

Dossier - 2006

La responsabilité pénale des administrateurs

Par Catherine Merolla
Conseillère juridique



Confédération des Organisations de Jeunesse Indépendantes et Pluralistes asbl
Rue Traversière 8, 1210 Bruxelles
www.coj.be - <http://coj.upcase.be>

Table des matières

1.	Introduction	3
1.1.	Principes de base.....	3
1.2.	Elément matériel et élément moral	4
1.3.	Question de l'imputabilité	4
1.4.	Infractions pénales et comptables	6
2.	Responsabilité pénale des ASBL.....	7
2.1.	Principe.....	7
2.2.	Champ d'application de la loi.....	7
2.3.	Comportements donnant lieu à responsabilité	8
2.4.	Concours de responsabilités pénales	9
2.5.	Peines applicables aux personnes morales.....	9
3.	Abus de biens sociaux.....	11
4.	Abus de confiance	13
5.	Corruption	14
6.	Faux et usage de faux	16
6.1.	Faux en écritures	16
6.2.	Usage de faux.....	17
7.	Droit pénal social.....	19
7.1.	Principe.....	19
7.2.	Exemples	21
7.3.	Transaction pénale	21
7.4.	Amendes administratives.....	22
8.	Prescription de l'action pénale	23
9.	Réparations civiles	24

1. Introduction

La matière du droit pénal est vaste. Plus de 500 articles composent le Code pénal. A cela, il faut ajouter les lois pénales spéciales. Dans le cadre de ce dossier, nous analyserons quelques cas de responsabilité pénale susceptibles de concerner les administrateurs d'ASBL. Le volet responsabilité civile des administrateurs a déjà fait l'objet d'un dossier spécial disponible sur le site de la COJ www.coj.be. Le lecteur s'y reportera utilement.

1.1. Principes de base

On parle de responsabilité pénale lorsqu'une personne commet une infraction, c'est-à-dire une faute pénale telle que définie et réprimée dans le Code pénal.

Les infractions et les peines sont donc déterminées par le Code pénal et tout ce qui n'y est pas puni expressément ne peut faire l'objet de poursuites pénales.

Alors que le droit civil a pour objectif de réparer un dommage subi suite à une faute (par la réparation en nature ou par équivalent), le droit pénal a pour objectif de punir un comportement jugé répréhensible par la société via des peines d'amende et d'emprisonnement. Une nouvelle approche du droit pénal consiste non seulement à punir mais également à réinsérer ou à éduquer la personne en infraction (par exemple, la mise en place de la peine de travail¹).

Il existe trois types d'infractions déterminées en fonction de la peine qui leur est applicable.

- Le crime: il s'agit des infractions punies d'une peine de réclusion (entre 5 ans et perpétuité);
- Le délit: il s'agit des infractions punies d'une peine d'emprisonnement de 8 jours à 5 ans et/ou d'une amende de plus de 25 euros²;
- La contravention: il s'agit des infractions punies d'une peine d'emprisonnement de moins de 8 jours et/ou d'une amende de moins de 25 euros.

La compétence du juge pénal se détermine selon le type d'infractions commises.

- Le tribunal de police est compétent pour les contraventions et certains délits.
- Le tribunal de première instance, section correctionnelle, est compétent pour les délits et les crimes correctionnalisés³ et constitue une juridiction d'appel des décisions rendues par le tribunal de police.
- La Cour d'appel est compétente comme juridiction d'appel des décisions rendues par le tribunal correctionnel.
- La Cour d'assises est compétente pour les crimes non correctionnalisés.

¹ Voir la loi du 17 avril 2002 instaurant la peine de travail comme peine autonome en matière correctionnelle et de police, *M.B.*, 7 mai 2002; Art. 37ter et s., C. pén.

² La loi du 6 juin 2000 relative à l'introduction de l'euro dans la législation concernant les matières visées à l'article 78 de la Constitution, *M.B.*, 29 juillet 2000, a imposé de modifier tous les montants libellés en francs dans le Code pénal en euro. La loi du 5 mars 1952 relative aux centimes additionnels sur les amendes pénales, *M.B.*, 3 avril 1952, dispose que les montants des amendes prévues dans le Code pénal doivent être multipliés par les centimes additionnels, à savoir 5,5 pour l'année 2006.

³ On parle de correctionnalisation lorsque le juge décide, en fonction des circonstances atténuantes, d'appliquer à un crime la peine applicable pour un délit. Cela a pour conséquence de transformer le crime en délit et d'éviter de juger l'affaire devant la Cour d'assises. L'affaire est alors portée devant le tribunal correctionnel. L'objectif de cette mesure est d'éviter de faire appel à la Cour d'assises pour les crimes d'une moins grande gravité.

1.2. Élément matériel et élément moral

Chaque fait, pour être qualifié d'infraction, nécessite un élément matériel et un élément moral.

L'élément matériel est l'acte incriminé, action ou omission, tel que défini dans le Code pénal.

- Pour l'infraction de faux en écritures: l'acte de falsifier les comptes de l'ASBL constitue l'élément matériel.

L'élément moral est l'élément intentionnel qui sous-tend l'élément matériel. Sans cet élément intentionnel, l'infraction n'existe pas⁴.

Lorsque le Code pénal définit directement l'élément intentionnel: on parle de "dol spécial".

Lorsque ce n'est pas le cas, le juge doit rechercher l'élément intentionnel, c'est-à-dire le fait de savoir que l'on enfreignait la loi.

- Dol spécial: Art. 136bis, C. pén. "Constitue un crime de droit international (...), le crime de génocide, (...), le crime de génocide s'entend de l'un des actes ci-après, commis dans l'intention de détruire, en tout ou en partie, un groupe national, ethnique, racial ou religieux comme tel: 1° meurtre de membres du groupe; 2° atteinte grave à l'intégrité physique ou mentale de membres du groupe; (...)". Dans cet article, l'élément intentionnel est spécialement défini: le dol spécial est la commission de l'acte dans l'intention de détruire un groupe ethnique.
Ou encore: Art. 178ter, C. pén. "Quiconque aura, *sciemment*, utilisé un signe monétaire ayant cours légal en Belgique ou à l'étranger comme support d'un message, publicitaire ou autre, ou qui, *sciemment*, en aura rendu l'usage comme moyen de paiement plus difficile en le détériorant, maculant, surchargeant ou en le rendant impropre de quelque manière que ce soit, sera puni (...)".
- Sans dol spécial: Art. 178bis, C. pén. "Quiconque aura émis un signe monétaire destiné à circuler dans le public comme moyen de paiement sans y avoir été habilité par l'autorité compétente, sera puni (...)".

1.3. Question de l'imputabilité

Il existe deux types d'imputabilité: légale et judiciaire.

Les articles du Code pénal peuvent désigner directement la ou les personnes auteurs de l'infraction. On parle d'imputabilité légale. L'imputabilité légale peut être expresse ou tacite.

Dans le cas de l'imputabilité légale expresse, le Code désigne expressément la personne susceptible d'être auteur de l'infraction et le juge ne peut condamner que cette personne-là. Si les conditions de l'infraction ne sont pas réunies dans le chef de cette personne, les faits resteront impunis.

- Imputabilité légale expresse: Art. 458 C. pén. "Les *médecins, chirurgiens, officiers de santé, pharmaciens, sages-femmes et toutes autres personnes dépositaires, par état ou par profession, des secrets qu'on leur confie*⁵, qui, hors le cas où ils sont appelés à rendre témoignage en justice (ou devant une commission d'enquête parlementaire) et celui où la loi les oblige à faire connaître ces secrets, les auront révélés, seront punis (...)". Dans ce cas-ci, le juge ne peut s'éloigner des termes du Code pénal. Il ne peut condamner, pour violation du secret professionnel, une autre personne que celle désignée par le Code.

Il se peut que l'auteur matériel d'un fait répréhensible ne soit pas puni, mais bien celui désigné par le Code pénal, parce que c'est cette personne-là qui est le véritable auteur de l'infraction.

⁴ F. Lagasse, *Manuel de droit pénal social*, p. 70.

⁵ C'est-à-dire tout confident nécessaire: avocat, notaire, prêtre...

- C'est l'employeur qui est responsable de veiller à la sécurité sur le lieu de travail et non l'ouvrier auquel il donne ses instructions à défaut de pouvoir de décision.

Dans le cas de l'imputabilité légale implicite, le Code sous-entend que telle personne est susceptible d'être l'auteur de l'infraction. Dans ce cas, une partie de la doctrine considère que seule la personne désignée implicitement peut être poursuivie par le juge. Une autre partie de la doctrine considère que le juge n'est pas tenu par une désignation implicite et qu'il peut poursuivre toute personne indépendamment des termes du Code pénal.

- Tel était le cas des infractions au Code de la route lorsque le conducteur ne pouvait être identifié, alors le titulaire de la plaque minéralogique était réputé auteur de l'infraction⁶. Cette présomption n'était pas expressément mentionnée dans le Code de la route.

Lorsque les articles du Code pénal ne désignent pas la ou les personnes auteurs de l'infraction. C'est au juge de les rechercher. On parle d'imputabilité judiciaire.

Le juge doit rechercher la personne responsable pénalement, c'est-à-dire celle qui a commis les faits (ou participé) ou qui a facilité la commission de l'infraction et qui réunit les conditions de l'infraction, c'est-à-dire que l'élément moral et matériel de l'infraction sont réunis dans le chef d'une seule personne.

- Art. 460, C. pén. "*Quiconque* sera convaincu d'avoir supprimé une lettre confiée à un opérateur postal, ou de l'avoir ouverte pour en violer le secret, sera puni d'un emprisonnement (...)". Dans ce cas-ci, le juge n'est pas lié par les termes du Code pénal: il pourra condamner toute personne ayant brisé le secret de la correspondance.

Problème de l'imputabilité dans le cadre de la gestion collégiale. Comment déterminer la personne pénalement responsable ?

Indépendamment de la question de la responsabilité pénale des personnes morales, le juge doit rechercher qui, dans la réalité des faits, a commis l'infraction. Pour ce faire, il va se baser sur les éléments lui prouvant que telle personne a posé un acte (élément matériel) avec la conscience de commettre une infraction (élément moral). Mais il doit aussi prendre en considération le pouvoir réellement exercé au sein de l'association, indépendamment de ce qui pourrait être inscrit aux statuts.

Au sein de l'ASBL, le conseil d'administration, organe collégial, prend les décisions et gère l'association. En cas d'infraction, le conseil devrait être déclaré responsable. Or, la responsabilité pénale est une responsabilité personnelle. Il n'est pas possible de condamner collectivement le conseil d'administration. Le juge devra rechercher à qui imputer la faute pénale en fonction des faits de la cause.

Il devra se demander qui exerce le pouvoir de surveillance et de direction, qui dispose de la compétence de prendre des décisions et de poser (ou de faire poser) un certain nombre d'actes, etc. En fonction de ces considérations, le juge peut condamner non pas la personne qui a effectivement accompli le fait délictueux (un préposé, un administrateur fantoche...), mais bien celle qui avait le pouvoir d'ordonner la commission de l'infraction. Le seul fait d'avoir été administrateur et d'avoir participé aux réunions n'implique pas automatiquement la responsabilité pénale⁷. Le juge devra, pour chaque administrateur, déterminer s'il exerçait un réel pouvoir dans l'ASBL et rechercher si l'élément moral et matériel de l'infraction est réuni dans son chef.

⁶ Exemple cité par J. Messinne, *Droit pénal*, volume II, P.U.B., 8^e éd. 2004-2005, p. 145; avant introduction des articles 67bis et 67ter dans la loi du 16 mars 1968 relative à la police de la circulation routière, *M.B.*, 27 mars 1968.

⁷ Th. Afschrift et V.-A. de Brauwere, *Manuel de droit pénal financier*, éd. Kluwer, 2001, p. 20.

- ☑ Le juge peut condamner un dirigeant de fait⁸ - par exemple, le directeur de l'ASBL - qui a ordonné à l'administrateur délégué de commettre des faux en écriture en matière comptable de façon à masquer des vols de caisse.
- ☑ Qu'en est-il en cas de délégation ? Imaginons un directeur d'ASBL qui décide de déléguer certaines missions à un travailleur tout en lui conférant un réel pouvoir de décision. Le juge ne pourra poursuivre le directeur en cas d'infraction commise par le travailleur dans le cadre des missions qui lui ont été déléguées. Cette délégation peut être verbale, mais doit être certaine. Le directeur, dans notre exemple, est alors exonéré de toute responsabilité pénale.

1.4. Infractions pénales et comptables

En ce qui concerne plus particulièrement les administrateurs d'association sans but lucratif, toutes les règles du Code pénal leur sont applicables lorsqu'ils ont profité de leurs fonctions pour commettre des infractions.

La question de savoir si les infractions comptables étaient applicables aux administrateurs d'ASBL s'est posée. Toutefois, le législateur, dans la loi du 2 mai 2002 modifiant la loi du 27 juin 1921 sur les associations sans but lucratif, n'a pas clairement déterminé dans quelle mesure ces sanctions, prévues par le Code du droit des sociétés et la loi du 17 juillet 1975 sur la comptabilité des entreprises, s'appliquaient aux ASBL et/ou à leurs dirigeants. Certains auteurs soutiennent que l'ensemble de la législation est applicable, en ce compris les sanctions pénales⁹. D'autres soutiennent que seules les obligations comptables sont d'application à l'exception des mesures pénales¹⁰. La plus grande prudence s'impose donc quant à savoir si ces règles comptables pénales s'appliquent ou non. La jurisprudence répondra à cette question.

Dans le cadre de ce dossier, nous aborderons certaines infractions susceptibles d'être commises par les administrateurs dans le cadre de leurs fonctions: l'abus de biens sociaux, l'abus de confiance, la corruption, le faux en écritures et l'usage de faux. Nous passerons également en revue les principes du droit pénal social.

Toutefois, avant d'analyser les cas de responsabilité pénale des administrateurs d'ASBL, il faut passer en revue succinctement le régime de responsabilité pénale des personnes morales, en ce que les principes établis par le législateur en la matière peut influencer la situation des administrateurs personnes physiques.

⁸ Le dirigeant de fait est la personne qui exerce, dans la réalité des faits, directement ou par personne interposée, la direction de la personne morale, en lieu et place de son organe légal ou sous son couvert. C'est cette personne notamment qui noue des contacts avec les clients, fixe les activités, établit les contrats, dirige et surveille le personnel et décide, de façon générale, du sort de l'entreprise.

⁹ C. Fisher et B. Theunissen, "Les obligations des ASBL en matière de comptabilité et des comptes annuels", in *la Revue du Non marchand*, n° 10, 2002/2, p. 97.

¹⁰ M. De Wolf, "La tenue et le contrôle des comptes d'associations", in *Le nouveau droit des ASBL et des fondations*, Bruylant, Bruxelles, 2002, p. 336.

2. Responsabilité pénale des ASBL

2.1. Principe

Avant l'adoption de la loi du 4 mai 1999 instaurant la responsabilité pénale des personnes morales, ces dernières pouvaient, par l'intermédiaire d'un de leurs organes ou préposés, commettre une infraction. Toutefois, il n'était pas encore admis que la personne morale en tant que telle soit condamnée. Quand elle commettait une infraction, la responsabilité pénale était reportée sur la personne physique par laquelle elle avait agi.

Cette situation a changé depuis l'adoption de la loi du 4 mai 1999 qui a introduit en Belgique la responsabilité pénale des personnes morales¹¹. Le législateur a tenté, dans la mesure du possible, d'assimiler les personnes morales à des personnes physiques¹². Dorénavant, il est possible de les condamner en tant que personne morale sans rechercher l'auteur - personne physique - de l'infraction.

A présent, le principe de leur responsabilité est consacré à l'article 5 du Code pénal.

Art. 5, C. pén.

Toute personne morale est pénalement responsable des infractions qui sont intrinsèquement liées à la réalisation de son objet ou à la défense de ses intérêts, ou de celles dont les faits concrets démontrent qu'elles ont été commises pour son compte.

Lorsque la responsabilité de la personne morale est engagée exclusivement en raison de l'intervention d'une personne physique identifiée, seule la personne qui a commis la faute la plus grave peut être condamnée. Si la personne physique identifiée a commis la faute sciemment et volontairement, elle peut être condamnée en même temps que la personne morale responsable.

Sont assimilées à des personnes morales:

1° les associations momentanées et les associations en participation;

2° les sociétés visées à l'article 2, alinéa 3, des lois coordonnées sur les sociétés commerciales, ainsi que les sociétés commerciales en formation;

3° les sociétés civiles qui n'ont pas pris la forme d'une société commerciale.

Ne peuvent pas être considérées comme des personnes morales responsables pénalement pour l'application du présent article: l'Etat fédéral, les régions, les communautés, les provinces, l'agglomération bruxelloise, les communes, les zones pluricommunales, les organes territoriaux intra-communaux, la Commission communautaire française, la Commission communautaire flamande, la Commission communautaire commune et les centres publics d'aide sociale.

2.2. Champ d'application de la loi

La loi est applicable à toutes les personnes morales de droit privé (sociétés et associations) et aux personnes morales de droit public. Toutefois, il est prévu une "immunité pénale" pour diverses personnes morales de droit public comme l'Etat fédéral, les régions, les communautés, les provinces, les communes ou les C.P.A.S.

En outre, la loi vise certaines entités qui ne possèdent pas la personnalité juridique telles que les sociétés commerciales qui n'ont pas déposé leurs actes au greffe du tribunal de commerce, celles

¹¹ Loi du 4 mai 1999 instaurant la responsabilité pénale des personnes morales, *M.B.*, 22 juin 1999.

¹² Cette loi suscite de nombreux problèmes d'application. Nous n'entrerons pas dans le détail de ces controverses. Pour une étude sur la question, voyez M. Delvaux, "La responsabilité pénale dans l'entreprise", *J.D.S.C.*, 2003, p. 266.

en formation et les sociétés civiles. Sont exclues: les associations de fait et les ASBL en formation¹³.

2.3. Comportements donnant lieu à responsabilité

La personne morale est pénalement responsable pour tous types d'infractions pour autant que l'infraction ait été commise *en vue de la réalisation du but* de la personne morale ou de *promouvoir son intérêt* ou qu'elle ait été commise *pour son propre compte*.

L'acte répréhensible - décision intentionnelle ou négligence au sein de la personne morale - doit donc être posé dans le cadre de la *réalisation du but social* de l'association. Si tel n'est pas le cas, alors la personne morale ne peut être poursuivie.

- Si l'ASBL sert d'écran pour des activités illégales parallèles d'une personne physique, la personne morale ne pourra être condamnée en son nom propre puisqu'elle ne pose pas d'acte en vue de réaliser son but social.

Cela signifie également que pour que la responsabilité de la personne morale soit retenue, la personne physique ayant posé l'acte délictueux doit avoir eu le pouvoir d'engager l'association, soit qu'elle est un organe de celle-ci, soit un mandataire¹⁴.

- Il y a infraction lorsque la personne morale maquille ses comptes afin de donner aux tiers une apparence de solvabilité plus importante ou lorsque la personne morale, dans le but de réduire les coûts de personnel, néglige d'accorder les augmentations de rémunération ou les indexations prévues dans les conventions collectives applicables¹⁵. Ces différents exemples sont des cas d'infractions commises *dans l'intérêt de la personne morale* et non pas d'infraction commise par un administrateur à son seul profit.

En plus de l'élément matériel (le fait répréhensible), l'élément moral de l'infraction doit être prouvé. Certes, l'élément intentionnel dans le chef d'une personne morale est relativement difficile à cerner sans se référer à la personne physique qui a accompli le fait délictueux. Les travaux préparatoires de la loi donne comme exemple d'élément moral, soit une décision intentionnelle prise au sein de la personne morale, soit une négligence constatée au sein de la personne morale¹⁶. En résumé, il sera toujours nécessaire de rechercher, soit la personne physique mandataire, soit l'organe qui est intervenu pour déterminer, dans son chef, l'existence de l'élément moral constitutif de l'infraction¹⁷.

Question particulière de l'imputabilité légale

Dans quelle mesure la règle de l'imputabilité légale s'efface-t-elle en application de la loi du 4 mai 1999 ? En effet, la plupart des infractions de droit pénal social désignent les personnes responsables (cas d'imputabilité légale). La Cour d'arbitrage a adopté la position suivante: le mécanisme d'imputation légale contenu dans la réglementation antérieure doit être considéré comme ayant été implicitement abrogé par le législateur à la date du 2 juillet 1999 (date d'entrée en vigueur de la loi du 4 mai 1999)¹⁸. Ceci signifie que le juge pourra passer outre les prescriptions du Code pénal si les conditions d'existence de l'infraction sont réunies dans le chef de la personne morale (élément moral et élément matériel).

¹³ A. Masset, "La loi du 4 mai 1999 instaurant une responsabilité pénale des personnes morales: une extension du filet pénal modalisée", *J.T.*, 1999, p. 655.

¹⁴ Th. Afschrift et V.-A. de Brauwere, *Manuel de droit pénal financier*, éd. Kluwer, 2001, p. 37.

¹⁵ M. Gollier et F. Lagasse, "La responsabilité pénale des personnes morales: le point sur la question après l'entrée en vigueur de la loi du 4 mai 1999", *Chron. Dr. Soc.*, 1999, p. 522.

¹⁶ Seront considérées comme négligence, l'organisation déficiente de la personne morale, des mesures de sécurité insuffisantes...

¹⁷ Pour une critique du caractère anthropomorphique de la loi et de ses incohérences, voyez J. Messinne, *Droit pénal*, volume II, P.U.B., 8^e éd. 2004-2005, p. 130 et s.

¹⁸ C.A., 22 juillet 2003, n° 104/2003, et C.A., 15 octobre 2002, n° 145/2002, www.arbitrage.be.

2.4. Concours de responsabilités pénales

La loi exclut, en principe, le cumul de responsabilités pénales de la personne morale et celle de la personne physique considérée comme auteur de l'infraction¹⁹.

Il n'y a pas de cumul de responsabilités si:

- la responsabilité de la personne morale est engagée en vertu de l'intervention (pas forcément constitutive de faute) d'une personne physique;
- la personne physique en question est identifiée;
- la responsabilité de la personne morale est engagée exclusivement en raison de l'intervention de cette personne physique.

Dans ce cas, seule la personne ayant commis la faute la plus grave est condamnée²⁰.

Ces conditions appellent quelques remarques:

- Si l'intervention de la personne physique n'est pas fautive, il ne pourrait y avoir cumul à défaut de faute dans le chef de la personne physique.
- Si l'identification de la personne physique est impossible; finalement, seule la personne morale sera condamnée. Cette situation peut se présenter lorsque la décision prise est le fait de l'organe collégial (sans possibilité d'identifier les votes) et non pas d'une seule personne physique déterminée.
- Quid en cas de fautes commises par plusieurs personnes physiques ? Cette règle de non cumul revient à exonérer les personnes physiques ayant commis des fautes moins graves.

Le cumul est permis dans le cas où l'infraction peut être imputée personnellement à une personne physique qui a agi "sciemment et volontairement". La personne physique et la personne morale peuvent être déclarées coauteurs de l'infraction.

Les difficultés d'interprétation ne manquent pas quant à la détermination de "la faute la plus grave". De même, les termes "sciemment et volontairement" recouvrent-ils uniquement la notion de faute intentionnelle²¹ ou tous types de fautes (comme les négligences par exemple) du moment qu'elles aient été commises sciemment - en connaissance de cause - et volontairement - en dehors de toute contrainte²² ? Pour toutes ces questions, il faudra laisser aux cours et tribunaux le temps de trancher les diverses interprétations possibles au regard des cas d'espèces qui se présenteront.

2.5. Peines applicables aux personnes morales

L'amende est la peine principale commune à toutes les infractions commises par des personnes morales. Un mécanisme de conversion des peines privatives de liberté destinées aux personnes physiques en des peines d'amende a été prévu afin d'assurer un parallélisme entre les peines encourues par les personnes physiques et celles encourues par les personnes morales²³. Dans ce

¹⁹ Position de M. Davagle, in *Mémento de ASBL*, Kluwer, 2005, p. 454. *Contra* Th. Afschrift et V.-A. de Brauwere, *Manuel de droit pénal financier*, éd. Kluwer, 2001, p. 43. En effet, ces auteurs considèrent, à la lecture de l'article 5, que le principe est celui du cumul de responsabilité pénale des personnes physiques et de la personne morale. Pour une analyse critique de la règle du cumul, *Ibid.* p. 43 et s.

²⁰ Il convient de noter que le texte de loi n'étant pas d'une limpidité parfaite, les auteurs de doctrine ont des avis divergents quant aux conditions de cumul et de non cumul de responsabilité.

²¹ Position de K. Gerard, "la loi du 4 mai 1999 relative à la responsabilité pénale des personnes morales", *J.P.*, n° 411, 23 mars 2001, p. 16.

²² Position de M. Gollier et F. Lagasse, *op. cit.*, p. 522.

²³ Pour le mécanisme de conversion, voyez l'article 41bis, C. pén.:

§ 1er. Les amendes applicables aux infractions commises par les personnes morales sont:
En matière criminelle et correctionnelle:

système, les personnes physiques ne pourront être punies de peines plus sévères que celles applicables aux personnes morales.

Outre le système de conversion des peines, il existe trois nouvelles peines spécifiques²⁴:

- la dissolution;
- l'interdiction d'exercer une activité relevant du but social;
- la fermeture d'un ou plusieurs établissements.

Ces peines, vu leur grande sévérité, ne seront prononcées que dans certains cas déterminés.

- La dissolution sera prononcée s'il est prouvé que la personne morale a été volontairement créée dans le but de commettre les infractions (crimes et délits) ou que cette personne morale commence à exercer de *nouvelles* activités illégales contrairement à celles initialement prévues par le but social (on parle de détournement du but social)²⁵.

La perte de la personnalité juridique de la personne morale condamnée n'éteint pas la peine²⁶. Le but du législateur est d'éviter que la personne morale ne puisse se soustraire à l'exécution de la condamnation en provoquant sa dissolution ou en adoptant une autre forme juridique.

-
- lorsque la loi prévoit pour le fait une peine privative de liberté à perpétuité: une amende de deux cent quarante mille euros à sept cent vingt mille euros;
 - lorsque la loi prévoit pour le fait une peine privative de liberté et une amende, ou l'une de ces peines seulement: une amende minimale de cinq cents euros multipliés par le nombre de mois correspondant au minimum de la peine privative de liberté, et sans pouvoir être inférieure au minimum de l'amende prévue pour le fait; le maximum s'élève à deux mille euros multipliés par le nombre de mois correspondant au maximum de la peine privative de liberté, et sans pouvoir être inférieure au double du maximum de l'amende prévue pour le fait;
 - lorsque la loi ne prévoit pour le fait qu'une amende: le minimum et le maximum sont ceux prévus par la loi pour le fait;

En matière de police:

- une amende de vingt-cinq euros à deux cent cinquante euros. (...).

²⁴ Art. 7bis, C. pén.

²⁵ Art. 35, C. pén.: 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. (...).

²⁶ Art. 86, C. pén.

3. Abus de biens sociaux

Article 492bis, al. 1^{er}, C. pén.

Sont punis (...) les dirigeants de droit ou de fait des sociétés commerciales et civiles ainsi que des associations sans but lucratif qui, avec une intention frauduleuse et à des fins personnelles, directement ou indirectement, ont fait des biens ou du crédit de la personne morale un usage qu'ils savaient significativement préjudiciable aux intérêts patrimoniaux de celle-ci et à ceux de ses créanciers ou associés. (...)

Les éléments constitutifs de l'infraction sont les suivants:

- a) **L'auteur de l'infraction doit être le dirigeant de droit ou de fait d'une société commerciale ou civile ou d'une ASBL.** Le législateur vise ici la personne qui profite de sa fonction pour utiliser l'association à des fins personnelles. Il s'agit d'un cas d'imputabilité légale. L'infraction d'abus de bien sociaux ne peut être reconnue dans le chef d'une personne qui n'est pas le dirigeant de droit ou de fait de la personne morale (ex. les travailleurs, les membres de l'assemblée générale, les personnes externes...). Le dirigeant ou l'administrateur de fait²⁷ est expressément visé par le Code pénal, ce qui signifie que le juge doit rechercher qui exerce réellement le pouvoir au sein de la personne morale, indépendamment des mentions statutaires²⁸.
- b) **L'auteur de l'infraction doit utiliser les biens** (bien mobiliers ou immobiliers, corporels ou incorporels) **ou le crédit** (réputation²⁹) **de la personne morale de façon significativement préjudiciable aux intérêts patrimoniaux de celle-ci et aux intérêts des créanciers ou associés.**

- L'administrateur-délégué qui utilise les fonds de l'ASBL pour réparer son véhicule personnel ou son domicile privé ou pour payer des dettes personnelles, pour opérer le remboursement de frais dont il ne peut établir la réalité; ou encore qui utilise la personne morale et la réputation dont elle jouit pour lui faire souscrire un emprunt afin de financer des avantages exorbitants concédés à l'administrateur-délégué (par exemple, lui fournir un véhicule de luxe sans aucune mesure avec les possibilités financières de l'association).

L'utilisation des biens de la personne morale doit porter préjudice au patrimoine de celle-ci (préjudice financier) et à ses créanciers ou associés (il s'agit de deux conditions cumulatives): le préjudice subi seulement par l'association n'entraînera pas la qualification des faits en infraction d'abus de biens sociaux. Dans le cas des ASBL, les membres ne peuvent être lésés puisque, contrairement aux sociétés, ils n'ont aucun droit sur l'avoir social³⁰. En l'occurrence, pour qualifier les faits en infraction, il faudra, en plus du préjudice au patrimoine de l'association, que des créanciers de l'ASBL soient lésés.

En outre, les faits reprochés doivent être "significativement préjudiciables", c'est-à-dire que sont exclus les faits mineurs d'utilisation des biens ou du crédit de la personne morale à des fins personnelles (ex. avoir des communications privées avec le téléphone de la personne morale...). Le juge appréciera ce qu'il faut entendre par "significativement".

²⁷ Le dirigeant de fait est la personne qui exerce, dans la réalité des faits, directement ou par personne interposée, la direction de la personne morale, en lieu et place de son organe légal ou sous son couvert. Il s'agit de la personne qui noue des contacts avec les clients, fixe les activités, établit les contrats, dirige et surveille le personnel et décide, de façon générale, du sort de l'entreprise. On appelle administrateur de fait, toute personne qui exerce, de fait, un pouvoir de décision ou de direction alors même qu'elle n'est pas désignée comme telle dans les statuts ou tout document émanant de l'association.

²⁸ F. Moïses, "Le nouvel environnement légal des dirigeants d'ASBL et de fondations", *R.D.C.*, 2003, p. 740.

²⁹ Le crédit social, c'est la confiance attachée à la personne morale en fonction de son capital, de la nature et de la bonne marche de ses affaires. L. Bihain, "Le délit d'abus de bien sociaux", *R.D.C.*, 1998, p. 95.

³⁰ Ph. 'T Kint, "L'application aux ASBL du nouveau délit d'abus de biens sociaux en comparaison avec le délit d'abus de confiance", *R.P.S.*, 1998, p. 382.

c) **Cette utilisation doit être faite de façon frauduleuse et à des fins personnelles (directe ou indirecte) et avec la connaissance que le fait délictueux cause un préjudice significatif.** Il s'agit de l'élément moral de l'infraction. L'auteur de l'infraction doit agir avec l'intention de procurer à soi-même un bénéfice *patrimonial ou extrapatrimonial*. L'auteur de l'infraction doit non seulement savoir qu'il commet un acte illicite, mais il doit également chercher à obtenir un bénéfice personnel *direct ou indirect*. Si l'auteur de l'infraction commet un acte illicite mais sans en retirer aucun bénéfice même indirect, les faits ne peuvent être qualifiés d'abus de biens sociaux. Il faut souligner également que si l'avantage en question, même disproportionné, a été attribué par les organes compétents et apparaît clairement dans les comptes, il ne peut être question d'abus de biens sociaux³¹.

- Par direct, on entend un bénéfice matériel ou moral dans le chef de l'auteur de l'infraction. Par exemple: acquérir une meilleure réputation pour lui ou sa famille, développer son image de marque ou son réseau de relation, se lier avec des personnes influentes...
- Par indirect, on entend l'auteur de l'infraction qui pose un acte illicite favorisant une société dont il est actionnaire (ou une ASBL dans laquelle il est impliqué) au détriment de la personne morale qu'il dirige. Par exemple, l'ASBL A, via un de ses administrateurs qui dirige réellement l'association, donne en location à l'ASBL B un bien immobilier mais avec un bail désavantageux pour elle et très avantageux pour l'ASBL B dans laquelle l'épouse de l'administrateur a des intérêts.

Les auteurs de l'infraction peuvent être condamnés à une peine d'emprisonnement de un mois à cinq ans et à une amende de 100 à 500.000 euros.

³¹ L. Bihain, "Le délit d'abus de bien sociaux", R.D.C., 1998, p. 98.

4. Abus de confiance

Article 491, C. pén.

Quiconque aura frauduleusement soit détourné, soit dissipé au préjudice d'autrui, des effets, deniers, marchandises, billets, quittances, écrits de toute nature contenant ou opérant obligation ou décharge et qui lui avaient été remis à la condition de les rendre ou d'en faire un usage ou un emploi déterminé sera puni (...).

Les éléments constitutifs de l'infraction sont les suivants:

- a) **Il doit y avoir détournement ou dissipation.** Par détournement, on entend la violation du droit de propriété, c'est-à-dire le fait de ne pas restituer le bien en question. Par dissipation, on entend un acte de disposition (vente, mise en gage, consommation, destruction, abandon...). L'auteur de l'infraction se comporte comme s'il était le propriétaire du bien qui lui est confié.
- b) **Cette action peut porter sur des biens de différentes natures: soit des biens mobiliers corporels** (marchandises...), **soit des écrits contenant ou opérant obligation ou décharge** (contrat, testament, actions, obligations de société, chèque...).
- c) **Ces biens ou écrits doivent avoir été remis préalablement et volontairement, à la condition de les rendre ou d'en faire un usage déterminé** (ex. remise préalable et précaire dans le cadre d'un contrat de prêt, de dépôt, de location... ou encore dans le cadre de l'exécution d'un contrat de mandat). Cette condition distingue l'abus de confiance du vol. La remise préalable et volontaire d'un bien doit résulter d'un contrat ou d'un lien juridique entre les parties.
- d) **Le détournement ou la dissipation doit avoir lieu au préjudice d'autrui.** Le préjudice ne doit pas être nécessairement subi par le propriétaire de la chose remise³².
- e) **Cette action doit avoir été commise de manière frauduleuse.** Il s'agit de l'élément moral de l'infraction. Le Code prévoit un dol spécial à savoir que l'intention de l'auteur du détournement ou de la dissipation consiste à s'approprier définitivement un bien appartenant à autrui et donc à se comporter comme étant le propriétaire du bien détourné (*animus domini*)³³. Il n'est pas nécessaire que l'auteur de l'infraction ait retiré un avantage personnel de cette infraction.

Ici la notion de "préjudice significatif" n'existe pas. Ce qui permet de poursuivre certains faits comme étant de l'abus de confiance lorsque le préjudice n'est pas suffisamment significatif pour constituer de l'abus de biens sociaux.

Les sanctions prévues par le Code pénal sont l'emprisonnement d'un mois à cinq ans et une amende de 26 à 500 euros.

³² En matière de responsabilité des administrateurs, le détournement ou la dissipation devrait porter préjudice à l'ASBL propriétaire des biens. Voir Bruxelles, 11 juin 1993, *J.L.M.B.*, 1993, p. 1061: la seule circonstance que l'acte posé par un administrateur d'une ASBL servirait directement ou indirectement ses intérêts privés ne suffit pas pour le qualifier d'abus de confiance dès lors qu'il ne serait pas démontré que cet acte va totalement à l'encontre des intérêts de l'ASBL qu'il a mission de gérer.

³³ Cass., 1^{er} mars 2000, *Pas.*, I, 2000, 149: En l'espèce, cet administrateur avait prélevé secrètement plusieurs sommes d'argent utilisées à des fins personnelles. Ces prélèvements avaient été opérés sous la forme d'un prêt consenti par le trésorier de l'association. Au-delà des apparences, le prêt dissimulait en réalité un détournement ou une dissipation des biens de la personne morale par un de ses mandataires.

5. Corruption

Art. 504bis, C. pén.

§ 1er. Est constitutif de corruption privée passive le fait pour une personne qui a la qualité d'administrateur ou de gérant d'une personne morale, de mandataire ou de préposé d'une personne morale ou physique, de solliciter ou d'accepter, directement ou par interposition de personnes, une offre, une promesse ou un avantage de toute nature, pour elle-même ou pour un tiers, pour faire ou s'abstenir de faire un acte de sa fonction ou facilité par sa fonction, à l'insu et sans l'autorisation, selon le cas, du conseil d'administration ou de l'assemblée générale, du mandant ou de l'employeur.

§ 2. Est constitutif de corruption privée active le fait de proposer, directement ou par interposition de personnes, à une personne qui a la qualité d'administrateur ou de gérant d'une personne morale, de mandataire ou de préposé d'une personne morale ou physique, une offre, une promesse ou un avantage de toute nature, pour elle-même ou pour un tiers, pour faire ou s'abstenir de faire un acte de sa fonction ou facilite par sa fonction, à l'insu et sans l'autorisation, selon le cas, du conseil d'administration ou de l'assemblée générale, du mandant ou de l'employeur.

L'article 504bis du Code pénal réprime les actes de corruption posés par certains acteurs du secteur privé: administrateur, gérant d'une personne morale, mandataire ou préposé d'une personne morale ou physique.

Il existe deux types de corruption: passive et active.

Il y a corruption passive lorsque l'auteur de l'infraction *sollicite ou accepte* une offre portant sur un avantage de toute nature ou l'avantage lui-même, pour commettre (ou s'abstenir de commettre) un acte sans que les organes de l'association ne soient au courant. La tentative de corruption est donc réprimée pénalement, peu importe à cet égard que la personne sollicitée ait accepté. De même, peu importe, pour la personne qui accepte une offre, que l'acte ait été effectivement posé.

Il y a corruption active lorsque l'auteur de l'infraction *propose*, à une personne occupant un certain poste, une offre portant sur un avantage de toute nature ou l'avantage lui-même, pour commettre (ou s'abstenir de commettre) un acte sans que les organes de l'association ne soient au courant. Ici aussi, peu importe, pour condamner le corrupteur actif, que sa proposition ait été suivie d'effet.

Les éléments constitutifs de l'infraction de corruption sont les suivants:

- a) **Il faut qu'il y ait un acte de sollicitation, de proposition ou d'acceptation.** Lorsque la sollicitation sera suivie d'une proposition ou qu'une proposition sera suivie d'une acceptation, il y a circonstance aggravante. L'avantage sollicité, proposé ou accepté peut être destiné à la personne directement ou à un tiers de bonne foi ou non. Il ne doit pas y avoir nécessairement profit personnel. L'offre ou le don d'un avantage doit avoir été déterminant dans la prise de décision du bénéficiaire.
- b) **L'acte de corruption est défini comme une offre, une promesse ou un avantage de toute nature.** Cette définition est très large et elle laisse un grand pouvoir d'interprétation au juge pour déterminer ce qu'est une offre ou une promesse qui entraîne la qualification de corruption. Ces termes impliquent qu'il y a eu un engagement mais pas encore de réalisation concrète. L'offre ou la promesse porte sur un avantage *de toute nature*: une somme d'argent, une prestation de service, la remise d'un bien soit à la personne corrompue soit à un tiers, ou encore un avantage non patrimonial tel que la réception d'un titre honorifique..., peu importe la valeur de l'avantage.

- c) **La personne corrompue doit être un administrateur, un gérant de personne morale ou un mandataire ou préposé** d'une personne morale ou physique. Le dirigeant de fait n'est pas concerné par ces dispositions pénales³⁴.
- d) **L'objectif de l'acte de corruption consiste à obtenir (ou empêcher), de la part de la personne corrompue, un acte de fonction ou un acte facilité par sa fonction.**

- Tel est le cas de l'administrateur qui perçoit une somme d'argent pour continuer à conclure des contrats au nom de l'ASBL avec tel ou tel fournisseur (acte posé dans le cadre de sa fonction au sein de l'entreprise) ou du préposé qui transmet des informations confidentielles dont il aurait eu connaissance de manière indirecte (non pas un acte de fonction mais un acte facilité par sa fonction).

Quid des personnes qui n'auraient pas de fonction déterminée au sein de l'association ? Il semblerait impossible de les poursuivre pour chef de corruption³⁵. Cette hypothèse vise, par exemple, les volontaires.

- e) **L'acte accompli par la personne corrompue doit l'être à l'insu et sans autorisation du conseil d'administration ou de l'assemblée générale, du mandant ou de l'employeur.** Cette condition signifie que certains actes ne pourront pas être considérés comme constitutifs de corruption à partir du moment où ils sont connus et autorisés par le ou les organes de l'association. Toutefois, cette connaissance ou autorisation doit intervenir avant (ou au plus tard en même temps) que l'acte de corruption passive ou active n'ait eu lieu.

Les sanctions prévues sont l'emprisonnement de six mois à deux ans et une amende de 100 à 10.000 euros.

³⁴ J. Windey, "Corruption privée", *R.D.C.*, 2000, p. 469. Toutefois, le dirigeant de fait en étant assimilé au mandataire apparent tomberait dans le champ d'application de l'article 504bis. *Idem*, Th. Afschrift et V.-A. de Brauwere, *Manuel de droit pénal financier*, éd. Kluwer, 2001, p. 185.

³⁵ Th. Afschrift et V.-A. de Brauwere, *Manuel de droit pénal financier*, éd. Kluwer, 2001, p. 189.

6. Faux et usage de faux

Art. 193, C. pén.

Le faux commis en écritures en informatique ou dans les dépêches télégraphiques, avec une intention frauduleuse ou à dessein de nuire, sera puni conformément aux articles suivants.

Art. 196, C. pén.

Seront punies (...) les personnes qui auront commis un faux en écritures authentiques et publiques, et toutes personnes qui auront commis un faux en écritures de commerce, de banque ou en écritures privées,

Soit par fausses signatures,

Soit par contrefaçon ou altération d'écritures ou de signatures,

Soit par fabrication de conventions, dispositions, obligations ou décharges ou par leur insertion après coup dans les actes,

Soit par addition ou altération de clauses, de déclarations ou de faits que ces actes avaient pour objet de recevoir ou de constater.

Art. 197, C. pén.

Dans tous les cas (...), celui qui aura fait usage de l'acte faux ou de la pièce fautive sera puni comme s'il était l'auteur du faux.

Art. 213, C. pén.

L'application des peines portées contre ceux qui auront fait usage des (...) écrits contrefaits, fabriqués ou falsifiés, n'aura lieu qu'autant que ces personnes auront fait usage de la chose fautive, dans une intention frauduleuse ou à dessein de nuire.

Le faux en écritures et l'usage de faux sont deux infractions distinctes réprimées par le Code pénal.

6.1. Faux en écritures

Il y a faux lorsque l'auteur de l'infraction constitue ou altère, via les moyens déterminés par le Code, un document écrit protégé, avec une intention frauduleuse ou à dessein de nuire, susceptible dès lors de causer un préjudice.

Le faux en écritures existe dès que les éléments constitutifs de l'infraction sont réunis, qu'il y ait usage ou non du faux, indépendamment du préjudice subi.

Les éléments constitutifs de l'infraction sont les suivants:

- a) **Une altération de la vérité:** le document écrit doit relater un ou plusieurs faits mensongers, contraires à la vérité. Une simple omission ne suffit pas. Le faux peut être matériel (falsification d'un document existant déjà, par exemple une facture mentionnant d'autres montants que ceux réellement versés) ou intellectuel (constitution d'un écrit relatant une fautive information, tel est le cas des fautes factures ou des contrats fictifs).
- b) Cette altération de la vérité doit être contenue **dans un écrit protégé par la loi**, à savoir un écrit authentique (acte passé devant notaire ou établi par huissier), un écrit public (acte établi par un officier public³⁶), les écritures de commerce (celles déterminées aux articles 2 et 3 du Code

³⁶ Par exemple, les actes administratifs, politiques ou judiciaires.

de commerce³⁷), de banques (actes émis par les banques³⁸) et privées³⁹. Est visé tout type d'écriture: un document manuscrit, imprimé, photocopié, et même sous format informatique. Par contre, un projet de document ne pourrait être considéré comme un écrit dans le sens du Code pénal, à défaut de signature. Les documents à destination interne à l'entreprise ne peuvent pas non plus être constitutifs de faux. Il est à noter que l'écrit ne peut être constitutif de faux entre parties concernées, seuls les tiers à l'opération susceptibles d'être trompés par l'écrit pourront se prévaloir du fait qu'il s'agit d'un faux.

- Une fausse facture adressée à un client et une fausse facture destinée à déduire la TVA illégalement: seule l'administration fiscale - tiers à l'opération - peut se targuer du faux en écriture, pas le client.
- c) L'altération d'un document protégé ou la constitution d'un faux doit être **réalisée par un des moyens légaux déterminés dans le Code**: soit par fausses signatures, soit par contrefaçon ou altération d'écritures ou de signatures, soit par fabrication de conventions, dispositions, obligations ou décharges ou par leur insertion après coup dans les actes, soit par addition ou altération de clauses, de déclarations ou de faits que ces actes ont pour objet de recevoir ou de constater. En sachant que la jurisprudence en a fait une interprétation extensive de manière à ce que tous les modes de falsification possibles soient compris dans l'énumération.
- d) Il doit exister un **préjudice ou un risque de préjudice**. Tel est le cas des faux en écritures destinés à léser l'Etat ou à présenter des comptes favorables afin d'obtenir un emprunt. Peu importe que le préjudice ait eu lieu ou pas.
- e) Le faux doit être **commis avec une intention frauduleuse ou l'intention de nuire**. Il s'agit de l'élément moral de l'infraction, en l'occurrence un dol spécial. L'intention frauduleuse signifie que le faussaire entend se procurer un avantage illicite ou en procurer un à autrui. Par avantage illicite, on entend un avantage que le faussaire (ou un autre bénéficiaire, par exemple l'ASBL) n'aurait pas obtenu autrement. Le dessein de nuire peut viser toute personne physique ou morale matériellement ou moralement (ce cas de figure sera plus rare dans les faits). Pour apprécier l'existence de l'élément moral, le juge doit se placer au moment de la constitution du faux. Peu importe que l'objectif ait été atteint ou pas.
- Le fait pour un administrateur de rédiger des faux comptes - plus avantageux - afin d'obtenir au profit de l'ASBL un emprunt important.

6.2. Usage de faux

L'utilisateur du faux en écritures peut être l'auteur du faux ou un tiers. Si l'utilisateur est un tiers, il arrive bien souvent qu'il soit également coauteur ou complice du faussaire.

Les éléments matériels de l'infraction:

- a) L'existence d'un faux en écritures tel que défini précédemment.
- b) L'utilisation du faux. Le juge détermine ce qu'il faut entendre par "utilisation". Par exemple, la présentation d'un faux bilan par les administrateurs en assemblée générale pour approbation; leur dépôt au greffe...

L'élément moral de l'infraction:

- a) L'utilisateur doit avoir eu effectivement connaissance que le document écrit était un faux. On peut également lui reprocher qu'il aurait dû avoir connaissance que le document en question était un faux.
- b) L'utilisation du faux doit être comporter un dol spécial: l'utilisateur doit avoir utilisé le faux avec une intention frauduleuse ou à dessein de nuire.

³⁷ Par exemple, les actes de constitution de société, le bilan, les comptes annuels, les factures...

³⁸ Par exemple, les chèques, les ordres de virement...

³⁹ Par exemple, une déclaration de sinistre, un faux certificat médical... A. de Nauw, *Initiation au droit pénal spécial*, E. Story Scientia, Bruxelles, 1987, p. 34.

Le faux et l'usage de faux sont punis par une peine de réclusion de cinq à dix ans et une amende de 26 à 2000 euros⁴⁰.

⁴⁰ Art. 196 et 214, C. pén.

7. Droit pénal social

7.1. Principe

De nombreuses dispositions du droit social sont sanctionnées pénalement⁴¹ et le non respect de ces dispositions entraîne le plus souvent la mise en cause de la responsabilité des administrateurs.

⇒ Services constatant les infractions

Il existe plusieurs services d'inspection chargés de veiller au respect, par l'employeur, de la législation du travail et de la sécurité sociale. Ils existent, entre autres, au sein du SPF Emploi, Travail et Concertation sociale⁴² et du SPF Sécurité sociale⁴³. Ces services disposent de pouvoirs d'inspection très larges⁴⁴.

Les inspecteurs peuvent, lorsqu'ils constatent des infractions aux législations du travail ou sociales, donner un avertissement dans le but de faire cesser l'infraction et accorder un délai pour se mettre en règle, ils peuvent également dresser procès-verbal (également appelé "Pro justicia").

Lorsque les faits exigent la rédaction d'un procès-verbal, celui-ci est transmis au ministère public (généralement à l'auditeur du travail). Le ministère public décide, en fonction des faits et de leur gravité, du type d'action à mener: répression pénale, transaction pénale ou classement sans suite mais avec répression administrative.

La loi du 30 juin 1971, article 7, prévoit que le ministère public dispose de deux mois pour se décider⁴⁵. Cet article doit être couplé avec l'article 5 de la même loi. Il en résulte que les infractions ne sont pas poursuivies pénalement, mais elles sont classées sans suite avec répression administrative, sauf si l'auditeur du travail en décide autrement dans les deux mois. Tandis que l'infraction d'occupation main-d'œuvre étrangère en séjour illégal est toujours poursuivie pénalement sauf si l'auditeur du travail en décide autrement dans les six mois.

⇒ Imputabilité de l'infraction

Le juge doit être attentif quant aux règles d'imputabilité légale en droit pénal social. La plupart des infractions pénales en cette matière dispose de leurs règles d'imputabilité. Le juge a souvent le choix entre *l'employeur*, *ses préposés* ou *ses mandataires*. En fonction des faits, il va imputer l'infraction à l'un ou à l'autre. Si le fait délictueux ne peut être imputé à aucune de ces personnes, alors il n'y a pas infraction⁴⁶.

Néanmoins, depuis l'adoption de la loi du 4 mai 1999 sur la responsabilité pénale des personnes morales, l'association en tant que telle peut être poursuivie et condamnée pénalement. Pour qu'elle soit considérée comme responsable, il faut que l'infraction ait été commise pour le compte de l'association, c'est-à-dire dans le but de lui procurer un avantage ou de lui éviter un inconvénient. Dans quelle mesure la règle de l'imputabilité légale s'efface-t-elle en application de

⁴¹ Pour une étude complète en cette matière, voyez F. Lagasse, *Manuel de droit pénal social*, Bruxelles, Larcier, 2003.

⁴² Inspection technique, inspection médicale et inspection des lois sociales.

⁴³ Inspection sociale et inspection de l'hygiène.

⁴⁴ Pouvoir de visiter le lieu de travail de jour comme de nuit, d'interroger toutes personnes présentes sur le lieu de travail, de prendre connaissance de tout document, registre ou autre support d'information, de prendre des photos, de mettre sous scellé des biens mobiliers, d'ordonner le respect des dispositions légales dans un certain délai, de fermer le lieu de travail...

⁴⁵ En matière d'occupation de main-d'œuvre étrangère en séjour illégal, le délai est de six mois.

⁴⁶ Pour être tout à fait complet, ce type de responsabilité est un cas de responsabilité en cascade. Le juge va donc suivre l'ordre énoncé par le Code pénal pour déterminer à quel niveau (en commençant pas le plus élevé) la faute a été commise. Les fautes commises par les subalternes seront donc couvertes.

la loi du 4 mai 1999 ? Comme vu plus haut, la plupart des infractions de droit pénal social désignent les personnes (physiques) responsables. La Cour d'arbitrage a adopté la position suivante: le mécanisme d'imputation légale contenu dans la réglementation antérieure doit être considéré comme ayant été implicitement abrogé à la date du 2 juillet 1999 (date d'entrée en vigueur de la loi du 4 mai 1999)⁴⁷. Pour de plus amples informations à ce sujet et les possibilités de cumul des responsabilités entre personne morale et personne physique, nous renvoyons *supra* au chapitre sur la responsabilité pénale et civile des ASBL.

Ceci étant dit, il peut être intéressant de garder à l'esprit les règles d'imputabilité légale en matière de droit pénal social à partir du moment où la personne morale n'est pas poursuivie. Alors, il est vraisemblable que le juge continuera à rechercher l'auteur de l'infraction personne physique en prenant en considération les règles énoncées dans les lois sociales.

L'employeur, dans une ASBL, est le conseil d'administration. Toutefois, en raison du principe de personnalité des peines, le juge ne peut procéder à une condamnation collective. Il doit rechercher la personne physique qui exerce le pouvoir de décision et de direction du personnel (ayant entraîné la commission de l'infraction ou ayant empêché la cessation de celle-ci), que ce soit un organe ou un préposé. L'employeur est donc la personne *physique* investie du pouvoir d'autorité, de direction et de surveillance sur le personnel. Il s'agit de la personne qui a procédé au recrutement du personnel, qui dispose de l'autorité sur le travailleur, qui verse les salaires...⁴⁸. Le juge dispose d'un large pouvoir d'appréciation en la matière puisqu'il n'est pas tenu par les actes déposés au greffe du tribunal de commerce ou par les statuts de l'association.

Le mandataire est toute personne chargée par l'employeur d'accomplir des actes pour son compte. Tel est le cas du gérant d'entreprise (le gérant d'entreprise n'est pas un salarié, c'est un indépendant mandaté par la personne morale) ou de l'administrateur-délégué. Toutefois, la responsabilité de l'administrateur-délégué reste controversée en tant que mandataire puisqu'il est également organe de l'association (par conséquent, ils ne font qu'un avec la personne morale). La question de sa responsabilité personnelle en tant que mandataire est donc controversée⁴⁹. Par contre, aucune équivoque en ce qui concerne la responsabilité du mandataire chargée spécifiquement par l'employeur d'accomplir un certain nombre d'actes en son nom et d'assurer le respect des lois sociales. Tel est le cas du secrétariat social chargé par l'employeur de tenir à jour certains documents sociaux⁵⁰.

- Dans quelle mesure le secrétariat social de l'association peut-il être tenu responsable en cas d'erreur en matière de droit du travail ou de droit social⁵¹ ? L'employeur condamné peut-il se retourner contre le secrétariat social ? Le secrétariat social, outre ses missions de tenue des documents sociaux, a aussi un rôle de conseil et d'information, sur demande ou de leur propre initiative, de l'employeur quant à la législation sociale. Si une telle mission n'est pas correctement remplie et qu'il en résulte un dommage pour leur client (une condamnation par exemple), le secrétariat social peut être tenu d'indemniser le dommage subi en raison d'une faute qui leur est imputable⁵².

Bien entendu, la responsabilité du secrétariat social ne peut être retenue que pour autant que certaines missions lui aient été confiées clairement et que la faute reprochée ne relève pas de la compétence exclusive de l'employeur (par exemple, la détermination de la classification du travailleur dans les catégories établies par convention collective de travail, classification qui

⁴⁷ C.A., 22 juillet 2003, n° 104/2003, et C.A., 15 octobre 2002, n° 145/2002, www.arbitrage.be.

⁴⁸ A. Simon, "Quelques aspects pratiques du contentieux de droit pénal social", *Ors.*, 2000, p. 238.

⁴⁹ Ch.-E. Clesse, "L'employeur face à ses responsabilités pénales", *Ors.*, 2002, p. 274.

⁵⁰ A. Simon, "Quelques aspects pratiques du contentieux de droit pénal social", *Ors.*, 2000, p. 239.

⁵¹ F. Lagasse, "La responsabilité professionnelle d'un secrétariat social d'employeurs", *ASBL Actualités*, n° 47, 10 février 2006, p. 1 et s.

⁵² C. trav. Liège, 5 septembre 2001, www.juridat.be et C. trav. Liège, 8 septembre 2004, www.juridat.be: En tant que professionnel, le secrétariat social a l'obligation de s'assurer (et d'avertir l'employeur le cas échéant) du respect de la législation sociale et du travail. S'il ne le fait pas, il s'agit de négligence et de mauvaise exécution du contrat de mandat confié au secrétariat social. En l'occurrence, le secrétariat social n'avait pas vérifié si les conditions d'octroi d'exonération prévues dans le plan d'embauche étaient remplies. L'ONSS, suite à une vérification, avait obtenu la condamnation de l'employeur et ce dernier s'était retourné contre le secrétariat social.

détermine le niveau de salaire. En pareil cas, le secrétariat social ne peut d'initiative palier les manquements de l'employeur).

Le préposé visé par le législateur n'est pas l'ouvrier ou l'employé travaillant sous l'autorité et la surveillance de l'employeur, mais uniquement celui qui exerce un pouvoir de contrôle du respect des lois sociales (par exemple, le directeur du personnel, le délégué à la gestion journalière...), celui qui dirige et surveille les autres travailleurs.

⇒ **Élément moral et matériel de l'infraction**

Pour rappel, une infraction n'existe que si l'élément moral et matériel de l'infraction est établi. La difficulté consiste à déterminer quel est l'élément moral de l'infraction lorsque le législateur ne l'a pas expressément défini dans les articles de loi. Il s'agira alors bien souvent du fait que l'employeur savait ou devait savoir qu'il violait la loi.

7.2. Exemples

Quelles sont les infractions reconnues en droit pénal social ?

La lecture des textes légaux en matière de droit du travail ou de droit social révèle que pratiquement tous les manquements aux obligations légales imposées à l'employeur sont constitutifs d'infractions pénales.

Il existe une très longue liste de dispositions de droit du travail ou de droit social donnant lieu à une répression pénale. Dans le cadre de cet article, nous en citerons certaines à titre d'exemple:

- ☑ Les articles 11 à 15 de l'AR n° 5 du 23 octobre 1978 relatif à la tenue des documents sociaux. Par exemple, le fait de ne pas établir ou de ne pas tenir à jour les documents sociaux est puni d'un emprisonnement de huit jours à trois mois et d'une amende de 26 à 500 euros.
- ☑ Les articles 42 à 46 de la loi du 12 avril 1965 concernant la protection de la rémunération des travailleurs. Par exemple, le fait de ne pas payer la rémunération des travailleurs ou le fait de payer les rémunérations mais inférieures au minimum légal et non indexées (peu importe l'accord des travailleurs à cet égard)⁵³, ou encore le fait de ne pas payer les heures supplémentaires, le pécule de vacances...
- ☑ L'article 56 de la loi du 5 décembre 1968 sur les conventions collectives de travail et les commissions paritaires: se rend coupable d'une infraction l'employeur qui ne respecte pas les dispositions contenues dans les conventions collectives de travail (CCT) rendues obligatoires par arrêté royal. Par exemple, le fait de ne pas respecter les barèmes imposés par CCT ou ne pas respecter l'obligation de payer une prime de fin d'année.
- ☑ Les articles 35 et s. de la loi du 27 juin 1969 révisant l'arrêté-loi du 28 décembre 1944 concernant la sécurité sociale des travailleurs: le non respect des dispositions relatives à la sécurité sociale est constitutif d'infraction. Par exemple, la non déclaration des travailleurs, de l'occupation de faux indépendants ou du non paiement des cotisations sociales....

7.3. Transaction pénale

Le ministère public peut proposer une transaction pénale à l'auteur de l'infraction. Il s'agit pour celui-ci de verser une somme d'argent, ce qui a pour effet d'éteindre l'action publique. Cette transaction n'est possible que pour les infractions punies d'une peine d'amende ou d'une peine de prison n'excédant pas 5 ans. Le montant de la transaction ne peut être supérieur au maximum de

⁵³ Corr. Tournai, 10 janvier 1989, *J.T.T.*, 1989, p. 134.

l'amende (augmenté des décimes additionnels)⁵⁴. Cette technique permet de désengorger les tribunaux.

7.4. Amendes administratives

Lorsqu'un inspecteur constate une infraction, il peut décider de donner un avertissement assorti d'un délai pour se mettre en ordre ou, en fonction de la gravité des faits, il dresse un procès-verbal qui sera transmis au ministère public. Un exemplaire est transmis à l'employeur et au directeur général du service des études du SPF Emploi, Travail et Concertation sociale. Le ministère public dispose de deux mois (sauf exception) pour informer le directeur général de la décision de poursuivre pénalement l'auteur de l'infraction ou de classer sans suite avec répression administrative⁵⁵, ce qui arrive en principe. Si l'avis du ministère public est le classement sans suite, le directeur général informe alors l'employeur et l'invite à faire valoir ses observations. Le directeur inflige, le cas échéant, l'amende administrative après avoir pris connaissance des observations de l'employeur. Il s'agit d'une décision administrative qui doit être motivée⁵⁶ et qui peut faire l'objet d'un recours en justice devant le tribunal du travail en cas de désaccord.

L'amende administrative ne sanctionne que l'employeur, personne physique ou morale⁵⁷, (et non ses préposés et mandataires même si, au regard du droit pénal, l'infraction peut leur être imputée)⁵⁸.

A la lecture de la loi du 30 juin 1971 relative aux amendes administratives, on constate que pratiquement toutes les infractions peuvent donner lieu à une répression administrative. Elles sont énumérées à l'article 1^{er}.

Cet article fixe également le montant des amendes, à savoir entre 50 et 1250 euros pour les infractions "mineures" (infraction à la loi sur le travail, à la loi sur les jours fériés, certaines infractions liées à la tenue des documents sociaux, infraction aux CCT...); et entre 300 et 25000 euros pour les infractions "majeures" (infraction en matière de DIMONA, d'occupation de main-d'œuvre étrangère en séjour illégal, infraction à la législation relative au temps partiel, en matière de sécurité au travail...).

Ces amendes ne sont pas à majorer de centimes additionnels et elles sont cumulables en fonction du nombre d'infractions constatées (à l'exception de montant maximum fixé par la loi pour certaines infractions).

⁵⁴ Art. 216bis, Code pénal.

⁵⁵ Cette procédure permet de désengorger les tribunaux et de mettre en œuvre une sanction plus effective et plus performante que les condamnations à des peines de prison.

⁵⁶ En vertu de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, *M.B.*, 12 septembre 1991.

⁵⁷ A. Simon, "La loi du 30 juin 1971 relative aux amendes administratives applicables en cas d'infraction à certaines lois sociales", in *Le droit pénal social et les contrats de travail spéciaux*, Larcier, Bruxelles, 1997, p. 343.

⁵⁸ Loi du 30 juin 1971 relative aux amendes administratives applicables en cas d'infraction à certaines lois sociales, *M.B.*, 13 juillet 1971.

8. Prescription de l'action pénale

L'action pénale, également appelée action publique, contrairement à l'action civile, n'est pas intentée par la victime de l'infraction. Cette action est intentée par le représentant de la société, à savoir le Parquet (appelé également le ministère public)⁵⁹.

Le délai de prescription varie en fonction du type d'infraction. Il faut compter, à partir du jour où l'infraction a été commise:

- 6 mois pour les contraventions (ou un an pour les délits contraventionnalisés)
- 1 an pour les délits contraventionnalisés
- 5 ans pour les délits
- 10 ans pour les crimes
- 15 ans pour les crimes qui ne peuvent être correctionnalisés en application de l'article 2 de la loi du 4 octobre 1867 sur les circonstances atténuantes

La détermination de la date de prise de cours de la prescription varie en fonction du type d'infraction:

- Pour les délits instantanés, c'est-à-dire les infractions qui sont consommées par la commission d'un seul fait délictueux: la prescription commence à courir le jour où l'infraction est commise (ex. le fait de ne pas payer la rémunération liée à un jour férié).
- Pour les délits continus, c'est-à-dire les infractions qui s'étalent dans le temps: le délai de prescription ne commence à courir que lorsque l'infraction cesse (ex. le fait de ne pas instituer un règlement de travail).

Le délai de prescription de l'action publique est *interrompu* lorsqu'un acte d'instruction ou de poursuite est posé. Il faut alors comprendre qu'un nouveau délai de prescription recommence à courir.

- Sont considérés comme des actes d'instruction ou de poursuite, de façon générale, les actes accomplis par le juge d'instruction (le mandat d'arrêt, l'interrogatoire de l'inculpé, l'audition de témoin; la descente sur les lieux; la saisie du matériel informatique ou comptable...); la décision de renvoi devant une juridiction d'instruction, la plainte avec constitution de partie civile, la signification du jugement par défaut... Chaque acte d'instruction ou de poursuite posé annule le délai de prescription écoulé et en fait courir un nouveau.

Le délai de prescription de l'action publique est *suspendu* dans un certain nombre de cas prévus par la loi. Ce délai recommence à courir pour la durée restante (pas de remise à zéro comme dans le cas de l'interruption).

- Pendant le traitement d'une exception d'incompétence, d'irrecevabilité ou de nullité soulevée devant la juridiction de jugement, la prescription est suspendue et ne recommence à courir que lorsque l'exception est traitée⁶⁰. Il en va de même lorsque le juge pose, en cours de procès, une question préjudicielle à la Cour d'arbitrage⁶¹.

Enfin, l'action publique s'éteint également par la mort de l'inculpé ou par la clôture de la liquidation, la dissolution judiciaire ou la dissolution sans liquidation lorsqu'il s'agit d'une personne morale. En ce qui concerne les personnes morales, l'action publique pourra néanmoins être intentée si la mise en liquidation, la dissolution judiciaire ou la dissolution sans liquidation a eu pour but d'échapper aux poursuites ou si la personne morale a été inculpée par le juge d'instruction avant la perte de la personnalité juridique.

⁵⁹ Art. 20 et s., C. proc. pén.

⁶⁰ Art. 24, al. 2, C. proc. pén.

⁶¹ Art. 30, loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage, M.B., 7 janvier 1989.

9. Réparations civiles

⇒ Principes

Lorsque l'auteur de l'infraction est condamné en raison de la commission d'une infraction, le juge lui applique une peine (emprisonnement et/ou amende). Par ailleurs, l'auteur de l'infraction peut également être condamné à réparer, au civil, le dommage que la victime a subi. Il est alors condamné au paiement de dommage et intérêts à titre de réparation.

L'action civile peut être exercée contre l'inculpé et contre ses ayants droit. Elle ne s'éteint pas à la mort de l'inculpé ou à la dissolution de la personne morale inculpée.

La victime peut choisir d'introduire sa demande en réparation soit devant le juge civil, soit devant le juge pénal (simultanément aux poursuites pénales). Bien entendu, pour obtenir réparation civile, la victime doit prouver la faute de l'auteur de l'infraction, un dommage subi par elle et le lien de causalité entre la faute et le dommage (art. 1382 et 1383 c.c.).

⇒ Délai d'expiration de l'action civile introduite devant le juge pénal

L'action civile résultant d'une infraction se prescrit selon les règles du Code civil sans qu'elle puisse se prescrire avant l'action publique⁶² (le délai de prescription de délits est généralement de cinq ans tandis que l'action civile extracontractuelle se prescrit par cinq ans et l'action civile contractuelle par dix ans). Le délai de prescription commence à courir dès la commission de cette infraction (attention à la distinction entre délit continu et délit instantané).

⇒ Délai d'expiration de l'action civile issue d'un contrat de travail

Le délai de prescription de l'action civile qui naît d'un manquement au contrat de travail est d'un an (art. 15 de la loi du 3 juillet 1978 sur les contrats de travail). Suite à la règle exposée ci-dessus, cette action civile, si elle naît d'un manquement au droit du travail sanctionné pénalement (alors qualifié de délit), ne pourra se prescrire avant l'action publique (à savoir cinq ans, art. 2262bis c.c.).

⁶² Art. 26, C. proc. pén.