



RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

adviezen 57.901/1/V
57.902/1/V
van 22 september 2015
over

- een voorstel van wet 'tot wijziging van het Strafwetboek wat de strafrechtelijke verantwoordelijkheid van rechtspersonen betreft' (*Parl.St. Kamer*, nr. 54-0816/001) (57.901/1/V);

- een voorstel van wet 'tot wijziging van het Strafwetboek wat de strafrechtelijke aansprakelijkheid van bepaalde publiekrechtelijke rechtspersonen betreft' (*Parl.St. Kamer*, nr. 54-1031/001) (57.902/1/V)

CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

avis 57.901/1/V
57.902/1/V
du 22 septembre 2015
sur

- une proposition de loi 'modifiant le Code pénal en ce qui concerne la responsabilité pénale des personnes morales' (*Doc. parl., Chambre*, n° 54-0816/001) (57.901/1/V) ;

- une proposition de loi 'modifiant le Code pénal en ce qui concerne la responsabilité pénale de certaines personnes morales de droit public' (*Doc. parl., Chambre*, n° 54-1031/001) (57.902/1/V)

Op 17 juli 2015 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Voorzitter van de Kamer van volksvertegenwoordigers verzocht binnen een termijn van zestig dagen een advies te verstrekken over:

- een voorstel van wet 'tot wijziging van het Strafwetboek wat de strafrechtelijke verantwoordelijkheid van rechtspersonen betreft' (*Parl.St.* Kamer, nr. 54-1031/001) (57.901/1/V);
- een voorstel van wet 'tot wijziging van het Strafwetboek wat de strafrechtelijke aansprakelijkheid van bepaalde publiekrechtelijke rechtspersonen betreft' (*Parl.St.* Kamer, nr. 54-1031/001) (57.902/1/V).

De voorstellen zijn door de eerste vakantiekamer onderzocht op 8 september 2015. De kamer was samengesteld uit Jan SMETS, staatsraad, voorzitter, Bruno SEUTIN en Wilfried VAN VAERENBERGH, staatsraden, Jan VELAERS en Johan PUT, assessoren, en Greet VERBERCKMOES, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Brecht STEEN, eerste auditeur.

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst van het advies is nagezien onder toezicht van Jan SMETS, staatsraad.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 22 september 2015.

*

Le 17 juillet 2015, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par le Président de la Chambre des représentants à communiquer un avis, dans un délai de soixante jours, sur :

- une proposition de loi 'modifiant le Code pénal en ce qui concerne la responsabilité pénale des personnes morales' (*Doc. parl.*, Chambre, n° 54-0816/001) (57.901/1/V) ;
- une proposition de loi 'modifiant le Code pénal en ce qui concerne la responsabilité pénale de certaines personnes morales de droit public' (*Doc. parl.*, Chambre, n° 54-1031/001) (57.902/1/V).

Les propositions ont été examinées par la première chambre des vacances le 8 septembre 2015. La chambre était composée de Jan SMETS, conseiller d'État, président, Bruno SEUTIN et Wilfried VAN VAERENBERGH, conseillers d'État, Jan VELAERS et Johan PUT, assesseurs, et Greet VERBERCKMOES, greffier.

Le rapport a été présenté par Brecht STEEN, premier auditeur.

La concordance entre la version française et la version néerlandaise de l'avis a été vérifiée sous le contrôle de Jan SMETS, conseiller d'État.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 22 septembre 2015.

*

1. Met toepassing van artikel 84, § 3, eerste lid, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, heeft de afdeling Wetgeving zich toegespitst op het onderzoek van de bevoegdheid van de steller van de handeling, van de rechtsgrond¹, alsmede van de vraag of aan de te vervullen vormvereisten is voldaan.²

*

STREKKING VAN DE WETSVOORSTELLEN

2. De om advies voorgelegde wetsvoorstellen (hierna wetsvoorstellen 57.901 en 57.902) strekken tot het wijzigen van de regeling van de strafrechtelijke aansprakelijkheid van publieke rechtspersonen.

De strafrechtelijke aansprakelijkheid van rechtspersonen wordt geregeld in artikel 5 van het Strafwetboek. In het eerste lid van dat artikel wordt de principiële strafrechtelijke aansprakelijkheid van rechtspersonen vastgelegd voor misdrijven die een in die bepaling geëxpliciteerd verband hebben met de activiteiten van de rechtspersoon zelf. In het tweede lid van dat artikel wordt bepaald dat wanneer de rechtspersoon strafrechtelijk uitsluitend wegens het optreden van een geïdentificeerde natuurlijke persoon verantwoordelijk wordt gesteld, enkel diegene die de zwaarste fout heeft begaan, kan worden veroordeeld; wanneer de geïdentificeerde natuurlijke persoon de fout wetens en willens heeft gepleegd, kan hij samen met de verantwoordelijke rechtspersoon worden veroordeeld. In het derde lid van artikel 5 van het Strafwetboek wordt de strafrechtelijke aansprakelijkheid uitgebreid tot bepaalde groeperingen zonder rechtspersoonlijkheid, terwijl in het vierde lid van dat artikel wordt voorzien in een strafrechtelijke immuniteit voor bepaalde publieke rechtspersonen, namelijk de publieke rechtspersonen die een rechtstreeks verkozen orgaan hebben of waarvan de samenstelling van de organen indirect is bepaald door rechtstreekse verkiezingen³ (hierna: de publieke rechtspersonen met een verkozen orgaan).

De wetsvoorstellen 57.901 en 57.902 zijn hoofdzakelijk ingegeven door de problematiek van de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de lokale mandatarissen, die als gevolg van de strafrechtelijke immuniteit van publieke rechtspersonen met een verkozen orgaan en de principiële onmogelijkheid van samenloop, veelvuldig alleen worden vervolgd en veroordeeld voor gedragingen die *de facto* aan de betrokken publiekrechtelijke overheid zelf kunnen worden toegerekend. Daartoe strekken de beide wetsvoorstellen ertoe wijzigingen aan te brengen betreffende twee aspecten van de strafrechtelijke aansprakelijkheid van rechtspersonen, namelijk de zogenaamde decumulregel (geregeld in artikel 5, tweede lid, van het Strafwetboek) en de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de publieke rechtspersonen met een verkozen orgaan (geregeld in artikel 5, vierde lid, van het Strafwetboek).

¹ Aangezien het om voorstellen van wet gaat, wordt onder “rechtsgrond” de overeenstemming met de hogere rechtsnormen verstaan.

² Gelet op de grote toevloed van zaken en het beperkte aantal magistraten voor het onderzoek ervan in de afdeling Wetgeving, heeft de Raad van State het onderzoek niet zo diepgaand kunnen uitvoeren als hij had gewild.

³ Zie GwH 21 februari 2007, nr. 31/2007, B.7.3.

Beide wetsvoorstellen strekken tot de opheffing van de decumulregel, wat impliceert dat wanneer een rechtspersoon en een natuurlijke persoon eenzelfde misdrijf plegen, ze voortaan beiden in beginsel strafrechtelijk aansprakelijk zijn.

Wetsvoorstel 57.901 strekt bovendien tot de opheffing van artikel 5, vierde lid, van het Strafwetboek, waardoor de strafrechtelijke immuniteit van de publieke rechtspersonen met een verkozen orgaan volledig wordt opgeheven. Daardoor worden niet alleen alle rechtspersonen voortaan gelijk behandeld, maar wordt ook een gelijke behandeling van natuurlijke personen en rechtspersonen gecreëerd. Zo zal bij eenzelfde misdrijf de natuurlijke persoon die strafrechtelijk aansprakelijk is gesteld voor een misdrijf dat ook door een publieke rechtspersoon met een verkozen orgaan wordt gepleegd, op dezelfde wijze aansprakelijk zijn als een natuurlijk persoon die strafrechtelijk aansprakelijk wordt gesteld voor een misdrijf dat ook door een andere private of publieke rechtspersoon is gesteld.

Wetsvoorstel 57.902 strekt ertoe het principe van de strafrechtelijke immuniteit van de publieke rechtspersonen met een verkozen orgaan te behouden, maar beperkt de *volledige* strafrechtelijke immuniteit van publieke rechtspersonen met een verkozen orgaan tot de publiekrechtelijke rechtspersonen met (volwaardige) wetgevende bevoegdheid. Voor de overige publieke rechtspersonen die momenteel worden genoemd in artikel 5, vierde lid, van het Strafwetboek, dit zijn publieke rechtspersonen met een verkozen orgaan die geen volwaardige wetgevende bevoegdheid uitoefenen, wordt een verminderde vorm van strafrechtelijke aansprakelijkheid beoogd. Daartoe wordt artikel 5 van het Strafwetboek aangevuld met twee nieuwe leden. Als gevolg van het eerste toe te voegen lid zouden de publieke rechtspersonen met een verkozen orgaan die geen wetgevende bevoegdheid uitoefenen, bij uitsluiting van de mandataris strafrechtelijk aansprakelijk worden gesteld voor lichte fouten begaan door een mandataris in het raam van zijn mandaat of voor rekening van de betrokken rechtspersoon, zodat er in dat geval geen cumul van strafrechtelijke aansprakelijkheid is. Aldus wordt voor de mandataris een vorm van strafrechtelijke immuniteit ingevoerd, terwijl voor de publieke rechtspersonen met een verkozen orgaan zonder wetgevende bevoegdheid in een vorm van “objectieve aansprakelijkheid” wordt voorzien.⁴ Het toe te voegen laatste lid van artikel 5 van het Strafwetboek bepaalt dat voor fouten die de mandataris wetens en willens begaat, voor zware fouten van de mandataris en voor lichte fouten die eerder gewoonlijk dan toevallig voorkomen, uitsluitend de mandataris aansprakelijk is.

⁴ Toelichting bij het voorstel van wet ‘tot wijziging van het Strafwetboek wat de strafrechtelijke aansprakelijkheid van bepaalde publiekrechtelijke rechtspersonen betreft’, *Parl.St.* Kamer 2014-15, nr. 54-1031/001, 13.

ALGEMENE OPMERKINGEN

WETSVOORSTEL 57.901

Wat de opheffing van de strafrechtelijke immuniteit van publieke rechtspersonen met een verkozen orgaan betreft

3. Wetsvoorstel 57.901 strekt ertoe de uitzondering die inzake de strafrechtelijke aansprakelijkheid werd bepaald voor de publieke overheden met een verkozen orgaan, op te heffen.

In de arresten 128/2002 en 31/2007 oordeelde het Grondwettelijk Hof dat “[h]et verschil in behandeling van rechtspersonen naargelang zij al dan niet een democratisch verkozen orgaan hebben, berust op een pertinent criterium”, dat de publiekrechtelijke rechtspersonen opgesomd in artikel 5, vierde lid, van het Strafwetboek “het bijzondere kenmerk [vertonen] dat zij hoofdzakelijk belast zijn met een essentiële politieke opdracht in een representatieve democratie, dat zij beschikken over democratisch verkozen vergaderingen en dat zij organen hebben die aan een politieke controle onderworpen zijn”. Het Hof was voorts van oordeel dat de wetgever redelijkerwijze “[kon] vrezen dat, indien hij die rechtspersonen strafrechtelijk aansprakelijk zou maken, een collectieve strafrechtelijke aansprakelijkheid zou worden uitgebreid tot situaties waarin ze meer nadelen dan voordelen vertoont, door onder meer klachten uit te lokken waarvan het werkelijke doel zou zijn via strafrechtelijke weg politiek strijd te voeren” en dat de wetgever in die bepaling geen immuniteit heeft toegekend die niet verantwoord zou zijn.⁵

De opheffing van de strafrechtelijke immuniteit van publieke rechtspersonen met een verkozen orgaan heeft tot gevolg dat voortaan rechtspersonen die zich in verschillende situaties bevinden, gelijk behandeld worden.

Het beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie, dat is gewaarborgd bij de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, verhindert niet alleen dat personen die zich in dezelfde situatie bevinden, verschillend worden behandeld wanneer dat verschil in behandeling niet redelijk kan worden verantwoord; het beginsel staat eveneens eraan in de weg dat personen die zich in wezenlijk verschillende situaties bevinden, op dezelfde wijze worden behandeld, wanneer voor die gelijke behandeling geen redelijke verantwoording bestaat.⁶ Het bestaan van een dergelijke verantwoording moet worden beoordeeld rekening houdend met het doel en de gevolgen van de betwiste maatregel en met de aard van de ter zake geldende beginselen; het gelijkheidsbeginsel is geschonden wanneer vaststaat dat geen redelijk verband van evenredigheid bestaat tussen de aangewende middelen en het beoogde doel.⁷

Klaarblijkelijk zijn de indieners van het voorstel niet langer de mening toegedaan dat een uitbreiding van de strafrechtelijke aansprakelijkheid van publieke rechtspersonen zou leiden tot situaties waarin ze meer nadelen dan voordelen vertoont, door onder meer klachten uit

⁵ GwH 10 juli 2002, nr. 128/2002, B.7.5 en B.7.6 en GwH 21 februari 2007, nr. 31/2007, B.4.4.

⁶ Zie bijv. GwH 27 november 2002, nr. 171/2002, B.3; GwH 13 oktober 2011, nr. 156/2011, B.3. Zie ook GwH 30 juni 2014, nr. 99/2014, B.4.2.

⁷ Zie bijv. GwH 27 november 2002, nr. 171/2002, B.3; GwH 30 juni 2014, nr. 99/2014, B.4.2.

te lokken waarvan het werkelijke doel zou zijn “via strafrechtelijke weg politiek strijd te voeren”. Integendeel, door het uitbreiden van de strafrechtelijke aansprakelijkheid zou een “als een ongerechtvaardigde [aangevoelde] ongelijke behandeling van natuurlijke personen die zich in een vergelijkbare situatie bevinden”⁸ worden weggewerkt. Het doel van de wijziging bestaat erin het aantal strafrechtelijke veroordelingen van lokale mandatarissen terug te dringen. Het gevolg van de nieuwe regeling zou er immers in bestaan dat door het invoeren van de mogelijkheid voor de strafrechter om ook de publieke rechtspersoon strafrechtelijk aansprakelijk te stellen, de strafrechter niet kost wat kost de natuurlijke persoon veroordeelt omdat alleen dan de civielrechtelijke aansprakelijkheid in het gedrang kan worden gebracht.⁹ De nieuwe zienswijze van de wetgever komt niet onredelijk voor, terwijl er, gelet op het voorwerp en de gevolgen van de voorgestelde regeling, een redelijk evenredigheidsverband lijkt te bestaan tussen het doel ervan en de aangewende middelen.

4. De voorgestelde regeling heeft niet enkel tot gevolg dat alle rechtspersonen, maar ook alle natuurlijke personen die hetzelfde misdrijf plegen als de publieke rechtspersonen met een verkozen orgaan, gelijk worden behandeld. In arrest 8/2005 heeft het Grondwettelijk Hof¹⁰ weliswaar geoordeeld dat de verschillende juridische situatie die bestaat tussen werknemers van de in artikel 5, vierde lid, van het Strafwetboek genoemde publieke rechtspersonen en werknemers van de overige rechtspersonen, niet in strijd is met het grondwettelijke beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie. Het Grondwettelijk Hof ging hierbij uit van de premisse dat de personeelsleden van een publieke rechtspersoon met een verkozen orgaan zich in een niet vergelijkbare situatie bevonden, omdat de strafrechtelijke immuniteit van de rechtspersoon geen regeling van de samenloop nodig maakte, omdat er geen samenloop kon zijn. Maar aangezien de indieners van het voorstel er nu precies voor kiezen om alle rechtspersonen op het vlak van de strafrechtelijke aansprakelijkheid gelijk te behandelen, is het verantwoord dat alle personen die voor gelijk welke rechtspersoon werken, op dezelfde manier worden behandeld.

WETSVOORSTEL 57.902

Wat de verschillende behandeling betreft van enerzijds de publieke rechtspersonen met wetgevende bevoegdheid en de overige publieke rechtspersonen met een verkozen orgaan

5.1. Zoals reeds is uiteengezet, houdt wetsvoorstel 57.902 een verschil in behandeling in op het vlak van de strafrechtelijke immuniteit tussen publieke rechtspersonen met een verkozen orgaan dat wetgevende bevoegdheid heeft en de overige publieke rechtspersonen met een verkozen orgaan. In advies 45.442/2¹¹ heeft de Raad van State, afdeling Wetgeving, de beperking van de strafrechtelijke immuniteit tot publieke rechtspersonen met wetgevende bevoegdheid reeds onderzocht. In dat advies werd het volgende opgemerkt:

⁸ *Parl.St.* Kamer 2014-15, nr. 54-0816/001, 10.

⁹ *Parl.St.* Kamer 2014-15, nr. 54-0816/001, 11.

¹⁰ GwH 12 januari 2005, nr. 8/2005, B.6.4.

¹¹ Adv.RvS 45.442/2 van 3 december 2008 over amendement nr. 2 bij het wetsvoorstel ‘tot wijziging van het Strafwetboek wat de strafrechtelijke aansprakelijkheid van publiekrechtelijke rechtspersonen betreft’ (*Parl.St.* Kamer 2007-08, nr. 52-1146/7, 4-8).

“2.2. Het onderzochte amendement strekt er evenwel toe de huidige regeling te handhaven voor de voormelde rechtspersonen die over de wetgevende macht beschikken. Volgens de verantwoording bij het onderzochte amendement, zou dit amendement ertoe strekken in dit opzicht ‘het wetsvoorstel (te) verfijnen’¹²⁻¹³.

Dit zou tot gevolg hebben dat in tegenstelling tot natuurlijke personen die deel uitmaken van organen van publiekrechtelijke rechtspersonen die vallen onder de gemeenrechtelijke regeling van de strafrechtelijke verantwoordelijkheid van rechtspersonen, natuurlijke personen van organen van in het amendement vermelde publiekrechtelijke rechtspersonen in ruimere mate blootgesteld zullen zijn aan strafrechtelijke vervolging.

3.1. Het Grondwettelijk Hof heeft erkend dat publiekrechtelijke rechtspersonen ‘die een rechtstreeks, democratisch verkozen orgaan hebben’ een regeling van strafrechtelijke immuniteit genieten¹⁴.

¹² Voetnoot 5 van advies 45.442/2: *Loc. cit.*, nr. 2, blz. 2.

¹³ Voetnoot 6 van advies 45.442/2: Bovendien moet er rekening mee worden gehouden dat krachtens artikel 271ter, eerste lid, van de nieuwe gemeentewet en artikel 106ter, eerste lid, van de provinciewet, ingevoegd bij de artikelen 3 en 6 van de wet van 4 mei 1999 betreffende de burgerrechtelijke aansprakelijkheid van burgemeesters, schepenen en leden van de bestendige deputatie, artikel 73, eerste lid, van het *Gemeentedecreet* van het Vlaams Gewest, artikel 71, eerste lid, van het *Provinciedecreet* van hetzelfde Gewest en de artikelen L.1124-2, eerste lid, en L.2241-2, eerste lid, van het Wetboek van de plaatselijke democratie en de decentralisatie, uitgevaardigd door het Waals Gewest, de gemeenten en de provincies in principe “burgerrechtelijk aansprakelijk (zijn) voor het betalen van de geldboeten waartoe” respectievelijk de burgemeester, de schepenen en de leden van de bestendige deputatie of van het provinciecollege “veroordeeld zijn”, een regeling die natuurlijke personen die optreden als organen van andere publiekrechtelijke rechtspersonen of in hun midden niet genieten.

¹⁴ Voetnoot 7 van advies 45.442/2: Het Hof heeft immers het volgende beslist bij zijn arrest nr. 128/2002 van 10 juli 2002 :

“B.7.2. De publiekrechtelijke rechtspersonen onderscheiden zich van de privaatrechtelijke rechtspersonen, doordat zij enkel opdrachten van openbare dienstverlening vervullen en uitsluitend het algemeen belang moeten dienen. De wetgever kan redelijkerwijs oordelen dat hij, vanuit zijn bekommernis de georganiseerde criminaliteit te bestrijden, niet verplicht is ten aanzien van de publiekrechtelijke rechtspersonen dezelfde maatregelen te nemen als ten aanzien van de privaatrechtelijke rechtspersonen.

B.7.3. De wetgever moet echter rekening houden met het feit dat publiekrechtelijke rechtspersonen activiteiten kunnen ontplooiën die soortgelijk zijn aan die van privaatrechtelijke rechtspersonen, en dat bij het uitoefenen van zulke activiteiten de eerstgenoemden zich schuldig kunnen maken aan misdrijven die in geen enkel opzicht verschillen van misdrijven gepleegd door laatstgenoemden. Opdat zijn doel, dat erin bestaat een einde te stellen aan de strafrechtelijke onverantwoordelijkheid van rechtspersonen, in overeenstemming is met het gelijkheidsbeginsel, komt het hem toe de publiekrechtelijke rechtspersonen die zich alleen door hun juridisch statuut van de privaatrechtelijke rechtspersonen onderscheiden, niet uit het toepassingsgebied van de wet uit te sluiten.

B.7.4. Uit de parlementaire voorbereiding van de in het geding zijnde bepaling blijkt dat publiekrechtelijke rechtspersonen in principe strafrechtelijk verantwoordelijk zijn, en dat de uitzondering op die regel alleen betrekking heeft op die publiekrechtelijke rechtspersonen « die een rechtstreeks, democratisch verkozen orgaan hebben » (*Parl.St.*, Senaat, 1998-1999, nr. 1-1217/1, p. 3)

B.7.5. Het verschil in behandeling van rechtspersonen naargelang zij al dan niet een democratisch verkozen orgaan hebben, berust op een pertinent criterium.

De publiekrechtelijke rechtspersonen opgesomd in artikel 5, vierde lid, van het Strafwetboek vertonen het bijzondere kenmerk dat zij hoofdzakelijk belast zijn met een essentiële politieke opdracht in een representatieve democratie, dat zij beschikken over democratisch verkozen vergaderingen en dat zij organen hebben die aan een politieke controle onderworpen zijn. De wetgever kon redelijkerwijze vrezen dat, indien hij die rechtspersonen strafrechtelijk aansprakelijk zou maken, een collectieve strafrechtelijke aansprakelijkheid zou worden uitgebreid tot situaties waarin ze meer nadelen dan voordelen vertoont, door onder meer klachten uit te lokken waarvan het werkelijke doel zou zijn via strafrechtelijke weg politiek strijd te voeren.

Het feit dat dit verschil in behandeling tussen de voormelde rechtspersonen en de andere rechtspersonen aanvaard is, betekent niet dat deze regeling de enige zou zijn die het grondwettelijk bepaalde inzake gelijkheid en non-discriminatie in acht neemt, en zelfs niet dat dit het enige aanvaardbare verschil tussen rechtspersonen zou zijn.

In het onderzochte amendement wordt een nieuw onderscheid voorgesteld.

Dit verschil in behandeling moet worden gerechtvaardigd in het licht van de beginselen die de toepassing regelen van de beginselen van gelijkheid en non-discriminatie, die door de artikelen 10 en 11 van de Grondwet gewaarborgd worden.

Over deze aangelegenheden bevat de verantwoording van het amendement verschillende onderdelen, die achtereenvolgens behoren te worden onderzocht.

3.2. De eerste argumenten die worden aangevoerd om te pogen de strafrechtelijke immuniteit voor de in het onderzochte amendement vermelde publiekrechtelijke rechtspersonen te wettigen, betreffen het feit dat een systeem waarbij dergelijke rechtspersonen aan toetsing van de strafrechter zouden worden onderworpen ‘(...) op gespannen voet (staat) met de democratie’ en is ‘in strijd (is) met de scheiding der machten’¹⁵.

Zo een argumentatie is door haar algemene aard ontoereikend ten aanzien van de heersende opvatting in de Belgische grondwettelijke orde van de scheiding der machten.

In zoverre deze argumentatie betrekking heeft op de mogelijkheid voor een rechtbank om na te gaan of de handelingen van de verschillende geledingen van de Staat in ruime zin, met inbegrip van de handelingen die gesteld worden door de wetgevende en de rechterlijke macht, met de rechtsregels in overeenstemming zijn, houdt ze geen rekening met de ontwikkeling van de Grondwet, de wetgeving en de rechtspraak waarbij, inzonderheid sedert het arrest ‘*La Flandria*’ van het Hof van Cassatie van 5 november 1920¹⁶, een opvatting wordt gehuldigd volgens welke de scheiding der machten niet wordt beschouwd als een systeem van compartimentering van deze machten, maar veeleer als een regeling van het evenwicht tussen de machten en van een onderlinge controle gebaseerd op de autonomie ervan¹⁷.

Deze ontwikkeling als zodanig zal er evenwel niet toe leiden dat ze de door het amendement beoogde regeling in de weg staat, op voorwaarde echter dat het amendement op een specifieke wijze wordt verantwoord.

3.3. Het belangrijkste onderdeel van de argumentatie van de stellers van het voorliggende amendement heeft betrekking op het bestaan van mechanismen van politieke controle binnen de betrokken publiekrechtelijke rechtspersonen¹⁸. Dat maakt het tweede punt uit van de aangevoerde verantwoording.

B.7.6. Daaruit volgt dat de wetgever, door bepaalde publiekrechtelijke rechtspersonen uit het werkingsgebied van artikel 5 van het Strafwetboek uit te sluiten, en door die uitsluiting te beperken tot de publiekrechtelijke rechtspersonen vermeld in het vierde lid van dat artikel, hen geen immuniteit heeft toegekend die niet verantwoord zou zijn” (Grondwettelijk Hof, nr. 128/2002, 10 juli 2002; zie ook Grondwettelijk Hof, nr. 8/2005, 12 januari 2005, B.6.3).

¹⁵ Voetnoot 8 van advies 45.442/2: Verantwoording van het amendement, *loc. cit.*, nr. 6, blz. 3.

¹⁶ Voetnoot 9 van advies 45.442/2: Cass., 5 november 1920, *Pas.*, 1920, I, blz. 13.

¹⁷ Voetnoot 10 van advies 45.442/2: Over deze ontwikkeling, de conclusies van de heer J.-F. Leclercq, eerste advocaat-generaal, vóór Cass., 28 september 2006, C020570F, en de vermelde referenties; A. Alen, “«Scheiding» of «samenwerking» der machten”, *Academia Analecta*, Brussel, 1990; *Jura Falc.*, 1992-1993, blz. 13 en volgende; “*Séparation ou collaboration des pouvoirs*”, *A.P.T.*, 1990, blz. 221 en volgende.

¹⁸ Voetnoot 11 van advies 45.442/2: Verantwoording van het amendement, *loc. cit.*, nrs. 6, 7 en 10, blz. 3 en 4.

Deze verantwoording boet aan relevantie in aangezien de publiekrechtelijke rechtspersonen die genoemd worden in het voorliggende amendement niet de enige zijn van wie hun uitvoerende overheden op hun politieke verantwoordelijkheid kunnen worden aangesproken door een democratisch verkozen vergadering ¹⁹.

Er behoort ook rekening te worden gehouden met de exacte draagwijdte van de motivering waarmee, onder punt B.7.5 van het eerder onder punt 3 genoemde arrest nr. 128/2002 van 10 juli 2002 van het Grondwettelijk Hof, de verantwoording wordt uitgelegd van de strafrechtelijke immuniteit van bepaalde publiekrechtelijke rechtspersonen die gegrond is op het bestaan van een politieke controle. Het gaat in dit geval immers niet om een op zichzelf staande motivering. Daarbij wordt eveneens rekening gehouden met het feit dat alle rechtspersonen die thans vermeld worden in artikel 5, vierde lid, van het Strafwetboek, met inbegrip van die welke door het voorliggende amendement uitgesloten worden van strafrechtelijke immuniteit, 'het bijzondere kenmerk (vertonen) dat zij hoofdzakelijk belast zijn met een essentiële politieke opdracht in een representatieve democratie (en) dat zij beschikken over democratisch verkozen vergaderingen'.

In de verantwoording van het amendement moet een oplossing geboden worden voor die moeilijkheden.

Wat de overweging betreft, die in bijzonder algemene bewoordingen is gesteld, volgens welke 'als er politiek toezicht wordt uitgeoefend, (er) daarnaast voor toetsing door de onafhankelijke rechter geen plaats (is)' ²⁰, kunnen dezelfde opmerkingen worden gemaakt als die welke hiervoor onder punt 3.2 geformuleerd zijn.

3.4. Het derde aspect van de verantwoording van het verschil in behandeling, welk aspect verband houdt met het voorgaande, volgens hetwelk de parlementaire controle belemmerd wordt door de 'strafrechtelijke aanpak' aangezien 'de verantwoording van het parlement zou kunnen doorkruist worden doordat op de afhandeling van de strafzaak moet worden gewacht' ²¹, overtuigt niet.

Het is de Raad van State immers niet duidelijk om welke reden, zonder afbreuk te doen aan het vermoeden van onschuld en aan het geheim van het opsporingsonderzoek en van het gerechtelijk onderzoek, het bestaan van strafrechtelijke vervolgingen een belemmering zou kunnen vormen, zoals overigens thans wordt vastgesteld in de praktijk, voor de uitoefening, door de verkozenen, van de democratische controle op diegenen die over de uitvoerende macht beschikken.

¹⁹ Voetnoot 12 van advies 45.442/2: Bij wijze van voorbeeld voorziet het binnen het Waals Gewest van kracht zijnde systeem inzake de benoeming van de leden van het gemeentecollege, welk systeem steunt op het meerderheidspact, in de ontbinding van de meerderheid op gemeentelijk niveau door de vorming, onder bepaalde voorwaarden, van een nieuwe meerderheid door een stemming binnen de gemeenteraad. Met dat systeem beschikt de gemeenteraad ook over de mogelijkheid om één of verschillende van zijn leden individueel ter verantwoording te roepen. Meer in het algemeen dienen de organen die belast zijn met het uitvoerend beheer van de gedecentraliseerde overheden, meer bepaald binnen de provincies, de hulpverleningszones, de Brusselse agglomeratie, de gemeenten, de meergemeentepolitiezones, de binnengemeentelijke territoriale organen, de Vlaamse Gemeenschapscommissie, de Franse Gemeenschapscommissie en de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie voor de verordening-bevoegdheden van die drie instellingen, alsook de openbare centra voor maatschappelijk welzijn, die, in tegenstelling tot hetgeen thans bepaald wordt in artikel 5, vierde lid, van het Strafwetboek, niet meer strafrechtelijk immuun zijn volgens het voorliggende amendement, zich op verschillende manieren voor hun handelingen te verantwoorden vóór hun beraadslagend orgaan, dat samengesteld is uit rechtstreeks of onrechtstreeks gekozen leden, ook al zorgt dit afleggen van verantwoording er niet noodzakelijkerwijs voor dat procedures worden ingesteld die leiden tot het ontslag van de betrokkenen.

²⁰ Voetnoot 13 van advies 45.442/2: Verantwoording van het amendement, *loc. cit.*, nr. 6, blz. 3.

²¹ Voetnoot 14 van advies 45.442/2: *Ibid.*, nr. 7, blz. 3.

3.5. Ten vierde zou volgens de verantwoording van het amendement de strafrechtelijke verantwoordelijkheid van de betrokken rechtspersonen niet te verenigen zijn met de band die bestaat tussen de Minister van Justitie en het openbaar ministerie, welke band tot uiting komt in de mogelijkheid waarover eerstgenoemde beschikt om positieve injuncties te richten aan de tweede ²².

Bovendien zou nog steeds volgens de verantwoording van het amendement,

‘de identiteit van vervolger en vervolgte (...) als het ware tot één geheel versmelten. Deze conclusie strookt bovendien ook niet met de publiekrechtelijke voorbeeldfunctie en de maatschappelijke taak van de Staat en de gemeenschappen en gewesten die ze juist op de terreinen waar zij met rechtshandhaving belast zijn, behoren te hebben’.

Los zelfs van het feit dat in deze verantwoording geen rekening gehouden wordt met de onafhankelijkheid van het openbaar ministerie, zoals dit gehuldigd wordt in artikel 151, § 1, tweede zin, van de Grondwet, gelden die overwegingen enkel voor de federale overheid, en niet voor deelentiteiten die eveneens genoemd worden in het amendement.

De tot slot aangehaalde voorbeeldfunctie en maatschappelijke taak die weggelegd zijn voor de Staat, de gemeenschappen en de gewesten worden, naast het feit dat het niet duidelijk is waarom deze ook niet moeten gelden voor de andere publiekrechtelijke rechtspersonen, voorgesteld als een te verwezenlijken doelstelling waarvan de relevantie niet te betwisten valt, maar waarvan de effectiviteit niet mag afhangen van het loutere formuleren van die doelstelling.

4. Tot slot staat het de wetgever weliswaar vrij om te voorzien in een dispositief dat niet noodzakelijkerwijs identiek is voor alle publiekrechtelijke rechtspersonen, voor al hun organen of voor al hun bevoegdheden, maar hij moet het verschil in behandeling dat door het thans voorliggende amendement bewerkstelligd wordt, beter verantwoorden.”

5.2. In de toelichting bij het voorliggende voorstel wordt de verschillende behandeling op een andere manier verantwoord dan in het hiervoor besproken voorstel, en wel als volgt:

“Dit fundamenteel onderscheid tussen privaatrechtelijke rechtspersonen en de actueel in artikel 5, vierde lid, opgenomen publiekrechtelijke rechtspersonen wordt behouden. Dit voorstel behandelt beide soorten rechtspersonen verschillend op basis van de genoemde criteria. De democratische controle en politieke verantwoordelijkheid moeten voorop blijven staan. Politieke rekeningen mogen niet via de rechter beslecht worden.

Dit is een goed basisprincipe, maar het leidde tot bijzonder onaangename neveneffecten voor bepaalde mandatarissen. Een burger – al dan niet via de verzekeringsmaatschappij – die schade leidt die vermoedelijk het gevolg is van een beslissing van de publiekrechtelijke rechtspersoon, kan deze immers niet voor de strafrechter dagen. Hoewel een rechtspersoon uiteraard juridisch bestaat en ook als rechtspersoon zelfstandig beslissingen kan nemen, zal er uiteindelijk wel een fysieke handeling van een of meerdere natuurlijke personen achter het optreden van de rechtspersoon zitten.

De burger in kwestie gaat daarom op zoek naar de persoon achter de rechtspersoon. Bij publiekrechtelijke rechtspersonen zoals de gemeente is er bovendien

²² Voetnoot 15 van advies 45.442/2: *Ibid.*, nr. 8, blz. 3 en 4. Zie eveneens nr. 10, blz. 4.

dikwijls een wettelijke bevoegdheidsomschrijving van de organen van de rechtspersoon. Deze organen zijn trouwens dikwijls te herleiden tot een of enkele duidelijk aan te wijzen personen. Dit zijn dan bijvoorbeeld de burgemeester of het college van burgemeester en schepenen of zelfs de gemeenteraad zelf. Hoewel dit organen zijn van de gemeente, die als gemeente strafrechtelijk niet verantwoordelijk gesteld kan worden, gaat men dan aan de hoedanigheid als orgaan voorbij door de natuurlijke personen achter het orgaan persoonlijk strafrechtelijk te dagvaarden. De immune rechtspersoon verdwijnt uit het vizier, de natuurlijke persoon neemt de plaats in.

Dit kan echter niet zomaar voor elke natuurlijke persoon achter de publiekrechtelijke rechtspersoon. Bij bepaalde publiekrechtelijke rechtspersonen heeft de wetgever immers ook de natuurlijke persoon achter de rechtspersoon een vorm van bescherming gegeven. We denken daarbij aan:

- artikel 58-59 van de Grondwet: de federale parlementaire onschendbaarheid;
- artikel 120 van de Grondwet: parlementaire onschendbaarheid in Gewesten en Gemeenschappen;
- artikel 103 van de Grondwet: de procedure voor de vervolging van ministers voor misdrijven begaan tijdens de uitoefening van hun functie;
- artikel 125: de procedure voor de vervolging van gemeenschaps- en gewestministers.

Parlementairen en ministers kunnen niet zomaar vervolgd worden. Er zijn bijzondere procedures die hun politieke optreden moeten beschermen. Vervolging is echter niet volledig uitgesloten. Concreet gaat het om “mandatarissen” van de volgende “eerste categorie” publiekrechtelijke rechtspersonen:

- de Federale Staat;
- de Gewesten;
- de Gemeenschappen;
- de Franse Gemeenschapscommissie;
- de Vlaamse Gemeenschapscommissie;
- de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie.

Bij een “tweede categorie” publiekrechtelijke rechtspersonen die uitgesloten worden van strafrechtelijke verantwoordelijkheid gelden geen bijzondere vervolgingsregels voor mandatarissen. Dit betreft de volgende rechtspersonen:

- de provincies;
- de Brusselse Agglomeratie;
- de gemeenten;
- de meergemeentezones;
- de binnengemeentelijke territoriale organen (districten);
- de OCMW's;
- de hulpverleningszones;
- de prezones.

Het is bij deze laatste publiekrechtelijke rechtspersonen dat de indieners willen ingrijpen, zonder daarom een equivalent in te bouwen van de parlementaire onschendbaarheid. Deze publiekrechtelijke rechtspersonen vervullen immers ook taken die gedecentraliseerd werden en zijn dus niet volledig autonoom in hun optreden. De hiërarchische aard van de normen die deze publiekrechtelijke rechtspersonen aannemen is bovendien ondergeschikt aan wetten, decreten en ordonnances. Ze zijn met andere woorden niet op gelijke voet te plaatsen met assemblees of rechtspersonen die (ook) een wetgevende bevoegdheid uitoefenen.”²³

De doelstellingen van de voorgestelde regeling worden elders in de toelichting als volgt naar voren gebracht:

“Het is zaak een evenwicht te vinden tussen de legitieme belangen van de burger en de mandataris, zonder de publiekrechtelijke rechtspersoon bloot te stellen aan een politiek geïnspireerde juridische strijd.

Daarbij wordt ervoor geopteerd de immuniteit van bepaalde publiekrechtelijke rechtspersonen voor een stuk te versoepelen en tegelijk de mandataris een vorm van bescherming te bieden. Het is in geen geval de bedoeling de mandataris strafrechtelijk immuun te maken of een soort onschendbaarheid te creëren die te vergelijken zou zijn met de parlementaire onschendbaarheid. De burger moet integendeel een mogelijkheid houden verhaal te eisen tegenover de overheid. Aan de andere kant moet de mandataris beschermd worden tegen de steeds toenemende juridisering van de maatschappij, zij het niet meer dan nodig. Dit alles moet zoveel mogelijk gebeuren zonder die groeiende juridisering in de kaart te spelen.”²⁴

5.3. Uit het eerste deel van de in de toelichting bij het wetsvoorstel gegeven verantwoording blijkt dat wordt uitgegaan van een verschil tussen mandatarissen van publieke rechtspersonen met een verkozen orgaan waarvoor er specifieke vervolgingsregels bestaan, en deze waarvoor geen dergelijk systeem bestaat, voornamelijk de lokale mandatarissen. De indieners van het voorstel beogen voor de laatste groep van mandatarissen een oplossing te bieden. Dit gebeurt enerzijds door hun strafrechtelijke aansprakelijkheid te beperken en anderzijds door de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de publieke rechtspersonen voor wier mandatarissen geen specifieke vervolgingsregels gelden, beperkt uit te breiden. In de toelichting wordt ter verantwoording hiervan enkel benadrukt dat de niet volledig immune publieke rechtspersonen niet volledig autonoom zijn en hiërarchisch ondergeschikt zijn, maar wordt niet aangetoond waarom die situatie relevant is met betrekking tot het ingestelde onderscheid tussen publieke rechtspersonen en derhalve aanleiding moet geven tot het doorbreken van de strafrechtelijke immuniteit van slechts bepaalde publieke rechtspersonen.

In de toelichting wordt weliswaar opgemerkt dat tegemoet moet worden gekomen “aan de legitieme belangen van de burger” en dat “[d]e burger (...) een mogelijkheid [moet] houden verhaal te eisen tegenover de overheid”, maar er wordt op geen enkele wijze verantwoord waarom het vanuit het oogpunt van de belangen van de burger verantwoord is om de strafrechtelijke aansprakelijkheid enkel uit te breiden tot de publieke rechtspersonen met een verkozen orgaan zonder wetgevende bevoegdheid. Er wordt in de verantwoording evenmin

²³ *Parl.St.* Kamer 2014-15, nr. 54-1031/001, 11-12.

²⁴ *Parl.St.* Kamer 2014-15, nr. 54-1031/001, 9.

aangetoond waarom publieke rechtspersonen met een verkozen orgaan, maar zonder wetgevende bevoegdheid, minder risico zouden lopen blootgesteld te worden aan een politiek geïnspireerde juridische strijd, een argument dat indieners van het voorstel kennelijk behouden als onderscheidingscriterium voor het behoud van de principiële immuniteit van publieke rechtspersonen met een verkozen orgaan met wetgevende bevoegdheid.

De conclusie is dan ook dat het verschil in behandeling tussen publieke rechtspersonen met een verkozen orgaan beter verantwoord moet worden. In die verantwoording moet worden aangetoond waarom de verschillende aard van de publieke rechtspersonen moet leiden tot een verschillende behandeling op het vlak van de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de rechtspersoon.

Ten aanzien van de situatie van de Vlaamse en de Franse Gemeenschapscommissies

6. In de voorgestelde regeling bezitten de Vlaamse Gemeenschapscommissie en de Franse Gemeenschapscommissie volledige immuniteit. Deze publieke rechtspersonen zullen nooit strafrechtelijk aansprakelijk worden gesteld, ondanks het gegeven dat ze geheel (wat betreft de Vlaamse Gemeenschapscommissie) of gedeeltelijk (wat betreft de Franse Gemeenschapscommissie) optreden als ondergeschikt bestuur. Het lijkt dan ook moeilijk te kunnen worden verantwoord dat de Vlaamse Gemeenschapscommissie en de Franse Gemeenschapscommissie wanneer zij optreedt als ondergeschikt bestuur, volledige strafrechtelijke immuniteit genieten.

In dit verband moet er bovendien op worden gewezen dat, de bijzondere regels inzake strafrechtelijke verantwoordelijkheid van ministers, die mede ter verantwoording van het gemaakte onderscheid worden aangevoerd, enkel gelden wanneer de Franse Gemeenschapscommissie optreedt in het raam van artikel 138 van de Grondwet,²⁵ en helemaal niet voor de uitvoerende mandatarissen van de Vlaamse Gemeenschapscommissie. Het valt bovendien te betwijfelen dat de Vlaamse Gemeenschapscommissie op het vlak van de parlementaire onschendbaarheid beschouwd kan worden als een gemeenschapsparlement in de zin van artikel 120 van de Grondwet. De voorgestelde regeling heeft onder meer tot gevolg dat verschillende overheden die (niet-wetgevende) bevoegdheid van eenzelfde aard uitoefenen, op het vlak van de strafrechtelijke aansprakelijkheid op een verschillende wijze worden behandeld.

²⁵ Zie artikel 2, § 1, van de bijzondere wet van 25 juni 1998 ‘tot regeling van de strafrechtelijke verantwoordelijkheid van de leden van een gemeenschaps- of gewestrgering’. K. AUDENAERT (“Een overzicht van 170 jaar strafrechtelijke aansprakelijkheid van ministers, *TBP* 2000, (357) 372-373), is van mening dat zulks ook geldt voor de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie, maar dat blijkt alvast niet uitdrukkelijk uit de tekst van het genoemde artikel 2, § 1.

Wat de verschillende behandeling betreft van mandatarissen van publieke rechtspersonen met een verkozen orgaan zonder wetgevende bevoegdheid en andere natuurlijke personen die optreden “voor rekening” van de publieke rechtspersonen met een verkozen orgaan zonder wetgevende bevoegdheid

7. De in het voorstel vervatte regeling heeft ook tot gevolg dat in het geval van een lichte fout van een natuurlijke persoon, bij samenloop niet alle natuurlijke personen op dezelfde wijze worden behandeld. Enkel de mandataris wordt vrijgesteld van strafrechtelijke aansprakelijkheid, terwijl bijvoorbeeld een ambtenaar strafrechtelijk aansprakelijk blijft voor de lichte fout. In de toelichting bij het voorstel wordt op geen enkele wijze verantwoord waarom dit onderscheid wordt ingesteld. In de toelichting wordt weliswaar uitvoerig ingegaan op de nadelen die het huidige systeem heeft voor de lokale mandatarissen, maar er wordt niet aangetoond dat diezelfde nadelen niet aanwezig zijn voor de andere natuurlijke personen die optreden voor de betrokken publieke rechtspersoon. De indieners van het voorstel zullen moeten kunnen verantwoorden waarom de situatie van met name de ambtenaren van de betrokken publieke overheden niet tot een gelijkaardige regeling aanleiding moet geven.

Wat de verschillende behandeling betreft van personen die in het raam van de activiteit van rechtspersonen optreden naargelang ze mandataris zijn van publieke rechtspersonen met een verkozen orgaan zonder wetgevende bevoegdheid dan wel “bestuurder” van een andere publieke of een private rechtspersoon

8. De voorgestelde regeling heeft ook tot gevolg dat niet alle natuurlijke personen die in het raam van de activiteit van een rechtspersoon optreden, op dezelfde wijze worden behandeld. Personen die optreden in het raam van de activiteit van andere publieke rechtspersonen dan deze met een verkozen orgaan en van private rechtspersonen, zullen ten gevolge van de opheffing van artikel 5, tweede lid, van het Strafwetboek te allen tijde mede strafrechtelijk aansprakelijk kunnen worden gesteld voor lichte fouten die ze begaan in het raam van hun opdracht of voor rekening van de betrokken rechtspersoon, terwijl dat niet het geval is voor personen die optreden in het raam van de activiteit van de in het voorgestelde artikel 5, vijfde lid, bedoelde publiekrechtelijke rechtspersonen. Aldus beogen de indieners van het voorstel voor die laatste personen een decumulregel, terwijl zij die in het algemeen precies hebben afgevoerd.

Aangezien voor een lichte fout begaan door een persoon die handelt in het raam van de activiteit van de betrokken rechtspersoon, beide beoogde categorieën van rechtspersonen strafrechtelijk aansprakelijk (kunnen) zijn, is hun situatie vanuit het oogpunt van een eventuele decumul vergelijkbaar.²⁶ De verschillende behandeling moet kunnen worden verantwoord gelet op de aard van de functie van de personen die optreden bij de verschillende rechtspersonen. Weliswaar heeft het Grondwettelijk Hof in het verleden aanvaard dat de vrees via strafrechtelijke weg politiek strijd te voeren een verschillende behandeling kan verantwoorden, maar dan enkel vanuit het oogpunt van de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de *rechtspersoon*. De indieners van het voorstel zullen in de parlementaire voorbereiding moeten kunnen aantonen dat

²⁶ Zie *a contrario*, GwH 12 januari 2005, nr. 8/2005, B.6.4.

bijvoorbeeld die argumentatie ook geldt als verantwoording voor een verschillende behandeling van *de personen die optreden in het raam van de activiteit van de rechtspersoon*.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

WETSVOORSTEL 57.902

9. In het voorgestelde artikel 5, vijfde lid, van het Strafwetboek worden begrippen met betrekking tot de strafrechtelijke fout (“wetens en willens”) samen toegepast met begrippen met betrekking tot de burgerrechtelijke fout (“zware fout” en “lichte fout die eerder een gewoonlijk dan [een] toevallig karakter heeft”). De indieners van het voorstel dienen na te gaan of daardoor geen toepassingsmoeilijkheden kunnen ontstaan en of het hanteren van burgerrechtelijke begrippen adequaat is om de vraag naar de strafrechtelijke aansprakelijkheid op te lossen.²⁷

10. Het voorgestelde laatste lid van artikel 5 van het Strafwetboek is overbodig. Uit de opheffing van artikel 5, tweede lid, van het Strafwetboek enerzijds en de beperkte doorbreking van de strafrechtelijke immuniteit van de betrokken publieke rechtspersonen in artikel 5, vijfde lid, van het Strafwetboek vloeit reeds voort dat in alle andere gevallen de mandataris strafrechtelijk aansprakelijk is.

*

²⁷ M. NIHOUL, “La responsabilité pénale des personnes morales de droit public (suite) ou ‘le cercle des immunités disparues’”, *CDPK* 2009 (177) 179.

1. En application de l'article 84, § 3, alinéa 1^{er}, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, la section de législation a fait porter son examen essentiellement sur la compétence de l'auteur de l'acte, le fondement juridique¹ et l'accomplissement des formalités prescrites².

*

PORTÉE DES PROPOSITIONS DE LOI

2. Les propositions de loi soumises pour avis (ci-après : les propositions de loi 57.901 et 57.902) ont pour objet de modifier le régime de la responsabilité pénale des personnes morales de droit public.

L'article 5 du Code pénal règle la responsabilité pénale des personnes morales. L'alinéa 1^{er} de cet article établit la responsabilité morale de principe des personnes morales pour des infractions qui ont un lien, précisé dans cette disposition, avec les activités de la personne morale elle-même. L'alinéa 2 de cet article dispose que lorsque la responsabilité de la personne morale est engagée exclusivement en raison de l'intervention d'une personne physique identifiée, seule la personne qui a commis la faute la plus grave peut être condamnée; lorsque la personne physique identifiée a commis la faute sciemment et volontairement, elle peut être condamnée en même temps que la personne morale responsable. L'alinéa 3 de l'article 5 du Code pénal étend la responsabilité pénale à certains groupements qui sont dépourvus de la personnalité juridique, alors que son alinéa 4 prévoit une immunité pénale pour certaines personnes morales de droit public, à savoir les personnes morales de droit public qui disposent d'un organe directement élu ou dont la composition des organes est indirectement déterminée par des élections directes³ (ci-après : les personnes morales de droit public disposant d'un organe élu).

Les propositions de loi 57.901 et 57.902 sont essentiellement motivées par la problématique de la responsabilité pénale des mandataires locaux qui, par suite de l'immunité pénale de personnes morales de droit public disposant d'un organe élu et de l'impossibilité de principe d'invoquer le concours, sont fréquemment les seules personnes à être poursuivies et condamnées pour des comportements susceptibles d'être imputés *de facto* à l'autorité de droit public concernée elle-même. À cet effet, les deux propositions de loi visent à modifier deux aspects de la responsabilité pénale des personnes morales, à savoir la règle dite du décumul (régulée à l'article 5, alinéa 2, du Code pénal) et la responsabilité pénale des personnes morales de droit public disposant d'un organe élu (régulée à l'article 5, alinéa 4, du Code pénal).

Les deux propositions de loi ont pour objet d'abroger la règle du décumul, ce qui implique que, dorénavant, lorsqu'une personne morale et une personne physique commettront la même infraction, elles seront toutes deux en principe pénalement responsables.

¹ S'agissant de propositions de loi, on entend par « fondement juridique » la conformité aux normes supérieures.

² Eu égard au nombre élevé d'affaires et au nombre réduit de magistrats pour leur examen dans la section de législation, le Conseil d'État n'a pas pu procéder à un examen aussi minutieusement qu'il l'eût voulu.

³ Voir C.C., 21 février 2007, n° 31/2007, B.7.3.

En outre, la proposition de loi 57.901 vise à abroger l'article 5, alinéa 4, du Code pénal, abrogeant ainsi dans son intégralité l'immunité pénale des personnes morales de droit public disposant d'un organe élu. Ce faisant, non seulement toutes les personnes morales seront désormais traitées de la même manière, mais une égalité de traitement sera également instaurée entre les personnes physiques et les personnes morales. Ainsi, pour une même infraction, la personne physique dont la responsabilité pénale est engagée pour une infraction également commise par une personne morale de droit public disposant d'un organe élu, sera responsable de la même manière qu'une personne physique dont la responsabilité pénale est engagée pour une infraction également commise par une autre personne morale de droit privé ou public.

La proposition de loi 57.902 a pour objet de maintenir le principe de l'immunité pénale des personnes morales de droit public disposant d'un organe élu, mais limite l'immunité *totale* en matière de responsabilité pénale des personnes morales de droit public disposant d'un organe élu aux personnes morales de droit public exerçant une compétence législative (à part entière). Une forme réduite de responsabilité pénale est prévue pour les autres personnes morales de droit public qui sont actuellement visées à l'article 5, alinéa 4, du Code pénal, à savoir les personnes morales de droit public disposant d'un organe élu et n'exerçant pas de compétence législative. À cet effet, l'article 5 du Code pénal est complété par deux nouveaux alinéas. Consécutivement au premier alinéa à ajouter, la responsabilité pénale des personnes morales de droit public disposant d'un organe élu et n'exerçant pas de compétence législative, à l'exclusion du mandataire, serait engagée pour des fautes légères commises par un mandataire dans le cadre de son mandat ou pour le compte de la personne morale concernée, de sorte que, dans ce cas, il n'y a pas de cumul de responsabilité pénale. Une forme d'immunité pénale est ainsi instaurée pour le mandataire, alors que pour les personnes morales de droit public disposant d'un organe élu n'exerçant aucune compétence législative, une forme de « responsabilité objective » est prévue⁴. Le dernier alinéa, à ajouter, de l'article 5 du Code pénal énonce que la responsabilité incombe exclusivement au mandataire lorsque celui-ci commet sciemment et volontairement des fautes, des fautes graves et des fautes légères présentant un caractère plutôt habituel qu'occasionnel.

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

PROPOSITION DE LOI 57.901

En ce qui concerne l'abrogation de l'immunité pénale de personnes morales de droit public disposant d'un organe élu

3. La proposition de loi 57.901 vise à abroger l'exception qui a été prévue en matière de responsabilité pénale pour les autorités publiques disposant d'un organe élu.

Dans les arrêts 128/2002 et 31/2007, la Cour constitutionnelle a jugé que « [l]a différence de traitement ainsi établie entre personnes morales selon qu'elles disposent d'un

⁴ Développements relatifs à la proposition de loi 'modifiant le Code pénal en ce qui concerne la responsabilité pénale de certaines personnes morales de droit public', *Doc. parl.*, Chambre, 2014-15, n° 54-1031/001, p. 13.

organe démocratiquement élu ou non repose sur un critère objectif », que les personnes morales de droit public énumérées à l'article 5, alinéa 4, du Code pénal « ont la particularité d'être principalement chargées d'une mission politique essentielle dans une démocratie représentative, de disposer d'assemblées démocratiquement élues et d'organes soumis à un contrôle politique ». La Cour a estimé ensuite que le législateur a pu raisonnablement « redouter, s'il rendait ces personnes morales pénalement responsables, d'étendre une responsabilité pénale collective à des situations où elle comporte plus d'inconvénients que d'avantages, notamment en suscitant des plaintes dont l'objectif réel serait de mener, par la voie pénale, des combats qui doivent se traiter par la voie politique » et que le législateur, dans cette disposition, n'a pas accordé une immunité qui serait injustifiée ⁵.

L'abrogation de l'immunité pénale des personnes morales de droit public disposant d'un organe élu a pour effet que des personnes morales qui se trouvent dans des situations différentes sont désormais traitées de la même manière.

Le principe d'égalité et de non-discrimination, garanti par les articles 10 et 11 de la Constitution, n'interdit pas seulement que des personnes se trouvant dans la même situation soient traitées de manière différente, lorsque cette différence de traitement ne peut être raisonnablement justifiée; ce principe interdit aussi que des personnes se trouvant dans des situations essentiellement différentes soient traitées de la même manière, lorsqu'il n'existe pas de justification raisonnable pour ce traitement égal ⁶. L'existence d'une telle justification doit s'apprécier compte tenu du but et des effets de la mesure critiquée ainsi que de la nature des principes en cause; le principe d'égalité est violé lorsqu'il est établi qu'il n'existe pas de rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé ⁷.

De toute évidence, les auteurs de la proposition ne sont plus d'avis qu'une extension de la responsabilité pénale des personnes morales de droit public aboutirait à des situations où elle comporte plus d'inconvénients que d'avantages, notamment en suscitant des plaintes dont l'objectif réel serait de « mener, par la voie pénale, des combats qui doivent se traiter par la voie politique. Au contraire, l'extension de la responsabilité pénale éliminerait « une inégalité de traitement [perçue comme] injustifiée à l'encontre des personnes physiques qui se trouvent dans une situation comparable » ⁸. Cette modification a pour but de réduire le nombre de condamnations pénales de mandataires locaux. En effet, le nouveau régime aurait pour conséquence qu'en permettant au juge pénal d'établir également la responsabilité pénale de la personne morale de droit public, il ne condamnera plus à tout prix la personne physique parce que, alors, seule la responsabilité civile peut être mise en cause ⁹. Le nouveau point de vue du législateur n'apparaît pas déraisonnable, et, eu égard à l'objet et aux effets du dispositif proposé, un rapport de proportionnalité raisonnable semble exister entre son but et les moyens employés.

⁵ C.C., 10 juillet 2002, n° 128/2002, B.7.5 et B.7.6 et C.C., 21 février 2007, n° 31/2007, B.4.4.

⁶ Voir par exemple C.C., 27 novembre 2002, n° 171/2002, B.3; C.C., 13 octobre 2011, n° 156/2011, B.3. Voir également C.C., 30 juin 2014, n° 99/2014, B.4.2.

⁷ Voir par exemple C.C., 27 novembre 2002, n° 171/2002, B.3; C.C., 30 juin 2014, n° 99/2014, B.4.2.

⁸ *Doc. parl.*, Chambre, 2014-15, n° 54-0816/001, p. 10.

⁹ *Doc. parl.*, Chambre, 2014-15, n° 54-0816/001, p. 11.

4. Le régime proposé n'a pas uniquement pour effet que toutes les personnes morales, mais également toutes les personnes physiques qui commettent la même infraction que les personnes morales de droit public disposant d'un organe élu, sont traitées de la même manière. Certes, dans l'arrêt 8/2005, la Cour constitutionnelle¹⁰ a jugé que la situation juridique différente qui existe entre les travailleurs des personnes morales de droit public énumérées à l'article 5, alinéa 4, du Code pénal et les travailleurs des autres personnes morales, n'est pas contraire au principe constitutionnel d'égalité et de non-discrimination. À cet égard, la Cour constitutionnelle est partie de la prémisse que les membres du personnel d'une personne morale de droit public disposant d'un organe élu ne se trouvaient pas dans une situation comparable, au motif que l'immunité pénale de la personne morale ne nécessitait pas de régler le concours, étant donné qu'il ne pouvait y avoir de concours. Mais dès lors que les auteurs de la proposition choisissent précisément de traiter toutes les personnes morales de la même manière sur le plan de la responsabilité civile, il est justifié que toutes les personnes, quelle que soit la personne morale pour laquelle elles travaillent, soient traitées de la même manière.

PROPOSITION DE LOI 57.902

En ce qui concerne le traitement différent des personnes morales de droit public exerçant une compétence législative et des autres personnes morales de droit public disposant d'un organe élu

5.1. Ainsi que cela a déjà été exposé, la proposition de loi 57.902 implique une différence de traitement du point de vue de l'immunité pénale entre des personnes morales de droit public disposant d'un organe élu exerçant une compétence législative et les autres personnes morales de droit public disposant d'un organe élu. Dans l'avis 45.442/2¹¹, le Conseil d'État, section de législation, a déjà examiné la limitation de l'immunité pénale aux personnes morales de droit public exerçant une compétence législative. Cet avis comportait les observations suivantes :

« 2.2. L'amendement à l'examen tend toutefois à maintenir le régime actuel pour les personnes morales citées ci-avant, disposant du pouvoir législatif. Selon la justification de l'amendement à l'examen, ceci viserait à 'affiner la proposition de loi'¹²⁻¹³.

Il en résulterait qu'à la différence des personnes physiques participant aux organes des personnes morales de droit public tombant dans le régime de droit commun de la

¹⁰ C.C., 12 janvier 2005, n° 8/2005, B.6.4.

¹¹ Avis C.E. 45.442/2 du 3 décembre 2008 sur l'amendement n° 2 à la proposition de loi 'modifiant le Code pénal en ce qui concerne la responsabilité pénale des personnes morales de droit public' (*Doc. parl.*, Chambre, 2007-2008, n° 52-1146/7, pp. 4-8),

¹² Note 5 de l'avis 45.442/2 : *Loc. cit.*, n° 2, p. 2.

¹³ Note 6 de l'avis 45.442/2 : Il y a lieu de tenir compte, en outre, de ce qu'en vertu de l'article 271ter, alinéa 1^{er}, de la nouvelle loi communale et de l'article 106ter, alinéa 1^{er}, de la loi provinciale, insérés par les articles 3 et 6 de la loi du 4 mai 1999 relative à la responsabilité civile et pénale des bourgmestres, échevins et membres de la députation permanente, de l'article 73, alinéa 1^{er}, du *Gemeentedecreet* de la Région flamande, de l'article 71, alinéa 1^{er}, du *Provinciedecreet* de la même Région et des articles L.1124-2, alinéa 1^{er}, et L.2241-2, alinéa 1^{er}, du Code de la démocratie locale et de la décentralisation adoptés par la Région wallonne, les communes et les provinces sont en principe « civilement responsables du paiement des amendes auxquels sont condamnés » respectivement les bourgmestre, échevins et membres de la députation permanente ou du collège provincial, régime dont ne bénéficient pas les personnes physiques agissant comme organes des autres personnes morales de droit public ou en leur sein.

responsabilité pénale des personnes morales, les personnes physiques des organes des personnes morales de droit public mentionnées dans l'amendement seront davantage exposés à des poursuites pénales.

3.1. La Cour constitutionnelle a admis que les personnes morales de droit public 'qui disposent d'un organe directement élu selon les règles démocratiques' bénéficient d'un régime d'immunisation en matière de responsabilité pénale ¹⁴.

Le fait que cette différence de traitement entre les personnes morales précitées et les autres personnes morales ait été admise ne signifie pas que ce régime soit le seul qui respecte le prescrit constitutionnel d'égalité et de non-discrimination ni même que ce soit la seule différence entre les personnes morales qui soit admissible.

L'amendement à l'examen propose une nouvelle distinction.

Cette différence de traitement doit être justifiée au regard des principes qui gouvernent l'application des principes d'égalité et de non-discrimination garantis par les articles 10 et 11 de la Constitution.

Sur ces questions, la justification de l'amendement à l'examen comporte plusieurs volets, qu'il convient d'examiner successivement.

3.2. Les premiers éléments avancés pour tenter de justifier l'immunité pénale des personnes morales de droit public mentionnées dans l'amendement à l'examen portent sur le caractère 'difficilement conciliable avec la démocratie' et la 'contradiction avec la séparation des pouvoirs' d'un système par lequel de telles personnes morales seraient soumises à un contrôle du juge pénal ¹⁵.

¹⁴ Note 7 de l'avis 45.442/2 : Elle a jugé en effet ce qui suit par son arrêt n° 128/2002 du 10 juillet 2002 :

« B.7.2. Les personnes morales de droit public se distinguent des personnes morales de droit privé en ce qu'elles n'ont que des missions de service public et doivent ne servir que l'intérêt général. Le législateur peut raisonnablement considérer que son souci de lutter contre la criminalité organisée ne l'oblige pas à prendre à l'égard des personnes morales de droit public les mêmes mesures qu'à l'égard des personnes morales de droit privé.

B.7.3. Le législateur doit cependant tenir compte de ce que des personnes morales de droit public ont des activités semblables à celles de personnes morales de droit privé et que, dans l'exercice de telles activités, les premières peuvent se rendre coupables d'infractions qui ne se distinguent en rien de celles qui peuvent être commises par les secondes. Il lui appartient, pour concilier avec le principe d'égalité sa volonté de mettre fin à l'irresponsabilité pénale des personnes morales, de ne pas exclure du champ d'application de la loi les personnes morales de droit public qui ne se distinguent des personnes morales de droit privé que par leur statut juridique.

B.7.4. Il ressort des travaux préparatoires de la disposition en cause qu'en principe les personnes morales de droit public sont pénalement responsables et que l'exception à cette règle ne concerne que celles «qui disposent d'un organe directement élu selon des règles démocratiques» (*Doc. parl.*, Sénat, 1998-1999, n° 1-1217/1, p. 3).

B.7.5. La différence de traitement ainsi établie entre personnes morales selon qu'elles disposent d'un organe démocratiquement élu ou non repose sur un critère objectif.

Les personnes morales de droit public énumérées à l'article 5, alinéa 4, du Code pénal ont la particularité d'être principalement chargées d'une mission politique essentielle dans une démocratie représentative, de disposer d'assemblées démocratiquement élues et d'organes soumis à un contrôle politique. Le législateur a pu raisonnablement redouter, s'il rendait ces personnes morales pénalement responsables, d'étendre une responsabilité pénale collective à des situations où elle comporte plus d'inconvénients que d'avantages, notamment en suscitant des plaintes dont l'objectif réel serait de mener, par la voie pénale, des combats qui doivent se traiter par la voie politique.

B.7.6. Il s'ensuit que, en excluant des personnes morales de droit public du champ d'application de l'article 5 du Code pénal et en limitant cette exclusion à celles qui sont mentionnées à l'alinéa 4 de cet article, le législateur n'a pas accordé à celles-ci une immunité qui serait injustifiée » (Cour constitutionnelle, n° 128/2002, 10 juillet 2002; voir aussi Cour constitutionnelle, n° 8/2005, 12 janvier 2005, B.6.3).

¹⁵ Note 8 de l'avis 45.442/2 : Justification de l'amendement, *loc. cit.*, n° 6, p. 3.

Pareille argumentation, par son caractère général, est insuffisante au regard de la conception en vigueur dans l'ordre constitutionnel belge de la séparation des pouvoirs.

En tant qu'elle concerne la possibilité pour une juridiction de contrôler la conformité aux règles de droit des actes des différents pouvoirs constitutifs de l'État au sens large, en ce compris ceux qui sont posés par les pouvoirs législatif et judiciaire, elle ne tient pas compte de l'évolution constitutionnelle, législative et jurisprudentielle qui, spécialement depuis l'arrêt '*La Flandria*' de la Cour de cassation du 5 novembre 1920¹⁶, consacre une conception de la séparation des pouvoirs conçue non comme un système de cloisonnement entre ceux-ci mais plutôt comme organisant un équilibre entre les pouvoirs et un contrôle mutuel fondé sur leur autonomie¹⁷.

Cette évolution, en tant que telle, ne va toutefois pas jusqu'à faire obstacle au régime envisagé par l'amendement, à la condition toutefois que celui-ci soit spécifiquement justifié.

3.3. La partie substantielle de l'argumentation développée par les auteurs de l'amendement à l'examen porte sur l'existence de mécanismes de contrôle politique au sein des personnes morales de droit public concernées¹⁸. Elle constitue le deuxième point de la justification avancée.

Cette justification perd de sa pertinence dès lors que les personnes morales de droit public énumérées dans l'amendement à l'examen ne sont pas les seules dont les autorités exécutives peuvent voir leur responsabilité politique mise en cause par une assemblée démocratiquement élue¹⁹.

Il importe aussi de prendre en considération la portée exacte du motif qui, sous le n° B.7.5 de l'arrêt n° 128/2002, du 10 juillet 2002, de la Cour constitutionnelle, mentionné plus haut, sous le n° 3, fonde la justification de l'immunité pénale de certaines personnes morales de droit public fondée sur l'existence d'un contrôle politique. Ce motif n'est en effet pas invoqué de manière isolée. Il tient compte également du fait que l'ensemble des personnes morales actuellement mentionnées à l'article 5, alinéa 4, du Code pénal, en ce compris celles qui seraient exclues par l'amendement à l'examen de l'immunité pénale, 'ont la particularité d'être principalement chargées d'une mission politique essentielle dans une démocratie représentative [et] de disposer d'assemblées démocratiquement élues'.

¹⁶ Note 9 de l'avis 45.442/2 : Cass., 5 novembre 1920, *Pas.*, 1920, I, p. 13.

¹⁷ Note 10 de l'avis 45.442/2 : Sur cette évolution, les conclusions de M. J. F. Leclercq, premier avocat général, précédant Cass., 28 septembre 2006, C020570F, et les références citées; A. Alen, '« Scheiding » of « samenwerking » der machten', *Academia Analecta*, Bruxelles, 1990; *Jura Falc.*, 1992-1993, pp. 13 et suiv.; « Séparation ou collaboration des pouvoirs », *A.P.T.*, 1990, pp. 221 et suiv. 221 et suivantes.

¹⁸ Note 11 de l'avis 45.442/2 : Justification de l'amendement, *loc. cit.*, n°s 6, 7 et 10, pp. 3 et 4.

¹⁹ Note 12 de l'avis 45.442/2 : À titre d'exemple, le système en vigueur en Région wallonne pour la nomination des membres du collège communal, fondé sur le pacte de majorité, autorise le renversement de la majorité communale par la mise en place, à certaines conditions, d'une nouvelle majorité par un vote du conseil communal. Il permet aussi la mise en cause individuelle d'un ou de plusieurs de ses membres par le conseil communal. De manière plus générale, les organes chargés de la gestion exécutive des autorités décentralisées, plus spécialement au sein des provinces, des zones de secours, de l'agglomération bruxelloise, des communes, des zones pluricommunales de police, des organes territoriaux intra-communaux, de la Commission communautaire française, de la Commission communautaire flamande et de la Commission communautaire commune dans les compétences réglementaires de ces trois institutions, ainsi que des centres publics d'action sociale, qui, à la différence de ce que prévoit actuellement l'article 5, alinéa 4, du Code pénal, ne bénéficieraient plus, aux termes de l'amendement à l'examen, du régime d'immunité pénale, répondent de leurs actes, par divers procédés, devant leur organe délibératif, composé d'élus, directs ou indirects, même si cette responsabilité n'aboutit pas nécessairement à des procédures conduisant à la démission des intéressés.

La justification de l'amendement doit rencontrer ces difficultés.

Quant à la considération, émise en des termes particulièrement généraux, selon laquelle '[l]'existence d'un contrôle politique exclut toute intervention des juges indépendants'²⁰, elle appelle les observations émises ci-avant, sous le n° 3.2.

3.4. Le troisième aspect de la justification de la différence de traitement, lié au précédent, selon laquelle le contrôle parlementaire serait entravé par 'l'approche pénale' 'puisque'il attendre la fin du procès pénal avant de pouvoir se justifier devant le parlement'²¹, n'emporte pas la conviction.

Le Conseil d'État n'aperçoit en effet pas en quoi, dans le respect de la présomption d'innocence et du secret de l'information et de l'instruction pénales, l'existence de poursuites pénales ferait obstacle, comme tel est d'ailleurs le cas dans la pratique observée actuellement, à l'existence du contrôle démocratique exercé par les élus sur les titulaires du pouvoir exécutif.

3.5. En quatrième lieu, selon la justification de l'amendement, la responsabilité pénale des personnes morales concernées serait incohérente avec le lien unissant le Ministre de la Justice et le ministère public, mis en évidence par la possibilité pour le premier de formuler des injonctions positives au second²².

En outre, toujours selon la justification de l'amendement,

'[l]'identité de la personne exerçant les poursuites et de celle qui fait l'objet des poursuites se fondrait alors dans une seule entité. Cette conclusion ne cadre pas davantage avec la fonction d'exemple en matière de droit public et avec le rôle social que doivent revêtir l'État et les communautés et régions dans les domaines où ils sont précisément appelés à faire respecter le droit'.

Indépendamment même du fait que cette justification ne tient pas compte du statut d'indépendance du ministère public consacré par l'article 151, § 1^{er}, deuxième phrase, de la Constitution, ces considérations ne valent que pour l'autorité fédérale, et non pour les entités fédérées également mentionnées dans l'amendement.

Le rôle d'exemple et le rôle social, finalement avancés, qui devraient être ceux de l'État, des communautés et des régions, outre qu'il ne permet pas de comprendre pourquoi ils ne doivent pas être partagés par les autres personnes morales de droit public, apparaît comme l'expression d'un objectif à atteindre dont la pertinence n'est pas contestable, mais dont l'effectivité ne peut dépendre de cette seule proclamation.

4. En conclusion, s'il est loisible au législateur d'envisager un dispositif qui n'est pas nécessairement identique pour l'ensemble des personnes morales de droit public ou pour l'ensemble de leurs organes ou de leurs pouvoirs, il lui appartient de mieux justifier la différence de traitement opérée par l'amendement à l'examen ».

5.2. Les développements de la proposition à l'examen justifient la différence de traitement d'une autre manière que la proposition examinée ci-dessus, à savoir comme suit :

« Cette distinction essentielle entre les personnes morales de droit privé et les personnes morales de droit public actuellement énumérées à l'article 5, alinéa 4, est maintenue. La présente proposition réserve un traitement distinct aux deux types de

²⁰ Note 13 de l'avis 45.442/2 : Justification de l'amendement, *loc. cit.*, n° 6, p. 3.

²¹ Note 14 de l'avis 45.442/2 : *Ibid.*, n° 7, p. 3.

²² Note 15 de l'avis 45.442/2 : *Ibid.*, n° 8, pp. 3 et 4. Voir aussi le n° 10, p. 4.

personnes morales sur la base des critères cités. Il faut continuer à privilégier le contrôle démocratique et la responsabilité politique. Les règlements de compte politiques ne peuvent être arbitrés par le juge.

Si, sur le fond, ce principe est parfaitement louable, il a donné lieu à des effets secondaires particulièrement désagréables pour certains mandataires. Un citoyen qui subit un préjudice découlant probablement d'une décision d'une personne morale de droit public ne peut en effet pas citer cette dernière devant le tribunal pénal – que ce soit par le biais de sa compagnie d'assurances ou non. Bien qu'une personne morale ait évidemment une existence juridique et qu'elle puisse prendre des décisions autonomes, l'intervention de cette personne morale suppose en fait un acte concret de la part d'une ou de plusieurs personnes physiques.

Le citoyen en question va donc rechercher la personne qui incarne la personne morale. Dans le cas des personnes morales de droit public telles que les communes, il existe de surcroît souvent une description légale des compétences des organes de la personne morale. Ces organes peuvent d'ailleurs généralement se réduire à une ou plusieurs personnes clairement identifiables. Il s'agit, par exemple, du bourgmestre ou du collège des bourgmestre et échevins, ou encore du conseil communal lui-même. Bien qu'il s'agisse d'organes de la commune qui, en tant que telle, ne peut être pénalement responsable, il est fait abstraction de la qualité d'organe en citant personnellement les personnes physiques qui constituent l'organe devant le tribunal pénal. Forte de son immunité, la personne morale disparaît du viseur, et c'est la personne physique qui prend sa place.

Ce raisonnement ne peut toutefois s'appliquer à n'importe quelle personne physique qui représente la personne morale de droit public. Pour certaines personnes morales de droit public, le législateur a en effet conféré une sorte de protection à la personne physique qui incarne la personne morale. Nous nous référons en l'espèce :

- aux articles 58-59 de la Constitution : l'immunité parlementaire fédérale ;
- à l'article 120 de la Constitution : l'immunité parlementaire dans les Régions et les Communautés ;
- à l'article 103 de la Constitution: la procédure relative aux poursuites engagées à l'encontre de ministres pour les infractions commises dans l'exercice de leurs fonctions ;
- à l'article 125 ; la procédure relative aux poursuites engagées à l'encontre de ministres de Communauté et de Région.

Pour engager des poursuites contre des parlementaires et des ministres, il faut respecter des procédures spéciales, qui visent à protéger leur action politique. Les poursuites ne sont cependant pas totalement exclues. Concrètement, il s'agit de 'mandataires' de la 'première catégorie' de personnes morales de droit public, à savoir :

- l'État fédéral ;
- les Régions ;
- les Communautés ;
- la Commission communautaire française ;
- la Commission communautaire flamande ;
- la Commission communautaire commune.

Pour une 'deuxième catégorie' de personnes morales de droit public exclues de toute responsabilité pénale, aucune règle particulière en matière de poursuites ne

s'applique en ce qui concerne leurs mandataires. Il s'agit des personnes morales suivantes :

- les provinces ;
- l'agglomération bruxelloise ;
- les communes ;
- les zones pluricommunales ;
- les organes territoriaux intra-communaux (districts) ;
- les CPAS ;
- les zones de secours ;
- les prézones.

C'est en faveur de ces dernières personnes morales de droit public que nous souhaitons légiférer, sans créer pour autant un équivalent de l'immunité parlementaire. Ces personnes morales de droit public accomplissent en effet également des tâches décentralisées et ne sont donc pas entièrement autonomes dans leur action. Les normes adoptées par ces personnes morales de droit public sont en outre hiérarchiquement inférieures aux lois, décrets et ordonnances. En d'autres termes, elles ne peuvent être mises sur le même pied que d'autres assemblées ou personnes morales qui exercent (aussi) une compétence législative »²³.

Les développements mettent encore en exergue les objectifs du régime proposé comme suit :

« Il convient de trouver un équilibre entre les intérêts légitimes du citoyen et ceux du mandataire, sans exposer la personne morale de droit public à une bataille juridique politicienne.

À cet égard, nous avons décidé d'assouplir en partie l'immunité de certaines personnes morales de droit public tout en offrant une forme de protection au mandataire. L'objectif n'est en aucun cas de faire bénéficier le mandataire d'une immunité pénale ou de créer une sorte d'immunité comparable à l'immunité parlementaire. Le citoyen doit au contraire garder la possibilité de demander des comptes à l'autorité publique. D'un autre côté, le mandataire doit être protégé contre la judiciarisation croissante de la société, mais pas plus que nécessaire. La gageure est d'y parvenir autant que faire se peut sans favoriser cette judiciarisation croissante »²⁴.

5.3. Il ressort de la première partie de la justification donnée dans les développements relatifs à la proposition de loi que l'on considère qu'il y a une différence entre les mandataires de personnes morales de droit public disposant d'un organe élu pour lesquels il existe des règles spécifiques en matière de poursuites, et ceux pour lesquels un tel système n'existe pas, principalement les mandataires locaux. Les auteurs de la proposition visent à apporter une solution pour ce dernier groupe de mandataires. Cette solution consiste, d'une part, à limiter leur responsabilité pénale et, d'autre part, à étendre de manière limitée la responsabilité pénale des personnes morales de droit public dont les mandataires ne sont pas soumis à des règles spécifiques en matière de poursuites. Si, pour justifier cette conception, les développements

²³ *Doc. parl.*, Chambre, 2014-15, n° 54-1031/001, pp. 11-12.

²⁴ *Doc. parl.*, Chambre, 2014-15, n° 54-1031/001, p. 9.

soulignent uniquement que les personnes morales de droit public ne bénéficiant pas de l'immunité totale ne sont pas entièrement autonomes et sont hiérarchiquement subordonnées, ils ne démontrent pas pourquoi cette situation est pertinente en ce qui concerne la distinction instaurée entre les personnes morales de droit public et doit dès lors donner lieu à l'extension de l'immunité pénale à certaines personnes morales de droit public seulement.

Les développements relèvent certes qu'il faut rencontrer « les intérêts légitimes du citoyen » et que ce dernier « doit (...) garder la possibilité de demander des comptes à l'autorité publique », mais ne justifient en aucune façon pourquoi il est justifié, du point de vue des intérêts du citoyen, de n'étendre la responsabilité pénale qu'aux personnes morales de droit public disposant d'un organe élu n'exerçant aucune compétence législative. Les développements ne démontrent pas non plus pourquoi des personnes morales de droit public disposant d'un organe élu, mais n'exerçant aucune compétence législative, risqueraient moins d'être exposées à une bataille juridique politicienne, un argument que les auteurs de la proposition gardent manifestement comme critère de distinction pour le maintien de l'immunité de principe des personnes morales de droit public disposant d'un organe élu exerçant une compétence législative.

En conclusion, il faudrait mieux justifier la différence de traitement entre les personnes morales de droit public disposant d'un organe élu. Cette justification doit démontrer pourquoi la nature différente des personnes morales de droit public doit aboutir à un traitement différent sur le plan de la responsabilité pénale de la personne morale.

À l'égard de la situation des commissions communautaires française et flamande

6. Dans le régime proposé, la Commission communautaire française et la Commission communautaire flamande jouissent d'une immunité totale. La responsabilité pénale de ces personnes morales de droit public ne pourra jamais être engagée, malgré le fait qu'elles interviennent en tout (en ce qui concerne la Commission communautaire flamande) ou en partie (en ce qui concerne la Commission communautaire française) en tant que pouvoir subordonné. Il paraît dès lors difficile de pouvoir justifier que la Commission communautaire française lorsqu'elle intervient en tant que pouvoir subordonné, et la Commission communautaire flamande bénéficient d'une immunisation totale en matière de responsabilité pénale.

À cet égard, il convient en outre de relever que les règles particulières en matière de responsabilité pénale des ministres, qui sont également invoquées pour justifier la distinction opérée, ne s'appliquent que lorsque la Commission communautaire française intervient dans le cadre de l'article 138 de la Constitution²⁵, et ne s'appliquent absolument pas aux mandataires exécutifs de la Commission communautaire flamande. En outre, il est douteux que la Commission communautaire flamande puisse être considérée, sur le plan de l'immunité parlementaire, comme un parlement de communauté au sens de l'article 120 de la Constitution.

²⁵ Voir l'article 2, § 1^{er}, de la loi spéciale du 25 juin 1998 'régulant la responsabilité pénale des membres des gouvernements de communauté ou de région'. K. AUDENAERT (« Een overzicht van 170 jaar strafrechtelijke aansprakelijkheid van ministers », *TBP* 2000, (357) 372-373), est d'avis que cela s'applique également à la Commission communautaire commune, mais cela ne ressort en tout cas pas expressément du texte de l'article 2, § 1^{er}, cité.

Le régime proposé a notamment pour effet que les différentes autorités qui exercent une compétence (non législative) d'une même nature sont traitées d'une manière différente sur le plan de la responsabilité pénale.

En ce qui concerne le traitement différent des mandataires de personnes morales de droit public disposant d'un organe élu n'exerçant aucune compétence législative et d'autres personnes physiques qui agissent « pour le compte » des personnes morales de droit public disposant d'un organe élu n'exerçant aucune compétence législative

7. Le régime contenu dans la proposition a également pour effet qu'en cas de faute légère commise par une personne physique, toutes les personnes physiques ne seront pas traitées de la même manière en cas de concours. Seul le mandataire est exempté de la responsabilité pénale, alors que la responsabilité pénale d'un fonctionnaire, par exemple, reste engagée pour la faute légère. Les développements de la proposition ne justifient en aucune façon pourquoi cette distinction a été instaurée. S'ils s'étendent sur les inconvénients que le système actuel présente pour les mandataires locaux, il n'en reste pas moins qu'ils ne démontrent pas que ces mêmes inconvénients ne sont pas subis par les autres personnes physiques qui agissent pour la personne morale de droit public concernée. Les auteurs de la proposition devront pouvoir justifier pourquoi la situation des fonctionnaires des autorités publiques concernées, notamment, ne doit pas donner lieu à un régime analogue.

En ce qui concerne le traitement différent de personnes qui interviennent dans le cadre de l'activité de personnes morales selon qu'elles sont mandataires de personnes morales de droit public disposant d'un organe élu n'exerçant aucune compétence législative ou « administrateurs » d'une autre personne morale de droit public ou privé

8. Le régime proposé a également pour effet que toutes les personnes physiques qui interviennent dans le cadre de l'activité d'une personne morale ne seront pas traitées de la même manière. Consécutivement à l'abrogation de l'article 5, alinéa 2, du Code pénal, la responsabilité pénale des personnes qui interviennent dans le cadre de l'activité de personnes morales de droit public autres que celles disposant d'un organe élu et de personnes morales de droit privé pourra également être engagée en tout temps pour des fautes légères qu'elles commettent dans le cadre de leur mission ou pour le compte de la personne morale concernée, alors qu'il n'en va pas de même pour des personnes qui interviennent dans le cadre de l'activité des personnes morales de droit public visées à l'article 5, alinéa 5, proposé. Les auteurs de la proposition visent ainsi une règle de décumul pour ces dernières personnes, alors qu'ils ont précisément supprimé cette règle de manière générale.

Étant donné que pour une faute légère commise par une personne qui agit dans le cadre de l'activité de la personne morale concernée, les deux catégories de personnes morales visées sont (peuvent être) pénalement responsables, leur situation est comparable²⁶ du point de vue d'un décumul éventuel. La différence de traitement doit pouvoir être justifiée eu égard à la nature de la fonction des personnes qui agissent pour les différentes personnes morales. Certes, la

²⁶ Voir *a contrario*, C.C., 12 janvier 2005, n° 8/2005, B.6.4.

Cour constitutionnelle a accepté par le passé que la crainte de mener, par la voie pénale, des combats qui doivent se traiter par la voie politique peut justifier une différence de traitement, mais alors uniquement du point de vue de la responsabilité pénale de la *personne morale*. Les auteurs de la proposition devront pouvoir démontrer dans les travaux préparatoires que cette argumentation, par exemple, justifie également un traitement différent *des personnes qui interviennent dans le cadre de l'activité de la personne morale*.

EXAMEN DU TEXTE

PROPOSITION DE LOI 57.902

9. À l'article 5, alinéa 5, proposé, du Code pénal, des notions relatives à la faute pénale (« sciement et volontairement ») sont combinées avec des notions relatives au droit civil (« faute grave » et « faute légère présentant un caractère plutôt habituel qu'occasionnel »). Les auteurs de la proposition devront vérifier si cette combinaison n'est pas de nature à entraîner des difficultés d'application et si l'utilisation de notions civiles est adéquate pour apporter une solution à la question de la responsabilité pénale²⁷.

10. Le dernier alinéa, proposé, de l'article 5 du Code pénal est superflu. Il découle déjà de l'abrogation de l'article 5, alinéa 2, du Code pénal, d'une part, et de l'extension limitée de l'immunité pénale des personnes morales de droit public concernées à l'article 5, alinéa 5, du Code pénal, d'autre part, que dans tous les autres cas, la responsabilité pénale incombe au mandataire.

DE GRIFFIER - LE GREFFIER

DE VOORZITTER - LE PRÉSIDENT

Greet VERBERCKMOES

Jan SMETS

²⁷ M. NIHOUL, « La responsabilité pénale des personnes morales de droit public (suite) ou 'le cercle des immunités disparues' », *CDPK* 2009 (177) 179.