le mandataire *ad hoc* risque fort de se retrouver, dans la réalité, seul « face à lui-même » pour prendre ses décisions. Il aura bien évidemment dans ce cas une grande autonomie quant à la détermination de la stratégie de défense, puisque le seul représentant légal de la personne morale ne pourra être logiquement considéré comme suffisamment indépendant de la personne morale.

Cela dit, il faut se garder de tout automatisme, et il n'est pas interdit de penser que ce n'est pas parce que la personne morale est défendue de façon indépendante par un mandataire *ad hoc* que ce dernier ne pourrait pas, non plus, en âme et conscience, la « défendre » en reconnaissant la

¹¹⁵ P. HELSEN, « Lasthebber *ad hoc* », *op. cit.*, p. 98.

¹¹⁶ *Ibid.*

responsabilité pénale de la personne morale, au profit et à la décharge de la personne physique poursuivie...

En revanche, dans les sociétés plus importantes où, à côté des personnes physiques qui sont poursuivies concomitamment avec la personne morale, il y a encore de nombreux autres représentants légaux ou organes, il nous semble impensable que le mandataire *ad hoc* décide de laisser de côté leur avis et détermine «seul dans son coin» toute la stratégie de défense de la personne morale sans tenir compte de l'avis et des conseils des autres représentants.

Comme le relève également la doctrine, dans pareille hypothèse, «si la personne poursuivie est une société dotée d'organes dont les membres qui ne font pas l'objet de poursuites, il est probable que les personnes physiques qui ne sont pas concernées par les faits mis à charge de la personne morale collaborent avec le mandataire *ad hoc*. Les personnes physiques qui ne sont pas visées par les poursuites ont intérêt à ce que la personne morale ne soit pas condamnée ou, à défaut, le soit dans la moindre mesure possible»¹¹⁷.

La loi ne dit rien sur cette collaboration et sur les possibilités de conflit qui risquent bien entendu de naître entre le mandataire *ad hoc* et les autres organes de la personne morale.

Quel est du reste «l'intérêt» de la personne morale, à prendre en considération lorsqu'on est mandataire *ad hoc*? L'intérêt des seuls actionnaires, l'intérêt des travailleurs, «l'intérêt supérieur de l'entreprise» dans sa globalité, en ce compris l'intérêt de tous ses partenaires? L'intérêt d'assurer «son existence, sa continuité, son développement, sa capacité à dégager des bénéfices»¹¹⁸?

La question n'est certainement pas simple et, dans certaines situations, le mandataire *ad hoc* devra gérer une mission extrêmement délicate¹¹⁹.

Le projet de loi du 19 février 2007 visait à modifier en profondeur cette mission, pour la limiter à celle qui existe en droit français pour le mandataire de justice. Il précisait que le rôle du mandataire *ad hoc* était uniquement de «vérifier si la personne morale dispose de tous les éléments pour faire valoir ses droits, sans s'immiscer dans la défense». Selon ce projet, le mandataire *ad hoc* ne peut pas se substituer à la personne morale pour prendre la décision relative à la défense qu'elle choisit de mener. Il se

¹¹⁷ D. MATRAY et J. OVERATH, «Le mandataire *ad hoc* dans la responsabilité pénale des personnes morales», *op. cit.*, p. 479.

¹¹⁸ À propos de la notion évolutive de «l'intérêt social» en droit des sociétés, J-F. GOFFIN, «Responsabilité des dirigeants de société», Bruxelles, Larcier, 2004, n° 71, et réf.

¹¹⁹ Le mandataire *ad hoc* engage en effet sa responsabilité dans le cadre de son mandat.

borne à représenter la société à l'audience ou devant le juge d'instruction, «à l'exemple du mandataire de justice» de droit français¹²⁰.

VI.5. Obtentions d'informations de la part de la personne morale

Un problème récurrent que les mandataires *ad hoc* rencontrent dans la pratique est l'obtention, de la part de la personne morale, des informations nécessaires pour assurer la défense de ses intérêts.

L'article 2*bis* ne lui confère aucun pouvoir d'investigation particulier.

En pratique, lorsqu'il est face à «une coquille vide», il devra souvent se contenter du dossier répressif, dont le contenu peut s'avérer peu utile pour assurer une défense digne de ce nom... Le mandataire *ad hoc* n'aura alors souvent que la possibilité de s'adresser au tribunal pour tenter que ce dernier ordonne des devoirs permettant de procurer l'information nécessaire pour la défense de la personne morale¹²¹.

Confronté à cette problématique, le tribunal correctionnel de Gand a trouvé une solution en ordonnant à une personne morale et à ses organes de donner toutes les pièces au mandataire *ad hoc* nommé, sous peine de se rendre coupable du délit sanctionné par l'article 495*bis* du Code pénal, qui réprime la dissimulation de pièces dont la communication a été ordonnée par le tribunal¹²².

Cette solution est originale, lorsque l'on sait que l'article 871 du Code judiciaire, permettant au juge d'ordonner la production de pièces, n'est pas applicable en matière pénale, conformément au droit au silence et au principe de non-incrimination¹²³.

VI.6. Secret professionnel

Est-ce que le mandataire *ad hoc* tombe dans le champ d'application de l'article 458 du Code pénal qui réprime la violation du secret professionnel?

En l'absence de toute jurisprudence publiée à ce propos, on ne peut qu'une fois encore constater que la doctrine est divisée à ce sujet.

¹²⁰ *Doc. parl.*, Ch., sess. ord. 2006-2007, n° 51 2929/001, p. 19.

¹²¹ Ainsi not. P. HELSEN, «Lasthebber *ad hoc*», *op. cit.*, p. 100, souligne qu'il serait envisageable que le tribunal, pour autant qu'il estime cela utile, ordonne une visite sur place au siège de la société.

¹²² *Corr. Gand*, 24 mai 2004, *N.J.W.*, 2005, p. 95.

¹²³ P. HELSEN, «Lasthebber *ad hoc*», *op. cit.*, p. 100.

Ainsi, selon certains auteurs, le mandataire *ad hoc* n'est pas soumis au secret professionnel à l'égard du juge qui l'a désigné, dans la mesure où « ce mandataire *ad hoc*, généralement un avocat, interviendra en effet en qualité de représentant de la personne morale qui comparaitra en personne par son intermédiaire, en lieu et place du gérant ou de l'administrateur, lui-même poursuivi. Ce n'est donc pas en qualité d'avocat de cette personne morale que le mandataire *ad hoc* représentera cet être juridique, lequel pourra être assisté, en outre, d'un avocat tenu quant à lui au secret professionnel »¹²⁴.

D'autres auteurs constatent en revanche que les personnes qui sont investies d'une forme de mandat judiciaire, leur donnant la compétence de représenter d'autres personnes en droit, tels que notamment les curateurs ou les tuteurs, sont généralement repris dans le champ d'application de l'article 458 du Code pénal et donc tenu au secret professionnel¹²⁵.

VI.7. Responsabilité professionnelle

Le mandataire *ad hoc*, lorsqu'il agit, engage sa responsabilité professionnelle, conformément aux règles du mandat¹²⁶.

On remarquera à ce propos que lorsque c'est un avocat qui est désigné mandataire *ad hoc*, l'exécution de ce mandat ne tombe pas dans le champ d'application de la police classique de responsabilité professionnelle de l'avocat de telle façon qu'il est conseillé qu'il souscrive une autre assurance spécifique pour ce mandat judiciaire¹²⁷.

VI.8. La rétribution du mandataire *ad hoc*

Une des grandes lacunes, pourtant déjà fort nombreuses, de la loi, est le problème de la rétribution du mandataire *ad hoc*.

Rien n'est précisé à ce propos, rien ne dit comment le mandataire *ad hoc* doit être rémunéré, ni par qui¹²⁸.

¹²⁴ F. LUGENTZ, « Les perquisitions en matière économique et financière », *Rev. dr. pén. entr.*, 2009/3, p. 233.

¹²⁵ P. HELSEN, « Lasthebber *ad hoc* », *op. cit.*, p. 101, citant A. DE NAUW, *Initiation au droit pénal spécial*, Waterloo, Kluwer, 2008, p. 383.

¹²⁶ Cf. en ce sens, D. MATRAY et J. OVERATH, « Le mandataire *ad hoc* dans la responsabilité pénale des personnes morales », *op. cit.*, p. 481.

¹²⁷ P. HELSEN, « Lasthebber *ad hoc* », *op. cit.*, p. 101.

¹²⁸ Le projet de loi du 19 février 2007 disposait que c'était la personne morale qui prenait les frais et honoraires du mandataire *ad hoc* à sa charge, frais et honoraires qui pouvaient être taxés par le président du tribunal de commerce ou de première instance (*Doc. parl.*, Ch., sess. ord. 2006-2007, n° 51 2929/001, p. 19).

Tous les auteurs, suivis en cela par la jurisprudence, sont d'accord pour convenir que le mandataire *ad hoc* doit être rétribué pour ses services¹²⁹.

Sur le terrain, comme le relève M^e Castiaux, deux hypothèses doivent être distinguées en pratique: la première lorsque le mandataire *ad hoc* est désigné par (ou sur proposition de) la personne morale elle-même et la seconde lorsqu'il est désigné par le tribunal.

Lorsque c'est la personne morale elle-même qui a désigné le mandataire *ad hoc*, la question est en général réglée directement entre le mandataire *ad hoc* et la personne morale, par exemple, sur base d'une convention.

Par contre, si c'est le tribunal qui a procédé à la désignation du mandataire *ad hoc*, le plus souvent un avocat, la question du débiteur de ses honoraires reste controversée à ce jour.

Point de départ de la réflexion dans ce cadre: le mandataire *ad hoc* doit être assimilé dans cette hypothèse à un mandataire de justice. Par conséquent, comme tout mandataire de justice, les frais et honoraires du mandataire *ad hoc* doivent être «taxés» par le tribunal, sur la base d'un état détaillé par lequel l'administrateur *ad hoc* propose un montant¹³⁰. Certains tribunaux accordent également dès la désignation une «provision» sur honoraires au profit du mandataire *ad hoc*¹³¹.

Cela étant, toujours dans l'hypothèse d'une désignation par le tribunal, toute la question porte sur la nature des honoraires: s'agit-il de «frais de défense» ou des «frais de justice»?

Les conséquences de la distinction sont importantes, et la jurisprudence va dans les deux sens, parfois même au sein d'un même arrondissement¹³².

Si, avec une partie de la jurisprudence, l'on considère qu'il s'agit des «frais de défense», ces derniers incombent en principe à la personne morale, qui devra les payer à concurrence du montant ainsi taxé par le tribunal. Si la personne morale ne paie pas, le mandataire *ad hoc* devra procéder à l'exécution forcée de la décision judiciaire et, en cas de faillite, pourra faire valoir que ces frais de défense bénéficient du privilège de

¹²⁹ Pour une étude détaillée, cf. celle de J. CASTIAUX, «Les honoraires du mandataire *ad hoc*», *Rev. dr. pén. entr.*, 2010/1, pp. 5 et s.

¹³⁰ Cet état sera ainsi entériné ou non par le tribunal. Cf. à ce propos, J. CASTIAUX, «Les honoraires du mandataire *ad hoc*», *op. cit.*, p. 5, et réf., ainsi que D. MATRAY et J. OVERATH, «Le mandataire *ad hoc* dans la responsabilité pénale des personnes morales», *op. cit.*, p. 481.

¹³¹ Cf. not. Gand, 1^{er} mars 2002, *R.W.*, 2002-2003, p. 154; Corr. Gand, 19 octobre 1999, *T.M.R.*, 2000, p. 168, et Corr. Gand, 19 octobre 1999, *T.M.R.*, 2000, p. 168, qui précisent que, si une provision complémentaire est nécessaire, il peut s'adresser par voie de requête en ce sens au tribunal.

¹³² Cf. notes *infra*, décisions rendues à Bruxelles.

l'article 17 de la loi hypothécaire¹³³. Comme le relève à juste titre la doctrine, on peut toutefois se demander dans cette hypothèse quelle personne pourra contester, si nécessaire, ces honoraires, alors que la personne morale n'est à la cause que par l'entremise du mandataire *ad hoc* et que ce dernier ne va bien évidemment pas contester ses propres honoraires¹³⁴. Comment le mandataire *ad hoc* pourra-t-il représenter de façon « indépendante » la personne morale dans ce cadre ? De plus, cette solution a pour conséquence importante que les mandataires *ad hoc* devront ainsi systématiquement supporter l'insolvabilité de la personne morale qu'ils sont chargés de représenter : comment réagiront-ils en pratique s'ils sont confrontés d'emblée, comme cela est régulièrement le cas sur le terrain, à des « coquilles vides » sans aucun patrimoine ?

Par contre, si l'on estime, avec une autre partie de la jurisprudence, que les sommes dues au mandataire *ad hoc* sont des « frais de justice », le débiteur de ces frais et honoraires n'est plus la personne morale, mais bien l'État belge¹³⁵.

Toutefois, certaines décisions ne rejoignent ce courant qu'en fonction du « résultat » de la procédure, à savoir si la personne morale a été acquittée. Ainsi, selon une jurisprudence, les honoraires ne seraient à charge de l'État qu'en cas d'acquiescement, des prévenus acquittés ne pouvant être condamnés aux frais et dépens causés par les poursuites, qui demeure alors nécessairement à charge de l'État, étant entendu qu'en cas de condamnation de la personne morale, les honoraires devraient être mis à charge de cette dernière¹³⁶. Comme le relève la doctrine, cette situation est fort lourde de conséquences pour la personne morale sur le plan financier et, de plus, fait reposer en réalité sur les épaules du mandataire *ad hoc* tout le risque de l'insolvabilité de la personne morale, et ce, d'autant plus que selon la jurisprudence existante en la matière « les mandataires *ad hoc* ne peuvent prétendre à aucun droit sur les sommes confisquées à charge de leur administrée »¹³⁷.

¹³³ Cf. à ce propos Bruxelles, 30 juin 2009, *Rev. dr. pén. entr.*, 2010, p. 25, et J. CASTIAUX, « Les honoraires du mandataire *ad hoc* », *op. cit.*, pp. 5 et s.

¹³⁴ Cf. F. LUGENTZ et O. KLEES, « Le point sur la responsabilité pénale des personnes morales », *op. cit.*, p. 214, et J. CASTIAUX, « Les honoraires du mandataire *ad hoc* », *op. cit.*, p. 8.

¹³⁵ Corr. Bruxelles, 5 février 2009, *Rev. dr. pén. entr.*, 2010, p. 133, et Bruxelles, 22 janvier 2010, *Rev. dr. pén. entr.*, 2010, p. 241, et note Ch.-E. CLESSE.

¹³⁶ Corr. Bruxelles, 8 mars 2007, cité par F. LUGENTZ et O. KLEES, « Le point sur la responsabilité pénale des personnes morales », *op. cit.*, p. 214.

¹³⁷ *Ibid.*, et solution conforme à l'art. 43bis, § 3, C. pén., cf. à ce sujet F. LUGENTZ et O. KLEES, « Le point sur la responsabilité pénale des personnes morales », *op. cit.*, p. 214.

Avec d'autres auteurs, nous estimons que, à l'instar des indemnités dues aux interprètes, il est préférable que les sommes allouées au mandataire *ad hoc* désigné par le tribunal soient à la charge définitive de l'État¹³⁸, et ce, en toutes hypothèses, indépendamment du résultat de la procédure.

Comme le relève un auteur «cette opinion n'est pas susceptible d'entraîner des abus dès lors que les personnes morales qui ont les moyens d'assumer un défenseur personnel préféreront désigner elles-mêmes leur défenseur et de supporter ses honoraires plutôt que de se faire représenter par un avocat d'office désigné par le juge¹³⁹». Et lorsque les honoraires sont à charge de l'État, la mission du juge taxateur permettra au tribunal (donc à l'État) de «vérifier la qualité des prestations et de contrôler la hauteur des frais et honoraires réclamés avant de les taxer»¹⁴⁰, tandis que les mandataires *ad hoc* seront ainsi davantage en mesure d'exercer en complète indépendance la défense de la personne morale, sans devoir se soucier de son insolvabilité éventuelle.

VII. Fin de la mission

VII.1. Décision définitive sur l'action publique

La mission du mandataire *ad hoc* prendra logiquement fin à l'instant où l'action publique à l'encontre de la personne morale fait l'objet d'une décision définitive ayant force de chose jugée, mettant fin à tout conflit d'intérêt.

Par conséquent, le mandataire *ad hoc* ne devrait pas intervenir dans le cadre de l'exécution de la peine prononcée à l'encontre de la personne morale. En ce sens, l'article 2*bis* du titre préliminaire du Code d'instruction criminelle ne vise que l'exercice de l'action publique et non l'exécution de la peine¹⁴¹.

En revanche, si une décision condamnant la personne morale fait l'objet d'un recours et que l'action publique est poursuivie contre la personne morale représentée par le mandataire *ad hoc*, ce dernier doit continuer sa mission.

La question se pose toutefois de savoir si le mandataire *ad hoc* doit continuer à intervenir lorsqu'un appel a été interjeté sur l'action publique uniquement contre la personne morale, tandis que les personnes phy-

¹³⁸ Cf. en ce sens J. CASTIAUX, «Les honoraires du mandataire *ad hoc*», *op. cit.*, p. 8.

¹³⁹ *Idem*, *op. cit.*, p. 8.

¹⁴⁰ *Idem*, *op. cit.*, p. 8.

¹⁴¹ P. HELSEN, «Lasthebber *ad hoc*», *op. cit.*, p. 102.

siques habilitées à la représenter ne sont pas en appel et feraient l'objet d'un jugement ayant force de chose jugée en première instance. De façon similaire, *quid* si un mandataire *ad hoc* a été nommé par un juge d'instruction et que la chambre du conseil décide de ne renvoyer que la personne morale, ses représentants faisant l'objet d'une décision de non-lieu ?

En effet, dans ces hypothèses, il n'y a plus d'action publique pendante « à la fois » contre la personne morale et contre les personnes physiques habilitées à la représenter.

La doctrine est partagée.

D'une part, certains considèrent que le mandataire *ad hoc* peut continuer à représenter la personne morale dans la mesure où l'article 2*bis* du Titre préliminaire du Code d'instruction criminelle prévoit la désignation lorsque l'action publique est « engagée », et ne dit rien sur la suite.

Par ailleurs, selon nous à juste titre, d'autres soulignent qu'il faut constater que, dans le cas où seule la personne morale est poursuivie à l'exclusion des personnes physiques habilitées à la représenter, il n'y a plus, comme déjà examiné ci-avant¹⁴², de « conflit d'intérêt » possible. Par conséquent, obliger la personne morale à continuer à être représentée par un mandataire *ad hoc* serait non seulement contraire à la *ratio legis* de la loi, mais également, le cas échéant, difficilement conciliable avec l'article 6 de la C.E.D.H. et le principe d'égalité¹⁴³.

VII.2. Liquidation, faillite et dissolution

L'article 20 du titre préliminaire du Code d'instruction criminelle prévoit que « l'action publique s'éteint par la mort de l'inculpée ou par la clôture de la liquidation, la dissolution judiciaire ou la dissolution sans liquidation lorsqu'il s'agit d'une personne morale ».

Dans ces différentes hypothèses le mandat du mandataire *ad hoc* va prendre fin lorsque la décision qui constatera, sur la base de cet article, que l'action publique est éteinte, aura force de chose jugée¹⁴⁴.

On notera que deux exceptions sont toutefois prévues au même article, qui ne devraient pas poser problème en la matière, à savoir que « l'action publique pourra encore être exercée ultérieurement si la mise en liquidation, la dissolution judiciaire ou la dissolution sans liquidation a eu pour

¹⁴² Cf. *supra*.

¹⁴³ En ce sens, P. HELSEN, « Lasthebber *ad hoc* », *op. cit.*, p. 103.

¹⁴⁴ Pour un ex. de dissolution sans liquidation, *cf.*, p. ex., Corr. Tongres, 9 mai 2008, inédit, cité par P. HELSEN, dans laquelle une personne morale a été poursuivie qui, entretemps a fait l'objet d'une dissolution sans liquidation suite à une fusion.

but d'échapper aux poursuites ou si la personne morale a été inculpée par le juge d'instruction conformément à l'article 61bis avant la perte de la personnalité juridique».

La liquidation va avoir comme conséquence qu'à partir de ce moment, un liquidateur va être nommé pour représenter la personne morale en droit¹⁴⁵. Si un mandataire *ad hoc* a déjà été désigné avant la liquidation, certains auteurs plaident pour que ce dernier puisse continuer à exercer ce mandat¹⁴⁶. Si, après la liquidation, l'action publique est introduite contre la personne morale et contre le liquidateur, qui était aussi la personne physique habilitée à la représenter, il y aura, le cas échéant, lieu de désigner un mandataire *ad hoc* pour représenter la personne morale. Mais si l'action publique est introduite contre la personne morale représentée par son liquidateur et contre la personne qui, avant la liquidation, était compétente pour représenter la personne morale en justice, mais qui n'est pas le liquidateur, cet auteur estime qu'aucune désignation de mandataire *ad hoc* ne devrait avoir lieu, puisque la personne physique qui était compétente pour représenter la personne morale ne l'est plus et que la personne morale est déjà représentée par un liquidateur¹⁴⁷.

En cas de faillite, durant la période s'étalant entre la déclaration de la faillite et la clôture de la faillite, la personne morale existe encore. Toutefois, la personne physique qui était habilitée à représenter la personne morale en justice perd cette compétence au profit du curateur¹⁴⁸.

La question se pose alors de savoir si le curateur peut ou doit être désigné comme mandataire *ad hoc*.

La jurisprudence publiée à ce jour répond négativement à cette question. Ainsi, le tribunal correctionnel de Bruxelles déduit d'une analyse fouillée de la question¹⁴⁹ que le curateur de la faillite ne peut assumer la défense indépendante de la personne morale dans le cadre de l'action publique en raison du fait que, en sa qualité, il représente la masse (dont les intérêts pourraient s'opposer à ceux de la personne morale) ainsi qu'en raison de son obligation de collaboration avec les autorités judiciaires

¹⁴⁵ Art. 186, C. soc. : «à défaut de dispositions contraires dans les statuts ou dans l'acte de nomination, les liquidateurs peuvent intenter et soutenir toute action, recevoir tout paiement, donner mainlevée avec ou sans quittance, réaliser toutes les valeurs mobilières de la société, endosser tout effet de commerce, transiger ou compromettre sur toutes contestations. Ils peuvent aliéner les immeubles par adjudication publique, s'ils jugent la vente nécessaire pour payer les dettes sociales».

¹⁴⁶ En ce sens, P. HELSEN, «Lasthebber *ad hoc*», *op. cit.*, p. 104.

¹⁴⁷ *Ibid.*

¹⁴⁸ Art. 16 de la loi du 8 août 1997 sur les faillites.

¹⁴⁹ Cf., pour un commentaire détaillé de cette décision, F. LUGENTZ et O. KLEES, «Le point sur la responsabilité pénale des personnes morales», *op. cit.*, p. 216.

(de sorte qu'il ne pourrait prétendre invoquer au nom de la partie qu'il représente le droit au silence). Dans une autre affaire, ce même tribunal a désigné un mandataire *ad hoc* distinct du curateur de la personne morale en relevant notamment que « dans le cadre de sa mission le curateur peut certes agir dans les intérêts de la société faillie, mais il est également fréquent qu'il dénonce auprès de Monsieur le procureur du Roi d'éventuelles infractions de cette même société. Dans ces circonstances, le tribunal estime que le curateur ne présente, de manière générale, pas l'indépendance que requiert la défense et la représentation d'une personne morale dans le cadre d'un procès pénal. Cette conclusion s'impose *a fortiori* lorsque le curateur souhaite, comme en l'espèce, également se constituer partie civile à l'encontre des prévenus »¹⁵⁰.

La Cour d'appel d'Anvers a jugé dans un même sens, décidant que, lorsque le tribunal correctionnel a nommé un mandataire *ad hoc* pour représenter la société sur le plan pénal, ce mandataire représente de façon valable la société en droit même si cette dernière a été, dans l'intervalle, déclarée en faillite. La Cour jugea donc que la faillite intervenue n'avait aucune influence sur la désignation du mandataire¹⁵¹.

Enfin, on notera que la décision de clôturer la faillite a pour conséquence que la personne morale est dissoute¹⁵². Par conséquent, l'article 20 évoqué ci-avant relatif à l'extinction de l'action publique trouvera à s'appliquer et le mandataire *ad hoc* sera déchargé définitivement de sa mission.

VIII. Conclusion

Rarement une question de procédure pénale aura été autant controversée que celle du mandataire *ad hoc*.

En l'absence de toute précision du législateur, non seulement les cours et tribunaux, mais également les personnes qui se voient désignées comme mandataires *ad hoc* doivent avancer au quotidien dans des situations parfois fort délicates et complexes, souvent dans le flou le plus complet, nombre de questions restant encore à l'heure actuelle fort controversées.

¹⁵⁰ Corr. Bruxelles, 49^e ch., 15 octobre 2010, inédit.

¹⁵¹ Anvers, 7 mai 2008, *R.W.*, 2008-2009, p. 1520, et note P. HELSEN.

¹⁵² Auparavant, ce n'était pas nécessairement le cas, cf. H. VAN BAVEL, « De wet van 4 mei 1999 tot invoering van de strafrechtelijke verantwoordelijkheid van de rechtspersonen », *A.J.T.*, 1999-2000, p. 225. Cf. égal. art. 30 de la loi du 4 septembre 2002 modifiant la loi sur la faillite du 8 août 1997, *M.B.*, 21 septembre 2002.

On ne peut que le déplorer et inviter le législateur à intervenir de façon constructive.

Il est temps de mettre un terme à cette insécurité juridique sévissant dans une matière susceptible d'entraîner de lourdes conséquences pour les personnes qui doivent la subir. Le droit de la procédure pénale exige de la clarté.

Faux et usage de faux – Réflexions sur quelques thèmes d’actualité

Pierre MONVILLE

*Avocat (Joynlegal)
Assistant ULg*

I. Préambule

1. D’excellentes contributions ont été consacrées, ces dernières années, à l’étude du faux et de l’usage de faux¹. Tout (ou presque) a été écrit sur les éléments constitutifs de ces infractions, leur nature, les règles applicables en matière de prescription, leur régime de sanctionnement.

Il ne nous a donc pas paru utile de répéter une énième fois ce que d’autres ont déjà clairement exprimé, mais plutôt de rendre compte, à l’aune d’une jurisprudence récente, des difficultés qui subsistent (et elles sont nombreuses).

2. Nous avons donc isolé quatre thèmes qui seront traités plus avant avec pour double objectif, d’une part, de fournir des outils techniques au praticien et, d’autre part, de susciter la réflexion quand les solutions retenues nous semblent discutables.

¹ T. AFSCHRIFT et V.-A. DE BRAUWERE, *Manuel de droit pénal financier*, Waterloo, Kluwer, 2001, pp. 195-226; J. SPREUTELS, R. ROGGEN et E. ROGER FRANCE, *Droit pénal des affaires*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 201-255; A. DE NAUW, *Initiation au droit pénal*, Waterloo, Kluwer, 2008, pp. 35-76; T. GHILAIN et J.-P. RENARD, «Du faux, de son usage et de leur prescription», *Dr. pén. entr.*, 2010, pp. 205-224, F. ROGGEN, «Faux et usage de faux fiscal: principes de base et développements jurisprudentiels récents», *Droit pénal et procédure pénale*, Waterloo, Kluwer; J. SPREUTELS, R. ROGGEN et E. ROGER FRANCE, *Droit pénal des affaires*, *op. cit.*, pp. 201-255; O. KLEES, «Le point sur la prescription en matière de faux», in *Colloque en droit pénal et de la procédure pénale*, Bruxelles, Jeune Barreau, 2006, pp. 109-132; A. MASSET, «Réflexions à propos de la prescription de l’action publique, spécialement dans le domaine des infractions de faux en écriture», *Rev. Fac. dr. ULg*, 2006, pp. 231-243. S. VAN DYCK, *Valsheid in geschriften en gebruik van valse geschriften*, Intersentia, 2007, 747 p. N. VANCRAVEBECK, «Les infractions de faux et d’usage de faux en matière fiscale – Le problème de la prescription», *R.G.C.F.*, 2007, p. 397.

Les points d'attention retenus seront donc : l'élément matériel du faux en écritures (altération de la vérité et écrit protégé), l'exclusion de l'écrit reçu sous réserve de vérification du champ d'application des articles 193 et suivants du Code pénal, le faux fiscal et l'épineuse question du point de départ de la prescription en matière de faux et d'usage de faux. Nous livrerons ensuite de courtes conclusions.

II. Premier thème : quelques considérations relatives à l'élément matériel du faux en écritures (écrit protégé et altération de la vérité)

II.1. Notions

3. Le faux en écriture consiste en une altération de la vérité réalisée avec une intention frauduleuse ou à dessein de nuire, d'une manière prévue par la loi, dans un écrit protégé par celle-ci, d'où il peut résulter un préjudice.

4. L'altération de la vérité, c'est l'élément de mensonge qui est introduit dans l'écrit ou qui est généré au moyen de l'écrit². Elle peut être réalisée soit par l'altération de la matérialité de l'écrit (faux matériel), soit par l'altération de la substance de l'écrit (faux intellectuel).

5. L'écrit protégé par la loi recouvre une réalité très large³. Sont protégés par la loi les écrits pouvant faire preuve dans une certaine mesure, c'est-à-dire qui s'imposent à la confiance publique, de sorte que l'autorité ou les particuliers qui en prennent connaissance ou auxquels ils sont présentés peuvent se convaincre de la réalité de l'acte ou du fait juridique constaté par ces écrits ou sont en droit de leur accorder foi⁴.

6. La loi protège diverses sortes d'écritures, soit les écritures authentiques et publiques (art. 194 et 195, C. pén.), les écritures de banque ou de commerce (art. 196, C. pén.) et les écritures privées (art. 196, C. pén.).

² J. SPREUTELS, R. ROGGEN et E. ROGER FRANCE, *Droit pénal des affaires*, op. cit., p. 204.

³ Pour une définition de l'écrit protégé, voy. J. SPREUTELS, R. ROGGEN et E. ROGER FRANCE, *Droit pénal des affaires*, op. cit., p. 214 : « [...] système de signes graphiques lisibles et compréhensibles qui exprime une pensée d'une manière relativement durable et dont l'authenticité et la sincérité s'imposent à quiconque en prend connaissance ». Les auteurs reprennent ainsi la définition de L. DUPONT et J. VANHALEWIJN, « Valsheid in geschriften », *A.P.R.*, 1975, n° 13.

⁴ Voy., not., Cass., 3 septembre 2008, *Pas.*, 2008, p. 1842, *Rev. dr. pén.*, 2009, p. 81 ; Cass., 21 juin 2005, *Pas.*, 2005, p. 360 ; Cass., 16 juin 1999, *Pas.*, 1999, I, p. 362.

- Parmi les écritures authentiques ou publiques, l'on considère les actes politiques (lois, décrets, ordonnances, arrêtés royaux, arrêtés ministériels⁵), les actes de l'autorité administrative (registres, actes et extraits d'actes d'état civil, listes électorales⁶), les écritures en matière de comptabilité publique, les actes de l'administration de la justice (jugements, minutes, expéditions de jugement, procès-verbaux dressés par des officiers de police judiciaire⁷) et les écritures des officiers ministériels (actes notariés de ventes d'immeuble, de constitution de société, exploit d'huissier⁸)⁹.
- Parmi les écritures de commerce ou de banque, les auteurs s'accordent à reconnaître: les bilans et comptes annuels des sociétés commerciales, des bordereaux d'achat, des factures, des lettres de change, des chèques, le connaissement, les livres de commerce, les actes de société, les traites, les titres de transport, les ordres de virement, les étiquettes portant l'indication du prix de certaines choses¹⁰. L'on peut ajouter, une proposition d'assurance¹¹, un contrat de cession de parts sociales d'une S.P.R.L.¹².
- Parmi les écritures privées (qui constituent une catégorie résiduaire) protégées par la loi, l'on peut recenser: des lettres privées, des missives, des rapports d'expertise¹³, de fausses factures, des bordereaux d'achats¹⁴, les documents servant à l'ouverture d'un compte bancaire¹⁵, une liste d'appel de pompiers, une inscription dans un registre d'hôtel sous un

⁵ J. SPREUTELS, R. ROGGEN et E. ROGER FRANCE, *Droit pénal des affaires*, op. cit., p. 224, note infra, p. 738.

⁶ J. SPREUTELS, R. ROGGEN et E. ROGER FRANCE, *Droit pénal des affaires*, op. cit., p. 224, note infra, p. 740.

⁷ J. SPREUTELS, R. ROGGEN et E. ROGER FRANCE, *Droit pénal des affaires*, op. cit., p. 224, note infra, p. 739.

⁸ J. SPREUTELS, R. ROGGEN et E. ROGER FRANCE, *Droit pénal des affaires*, op. cit., p. 224, note infra, p. 741.

⁹ A. DE NAUW, *Initiation au droit pénal*, op. cit., pp. 43-44.

¹⁰ A. DE NAUW, *Initiation au droit pénal*, op. cit., p. 45; J. SPREUTELS, R. ROGGEN et E. ROGER FRANCE, *Droit pénal des affaires*, op. cit., p. 227.

¹¹ Cass., 27 janvier 2010, P.09.0770.F. à propos de propositions d'assurance vie établies au nom de clients fictifs, c'est-à-dire qui n'avaient pas l'intention de s'engager.

¹² Voyez Liège (6^e ch.), 24 février 2010, inédit à propos d'un faux en écritures retenu dans le cadre de la rédaction d'un contrat de cession de parts sociales d'une S.P.R.L. avec l'indication d'un prix fictif (inférieur à la réalité); la cour retient que les prévenus, par la simulation du prix de la cession, se sont procurés un avantage qu'ils n'auraient pas eu sans le faux, à savoir celui de se prémunir contre d'éventuelles investigations par des tiers sur l'origine des sommes considérables mises en jeu ou la destination ultérieure de celles-ci.

¹³ Anvers, 22 janvier 1988, R.W., 1987-1988, p. 1031.

¹⁴ Cass., 6 février 1979, Pas., 1979, I, p. 644; Cass., 20 avril 1988, Pas., 1988, I, p. 982.

¹⁵ Liège, 7 mai 1994, Journ. proc., n° 204, p. 24.

faux nom en vue de tromper la police¹⁶, un code-barres¹⁷, un rapport d'expertise rédigé par un expert privé qui devait être utilisé pour convaincre une société d'assurances d'augmenter la valeur des biens à assurer¹⁸, une fausse déclaration de vol d'un véhicule à la police¹⁹, la photocopie d'un document original²⁰, voire des sacs poubelles munis du logo de la commune qui servent de quittance pour le paiement du ramassage des ordures ménagères²¹... Sont par contre exclus, les écrits de pure convenance²².

II.2. Illustration : écrit protégé par la loi

7. La Cour de cassation a été amenée, ces dernières années, à délimiter plus avant le champ d'application matériel du faux en écritures tantôt en reconnaissant l'écrit soumis à sa censure comme protégé, tantôt en l'excluant.

7.1. N'ont pas été reconnus comme étant des écrits protégés par la loi :

– Un procès-verbal d'audience²³

Un prévenu soutenait que le procès-verbal d'audience dressé par la cour d'appel, ne rapportant pas la teneur des déclarations qu'il avait

¹⁶ Anvers, 3 avril 1976, *R.W.*, 1976-1977, p. 1387.

¹⁷ Bruxelles, ch. mis. acc., 7 février 2000, *Rev. dr. pén.*, 2000, p. 865.

¹⁸ Cass., 25 septembre 2001, *Pas.*, 2001, I, p. 1479, *R.W.*, 2002-2003, p. 1669.

¹⁹ Cass., 21 juin 2005, *Pas.*, 2005, I, p. 360.

²⁰ Cass., 13 septembre 2005, *Pas.*, 2005, I, p. 425; Liège, 1^{er} décembre 2006, *J.L.M.B.*, 2007, p. 800.

²¹ Corr. Anvers, 4 juin 2004, *T. Strafr.*, 2007, p.213, note.

²² Pour un exemple de « l'impunité » d'un faux de « commodité », voyez Corr. Verviers (ch. cons.), 27 février 2007, inédit : « Qu'il apparait de l'ensemble des éléments du dossier répressif et de l'instruction des présomptions graves, précises et concordantes que l'inculpé a donc commis des faux, non pas quant à la signature de ces documents qui ont bien été signés par les locataires, mais quant à la date de signature de ces "bordereaux", l'inculpé – qui détachait ces "bordereaux" du document initial lors de la rupture du bail, ainsi qu'il ressort de l'examen de ces documents –, les complétait à l'évidence par la date de la rupture relative à chaque locataire concerné. Que si ce procédé est manifestement contestable et ne peut être approuvé sur le plan de la rigueur et de la probité, il convient néanmoins de relever que l'inculpé n'a jamais utilisé ces bordereaux afin de tenter d'obtenir des sommes indues. Qu'en réalité, il est vraisemblable qu'en faisant signer aux locataires ce bordereau lors de la signature du bail et en complétant ultérieurement la date laissée en blanc lors de cette signature par celle de la rupture effective, et ce, alors que les locataires lui étaient bien redevables de sommes supérieures à la caution, l'inculpé a commis un "faux de commodité" afin de n'avoir pas à s'adresser après leur départ à des locataires qui pouvaient être difficilement joignables en raison de leur situation sociale marginale. »

²³ Cass., 27 septembre 2006, *Pas.*, 2006, I, p. 1866; *Rev. dr. pén.*, 2007, p. 87.

effectuées et qu'il avait demandé d'acter au plunitif, était constitutif d'un faux en écritures.

La Cour de cassation rappelle que :

- en règle, le procès-verbal d'audience relate le déroulement de l'audience en mentionnant les membres du siège et les parties présentes, la publicité ou non des débats, le dépôt de pièces ou de conclusions, les personnes qui prennent la parole à l'audience et qu'en matière correctionnelle et de police, aucune disposition légale n'oblige cependant le greffier de tenir note des plaidoiries ou des déclarations faites à l'audience par une partie en cause ;
 - le greffier apprécie, sous le contrôle du président, ce qui doit être consigné dans le procès-verbal ;
 - aucune disposition légale n'oblige une juridiction répressive statuant en dernier ressort à mentionner dans cette pièce les éléments recueillis au cours de l'instruction de la cause ;
 - le seul rejet d'une demande formulée à cet égard par une partie ne saurait entraîner la fausseté du procès-verbal, puisque celui-ci ne tient pas ainsi pour vrai un fait qui ne l'est pas et ne dénie pas davantage un fait qu'il aurait eu pour vocation de constater.
- Imitation formelle d'une signature²⁴
- Saisie d'un pourvoi reposant sur l'affirmation que la seule imitation formelle d'une signature est déjà frauduleuse en soi et constitue un faux punissable, la Cour de cassation écarte le moyen en soulignant que cette seule circonstance ne constitue pas, comme telle, nécessairement et inéluctablement, un faux punissable au sens de la loi, lorsque les autres éléments constitutifs de l'infraction font défaut ou ne sont pas établis, spécialement l'intention frauduleuse ou le dessein de nuire.

7.2. A été reconnue comme écrit protégé une proposition d'assurance²⁵. Le prévenu faisait valoir que les propositions d'assurance ne sont pas des écrits protégés qu'un assureur peut tenir pour sincères. Il objectait également que l'absence de vérification par la compagnie d'assurance de sa capacité financière (la proposition d'assurance était muette sur ce point) devait exclure du champ d'application de l'article 196 du Code pénal. La Cour de cassation valide la réponse apportée par les juges d'appel :

- la proposition d'assurance contenant l'engagement de payer au moins la première prime est une écriture commerciale bénéficiaire de la pré-

²⁴ Cass., 10 octobre 2006, *Pas.*, 2006, p.2009.

²⁵ Cass., 27 janvier 2010, *N.C.*, 2010, p. 232, www.juridat.be, n° P.09.0770.F.

- somption de crédibilité qui la place dans la catégorie des écrits protégés;
- même si son destinataire a la possibilité de vérifier l'exactitude des mentions qu'une proposition d'assurance comporte (notamment quant à la capacité financière du preneur d'assurances), l'absence de sincérité quant à l'intention réelle pour le candidat preneur de conclure un contrat peut constituer un faux en écritures dans la mesure où cet acte est susceptible de créer des effets juridiques puisqu'en règle, elle oblige la compagnie à conclure les contrats à peine de dommages et intérêts.

II.3. Illustration: altération de la vérité

8. Il en va de même avec la notion d'altération de la vérité dont la Cour de cassation a affiné les contours à l'occasion l'examen des pourvois qui lui ont été soumis.

8.1. Elle a ainsi reconnu qu'étaient entachés d'une altération de la vérité:

- Un document reconstitué par un magistrat et présenté comme un original alors qu'il s'agit de la reconstitution d'un document²⁶.
En l'espèce, il s'agissait d'un faux relatif à un rôle de service, transmis au procureur du Roi et déposé à l'audience du tribunal. Ce document avait été établi pour convaincre une juridiction de jugement de la régularité d'une procédure judiciaire. La Cour motive comme suit sa décision: « Est entaché d'une altération de la vérité quant à sa datation le document présenté comme étant un original alors qu'il s'agit d'une reconstitution opérée à une date ultérieure sans y apposer les mentions indiquant qu'il s'agissait d'un acte distinct du document original. L'ordre public est intéressé à ce que les décisions judiciaires soient rendues sur des pièces reflétant la vérité. L'authenticité faussement donnée par un magistrat à un acte produit en justice dans l'intention, même vaine, de faire preuve, est un procédé qui blesse la confiance légitime qu'appellent pareils écrits. L'altération de la vérité dans ceux-ci suffit par elle-même à établir le préjudice. La culpabilité du fonctionnaire public qui en est l'auteur ne disparaît que s'il a agi sans intention frauduleuse ni dessein de nuire ».
- La figure juridique de la fiducie²⁷
Le demandeur en cassation soutenait que, toute opération de fiducie au sens de la loi luxembourgeoise étant fondée sur ce que le fiduciaire

²⁶ Cass., 22 avril 2009, *Pas.*, 2009, p. 991; *Rev. dr. pén.*, 2009, p. 933.

²⁷ Cass., 13 décembre 2006, *Pas.*, 2006, p. 2657; *R.W.* 2008-2009, p. 748, note C. IDOMON.

agit nécessairement pour compte d'un tiers qu'il ne doit pas dévoiler, toute convention de portage financier reflète nécessairement une réalité que le droit belge ne connaît pas.

La Cour de cassation écarte le moyen en considérant que cette circonstance n'empêche pas que le juge belge, saisi d'une infraction aux articles 196 et 197 du Code pénal, puisse légalement déduire des éléments fictifs sur lesquels se fonde l'opération fiduciaire, l'existence d'une altération de la vérité au sens de ces dispositions légales.

8.2. Par contre, l'altération de la vérité n'a pas été retenue dans les circonstances suivantes :

- Procès-verbal d'une assemblée générale de copropriétaires²⁸
Il était reproché à un syndic d'avoir falsifié le procès-verbal d'une assemblée générale de copropriétaires en y ajoutant, après la clôture de l'acte, une disposition relative à l'augmentation de ses émoluments de syndic. La Cour d'appel avait prononcé un acquittement au motif qu'il n'en résultait aucune altération de la vérité parce que la mention litigieuse ne faisait que reprendre, sans la dénaturer, une délibération de l'assemblée portant sur cet objet et octroyant l'augmentation dans les termes que le procès-verbal rapporte. Ce raisonnement trouve grâce aux yeux de la Cour de cassation : la fausseté d'un acte ne saurait se déduire de la seule circonstance qu'une mention y a été insérée après coup, lorsque cette addition n'emporte aucun mensonge dans l'écrit, mais, au contraire, rend celui-ci conforme aux dispositions qu'il a pour objet de constater.
- Fausse convention de cession de fonds de commerce²⁹
Un prévenu était poursuivi pour avoir, dans l'intention frauduleuse de commettre une escroquerie, établi une fausse convention de cession de fonds de commerce entre deux sociétés anonymes. Le juge du fond avait déduit la fausseté de l'acte de ce qu'il était censé constater un transfert de propriété entre les parties, lequel n'avait jamais eu lieu. Pour décider que la convention n'opère pas ce transfert, les juges d'appel relevaient que les actions de la société cédante constituaient un actif d'origine frauduleuse, que le prévenu n'avait pu en acquérir valablement la propriété et que le fonds de commerce vendu provenait d'un détournement commis par la venderesse au préjudice d'une ancienne filiale. Cette motivation n'est pas acceptée par la Cour de cassation qui n'y voit pas la constatation de l'altération de la vérité :

²⁸ Cass., 21 avril 2010, www.juridat.be, n° P.10.0002.F.

²⁹ Cass., 9 décembre 2009, *Pas.*, 2009, 2931 ; *Rev. prat. soc.*, 2009, p. 326.

« De la circonstance qu'une convention n'a pas été légalement formée, qu'elle est inapte à sortir les effets voulus par les parties ou qu'elle lèse un des cocontractants, il ne résulte pas que l'acte qui la contient constitue un faux en écritures. En se fondant, pour condamner le demandeur du chef de faux, sur les illégalités résumées ci-dessus, les juges d'appel n'ont pas prêté à l'écrit l'altération d'une vérité qu'il avait pour objet de constater. ».

III. Deuxième thème: Élément matériel du faux en écriture – exclusion de l'écrit reçu sous bénéfice de vérification

III.1. Notions

9. Il est généralement admis qu'un écrit soumis au contrôle du destinataire n'est, vis-à-vis de ce même destinataire, pas susceptible d'être qualifié de faux, puisqu'il ne s'impose pas à sa confiance³⁰. Ainsi en va-t-il d'une déclaration aux services de chômage, d'une déclaration de créance auprès d'un curateur ou de la photocopie grossièrement fautive³¹ ou du numéro d'identification d'une chaussure³². Si l'écrit est reçu sous bénéfice de vérification, c'est-à-dire sans présomption de sincérité, son caractère mensonger ne peut le transformer en faux³³.

10. La Cour de cassation a eu l'occasion, dans un arrêt récent³⁴, de rappeler cet enseignement: un écrit dont le contenu n'est admis que sous réserve de contrôle ne bénéficie pas de la confiance publique et ne relève donc pas de l'application des articles 193 et suivants du Code pénal.

III.2. Illustration: la facture

11. La règle trouve son meilleur terrain d'expression avec les factures. Une distinction devra être opérée en fonction de la personne qui reçoit la facture³⁵:

³⁰ T. GHILAIN et J.-P. RENARD, « Du faux, de son usage et de leur prescription », *op. cit.*, p. 209.

³¹ *Ibid.*, pp. 209-210.

³² *Ibid.*

³³ A. DE NAUW, *Initiation au droit pénal*, *op. cit.*, p. 38.

³⁴ Cass., 26 octobre 2010, *T.G.R.-T.W.V.R.*, 2011, p. 134; www.juridat.be, n° P.09.1662.N.

³⁵ A. DE NAUW, *Initiation au droit pénal*, *op. cit.*, pp. 38-39.

- s'il s'agit de son destinataire, les fausses indications établies par le vendeur ne sont pas constitutives d'un faux en écritures punissables. Toutefois, la facture redevient un faux punissable lorsque le juge constate que l'acheteur était, du fait du vendeur, dans l'impossibilité d'exercer un contrôle des mentions figurant sur la facture et que, donc, la facture devait être considérée comme véridique.
- s'il s'agit d'un tiers, par exemple, l'autorité judiciaire devant laquelle le recouvrement est poursuivi, les indications fausses ou fictives sont constitutives d'un faux en écritures.

12. Sur le plan des principes, un arrêt rendu dernièrement par la Cour de cassation³⁶ résume le «triple» test qu'il faut appliquer à une facture avant de pouvoir la qualifier de faux en écritures punissable :

- il ne peut être question de faux en écritures lorsque l'écrit n'a valeur probante qu'après son acceptation par le destinataire ;
- le faux en écritures étant une infraction instantanée, il ne résulte pas de l'acceptation ou du refus ultérieurs d'une facture qu'un tel écrit, qui n'avait pas de valeur probante sociale au moment de l'éventuelle dissimulation de la vérité, à savoir avant son contrôle, devienne ultérieurement un écrit protégé pénalement ;
- il peut être question de faux en écritures lorsque le destinataire se trouve dans l'impossibilité de contrôler les indications figurant dans l'écrit ou si ce contrôle est rendu impossible par le fait de celui qui a rédigé cet écrit.

13. Concrètement, il est plus malaisé de préciser dans quelles circonstances une facture devient un écrit susceptible de tomber sous le champ d'application des articles 193 et suivants du Code pénal. L'examen de trois arrêts rendus par la Cour de cassation ne nous permet en tout cas pas de déterminer si une fausse facture, après avoir été adressée à son destinataire, constitue un faux punissable lorsqu'elle est invoquée à l'appui d'une demande de recouvrement judiciaire³⁷.

13.1. Dans un arrêt du 5 mai 2004³⁸, la Cour de cassation décide qu'une facture relative à des prestations fictives et pourvue d'une date antérieure à celle de son émission, adressée au débiteur de la somme faisant l'objet

³⁶ Cass., 14 décembre 2010, *R.A.B.G.*, 2011, p. 588, note L. DEBROUCK; www.juridat.be, n° P.10.1079.N.

³⁷ T. BYL, «De factuur in het strafrecht», *De factuur en verwante documenten*, Vanden Broele, 2009, pp. 255-280.

³⁸ Cass., 5 mai 2004, *Pas.*, 2004, I, 757; *Rev. dr. pén.*, 2004, p. 1076.

de la facturation, ne peut pas être considérée comme un faux punissable, lorsque son destinataire, qui n'est pas l'autorité judiciaire devant laquelle le recouvrement est poursuivi, a la possibilité de vérifier l'exactitude des mentions qu'elle comporte.

Ladite facture n'exprime que la prétention de son émetteur et sa production en justice ne suffit pas pour en faire, au profit de celui-ci, un titre contre le débiteur de la somme facturée.

La Cour ajoute que la circonstance que cette facture ait été insérée dans la comptabilité du faussaire est, en l'espèce, irrelevante, vu que l'acte par lequel l'émetteur d'une facture insère celle-ci dans sa comptabilité ne saurait, à lui seul, rendre impossible le contrôle par le débiteur des mentions qui y figurent, tout en relevant que le prévenu n'est pas poursuivi du chef d'infraction à la loi sur la comptabilité des entreprises ou du chef de faux dans les comptes annuels de la société.

13.2. Dans l'espèce tranchée par la Cour de cassation le 3 septembre 2008³⁹, le faux imputé au prévenu était une facture rédigée sur ses instructions et produite par lui en justice à l'appui d'une demande tendant à la condamnation du défendeur au paiement de dommages et intérêts. Cette facture faisait état de l'exécution, par une société dont le prévenu était administrateur gérant, de travaux qui n'avaient pas été réalisés par cette société. La Cour relève qu'en opposant au défendeur un document établissant ainsi l'étendue de son dommage, le prévenu s'est procuré un avantage illicite. L'affirmation que les matériaux décrits par la facture ont été effectivement livrés est sans incidence sur l'existence du faux, puisque l'altération de la vérité reprochée au prévenu ne porte pas sur ce point, mais sur l'exécution des travaux.

L'intention frauduleuse, poursuit la Cour, requise pour que le faux soit punissable est réalisée lorsque l'auteur, trahissant la confiance commune dans l'écrit, cherche à obtenir un avantage ou un profit, de quelque nature qu'il soit, qu'il n'aurait pas obtenu si la vérité et la sincérité de l'écrit avaient été respectées. L'avantage poursuivi par le faussaire ne cesse donc pas d'être illicite du seul fait que le faux a pour but le recouvrement d'une somme à laquelle il aurait droit.

13.3. À l'occasion d'une décision rendue le 14 décembre 2010⁴⁰, la Cour de cassation a considéré que justifiait légalement sa décision l'arrêt qui constate souverainement que le demandeur ne croyait pas que la facture

³⁹ Cass., 3 septembre 2008, *Pas.* 2008, 1842; *Rev. dr. pén.*, 2009, p. 181.

⁴⁰ Cass., 14 décembre 2010, *R.A.B.G.*, 2011, p. 588, note L. DEBROUCK; www.juridat.be, n° P.10.1079.N.

litigieuse s'imposerait à la confiance publique ce qui « ressort du fait que le demandeur a contrôlé si le contenu de la facture correspondait à la réalité, qu'il l'a considérée comme inexacte ou fausse et qu'il s'y est opposé en temps utile et ne l'a pas payée ».

14. Nous restons donc partagé quant au conseil qu'un avocat, consulté par un client qui lui demanderait de recouvrer une facture manifestement fausse, devrait donner à ce dernier. Si l'envoi d'une lettre de mise en demeure peut être envisagé, il semble plus hasardeux de lancer citation sans y avoir, au préalable, mûrement réfléchi.

III.3. Illustration: autres écrits

15. D'autres écrits ne sont pas protégés par la loi dans la mesure où, à l'instar de la facture, ils ne s'imposent pas à la confiance publique: les simples allégations figurant dans des actes de procédure et, notamment, dans des conclusions qui ne reflètent que le point de vue d'une partie au procès et, de manière générale, tout document contenant des allégations unilatérales⁴¹. L'on peut citer des certificats de chômage, formulaires visant à obtenir des indemnités de mutuelle, voire le procès-verbal dans lequel une personne déclare faussement avoir été victime du vol de son véhicule⁴².

16. Nous illustrerons à nouveau notre propos en commentant brièvement des décisions rendues récemment par la juridiction suprême.

16.1. Conclusions déposées dans le cadre d'une procédure en divorce: la Cour de cassation a censuré l'arrêt d'une Cour d'appel qui avait déclaré établie une prévention qui qualifiait de faux les conclusions déposées dans le cadre d'une procédure de divorce, dans lesquelles la demanderesse réclamait, à tort, une pension alimentaire sur la base de la fausse allégation qu'elle ne disposait pas de moyens financiers⁴³. La Cour a rappelé que de telles conclusions ne constituent pas un écrit protégé par la loi au sens des articles 193 et suivants du Code pénal; cet écrit ne s'impose en effet pas à la confiance publique, mais, au contraire, est soumis à la contradiction des parties, qui peuvent en contrôler et en contester les indications.

⁴¹ Même si l'on observe une tendance, dans la jurisprudence, à faire rentrer ces écrits dans le champ d'application des art. 193 et s., voy. A. DE NAUW, *Initiation au droit pénal*, op. cit., p. 40.

⁴² Cass., 21 juin 2005, *Pas.*, 2005, p. 360.

⁴³ Cass., 26 octobre 2010, *T.G.R.-T.W.V.R.*, 2011, p. 134; www.juridat.be, n° P.09.1662.N.

16.2. Pièces justificatives transmises à la commission de régularisation : concernant les pièces justificatives transmises à l'appui d'une demande régularisation, en application de l'article 9 de la loi du 15 décembre 1980, la Cour de cassation estime qu'elles ne constituent pas des écrits n'acquérant valeur probante qu'après avoir été acceptées par la commission⁴⁴.

16.3. Fausse déclaration de sinistre auprès d'une compagnie d'assurance : la Cour de cassation a dû remettre un peu d'ordre dans le raisonnement tenu par la Cour d'appel d'Anvers, qui avait estimé qu'une déclaration de sinistre inexacte auprès d'une compagnie d'assurances ne constituait pas, en principe, un faux en écritures punissable, du moins lorsque l'(in) exactitude de la déclaration peut être contrôlée par la société d'assurances, ce qu'elle pouvait aisément faire⁴⁵. La Cour relève que l'écrit incriminé ne constitue pas de simples allégations, mais un écrit qui était destiné à conférer une apparence de véracité à ces allégations et qui a été conçu et utilisé dans le but d'obtenir l'indemnisation du dommage encouru lors de l'accident, pour conclure que la déclaration d'un sinistre peut valoir dans les relations sociales comme la preuve d'actes ou de faits juridiques qu'elle constate et peut être de nature à causer un préjudice de sorte qu'elle constitue une écriture protégée. Le fait que la compagnie d'assurances peut contrôler cette déclaration demeure sans incidence.

IV. Troisième thème : quelques considérations relatives au faux fiscal

IV.1. Notions⁴⁶

17. L'existence du faux fiscal et celle de son usage est subordonnée au constat que l'auteur a enfreint avec une intention frauduleuse ou à dessein de nuire les dispositions du Code fiscal ou des arrêtés pris pour son exécution⁴⁷. L'existence du faux fiscal dépend donc de la commission d'une autre infraction.

⁴⁴ Cass., 18 avril 2006, *Pas.*, 2006, p. 854; *R.W.*, 2006-2007, p. 1273, note S. VAN DYCK.

⁴⁵ Cass., 20 septembre 2005, *Pas.*, 2005, p. 1676; *R.W.*, 2007-2008, p. 1541.

⁴⁶ Pour un examen récent de la problématique, voir K. LAMMENS, «De verjaring van het misdrijf van het (fiscaal) gebruik van valse stukken : a never ending story?», *R.W.*, 2010-11, pp. 986-994; A. DE NAUW, «De verjaring van de fiscale valsheid in geschriften en van het gebruik van valse stukken: een stand van zaken», in M. MAUS et M. ROZIE, *Actuele problemen van het fiscaal strafrecht*, Intersentia, 2011, pp. 553-566.

⁴⁷ Cass., 24 février 2001, *Pas.*, 2001, I, p. 224.

Par exemple, l'article 450 du C.I.R. exige que le faux soit commis en vue de commettre une infraction visée à l'article 449 du C.I.R. L'existence d'un faux en écritures et l'usage d'un tel faux en matière d'impôts sur le revenu nécessite de préciser la disposition du C.I.R. ou de ses arrêtés d'exécution que le prévenu a frauduleusement enfreint ou qu'il aurait eu l'intention de contourner⁴⁸.

18. Dans un arrêt rendu le 13 décembre 2006, la Cour de cassation fait application de ces principes et casse l'arrêt de condamnation du chef de faux et usage de faux fiscal qui ne mentionne pas les dispositions du Code des impôts sur les revenus ou de ses arrêtés pris pour son exécution auxquelles l'auteur aurait contrevenu ou l'intention de contrevenir⁴⁹.

19. Cette constatation vaut également pour le faux fiscal en matière de T.V.A.⁵⁰, de droits d'enregistrement⁵¹, de droits de succession⁵², droits d'écritures et taxes sur opérations de bourse et assimilées⁵³, de taxes sur les jeux et paris (uniquement en Région wallonne)⁵⁴, les taxes sur les appareils de divertissement (uniquement en Région wallonne)⁵⁵.

20. Le libellé de ces différentes infractions retiendra l'attention à un autre point de vue. Les dispositions incriminant un faux fiscal sont souvent rédigées comme suit: «Sera puni [...] celui qui, en vue de commettre une des infractions visées [...], aura commis un faux en écritures publiques, de commerce ou privées, ou qui aura fait usage d'un tel faux».

Ces dispositions font donc, expressément référence au faux en écritures tel qu'incriminé aux articles 193 et suivants du Code pénal.

21. Ce qui veut donc dire que, pour pouvoir déclarer établie une prévention de faux fiscal, qu'il faut, dans la rigueur des principes, préalablement constater la réunion des éléments constitutifs du faux en écritures. Il y a

⁴⁸ Cass., 10 mars 1993, *Rev. dr. pén.*, 1993, p. 864; Cass., 14 février 2001, *Pas.* 2001, I, p. 91.

⁴⁹ Cass., 13 décembre 2006, *Pas.*, 2006, 2657; *R.W.* 2008-2009, p. 748, note C. IDOMON.

⁵⁰ L'art. 73bis du C.T.V.A. renvoie aux infractions visées à l'art. 73 dudit Code.

⁵¹ L'art. 206bis du C. enreg. renvoie aux infractions visées à l'art. 206 dudit Code.

⁵² L'art. 133bis du C. succ. renvoie aux infractions visées à l'art. 133 dudit Code.

⁵³ L'art. 207bis du C.D.T.D. du 2 mars 1927 renvoie aux infractions visées à l'art. 207 du même Code.

⁵⁴ L'art. 68ter du C.T.A.I.R. renvoie aux infractions visées au § 1^{er} dudit art.

⁵⁵ L'art. 90 du C.T.A.I.R. renvoie aux infractions visées au § 1^{er} dudit art.

là matière à réflexion amorcée de manière extrêmement pertinente par Françoise Roggen⁵⁶:

- Pour déclarer la prévention de faux fiscal établie, il faut que les éléments constitutifs du faux soient réunis dont, notamment, l'existence d'un préjudice (élément matériel de l'infraction) et la recherche d'un avantage illicite (élément moral de l'infraction).
- Dès lors que l'administration fiscale a la conviction qu'un écrit produit à l'appui d'une déclaration fiscale est un faux, il semble difficile d'admettre que celui-ci continue à la tromper: la notification d'un avis de rectification en est la meilleure preuve.
- L'existence même d'un préjudice, comme élément constitutif du faux n'apparaît d'ailleurs plus envisageable: en effet si le contribuable introduit un recours contre la cotisation enrôlée et qu'il triomphe, l'administration n'est plus préjudiciée; si le contribuable succombe, la décision rendue ne fera que conforter l'administration du bien-fondé dans sa conviction qui l'a poussée à rectifier.

Si l'un des éléments constitutifs du faux disparaît, l'infraction n'est plus constituée⁵⁷...

22. Par contre, tel n'est pas le cas de la loi générale sur les douanes et accises qui réprime la production de faux documents, dans l'intention de tromper la douane, sans référer aux dispositions du Code pénal incriminant le faux⁵⁸.

IV.2. Poursuites du chef de faux fiscal et/ou faux en écritures

23. Souvent, les poursuites sont exercées tant du chef de faux fiscal que de faux en écritures. Y a-t-il moyen d'en tirer parti? Le même fait peut, en effet, constituer à la fois un faux fiscal et un faux en écritures de droit commun⁵⁹.

⁵⁶ F. ROGGEN, «Faux et usage de faux fiscal: principes de base et développements jurisprudentiels récents», *op. cit.*, pp. 11-12.

⁵⁷ Ce qui, ajoute l'auteur, lève l'obstacle à la prise de cours de la prescription de l'action publique, thème sur lequel nous reviendrons plus avant.

⁵⁸ Art. 259 de la loi du 18 juillet 1977 générale sur les douanes et accises: «Est puni d'une amende de [250 EUR] à [625 EUR], sans qu'elle puisse être inférieure au décuple des droits et taxes éventuellement éludés: 1° celui qui, dans l'intention de tromper la douane, produit ou fait produire des documents faux, mensongers ou inexacts, 2° celui qui délivre des attestations, factures ou documents faux, mensongers ou inexacts destinés à tromper la douane».

⁵⁹ J. KIRKPATRICK et O. NEYRINCK, «La répression pénale de la fraude fiscale depuis les réformes de 1986 et de 1992», *Rev. dr. U.L.B.*, 1997, p. 147.

24. Plusieurs situations peuvent se présenter

24.1. Poursuites du chef de faux en écritures et l'auteur veut faire admettre qu'il s'agit de faux fiscaux.

Un prévenu avait soutenu que c'était à tort qu'il avait été poursuivi du chef de faux en écritures, vu que son intention était, en fait, de commettre une infraction à caractère fiscal (art. 449, C.I.R., et art. 73, C.T.V.A.) pour en tirer comme conclusions que les poursuites étaient irrecevables dans la mesure où le procureur du Roi n'avait pas demandé, préalablement à la mise en mouvement de l'action publique, l'avis de l'administration fiscale. La Cour de cassation a écarté le moyen en estimant que les juges d'appel n'avaient pas considéré que le prévenu avait agi avec le dol spécial requis pour l'application de l'article 450 du Code des impôts sur les revenus 1992 ou 73*bis* du Code de la taxe sur la valeur ajoutée⁶⁰.

24.2. Poursuites du chef de faux fiscaux et faux en écritures, mais la juridiction de fond ne retient que l'infraction de faux fiscal.

Un arrêt rendu par la Cour d'appel de Bruxelles constatait que le Ministère public avait qualifié les faits des préventions à la fois de faux de droit commun et de faux fiscal et que ces faits pouvaient constituer l'une ou l'autre de ces infractions. Il décide de ne retenir que le faux fiscal, vu qu'il n'est pas établi que le demandeur aurait eu l'intention de tromper d'autres personnes que l'administration fiscale.

La Cour de cassation, par arrêt du 3 juin 2009⁶¹, estime que c'est à bon droit que les juges d'appel ont ainsi exclu l'application du faux de droit commun qui, d'une manière générale, constitue une infraction contre la foi publique et qui, telle que qualifiée en l'espèce, implique une possibilité de préjudice et des procédés plus étendus que ceux du faux fiscal.

24.3. Poursuites concomitantes du chef de faux fiscal et faux en écritures.

Dans un arrêt du 18 juin 2003⁶², la Cour de cassation considère qu'il y a concours idéal entre les infractions de droit commun et de faux fiscal, dans la mesure où les inculpés n'auraient pas eu pour seul but de perpétrer une infraction fiscale, mais auraient eu la volonté plus large de tromper le fisc et d'autres personnes (des notaires, des banquiers, les autorités judiciaires, des comptables et réviseurs, etc.).

⁶⁰ Cass., 24 avril 2001, *Pas.*, 2001, I, 675; *T. Strafr.* 2002, p. 261.

⁶¹ Cass., 3 juin 2009, *Pas.*, 2009, 1406; *Dr. pén. entr.*, 2010, p. 249; *Rev. dr. pén.*, 2010, p. 359, note F. ROGGEN.

⁶² Cass., 18 juin 2003, *Pas.*?, xxx

Françoise Roggen approuve le point de vue ainsi adopté par la Cour de cassation qui retient le concours idéal d'infractions entre le faux de droit commun et le faux fiscal tout en excluant qu'il puissent constituer un délit collectif par unité d'intention⁶³, La Cour retient la possibilité d'un concours idéal d'infractions entre le faux de droit commun et le faux fiscal en excluant cependant qu'ils puissent constituer un délit collectif par unité d'intention.

25. Pour rappel, lorsque les poursuites ne visent que le faux fiscal, le Ministère public peut donc procéder à une citation directe du prévenu, sans passer par le mécanisme de la correctionnalisation, vu que le faux fiscal est un délit qui relève de la compétence du tribunal correctionnel⁶⁴.

V. Quatrième thème: faux et usage de faux – encore et toujours l'épineuse question de la prescription de l'action publique

V.1. Notions

26. Il doit désormais être admis que la prescription de l'action publique du chef des infractions de faux et usage de faux ne commence à courir qu'à dater du dernier fait d'usage, celui-ci devant s'entendre de l'obtention du but recherché par le faux lui-même, qu'il y ait ou non un nouveau fait positif d'usage⁶⁵.

La règle ainsi énoncée recouvre deux réalités, d'une part, celle où l'usage du faux est le fait de son auteur ou, d'autre part, celle de l'usage de la pièce fausse, à l'intervention d'un tiers. Dans cette dernière hypothèse, la Cour de cassation décide⁶⁶ que «l'auteur du faux est pénalement responsable d'un usage de ce faux qui en est la continuation normale et voulue par lui, ce fait d'usage eût-il été accompli par un tiers agissant sans connivence avec le faussaire ou dans l'ignorance que l'écrit était faux», point de vue largement critiqué par la doctrine⁶⁷.

⁶³ F. ROGGEN, *op. cit.*, p. 15.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 1.

⁶⁵ O. KLEES, «Le point sur la prescription en matière de faux», *op. cit.*, p. 122.

⁶⁶ Cass., 16 octobre 1996, *Pas.* 1996, I, p. 989; Cass., 13 octobre 1999, *Pas.*, 1999, I, p. 1305; Cass., 24 septembre 2002, *Pas.*, 2002, I, p. 1728.

⁶⁷ Voy. *infra*, pt n° 52, note *infrap.* 101.

27. Quoi qu'il en soit, la jurisprudence de la Cour de cassation semble à ce point bien établie qu'il paraît hasardeux d'en espérer le revirement.

L'on observera d'ailleurs que la Cour constitutionnelle, appelée à se prononcer, par deux fois, sur la conformité du régime de la prescription de ces infractions avec le principe constitutionnel de légalité, s'est abstenue d'examiner et donc, *a fortiori*, de censurer la jurisprudence de la Cour de cassation⁶⁸.

28. Il faut donc se rendre à l'évidence, la prescription du faux en écriture, dès lors qu'il sera fait usage de la pièce fautive, ne commencera à courir qu'au moment où le dernier fait d'usage aura été déterminé. Un enseignement invariable de la Cour de cassation retarde la fixation de cet « évènement » puisque la Cour considère que « l'usage du faux se perpétue, même sans fait nouveau de son auteur, et sans intervention itérative de sa part, tant que le but qu'il visait n'est pas entièrement atteint et tant que cet acte continue à engendrer à son profit, sans qu'il s'y oppose, l'effet utile qu'il en attendait »⁶⁹.

La question est donc de savoir quand peut-on, précisément, considérer qu'un faux a cessé de produire tout effet utile.

29. Avant de répondre à cette question, il faut rappeler deux autres fondamentaux qui gouvernent la matière :

- la loi n'ayant pas défini l'usage de faux, il appartient au juge d'apprécier en fait ce qui constitue cet usage et quelle en est la durée, et notamment de vérifier si celui-ci continue à tromper autrui ou à lui nuire, et à produire ainsi l'effet voulu par le faussaire⁷⁰;
- la Cour de cassation exerce un contrôle marginal à cet égard, en ce sens qu'il lui appartient de vérifier si la décision attaquée n'a pas méconnu la notion d'usage de faux, en examinant si, des éléments souverainement constatés, le juge a pu légalement déduire que l'usage ne continuait pas à tromper autrui ou à lui nuire, ne produisant ainsi plus l'effet voulu par le faussaire⁷¹.

⁶⁸ C.A., 21 décembre 2005, *M.B.*, 13 février 2006, p. 7643, *N.C.*, 2006, p. 112, note S. VANDROMME; *R.W.*, 2008-2009, p. 1083; C. const., 25 février 2010, *M.B.*, 3 mai 2010, p. 24884; *Cour. fisc.*, 2010, p. 406, note W. DEFOOR; *Dr. pén. entr.*, 2010, p. 109, note F. LUGENTZ; *Fiscologue*, 2010, p. 12; *R.W.*, 2010-2011, p. 995, note K. LAMMEN.

⁶⁹ Voyez, notamment, Cass., 7 février 2007, *Pas.* 2007, 72; Cass., 13 janvier 2009, *Pas.*, 2009, 84, *N.C.*, 2009, p. 265; Cass. 27 janvier 2009, *Pas.*, 2009, 234, *N.C.* 2009, p. 266 et note de S. VAN DYCK.

⁷⁰ Cass., 7 février 2007, *Pas.*, 2007, p. 72; Cass., 13 janvier 2009, Cass., 27 janvier 2009, *Pas.*, 2009, p. 234; *N.C.*, 2009, p. 266, note de S. VAN DYCK.

⁷¹ Cass., 21 mai 2008, *Pas.*, 2008, I, p. 307.

V.2. Comment mettre fin à l'usage du faux ?

30. Quelles circonstances sont dès lors susceptibles de mettre fin à l'usage du faux et de permettre à la prescription de l'action publique de commencer à courir ?

V.2.1. En ce qui concerne les faux en écritures de droit commun

31. Le délai de prescription des infractions de faux et d'usage de faux prend cours, selon le cas, soit lorsque le faux aura atteint son objectif, soit lorsqu'il ne sera plus en mesure de l'atteindre, que ce soit par la volonté du faussaire ou indépendamment de celle-ci⁷².

V.2.1.1. Effet utile du faux est consommé

32. La première hypothèse pour que l'usage prenne fin est que son effet utile soit consommé. L'infraction prend fin lorsque le but poursuivi est réalisé. Ainsi en est-il lors de la survenance d'une faillite, lorsqu'un faux est établi dans le but de retarder une faillite⁷³, lors de la remise d'une somme d'argent lorsqu'une escroquerie est commise au moyen de l'usage d'un faux document tendant à se faire remettre une somme d'argent⁷⁴.

33. Le cas de faux et usage de faux pour obtenir un prêt partage la jurisprudence, quant à savoir si l'infraction est ou non définitivement consommée au moment de la conclusion du contrat de prêt ou si le faux se perpétue jusqu'au moment du remboursement intégral du prêt⁷⁵.

Un arrêt de la Cour de cassation du 26 novembre 2008⁷⁶ retiendra l'attention :

- Le prévenu était poursuivi non pas pour avoir falsifié un contrat de prêt et en avoir fait usage, mais pour avoir, en amont, participé à la falsification et à l'utilisation des documents sur la base desquels ce prêt fut octroyé.
- La chambre des mises en accusation de Bruxelles avait considéré que l'usage des faux persistait jusqu'à l'apurement du prêt.

⁷² O. KLEES, « Le point sur la prescription en matière de faux », *op. cit.*, p. 123.

⁷³ Mons, 26 septembre 1986, *R.P.S.*, 1987, p. 29; Liège, 18 mars 1987, *J.L.M.B.*, 1987, p. 1183.

⁷⁴ T. GHILAIN et J.-P. RENARD, « Du faux, de son usage et de leur prescription », *op. cit.*, p. 222.

⁷⁵ Corr. Liège, 12 octobre 1961, *J.L.*, 1961, p. 67; *contra*, Anvers, 10 décembre 1986, *R.W.*, 1987-1988, p. 679; *J.T.*, 1988, p. 308.

⁷⁶ Cass., 26 novembre 2008, *Pas.*, 2008, 2671.

La Cour de cassation casse cette décision en soulignant que le fait que le débiteur reste en défaut de rembourser une partie du capital emprunté ne constitue ni l'usage des fausses pièces établies en vue d'obtenir le prêt ni la continuation de cet usage.

34. L'on peut encore citer un arrêt rendu le 13 janvier 2009⁷⁷ qui considère que l'effet utile d'une fausse déclaration de vol d'un bateau auprès de la compagnie d'assurance s'est arrêté au moment où l'assureur a versé l'indemnisation au prévenu, le but visé par le faux étant alors atteint. Cette affaire présente un intérêt dans la mesure où le prévenu avait maintenu devant le tribunal correctionnel qu'il s'agissait bien d'un vol et qu'il restait en droit de conserver l'indemnisation. La Cour d'appel en avait déduit, à tort selon la Cour de cassation, que l'effet utile du faux avait perduré jusqu'alors.

35. Un dernier arrêt rendu le 27 janvier 2009⁷⁸ semble également digne d'intérêt. Plusieurs facturations avaient permis à une entreprise d'obtenir frauduleusement des subventions. Elles faisaient l'objet de prévention de faux en écritures. Le Ministère public, qui était demandeur en cassation, soutenait que l'usage des dites pièces s'était perpétué jusqu'au moment de la saisie des factures litigieuses.

La Cour de cassation constate que les prévenus étaient poursuivis du chef de faux en écritures dans le but d'obtenir indûment une aide publique et d'usage de ces mêmes pièces et que cette prévention d'usage de faux mise à charge des défendeurs faisait état non de l'usage ou de la conservation de l'aide publique, mais uniquement de son obtention.

V.2.1.2. Rupture de l'effet utile du faux

36. La seconde hypothèse est que le faux ne soit plus en mesure d'atteindre son but (on parle de rupture de l'effet utile du faux) soit de par la volonté de l'auteur, soit indépendamment de celle-ci.

A. Rupture de l'effet utile indépendamment de la volonté de l'auteur

37. Indépendamment de l'hypothèse où l'effet recherché par le faux n'a plus d'objet parce qu'il a été atteint en raison d'une cause juridique distincte de l'acte faux, c'est principalement un acte de procédure qui constituera la circonstance qui permettra de mettre un terme à l'usage du faux.

⁷⁷ Cass., 13 janvier 2009, *Pas.*, 2009, 83; *N.C.*, 2009, p. 265; *T.G.R.-T.W.V.R.*, 2009, p. 190.

⁷⁸ Cass., 27 janvier 2009, *Pas.*, 2009, p. 234; *N.C.*, 2009, p. 266, note de S. VAN DYCK.

La notion centrale ici semble être celle de découverte du faux qui fera courir le délai de prescription⁷⁹. La fin de l'usage pourra résulter de la plainte de la partie préjudiciée, sa constitution de partie civile, la saisie⁸⁰ de la pièce fautive dont résulte l'impossibilité matérielle d'en encore disposer⁸¹.

38. Un arrêt de la Cour de cassation du 18 novembre 2009⁸² réserve le même effet à une perquisition, dans des termes qui restent toutefois sibyllins: de la considération que la fraude ayant été éventée à la suite de l'exécution de perquisitions, la Cour estime que les faux incriminés ne pouvaient plus produire l'effet (utile) voulu.

39. Par ailleurs, d'autres événements, indépendants de la volonté de l'auteur du faux, peuvent avoir une incidence sur la détermination du point de départ de la prescription, à savoir l'accession à la pension⁸³, voire le départ de la société⁸⁴. La démission du prévenu n'a toutefois pas été retenue comme point de départ du délai de prescription par le tribunal correctionnel de Bruxelles⁸⁵.

B. Rupture de l'effet utile de par la volonté du faussaire

40. Si l'auteur du faux a tenté d'en empêcher l'usage, les actes posés par un tiers ne peuvent être considérés dans le chef de l'auteur comme la continuation de l'infraction. Certaines hésitations semblaient prévaloir quant à la rupture de l'effet utile du faux, en cas d'aveux du prévenu⁸⁶.

Un arrêt de la Cour de cassation du 19 décembre 2006⁸⁷ a (quelque peu) clarifié la situation:

- La seule circonstance que l'auteur entre en aveux sur l'existence d'un faux en écritures ou de l'usage d'une pièce fautive ou falsifiée ne suffit pas à mettre un terme à l'usage punissable de ce faux; à cette fin, il est

⁷⁹ T. AFSCHRIFT et V.-A. DE BRAUWERE, *Manuel de droit pénal financier*, op. cit., p. 223.

⁸⁰ Cass., 24 septembre 2002, *Pas.*, 2002, p. 1728.

⁸¹ T. AFSCHRIFT et V.-A. DE BRAUWERE, *Manuel de droit pénal financier*, op. cit., p. 223.

⁸² Cass., 18 novembre 2009, *Pas.*, 2009, p. 2682; *Dr. pén. entr.*, 2010, p. 315.

⁸³ Bruxelles, ch. mis. acc., 24 septembre 2008, inédit (aff. *KBLux*).; Bruxelles (CMA), 31 janvier 2006, inédit (aff. *Sabena*).

⁸⁴ Bruxelles, 29 juin 1999, inédit (aff. *Assubel*); Corr. Bruxelles, 20 janvier 2011, inédit. Par contre la mutation, au sein d'une même société à un poste différent que celui occupé lors de la commission d'infraction, ne nous semble pas pouvoir être assimilée (voy. T. GHILAIN et J.-P. RENARD, « Du faux, de son usage et de leur prescription », op. cit., p. 223).

⁸⁵ Corr. Bruxelles, 49^e ch., 30-31 mars 2006, inédit.

⁸⁶ Cass., 9 février 1982, *Pas.*, 1982, I, p. 724; Cass., 11 juin 1980, *Pas.*, 1980, I, p. 1239; *contra*, Cass., 16 octobre 1996, *Pas.*, 1996, I, p. 989.

⁸⁷ Cass., 19 décembre 2006, *Pas.*, 2006, p. 2755.

nécessaire qu'il renonce au but visé par l'usage du faux ou de la pièce fautive ou falsifiée, ce qui implique qu'il n'invoque plus le faux pour en obtenir un avantage illicite ou causer un préjudice.

- En l'espèce la prévenue avait reconnu devant les services d'audit d'une compagnie d'assurance sa participation à une fraude et qu'elle ne pouvait plus conserver des indemnités obtenues illicitement. De par ses aveux, la prévenue avait ainsi mis un terme à l'usage du faux.

41. La destruction du document pourrait également entraîner la rupture de l'effet utile de l'usage du faux⁸⁸.

V.2.2. En ce qui concerne les faux fiscaux

42. Les principes sont identiques : l'usage du faux fiscal se poursuit, même sans fait nouveau de son auteur et sans nouvelle intervention de sa part, tant que le but qu'il visait en établissant ce faux n'est pas atteint entièrement et tant que cet acte continue d'engendrer à son profit, sans qu'il s'y oppose, l'effet utile qu'il en attendait. Traditionnellement, l'on considère que l'usage du faux perdure jusqu'à l'établissement définitif de l'impôt ou l'enrôlement définitif de la cotisation⁸⁹.

43. Deux hypothèses peuvent se présenter⁹⁰ :

- soit l'administration n'a pas découvert le faux au cours de la période durant laquelle elle peut procéder à l'enrôlement. Le but poursuivi par le contribuable est atteint, puisqu'il a réussi à éluder l'impôt. L'usage du faux prend donc fin à l'expiration de cette période. Exemple : un contribuable cède sa clientèle à la société qu'il constitue et omet, sciemment, de déclarer la plus-value sur cession de clientèle à l'impôt des personnes physiques. Le délai de prescription commencera à courir à l'expiration du délai d'enrôlement.
- soit l'administration fiscale a découvert le faux en écriture – et, partant, son usage – durant la période d'enrôlement de l'impôt. Jusqu'il y a

⁸⁸ Voy. S. VAN DYCK, *Valsheid in geschriften, en gebruik van valsheid in geschriften*, Anvers, Intersentia, 2007, p. 583.

⁸⁹ J. SPREUTELS, R. ROGGEN et E. ROGER FRANCE, *Droit pénal des affaires*, op. cit., p. 255. Toutefois, si le faux fiscal a été commis dans des comptes annuels, le point de départ de la prescription pourra être reporté. Si les bilans s'enchaînent en reportant des éléments de faux bilans précédents, l'usage de faux se prolonge au fil des années aussi longtemps qu'il n'est pas procédé à leur rectification (voy., not., A. DE NAUW, *Initiation au droit pénal*, op. cit., p. 71).

⁹⁰ F. ROGGEN, « Faux et usage de faux fiscal : principes de base et développements jurisprudentiels récents », op. cit., pp. 15-16.

peu, l'on enseignait que la découverte du faux était de nature à mettre un terme à son usage⁹¹. Et c'est précisément là que les choses se compliquent. La prise de cours du délai de prescription va être décalée dans le temps.

44. Pour réaliser l'ampleur de l'évolution qu'a connue la matière, il n'est pas inutile de rappeler ce qui était le point de vue autorisé sur la question en 2001⁹²: «[...] à partir du moment où l'administration a clairement signalé sa volonté de considérer les pièces comme fausses et, en conséquence, d'établir l'imposition sur cette constatation, elle empêche tout usage des pièces fausses, et fait ainsi commencer à courir le délai de prescription.».

45. Désormais, c'est l'usage des pièces considérées comme fausses (par l'administration) dans le cadre d'une procédure fiscale qui va se voir reconnaître un effet utile dévastateur. La Cour de cassation considère non seulement que l'usage d'un faux dans une procédure de réclamation fiscale n'est pas un simple moyen de défense, mais tend à réaliser ultérieurement le but de ce faux fiscal⁹³, à savoir tromper l'administration fiscale en vue du calcul de l'impôt, d'éviter de la payer ou d'en retarder l'obligation de paiement⁹⁴, mais, en outre, qu'une réclamation fiscale fondée sur des pièces arguées de faux a pour effet que l'usage continue à produire l'effet voulu par le faussaire, et ce tant que la procédure de réclamation n'est pas définitivement tranchée⁹⁵.

Ces règles valent tant en matière d'impôt direct que d'impôt indirect, ainsi qu'il ressort des décisions rendues récemment par la Cour de cassation⁹⁶.

46. La Cour de cassation estime qu'il n'en résulte ni violation des droits de la défense – l'introduction d'une procédure contre l'État belge permettant la sauvegarde des droits du contribuable à l'égard de l'administra-

⁹¹ T. AFSCHRIFT et V.-A. DE BRAUWERE, *Manuel de droit pénal financier*, op. cit., p. 291.

⁹² *Idem*, p. 292.

⁹³ Cass., 13 juin 2006, *Pas.*, 2006, p. 1393; *R.G.C.F.* 2007, Liv. 6, p. 417, note O. KLEES.

⁹⁴ Cass., 3 juin 2009, *Pas.*, 2009, p. 370.

⁹⁵ Cass., 21 mai 2008, *Pas.*, 2008, p. 1248; *Rev. dr. pén.*, 2008, p. 935; *J.D.F.*, 2009, p. 65; *T.F.R.*, 2009, p. 181, note S. VAN DYCK.

⁹⁶ Cass., 13 mai 2008, *Pas.*, 2008, p. 1157; Cass., 3 juin 2009, *Pas.*, 2009, p. 1406; *Dr. pén. entr.* 2010, p. 249; *Rev. dr. pén.*, 2010, p. 359, note F. ROGGEN; Cass., 9 mars 2011, www.juridat.be, n° P.10.1299.F.

tion⁹⁷ – ni obligation pour le contribuable à témoigner contre lui-même ou de s'avouer coupable, et ne le prive pas plus du droit de contester de manière effective la légalité des impositions établies à sa charge⁹⁸.

47. Enfin, la Cour constitutionnelle⁹⁹, saisie d'une question préjudicielle, et même si elle s'est abstenue à cette occasion d'examiner le bien-fondé de la jurisprudence de la Cour de cassation, n'a pas censuré cette jurisprudence et constaté que celle-ci répondait au principe de légalité visé dans la Constitution¹⁰⁰.

48. Seule (timide) éclaircie dans cette grisaille, un arrêt rendu par la Cour de cassation le 27 octobre 2009¹⁰¹ casse l'arrêt rendu par la chambre des mises en accusation d'Anvers qui avait fixé comme dernier fait d'usage d'un faux fiscal (et donc, point de départ du délai de prescription) la lettre par laquelle le contribuable accédait à une demande du fisc de fournir des données et pièces probantes spécifiques. La Cour estime qu'elle est dans l'impossibilité de contrôler, sans effectuer elle-même un examen de faits pour lequel elle est sans pouvoir, si les données et pièces probantes fournies au fisc par le prévenu constituaient le prétendu usage des faux fiscaux et de droit commun ainsi que l'éventuel effet que le prétendu usage poursuivait ou pouvait atteindre.

49. L'on ne peut en dire autant d'un autre arrêt rendu le 2 avril 2008¹⁰² qui fixe le point de départ de la prescription à la date de dénonciation d'une fraude à la T.V.A. au parquet et non, comme le soutenait le prévenu, à la date à laquelle l'impôt avait été établi, ni d'un autre rendu le 23 mars 2011¹⁰³ et qui estime, pour écarter la prescription de l'action publique, qu'il

⁹⁷ Cass., 13 mai 2008, *Pas.*, 2008, p. 1157.

⁹⁸ Cass., 9 mars 2011, www.juridat.be, n° P.10.1299.F.

⁹⁹ C. const., 25 février 2010, *M.B.*, 3 mai 2010, p. 24884; *Cour. fisc.*, 2010, p. 406, note W. DEFOOR; *Dr. pén. entr.*, 2010, p. 109, note F. LUGENTZ; *Fiscologue*, 2010, p. 12; *R.W.*, 2010-2011, p. 995, note K. LAMMEN. La réponse à la question soumise à la Cour constitutionnelle est libellée comme suit: «L'article 197 du Code pénal, l'article 73bis du Code de la taxe sur la valeur ajoutée et l'article 450 du Code des impôts sur les revenus 1992, interprétés en ce sens que l'infraction d'usage de faux perdure, même sans un fait nouveau de l'auteur et sans son intervention itérative, tant que le but qu'il poursuit n'est pas entièrement atteint et tant que l'acte initial qui lui est reproché a, sans opposition de sa part, l'effet utile qu'il en attendait, ne violent pas les articles 12, alinéa 2, et 14 de la constitution, combinés ou non avec l'article 7 de la C.E.D.H.»

¹⁰⁰ T. GHILAIN et J.-P. RENARD, «Du faux, de son usage et de leur prescription», *op. cit.*, p. 218.

¹⁰¹ Cass., 27 octobre 2009, *Pas.*, 2009, p. 445.

¹⁰² Cass., 2 avril 2008, *Pas.*, 2008, p. 809; *J.T.*, 2008, p. 390, note F. KUTY.

¹⁰³ Cass., 23 mars 2011, www.juridat.be, n° P.10.1757.F.

ne saurait être déduit de la seule circonstance que des sociétés (cibles) ont été dissoutes, que l'administration fiscale n'aurait plus été victime du faux et de son usage, dès lors que la dissolution de ces sociétés n'exonère pas celles-ci d'introduire dans les délais légaux une déclaration à l'impôt des sociétés ni de payer l'impôt éventuellement dû, y compris les précomptes.

50. Comme le souligne l'avocat général Vandermeersch dans ses conclusions sous l'arrêt du 21 mai 2008¹⁰⁴, le critère d'appréciation retenu par la Cour de cassation pour décider si un faux fiscal engendre toujours l'effet utile voulu par le faussaire semble, en l'état actuel, être double :

Le faux peut-il continuer à tromper l'administration fiscale dès lors qu'elle a dénoncé les faits au procureur du Roi et qu'elle a procédé aux rectifications du contribuable ?

Peut-on également en déduire que, dans cette hypothèse, le faux ne continue pas à porter préjudice à l'administration alors que la procédure de réclamation est toujours en cours ?

V.3. Observations critiques

51. Comme nous l'avons vu, l'usage de faux n'implique pas nécessairement un acte positif de la part de l'auteur du faux¹⁰⁵ et peut même être le fait d'un tiers, d'une manière prévue et voulue par le faussaire, même si ce tiers a agi à l'insu du faussaire ou ignorait que l'écrit était faux¹⁰⁶.

Qu'il nous soit permis, malgré la pérennité du point de vue de la Cour de cassation, de faire part, sur le plan des principes, de notre perplexité : celui qui a établi un faux doit, de par ce fait, accepter le risque pénal de ce qu'un tiers en fasse un usage, même à son insu. Les auteurs considèrent que cela aboutit à faire de l'usage de faux une véritable infraction « négative », puisqu'elle ne constitue plus seulement un acte positif, mais se continue même lorsque le prévenu n'a commis aucun fait nouveau d'usage ni aucune nouvelle intervention¹⁰⁷, voire que la jurisprudence de la Cour de cassation équivaut à faire de l'infraction d'usage de faux, dans

¹⁰⁴ Cass., 21 mai 2008, *Pas.*, 2008, p. 1248 ; *Rev. dr. pén.*, 2008, p. 935 ; *J.D.F.*, 2009, p. 65 ; *T.F.R.*, 2009, p. 181, note S. VAN DYCK.

¹⁰⁵ A. DE NAUW, *Initiation au droit pénal*, *op. cit.*, p. 68 ; J. SPREUTELS, R. ROGGEN et E. ROGER FRANCE, *Droit pénal des affaires*, *op. cit.*, p. 252.

¹⁰⁶ A. DE NAUW, *Initiation au droit pénal*, *op. cit.*, p. 69 : l'auteur évoque la situation d'un curateur qui procéderait à la reddition de comptes sur la base de baux en écritures en agissant dans l'ignorance de falsifications antérieures.

¹⁰⁷ T. AFSCHRIFT et V.-A. DE BRAUWERE, *Manuel de droit pénal financier*, *op. cit.*, p. 220.

le chef de l'auteur du faux, un délit d'imprudence là où, pourtant, un dol spécial est requis au titre d'élément constitutif de l'infraction¹⁰⁸.

52. La jurisprudence de la Cour de cassation quant à l'effet utile du faux a fait l'objet de sévères critiques de la doctrine¹⁰⁹. Il paraît cependant bien hasardeux d'envisager un infléchissement quelconque de cette jurisprudence, puisque, comme rappelé ci-dessus, c'est au juge du fond qu'il appartient de déterminer ce qui constitue l'usage de faux, sous contrôle de la Cour de cassation.

53. Il semble d'ailleurs acquis, après la décision du 7 février 2007¹¹⁰, que le critère principal pour déterminer si un faux continue à produire l'effet utile voulu par le faussaire est dorénavant double : soit le faux continue à tromper autrui (à masquer la vérité), soit il continue à lui nuire. Les arrêts subséquents des 18 novembre 2009¹¹¹ (faux en écritures de droit commun) et 21 mai 2008¹¹² (faux fiscaux) en ont apporté, si besoin en était, confirmation.

54. Pour donner une idée de la difficulté de garder une approche «rationnelle» de la problématique, l'on mettra en regard, les arrêts rendus par la Cour suprême, dans une même affaire (affaire du tunnel de Cointe), à 18 mois d'intervalle, et dont le moins que l'on puisse dire est qu'ils manquent de cohérence :

– Dans l'arrêt rendu le 23 avril 2008¹¹³, la Cour va considérer, sur un moyen pris d'office que l'effet utile d'un faux (appel d'offres) peut per-

¹⁰⁸ T. GHILAIN et J.-P. RENARD, «Du faux, de son usage et de leur prescription», *op. cit.*, p. 216.

¹⁰⁹ Voy., not., A. MASSET, «Réflexions à propos de la prescription de l'action publique, spécialement dans le domaine des infractions de faux en écriture», *op. cit.*, pp. 231 à 243; A. VANDEPLAS, «Gebruik van valse stukken in het fiscaal strafrecht», note sous Cass., 29 février 1984, *R.W.*, 1984-1985, col. 1925; S. VAN DYCK, *Valsheid in geschriften, en gebruik van valsheid in geschriften*, *op. cit.*, pp. 580 et 589; M. BALTUS, note sous Cass., 27 juin 1995, *J.D.F.*, 1996, pp. 176-177; O. KLEES, «Le point sur la prescription en matière de faux», *op. cit.*, pp. 125 à 131; T. AFSCHRIFT et V.-A. DE BRAUWERE, *Manuel de droit pénal financier*, *op. cit.*, pp. 291-292; N. VANCRAYENBECK, «Les infractions de faux et d'usage de faux en matière fiscale – Le problème de la prescription», *R.G.C.F.*, 2007, pp. 407-410; F. ROGGEN, «Faux et usage de faux fiscal: principes de base et développements jurisprudentiels récents», *op. cit.*, pp. 19 à 25.

¹¹⁰ Cass., 7 février 2007, *Pas.*, 2007, p. 72.

¹¹¹ Cass., 18 novembre 2009, *Pas.*, 2009, p. 2682; *Dr. pén. entr.*, 2010, p. 315.

¹¹² Cass., 21 mai 2008, *Pas.*, 2008, 1248; *Rev. dr. pén.*, 2008, p. 935; *J.D.F.*, 2009, p. 65; *T.F.R.*, 2009, p. 181, note S. VAN DYCK.

¹¹³ Cass., 23 avril 2008, *Pas.*, 2008, p. 987.

durer en fonction de l'émission d'un document (une facture) qui n'est pas lui-même constitutif d'un faux en écritures en ces termes: « De la circonstance que la dernière facture du fournisseur, émise en exécution du marché attribué par un appel d'offres soupçonné de faux, n'est pas elle-même un faux en écritures, il ne se déduit pas que son émission, son acceptation et son paiement ne puissent pas constituer l'effet utile, engendré par le faussaire sans qu'il ne s'y oppose, de l'appel d'offres précité, alors que celui-ci aurait été simulé en vue de conforter le prix dudit fournisseur et d'en obtenir l'acceptation pour l'avenir. »

- Par arrêt du 18 novembre 2009¹¹⁴, elle va estimer que « de la considération suivant laquelle, la fraude ayant été éventée suite à l'exécution de perquisitions, le dossier fictif d'appel d'offres ainsi que les autres écrits fabriqués pour masquer l'anomalie du prix ne pouvaient plus produire l'effet voulu par les entrepreneurs à l'origine du faux, les juges d'appel ont pu légalement déduire que la dernière facture du fournisseur, émise après cette découverte, ne constituait pas un usage de faux ».

55. Le sentiment qui domine, au-delà de la perception d'une réelle insécurité juridique, c'est que la seule constante qui se dégage des décisions analysées est, à de très rares exceptions près, de sauver l'action publique du risque de prescription.

56. Face à ce constat, les juridictions (tant d'instruction que de fond) tentent de trouver une parade à des situations que d'aucuns peuvent ressentir comme iniques. Le recours à la « prescription-pension » en est un des exemples les plus frappants, même si cette solution n'est pas exempte de tout reproche¹¹⁵.

57. C'est toutefois dans la matière de l'effet utile du faux fiscal que la situation est la plus préoccupante.

La jurisprudence analysée place le prévenu/contribuable devant un choix cornélien, difficilement acceptable au regard des exigences (minimales) en matière de droit de défense :

- sur le plan fiscal, elle revient à considérer qu'exercer ses droits (recours) en tant que contribuable constitue la poursuite de l'infraction ! Se

¹¹⁴ Cass., 18 novembre 2009, *Pas.*, 2009, p. 2682 ; *Dr. pén. entr.*, 2010, p. 315.

¹¹⁵ Voy. F. ROGGEN, « Faux et usage de faux fiscal : principes de base et développements jurisprudentiels récents », *op. cit.*, p. 23 : l'auteur y fait observer que l'on n'aperçoit pas en quoi la mise à la retraite d'un inculpé, poursuivi à titre personnel, l'empêcherait de pouvoir s'opposer à l'effet utile de l'usage d'un faux qu'il aurait contribué à engendrer par le passé.

défendre au fiscal signifie, *ipso facto*, persister dans la recherche de l'effet utile du faux ;

- au pénal, l'on crée des infractions quasi imprescriptibles¹¹⁶, puisque tant que le contentieux fiscal n'a pas été vidé, il ne peut être mis fin à l'état délictueux.

En conséquence, le contribuable n'aurait d'autre alternative que de renoncer, se désister de sa procédure fiscale pour permettre à la prescription de l'action publique de commencer à courir.

58. C'est la loyauté même avec laquelle les poursuites judiciaires sont exercées qui pourrait être mise en cause, s'il devait apparaître que « l'inaction [de l'administration fiscale] aurait pour but, comme cela se dessine de plus en plus clairement, de venir en aide à une administration judiciaire essoufflée, en empêchant les faits de se prescrire »¹¹⁷.

Enfin, quel sens peuvent encore avoir des poursuites exercées 10, voire 15 ans après que les faits à la base de celles-ci aient été commis ? C'est la crédibilité même de l'institution judiciaire qui en pâtit. Nombre de dossiers de droit pénal fiscal se terminent souvent par des déclarations de simple culpabilité...

59. Pour sortir de l'imbroglio, l'on pourrait prendre en considération l'attitude de l'administration qui peut prendre toute une série d'initiatives tant dans la procédure fiscale¹¹⁸ que pénale¹¹⁹, comme critère d'évaluation de la date du début de délai de prescription. Cette suggestion est formulée par Françoise Roggen¹²⁰ : « Rien ne justifie davantage qu'il soit systématiquement fait exception à la prise en considération de ce critère dans les dossiers de droit pénal dit fiscal, aucun argument ne permettant d'avancer que la prescription pourrait ici d'une manière générale dépendre de l'attitude du seul prévenu. La Cour ne le dit d'ailleurs pas », voire, comme le suggère à nouveau Françoise Roggen¹²¹, de vérifier si parmi les conditions d'incrimination du faux fiscal, les éléments constitutifs du faux en écritures sont réunis. Si l'un des éléments constitutifs du faux ou de son

¹¹⁶ A. MASSET, « Réflexions à propos de la prescription de l'action publique, spécialement dans le domaine des infractions de faux en écriture », *op. cit.*, p. 243.

¹¹⁷ F. ROGGEN, « Faux et usage de faux fiscal : principes de base et développements jurisprudentiels récents », *op. cit.*, p. 22.

¹¹⁸ Notification d'avis de rectification, enrôlement de l'impôt.

¹¹⁹ Dénonciation des faits au Ministère public, prise de connaissance du dossier répressif, avis sur les poursuites.

¹²⁰ F. ROGGEN, « Faux et usage de faux fiscal : principes de base et développements jurisprudentiels récents », *op. cit.*, p. 20.

¹²¹ *Ibid.*, pp. 11-12.

usage disparaît, l'infraction n'est plus constituée et, dès lors, *a priori*, rien ne devrait empêcher la prescription de prendre cours...

60. Cela étant, seuls des recours devant la Cour constitutionnelle, non plus sous l'angle de la violation du principe de légalité, mais bien sur le terrain, ainsi que le suggère de manière pertinente Olivier Klees¹²², «de la discrimination qui existe entre l'auteur d'un faux en écritures et celui de toute autre infraction qui n'est pas punissable pour l'usage qui en est fait ou le profit qui en est retiré par un tiers», voire devant la Cour européenne des droits de l'homme à Strasbourg (dépassement du délai raisonnable, violation du droit à un procès équitable car le prévenu se trouve face au choix de se défendre ou de faire courir la prescription) peuvent laisser espérer des lendemains qui ne déchantent pas systématiquement...

VI. Conclusions

61. Nous voudrions encore poser, au terme de cet exposé, un dernier constat (même s'il est devenu d'une grande banalité) : nombre de décisions rendues par la Cour de cassation semblent guidées, avant tout, par le souci d'assurer l'efficacité des poursuites.

Comment interpréter autrement les décisions parfois contradictoires dans la détermination de l'écrit protégé (facture) ou dans celle de l'effet utile attaché à l'usage d'un même document suspecté de faux (voire les deux arrêts rendus dans l'affaire du tunnel de Cointe)?

62. Comment ne pas être décontenancé en évoquant la situation devenue délicate pour tout avocat fiscaliste? Contrairement aux procédures civiles, où des conclusions articulées sur de fausses allégations restent un écrit soumis à la contradiction et qui échappe donc au champ d'application du faux pénal, il doit se résoudre à considérer que tout acte de procédure par lequel il conteste l'impôt établi, sur la base de pièces arguées de faux par l'administration, tend non pas à défendre les intérêts de son client face aux prétentions de ladite administration, mais bien à réaliser un but frauduleux de tromper cette dernière en vue du calcul de l'impôt!

63. Comment, finalement, ne pas céder à un certain découragement face à cette impossibilité de voir le temps de la prescription non seulement s'écouler, mais plus encore simplement débiter? La situation est, à notre

¹²² O. KLEES, «Le point sur la prescription en matière de faux», *op. cit.*, p. 128.

estime, à ce point absurde que la prescription de certains faits ne peut jamais voir le jour. Il suffit pour cela que le juge correctionnel statue définitivement sur les poursuites avant que le contentieux fiscal ne soit vidé, ce qui est pratique courante¹²³.

64. Il en résulte une insécurité juridique totale, non seulement pour le justiciable, mais également pour le praticien qui puisera, cependant, dans cette infortune des raisons d'espérer. Il pourra, au besoin, faire sienne cette devise¹²⁴: « Contre l'adversité, se prouve l'homme fort. »

65. Il doit être souligné que le Code de procédure pénale en projet prévoit qu'« en cas de faux et d'usage de faux, le délai de prescription commence à courir à partir de la perpétration du faux et de chaque usage pris isolément, sauf si la loi en dispose autrement »¹²⁵. Les membres de la Commission de réforme, suivis par le Sénat, ont voulu ainsi mettre un terme à la jurisprudence classique qui rend, *de facto*, ces infractions imprescriptibles¹²⁶.

¹²³ Voy., sur ce sujet, ce qu'en dit F. ROGGEN, « Faux et usage de faux fiscal: principes de base et développements jurisprudentiels récents », *op. cit.*, p. 21.

¹²⁴ Extrait de, M. SCÈVE, *Microcosme*, Lyon, 1562.

¹²⁵ Article 37, *in fine* du Code de procédure pénale en projet (*Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 2005-2006, n° 3-450/21, p. 17).

¹²⁶ *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 2005-2006, n° 3-450/20, p. 63.

Table des matières

La confiscation pénale : une peine finalement pas si accessoire	5
Diane Bernard, Benoît Dejemeppe et Christine Guillain	
L'élément fautif comme élément subjectif de l'infraction : tentative de clarification des notions	55
L. Kennes, D. Vandermeersch et A. Weyemberg	
Le mandataire <i>ad hoc</i> dans le cadre de la responsabilité pénale des personnes morales : une institution source de controverses	77
Emmanuel Roger France	
Faux et usage de faux – Réflexions sur quelques thèmes d'actualité	119
Pierre Monville	

