

entend apporter une solution. Dès lors que de tels éléments peuvent n'apparaître au juge que dans le cours de la procédure et que le juge ne pourrait, a priori, apprécier le conflit d'intérêts sans préjuger du fond, le législateur, en prévoyant, sans réserver au juge un pouvoir d'appréciation, la désignation d'un mandataire *ad hoc* dans les deux hypothèses visées par l'article 5, alinéa 2, du Code pénal, a pris une mesure pertinente au regard de l'objectif poursuivi.

B.7. 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*.

B.8. Par ailleurs, 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.

B.9. Enfin, 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.

B.10. La question préjudicielle invite également la Cour à exercer un contrôle au regard des articles 10 et 11 de la Constitution, combinés avec l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. La lecture combinée des articles 10 et 11 de la Constitution et de la disposition conventionnelle précitée ne conduit pas, en l'espèce, à une autre conclusion.

B.11. La question préjudicielle appelle une réponse négative.

PAR CES MOTIFS,

LA COUR

dit pour droit:

L'article *2bis* du titre préliminaire du Code de procédure pénale ne viole pas les 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.

OBSERVATIONS

Le recours obligatoire à un mandataire *ad hoc* pour représenter la personne morale

Une double interrogation est à l'origine de cet arrêt: existe-t-il une différence de traitement inacceptable entre les personnes morales et les personnes physiques citées à comparaître devant une juridiction répressive, puisque seules les premières sont représentées par un mandataire *ad hoc*, désigné par le juge compétent pour connaître de l'action publique? La représentation des personnes morales par un mandataire *ad hoc* devant les juridictions répressives porte-t-elle atteinte au principe du libre choix de son avocat par tout justiciable?

Si elle apparaît indispensable pour assurer à la personne morale la correcte défense de ses intérêts propres, l'intervention d'un mandataire *ad hoc* est néanmoins source de nombreuses difficultés, parmi lesquelles jaillissent les questions suivantes:

- Le juge doit-il apprécier l'existence d'un conflit d'intérêts entre la personne morale et la personne physique chargée de la représenter avant de désigner si nécessaire un mandataire *ad hoc*?
- Pour considérer qu'il y a conflit d'intérêts, doit-on distinguer selon que les poursuites exercées contre la personne morale le sont concomitamment contre la personne habilitée à la représenter ou contre une des personnes habilitées à la représenter? La seconde hypothèse nécessite-t-elle la désignation d'un mandataire *ad hoc*?
- Le juge doit-il apprécier si l'infraction a été commise «sciemment et volontairement» avant de désigner si nécessaire un mandataire *ad hoc*?
- Peut-on admettre que la personne morale perde ainsi la liberté de désigner l'avocat de son choix pour défendre ses intérêts?
- Les exigences du procès équitable sont-elles respectées lorsque c'est le juge chargé de statuer sur l'action publique dirigée contre la personne morale et non, comme en d'autres matières, un autre juge, qui désigne le mandataire *ad hoc*?

Le présent arrêt permet de clarifier quelque peu le régime mis en place par le législateur dans la loi du 4 mai 1999, même si certaines des questions précitées ne peuvent recevoir de réponse.

Ainsi, la Cour rappelle qu'il ne lui appartient pas de reformuler la question qui lui a été posée par une juridiction. Elle ne peut dès lors se pencher sur l'éventuelle violation du droit au procès équitable impliquée par la désignation du mandataire *ad hoc* par le juge qui appréciera les responsabilités pénales, cette question ne lui ayant pas été posée expressément par la juridiction qui l'a saisie.

La Cour rappelle également qu'elle n'est pas compétente pour trancher entre des interprétations divergentes données par la jurisprudence (et en l'espèce également la doctrine) à un texte légal, cette question relevant de la compétence des cours et tribunaux. Seul l'examen de la constitutionnalité de l'interprétation donnée à une disposition par le tribunal qui pose la question doit en effet retenir son attention. On trouve ainsi fréquemment dans les arrêts de la Cour les formulations suivantes: «*dans l'interprétation selon laquelle l'article X de la loi Y relative à Z, cette disposition viole/ne viole pas les articles 10 et 11 de la Constitution*» et «*dans l'interprétation selon laquelle l'article X de la loi Y relative à Z, la question préjudicielle n'appelle pas de réponse*». En l'espèce, se posait la question de savoir s'il fallait privilégier l'interprétation, fondée sur un passage des travaux préparatoires, en vertu de laquelle le tribunal saisi de l'action publique se voit reconnaître la liberté d'apprécier si la désignation d'un mandataire *ad hoc* est opportune ou celle qui exclut tout pouvoir d'appréciation, la désignation d'un mandataire devant être automatique. De notre côté, nous privilégions cette seconde position.

Le nœud de la question à laquelle la Cour d'arbitrage est habilitée à répondre est le suivant: *le fait pour le législateur de ne pas distinguer, dans l'obligation de désigner un mandataire ad hoc, entre les situations dans lesquelles un risque de conflit d'intérêt est inévitable et celles où il n'est que potentiel, sans pouvoir d'appréciation du juge, est-il conforme à la Constitution alors même que la désignation d'un mandataire ad hoc prive la personne morale du droit d'être défendue par l'avocat de son choix?*

Pour y répondre, la Cour opère une distinction entre la première et la seconde phrase de l'article 5, alinéa 2 du Code pénal, le «degré» de nécessité d'un mandataire *ad hoc* variant selon le cas.

Lorsque la faute est *involontaire* dans le chef de la personne physique, l'auteur de la faute la moins grave bénéficie d'une cause d'excuse absolutoire; il y a donc nécessairement un conflit d'intérêts entre la personne physique et la personne morale, puisque seule l'une des deux va être condamnée; leur stratégie de défense sera donc certainement d'imputer la faute la plus grave à leur co-prévenu. Dans la première phrase de l'article 5, alinéa 2, du Code pénal, le conflit d'intérêts est donc automatique et incontournable.

Lorsque la faute a été commise *sciens et volens* par la personne physique, celle-ci peut être condamnée en sus de la personne morale, suivant l'appréciation du juge saisi. Le conflit d'intérêts n'a donc pas le caractère d'automatisme relevé ci-avant, mais la Cour estime cependant qu'un tel conflit ne peut être a priori exclu, ce que le législateur «*a pu raisonnablement considérer*». La responsabilité de la personne morale et de la personne physique peuvent en effet être engagées de manière différente et conduire au prononcé de peines différentes, suite à des stratégies de défenses différentes et même éventuellement contradictoires. Parfois, ce n'est qu'en cours de procès que ces divergences apparaîtront. Exiger que le juge apprécie dès l'introduction de la cause si la personne physique a agi *sciens et nolens* (hypothèse de la seconde phrase de l'art. 5, al. 2 C. pén.) et s'il existe un conflit d'intérêts reviendrait à examiner dès la première audience le cœur de la responsabilité pénale des personnes poursuivies. Et le serpent se mord donc la queue, puisque cette première appréciation a pour but de déterminer s'il est ou non nécessaire de désigner un mandataire *ad hoc* pour représenter la personne morale, mais cet examen «de fond» devrait se réaliser... sans que la personne morale soit adéquatement défendue par une personne neutre, distincte de la personne physique habilitée à la représenter!

Ceci justifie amplement que le législateur prévoit *d'office* la désignation d'un mandataire *ad hoc* dès l'audience d'introduction, sans réserver au juge un quelconque pouvoir d'appréciation.

Quant au choix de la personne apte à représenter la société, la Cour rappelle que dès qu'elle est informée de sa citation devant une juridiction répressive, la personne morale peut introduire d'initiative une demande de désignation d'un mandataire *ad hoc*, et proposer elle-même le nom d'une personne (pas nécessairement un avocat) pour jouer ce rôle. La loi du 4 mai 1999 ne lui enlève donc pas son droit à choisir la personne qui la défendra. Si le mandataire *ad hoc* constate qu'en l'espèce pour laquelle il a été désigné, il n'existe pas de conflit d'intérêts entre la personne morale dont il est le porte parole et la personne physique co-prévenue, il peut se référer à la plaidoirie du conseil de la personne physique, et même décider de mandater l'avocat de celle-ci comme avocat de la personne morale également. Soumis à une déontologie professionnelle stricte, l'avocat n'acceptera de toutes façons jamais de défendre deux personnes ayant des intérêts opposés.

L'intervention d'un mandataire *ad hoc*² met en lumière les limites de la théorie traditionnelle de l'organe, qui repose sur les idées d'incarnation et d'absorption³; l'article 2*bis* du Code d'instruction criminelle oblige le lecteur exigeant à revisiter cette théorie en prenant pleinement conscience que la personne morale n'est «*finale*ment» qu'un être totalement fic-

2. Tout comme la possible condamnation d'une personne morale alors même qu'aucun auteur d'infraction n'a pu être identifié, lorsqu'à tout le moins l'infraction est «*intrinsèquement liée à la réalisation de son objet ou à la défense de ses intérêts*», ou lorsque «*les faits concrets démontrent qu'elle a été commise pour son compte*», selon le texte de l'art. 5 C. pén. Ceci signifie qu'un être moral peut commettre une infraction sans le moindre recours «matériel» à l'un de ses organes.

3. Sur cette théorie et ses critiques, voir M. COIPEL, «Introduction au droit des sociétés et autres groupements», *Guide juridique de l'entreprise*, 2^e édition, Livre 11.1, p. 12 et s. et *Droit des sociétés commerciales*, tome I, 3^e édition 2006-07, p. 58 et s.

tif dont on tente, avec certaines maladresses et une bonne dose d'artifices parfois, de dégager un *vouloir propre* et un *agir propre*.

130. **Les dispositions de procédure pénale propres à la répression des infractions commises par les personnes morales – le mandataire *ad hoc***

N° 801. – Liège, 29 mars 2006¹

Présentation: Cet arrêt retient l'attention par son aspect étonnant, et presque *contra legem*, relativement à la désignation d'un mandataire *ad hoc*.

Sommaire partiel: Lorsque l'assemblée générale extraordinaire d'une personne morale faisant l'objet de poursuites a désigné un avocat avec le mandat le plus large pour assurer la défense pénale de cette société, aucun mandataire *ad hoc* ne doit être désigné par le tribunal.

Parties: M.P. c/ G.P., P.C., SA Missil Petroleum

Cette décision n'est pas publiée dans le présent ouvrage.

OBSERVATIONS

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?

Une SA n'a pas respecté certaines conditions particulières imposées dans une autorisation d'environnement ainsi que des dispositions relatives à la protection de l'environnement, des eaux de surface et de la sécurité externe. Avant dire droit, le Tribunal correctionnel de Liège dit qu'il n'y a pas lieu de désigner un mandataire *ad hoc*, décision interlocutoire contre laquelle le Ministère Public interjette immédiatement appel. La cour d'appel confirme cependant cette position, en ajoutant qu'une assemblée générale extraordinaire de la société a confirmé la désignation (*par qui?*) de l'avocat W.D. pour représenter les intérêts de la société.

En vertu de l'article 2*bis* du Code d'instruction criminelle, 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'objectif est d'assurer la sérénité des débats afin que la personne morale soit valablement défendue, et non par la voix d'un co-prévenu.

801.-1. Cette décision a été publiée dans *T. Strafr.*, 2006, liv. 5, 274, note.