

ROYAUME DE BELGIQUE

KONINKRIJK BELGIE

AVIS DU CONSEIL D'ETAT

ADVIES VAN DE RAAD VAN STATE

Le CONSEIL D'ETAT, section de législation, deuxième chambre, saisi par le Ministre de la Justice, le 31 juillet 1998, d'une demande d'avis sur un projet de loi "instaurant la responsabilité pénale des personnes morales", a donné le 5 octobre 1998 l'avis suivant :

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, tweede kamer, op 31 juli 1998 door de Minister van Justitie verzocht hem van advies te dienen over een ontwerp van wet "tot invoering van de strafrechtelijk aansprakelijkheid van rechtspersonen", heeft op 5 oktober 1998 het volgende advies gegeven :

Examen du projet

I. Observations générales

Le projet a été élaboré notamment pour donner suite aux recommandations n^{os} R (81)12 et (88)18 du Comité des ministres aux Etats membres du Conseil de l'Europe sur la criminalité des affaires et la responsabilité des entreprises personnes morales pour les infractions commises dans l'exercice de leurs activités. Aussi établit-il, d'une part, le principe de la responsabilité pénale des personnes morales et, d'autre part, un système de peines spéciales susceptibles de leur être infligées.

Le défaut d'un tel principe n'a cependant pas empêché certaines lois de frapper, dès aujourd'hui, les personnes morales d'amendes dites administratives; d'autres lois, dans divers cas, contraignent les personnes morales à payer les amendes pénales auxquelles certains de leurs organes, mandataires, représentants ou préposés ont été personnellement condamnés. Les personnes morales sont dans ce dernier cas, indirectement condamnées.

La Cour de cassation a, pour sa part, joué dans l'évolution de la question proprement pénale un rôle important (1).

(1) Pour une analyse de la jurisprudence de la Cour de cassation, voir notamment : A. De Nauw, "La délinquance des personnes morales et l'attribution de l'infraction à une personne physique par le juge", note sous l'arrêt de la Cour de cassation du 23 mai 1990, R.C.J.B, 1992, pp. 552 et suiv.; O. Ralet, "Responsabilité des dirigeants de sociétés", éd. Larcier, Bruxelles, 1996, pp. 267 et suiv.; F. Deruyck, "Pour quand la responsabilité des personnes morales en droit pénal belge ?", J.T., 1997, pp. 697 et suiv.

Après avoir longtemps décidé qu'une personne morale ne pouvait pas commettre d'infraction, elle a abandonné cette position pour en adopter une autre selon laquelle une personne morale peut commettre une infraction mais ne peut cependant pas être punie pour l'avoir fait. Après s'être conformée à l'adage "societas delinquere non potest", la Cour en a donc suivi un autre : "societas delinquere potest sed non puniri". Une société peut commettre une infraction mais c'est la personne physique par le truchement de laquelle elle a agi qui subira la peine que l'infraction commise mérite.

Cette jurisprudence est loin d'être unanimement approuvée. Les critiques ne font pas seulement valoir le fait que sa mise en oeuvre est souvent malaisée, ils lui opposent aussi des objections théoriques assez sévères.

En effet, le juge ne peut pas toujours identifier la personne physique qu'il doit punir en raison de la complexité de l'organisation actuelle des entreprises, de la diversification des pouvoirs qui y agissent, des délégations que ces pouvoirs s'accordent les uns aux autres et enfin, en raison du caractère collégial de la décision.

Ainsi par exemple, M. Yvon Hannequart a pu écrire :

"Les faits punissables dérivent souvent d'une politique générale définie par des organes collectifs (conseils d'administration, assemblées générales, conseils de direction) ou d'un manque général de discipline de tout le personnel ou de celui affecté à tel service. C'est au niveau de la collectivité qu'il faut rechercher l'intention, la négligence, la faute

.../...

puisque l'infraction a puisé à ce niveau son énergie (1).".

A quoi M. de Nauw faisait écho en écrivant à son tour :

"Il devient, dès lors, difficile de déchiffrer une intention, une négligence ou une faute individuelle nettement caractérisée." (2).

D'autre part, certains auteurs ont souligné le caractère paradoxal d'une telle jurisprudence. C'est notamment ce qu'a fait le professeur Lucien François.

"Il paraît malaisé, écrit-il, de concilier l'opinion que la personne morale est elle-même titulaire de l'obligation enfreinte, et l'opinion que ce n'est pas elle que la peine frappe";

"... on nie que ce soit la personne morale que l'on punit, parce qu'on voit sanctionner un intermédiaire, alors que d'autre part on affirme que c'est bien elle qui enfreint la loi, bien qu'il y ait là aussi un intermédiaire, sans le truchement de qui la personne morale n'eût pu "délinquere". On dit du représentant ou de l'organe de la personne morale qu'il est celui par qui elle a agi, et c'est donc elle alors qui est censée agir; mais on ne dit pas, lorsqu'une peine le frappe, qu'il est celui par qui elle est punie.

(1) Y. Hannequart, "Imputabilité pénale et dommages survenus aux personnes et aux biens à l'occasion des activités de l'entreprise", R.D.P., 1968-1969, p. 487.

(2) A. De Nauw, op. cit., p. 570.

Au stade de l'action, il n'était plus lui-même; mais il le redevient au moment de la punition." (1).

La loi en projet entend surmonter ces difficultés et incohérences en établissant, d'une part, une responsabilité pénale propre de la personne morale et en prévoyant, d'autre part, des peines nouvelles et spécifiques auxquelles la personne morale peut, elle-même, être condamnée lorsqu'elle a commis une infraction. Les auteurs du projet entendent toutefois éviter de consacrer un régime de responsabilité pénale objective qui conduirait à permettre de punir la personne morale pour tout fait quelconque commis en son sein. Ils n'entendent donc pas remettre en cause à propos des personnes morales le principe de notre droit pénal, que l'arrêt du 31 janvier 1989 de la Cour de cassation a encore rappelé, selon lequel

"La responsabilité pénale au sens strict du terme subordonne l'imputation du fait illicite à l'existence d'une faute subjective, intentionnelle ou non, dans le chef de son auteur." (2).

Or, c'est la présence nécessaire de cet élément moral dans toute infraction qui constitue, pour certains auteurs, l'obstacle insurmontable qui se dresse devant une règle qui consacrerait la responsabilité pénale des personnes juridiques et leur punition. Ces auteurs pensent, en

(1) "Implications du delinquere sed non puniri potest", in "Mélanges offerts à Robert Legros", Bruxelles, éd. de l'U.L.B., 1985, pp. 204-205.

(2) Chr. Hennau, Gen. Schamps et J. Verhaegen, "Indispensable responsabilité de l'entreprise, inacceptable culpabilité collective" - à propos de l'avant-projet de loi belge relative à la responsabilité pénale des personnes morales, J.T. 1998, pp. 561 à 570.

effet, que les êtres collectifs n'ayant ni volonté, ni conscience, aucune infraction ne peut jamais leur être imputée puisque cette imputation suppose de vérifier un élément moral inévitablement introuvable.

Ces mêmes auteurs craignent que si la législation s'engageait dans la voie d'une responsabilité objective une responsabilité pénale collective ne finisse par émerger alors qu'une responsabilité pénale stricto sensu ne saurait être que personnelle.

"Elle ne saurait sans une injustice manifeste se communiquer de l'un à l'autre inculpé. De même qu'il n'est ni sensé ni juste de tenter de conclure à l'état d'esprit d'un inculpé à partir de l'intention ou de la répréhensible négligence de son voisin, ainsi n'est-il ni sensé ni juste de prétendre découvrir au sein d'un groupe une quelconque culpabilité subjective permettant d'imputer pénalement les infractions de certains de ses membres à l'ensemble du groupe et aux membres qui n'auraient pris aucune part à l'infraction ou ne pourraient se voir personnellement reprocher à son égard aucune intention coupable, aucune répréhensible négligence ... C'est une telle responsabilité pénale "collective" qui se profilera dangereusement derrière toute condamnation pénale stricto sensu d'une entreprise chaque fois que cette condamnation aura pour effet de faire peser sur l'ensemble du groupe le caractère réprobateur de la peine prononcée, chaque fois que sera refusée aux membres innocents la possibilité de s'y soustraire en excipant de leur erreur invincible ou de toute autre cause de non-imputabilité subjective." (1).

(1) Chr. Hennau, Gen. Schamps et J. Verhaegen, op. cit.

Les auteurs du projet ont néanmoins pensé pouvoir surmonter ces difficultés. Ils y ont été encouragés non seulement par les recommandations du Conseil de l'Europe déjà évoquées mais aussi par certaines analyses doctrinales récentes et des exemples significatifs de législation étrangère.

Ainsi Madame Valérie Simonart a écrit dans une thèse soutenue, il y a peu, devant la Faculté de droit de l'Université libre de Bruxelles (1) qu' :

"Une personne morale peut manifester une volonté collective. Cette volonté est certes différente de celle des individus, mais elle ne peut être niée : il suffit de penser aux "monstres" que constituent certaines sociétés anonymes; les résolutions des assemblées générales n'émanent pas de tel ou tel actionnaire, mais de la somme des volontés individuelles et divergentes qui ont subi une alchimie synergétique qui n'a rien de magique (2).

(1) "La personnalité morale en droit privé comparé", éd. Bruylant, Bruxelles, 1995, p. 249, n° 291.

(2) Voir Delmas-Marty, "Droit pénal des affaires", t. I, p. 109; J. Pradel, "L'avant-projet de révision du Code pénal", D., 1977, chr. XV, n° 4, p. 117; G. Levasseur, "La responsabilité pénale des sociétés commerciales en droit positif français actuel, et dans les projets de réforme envisagés", Rev. int. dr. pén., 1987, n° 1, p. 21; D'Haenens, "Sanctions pénales et personnes morales", R.D.P., 1975-1976, p. 733, n° 5; G. Venandet, "La responsabilité pénale des personnes morales dans l'avant-projet de Code pénal", Rev. trim. dr. comm., 1978, p. 735, n° 9; A. Foerschler, "Corporate Criminal Intent : Toward a better understanding of corporate misconduct", 78 Calif. L. Rev. 1287, 1291 (1990).

Cette volonté peut se diriger "vers le bien comme vers le mal" (1) et accomplir des actes avec une composante morale."

Il ne faut d'ailleurs pas, à cet égard, négliger le fait que la plus récente opinion de la Cour de cassation est qu'une personne morale peut commettre une infraction quand bien même elle ne peut pas être punie pour l'avoir commise.

A quoi s'ajoute le fait que certains Etats proches de la Belgique ont plus ou moins récemment modifié leur législation en ce sens.

Il en est ainsi de la France dont l'article 121-2 du nouveau Code pénal de 1992 dispose que :

"... les personnes morales, à l'exclusion de l'Etat, sont responsables pénalement, selon les distinctions des articles 121-4 à 121-7 et dans les cas prévus par la loi ou le règlement, des infractions commises, pour leur compte, par leurs organes ou représentants."

De même, les Pays-Bas ont introduit en 1976 dans leur Code pénal un article 51 qui prévoit que :

"... les faits punissables peuvent être commis par des personnes physiques ou morales"

et,

"... si le fait punissable est commis par une personne morale, la poursuite pénale peut être engagée et les peines ou mesures prononcées, soit à l'encontre de la personne morale, soit à l'encontre des commanditaires

(1) Pradel, op. cit.; Venandet, op. cit., p. 735, n° 9.

de l'infraction et de ceux qui ont conduit en fait à la réalisation de l'infraction, soit contre ces deux catégories de personnes en même temps."

Le droit pénal du Royaume Uni et des Etats-Unis d'Amérique connaît, lui aussi, le principe de la responsabilité pénale des personnes morales.

L'idée à laquelle le projet emprunte son inspiration est celle selon laquelle la personne morale étant une collectivité d'individus agissant à travers elle ou pour elle, et qui, au regard de très nombreuses règles juridiques, est le titulaire d'importantes obligations en matière administrative, sociale, fiscale ou économique, doit, comme les autres personnes juridiques, assumer ces obligations sous le contrôle et la contrainte que font peser sur ses comportements les règles du droit pénal.

Toutefois, l'intention des auteurs du projet n'est, à coup sûr, pas de bouleverser les constantes du droit pénal lorsqu'il s'applique aux personnes morales. Les premières lignes du premier point de l'exposé des motifs le précisent soigneusement. On y lit que :

"L'article 2 inscrit en droit belge le principe de la responsabilité pénale des personnes morales. La philosophie qui a été suivie dans ce contexte consiste à assimiler, dans la plus large mesure, les personnes morales aux personnes physiques."

Cette position implique que le raisonnement pénal qui conduit à l'imputabilité de l'infraction à son auteur ne soit pas fondamentalement transformé. La responsabilité

.../...

pénale doit, selon les auteurs du projet, rester, pour les personnes morales, ce qu'elle est pour les personnes physiques, une responsabilité subjective. Le raisonnement suivi par un tribunal pour condamner une personne morale devra donc, en principe, partir de l'acte incriminé par la loi pour en identifier l'auteur, et pouvoir, en raison de l'état de la conscience de ce dernier, le déclarer pénalement responsable de son acte et, enfin, lui infliger une peine.

Du point de vue matériel comme du point de vue dit "moral", il est cependant impossible de négliger le fait que la personne morale n'a pas de réalité matérielle et que ses activités, quelles qu'elles soient, supposent nécessairement l'intervention d'un ou plusieurs individus. C'est pourquoi, il est inévitable que le principe établi par le projet soit assorti des précisions rendues nécessaires par cette intervention inévitable d'une personne physique dans un raisonnement qui doit conduire à la condamnation d'une personne qui ne l'est pas.

I.1. L'imputation matérielle ou légale

L'article 2 du projet indique que les infractions qui peuvent entraîner la condamnation d'une personne morale sont celles qui ont été commises "en vue de la réalisation de son objet, de promouvoir son intérêt ou pour son compte"; mais le même texte ne précise rien sur la question de savoir par qui l'acte matériel incriminé doit avoir été accompli pour que la responsabilité pénale de la personne morale soit engagée. Cette lacune doit être comblée.

.../...

En effet, il convient de garder à l'esprit qu'une infraction pénale est, en principe, imputable à l'auteur du fait matériel créateur de l'état d'infraction. Le fait, comme l'a écrit le professeur Legros, désigne l'agent. Il existe toutefois des exceptions à ce principe de l'imputabilité matérielle car la loi pénale peut, dans l'énoncé même de l'incrimination qu'elle porte, imputer le fait, non à celui qui réalise matériellement le fait infractionnel, mais à une autre personne que la loi considère comme étant en faute. Ce n'est alors plus le fait qui désigne l'agent, c'est la loi même qui détache la faute punissable du comportement qui la révèle matériellement.

S'agissant de régler le raisonnement pénal lorsqu'il doit pouvoir aboutir à punir une personne morale, il faut l'envisager distinctement selon qu'il s'agit d'infractions matériellement ou, au contraire, légalement imputables.

Même si ce second cas constitue théoriquement l'exception, il convient de l'examiner car le législateur procède souvent à des imputations légales lorsqu'il organise une répression, craignant qu'une règle soit dépourvue de tout effet s'il n'oblige pas une personne précise à veiller à son application. Cette personne, vu la qualité qui est la sienne (propriétaire, employeur, chef d'entreprise, etc.) et donc le rôle qu'elle joue, est ainsi chargée d'un devoir important puisqu'il est pénalement sanctionné. Cette personne se trouve souvent être aujourd'hui une personne morale, c'est donc elle que la loi rend personnellement et pénalement responsable de l'exécution du devoir dont elle a la charge. Le juge appliquera facilement une telle loi; il

.../...

constatera directement que l'auteur légal que le texte désigne abstraitement se trouve être, dans le cas d'espèce, une personne morale et il la tiendra pour coupable de l'infraction qui lui est reprochée. Cette personne étant celle que la loi désigne comme l'agent ne pourra échapper aux poursuites que par la justification.

En revanche, lorsqu'il s'agit d'infractions pénales pures, c'est-à-dire celles où, conformément au principe, la responsabilité pénale pèse sur la personne qui a accompli matériellement un acte que la loi incrimine, le tribunal devra nécessairement, après avoir constaté le fait de la commission de l'acte interdit, chercher à identifier l'auteur de l'infraction à partir du fait de l'accomplissement de cet acte. Cette recherche le mènera inévitablement vers une personne physique, car seule une personne physique peut accomplir matériellement un acte, la nature immatérielle de la personne morale l'empêchant fatalement de faire quelque acte matériel que ce soit.

Pour imputer cet acte à une personne morale il faut donc que le juge ajoute un raisonnement de plus à celui qu'il fait ordinairement. Il devra, après avoir constaté que telle personne physique a bien effectivement accompli l'acte matériel incriminé, vérifier que cette personne a accompli son acte alors qu'elle incarnait une personne morale ou, pour être plus précis, que cette personne physique s'était faite, au moment de son action, l'instrument de celle d'une personne morale. A cette condition, l'acte accompli par la personne physique peut être considéré comme n'étant plus - ou n'étant plus seulement - le sien mais celui de la personne morale même.

.../...

Les conditions dans lesquelles le juge devra considérer que cette instrumentalisation de la personne physique a eu lieu forment, on le voit, un élément essentiel de l'imputabilité matérielle d'une infraction pénale pure à une personne morale. Elles constituent l'essentiel de ce que l'exposé des motifs (point 1.2, alinéa 2) de la loi en projet appelle "le lien intrinsèque" entre le fait infractionnel et la personne morale.

Le texte de l'article 5, alinéa 1er, du Code pénal, en projet (article 2 du projet), ne fournit au juge aucune indication sur la façon dont il devra raisonner sur ce lien. Cette épineuse question se trouve ainsi entièrement abandonnée par l'auteur du projet, qui la considère comme une question de fait, à l'appréciation du juge du fond. Il appartient donc au juge d'affirmer ou de nier, cas par cas, le "lien intrinsèque" qui constitue le pivot du système consistant à affirmer la responsabilité pénale des personnes morales pour toutes les infractions sans les distinguer entre elles, notamment, sans avoir égard au type d'imputabilité, matérielle ou légale, que la loi pénale établit.

Le même exposé des motifs laisse penser que l'intention des auteurs du projet est d'étendre aussi loin que possible le cercle des personnes physiques dont l'activité peut être imputée à la personne morale. Il cite non seulement les administrateurs mais aussi les employés. Les délégués du ministre confirment cette intention d'étendre largement la responsabilité pénale des personnes morales; ils ont déclaré à l'auditeur rapporteur qu'il fallait envisager des hypothèses (par exemple des cas de corruption, d'escroquerie ou d'abus de confiance) où pourraient être

.../...

imputés à une personne morale des actes accomplis par des "tiers", entendant sans doute par là des personnes qui ne sont ni ses organes, ni ses représentants, ni ses mandataires, ni ses préposés. Une personne morale serait ainsi tenue pour l'auteur d'une infraction grave par le seul fait qu'elle a été "commise en vue de promouvoir son intérêt ou pour son compte". C'est le profit tiré par la personne morale de l'infraction "commise" qui pourrait la désigner comme l'auteur auquel elle peut être matériellement imputée. La personne morale serait ainsi mise hors d'état d'apprécier à tout moment quelles sont exactement les personnes physiques par les actes desquelles elle pourrait se trouver engagée pénalement.

Une telle imprécision de l'article 5, alinéa 1er, ne peut être admise. S'il n'y était pas remédié, la loi en projet contreviendrait aussi bien à la Constitution qu'aux engagements internationaux de la Belgique.

En effet, les articles 12, alinéa 2 et 14 de la Constitution selon lesquels, d'une part,

"nul ne peut être poursuivi que dans les cas prévus par la loi"

et, d'autre part,

"nulle peine ne peut être établie ni appliquée qu'en vertu de la loi",

donnent pour base au droit pénal belge le principe dit de "la légalité".

.../...

Ce principe est écrit pour le pouvoir qui fait la loi autant que pour celui qui l'applique car il trace les domaines respectifs d'action de l'un et de l'autre en matière pénale. Le pouvoir législatif est tenu de faire des règles que le pouvoir judiciaire doit, pour sa part, appliquer en en respectant les termes. Le seul moyen de garantir cette rigoureuse répartition des pouvoirs - et, par suite, de conjurer tout risque d'arbitraire de la part des juges -, est de rédiger les lois pénales de la façon la plus précise. Le pouvoir législatif viderait de sa substance le principe constitutionnel de légalité s'il se bornait à poser des règles pénales ne donnant aux juges que de vagues directives, car il les obligerait ainsi du même coup à compléter les règles applicables pour les rendre susceptibles d'être effectivement appliquées. Une peine décidée par un juge dans ces conditions ne serait plus seulement infligée en vertu de la loi mais en vertu de la loi et aussi d'une autre règle que le juge aurait dû y ajouter pour arriver à l'appliquer.

Le principe de légalité emporte qu'en matière pénale, c'est, pour le pouvoir législatif, une obligation constitutionnelle, et non une simple obligation générale de prudence, de disposer par des règles précises.

La Cour européenne des droits de l'homme a, pour sa part, jugé que la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales établit implicitement par son article 7, un principe identique à celui de la Constitution belge, et lui a attribué la même conséquence quant à la nécessaire précision de l'énoncé légal en matière pénale. Il s'agit pour la Cour de protéger l'individu

.../...

contre les surprises que l'application de la loi pourrait lui réserver. Elle a, en effet, considéré dans son arrêt Kokkinakis contre Grèce, du 25 mai 1993 que cet article 7

"... consacre aussi, de manière plus générale, le principe de la légalité des délits et des peines et celui qui commande de ne pas appliquer la loi pénale de manière extensive au détriment de l'accusé, notamment par analogie; il en résulte, ajoute le même arrêt, qu'une infraction doit être clairement définie par la loi."

Un arrêt antérieur de la même Cour, l'arrêt Malone contre Royaume Uni, du 2 août 1984 avait déjà précisé pour sa part

"... qu'on ne peut considérer comme une loi qu'une norme énoncée avec suffisamment de précision pour permettre à un citoyen de régler sa conduite; en s'entourant au besoin de conseils éclairés, il doit être à même de prévoir à un degré raisonnable, dans les circonstances de la cause, les conséquences de nature à dériver d'un acte déterminé."

C'est donc autant pour respecter le principe constitutionnel des articles 12 et 14 que pour satisfaire aux engagements internationaux de la Belgique que le texte de l'article 5, alinéa 1er, du Code pénal, en projet, doit être revu et complété.

Le texte en projet ne s'exposerait pas à la même critique, s'il précisait, d'une part, quelles sont les infractions à propos desquelles les personnes morales peuvent être condamnées, et d'autre part, quelles sont les

.../...

personnes qui, agissant seules ou collégialement, peuvent engager la responsabilité d'une personne morale.

Le législateur pourrait ainsi choisir parmi les lois pénales et les infractions qu'elles créent, celles où il estime que la responsabilité pénale d'une personne morale doit pouvoir être engagée. Il est sans doute particulièrement judicieux de le prévoir pour les infractions où la loi procède elle-même à l'imputation et repousse donc l'imputabilité matérielle. L'un des domaines privilégiés de telles imputations légales est celui de la législation préventive des accidents du travail ou encore celui de la législation anti-pollution. En imposant aux entreprises qui sont souvent des personnes morales, de veiller au respect de prescriptions précises, elles leur imposent un devoir d'organisation. Les rendre pénalement responsables de l'exécution de ce devoir est le moyen le plus adéquat de parvenir à l'organisation espérée. Or, comme il a été dit ci-dessus, c'est dans les cas de telles imputations que le raisonnement du juge est le plus simple parce qu'il peut se passer de l'examen des circonstances concrètes de la commission de l'acte incriminé et des liens existants entre l'auteur de cet acte et l'auteur légal de l'infraction.

Pour les autres cas, ceux où l'imputabilité est matérielle, la loi en projet doit préciser les personnes dont l'action engage la responsabilité pénale de la personne morale. En les désignant, il ne faut pas perdre de vue que des organes, par exemple, peuvent être soit des individus, soit des collèges et qu'il est même relativement courant de parler d'organes de fait.

.../...

I.2. L'élément intentionnel ou moral

C'est d'ailleurs en considération de personnes occupant dans l'organisation de la personne morale une position précisée a priori que l'exposé des motifs envisage l'imputabilité de l'infraction du point de vue de l'élément intentionnel ou encore moral.

Il ne le fait toutefois pas sans une telle ambiguïté que le sens du texte du projet en devient gravement incertain.

En effet, on lit à l'alinéa 2 du point 1.3 de cet exposé des motifs que :

"Le principe général du droit pénal selon lequel l'élément intentionnel est un élément constitutif de tout crime et de tout délit s'applique également à la personne morale. Il va de soi cependant que cet élément intentionnel devra être apprécié en tenant compte notamment des caractéristiques propres que présente une personne morale. Il devra être établi soit que la réalisation de l'infraction découle d'une décision intentionnelle prise au sein de la personne morale, soit qu'elle résulte, par un lien de causalité déterminé, d'une négligence au sein de la personne morale. On vise par exemple l'hypothèse où une organisation interne déficiente de la personne morale, des mesures de sécurité insuffisantes ou des restrictions budgétaires déraisonnables ont créé les conditions qui ont permis la réalisation de l'infraction.".

.../...

Néanmoins, à l'alinéa suivant du même point 1.3, l'exposé des motifs poursuit en affirmant que :

"Pour apprécier l'élément moral dans le chef de la personne morale, le juge doit se baser sur le comportement des personnes ayant une fonction dirigeante au sein de la personne morale. Ces personnes doivent au moins avoir eu connaissance de l'intention de commettre l'infraction et y avoir consenti ou bien avoir incité elles-mêmes à la commission de l'infraction. Dans le cas d'infractions non intentionnelles, elles doivent avoir eu connaissance du risque de la réalisation de l'infraction et avoir négligé de prendre les mesures pour éviter celles-ci. Si la loi requiert un dol spécial comme élément constitutif, il sera nécessaire d'établir que celui-ci est également présent dans le chef des personnes ayant des fonctions dirigeantes."

Ces deux explications ne sont évidemment pas en harmonie; elles contrastent même dangereusement. Alors que dans le premier passage cité, il est affirmé que l'élément moral doit être envisagé globalement en considérant l'ensemble de la personne morale en tant que représentation unitaire de l'ensemble des volontés individuelles, dans le second passage, au contraire, il est affirmé que l'élément moral doit être vérifié sur une catégorie particulière de personnes physiques, celles occupant une place assez élevée dans l'organigramme de la personne morale.

Une telle antinomie jette sur le sens du texte en projet un trouble d'autant plus profond que la concision en est extrême et que, comme il a déjà été signalé ci-dessus, l'exposé des motifs au point 1.2 laisse penser que l'intention est d'étendre loin le cercle des personnes dont le comportement peut donner lieu à la responsabilité de la personne morale.

.../...

L'importance des enjeux de la réforme autant que le respect du principe de la légalité des incriminations et des peines impose au législateur de déterminer clairement dans le texte de la loi les conditions d'imputabilité des infractions aux personnes morales sous tous ses aspects. Il ne peut être question de considérer que ce sont là des questions de fait qui peuvent être laissées à l'appréciation des juges du fond. Les axes du raisonnement du juge doivent être tracés par le texte.

Le flou que le texte et l'exposé des motifs laissent planer sur la façon d'imputer une infraction à une personne morale s'étend - comme il est fatal - à la question dite du concours des responsabilités.

I.3. La question dite du concours des responsabilités

Cette question est celle de savoir si la responsabilité pénale de la personne morale exclut ou non celle de la personne physique dont le comportement a causé l'état infractionnel reproché à la personne morale. Elle ne se pose évidemment pas si la personne physique n'est pas identifiée, hypothèse qui peut se présenter notamment dans les infractions d'omission, de négligence ou purement matérielles dans lesquelles la loi recourt souvent au système de l'imputation légale. Il faut aussi penser que l'organe qui a agi pour le compte de la personne morale peut être un organe collégial; ce qui ne permet pas non plus d'identifier la personne à cause de laquelle la responsabilité pénale de la personne morale est engagée.

.../...

Cette question du cumul engage le fondement même du mécanisme sur lequel la loi en projet a établi le principe de la responsabilité pénale de la personne morale. Exclure toute condamnation de la personne physique pour les mêmes faits que ceux à raison desquels la personne morale est condamnée, c'est considérer que la première n'agit plus elle-même lorsqu'elle agit comme instrument de la personne morale. Au contraire, prévoir que la condamnation de l'une n'exclut pas la condamnation de l'autre, c'est concevoir que la responsabilité pénale de la personne morale est une responsabilité, non pour autrui, mais "par ricochet".

Il appartient évidemment au législateur de prendre parti clairement sur ce point. Il ne le fait actuellement ni dans le texte, ni dans l'exposé des motifs.

En effet, ce dernier affirme que :

"le principe retenu est celui de l'exclusion du cumul des responsabilités",

tandis que le texte n'exclut pas la condamnation de la personne physique dans l'hypothèse où, étant bien sûr identifiée, elle se trouve avoir commis "sciemment et volontairement" une "faute personnelle". Ici encore, l'exposé des motifs, loin d'éclairer le sens du texte en projet, l'obscurcit.

L'interprète pourra, en effet, s'interroger sur la question de savoir s'il faut avoir égard à l'état d'esprit concret de la personne physique au moment où elle a agi comme instrument ou s'il faut au contraire s'arrêter à la qualification légale de l'infraction commise et reprochée à

.../...

la personne morale, la personne physique ne pouvant être condamnée que si cette infraction est l'une de celles qui exigent ce que l'on appelle un dol spécial ou tout à fait spécial.

Le principe de la légalité des incriminations et des peines ne permet pas de rédiger, d'une part, le texte de l'article 5, alinéa 2, en projet, et, d'autre part, l'exposé de ses motifs en écrivant que :

"... si l'élément moral dans le chef de la personne physique est la négligence - ce qui sera souvent le cas dans le droit pénal spécial où beaucoup d'incriminations ne requièrent pas le dol - il appartiendra au juge de vérifier au cas par cas laquelle de la responsabilité de la personne morale ou de celle de la personne physique est déterminante. Ainsi, on évite que, soit la personne morale, soit la personne physique, puisse évaluer le risque pénal a priori."

Cette dernière phrase, en particulier, heurte frontalement le principe de la légalité dont la raison d'être est précisément de permettre à toute personne d'évaluer ce risque.

La précision textuelle est d'autant plus nécessaire que l'article 5, alinéa 2, du Code pénal en projet, doit se concilier avec le chapitre VII du même Code et, notamment, l'article 66 qui prévoit que :

"... seront punis comme auteurs ... ceux qui, par un fait quelconque, auront prêté pour l'exécution une aide telle que, sans leur assistance, le crime ou le délit n'eût pu être commis."

.../...

Si ce que l'exposé des motifs appelle "l'exclusion du cumul" doit être retenue comme principe, il convient de préciser la mesure dans laquelle les règles sur la corréité et la complicité sont atteintes par ce principe.

II. Le Conseil d'Etat s'interroge sur la manière dont vont pouvoir se concilier la loi en projet et les mécanismes existants de sanctions directes et indirectes que le législateur a instaurés dans le but notamment de combler l'absence d'une responsabilité pénale des personnes morales mais aussi sur une remise en cause des systèmes d'imputabilités légale et conventionnelle (1).

Certaines lois ont explicitement désigné la personne physique responsable pénalement pour les infractions commises par la personne morale. Il en est ainsi des lois coordonnées sur les sociétés commerciales où il s'agit généralement des gérants, des administrateurs, des commissaires et des liquidateurs ou encore des lois pénales sociales où sont fréquemment désignés l'employeur, ses préposés ou mandataires. D'autres lois ont imposé aux personnes morales qu'elles désignent une personne physique responsable pour certaines obligations légales incombant à ces personnes morales.

(1) R. Legros, "La responsabilité pénale des dirigeants des sociétés et le droit pénal général", R.D.P., 1963-1964, pp. 13 et suiv.; "Imputabilité pénale et entreprise économique", R.D.P., 1968-1969, pp. 372 et suiv.

A partir du moment où la loi en projet instaure une responsabilité pénale propre à la personne morale, les imputabilités légales et conventionnelles (1) risquent d'être à l'origine de contradictions.

Une autre question est de savoir quel sera encore l'avenir des sanctions directes et indirectes touchant actuellement les personnes morales.

Dans un article paru au Journal des tribunaux (2), M. F. Deruyck établit un inventaire de ces remèdes.

Ainsi, qu'adviendra-t-il de la responsabilité civile de la personne morale du chef de peines pécuniaires infligées à des personnes physiques relevant de la personne morale ? Plusieurs lois ont instauré un tel mécanisme comme la loi du 12 juin 1991 relative au crédit à la consommation, la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur ou encore la loi du 17 juillet 1975 relative à la comptabilité et aux comptes annuels des entreprises.

Ces mécanismes ne paraissent guère compatibles avec l'instauration d'une responsabilité pénale de la personne morale elle-même.

(1) "L'imputabilité est conventionnelle lorsque la personne morale est, de par la loi, tenue de désigner une personne physique responsable pour certaines obligations légales de ladite personne morale", M. F. Deruyck, op. cit., p. 699.

(2) Op. cit., pp. 702-703.

La même question se pose pour les sanctions administratives qui, dans bien des cas, ont été consacrées pour combler le vide juridique résultant de l'absence de responsabilité pénale des personnes morales. C'est ce qui a fait dire à la doctrine que :

"... le rejet de la responsabilité pénale des personnes morales est une cause importante des métamorphoses administratives du droit pénal de l'entreprise." (1).

Si les sanctions administratives ne doivent pas disparaître de l'arsenal juridique, il convient cependant de s'interroger sur le maintien de certaines d'entre-elles, compte tenu du fait que la loi en projet assimile la personne morale à la personne physique et considère donc qu'une personne morale peut être rendue coupable de toutes les infractions visées par les lois pénales.

Il pourrait, dès lors, être possible qu'un même comportement puisse faire l'objet d'une amende administrative, prononcée par une autorité administrative et d'une amende pénale, prononcée cette fois par un juge pénal.

Par ailleurs, certaines amendes administratives applicables aux personnes morales revêtent le caractère

(1) A. De Nauw, "Les métamorphoses administratives du droit pénal de l'entreprise", éd. Mys & Breesch, Gand, 1994, p. 112.

d'une véritable peine, le but réellement poursuivi étant de punir (1).

On se demande, dès lors, quelles seront les finalités respectives de l'amende administrative et de l'amende pénale ou encore ce qu'il adviendra du principe général "non bis in idem".

*

* *

Conclusion

La loi en projet s'expose à trois critiques auxquelles il convient de remédier :

- 1° elle omet de préciser les conditions d'imputabilité matérielle des infractions commises par les personnes morales tout autant que les conditions de détermination de l'élément moral de ces infractions. Conformément à la Constitution et aux dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme, il appartient au législateur et à lui seul de prendre position sur cette double question.

(1) Voir en ce sens l'analyse des avis de la section de législation du Conseil d'Etat faite par MM. R. Andersen et P. Nihoul, "Le Conseil d'Etat - Chronique de jurisprudence 1995", R.B.D.C., 1996-2, pp. 240-241; "Le Conseil d'Etat - Chronique de jurisprudence 1996", R.B.D.C., 1997-2, pp. 211-212.

- 2° L'alinéa 2 de l'article 5 en projet est totalement ambigu en ce qu'il ne permet en rien de déterminer les hypothèses dans lesquelles il pourrait y avoir ou non une responsabilité pénale, d'une part, de la personne morale et de la personne physique d'autre part. Le texte doit être fondamentalement revu.
- 3° Le projet est lacunaire et doit être complété en vue d'aménager les législations existantes et spécialement celles qui concernent les amendes administratives mises à charge de la personne morale.

Compte tenu de cette conclusion, c'est de manière subsidiaire que le Conseil d'Etat examine les dispositions du projet.

Dispositif

Article 2

1. En ce qui concerne les alinéas 1er et 2 de l'article 5 en projet, il est renvoyé à l'observation générale n°s I.1., I.2. et I.3.

2. L'alinéa 3 en projet assimile aux personnes morales des groupements qui sont dépourvus de la personnalité juridique.

.../...

Ceci a pour conséquence que :

"... même non impliqués dans l'infraction, les membres de ces groupements risquent a fortiori d'être directement atteints par les effets d'une condamnation pénale prononcée contre le groupement, sans plus pouvoir exercer au civil le moindre recours en indemnisation contre les vrais "coupables" éventuellement identifiés et non bénéficiaires d'une immunité personnelle." (1).

Les délégués du ministre ont expliqué qu'au nom de l'autonomie du droit pénal, il est permis d'accorder une "personnalité juridique pénale" à des personnes morales qui n'en disposent pas au plan civil.

L'assimilation de la personne morale à des groupements est très contestable. Cette assimilation aura pour effet de faire exister pour le droit pénal des entités qui n'ont, par ailleurs, aucune existence dans les autres domaines du droit.

Cette assimilation aura, en outre, pour effet de punir directement les personnes physiques qui composent le groupement alors que dans l'hypothèse d'une personne morale dotée de la personnalité juridique, son patrimoine sera, en principe, directement atteint si sa responsabilité pénale est retenue.

(1) Chr. Hennau, Gen. Schamps et J. Verhaegen, op. cit.

Par ailleurs, au regard des principes constitutionnels de l'égalité et de non-discrimination, il appartient à l'auteur du projet de justifier objectivement cette différence de traitement.

Enfin, le Conseil d'Etat constate également que ne sont pas concernées par cette assimilation, les associations sans but lucratif en formation et d'autres associations de fait comme les syndicats, les partis politiques ...

Ici aussi, il appartient à l'auteur du projet de justifier par rapport aux principes constitutionnels précités, la raison objective pour laquelle l'assimilation vise certaines entités dépourvues de la personnalité juridique plutôt que d'autres.

Article 3

Le commentaire de cette disposition semble indiquer que la modification en projet a notamment pour objet de consacrer en tant que sanction pénale dans le Code pénal, la publication et la diffusion de la décision judiciaire.

Or, le dispositif ne contient pas une telle modification.

Cette contradiction doit être levée.

.../...

Article 4

L'article 7bis du Code pénal en projet énumère les peines applicables aux infractions commises par les personnes morales.

1. Interrogés sur le sens de l'alinéa 1er, 2°, en projet, les délégués du ministre ont expliqué que toutes les hypothèses de la confiscation spéciale consacrée à l'article 42 du Code pénal, sont applicables aux personnes morales.

Toutefois, une réserve a été faite pour les personnes morales de droit public. Lorsque la confiscation se rapporte

"aux choses formant l'objet de l'infraction et à celles qui ont servi ou qui ont été destinées à la commettre" (article 42, 1°, du Code pénal),

il est exigé que ces biens soient civilement saisissables et qu'ils ne servent pas à une activité qui relève d'une mission de service public.

Le Conseil d'Etat n'aperçoit pas l'utilité des termes "à l'exception des activités qui relèvent d'une mission de service public". En faisant référence aux "biens civilement saisissables", le Conseil d'Etat suppose, en effet, que l'auteur du projet entend mettre en oeuvre les règles consacrées à l'article 1412bis du Code judiciaire.

Si tel ne devait pas être l'intention de l'auteur du projet, il y a lieu de rédiger plus clairement la disposition en projet et de justifier la raison pour

.../...

laquelle le régime pénal de la confiscation s'écarte du régime de la saisissabilité consacré à l'article 1412bis, précité.

Le Conseil d'Etat constate également une différence d'approche entre cette disposition et l'alinéa 2, 3°, en projet qui prévoit qu'en matière criminelle et correctionnelle l'une des peines applicables sera

"la fermeture d'un ou de plusieurs établissements, à l'exception d'établissements où sont exercées des activités qui relèvent d'une mission de service public.".

Le concept de personne morale de droit public n'est pas utilisé dans ce dernier cas.

Doit-on, dès lors, en conclure qu'une confiscation spéciale prévue à l'article 42, 1°, du Code pénal pourra être infligée sans aucune réserve lorsque la personne morale est une personne morale de droit privé et qu'elle assume une mission de service public, alors que s'agissant de la fermeture d'un établissement, celle-ci ne pourra pas intervenir si la personne morale de droit privé assume une mission de service public ?

Il appartient à l'auteur du projet de clarifier cette différence de conception dans l'application des peines précitées.

Le Conseil d'Etat attire également l'attention sur la difficulté qu'il y a pour certaines personnes morales de droit public de faire la distinction entre les biens qui

.../...

sont affectés au service public et les autres ... Il en est notamment ainsi pour les entreprises publiques autonomes.

2. A l'article 7bis, alinéa 2, 2°, en projet, le texte est ambigu en ce qu'il donne à penser que serait interdite non pas une activité déterminée mais la poursuite de l'objet social.

Le texte doit être revu pour éliminer cette ambiguïté en s'inspirant de la recommandation n° R (88) 18 :

"- l'interdiction d'exercer certaines activités, notamment l'exclusion des marchés publics;"

Articles 5 et 9

Sur un plan légistique, les articles 5 et 9 du projet sont incompatibles. En effet, ils insèrent tous deux dans le Livre premier, Chapitre II, section V, du Code pénal, une nouvelle sous-section I, intitulée tantôt "Des peines communes aux crimes et aux délits applicables aux personnes physiques", tantôt "De l'interdiction". L'auteur du projet doit en conséquence revoir la présentation formelle de ces deux dispositions.

Articles 6 et 10

L'observation qui est formulée sous les articles 5 et 9 du projet peut être transposée aux articles 6 et 10 du projet.

.../...

En effet, ils insèrent tous deux dans le Livre premier, Chapitre II, section V, du Code pénal, une nouvelle sous-section II, intitulée tantôt "Des peines communes aux crimes et aux délits applicables aux personnes morales", tantôt "De la publication et de la diffusion de la condamnation".

L'auteur du projet doit, en conséquence, revoir également la présentation formelle de ces deux dispositions.

Article 35 (en projet)

L'exposé des motifs indique à propos de l'article 35 du Code pénal en projet que :

"La dissolution - qui constitue "la mort" de la personne morale - ne pourra être prononcée que s'il est établi que la personne morale a été, à titre principal, créée dans le but de commettre les crimes ou délits sur lesquels porte la condamnation ou détournée de son objet dans ce but. Seules les personnes morales qui se sont placées dans l'illégalité dès leur création pourront donc être dissoutes en vertu de cette disposition.".

La formulation de l'article 35 en projet risque de donner lieu à des difficultés d'interprétation. Quand conviendra-t-il de dire que la personne morale a été créée "à titre principal" dans le but de commettre les faits qui lui sont reprochés ?

.../...

Il est proposé de rédiger l'alinéa 1er de cette disposition de la manière suivante :

"Art. 35. La dissolution peut être décidée par le juge lorsque la personne morale a été intentionnellement créée afin d'exercer les activités punissables pour lesquelles elle est condamnée ou lorsque son objet a été intentionnellement détourné afin d'exercer de telles activités.".

Articles 36 et 37 (en projet)

Le Conseil d'Etat constate que ces peines ne pourront être prononcées par le juge que lorsque le législateur aura déterminé les cas dans lesquels elles trouveront à s'appliquer.

Le renvoi à une autre loi a pour conséquence que le régime pénal applicable aux personnes morales est incomplet et qu'au moment de l'entrée en vigueur de la loi en projet, le juge ne pourra pas mettre en oeuvre l'ensemble des peines consacrées par la loi en projet.

En outre, le Conseil d'Etat attire l'attention des auteurs du projet sur la circonstance que le texte en projet donne aux communautés et régions, conformément à l'article 11 de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, le pouvoir de prévoir les cas dans lesquels pourra être appliquée une interdiction d'une activité relevant de l'objet social ou une fermeture d'un ou plusieurs établissements de la personne morale.

.../...

Article 8

1. Aux termes de la recommandation n° R (88) 18, précitée,

"dans la détermination des sanctions ou des mesures applicables dans un cas déterminé, notamment celles de nature pécuniaire, il conviendrait de prendre en compte le gain que l'entreprise a tiré de ses activités illicites, ce gain pouvant être évalué, le cas échéant, par estimation.".

Selon les délégués du ministre, la loi en projet rencontre ce souci par le biais de la confiscation spéciale prévue à l'article 42 du Code pénal et plus particulièrement les 2° et 3° qui permettent la confiscation des choses qui ont été produites par l'infraction ainsi que des avantages patrimoniaux tirés directement de l'infraction, ou encore des biens et valeurs qui leur ont été substitués ainsi que les revenus de ces avantages investis.

Il convient que cette précision soit exprimée dans l'exposé des motifs.

2. Si l'exposé des motifs met principalement en évidence la volonté de l'auteur du projet de maintenir un parallélisme étroit entre les peines qui peuvent être appliquées à des personnes physiques et celles qui pourront être appliquées aux personnes morales, pour les mêmes faits, il reste cependant silencieux sur les paramètres qui ont été pris en considération pour établir le mécanisme de conversion de peines privatives de liberté en peines d'amende.

.../...

En outre, certaines peines privatives de liberté s'expriment en nombre de jours et non en nombre de mois.

Il y a, dès lors, lieu d'aménager la règle de conversion pour tenir compte de cette particularité.

La disposition en projet dispose également que

"lorsque la peine prévue par la loi pour le fait est une peine privative de liberté à perpétuité, une amende de 240.000 à 720.000 francs"

sera d'application.

Interrogés sur les paramètres qui ont été pris en considération pour établir cette fourchette, les délégués du ministre ont expliqué que cela correspondait plus ou moins à une fourchette de 20 à 60 ans de peine privative de liberté. Toutefois, sachant que ces peines sont rarement accomplies jusqu'à leur terme, parce qu'une libération conditionnelle est généralement décidée, l'auteur du projet a voulu tenir compte de cette situation en établissant les amendes pénales précitées.

Afin d'éviter tout reproche d'arbitraire, il est préférable que le commentaire de cette disposition fasse apparaître clairement le raisonnement qui justifie cette nouvelle règle.

.../...

3. Aux termes du paragraphe 2 en projet, il est prévu que

"pour la détermination de la peine en vertu des dispositions du Livre Ier de ce Code, la disposition du paragraphe 1er de cet article est applicable.".

Interrogés sur le sens de cette disposition, les délégués du ministre ont expliqué qu'il s'agissait de rendre applicable aux personnes morales les dispositions du Livre Ier du Code pénal dont notamment celles relatives à la tentative (articles 51 et suivants), à la récidive (articles 54 et suivants), au concours de plusieurs infractions (articles 58 et suivants) ou encore aux circonstances atténuantes (articles 79 et suivants).

Compte tenu de ces explications, la formulation du paragraphe 2 doit être revue complètement et indiquer quelles dispositions particulières du Livre Ier, précité, sont applicables aux peines visées au paragraphe 1er en projet.

Pour le surplus, il est renvoyé à l'observation générale n° I.3. faite sur le cumul de responsabilités.

Articles 9 et 10

Il est renvoyé à l'observation formulée sous les articles 5 et 6 du projet, à propos de la présentation formelle de ces dispositions.

.../...

Article 35 (en projet)

Il est renvoyé à l'observation formulée sous les articles 36 et 37 en projet.

Article 11

Le projet doit préciser les conséquences de la règle telle qu'elle est consacrée. Ainsi, en cas de dissolution de la personne morale après une condamnation pénale, doit-on considérer que la peine sera désormais supportée par les anciens associés ou si elle s'est transformée juridiquement (1) ou a perdu sa personnalité juridique au profit d'une nouvelle personne morale (par absorption ou scission d'une société commerciale), sera-t-il possible de réclamer l'amende pénale à cette dernière ?

Ces questions doivent être traitées avec toute la rigueur qu'impose leur importance.

(1) L'adoption d'une autre forme juridique par une société constituée sous l'une des formes visées à l'article 2 des lois coordonnées sur les sociétés commerciales n'entraîne aucun changement dans la personnalité juridique de la société qui subsiste sous la nouvelle forme (article 165 des lois coordonnées sur les sociétés commerciales).

Article 13

Cet article soulève les trois questions suivantes :

1. Comment est-il possible de faire renaître une personne morale qui a été dissoute et liquidée ?

2. Comment cette personne morale pourra-t-elle répondre des condamnations qui sont prononcées à son égard alors qu'elle n'a plus de patrimoine ?

3. Comment le mandataire de justice, désigné en vertu de l'article 12 du projet, pourrait-il assurer utilement la défense de cette personne morale dépourvue, par ailleurs, de tout autre organe d'expression ?

Le Conseil d'Etat ne voit pas comment ces questions pourraient être adéquatement résolues et en conclut que cette disposition doit être abandonnée.

Article 16

Afin de sauvegarder l'effectivité d'une procédure pénale à l'égard d'une personne morale, la disposition en projet autorise le juge d'instruction à prendre des mesures provisoires à condition qu'une instruction soit ouverte, qu'il y ait des indices sérieux de culpabilité et des circonstances particulières qui doivent rendre la mesure nécessaire.

.../...

Certaines mesures provisoires peuvent avoir des conséquences sur le patrimoine d'une autre personne morale ou d'une personne physique. Il en est notamment ainsi de "l'interdiction de transactions patrimoniales spécifiques".

Parmi les dispositions de la loi du 12 mars 1998 relative à l'amélioration de la procédure pénale au stade de l'information et de l'instruction, les articles 28sexies et 61quater du Code d'instruction criminelle organisent une possibilité de recours contre des actes d'information ou d'instruction lorsque ceux-ci concernent des biens et lèsent des personnes.

Ne s'agissant pas à proprement parler de mesures d'information ou d'instruction, il serait souhaitable de prévoir que les mesures provisoires décidées par le juge d'instruction puissent également faire l'objet d'un recours similaire à celui organisé par les articles 28sexies et 61quater, précités.

Il y a lieu enfin de préciser ce que l'on vise exactement par les termes "transactions patrimoniales spécifiques".

Articles 17 et 18

Comme en ont convenu les délégués du ministre, le but poursuivi par de telles dispositions est de créer un casier judiciaire pour les personnes morales.

.../...

Le Conseil d'Etat constate cependant que les articles 600 et 601 du Code d'instruction criminelle ont été modifiés dans le cadre d'une vaste réforme concernant la création d'un casier judiciaire central (1). Or, à ce jour, bien que cette loi ait été adoptée au Parlement en 1997, elle n'a pas encore fait l'objet d'une publication au Moniteur.

Il convient de tenir compte de cette loi pour créer un casier judiciaire propre aux personnes morales.

Observations de légistique

Lors de la rédaction du texte nouveau, il faudrait tenir compte des règles de légistiques suivantes :

1. Lorsqu'un même texte modifie plusieurs textes antérieurs, il convient de diviser le texte modificatif en autant de chapitres qu'il y a de textes à modifier. Il est donc proposé de rédiger un Chapitre premier consacré aux modifications du Code pénal, un Chapitre II, aux modifications du Titre préliminaire du Code d'instruction criminelle et un Chapitre III aux modifications apportées au Code d'instruction criminelle.

2. L'usage des tirets est à éviter (article 5, alinéa 3 nouveau; 7bis, nouveau, article 41bis nouveau).

(1) voir Doc. par. Sénat, sess. 1996-1997, n° 1-663/ 1 à 6.

3. Le caractère obligatoire d'une disposition se marque par le recours à l'indicatif présent et non au futur.

4. La rédaction de pratiquement tous les liminaires ne correspond pas aux règles établies par le traité de légistique formelle.

5. Pour des raisons évidentes de sécurité juridique, il faut éviter qu'un texte modificatif n'ait pour objet de déplacer des articles ou d'en changer le numérotage. Ces modifications peuvent entraîner de grande difficulté eu égard aux références qui seraient faites à ces articles dans d'autres textes. Cette observation concerne en particulier l'article 16.

Observation finale relative au texte néerlandais du projet

Le texte néerlandais devrait être rédigé en tenant compte des observations faites dans la version néerlandaise du présent avis.

Onderzoek van het ontwerp

I. Algemene opmerkingen

Het ontwerp is inzonderheid opgesteld om gevolg te geven aan de aanbevelingen nrs. R(81)12 en (88)18 van het Ministercomité aan de Lidstaten van de Raad van Europa over de criminaliteit in de zakenwereld en de verantwoordelijkheid van ondernemingen-rechtspersonen voor strafbare feiten die ze in de uitoefening van hun activiteiten plegen. Het stelt dan ook enerzijds het principe in van de strafrechtelijke verantwoordelijkheid van rechtspersonen, en anderzijds een systeem van specifieke straffen die hun kunnen worden opgelegd.

Het ontbreken van zulk een principe belet evenwel niet dat sommige wetten nu reeds rechtspersonen bestraffen met zogenaamde administratieve geldboeten; andere wetten dwingen in verschillende gevallen rechtspersonen de strafrechtelijke geldboeten te betalen waartoe sommige van hun organen, mandatarissen, vertegenwoordigers of aangestelden persoonlijk veroordeeld zijn. De rechtspersonen worden in dat laatste geval onrechtstreeks veroordeeld.

.../...

Het Hof van Cassatie heeft van zijn kant een belangrijke rol gespeeld in de ontwikkeling van het eigenlijke strafrechtelijke aspect (1).

Na lange tijd te hebben geoordeeld dat een rechtspersoon geen strafbaar feit kan plegen, heeft het Hof dat standpunt opgegeven en er een ander ingenomen, namelijk dat een rechtspersoon een strafbaar feit kan plegen, maar hiervoor evenwel niet gestraft kan worden. Na zich te hebben gericht naar de rechtsspreuk "*societas delinquere non potest*", heeft het Hof dus een andere rechtsspreuk gevolgd : "*societas delinquere potest sed non puniri*". Een vennootschap kan een strafbaar feit bedrijven, maar de straf die op het gepleegde strafbare feit staat, wordt ondergaan door de natuurlijke persoon door wie ze gehandeld heeft.

Deze rechtspraak is hoegenaamd niet algemeen aanvaard. De critici brengen niet alleen in het midden dat het dikwijls moeilijk is haar toe te passen, maar voeren er ook vrij strenge theoretische bezwaren tegen aan.

De rechter kan immers niet altijd de natuurlijke persoon aanwijzen die hij moet straffen, doordat de huidige organisatie van ondernemingen complex is, de leidinggevende personen binnen die ondernemingen op de meest uiteenlopende

(1) Voor een analyse van de rechtspraak van het Hof van Cassatie, zie onder meer : A. De Nauw, "*La délinquance des personnes morales et l'attribution de l'infraction à une personne physique par le juge*", noot onder het arrest van het Hof van Cassatie van 23 mei 1990, R.C.J.B., 1992, blz. 552 en volgende; O. Ralet, "*Responsabilité des dirigeants de sociétés*", uitg. Larcier, Brussel, 1996, blz. 267 en volgende; F. Deruyck, "*Pour quand la responsabilité des personnes morales en droit pénal belge ?*", J.T., 1997, blz. 697 en volgende.

niveaus handelen, die leidinggevende personen elkaar bevoegdheden overdragen en ten slotte, doordat aan de besluitvorming collegialiteit ten grondslag ligt. Zo bijvoorbeeld heeft Yvon Hannequart geschreven :

"Les faits punissables dérivent souvent d'une politique générale définie par des organes collectifs (conseils d'administration, assemblées générales, conseils de direction) ou d'un manque général de discipline de tout le personnel ou de celui affecté à tel service. C'est au niveau de la collectivité qu'il faut rechercher l'intention, la négligence, la faute puisque l'infraction a puisé à ce niveau son énergie (1).".

Hierbij aansluitend heeft de heer De Nauw geschreven :

"Il devient, dès lors, difficile de déchiffrer une intention, une négligence ou une faute individuelle nettement caractérisée." (2).

Verder hebben bepaalde auteurs het paradoxale van zulk een rechtspraak onderstreept. Dat onder meer heeft professor Lucien François gedaan.

"Il paraît malaisé, écrit-il, de concilier l'opinion que la personne morale est elle-même titulaire de l'obligation enfreinte, et l'opinion que ce n'est pas elle que la peine frappe";

(1) Y. Hannequart, "Imputabilité pénale et dommages survenus aux personnes et aux biens à l'occasion des activités de l'entreprise", R.D.P., 1968-1969, blz. 487.

(2) A. De Nauw, op.cit., blz. 570.

"... on nie que ce soit la personne morale que l'on punit, parce qu'on voit sanctionner un intermédiaire, alors que d'autre part on affirme que c'est bien elle qui enfreint la loi, bien qu'il y ait là aussi un intermédiaire, sans le truchement de qui la personne morale n'eût pu "delinquere". On dit du représentant ou de l'organe de la personne morale qu'il est celui par qui elle a agi, et c'est donc elle alors qui est censée agir; mais on ne dit pas, lorsqu'une peine le frappe, qu'il est celui par qui elle est punie.

Au stade de l'action, il n'était plus lui-même; mais il le redevient au moment de la punition." (1).

De ontworpen wet strekt ertoe die problemen en dat gebrek aan samenhang weg te werken door enerzijds de strafrechtelijke verantwoordelijkheid van rechtspersonen in te voeren en anderzijds te voorzien in nieuwe en specifieke straffen waartoe rechtspersonen zelf kunnen worden veroordeeld voor het plegen van een strafbaar feit. Het is evenwel de bedoeling van de stellers van het ontwerp te voorkomen dat een regeling van objectieve strafrechtelijke aansprakelijkheid wordt vastgelegd, waardoor een rechtspersoon zou kunnen worden veroordeeld voor welk feit ook dat binnen die rechtspersoon gepleegd zou zijn. Zij wensen dus voor rechtspersonen niet het beginsel van ons strafrecht op de helling te zetten :

(1) "Implications du delinquere sed non puniri potest", in "Mélanges offerts à Robert Legros", Brussel, uitg. van de U.L.B., blz. 204-205.

"La responsabilité pénale au sens strict du terme subordonne l'imputation du fait illicite à l'existence d'une faute subjective, intentionnelle ou non, dans le chef de son auteur." (1).

Hetzelfde beginsel is door het Hof van Cassatie gememoreerd in een arrest van 31 januari 1989.

Precies het noodzakelijk voorhanden zijn van dat morele bestanddeel bij elk strafbaar feit vormt voor bepaalde auteurs een niet uit de weg te ruimen beletsel om een regel in te voeren die de strafrechtelijke verantwoordelijkheid van rechtspersonen en hun bestraffing zou vastleggen. Die auteurs zijn immers van oordeel dat, aangezien collectiviteiten noch een wil, noch een bewustzijn hebben, hun nooit een strafbaar feit kan worden toegerekend, omdat die toerekening het onderzoeken van een moreel bestanddeel impliceert, dat noodzakelijkerwijs onvindbaar is.

Diezelfde auteurs vrezen dat ontwikkeling van de wetgeving naar objectieve verantwoordelijkheid, uiteindelijk aanleiding zal geven tot strafrechtelijke verantwoordelijkheid van collectiviteiten, terwijl alleen personen stricto sensu strafrechtelijk verantwoordelijk kunnen zijn.

"Elle ne saurait sans une injustice manifeste se communiquer de l'un à l'autre inculpé. De même qu'il n'est ni sensé ni juste de tenter de conclure à l'état d'esprit d'un inculpé à partir de l'intention ou de la

(1) Chr. Hennau, Gen. Schamps en J. Verhaegen, "Indispensable responsabilité de l'entreprise, inacceptable culpabilité collective" - à propos de l'avant-projet de loi relative à la responsabilité pénale des personnes morales, J.T. 1998, blz. 561 tot 570.

répréhensible négligence de son voisin, ainsi n'est-il ni sensé ni juste de prétendre découvrir au sein d'un groupe une quelconque culpabilité subjective permettant d'imputer pénalement les infractions de certains de ses membres à l'ensemble du groupe et aux membres qui n'auraient pris aucune part à l'infraction ou ne pourraient se voir personnellement reprocher à son égard aucune intention coupable, aucune répréhensible négligence ... C'est une telle responsabilité pénale "collective" qui se profilera dangereusement derrière toute condamnation pénale stricto sensu d'une entreprise chaque fois que cette condamnation aura pour effet de faire peser sur l'ensemble du groupe le caractère réprobateur de la peine prononcée, chaque fois que sera refusée aux membres innocents la possibilité de s'y soustraire en excipant de leur erreur invincible ou de toute autre cause de non-imputabilité subjective." (1).

De stellers van het ontwerp hebben evenwel gemeend die problemen te kunnen overwinnen. Zij zijn hiertoe aangemoedigd, niet alleen door de reeds vermelde aanbevelingen van de Raad van Europa, maar ook door een bepaalde recente rechtsleer en veelzeggende voorbeelden in de buitenlandse wetgeving.

Zo heeft Mevrouw Valérie Simonart onlangs in een voor de rechtsfaculteit van de "Université libre de Bruxelles" verdedigd proefschrift (2) geschreven :

"Une personne morale peut manifester une volonté collective. Cette volonté est certes différente de celle des individus, mais elle ne peut être niée : il suffit de penser aux "monstres" que constituent certaines sociétés anonymes; les résolutions des assemblées générales n'émanent pas de tel ou tel actionnaire, mais de la somme des volontés individuelles et divergentes

(1) Chr. Hennau, Gen. Schamps en J. Verhaegen, op. cit.

(2) "La personnalité morale en droit privé comparé", uitg. Bruylant, Brussel, 1995, blz. 249, nr. 291.

qui ont subi une alchimie synergétique qui n'a rien de magique (1).

Cette volonté peut se diriger "vers le bien comme vers le mal" (2) et accomplir des actes avec une composante morale."

Er mag in dit verband overigens niet voorbijgegaan worden aan het feit dat volgens de recentste opvatting van het Hof van Cassatie een rechtspersoon een strafbaar feit kan plegen, al kan hij hiervoor niet gestraft worden.

Hierbij komt dat bepaalde buurlanden van België onlangs of iets langer geleden hun wetgeving in die zin aangepast hebben.

Dit is het geval met Frankrijk, waarvan artikel 121-2 van het nieuwe Strafwetboek van 1992 het volgende bepaalt :

(1) Zie Delmas-Marty, "Droit pénal des affaires", deel I, blz. 109; J. Pradel, "L'avant-projet de révision du Code pénal", D., 1977, chr. XV, nr. 4, blz. 117; G. Levasseur, "La responsabilité pénale des sociétés commerciales en droit positif français actuel, et dans les projets de réforme envisagés", Rev. int. dr. pén., 1987, nr. 1, blz. 21; D'Haenens, "sanctions pénales et personnes morales", R.D.P., 1975-1976, blz. 733, nr. 5; G. Venandet, "La responsabilité pénale des personnes morales dans l'avant-projet de Code pénal", Rev. trim. dr. comm., 1978, blz. 735, nr. 9; A. Foerschler, "Corporate Criminal, Intent : Toward a better understanding of corporate misconduct", 78 Calif. L. Rev. 1287, 1291 (1990).

(2) Pradel, op. cit.; Venandet, op. cit., blz. 735, nr. 9.

"... les personnes morales, à l'exclusion de l'Etat, sont responsables pénalement, selon les distinctions des articles 121-4 à 121-7 et dans les cas prévus par la loi ou le règlement, des infractions commises, pour leur compte, par leurs organes ou représentants.".

Evenzo is in 1976 in het Nederlandse Wetboek van Strafrecht een artikel 51 ingevoegd, luidende :

"1. Strafbare feiten kunnen worden begaan door natuurlijke personen en rechtspersonen."

en

"2. Indien een strafbaar feit wordt begaan door een rechtspersoon, kan de strafvervolgning worden ingesteld en kunnen de in de wet voorziene straffen en maatregelen, indien zij daarvoor in aanmerking komen, worden uitgesproken :

1°. tegen die rechtspersoon, dan wel

2°. tegen hen die tot het feit opdracht hebben gegeven, alsmede tegen hen die feitelijke leiding hebben gegeven aan de verboden gedraging, dan wel

3°. tegen de onder 1° en 2° genoemden tezamen.".

In het strafrecht van het Verenigd Koninkrijk en van de Verenigde Staten bestaat eveneens het principe van de strafrechtelijke verantwoordelijkheid van rechtspersonen.

Het ontwerp is gebaseerd op de idee dat, aangezien een rechtspersoon een groep van individuen is die via die rechtspersoon of voor die rechtspersoon handelen en die, ten aanzien van een zeer groot aantal rechtsregels, belangrijke verplichtingen dient na te komen in administratieve, sociale, fiscale of economische zaken, die rechtspersoon,

.../...

net als de overige personen naar recht, die verplichtingen moet nakomen onder het toezicht en de dwang die ten aanzien van zijn gedragingen gelden krachtens de strafrechtelijke regels.

De stellers van het ontwerp beogen zeker niet de vaste regels van het strafrecht ingrijpend te veranderen in zoverre het van toepassing is op rechtspersonen. Op de eerste regels van het eerste punt van de memorie van toelichting wordt dit nauwkeurig aangegeven. Er staat te lezen :

"Artikel 2 van het wetsontwerp voert in het Belgisch recht de strafrechtelijke aansprakelijkheid van rechtspersonen in. De basisfilosofie hierbij is dat in de mate van het mogelijke rechtspersonen worden geassimileerd met natuurlijke personen."

Deze zienswijze houdt in dat de strafrechtelijke redenering die tot toerekenbaarheid van het strafbare feit aan de dader ervan leidt, niet grondig gewijzigd wordt. Volgens de stellers van het ontwerp moet de strafrechtelijke verantwoordelijkheid van rechtspersonen dezelfde zijn als die welke voor natuurlijke personen geldt, namelijk een subjectieve verantwoordelijkheid. In de redenering die een rechtbank volgt om een rechtspersoon te veroordelen, zal ze dus in principe moeten uitgaan van de door de wet strafbaar gestelde handeling om de dader ervan te kunnen identificeren, hem op grond van zijn staat van bewustzijn strafrechtelijk verantwoordelijk te kunnen stellen voor zijn daad en hem ten slotte een straf te kunnen opleggen.

.../...

Zowel uit materieel oogpunt als uit het zogenaamde "morele" oogpunt kan evenwel niet voorbijgegaan worden aan het feit dat rechtspersonen in stoffelijk opzicht niet bestaan en dat hun activiteiten, welke ook, noodzakelijkerwijs het optreden van een of meer individuen impliceren. Het door het ontwerp vastgelegde beginsel behoort dan ook zo te worden verduidelijkt als nodig is ten gevolge van de onvermijdelijke rol die natuurlijke personen spelen in een redenering die moet leiden tot veroordeling van een persoon die zulks niet is.

I.1. Materiële of wettelijke toerekening

In artikel 2 van het ontwerp wordt aangegeven dat strafbare feiten die aanleiding kunnen geven tot veroordeling van een rechtspersoon, die zijn welke "ter verwezenlijking van zijn doel, ter waarneming van zijn belang of voor zijn rekening werden gepleegd"; in die tekst is echter niet gepreciseerd wie de strafbaar gestelde materiële handeling gepleegd moet hebben wil de rechtspersoon strafrechtelijk verantwoordelijk kunnen worden gesteld. Deze leemte moet worden aangevuld.

Men dient er immers oog voor te hebben dat een strafbaar feit in principe toerekenbaar is aan de dader van het materiële feit dat aanleiding geeft tot het strafbare feit. Zoals professor Legros schrijft, wijst het feit de dader aan. Er bestaan evenwel uitzonderingen op dat principe van materiële toerekenbaarheid, omdat volgens de bepalingen van het strafrecht inzake strafbaarstelling, het feit

.../...

toegerekend kan worden aan een andere, door de wet schuldig geachte persoon, buiten degene die materieel het strafbare feit pleegt. In dat geval wijst het feit niet meer de dader aan, maar wordt krachtens de wet zelf de strafbare schuld losgemaakt van het gedrag dat op het materiële bestaan van de schuld wijst.

Om de strafrechtelijke redenering vast te leggen die ertoe moet leiden dat een rechtspersoon gestraft kan worden, moet er een onderscheid gemaakt worden naargelang het gaat om strafbare feiten die materieel, dan wel wettelijk kunnen worden toegerekend.

Al vormt dat tweede geval in theorie de uitzondering, het behoort te worden onderzocht omdat de wetgever dikwijls met wettelijke toerekening werkt wanneer hij regels geeft voor bestraffing, uit vrees dat een regel geen gevolg heeft als hij niet aan een bepaalde persoon de taak opdraagt toe te zien op de toepassing ervan. Gezien zijn hoedanigheid (eigenaar, werkgever, bedrijfsleider, enz.) en dus de rol die hij speelt, wordt die persoon bijgevolg belast met een belangrijke taak, aangezien hij straffen kan oplopen. Die persoon blijkt tegenwoordig dikwijls een rechtspersoon te zijn, zodat die rechtspersoon door de wet persoonlijk en strafrechtelijk verantwoordelijk gesteld wordt naar aanleiding van het uitvoeren van de taak waarmee hij belast is. De rechter zal gemakkelijk zulk een wet toepassen; hij zal onmiddellijk constateren dat de wettelijke dader die in de wet abstract aangegeven wordt, in casu een rechtspersoon blijkt te zijn en zal hem schuldig achten aan het strafbare feit dat hem ten laste gelegd

.../...

wordt. Aangezien die persoon diegene is die in de wet als dader aangewezen wordt, zal hij alleen door zich te verantwoorden kunnen ontsnappen aan vervolging.

Wanneer het daarentegen om zuivere strafbare feiten gaat, namelijk die waarbij in principe strafrechtelijk verantwoordelijk is, de persoon die materieel een handeling gesteld heeft die door de wet strafbaar wordt gesteld, zal de rechtbank noodzakelijkerwijs, na te hebben vastgesteld dat de verboden handeling gesteld is, moeten pogen de dader van het strafbare feit te vinden uitgaande van het feit dat die handeling gesteld is. De rechtbank zal bij dat zoeken onvermijdelijk terecht komen bij een natuurlijk persoon; alleen een natuurlijk persoon kan immers materieel een handeling stellen, omdat door de immateriële aard van een rechtspersoon die persoon onmogelijk enige materiële handeling kan stellen.

Om die handeling aan een rechtspersoon te kunnen toerekenen, moet de rechter dus de redenering aanvullen die hij gewoonlijk volgt. Na te hebben vastgesteld dat deze of gene natuurlijke persoon de strafbaar gestelde materiële handeling gesteld heeft, zal hij moeten nagaan of die persoon die handeling gesteld heeft toen hij een rechtspersoon belichaamde, dan wel, om meer precies te zijn, of die natuurlijke persoon, op het ogenblik dat hij gehandeld heeft, opgetreden is als een werktuig van die rechtspersoon. Onder die voorwaarde kan de door de natuurlijke persoon gestelde handeling geacht worden niet meer - of niet meer alleen - door hem, maar door de rechtspersoon zelf gesteld te zijn.

.../...

De omstandigheden waarin de rechter er van uit zal dienen te gaan dat de natuurlijke persoon tot een werktuig van een rechtspersoon is geworden, vormen dus duidelijk een hoofdbestanddeel van de materiële toerekenbaarheid van een zuiver strafbaar feit aan een rechtspersoon. Die omstandigheden vormen het wezen van wat in de memorie van toelichting (punt 1.2, tweede alinea) op de ontworpen wet "de intrinsieke band" tussen het strafrechtelijk feit en de rechtspersoon wordt genoemd.

De tekst van het ontworpen artikel 5, eerste lid, van het Strafwetboek (artikel 2 van het ontwerp) biedt de rechter geen enkele aanwijzing omtrent de wijze waarop hij over die band zal moeten redeneren. De steller van het ontwerp gaat volledig aan die netelige kwestie voorbij en beschouwt ze als een feitelijke kwestie, waarover de feitenrechter te oordelen heeft. Het staat dus aan de rechter om geval voor geval te oordelen of er al dan niet sprake is van de "intrinsieke band", die de spil van de regeling vormt die erin bestaat rechtspersonen strafrechtelijk aansprakelijk te stellen voor alle strafbare feiten, zonder tussen die strafbare feiten een onderscheid te maken en inzonderheid zonder rekening te houden met de soort toerekenbaarheid, materiële of wettelijke, die door de strafwet wordt ingesteld.

Dezelfde memorie van toelichting wekt de indruk dat de bedoeling van de stellers van het ontwerp erin bestaat de kring van natuurlijke personen wier daden aan een rechtspersoon toegerekend kunnen worden, zo ruim mogelijk te maken. In de memorie van toelichting is niet alleen sprake

.../...

van bedienden maar ook van werknemers. De gemachtigden van de minister bevestigen die bedoeling om de strafrechtelijke verantwoordelijkheid van rechtspersonen ruim uit te breiden; aan de auditeur-rapporteur hebben zij verklaard dat acht geslagen behoort te worden op gevallen (bijvoorbeeld gevallen van corruptie, oplichting of misbruik van vertrouwen) waarin handelingen van "derden" aan een rechtspersoon toegerekend kunnen worden, waarbij met "derden" wellicht personen worden bedoeld die noch een orgaan, noch een vertegenwoordiger, noch een mandataris, noch een aangestelde van de rechtspersoon zijn. Een rechtspersoon zou aldus gehouden worden voor de dader van een zwaar strafbaar feit om de enige reden dat dit feit "ter waarneming van zijn belang of voor zijn rekening" is gepleegd. Op basis van het voordeel dat de rechtspersoon uit het "gepleegde" strafbare feit haalt, zou hij kunnen worden aangewezen als de dader aan wie dat feit materieel kan worden toegerekend. Aldus zou het voor de rechtspersoon onmogelijk gemaakt worden om te allen tijde in te schatten voor de daden van precies welke natuurlijke personen hij strafrechtelijk verantwoordelijk kan worden gesteld.

Dat artikel 5, eerste lid, zo onnauwkeurig is gesteld, kan niet worden aanvaard. Zolang die onnauwkeurigheid niet wordt weggewerkt, is de ontworpen wet strijdig met de Grondwet en met de internationale verbintenissen van België.

De artikelen 12, tweede lid, en 14 van de Grondwet, volgens welke

.../...

"niemand kan worden vervolgd dan in de gevallen die de wet bepaalt"

en

"geen straf kan worden ingevoerd of toegepast dan krachtens de wet",

maken van het zogeheten "wettigheidsbeginsel" immers de basis van het Belgische strafrecht.

Dat beginsel is neergeschreven voor zowel de macht die de wet maakt als voor de macht die de wet toepast, aangezien het hun respectieve werkterrein op strafrechtelijk gebied vastlegt. De wetgevende macht heeft tot taak regels te maken die de rechterlijke macht moet toepassen met naleving van de bewoordingen ervan. De enige manier om deze strikte verdeling van de bevoegdheden te garanderen - en bijgevolg elk risico van willekeur vanwege de rechters af te wenden - bestaat erin de strafwetten zo precies mogelijk te stellen. De wetgevende macht zou het grondwettelijk wettigheidsbeginsel uithollen, mocht zij zich ertoe bepalen strafrechtelijke regels vast te stellen waarin aan de rechters alleen vage richtlijnen worden gegeven, aangezien zij de rechters zodoende zou nopen de toepasselijke regels aan te vullen om ze daadwerkelijk toepasbaar te maken. Een straf waartoe een rechter in die omstandigheden zou besluiten, zou niet meer worden opgelegd krachtens de wet, maar krachtens de wet én een andere regel die de rechter aan de wet heeft moeten toevoegen om deze te kunnen toepassen.

Het wettigheidsbeginsel brengt met zich dat het voor de wetgevende macht in strafzaken een grondwettelijke verplichting en niet een loutere algemene verplichting van zorgvuldig beleid is met precieze regels te werken.

.../...

Het Europees Hof voor de rechten van de mens heeft zijnerzijds geoordeeld dat artikel 7 van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden stilzwijgend een identiek beginsel als dat van de Belgische Grondwet stelt en heeft daaraan dezelfde gevolgtrekking verbonden in verband met de noodzakelijke nauwkeurigheid van de wettelijke bepalingen in strafzaken. Op die wijze wil het Hof het individu beschermen tegen verrassingen die de toepassing van de wet voor hem zou kunnen inhouden. Het Hof heeft in zijn arrest Kokkinakis tegen Griekenland van 25 mei 1993 geoordeeld dat dat artikel 7 ook meer in het algemeen het beginsel huldigt dat strafbare feiten en straffen bij de wet omschreven moeten zijn, alsook het beginsel dat de strafwet niet op uitbreidende wijze ten nadele van de beklaagde, inzonderheid bij analogie, mag worden toegepast. Steeds volgens dat arrest moet een strafbaar feit duidelijk in de wet worden bepaald.

In het arrest Malone tegen het Verenigd Koninkrijk d.d. 2 augustus 1984, dat dus van oudere datum is, had hetzelfde Hof zijnerzijds reeds gesteld dat alleen een rechtsregel die voldoende duidelijk geformuleerd is opdat de burger zijn gedrag daarop kan afstemmen als een wet kan worden beschouwd. De burger moet, zo nodig op basis van verlichte adviezen, in staat zijn om zich in de gegeven omstandigheden een redelijk beeld te schetsen van de gevolgen die een bepaalde handeling kan hebben.

De tekst van het ontworpen artikel 5, eerste lid, van het Strafwetboek moet bijgevolg worden herzien en aangevuld, zowel ter voldoening aan het grondwettelijk beginsel van de artikelen 12 en 14 als aan de internationale verbintenissen van België.

.../...

De ontworpen tekst zou niet blootstaan aan dezelfde kritiek als daarin enerzijds zou worden aangegeven voor welke strafbare feiten rechtspersonen veroordeeld kunnen worden en anderzijds, voor het afzonderlijk of collegiaal handelen van welke personen een rechtspersoon aansprakelijk kan worden gesteld.

Zo zou de wetgever uit de strafwetten en uit de daarbij ingestelde strafbare feiten die kunnen kiezen waarvan hij meent dat een rechtspersoon daarvoor strafrechtelijk verantwoordelijk moet kunnen worden gesteld. Wellicht zou het zeer zinvol zijn zulks te doen voor de strafbare feiten waarvoor de wet zelf de toerekening regelt en dus in de weg staat aan de materiële toerekening. Een van de domeinen waarop zulke wettelijke toerekeningen het meest voor de hand liggen, is dat van de wetgeving ter voorkoming van arbeidsongevallen of dat van de wetgeving ter bestrijding van milieuvervuiling. Door ondernemingen, die vaak rechtspersonen zijn, ertoe te verplichten precieze voorschriften in acht te nemen, wordt door zodanige toerekeningen aan die ondernemingen een organisatieverplichting opgelegd. Die ondernemingen strafrechtelijk aansprakelijk maken voor de naleving van die verplichting is het geschikte middel om tot de verhoopte organisatie te komen. Zoals hiervoren reeds gezegd is, is de redenering van de rechter bij zulke toerekeningen echter het eenvoudigst, omdat hij geen onderzoek behoeft te wijden aan de concrete omstandigheden waarin de strafbaar gestelde handeling is gesteld en aan de banden die bestaan tussen de steller van die handeling en de wettelijke dader van het strafbare feit.

.../...

Voor de overige gevallen, waarin de toerekenbaarheid materieel is, behoort de ontworpen wet aan te geven voor de daden van welke personen de rechtspersoon strafrechtelijk verantwoordelijk kan worden gesteld. Bij het aanwijzen van die personen mag niet uit het oog worden verloren dat het orgaan van een rechtspersoon bijvoorbeeld een individu of een college kan zijn en dat er zelfs vrij courant sprake is van een feitelijk orgaan.

I.2. Intentioneel element of moreel bestanddeel

In de memorie van toelichting wordt de toerekenbaarheid van het strafbare feit vanuit het oogpunt van het intentionele element of nog het morele bestanddeel trouwens benaderd door te verwijzen naar personen die in de organisatie van de rechtspersoon een vooraf gepreciseerde positie bekleden.

De memorie van toelichting is op dat punt echter zo dubbelzinnig dat de strekking van het ontwerp er zeer onduidelijk door wordt.

In de tweede alinea van punt 1.3. van de memorie van toelichting staat immers het volgende te lezen :

"Het algemeen principe van het strafrecht volgens hetwelk een intentioneel element een constitutief bestanddeel van iedere misdaad en van ieder wanbedrijf is, is eveneens van toepassing op de rechtspersoon. Het spreekt echter vanzelf dat dit schuld- element beoordeeld zal moeten worden rekening houdend met de kenmerken die eigen zijn aan een rechtspersoon.

.../...

Aangetoond zal moeten worden hetzij dat het misdrijf voortkomt uit een opzettelijke beslissing genomen binnen de rechtspersoon, hetzij dat er een nalatigheid is op het niveau van de rechtspersoon die in causaal verband staat met het misdrijf. Men beoogt bijvoorbeeld de hypothese waar een gebrekkige interne organisatie van de rechtspersoon, onvoldoende veiligheidsmaatregelen of onredelijke budgettaire beperkingen de voorwaarden gecreëerd hebben die het misdrijf mogelijk hebben gemaakt."

In de volgende alinea van datzelfde punt 1.3. van de memorie van toelichting staat echter het volgende vermeld :

"Wil men het wilselement in hoofde van de rechtspersoon beoordelen, dan zal de rechter moeten peilen naar de houding van de leidinggevende personen binnen de rechtspersoon. Zij moeten minstens kennis hebben gehad van het voornemen om het misdrijf te plegen en daarmee hebben ingestemd dan wel zelf hebben aangedrongen op het plegen van het misdrijf. In geval van onopzettelijke misdrijven moeten zij kennis hebben gehad van het risico voor het plegen van het misdrijf en nalatig geweest zijn met het nemen van maatregelen om het misdrijf te voorkomen. Indien de wet een bijzonder opzet als constitutief bestanddeel vereist, zal moeten worden bewezen dat dit ook aanwezig was in hoofde van de leidinggevende personen."

Die beide verklaringen zijn uiteraard niet gelijkluidend; ze staan zelfs in schril contrast. In de eerste geciteerde passage wordt gesteld dat het morele bestanddeel in zijn totaliteit moet worden gezien op basis van de rechtspersoon in zijn geheel als eenheid die de som van de individuele wilsuitingen vertegenwoordigt. In de tweede geciteerde passage, daarentegen, wordt gesteld dat het morele bestanddeel moet worden nagegaan bij een specifieke categorie van natuurlijke personen, namelijk bij degenen die in het organigram van de rechtspersoon een vrij hoge plaats bekleden.

.../...

Zulk een tegenstrijdigheid maakt de bedoeling van de ontworpen regeling des te moeilijker te achterhalen daar de tekst uiterst beknopt is en, zoals hiervoren reeds is opgemerkt, punt 1.2. van de memorie van toelichting de indruk wekt dat het de bedoeling is de kring van personen wier gedrag tot verantwoordelijkheid van de rechtspersoon leiden kan, ver uit te breiden.

Wegens de grote belangen die bij de hervorming op het spel staan en wegens de noodzakelijke naleving van het beginsel van de wettelijkheid van toerekeningen en straffen, dient de wetgever in de tekst van de wet duidelijk aan te geven wat de onderscheiden aspecten zijn van de voorwaarden waarop strafbare feiten aan rechtspersonen toegerekend kunnen worden. Die kwesties mogen geenszins worden beschouwd als feitelijke kwesties die ter beoordeling aan de feiten-rechter kunnen worden overgelaten. In de tekst zelf moeten de hoofdlijnen voor de redenering van de rechter worden aangegeven.

De onduidelijkheid die de tekst en de memorie van toelichting laten heersen over de wijze waarop een strafbaar feit aan een rechtspersoon toegerekend wordt, heerst onvermijdelijk ook over de zogenaamde samenloop van verantwoordelijkheid.

I.3. Zogenaamde samenloop van verantwoordelijkheid.

Het gaat om de vraag of de strafrechtelijke verantwoordelijkheid van de rechtspersoon al dan niet die

.../...

van de natuurlijke persoon, wiens gedrag het aan de rechtspersoon verweten strafbare feit heeft veroorzaakt, uitsluit. Die vraag rijst uiteraard niet wanneer die natuurlijke persoon niet kan worden aangewezen, een geval dat zich inzonderheid kan voordoen bij strafbare feiten van verzuim, nalatigheid of louter materiële strafbare feiten, waarbij de wet vaak gebruik maakt van wettelijke toerekening. Er mag niet uit het oog worden verloren dat het orgaan dat voor rekening van de rechtspersoon heeft gehandeld een collegiaal orgaan kan zijn, waardoor het evenmin mogelijk is de persoon aan te wijzen voor wiens daden de rechtspersoon strafrechtelijk verantwoordelijk wordt gesteld.

Die kwestie van de samenloop van verantwoordelijkheid heeft een weerslag op de basis zelf van het mechanisme volgens hetwelk het beginsel van strafrechtelijke verantwoordelijkheid van de rechtspersoon in de ontworpen wet wordt uitgewerkt. Wie stelt dat een natuurlijk persoon in geen enkel geval mag worden veroordeeld voor dezelfde feiten als die waarvoor de rechtspersoon veroordeeld wordt, gaat er van uit dat de natuurlijke persoon niet meer zelf handelt wanneer hij als instrument van de rechtspersoon handelt. Wie daarentegen bepaalt dat een veroordeling van de ene niet uitsluit dat ook de andere wordt veroordeeld, gaat er van uit dat de strafrechtelijke verantwoordelijkheid van de rechtspersoon niet een verantwoordelijkheid voor een derde maar een "indirecte" verantwoordelijkheid is.

De wetgever behoort in dezen uiteraard een duidelijk standpunt in te nemen. Vooralsnog doet hij zulks noch in de tekst, noch in de memorie van toelichting.

.../...

In de memorie van toelichting staat immers het volgende te lezen :

"het gehanteerde principe houdt in dat cumulatie van aansprakelijkheden ... uitgesloten is",

terwijl de veroordeling van de natuurlijke persoon in de tekst alleen mogelijk wordt gesteld als de - uiteraard - geïdentificeerde natuurlijke persoon "wetens en willens" een "persoonlijke fout" heeft begaan. Ook hier weer verheelt de memorie van toelichting de bedoeling van de ontworpen tekst, veeleer dan dat ze die verduidelijkt.

Degene die de wet moet interpreteren, zal zich immers kunnen afvragen of gelet dient te worden op de concrete geestesgesteldheid van de natuurlijke persoon op het ogenblik waarop hij als instrument van de rechtspersoon heeft gehandeld, dan wel of daarentegen uitgegaan dient te worden van de wettelijke kwalificatie van het strafbare feit dat aan de rechtspersoon ten laste is gelegd, doordat de natuurlijke persoon alleen kan worden veroordeeld als dat strafbare feit een van die is waarbij wat men bijzonder opzet of een heel bijzonder opzet noemt, vereist is.

Op basis van het beginsel van de wettelijkheid der strafbaarstellingen en der straffen kan de tekst van het ontworpen artikel 5, tweede lid, niet samengaan met de tekst van de memorie van toelichting, naar luid waarvan :

"Indien in hoofde van de natuurlijke persoon enkel de schuldvorm van nalatigheid aanwezig is - wat vaak het geval zal zijn in het bijzonder strafrecht waar voor veel misdrijven geen opzet vereist is -, zal de

.../...

rechter geval per geval moeten nagaan of de verantwoordelijkheid van de rechtspersoon, dan wel van de natuurlijke persoon het zwaarst moet doorwegen. Aldus wordt vermeden dat, hetzij de rechtspersoon, hetzij de natuurlijke persoon, a priori een inschatting kan maken van het strafrechtelijke risico."

Voor al de laatste zin van die passage is volkomen in strijd met het wettelijkheidsbeginsel, dat geen andere reden van bestaan heeft dan iedereen in staat te stellen dat risico in te schatten.

Precieze teksten zijn des te meer noodzakelijk, daar het ontworpen artikel 5, tweede lid, van het Strafwetboek zich moet verdragen met hoofdstuk VII van datzelfde Wetboek, inzonderheid met artikel 66 ervan, dat het volgende bepaalt :

"Als daders ... worden gestraft ... zij die door enige daad tot de uitvoering zodanige hulp hebben verleend dat de misdaad of het wanbedrijf zonder hun bijstand niet had kunnen worden gepleegd."

Als wat in de memorie van toelichting het verbod op "cumulatie van aansprakelijkheden" wordt genoemd als principe behouden moet blijven, dient te worden aangegeven in hoeverre de regels inzake strafbare deelneming en medeplichtigheid door dat principe in het gedrang komen.

II. De Raad van State vraagt zich af hoe de ontworpen wet zal kunnen samengaan met de bestaande mechanismen van directe en indirecte sancties die de wetgever heeft ingesteld, inzonderheid om te verhelpen dat

.../...

rechtspersonen niet strafrechtelijk verantwoordelijk kunnen worden gesteld. Daarnaast vraagt de Raad zich ook af of de regelingen inzake wettelijke en bedongen toerekenbaarheid op de helling komen te staan (1).

Bij een aantal wetten is uitdrukkelijk een natuurlijk persoon aangewezen als zijnde strafrechtelijk verantwoordelijk voor strafbare feiten van een rechtspersoon. Dat is het geval met de gecoördineerde wetten op de handelsvennootschappen, waarin het meestal gaat om zaakvoerders, bestuurders, commissarissen of vereffenaars, en met de wetten die strafbepalingen i.v.m. het sociaal recht inhouden, waarin vaak de werkgever, zijn aangestelden of mandatarissen als zodanig worden aangewezen. Bij andere wetten zijn de rechtspersonen ertoe verplicht een natuurlijk persoon aan te wijzen als verantwoordelijk voor bepaalde wettelijke verplichtingen waaraan die rechtspersonen gehouden zijn.

Zodra bij de ontworpen wet een strafrechtelijke verantwoordelijkheid van de rechtspersoon zelf wordt ingevoerd, dreigen de wettelijke en de bedongen toerekenbaarheid (2) aanleiding te geven tot tegenstellingen.

(1) R. Legros, "La responsabilité pénale des dirigeants des sociétés et le droit pénal général", R.D.P., 1963-1964, blz. 13 e.v.; "Imputabilité pénale et entreprise économique", R.D.P., 1968-1969, blz. 372 e.v.

(2) "L'imputabilité est conventionnelle lorsque la personne morale est, de par la loi, tenue de désigner une personne physique responsable pour certaines obligations légales de ladite personne morale", M. F. Deruyck, op. cit., blz. 699.

Bovendien rijst de vraag wat er zal worden van de directe en indirecte sancties die rechtspersonen thans kunnen oplopen.

In een artikel dat in het "Journal des tribunaux" is verschenen (1), maakt M. F. Deruyck van die remedies een inventaris op.

Wat zal er bijvoorbeeld worden van de wettelijke aansprakelijkheid van de rechtspersoon wegens geldboeten opgelegd aan onder hem ressorterende natuurlijke personen ? Bij verscheidene wetten is zulk een mechanisme ingesteld, bijvoorbeeld bij de wet van 12 juni 1991 op het consumentenkrediet, de wet van 14 juli 1991 betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en bescherming van de consument, alsook bij de wet van 17 juli 1975 op de boekhouding en de jaarrekening van de ondernemingen.

Die mechanismen lijken nauwelijks samen te gaan met de invoering van strafrechtelijke verantwoordelijkheid van de rechtspersoon zelf.

Dezelfde vraag rijst voor administratieve sancties, die in vele gevallen in de wetgeving zijn opgenomen om het juridisch vacuüm op te vullen te wijten aan het feit dat de strafrechtelijke verantwoordelijkheid van rechtspersonen niet geregeld was. Daarom heeft de rechtsleer gezegd :

(1) Op. cit., blz. 702-703.

"... le rejet de la responsabilité pénale des personnes morales est une cause importante des métamorphoses administratives du droit pénal de l'entreprise." (1).

Hoewel administratieve sancties niet uit het juridisch arsenaal behoeven te verdwijnen, behoort toch te worden nagegaan of sommige ervan behouden kunnen blijven, aangezien in de ontworpen wet een rechtspersoon met een natuurlijk persoon gelijkgesteld wordt en er daarin dan ook van uit wordt gegaan dat een rechtspersoon schuldig kan worden verklaard aan alle strafbare feiten die de strafwetten bepalen.

Het zou dan ook mogelijk worden dat eenzelfde gedrag aanleiding geeft tot een administratieve geldboete, opgelegd door een administratieve overheid én tot een strafrechtelijke geldboete, opgelegd door een strafrechter.

Overigens dragen sommige administratieve geldboeten die aan rechtspersonen kunnen worden opgelegd het kenmerk van een echte straf, aangezien de onderliggende bedoeling erin bestaat te straffen (2).

(1) A. Denauw, "Les métamorphoses administratives du droit pénal de l'entreprise", uitg. Mys & Breesch, Gent, 1994, blz. 112.

(2) Zie in die zin de analyse van de adviezen van de afdeling wetgeving van de Raad van State van de hand van R. Andersen en P. Nihoul, "Le Conseil d'Etat - Chronique de jurisprudence 1995", R.B.D.C., 1996-2, blz. 240-241; "Le Conseil d'Etat - Chronique de jurisprudence 1996", R.B.D.C., 1997-2, blz. 211-212.

De vraag rijst dan ook wat het uiteindelijke doel van respectievelijk de administratieve geldboete en de strafrechtelijke geldboete zal zijn en wat er van het algemene beginsel "non bis in idem" zal worden.

*

* *

Conclusie

De ontworpen wet vertoont drie gebreken die verholpen moeten worden :

- 1° in het wetsontwerp wordt niet aangegeven op welke voorwaarden strafbare feiten begaan door rechtspersonen materieel toerekenbaar zijn, noch op welke voorwaarden het morele bestanddeel van die strafbare feiten kan worden vastgesteld. Overeenkomstig de Grondwet en de bepalingen van het Europees Verdrag van de rechten van de mens staat het aan de wetgever en uitsluitend aan hem om zijn standpunt over die tweeledige kwestie te bepalen;
- 2° het ontworpen artikel 5, tweede lid, is heel dubbelzinnig, doordat dit artikel het niet mogelijk maakt vast te stellen in welke gevallen enerzijds de rechtspersoon en anderzijds de natuurlijke persoon al dan niet strafrechtelijk verantwoordelijk zijn. De tekst behoort grondig te worden herzien;

.../...

3° het ontwerp vertoont leemten en behoort te worden aangevuld met bepalingen die wijzigingen aanbrengen in de bestaande wetgeving en in het bijzonder in die betreffende de administratieve geldboeten die aan rechtspersonen kunnen worden opgelegd.

Gelet op deze conclusie, onderzoekt de Raad van State subsidiair de bepalingen van het ontwerp.

Bepalend gedeelte

Artikel 2

1. Wat het eerste en het tweede lid van het ontworpen artikel 5 betreft, wordt verwezen naar de algemene opmerkingen nrs. I.1, I.2 en I.3.

2. Het ontworpen derde lid stelt groeperingen zonder rechtspersoonlijkheid gelijk met rechtspersonen.

Dit heeft tot gevolg :

"... même non impliqués dans l'infraction, les membres de ces groupements risquent a fortiori d'être directement atteints par les effets d'une condamnation pénale prononcée contre le groupement, sans plus pouvoir exercer au civil le moindre recours en indemnisation contre les vrais "coupables" éventuellement

.../...

identifiés et non bénéficiaires d'une immunité personnelle." (1).

De gemachtigden van de minister hebben verklaard dat in naam van de autonomie van het strafrecht "strafrechtelijke rechtspersoonlijkheid" mag worden verleend aan rechtspersonen die hierover niet beschikken in het burgerlijke vlak.

Gelijkstelling van een rechtspersoon met groeperingen is erg betwistbaar. Door die gelijkstelling zullen er in het strafrecht entiteiten ontstaan die bovendien op de andere gebieden van het recht niet bestaan.

Deze gelijkstelling heeft bovendien tot gevolg dat natuurlijke personen die een groepering vormen rechtstreeks gestraft worden, terwijl voor een rechtspersoon met rechtspersoonlijkheid in principe zijn vermogen rechtstreeks wordt geraakt als zijn strafrechtelijke verantwoordelijkheid in aanmerking wordt genomen.

Gelet op de grondwettelijke beginselen van gelijkheid en niet-discriminatie, dient de steller van het ontwerp deze verschillende behandeling objectief te rechtvaardigen.

De Raad van State stelt tot slot ook vast dat verenigingen zonder winstoogmerk in oprichting en andere feitelijke verenigingen zoals vakverenigingen, politieke partijen, ... niet onder die gelijkstelling vallen.

(1) Chr. Hennau, Gen. Schamps en J. Verhaegen, op. cit.

Ook in dit verband dient de steller van het ontwerp in het licht van de voornoemde grondwettelijke beginselen te rechtvaardigen om welke objectieve reden de gelijkstelling eerder gericht is op bepaalde entiteiten zonder rechts-persoonlijkheid, dan op andere.

Artikel 3

De commentaar op deze bepaling lijkt erop te wijzen dat de ontworpen wijziging er inzonderheid toe strekt bekendmaking en verspreiding van de gerechtelijke beslissing als straf op te nemen in het Strafwetboek.

Welnu, in het dispositief wordt niet in zulk een wijziging voorzien.

Die tegenstrijdigheid dient te worden verholpen.

Artikel 4

In het ontworpen artikel 7bis van het Strafwetboek worden de straffen opgesomd die van toepassing zijn op strafbare feiten gepleegd door rechtspersonen.

1. Op de vraag wat het nut is van het ontworpen eerste lid, 2°, hebben de gemachtigden van de minister verklaard dat alle gevallen van bijzondere verbeurd-verklaring ingeschreven in artikel 42 van het Strafwetboek van toepassing zijn op rechtspersonen.

.../...

Er is evenwel een voorbehoud gemaakt voor publiek-rechtelijke rechtspersonen. Wanneer de verbeurdverklaring betrekking heeft

"op de zaken die het voorwerp van het misdrijf uitmaken, en op die welke gediend hebben of bestemd waren tot het plegen van het misdrijf" (artikel 42, 1°, van het Strafwetboek),

wordt vereist dat die goederen volgens het burgerlijk recht vatbaar zijn voor beslag en niet gebruikt worden voor een activiteit die tot een taak van openbare dienstverlening behoort.

De Raad van State ziet niet in wat het nut is van de termen "met uitzondering van activiteiten die behoren tot een opdracht van openbare dienstverlening". De verwijzing naar "goederen die vatbaar zijn voor burgerlijk beslag" doet de Raad van State er immers van uitgaan dat de steller van het ontwerp uitvoering wenst te geven aan de regels die besloten liggen in artikel 1412bis van het Gerechtelijk Wetboek.

Mocht dat niet de bedoeling zijn van de steller van het ontwerp, dan behoort de ontworpen bepaling duidelijker te worden gesteld en dient te worden gewettigd waarom de strafrechtelijke regeling inzake verbeurdverklaring afwijkt van de regeling betreffende de vatbaarheid voor beslag, die verankerd ligt in het voornoemde artikel 1412bis.

.../...

De Raad van State stelt tevens een verschil van benadering vast tussen die bepaling en het ontworpen tweede lid, 3°, waarin wordt gesteld dat in criminele en correctionele zaken een van de mogelijke straffen

"de sluiting van één of meer inrichtingen (is), met uitzondering van de inrichtingen waar activiteiten worden uitgeoefend die behoren tot een opdracht van openbare dienstverlening."

In dat laatste geval wordt niet gewerkt met het begrip "publiekrechtelijke rechtspersoon".

Dient derhalve daaruit te worden geconcludeerd dat bijzondere verbeurdverklaring als bepaald in artikel 42, 1°, van het Strafwetboek zonder enig voorbehoud kan worden toegepast wanneer de rechtspersoon een privaatrechtelijke rechtspersoon is en een taak van openbare dienstverlening vervult, terwijl in geval van sluiting van een inrichting, die sluiting niet mogelijk is, als de privaatrechtelijke rechtspersoon een taak van openbare dienstverlening op zich neemt ?

Het staat aan de steller van het ontwerp om dat verschil in opvatting te verduidelijken wat de toepassing van de voornoemde straffen betreft.

De Raad van State vestigt ook de aandacht op de moeilijkheid voor bepaalde publiekrechtelijke rechtspersonen om een onderscheid te maken tussen de goederen die voor openbare dienstverlening gebruikt worden en de overige goederen ... Dit geldt onder meer voor de autonome overheidsbedrijven.

.../...

2. De tekst van het ontworpen artikel 7bis, tweede lid, 2°, is onduidelijk, in zoverre hij de indruk wekt dat niet een welbepaalde activiteit verboden is, maar wel het nastreven van het doel van een vennootschap.

De tekst behoort te worden herzien teneinde die onduidelijkheid weg te werken, steunende op aanbeveling nr. R (88) 18 :

"- l'interdiction d'exercer certaines activités, notamment l'exclusion des marchés publics;".

Artikelen 5 en 9

Vanuit wetgevingstechnisch oogpunt zijn de artikelen 5 en 9 van het ontwerp onverenigbaar. Beide voegen ze immers in het Eerste Boek, Hoofdstuk II, afdeling V, van het Strafwetboek, een onderafdeling I in, die nu eens het opschrift "Straffen aan misdaden en wanbedrijven gemeen die toepasselijk zijn op natuurlijke personen", dan weer het opschrift "De ontzetting" draagt. De steller van het ontwerp behoort bijgevolg de formele inrichting van beide bepalingen te herzien.

Artikelen 6 en 10

De opmerking die gemaakt is onder de artikelen 5 en 9 van het ontwerp, kan worden doorgetrokken tot de artikelen 6 en 10 van het ontwerp.

.../...

Beide voegen ze immers in het Eerste Boek, Hoofdstuk II, afdeling V, van het Strafwetboek een nieuwe onderafdeling II in, die nu eens het opschrift "Straffen aan misdaden en wanbedrijven gemeen die toepasselijk zijn op rechtspersonen", dan weer het opschrift "De bekendmaking en de verspreiding van de veroordeling" draagt.

De steller van het ontwerp behoort derhalve ook de formele inrichting van die beide bepalingen te herzien.

Artikel 35 (ontworpen)

In de memorie van toelichting wordt over het ontworpen artikel 35 van het Strafwetboek het volgende gesteld :

"De ontbinding - de "doodstraf" voor de rechtspersoon - kan enkel uitgesproken worden indien aangetoond wordt dat de veroordeelde rechtspersoon hoofdzakelijk werd opgericht met het doel de misdaden of wanbedrijven te plegen waarvoor zij werd veroordeeld of zij hiertoe van haar doel werd afgewend. Enkel de rechtspersonen die zich reeds vanaf hun creatie in de illegaliteit geplaatst hebben zullen dus ontbonden kunnen worden krachtens deze bepaling."

De formulering van het ontworpen artikel 35 zou aanleiding kunnen geven tot interpretatieproblemen. Wanneer kan gevoeglijk worden gesteld dat de rechtspersoon "hoofdzakelijk" is opgericht om de feiten te plegen die hem worden verweten ?

.../...

Er wordt voorgesteld het eerste lid van die bepaling als volgt te stellen :

"Art. 35. Ontbinding kan door de rechter worden uitgesproken wanneer de rechtspersoon doelbewust is opgericht om de strafbare activiteiten te ontplooien waarvoor hij veroordeeld wordt of wanneer hij opzettelijk van zijn doel is afgewend om zulke activiteiten te kunnen ontplooien."

Artikelen 36 en 37 (ontworpen)

De Raad van State stelt vast dat die straffen door de rechter eerst kunnen worden uitgesproken wanneer de wetgever de gevallen heeft vastgelegd waarin ze kunnen worden toegepast.

Verwijzing naar een andere wet heeft tot gevolg dat strafrechtelijke regeling die van toepassing is op rechtspersonen, onvolledig is en dat op het ogenblik dat de ontworpen wet in werking treedt de rechter niet alle straffen die in de ontworpen wet vastgelegd zijn, zal kunnen toepassen.

Bovendien vestigt de Raad van State de aandacht van de stellers van het ontwerp op de omstandigheid dat de ontworpen tekst, overeenkomstig artikel 11 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen, aan de gemeenschappen en de gewesten de bevoegdheid verleent om de gevallen te bepalen waarin een activiteit die tot het doel van de rechtspersoon behoort, verboden kan worden of een of meer inrichtingen van de rechtspersoon gesloten kunnen worden.

.../...

Artikel 8

1. In de voornoemde aanbeveling nr. R (88) 18, wordt het volgende gesteld :

"dans la détermination des sanctions ou des mesures applicables dans un cas déterminé, notamment celles de nature pécuniaire, il conviendrait de prendre en compte le gain que l'entreprise a tiré de ses activités illicites, ce gain pouvant être évalué, le cas échéant, par estimation.".

Volgens de gemachtigden van de minister komt de ontworpen wet aan dat verlangen tegemoet door te voorzien in de bijzondere verbeurdverklaring als genoemd in artikel 42 van het Strafwetboek, meer in het bijzonder in de onderdelen 2° en 3°, die verbeurdverklaring mogelijk maken van zaken die uit het strafbare feit voortkomen en van vermogensvoordelen die rechtstreeks uit het strafbare feit zijn verkregen, van goederen en waarden die in de plaats ervan zijn gesteld en van inkomsten uit de belegde voordelen.

Deze verduidelijking behoort in de memorie van toelichting te worden opgenomen.

2. Hoewel in de memorie van toelichting in hoofdzaak gewezen wordt op de bedoeling van de steller van het ontwerp om een strikte parallellie te behouden tussen de straffen die kunnen worden opgelegd aan natuurlijke personen en die welke voor dezelfde feiten van toepassing kunnen zijn op rechtspersonen, wordt er evenwel niets in bepaald over de parameters die in overweging zijn genomen om het mechanisme te bepalen voor omzetting van vrijheidsstraffen in geldboetes.

.../...

Bovendien worden bepaalde vrijheidsstraffen uitgedrukt in aantal dagen en niet in aantal maanden.

De omzettingsregel behoort derhalve te worden aangepast teneinde rekening te houden met die bijzonderheid.

In de ontworpen bepaling wordt bovendien gesteld dat

"wanneer de straf door de wet voor het feit bepaald een levenslange vrijheidsberovende straf is, een geldboete van 240.000 tot 720.000 frank"

wordt opgelegd.

Op de vraag welke parameters in aanmerking genomen zijn om die marge te bepalen, hebben de gemachtigden van de minister geantwoord dat dit min of meer overeenstemt met een marge van 20 tot 60 jaar. Aangezien echter geweten is dat die straffen slechts zelden helemaal worden uitgezeten, daar gewoonlijk tot voorwaardelijke invrijheidstelling wordt besloten, heeft de steller van het ontwerp met die toestand rekening willen houden door in de voornoemde strafrechtelijke geldboetes te voorzien.

Teneinde het verwijt van willekeur te voorkomen, is het verkieselijk dat uit de commentaar op die bepaling de redenering die achter die nieuwe regel schuilgaat, duidelijk zou blijken.

.../...

3. In de ontworpen paragraaf 2 wordt bepaald dat

"voor het bepalen van de straf krachtens de bepalingen van Boek I van dit Wetboek, (...) de bepaling van § 1 van dit artikel van toepassing (is).".

Op de vraag wat het nut is van die bepaling, hebben de gemachtigden van de minister verklaard dat het de bedoeling is de bepalingen van het Eerste Boek van het Strafwetboek op rechtspersonen toepasselijk te verklaren, inzonderheid die betreffende poging tot misdaad of tot wanbedrijf (artikelen 51 en volgende), herhaling (artikelen 54 en volgende), samenloop van verscheidene misdrijven (artikelen 58 en volgende) en verzachtende omstandigheden (artikelen 79 en volgende).

Gelet op die verklaringen dient de formulering van paragraaf 2 volledig te worden herzien en behoort te worden aangegeven welke bijzondere bepalingen van het voornoemde Eerste Boek van toepassing zijn op de straffen genoemd in de ontworpen paragraaf 1.

Voor het overige wordt verwezen naar algemene opmerking nr. I.3. inzake samenloop van verantwoordelijkheid.

Artikelen 9 en 10

Er wordt verwezen naar de opmerking die onder de artikelen 5 en 6 van het ontwerp is gemaakt, in verband met de formele inrichting van die bepalingen.

.../...

Artikel 35 (ontworpen)

Er wordt verwezen naar de opmerking die onder de ontworpen artikelen 36 en 37 gemaakt is.

Artikel 11

In het ontwerp dienen de gevolgen van de als zodanig vastgelegde regel te worden verduidelijkt. Zo rijst de vraag of, wanneer de rechtspersoon na een strafrechtelijke veroordeling ontbonden wordt, de vroegere vennoten de straf zullen ondergaan, dan wel of, wanneer hij een juridische gedaanteverandering heeft ondergaan (1) of zijn rechtspersoonlijkheid is kwijtgeraakt aan een nieuwe rechtspersoon (door overname of splitsing van een handelsvennootschap), het mogelijk is om de geldboete op de laatstgenoemde rechtspersoon te verhalen ?

Die vragen zijn dermate belangrijk dat ze met de grootste ernst dienen te worden behandeld.

(1) Wanneer een vennootschap, opgericht in een van de rechtsvormen genoemd in artikel 2 van de gecoördineerde wetten op de handelsvennootschappen, een andere van die rechtsvormen aanneemt, blijft haar rechtspersoonlijkheid onveranderd voortbestaan in de nieuwe vorm (artikel 165 van de gecoördineerde wetten op de handelsvennootschappen).

Artikel 13

Bij dit artikel komen de drie volgende vragen op :

1. Hoe kan een rechtspersoon die ontbonden en vereffend is nieuw leven worden ingeblazen ?

2. Hoe kan die rechtspersoon gevolg geven aan de veroordelingen die jegens hem worden uitgesproken, als hij niet meer over enig vermogen beschikt ?

3. Hoe kan de procesgemachtigde die overeenkomstig artikel 12 van het ontwerp wordt aangewezen naar behoren zorgen voor de verdediging van die rechtspersoon, die voor het overige over geen andere spreekbuis beschikt ?

De Raad van State ziet niet in hoe die vragen naar behoren kunnen worden opgelost en concludeert daaruit dat die bepaling achterwege moet worden gelaten.

Artikel 16

Ten einde de doeltreffendheid van een strafrechtelijke procedure ten aanzien van een rechtspersoon veilig te stellen, wordt in de ontworpen bepaling de onderzoeksrechter gemachtigd tot het nemen van voorlopige maatregelen op voorwaarde dat in die zaak een onderzoek ingesteld is, er ernstige aanwijzingen van schuld bestaan en bijzondere omstandigheden de maatregel noodzakelijk maken.

.../...

Bepaalde voorlopige maatregelen kunnen gevolgen hebben voor het vermogen van een andere rechtspersoon of natuurlijk persoon. Dit geldt inzonderheid voor "het verbod van specifieke vermogensrechtelijke transacties".

Onder de bepalingen van de wet van 12 maart 1998 tot verbetering van de strafrechtspleging in het stadium van het opsporingsonderzoek en het gerechtelijk onderzoek, bieden de artikelen 28sexies en 61quater van het Wetboek van Strafvordering de mogelijkheid om tegen opsporings- of onderzoekshandelingen beroep in te stellen wanneer deze op goederen betrekking hebben en aan personen schade berokkenen.

Aangezien het in dit geval niet echt om opsporings- of onderzoeksmaatregelen gaat, zou het wenselijk zijn om te bepalen dat tegen voorlopige maatregelen waartoe door de onderzoeksrechter wordt besloten, eveneens een soortgelijk beroep kan worden ingesteld als dat waarin door de voornoemde artikelen 28sexies en 61quater wordt voorzien.

Tot slot behoort te worden verduidelijkt wat wordt verstaan onder de woorden "specifieke vermogensrechtelijke transacties".

Artikelen 17 en 18

Het doel dat met dergelijke bepalingen wordt nagestreefd bestaat erin een strafregister voor rechtspersonen in te voeren. De gemachtigden van de minister zijn het hiermee eens.

.../...

De Raad van State merkt evenwel op dat de artikelen 600 en 601 van het Wetboek van Strafvordering gewijzigd zijn in het kader van een grootse hervorming met betrekking tot het invoeren van een centraal strafregister (1). Welnu, hoewel deze wet in 1997 door het parlement is goedgekeurd, is ze tot op heden nog niet bekendgemaakt in het Belgisch Staatsblad.

Er behoort met die wet rekening te worden gehouden om een onderscheiden strafregister voor rechtspersonen in te voeren.

Opmerkingen van wetgevingstechnische aard

Bij de redactie van de nieuwe tekst, dient rekening te worden gehouden met de volgende wetgevingstechnische regels :

1. Wanneer eenzelfde regeling wijziging brengt in verschillende vroegere regelingen, is het geraden de wijzigingstekst in evenveel hoofdstukken in te delen als er regelingen gewijzigd moeten worden. Er wordt derhalve voorgesteld een Hoofdstuk I te wijden aan de wijzigingen van het Strafwetboek, een Hoofdstuk II aan de wijzigingen van de Voorafgaande Titel van het Wetboek van Strafvordering en een Hoofdstuk III aan de wijzigingen van het Wetboek van Strafvordering.

(1) zie Gedr. St., Senaat, zitting 1996-1997, nr. 1-663/1 tot 6.

2. Het gebruik van streepjes dient te worden vermeden (nieuw artikel 5, derde lid; nieuw artikel 7bis, nieuw artikel 41bis).

3. De bindende kracht van een bepaling wordt weergegeven door de onvoltooid tegenwoordige tijd en niet door de onvoltooid toekomstige tijd. Deze opmerking geldt in casu voor de Franse versie van het ontwerp.

4. De redactie van nagenoeg alle inleidende volzinnen beantwoordt niet aan de regels vastgelegd in de handleiding bij de wetgevingstechniek.

5. Om evidente redenen die verband houden met rechtszekerheid, dient erop te worden toegezien dat een wijzigingstekst er niet toe strekt artikelen te verplaatsen of te vernummeren. Zulke wijzigingen kunnen grote moeilijkheden opleveren als in andere teksten naar die artikelen verwezen wordt. Deze opmerking geldt in het bijzonder voor artikel 16.

Slotopmerking over de Nederlandse tekst van het ontwerp

Door de band genomen is de Nederlandse tekst uit een oogpunt van correct taalgebruik ondermaats. Vanwege de voorgaande inhoudelijke opmerkingen worden in dit verband met het oog op een correct taalgebruik geen verdere

.../...

tekstvoorstellen gedaan, maar wordt bij wijze van voorbeeld wel de aandacht gevestigd op taal- en andere fouten, dikwijls klakkeloze vertalingen uit het Frans, die bij een eventuele herschrijving van de tekst vermeden zouden moeten worden. Zo bijvoorbeeld zou in heel het ontwerp "strafrechtelijke verantwoordelijkheid" geschreven moeten worden in plaats van "strafrechtelijke aansprakelijkheid". In heel het ontwerp wordt ook misbruik gemaakt van de lijdende vorm van de onvoltooid verleden tijd, hoewel de voltooid tegenwoordige tijd van die lijdende vorm gebezigd zou moeten worden, bv. "... zijn gepleegd" in plaats van "... werden gepleegd" (o.m. art. 2, het ontworpen artikel 5, eerste lid). De hierna volgende termen en formuleringen worden als niet correct aangemerkt of als niet-gebruikelijk : "omwille van de tussenkomst" lees : "wegens de betrokkenheid", (art. 2, het ontworpen artikel 5, tweede lid), "wetens en willens" lees : "willens en wetens", (zelfde vindplaats), "Worden voor de toepassing ... niet als rechtspersonen beschouwd" lees : "Voor de toepassing van deze wet worden niet als ... beschouwd, (art. 2, het ontworpen artikel 5, vierde lid), "maatschappelijk doel" lees : "doel van de rechtspersoon", (o.m. art. 4, het ontworpen artikel 7bis), "vrijheidsberovende straf" lees : "vrijheidsstraf", (o.m. art. 8, het ontworpen artikel 41bis), "de uitoefening van de strafvordering ... ingeval ..." lees : "het instellen van de strafvordering ... als", (art. 12, het ontworpen artikel 2bis), "gerechtelijke lasthebber" lees : "proces-gemachtigde, (zelfde vindplaats), "maatschappelijke zetel" lees : "zetel", (o.m. art. 14), "in hoofde van" lees : "ten aanzien van", (art. 16), "dan gebeurt die verzending" lees : "dan geschiedt die verzending" (art. 18).

La chambre était composée de

De kamer was samengesteld uit

Messieurs J.-J. STRYCKMANS,
de Heren

premier président,
eerste voorzitter,

Y. KREINS,
P. QUERTAINMONT,

conseillers d'Etat,
staatsraden,

P. GOTHOT,

assesseurs de la
section de législation,
assessoren van de
afdeling wetgeving,

J. van COMPERNOLLE,

Madame
Mevrouw

B. VIGNERON,

greffier assumé,
toegevoegd griffier.

Le rapport a été présenté par
Mme P. VANDERNACHT, auditeur. La
note du Bureau de coordination a
été rédigée et exposée par
Mme F. CARLIER, référendaire
adjoint.

Het verslag werd uitgebracht
door Mevr. P. VANDERNACHT,
auditeur. De nota van het
Coördinatiebureau werd opgesteld
en toegelicht door
Mevr. F. CARLIER, adjunct-
referendaris.

La concordance entre la version
française et la version néerlandaise
a été vérifiée sous le contrôle
de M. J.-J. STRYCKMANS.

De overeenstemming tussen de
Franse en de Nederlandse tekst
werd nagezien onder toezicht van
de H. J.-J. STRYCKMANS.

LE GREFFIER - DE GRIFFIER,

LE PREMIER PRESIDENT - DE EERSTE
VOORZITTER,

B. VIGNERON

J.-J. STRYCKMANS