

La transaction pénale élargie déclarée inconstitutionnelle : vers une motivation de la transaction et un contrôle juridictionnel suffisant et effectif

Michaël Fernandez-Bertier⁽¹⁾ et Nathalie Van der Eecken⁽²⁾

N.B. : dans le précédent numéro de la Revue de droit pénal de l'entreprise (2016/2), une contribution doctrinale fut publiée en matière de transaction pénale élargie applicable aux personnes morales⁽³⁾. Ledit article fut rédigé avant que ne soit rendue la décision de la Cour constitutionnelle ci commentée. Il doit donc être lu conjointement avec la présente note.

Ce 2 juin 2016, la Cour constitutionnelle a rendu un arrêt n° 83/2016⁽⁴⁾ constatant l'inconstitutionnalité de la transaction pénale étendue (ou élargie) inscrite à l'article 216bis, § 2, du Code d'instruction criminelle. Si la Cour ne remet pas en question le principe même de la conclusion d'une transaction pénale alors que l'action publique a été engagée, elle estime que le contrôle juridictionnel prévu légalement n'est pas suffisant et effectif. Pour y remédier, le législateur devra intervenir à la rentrée parlementaire. La présente note d'arrêt propose des pistes de réflexion en ce sens,

notamment au regard du contrôle juridictionnel prévu en matière de reconnaissance préalable de culpabilité adoptée début 2016⁽⁵⁾.

I. La transaction pénale élargie, de lege lata

La « transaction pénale » (art. 216bis du C.i.cr.) est un mode alternatif de règlement des conflits pénaux qui permet l'extinction définitive des poursuites pénales moyennant le paiement par l'auteur présumé des faits d'une somme d'argent déterminée par le parquet et limitée légalement. Doivent y être ajoutés l'abandon des biens confiscables, le désintéressement échéant de l'administration fiscale ou sociale, ainsi que l'indemnisation des victimes des faits visés. La conclusion d'une transaction n'implique pas de reconnaissance d'une quelconque culpabilité (mais bien d'une faute

(1) Assistant à l'Université Saint-Louis – Bruxelles, doctorant à l'Université catholique de Louvain. LL.M. Columbia, membre du barreau de New York.

(2) Substitut du procureur du Roi de Bruxelles. Assistante à l'Université catholique de Louvain.

(3) M. FERNANDEZ-BERTIER et R. ROLLAND, « La transaction pénale élargie appliquée aux personnes morales : cap sur le modèle américain des N/DPAs ? », *Dr. pén. entr.*, 2016/2, pp. 91-105.

(4) Voy. le texte de cet arrêt sur le site de la Cour constitutionnelle : <http://www.const-court.be/public/f/2016/2016-083f.pdf>.

(5) Voy. M. FERNANDEZ-BERTIER et M. GIACOMETTI, « La "reconnaissance préalable de culpabilité" ou "plaider coupable" : une révolution dans notre arsenal procédural ? », *Rev. dr. pén. crim.*, 2016, n° 4, pp. 268-301 ; C. DE VALKENEEER, « La reconnaissance préalable de culpabilité », in M. CADELLI et Th. MOREAU (dir.), *La loi « pot-pourri II » : un recul de civilisation ?*, Limal, Anthémis, 2016, pp. 111-126 ; Th. MOREAU, « La reconnaissance préalable de culpabilité : just a deal? Une occasion à ne pas manquer, mais un virage à bien négocier », in M. CADELLI et Th. MOREAU (dir.), *op. cit.*, pp. 127-148 ; Y. CARTUYVELS, « La procédure de reconnaissance préalable de culpabilité », *J.T.*, 2016, n° 26, pp. 422-424.

civile irréfragable), contrairement à la procédure de « reconnaissance préalable de culpabilité » (ou « plaider coupable », art. 216 du C.i.cr.). La transaction pénale n'entraîne donc pas condamnation, et ne peut être qualifiée de peine.

D'initiative exclusive du ministère public, une transaction pénale peut être proposée pour toute infraction dont les faits ne paraissent pas être de nature à devoir être punis d'un emprisonnement correctionnel principal de plus de deux ans (*in concreto*) ou d'une peine plus lourde, y compris la confiscation. *In abstracto*, donc, le ministère public peut recourir à une transaction pénale pour toute infraction punissable d'un maximum de 20 ans de réclusion⁽⁶⁾, infractions économiques, financières, fiscales et sociales incluses. Sont néanmoins expressément exclus du champ d'application matériel de l'article 216bis du C.i.cr. les faits portant une atteinte grave à l'intégrité physique de la victime ainsi que les infractions en matière de douanes et accises⁽⁷⁾.

Le parquet peut initier la procédure de transaction au stade de l'information mais également lorsque l'action publique a été mise en mouvement, soit que l'affaire est à l'instruction, soit qu'elle est examinée au fond en première instance⁽⁸⁾ (art. 216bis, § 2, du C.i.cr.)⁽⁹⁾. La transaction pénale est alors qualifiée d'« étendue »⁽¹⁰⁾ ou d'« élargie » par la pratique. Cette particularité procédurale déroge au principe de l'indisponibilité de l'action publique par le ministère public et vient éroser

le principe constitutionnel de l'indépendance du juge puisqu'elle entraîne le dessaisissement, par le parquet, d'un juge pourtant légalement habilité. Elle implique donc que la transaction étendue fasse l'objet d'une procédure « d'homologation » par la juridiction compétente, par laquelle cette dernière constate l'extinction de l'action publique suite à la conclusion de l'accord transactionnel entre auteur présumé et ministère public. Ce contrôle juridictionnel est néanmoins cantonné à la vérification des conditions formelles prévues à l'article 216bis, § 1^{er}, al. 1^{er}, du C.i.cr. (soit le respect du champ d'application matériel de la mesure)⁽¹¹⁾, de l'acceptation et l'observation par le bénéficiaire de ladite transaction et du dédommagement échéant de la victime et de l'administration fiscale ou sociale⁽¹²⁾. La chambre compétente ne peut donc aucunement se prononcer sur la proportionnalité de la transaction ou même sur l'opportunité de recourir à une telle procédure⁽¹³⁾, ce qui vaut parfois au magistrat chargé de constater l'extinction de l'action publique le qualificatif de « juge tampon ». C'est ce contrôle juridictionnel qui subit la censure de la Cour constitutionnelle (*infra*, II).

Le recours à une transaction élargie – soit lorsque l'action publique est exercée – ne doit, en principe, pas faire l'objet d'une motivation particulière par le parquet (*contra – infra*, II). Sa proposition et conclusion sont néanmoins soumises à quelques formalités supplémentaires⁽¹⁴⁾ compte tenu du caractère singu-

(6) En vertu de l'article 80 du C. pén. qui établit les échelles de peines des crimes en cas d'application de circonstances atténuantes – et de correctionnalisation échéante des faits.

(7) Pour lesquelles l'action publique est exercée par l'administration elle-même.

(8) Pour autant qu'aucun jugement ou arrêt définitif n'ait été rendu au pénal – ce en vertu de la modification législative opérée par la loi du 5 février 2016 modifiant le droit pénal et la procédure pénale et portant des dispositions diverses en matière de justice (« loi Pot-Pourri II »), M.B., 19 février 2016. Avant la réforme, une transaction pénale pouvait être proposée tant en première instance qu'en degré appel, et même devant la Cour de cassation, tant que le jugement ou l'arrêt n'avait pas acquis force de chose jugée (art. 216bis ancien, § 2, al. 1^{er}, du C.i.cr.). Le législateur a néanmoins décidé de restreindre le champ d'application procédural de la mesure au début de l'année 2016.

(9) Il ressort d'un rapport d'évaluation de la transaction pénale étendue réalisé par le Service Public Fédéral Justice et remis au collège des procureurs généraux le 6 juin 2014 que la plupart des transactions élargies proposées suite à la réforme (soit entre mai 2011 et fin 2013) le furent au stade de l'instruction ou au moment du renvoi/de la citation devant la juridiction de fond. Le recours à la transaction pénale est moins important une fois la procédure au fond engagée. La tendance est néanmoins inversée à Bruxelles. A. LEMAIRE et M. HIRSCH, « La transaction pénale élargie : qui gagne ? », in E. ROGER-FRANCE (coord.), *Droit pénal des affaires : L'heure des comptes*, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 194.

(10) Vocabulaire utilisé par la Cour constitutionnelle dans son arrêt du 2 juin 2016 (B.12.1).

(11) À savoir « que le fait ne paraît pas être de nature à devoir être puni d'un emprisonnement correctionnel principal de plus de deux ans ou d'une peine plus lourde, y compris la confiscation le cas échéant, et qu'il ne comporte pas d'atteinte grave à l'intégrité physique ».

(12) Art. 216bis, § 2, al. 10, du C.i.cr. Pour une énonciation exhaustive des éléments soumis au contrôle juridictionnel, voy. M. FERNANDEZ-BERTIER, « Analyse critique de l'extension du régime de la transaction pénale en droit belge », in *Actualités de droit pénal*, C.U.P., Liège, Anthemis, 2011, pp. 203-242, spéc. 224-225.

(13) *Doc. parl.*, Sénat, sess. 2010-2011, n° 5-893/I, p. 2.

(14) En vertu de la circulaire commune n° 6/2012 du 30 mai 2012 du ministre de la Justice et du collège des procureurs généraux près les cours d'appel (« COL 6/2012 »).

lier de la mesure : le parquet doit tout d'abord se faire assister par un « magistrat de référence », spécialement dans les affaires économiques, financières, fiscales et sociales⁽¹⁵⁾. Ensuite, la transaction pénale proposée doit faire l'objet d'un accord du procureur général territorialement compétent. Si l'affaire comporte « un aspect socialement sensible », elle donne lieu à la rédaction d'un rapport motivé à destination du procureur général⁽¹⁶⁾.

Si la transaction pénale « simple » (soit conclue au stade de l'information judiciaire) n'est pas inscrite au sein du casier judiciaire de son bénéficiaire⁽¹⁷⁾, il en va différemment de la transaction pénale élargie : l'article 590, 19°, du C.i.cr. précise en effet que doit être inscrite au casier judiciaire central de l'individu toute décision constatant l'extinction de l'action publique en application de l'article 216bis, § 2⁽¹⁸⁾. Cette mesure permet d'informer dûment les magistrats de tels antécédents lorsqu'ils se voient saisis de nouveaux faits, sans toutefois qu'ils ne puissent faire usage de la récidive légale. *A contrario*, aucune mention de l'accord étendu n'est portée sur l'extrait du casier judiciaire pouvant être retiré au sein des administrations publiques, et ce afin que le bénéficiaire de la transaction en conserve tous les avantages⁽¹⁹⁾.

Il est à noter que la proportion de transactions pénales étendues conclues ne représenterait qu'environ 1 % du nombre total de transactions qui aboutissent en Belgique. Par contre, c'est la procédure élargie qui génère les montants les plus importants – spécialement compte tenu de la nature des affaires en cause, principalement relatives à la criminalité économique, financière, fiscale et sociale⁽²⁰⁾.

II. L'arrêt de la Cour constitutionnelle

Saisie de quatre questions préjudicielles par la chambre des mises en accusation de la cour d'appel de Gand, la Cour constitutionnelle s'est exprimée dans son arrêt du 2 juin 2016 quant

à la compatibilité de la transaction pénale avec plusieurs garanties constitutionnelles. Elle a néanmoins limité son examen au § 2 de l'article 216bis, soit lorsque la transaction intervient alors que l'action publique a été mise en mouvement et sans qu'aucun jugement définitif ne soit intervenu (la transaction « étendue » ou « élargie »). La Cour ne se prononce dès lors pas sur les transactions pénales « simples », conclues au stade de l'information (art. 216bis, § 1^{er}).

La Cour était invitée à examiner la comptabilité du régime de la transaction pénale élargie avec :

- les principes d'égalité et de non-discrimination, combinés avec le droit au procès équitable et plus précisément avec le principe de l'indépendance du juge, garanti par l'article 151 de la Constitution, par l'article 6.1 de la Convention européenne des droits de l'homme et par l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (première et quatrième questions préjudicielles) ;
- le principe de la prévisibilité de la procédure pénale visée à l'article 12, alinéa 2, *in fine* de la Constitution (deuxième question préjudicielle) ; et
- le droit d'accès au juge assigné par la loi garanti par l'article 13 de la Constitution (troisième question préjudicielle).

Plusieurs enseignements nous semblent pouvoir être tirés de cet arrêt.

A. Le pouvoir discrétionnaire du ministère public de proposer ou non une transaction pénale

La Cour rappelle qu'en vertu de l'article 151, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, de la Constitution, le ministère public est indépendant dans l'exercice des recherches et poursuites individuelles, sans préjudice du droit du ministre compétent d'ordonner des poursuites et d'arrêter les directives contraignantes de politique criminelle, y compris en matière de politique de recherche et de poursuite (B.8.1). La possibilité, pour le ministère public, de proposer une transaction pénale aux conditions prévues par la loi,

(15) COL 6/2012, *op. cit.*, p. 8. Chaque parquet ou audiorat est donc tenu de désigner au minimum un « magistrat de référence » disposant de compétences particulières en la matière et capable d'endosser le rôle de coordinateur au sein des dossiers concernés.

(16) COL 6/2012, *op. cit.*, p. 20.

(17) Mais bien dans les bulletins de renseignements mis à disposition des autorités judiciaires, et ce pendant une durée de cinq ans. A. LEMAIRE et M. HIRSCH, *op. cit.*, p. 206.

(18) Et ce depuis la réforme Pot-Pourri II, entrée en vigueur le 29 février 2016.

(19) Similairement à ce qui est prévu en matière de suspension du prononcé de la condamnation ou de peine de travail. Lecture combinée des articles 590 et 594, al. 1^{er}, 3°, du C.i.cr.

(20) M. FERNANDEZ-BERTIER et R. ROLLAND, *op. cit.*, pp. 96-97 ; A. LEMAIRE et M. HIRSCH, *op. cit.*, p. 207.

s'inscrit dans le cadre de la politique criminelle visée à cette disposition constitutionnelle (B.8.2).

Rappelant les termes de son arrêt n° 20/2013 du 28 février 2013⁽²¹⁾, la Cour estime qu'aucune violation de l'exigence de prévisibilité de la procédure pénale – garantie par l'article 12 de la Constitution – ne découle du fait que le parquet puisse formuler ou non une transaction pénale, ou accepter ou non une proposition de transaction pénale formulée par l'auteur présumé des faits.

Selon la Cour, l'exigence de prévisibilité de la procédure pénale garantit à tout citoyen qu'il ne pourra faire l'objet d'une information, d'une instruction et de poursuites que selon une procédure établie par la loi et dont il peut prendre connaissance avant sa mise en œuvre. Toutefois, cette exigence n'a pas la même portée concernant l'admissibilité d'une transaction pénale qu'en matière d'incriminations des comportements. Le principe de prévisibilité n'exclut donc pas un pouvoir d'appréciation dans le chef du ministère public pour déterminer ce qui relève d'un mode amiable de règlement de l'action publique (B.16).

De même, la Cour estime que le fait que le ministère public n'est pas tenu de motiver son refus d'accepter une proposition de transaction, ni de soumettre celui-ci à l'appréciation d'un juge, ne constitue pas une violation de l'article 13 de la Constitution. « Un inculpé ne dispose pas du droit d'exiger une transaction pénale » (B.21).

En conclusion, la Cour ne remet pas en cause la possibilité pour le ministère public de proposer une transaction pénale alors que l'action publique est mise en mouvement.

La décision du ministère public de proposer ou non une transaction pénale (élargie), ou d'accepter ou de refuser une proposition de transaction pénale émanant d'un inculpé ou d'un prévenu relève du pouvoir discrétionnaire du ministère public. Aucune motivation ni contrôle judiciaire

ne sont exigés en cas de refus par le ministère public de donner suite à une proposition de transaction formulée par l'auteur présumé des faits en cause.

B. La nécessité de la motivation de la décision relative à la transaction et d'un contrôle « effectif » par les juridictions d'instruction ou la juridiction de fond statuant au premier degré

Le § 2 de l'article 216bis du C.i.cr. instaure un contrôle juridictionnel en cas de transaction pénale étendue. Ainsi, les juridictions d'instruction ou la juridiction de fond doivent vérifier (i) si les conditions formelles visées au § 1^{er}, alinéa 1^{er} sont satisfaites⁽²²⁾, (ii) si l'auteur a accepté et observé la transaction proposée et (iii) si la victime et l'administration fiscale ou sociale concernée (le cas échéant) ont été dédommagées. Rappelons encore « qu'il ne s'agit nullement d'un examen au fond ou d'un examen tendant à déterminer l'opportunité ou la proportionnalité de la transaction »⁽²³⁾.

La Cour constitutionnelle estime ce triple contrôle « formel » insuffisant au regard du droit à un procès équitable.

Concernant les transactions pénales conclues au stade de l'*instruction*, la Cour estime que la transaction pénale étendue peut être admise dans son principe bien qu'un juge d'instruction soit saisi de l'affaire⁽²⁴⁾. Les éléments recueillis lors de l'instruction peuvent en effet permettre au ministère public de mieux évaluer l'opportunité de proposer une transaction pénale (B.10.2). Toutefois, selon la Cour, le droit à un procès équitable et l'indépendance du juge d'instruction, inhérente à ce droit, exigent qu'il ne puisse être mis fin à l'action publique par la voie d'une transaction pénale qu'à la condition que, lors du règlement de procédure, la chambre du conseil ou la chambre des mises en accusation puisse exercer un contrôle sur la

(21) C. const., 28 février 2013, n° 20/2013. Pour une analyse de cet arrêt, voy. F. VANDEVENNE, « Transaction pénale et atteinte grave à l'intégrité physique : pour la Cour constitutionnelle, c'est clair », *Rev. dr. pén. crim.*, 2014, n° 1, pp. 88-96 ; H. FUNCK, « Droit pénal social. Pourquoi exclure de la transaction l'atteinte grave à l'intégrité physique ? », *Chroniques de droit social*, 2013, n° 9, p. 498.

(22) À savoir le respect du champ d'application matériel de la mesure, *supra*.

(23) *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 2010-2011, n° 5-893/I, p. 2.

(24) En l'état, le juge d'instruction est purement et simplement dessaisi, et ne peut aucunement s'opposer à la mesure. Tout au plus, il peut communiquer au parquet un avis sur l'avancement de l'instruction (art. 216bis, § 2, al. 2) – contrairement à la proposition (rejetée) d'amendement au projet de loi Pot-Pourri II qui visait à inscrire la nécessité pour le ministère public d'obtenir l'accord préalable du juge d'instruction. Amendement n° 2, Projet de loi modifiant le droit pénal et la procédure pénale et portant des dispositions diverses en matière de justice (« Projet de loi Pot-Pourri II »), *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2015-2016, n° 54-1418/003, pp. 3-4.

transaction pénale envisagée⁽²⁵⁾. Ce contrôle ne peut être considéré comme un contrôle juridictionnel « effectif » que si la décision relative à la transaction est motivée (B.10.2, B.11). Bien que le considérant ne soit pas très clair à ce propos, il ressort de l'ensemble de l'arrêt qu'il s'agit de la décision du ministère public de recourir à la transaction élargie – soit concrètement la proposition de transaction visée à l'article 216bis, § 1^{er} qui doit faire l'objet d'une motivation.

Concernant les transactions pénales conclues *durant la procédure au fond*, la Cour constitutionnelle estime qu'elles ne sont compatibles avec le droit au procès équitable et à l'indépendance du juge qu'à la condition que l'inculpé agisse volontairement et en parfaite connaissance du contenu et des effets de l'accord avec le parquet et que le juge compétent puisse exercer un contrôle « suffisant », tant en ce qui concerne la proportionnalité de la transaction pénale envisagée qu'en ce qui concerne sa légalité (*infra*, C). Ici encore, la Cour estime que ce contrôle ne peut être effectif que si la décision relative à la transaction pénale est motivée (B.12.4).

La Cour conclut dès lors à l'inconstitutionnalité du § 2 de l'article 216bis du C.i.cr. en ce que cette disposition légale limite le rôle du juge compétent (juridiction d'instruction ou juge du fond) à constater l'extinction de l'action publique après avoir effectué le triple contrôle formel exposé *supra* (B.11, B.13).

C. La nécessité et l'étendue d'un contrôle « suffisant » de la transaction par les juridictions

Par son arrêt, la Cour impose d'une part une motivation de la proposition de transaction pénale pour son contrôle effectif (*supra*, B), d'autre part un contrôle juridictionnel « suffisant » de celle-ci.

L'obligation de motivation par le ministère public et le contrôle juridictionnel « suffisant » imposés par la Cour sont étroitement liés : le contrôle « suffisant » devant être effectué par le

juge compétent ne peut en effet être « effectif » que si la décision du ministère public relative à la transaction pénale est motivée (B.10.2 et B.12.4). L'étendue de l'obligation de motivation par le ministère public de la proposition de transaction pénale est dès lors – nous semble-t-il – déterminée par l'étendue du contrôle juridictionnel « suffisant » exigé par la Cour.

L'arrêt est assez laconique en ce qui concerne le caractère « suffisant » du contrôle devant être opéré par le juge compétent et, par conséquent, l'étendue de l'obligation de motivation qui incombe au ministère public. Un seul considérant aborde ce point⁽²⁶⁾ :

« S'il est vrai qu'en ce qui concerne le droit au procès équitable, la Cour européenne des droits de l'homme admet que, dans le cadre d'une réduction de peine en échange d'une reconnaissance de culpabilité (*plea bargaining*), suffisamment comparable à la transaction pénale lorsque l'action publique a été intentée, un inculpé puisse négocier avec le ministère public au cours d'une procédure pénale au fond, ce n'est qu'à la condition que l'inculpé accepte volontairement la transaction en parfaite connaissance des faits de la cause ainsi que des effets juridiques s'attachant à ce type de transaction, mais aussi à la condition que le juge puisse exercer un contrôle suffisant quant au contenu de la transaction et à l'équité de la procédure ayant mené à sa conclusion (Cour eur. D.H., 29 avril 2014, *Natsvlishvili et Togonidze c. Géorgie*, § 92).

Une fois que les faits ont été soumis au juge pénal, l'incidence d'une transaction pénale sur l'indépendance de ce juge, à qui il appartient en principe de se prononcer sur le bien-fondé des poursuites engagées, ne peut donc être compatible avec le droit à un procès équitable et avec l'indépendance du juge inhérente à ce droit qu'à la condition que l'inculpé agisse volontairement et en parfaite connaissance du contenu et des effets d'un accord avec le parquet et que le juge compétent puisse exercer un contrôle suffisant, tant en ce

(25) La Cour énonce qu'il découle des articles 127 à 135 du C.i.cr. que quel que soit le résultat de l'instruction à laquelle le juge d'instruction a procédé, c'est une juridiction d'instruction qui décide de la suite à donner à l'action publique (B.9.4). Il existe cependant des régimes dérogatoires dans lesquels une instruction n'est pas suivie d'un contrôle juridictionnel. Tel est le cas notamment du régime de privilège de juridiction à l'égard des magistrats dans lequel le parquet général retrouve l'opportunité des poursuites (et donc la possibilité de proposer une transaction pénale), après une instruction menée par un conseiller-instructeur, sans intervention d'une juridiction d'instruction (art. 479 et s. du C.i.cr.).

(26) En ce qui concerne les juridictions d'instruction, l'arrêt se limite à énoncer qu'elles doivent pouvoir exercer un contrôle sur la transaction pénale envisagée – sans autre précision – et que ce contrôle doit être effectif (B.10.2). Il nous semble que les considérants relatifs à la transaction devant le juge du fond paraissent devoir s'appliquer *mutatis mutandi* au contrôle devant être effectué par les juridictions d'instruction.

qui concerne la proportionnalité de la transaction pénale envisagée qu'en ce qui concerne sa légalité, en particulier le respect des conditions légales de la transaction, visées par l'article 216bis du Code d'instruction criminelle, des directives contraignantes de politique criminelle, visées à l'article 151, § 1^{er}, de la Constitution et à l'article 143quater du Code judiciaire, et le cas échéant, des lois qui limitent dans certains cas le pouvoir d'appréciation du ministère public » (B.12.4).

Nous pensons pouvoir déduire de cet arrêt que la Cour impose un contrôle – à tout le moins – sur les points suivants :

- la *légalité* de la transaction pénale : outre le respect conditions formelles visées à l'article 216bis, § 1^{er}, alinéa 1^{er} faisant déjà l'objet d'un contrôle actuellement, le juge doit vérifier le respect des directives contraignantes de politique criminelle, visées à l'article 151, § 1^{er}, de la Constitution et à l'article 143quater du Code judiciaire, et le cas échéant, des lois qui limitent dans certains cas le pouvoir d'appréciation du ministère public⁽²⁷⁾ ;
- la *proportionnalité* de la transaction : l'arrêt ne contient toutefois pas d'indication quant aux critères d'évaluation du caractère « proportionné » ou non de la transaction pénale (contrairement à la procédure de reconnaissance préalable de culpabilité – *infra*, III) ;
- le *consentement éclairé* de l'auteur présumé qui doit agir volontairement et en parfaite connaissance de cause du contenu et des effets juridiques de la transaction pénale.

Le caractère plutôt lacunaire de l'arrêt laisse subsister plusieurs incertitudes et interrogations dont il appartiendra au législateur d'apporter des éclaircissements⁽²⁸⁾.

III. Nécessité d'une intervention législative : la reconnaissance préalable de culpabilité comme modèle ?

Contrairement aux arrêts d'annulation rendus par la Cour constitutionnelle, l'arrêt rendu sur question préjudicielle constatant l'inconstitutionnalité d'une norme n'annule (ni abroge) cette dernière ; il la laisse subsister jusqu'à intervention du législateur – au risque d'existence d'une insécurité juridique.

Dès lors que la Cour précise dans son arrêt que les effets de l'article 216bis, § 2, du C.i.cr. sont maintenus jusqu'à sa publication au *Moniteur belge* – soit le 1^{er} juillet 2016 – la décision n'a pas d'effet rétroactif : l'ensemble des transactions élargies conclues jusqu'à la date susvisée restent valides et ne peuvent être remises en cause⁽²⁹⁾. Passé le 1^{er} juillet, la prudence veut que l'ensemble des procédures de transaction étendue en cours soient suspendues en attendant que le législateur satisfasse aux exigences de la Cour constitutionnelle. Quand bien même, légalement, rien n'empêche que les juridictions compétentes continuent à homologuer des transactions élargies en tenant compte des enseignements de la Cour (*cfr* art. 26, § 2, al. 2, de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle), cette initiative est à déconseiller compte tenu du caractère laconique de l'arrêt.

Comme indiqué *supra*, il appartient au législateur d'instaurer un contrôle judiciaire plus étendu des transactions pénales élargies (A) de même qu'une obligation de motivation dans le chef de ministère public de la proposition de transaction pénale (B). Des adaptations au niveau de la procédure paraissent également souhaitables (C). La procédure de reconnaissance préalable de culpabilité – ultime exemple de procédure négociée entre le ministère public et l'auteur présumé des faits – pourrait constituer une source d'inspiration pour le législateur.

(27) Selon le ministre de la Justice, se référant auxdits articles 151, § 1^{er}, de la Constitution et 143quater du Code judiciaire, et à l'article 28ter du Code d'instruction criminelle, « [c]es trois articles de loi contiennent le "principe de l'opportunité des poursuites", selon lequel le ministère public peut déterminer la politique à suivre lors du traitement d'une affaire ». Réponse à la Question n° 1510 de M. VANDENBERGHE, Sén., Q.R., sess. 2001-2002, 9 octobre 2001, *Bull.*, n° 2-42, p. 2144. « Compte tenu des injonctions et directives de politique criminelle arrêtées par le ministre de la Justice, après avis du collège des procureurs généraux en vertu de l'article 143quater du Code judiciaire, le ministère public doit nécessairement apprécier concrètement et pour chaque affaire distinctement, l'opportunité d'engager les poursuites pénales » (B.8.2 de l'arrêt du 2 juin 2016).

(28) Une question parlementaire fut posée en ce sens le 5 juillet 2016. Question n° 1286 de G. CALOMNE, Ch., Q.R., sess. 2015-2016 (transformée en question écrite, n° 12333).

(29) Pensons aux grandes affaires économiques, financières et fiscales relayées par la presse ayant fait l'objet de tels accords depuis 2011.

A. Vers un contrôle « suffisant » : portée du contrôle juridictionnel étendu

Comme relevé *supra*, l'arrêt est assez laconique concernant le caractère suffisant du contrôle devant être opéré par les juges compétents. La Cour exige un contrôle plus étendu qu'un simple contrôle formel, contrôle devant – à tout le moins – viser la légalité et la proportionnalité de la transaction pénale, ainsi que le consentement éclairé de son bénéficiaire – ce qui n'est pas sans rappeler le prescrit légal applicable à la procédure de reconnaissance préalable de culpabilité⁽³⁰⁾. Plusieurs interrogations nous semblent néanmoins subsister à la lecture de cet arrêt.

Quels éléments doivent entrer en ligne de compte pour évaluer la « proportionnalité » (du montant) d'une transaction pénale ? Rappelons que si l'article 216bis précise déjà que la somme transactionnelle doit être « proportionnelle à la gravité de l'infraction », telle proportionnalité ne peut être contrôlée, *de lege lata*, par la juridiction compétente lors de l'homologation d'une transaction étendue⁽³¹⁾. Le législateur devra donc préciser les critères de proportionnalité sur lesquels la chambre saisie devra fonder son contrôle, des critères à notre sens identiques à ceux devant être fournis par le procureur dans le cadre de la motivation de sa proposition de transaction pénale (*infra*, B).

Le contrôle du juge compétent s'étend-t-il également à « l'opportunité » de conclure une transaction pénale ? En d'autres termes, le juge pourrait-il rejeter l'accord conclu entre parties au seul motif qu'une transaction pénale lui semble moins opportune qu'un procès ? Il nous semble qu'il faille répondre par la négative⁽³²⁾. En cas de refus de la part du ministère public d'accepter une proposition de transaction émanant d'un inculpé, l'arrêt indique clairement que cette décision ne doit pas être justifiée ni soumise à un contrôle juridictionnel (B.21) – puisque ressortant du principe d'opportunité des poursuites. Il paraîtrait donc logique que le choix du ministère public de recourir à la transaction pénale (que ce soit de sa propre initiative ou suite à une proposition du prévenu ou inculpé) ne puisse être remis en question par le juge compétent, lequel devra se limiter à en contrôler la légalité et la proportionnalité de même que le consentement éclairé de l'auteur présumé des faits. Le principe de l'indépendance du ministère public énoncé à l'article 151, § 1^{er}, de la Constitution semble arguer en ce sens⁽³³⁾. La même solution prévaut lorsque le ministère public décide de recourir à la procédure de reconnaissance préalable de culpabilité⁽³⁴⁾. Contrairement à la proposition d'amendement déposée en ce sens début d'année 2016 dans le projet de loi Pot-Pourri II⁽³⁵⁾, nous n'ap-

(30) « Le tribunal vérifie s'il est satisfait à l'ensemble des conditions des paragraphes 1^{er} à 3, si l'accord a été conclu de manière libre et éclairée et correspond à la réalité des faits et à leur qualification juridique et si les peines proposées par le procureur du Roi sont proportionnelles à la gravité des faits, à la personnalité du prévenu et à sa volonté de réparer le dommage éventuel » (nous soulignons). Art. 216, § 4, al. 3, du C.i.cr.

(31) En effet, la proportionnalité en question ne fait pas partie des conditions formelles visées au § 1^{er}, al. 1^{er} de l'article 216bis. Voy. *supra*.

(32) « Fondamentalement, ce que le législateur a entendu éviter est qu'une négociation transactionnelle en voie de se clôturer ne rebondisse dans d'incessants débats qui pourraient être soulevés en termes d'opportunité entre le juge de fond et le ministère public ». J.-F. GODBILLE, « Le parquet a-t-il été doté de pouvoirs exceptionnels par une loi "fourre-tout" ? », *R.G.C.F.*, 2015/5, p. 345.

(33) Voy. M.-A. BEERNAERT, H.-D. BOSLY et D. VANDERMEERSCH, *Droit de la procédure pénale*, 7^e éd., Bruxelles, la Charte, 2014, tome I, pp. 146-147 : « [...] indépendance du ministère public se manifeste tant à l'égard des cours et tribunaux que, mais dans une mesure sensiblement moindre, à l'égard du gouvernement fédéral. Ainsi, les juridictions répressives n'ont pas le pouvoir d'adresser des injonctions au ministère public, ni de censurer son action. Le juge pénal ne peut notamment pas apprécier la décision du procureur du Roi d'entamer des poursuites ou lui donner des ordres à cet égard ». Voy. Cass., 24 janvier 2001, *Pas.*, 2001, n° 45 ; Cass., 21 juin 1974, *Pas.*, 1974, p. 1096.

(34) La décision de recourir à la procédure revient, dans tous les cas, au ministère public en vertu du principe d'opportunité des poursuites (Exposé des motifs, projet de loi Pot-Pourri II, n° 54-1418/001, p. 93). Il peut néanmoins agir de sa propre initiative ou à la demande du suspect/prévenu ou de son avocat (art. 216, § 1^{er}, al. 1^{er}, du C.i.cr.). Il s'agit d'une démarche essentiellement contractuelle, « le suspect/prévenu ne possède pas un droit subjectif à se voir appliquer la procédure de reconnaissance préalable de culpabilité ». C. DE VALKENNEER, *op. cit.*, p. 117. Dans le cadre du contrôle juridictionnel prévu par la loi, le tribunal doit se prononcer « sur l'objet même de l'accord » : « [s]il nous paraît justifié que le juge du fond vérifie qu'il n'y a pas eu, en quelque sorte, de vice de consentement, il nous semble plus discutable qu'il puisse véritablement désavouer la volonté des parties et rejeter l'accord s'il estime que les faits doivent être sanctionnés différemment », *Id.*, p. 124.

(35) L'objectif de la proposition d'amendement, qui fut néanmoins rejetée, étant de « réinstaurer le contrôle de toutes les transactions par le juge du fond. Ce contrôle n'est pas limité aux conditions d'application formelles, mais peut également

puyons dès lors pas la solution de conférer au juge du fond d'apprécier de l'« opportunité » de recourir à la mesure⁽³⁶⁾, l'arrêt ne faisant également nullement référence à un tel contrôle.

Lors de son contrôle de la transaction pénale, le juge peut-il ou doit-il examiner le fond de l'affaire ? La transaction pénale n'est pas une peine et n'entraîne pas de reconnaissance de culpabilité sur le plan pénal⁽³⁷⁾. A priori, il n'appartiendrait donc pas au juge compétent d'examiner la culpabilité de l'inculpé ou du prévenu lors du contrôle de la transaction pénale élargie – le paiement de la transaction ne constituant qu'une présomption irréfragable de la faute de son bénéficiaire (art. 216bis, § 4). Toutefois, d'aucuns s'interrogent si dans le cadre du contrôle de la légalité⁽³⁸⁾ ou de proportionnalité⁽³⁹⁾, le juge ne sera pas *de facto* amené à procéder à un examen (limité) au fond.

Le juge est enfin tenu de s'assurer que l'inculpé/le prévenu a *accepté volontairement* la transaction en *parfaite connaissance* des faits de la

cause ainsi que des effets juridiques s'attachant à ce type de transaction (B.12.4) – notamment la présomption irréfragable de la faute civile et son inscription dans le casier judiciaire central du bénéficiaire de la mesure. À cette fin, il peut être utile d'interroger l'inculpé ou le prévenu lors de l'audience. Il paraît également judicieux que le ministère public invite l'inculpé à être assisté d'un avocat lors des négociations relatives à la transaction pénale, une assistance par ailleurs obligatoire et à laquelle ne peut renoncer le suspect ou prévenu dans le cadre de la procédure de reconnaissance préalable de culpabilité (art. 216, § 3)⁽⁴⁰⁾.

Il nous semble également que dans le cadre du contrôle juridictionnel opéré, le juge compétent doit se limiter à accepter ou rejeter la transaction pénale étendue, mais qu'il ne peut, à l'instar de la procédure de reconnaissance préalable de culpabilité⁽⁴¹⁾, proposer lui-même un autre montant sur lequel il inviterait les parties à marquer leur accord⁽⁴²⁾.

porter sur l'opportunité et la proportionnalité de la mesure ». Amendement 3, projet de loi Pot-Pourri II, n° 54-1418/003, pp. 3-4.

(36) À titre comparatif, il existe dans le monde anglo-saxon des mécanismes de transaction pénale soumis à un contrôle juridictionnel (les « *deferred prosecution agreements* »). Au Royaume-Uni, la juridiction compétente est amenée à vérifier que le recours à une transaction est dans l'intérêt de la justice et que le contenu de l'accord est équitable, raisonnable et proportionné (Crime and Courts Act 2013, Schedule 17, Part 1, Section 7(1)). Par contraste, le contrôle juridictionnel semble davantage limité aux États-Unis : un arrêt consacrant le pouvoir du juge compétent de contrôler que la transaction proposée est conforme à l'intérêt public, équitable et raisonnable fut récemment renversé par la Cour d'appel (fédérale) de Washington, celle-ci estimant que le pouvoir judiciaire ne peut mettre en doute (« *second-guess* ») la décision de l'exécutif d'intenter ou non, voire de clôturer des poursuites – via transaction pénale *in casu* – à l'égard d'une personne (*United States v. Fokker Servs. B.V.*, No. 15-3016, 2016 WL 1319226 (D.C. Cir. Apr. 5, 2016)).

(37) Comme le précise le mémoire du Conseil des ministres, « [l]a personne avec laquelle une transaction est conclue n'est pas punie et ne reconnaît pas de culpabilité » (A.1.4.1 de l'arrêt). Voy. également Sommaire, Cass., 7 septembre 1993, *Pas.*, 1993, I, p. 662 : « [l]a circonstance que des "transactions" n'impliquent aucune déclaration de culpabilité d'une infraction quelle qu'elle soit, n'empêche toutefois pas la juridiction répressive de tenir compte de cette "sorte d'avertissements" pour déterminer le taux de la peine » lors d'une condamnation ultérieure.

(38) Ainsi, certains évoquaient déjà la nécessité de vérifier qu'il n'y ait pas d'erreur d'appréciation du procureur dans le cadre de la vérification de la légalité : « [l]es juridictions doivent notamment, dans ce contexte, vérifier la légalité des actes posés dans le cadre d'une procédure du point de vue de leur motivation, ce qui les amène à devoir examiner si elle est adéquate, c'est-à-dire pertinente par rapport au dossier et non entachée d'erreur de droit ou de fait ni d'erreur manifeste d'appréciation ». « Le contrôle conféré au juge de fond, même s'il ne peut être que formel, ne pourrait à notre avis, cautionner une illégalité ou une irrégularité, et il se doit de vérifier si le cheminement de la démarche a suivi les étapes prévues par le législateur, jusque, y compris, le respect des directives annoncées dans les travaux parlementaires du collège des procureurs généraux », J.-F. GODBILLE, *op. cit.*, pp. 345-346.

(39) « Certaines questions pratiques risquent de se poser. Les tribunaux auxquels une transaction motivée sera soumise vont-ils devoir prendre connaissance des (souvent) volumineux dossiers afin de vérifier la proportionnalité de la transaction par rapport aux faits ou le respect par le ministère public des directives de politique criminelle applicables ? ». T. KRSTIC, « Le pouvoir judiciaire montre les dents en matière de transaction pénale : la Cour constitutionnelle oblige le ministère public à motiver les décisions de conclure une transaction pénale », 2 juin 2016, <http://www.afschrift.com>.

(40) Projet de loi modifiant le droit pénal et la procédure pénale et portant des dispositions diverses en matière de justice, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2015-2016, n° 54-1418/001, p. 93.

(41) Art. 216, § 3, du C.i.cr. ; M. FERNANDEZ-BERTIER et M. GIACOMETTI, *op. cit.*, p. 288.

(42) Voy. T. KRSTIC, *op. cit.* : « [l]e juge constatant qu'une transaction qui lui est soumise n'est manifestement pas proportionnelle par rapport aux faits devra-t-il refuser de considérer que l'action publique est éteinte ou conseiller à l'inculpé de mieux négocier avec le ministère public afin d'obtenir un remboursement partiel ? ».

B. Vers un contrôle « effectif » : portée de l'obligation de motivation du ministère public

En ce qui concerne l'étendue de l'obligation de motivation du ministère public, l'arrêt ne précise nullement les éléments devant figurer dans la proposition de transaction pénale. Il appartiendra au législateur de les définir⁽⁴³⁾.

Ainsi, suite à la réforme de 2011, d'aucuns suggéraient déjà que le ministère public prenne l'initiative d'une telle motivation à des fins de transparence, « afin d'éviter toute suspicion d'illégalité de la procédure proposée »⁽⁴⁴⁾. La « grille d'analyse » des raisons ayant mené le parquet à proposer une transaction élargie inclurait notamment la certification que la procédure résulte de son initiative et qu'elle a été avalisée par le procureur général sur base d'exigences telles que la plus-value pour les autorités de recourir à une transaction pénale compte tenu de la durée de la procédure⁽⁴⁵⁾, l'équilibre des droits de la défense⁽⁴⁶⁾, et le paiement préalable de la somme transactionnelle⁽⁴⁷⁾.

En l'état, il résulte du rapport d'évaluation de la transaction pénale élargie réalisé par le Service Public Fédéral Justice et remis au collège des procureurs généraux le 6 juin 2014 qu'aucune

méthode d'évaluation unique n'a été établie afin de permettre au parquet de décider de la somme transactionnelle à proposer : « [c]haque détermine le montant de la transaction proposée selon les circonstances qu'il croit utile d'appliquer dans le cas d'espèce (la nature de l'affaire, la gravité de l'infraction, les peines fixées par la loi [...], le degré de participation de la personne qui sollicite la transaction, sa personnalité, ses antécédents judiciaires, les moyens financiers dont elle dispose, l'existence de saisies, ...) »⁽⁴⁸⁾.

In fine, il semblerait logique que l'exigence de motivation du parquet de sa proposition de transaction élargie vise exclusivement à justifier le caractère proportionné de la transaction au vu, d'une part, de la gravité des faits, de la personnalité de l'individu, et de sa volonté de réparer le dommage envers les victimes⁽⁴⁹⁾ et administrations concernées – similairement à ce qui est prévu en matière de reconnaissance préalable de culpabilité⁽⁵⁰⁾ ; d'autre part, le cas échéant, de l'état des lieux des poursuites en cours⁽⁵¹⁾, des autres circonstances de l'espèce qui encouragent le ministère public de recourir à une telle procédure⁽⁵²⁾, et des directives de politiques criminelles en vigueur^{(53) (54)}.

(43) L'article 216bis prévoit que la somme faisant l'objet de la transaction doit être proportionnelle à la gravité de l'infraction. En ce qui concerne les infractions de droit pénal social, la somme ne peut être inférieure à 40 % des montants minima de l'amende administrative, le cas échéant multipliés par le nombre de travailleurs, candidats travailleurs, indépendants, stagiaires, stagiaires indépendants ou enfants concernés.

(44) J.-F. GODBILLE, *op. cit.*, pp. 346-347.

(45) « [E]t à la possibilité de règlement du contentieux avant que n'intervienne la prescription ou l'écoulement d'un délai déraisonnable pour juger de l'affaire ». *Id.*, pp. 346-347.

(46) « [Y] compris ceux des coauteurs non associés à la transaction, et des victimes par rapport à ceux du ministère public ». *Ibid.*, p. 347.

(47) Nous proposons néanmoins que le paiement de la somme transactionnelle soit désormais prévu après l'audience d'homologation de la transaction élargie compte tenu des nouvelles exigences de la Cour (*infra*, C).

(48) A. LEMAIRE et M. HIRSCH, *op. cit.*, pp. 196-197.

(49) Étant donné qu'il est tenu de produire la preuve de l'indemnisation de la fraction non contestée du dommage et des modalités de règlements de celui-ci (art. 216bis, § 4, du C.i.cr.).

(50) Dans le cadre de la procédure de reconnaissance préalable de culpabilité, le tribunal est non seulement tenu de vérifier que les peines proposées par le ministère public (et donc acceptées par le suspect ou prévenu) sont légalement justifiées, mais également qu'elles sont proportionnelles sur base de trois critères que sont la gravité des faits, la personnalité du prévenu et sa volonté de réparer le dommage éventuellement causé. Art. 216, § 4, al. 3, du C.i.cr.

(51) Notamment un éventuel (risque de) dépassement du délai raisonnable ou d'une atteinte de la prescription de l'action publique en cause.

(52) Par exemple, les circonstances atténuantes et autres causes d'excuse qui justifieraient que le ministère public ne requière pas au fond, *in concreto*, une peine d'emprisonnement de plus de deux ans ; les raisons pour lesquelles il estime qu'une sanction pécuniaire n'emportant pas condamnation de l'auteur présumé des faits serait à privilégier. À cet égard, il nous est néanmoins difficilement concevable que le parquet fasse aveu dans sa motivation d'un manque de solidité du dossier pénal pour aboutir au fond.

(53) Notamment celles établies dans la COL 6/2012, *op. cit.*, pp. 13 et s., dont le fait de tenir compte du principe *non bis in idem* et d'imposer à titre de sanction un montant minimum de 10-15 % de la somme des impôts et/ou taxes élués dans les affaires fiscales et sociales ; de ne pas faire application du concours idéal d'infraction (art. 65, al. 1^{er}, du C. pén.) pour calculer le montant de la transaction pénale...

(54) Voir du contrôle hiérarchique effectué quant à la pertinence et la légalité de la transaction proposée. J.-F. GODBILLE, *op. cit.*, p. 346, n° 60.

C. De quelques aspects procéduraux

Actuellement, le contrôle juridictionnel s'effectue après paiement de la transaction proprement dite, des frais de justice, des éventuelles confiscations et indemnisations des victimes ou administrations concernées. Après vérification des conditions formelles visées au § 1^{er}, alinéa 1^{er} de l'article 216bis et du paiement de la transaction et de l'indemnisation des victimes privées et institutionnelles, les juridictions d'instruction ou le juge du fond constatent dans leur ordonnance, arrêt ou jugement, l'extinction de l'action publique. Dans la mesure où le contrôle devant être effectué par le juge compétent est élargi, le risque de voir une transaction pénale refusée par le juge compétent est plus élevé – entraînant une insécurité pour l'auteur présumé des faits quant à l'issue des poursuites menées à son encontre. Il paraît peu probable que l'auteur présumé des faits accepte de s'acquitter de la transaction pénale, d'indemniser les victimes et/ou (surtout) administrations⁽⁵⁵⁾ et d'abandonner ou remettre les biens confiscables déterminés sans avoir la certitude que la proposition de transaction du ministère public sur laquelle il a marqué son accord soit acceptée par le juge compétent – d'autant plus que ce sont bien souvent les montants relatifs à la compensation des victimes/administrations et à la confiscation qui constituent la part du lion de la somme transactionnelle totale⁽⁵⁶⁾. De même, en cas de rejet, il conviendrait de procéder à la restitution des différents montants versés, ce qui risque de ne pas être chose aisée. Au risque de voir disparaître la

transaction pénale élargie, il nous paraît judicieux que le législateur examine la possibilité d'instaurer un contrôle juridictionnel préalable au paiement de la transaction, à la confiscation et à l'indemnisation des victimes ou administrations. *In concreto*, la juridiction compétente ne constaterait donc l'extinction de l'action publique que sous condition suspensive de l'acquittement de la totalité des montants avalisés par celle-ci et dans les délais établis par le parquet dans l'accord transactionnel soumis au contrôle juridictionnel⁽⁵⁷⁾. Par conséquent, l'inscription de la transaction étendue au casier judiciaire central de son bénéficiaire serait également différée. Il appartiendrait dès lors au ministère public de vérifier si les paiements ont été effectués dans le délai imparti, et, en cas de défaut, de retransmettre le dossier au juge d'instruction (si la transaction pénale est conclue en cours d'instruction) ou de refixer le dossier devant la juridiction d'instruction en vue du règlement de procédure ou devant le juge du fond.

Enfin, l'article 216bis, § 2 ne précise nullement la procédure subséquente à un rejet de la transaction pénale par le juge. Le dossier doit logiquement revenir au ministère public lequel pourrait soit faire une nouvelle proposition de transaction pénale, soit abandonner l'idée d'une telle mesure et dans ce cas, la procédure reprendrait son cours normalement (sans préjudice de la possibilité de conclure un « plaider coupable » une fois le stade de l'instruction dépassé). À l'instar de la procédure de reconnaissance préalable de culpabilité, il conviendrait que l'affaire soit attribuée à une chambre autrement composée⁽⁵⁸⁾, que ce soit

(55) Il peut en effet arriver en pratique que l'auteur présumé n'accepte d'indemniser les victimes ou administrations que si un accord est également trouvé au niveau pénal. Le montant de la transaction pénale proprement dite peut également être influencé par le montant versé aux victimes ou administrations.

(56) En témoignent les chiffres rapportés par A. LEMAIRE et M. HIRSCH, *op. cit.* : « à Anvers, les transactions pénales élargies ont rapporté un peu moins de 11 000 000 euros, environ 194 000 000 euros d'impôts éludés et 10 000 000 euros d'avantages patrimoniaux » (p. 208). « Il apparaît, dans la pratique, que la confiscation est souvent le véritable enjeu dans la transaction. Aucune politique claire ne paraît cependant avoir été mise en place au niveau du parquet. Les règles appliquées sont assez obscures et le montant des avantages patrimoniaux résultant des infractions semble calculé à la louche » (p. 197). *In concreto*, peuvent être confisqués (outre les objets, instruments et produits du crime) tous les avantages patrimoniaux tirés d'une infraction, et ce sans plafond, contrairement au montant de la transaction (*stricto sensu*) qui ne peut dépasser le maximum de l'amende pénale prévue pour ce fait – un maximum légal bien souvent insuffisant en matière de délinquance économique et financière.

(57) La proposition de transaction devrait donc indiquer que le délai ne court qu'à partir du prononcé du jugement d'homologation.

(58) Art. 216, § 4, al. 5, du C.i.cr. Le même article dispose qu'en cas de rejet, la convention signée par le prévenu et par le procureur du Roi, les documents rédigés et communications faites pendant la concertation dans le cadre de la procédure, ainsi que toutes les autres pièces de la procédure y afférentes, sont alors écartés du dossier et déposés au greffe du tribunal de première instance ; la même règle ne nous semble pas applicable au régime de la transaction pénale, à tout le moins en ce qui concerne la proposition de transaction pénale et la décision de prolongation visés à l'article 216bis, § 1^{er}, al. 3, du C.i.cr., ces actes constituant des actes interruptifs de la prescription de l'action publique et doivent par conséquent être versés au dossier répressif.

pour contrôler une nouvelle transaction pénale ou pour régler la procédure ou trancher le fond de l'affaire. Il nous semble en effet que le juge qui s'est prononcé sur la proportionnalité d'une transaction pénale ne présente plus les garanties suffisantes d'impartialité pour statuer sur le fond de l'affaire, voire sur une nouvelle proposition de transaction pénale ou reconnaissance préalable de culpabilité.

IV. Conclusion

Dans son arrêt, la Cour constitutionnelle impose deux grandes modifications au régime de la transaction pénale élargie : contrôle plus étendu d'une part, et obligation de motivation de la part du ministère public d'autre part. Comme indiqué *supra*, la Cour ne se prononce pas sur la transaction pénale « simple » – soit conclue au stade de l'information – laquelle demeure dès lors toujours possible sans aucune motivation de la part du ministère public, ni quelconque contrôle juridictionnel, même formel. Aucune obligation de motivation ou de contrôle ne pourrait d'ailleurs être déduite du présent arrêt en ce qui concerne les transactions pénales simples, la motivation de la Cour – fondée sur l'indépendance des juges – ne

pouvant être transposée à ce type de transactions pénales. Il ne nous paraît d'ailleurs ni souhaitable, ni réalisable d'imposer de telles obligations pour les transactions simples.

Ces nouvelles – importantes – modifications ne concernent qu'un nombre très limité de transactions pénales (1 %), dont la majorité concerne des affaires de criminalité économique, financière, fiscale et sociale. Le ministère public y a souvent recours en raison de la complexité et de la lourdeur des poursuites de telles infractions, et du risque du dépassement du délai raisonnable ou d'atteinte de la prescription de l'action publique liés à l'engorgement des tribunaux.

Souvent décriée comme participant à une « justice de classe », la transaction pénale (élargie) permet d'apporter une réponse pénale – certes imparfaite – aux comportements délinquants précités, et constitue une des rares mesures permettant d'obtenir une indemnisation effective et immédiate des victimes, privées ou institutionnelles. Il serait dès lors regrettable de s'en priver, plus particulièrement compte tenu des difficultés budgétaires et de l'encombrement que connaît la Justice. Gageons que les exigences de la Cour constitutionnelle permettront d'en renforcer la légitimité, tant à l'égard des justiciables que du pouvoir judiciaire. Au législateur d'agir.

DOCTRINE