

Il est réservé à statuer sur les honoraires qui devront être octroyés au mandataire ad hoc.

PAR CES MOTIFS

(...)

LA COUR,
statuant contradictoirement, dans les limites de sa saisine et à l'unanimité,

Reçoit l'appel du ministère public,

Réforme la décision dont appel et évoquant,

Avant de dire droit au fond,

Désigne Monsieur Patrick HENRY, bâtonnier de l'Ordre des Avocats du ressort de la Cour d'Appel de Liège en qualité de mandataire ad hoc pour représenter les intérêts de la SA Fond'roy.

Invite le ministère public à notifier le présent arrêt au mandataire ad hoc et à mettre, si besoin est, la cause en état d'être jugée.

OBSERVATIONS

La société poursuivie pénalement en même temps que son dirigeant a-t-elle encore le droit de choisir son avocat ?

Dans un dossier fort médiatique relatif à des travaux (dont l'abattage de nombreux arbres) réalisés sans permis par la SA C.F. dans une célèbre propriété namuroise, le tribunal correctionnel de Namur, devant lequel étaient poursuivis tant la société que son dirigeant, avait refusé la désignation d'un mandataire ad hoc pourtant sollicitée par le parquet, au motif que la société avait déjà fait choix d'un avocat.

Le parquet a fait appel, et la Cour d'appel de Liège a adopté une toute autre position puisqu'elle considère qu'il convient de désigner un mandataire ad hoc (en l'espèce, la Bâtonnier de l'Ordre des avocats de Liège): elle estime que des liens trop étroits existent entre la personne morale et la personne physique poursuivies concomitamment et qu'un «*conflit d'intérêts naît de la complexité évidente des relations entre les prévenus dont les responsabilités se croisent et fluctuent au cours du temps*». A noter que cette réformation du premier jugement en appel a fait perdre un degré de juridiction aux deux prévenus, puisque la Cour d'appel a été amenée à apprécier elle-même directement les faits en degré d'appel, et donc pour la première fois.

Aux lendemains de l'adoption de la loi du 4 mai 1999, et encore à ce jour il est vrai, la doctrine et la jurisprudence ne s'accordent pas sur les hypothèses dans lesquelles un mandataire ad hoc doit être désigné.

Trois positions semblent se dégager, chacune semblant justifiée de manière convaincante.

Les uns considèrent «de manière générale et abstraite» que la juridiction de fond saisie doit nécessairement désigner un mandataire ad hoc lors de poursuites concomitantes de la personne morale et de la personne physique. La simple concomitance des poursuites implique en effet l'existence d'un conflit d'intérêts, et donc l'obligation de désigner un mandataire ad hoc.

La formulation de l'article 2bis du Code d'instruction criminelle ne semble pas laisser de pouvoir d'appréciation au juge quant à l'opportunité ou non de désigner un mandataire, cette désignation devant être automatique.

D'autres, comme en l'espèce, considèrent qu'une telle désignation ne s'impose que lorsqu'elle est opportune *in casu*, à savoir qu'il existe réellement un risque de conflit d'intérêts.

D'autres enfin considèrent qu'un mandataire ad hoc ne doit être désigné que si la société n'est pas encore valablement représentée par un avocat. «*Il est admis aujourd'hui que la personne morale peut décider de se faire représenter par un avocat, de sorte que la désignation d'un mandataire ad hoc s'avère superflue*»³. Ainsi, P. HELSEN souligne qu'imposer un mandataire ad hoc pourrait:

- être contraire au principe du libre choix du conseil consacré par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme,
- constituer une discrimination entre la personne physique qui conserve le libre choix de son avocat et la personne morale qui se voit imposer un conseil⁴ (sur ce point, voir ci-après la position de la Cour constitutionnelle).

Il a été jugé que si une assemblée générale extraordinaire a confirmé à l'unanimité la désignation d'un avocat, avec le mandat le plus large possible, pour représenter la société dans l'action introduite par le Ministère public, c'est à bon droit que le juge dit qu'il n'y a pas lieu à désignation d'un mandataire ad hoc⁵.

Dans le même sens, il a été jugé «*qu'une telle désignation ne se justifie cependant que pour autant que les sociétés concernées ne soient pas valablement représentées par un conseil; qu'en effet, rien ne justifie qu'il soit dérogé, en l'espèce, au principe consacré par l'article 185, §1 du C. de Proc. selon lequel le prévenu comparait en personne ou par un avocat; qu'au demeurant, dès lors qu'en application de l'article 429 du Code judiciaire, les avocats ont tous juré de ne défendre que les causes qu'en leur âme et conscience ils croient justes, il s'impose de considérer qu'ils offrent toutes les garanties d'indépendance et de probité nécessaires pour représenter la personne morale prévenue, même si, en pratique, ils devaient avoir été choisis par la personne physique également prévenue que le législateur avait délibérément écartée pour représenter la société*»⁶.

Rappelons que la Cour d'arbitrage, devenue entretemps Cour constitutionnelle, avait été interrogée sur la légalité de l'article 2bis du titre préliminaire du Code de procédure pénale au regard des articles 10 et 11 de la Constitution, lus ou non en combinaison avec l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. Dans un arrêt du 5 décembre 2006⁷, la Cour avait considéré 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. La Cour analyse l'article 2bis comme permettant à la personne morale elle-même de demander cette désignation par requête et lui permettant également de proposer au juge son mandataire ad hoc. Elle ajoute que ce mandataire ad hoc pourra, s'il estime qu'il n'y a, concrètement, aucun conflit d'intérêts entre la personne morale et les personnes physiques qui la représentent, se rallier à la défense de celles-ci et, le cas échéant, confier la défense des intérêts de la personne morale au conseil choisi par ces personnes physiques.

3. J. OVERATH *et al.*, *La responsabilité pénale des personnes morales*, J.L.M.B., série JLMB opus n° 5, Bruxelles, Larcier, 2007, p. 34.

4. P. HELSEN, «De lasthebber ad hoc in het strafrecht: een eerste verkenning op braaklig gend terrein», *T. Straf.*, 2003, p. 2.

5. Liège, 29 mars 2006, *JDSC*, 2007, p. 196, note M.-A. DELVAUX intitulée «La désignation d'un mandataire ad hoc en cas de conflit d'intérêts: simple faculté ou véritable obligation dans le chef du Tribunal saisi de l'action publique ?».

6. Corr. Bruxelles (49^e ch.), 11 octobre 2006, non publié à notre connaissance, en cause V.C. et consorts c/ M.P., numéro de greffe 6681.

7. C.A., n° 190/2009, 5 décembre 2006 (question préjudicielle), *JDSC*, 2007, p. 193, note M.-A. DELVAUX intitulée «Le recours obligatoire à un mandataire ad hoc pour représenter la personne morale», *M.B.*, 9 février 2007 (1^{re} éd.) (extrait), p. 6.658, *Stenkrant*, 2007 (reflet S. VANDROMME), Liv. 144, p. 9, *R.A.B.G.*, 2007, Liv. 6, 379, note P. WAETERINCKX et R.W., 2006-2007 (reflet), Liv. 18, 779 et Liv. 41, 1677.

Enfin, la Cour souligne 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.

De nombreuses décisions écartent néanmoins directement le mandataire désigné par la société elle-même au motif que seul le tribunal chargé de trancher l'affaire est compétent pour le désigner⁸.

Nous préférons considérer qu'un mandataire ad hoc doit être désigné par le juge du fond saisi de la cause chaque fois que se présente un conflit d'intérêt potentiel, indépendamment du choix d'un conseil fait par la personne morale elle-même; selon nous en effet, l'avocat choisi par la société doit être systématiquement écarté vu le risque de collusion avec la personne physique également poursuivie.

Sur cette question, on lira l'excellente contribution de F. LUGENZ et O. KLEES intitulée «Le point sur la responsabilité pénale des personnes morales» parue dans la revue de droit pénal et de criminologie de 2008, aux pages 190 à 226, et spécialement les pages 207 à 221, ainsi que la contribution de Didier MATRAY et Joëlle OVERATH au *Liber Amicorum Jean-Pierre de Bandt* (Bruxelles, Bruylant, 2004) intitulée «Le mandataire ad hoc dans la responsabilité pénale des personnes morales».

8. Voir Corr. Gand (19^e ch.), 3 avril 2000, *JDSC*, 2002, p. 307, note M.-A DELVAUX intitulée «La représentation en justice de la société commerciale dans le cadre de la loi du 4 mai 1999», *T.M.R.*, 2001, p. 410 (mandataire *ad hoc* désigné par le conseil d'administration) et Corr. Gand, 19 octobre 1999, *T.M.R.*, 2000 (abrégé), p. 168 (mandataire *ad hoc* désigné par l'assemblée générale).