

WOORD VOORAF

AVANT-PROPOS

Avant-propos

Françoise ROGGEN¹

La délinquance d'affaires soulève toujours des questions juridiques et éthiques, délicates, auxquelles les auteurs qui ont contribué à ce dossier ont répondu avec la rigueur scientifique qui sied à cet exercice mais aussi avec pragmatisme.

A. Quelques arrêts récents de la Cour de cassation rendus en matière d'infractions liées à l'état de faillite et d'abus de biens sociaux leur ont ainsi donné l'occasion d'une mise au point actualisée des éléments constitutifs de ces délits et, dans l'examen de ceux-ci, du rôle prépondérant du juge du fond dont le pouvoir d'appréciation des faits de la cause échappe, en règle générale, à la Cour de cassation.

I. Dans sa note intitulée « Over eenheid van feit en de herkwalficatie van het misdrijf », l'avocate Margot Vandebek poursuit, à la faveur d'un arrêt de la Cour de cassation du 19 janvier 2021², une réflexion entamée il y a plus de 30 ans sur l'étendue de la saisine des juges du fond et de leur pouvoir de requalification.

Dans la *RDPC* de 1990, l'avocat général P. MORLET publiait un remarquable article de doctrine sous le titre « Changement de qualification, droits et devoirs du juge ».³

Il nous y enseignait déjà qu'en matière correctionnelle ou de police, l'ordonnance de renvoi ou la citation à comparaître saisissent la juridiction de jugement non de la qualification qui y figure, mais des faits tels qu'ils ressortent des pièces de l'instruction et qui fondent l'ordonnance de renvoi ou la citation; le juge du fond n'est pas lié par la qualification que ces actes ont donnée aux faits; cette première qualification est provisoire et la juridiction de jugement, même en degré d'appel, a le droit et le devoir, moyennant le respect des droits de la défense, de donner aux faits leur qualification exacte; en vue de la requalification, il n'est pas requis que les éléments de l'infraction initialement qualifiée et de celle

requalifiée soient les mêmes; il faut néanmoins que la nouvelle qualification ait pour objet le même fait que celui qui est à l'origine des poursuites ou qu'il s'y trouve compris; si l'appréciation du juge du fond à cet égard est souveraine, il lui appartient cependant d'exposer de manière concrète pourquoi il estime que la nouvelle qualification proposée par une partie s'identifie ou non au fait dont il est saisi.

Un arrêt de la Cour de cassation de 2017⁴, fidèle à cet enseignement, cassait sur pourvoi du procureur général de Mons un arrêt au terme duquel la cour d'appel avait refusé le changement de qualification de l'infraction sollicité par le parquet.⁵

Après avoir invité le prévenu à se défendre d'une prévention de détournement par fonctionnaire requalifiée en une escroquerie, commise entre les mêmes dates, selon le même mode opératoire et relative aux mêmes sommes d'argent, les juges d'appel s'étaient bornés à décider qu'ils n'étaient pas saisis de ces faits au motif que, tels que requalifiés par le ministère public, ils n'étaient pas les mêmes que ceux qui fondaient la poursuite originaire et n'étaient pas compris dans ceux qui la fondaient.

Par cette seule considération, la Cour avait considéré qu'elle n'était pas en mesure de déterminer les raisons ayant amené la juridiction d'appel à conclure à son incompétence pour connaître des faits sous la qualification proposée, circonstance qui l'a mise dans l'impossibilité d'exercer le contrôle de légalité qui lui est confié.

II. Dans une note intitulée « Too little too late volgens het Hof van Cassatie: veroordeling wegens 'laattijdige aangifte van faillissement' zelfs mogelijk bij hangende procedures van schuldbetwisting », consacrée à l'infraction visée à l'article 489bis, 4°, du Code pénal, qui incrimine l'omission

¹. Conseiller à la Cour de cassation, chargé de cours à la faculté de médecine de l'ULB.

². Cass., 19 janvier 2021, P.20.1056.N.

³. P. MORLET, « Changement de qualification, droits et devoirs du juge », *R.D.P.C.*, 1990, pp. 561 à 590.

⁴. Cass., 14 juin 2017, P.17.0259.F, *Pas.*, 2017, à sa date, avec Concl. de M. l'Av. gén. NOLET DE BRAUWERE.

⁵. Le moyen reprochait aux juges d'appel d'avoir illégalement limité leur saisine aux faits strictement circonscrits dans la qualification initiale donnée à la prévention de détournement par fonctionnaire alors que, sur l'initiative du procureur général, ils avaient invité le prévenu à se défendre de cette prévention requalifiée en une infraction à l'art. 496 C. pén., à savoir une escroquerie, commise entre les mêmes dates, selon le même mode opératoire et relative aux mêmes sommes d'argent payées.

de faire l'aveu de faillite dans le délai prescrit par l'article XX.102 du Code de droit économique, afin de retarder la déclaration de faillite, le professeur Patrick Waeterinckx et l'avocate Julie Petersen partent de l'arrêt de la Cour de cassation du 27 octobre 2020⁶ pour examiner les questions multiples et parfois rapidement évacuées par les juges du fond que suscite l'examen de ce délit.

Y sont abordées les questions d'imputabilité de l'infraction, notamment en présence de gérants de fait ou d'hommes de paille, d'opposabilité de l'état de faillite selon qu'il ait ou non été constaté par le tribunal de l'entreprise, de détermination de la date effective, dans ce cas, de la cessation de paiements, de l'absence d'impact du paiement ultérieur de certaines dettes et une nouvelle fois de l'importance du pouvoir d'appréciation du juge du fond.

Dans le cadre de l'appréciation de l'état de cessation de paiements, la question des créanciers publics, plus particulièrement l'administration de la TVA à l'occasion d'une accumulation des dettes fiscales, est enfin abordée.

La Cour a jugé que le juge pénal peut, lors de l'appréciation de l'état de cessation de paiements, tenir compte d'une dette fiscale contestée, si cette contestation manque de sérieux.

Cette question apparemment simple lorsque le litige fiscal est terminé, ne l'est plus dans le cas contraire. Elle a aussi d'autres impacts, notamment sur le plan probatoire ou encore au niveau de l'élément moral de l'infraction, constitué ici d'un dol spécial. Ainsi, comme nous l'indiquent les auteurs, rien ne semble interdire au juge du fond de déduire de la poursuite d'une contestation fiscale non sérieuse, la volonté dilatoire de retarder la faillite qui est visée à l'article 489bis, 4°, du Code pénal.

III. L'avocat Benjamin Gillard et le conseiller à la Cour de cassation Eric Van Dooren abordent la question pointue de l'analyse de l'élément moral du délit d'abus de biens sociaux qui est incriminé à l'article 492bis du Code pénal. Leur article, intitulé « Het moreel element bij misbreuk van vennootschapsgoederen onder de cassatieloop genomen », prend pour point de départ deux arrêts rendus par la Cour de cassation, les 18 mars 2020 et 11 juin 2021.⁷

Cet élément moral est d'autant plus particulier qu'il est triple. Il se déduit en effet d'abord de l'intention frauduleuse de l'auteur, puis de son intention de poursuivre la réalisation d'un intérêt personnel et enfin de la conscience du caractère significativement préjudiciable de l'usage, tous éléments relevant du dol dit spécial.⁸

Dans l'arrêt de 2020, la Cour casse un arrêt de la cour d'appel qui avait acquitté, au bénéfice du doute, la gérante d'une société qui avait choisi de ne pas se faire rémunérer par un salaire, préférant inscrire en compte courant, comme

étant des dettes à l'égard de la société les prélèvements qu'elle opérerait.

La Cour de cassation a jugé que ni la faiblesse financière de la personne morale, ni la nécessité pour son gérant d'assurer sa propre subsistance, ni le procédé consistant à substituer à un salaire grevé de charges sociales des prélèvements de trésorerie inscrits en compte courant, ni le remplacement d'un actif par une créance ne constituent des éléments pouvant légalement exclure l'élément moral du délit ou justifier un doute quant à son existence.

Cet arrêt offre aux annotateurs la possibilité d'un examen approfondi de la notion de recherche d'un intérêt personnel, direct ou indirect, dans le chef de l'auteur de l'infraction, avec la précision réaffirmée que la nécessité d'un avantage personnel n'exige pas que l'auteur soit parvenu à le réaliser.

L'intérêt personnel du dirigeant peut en outre, au terme de leur analyse de cet arrêt, être tant matériel que moral. Enfin, ces auteurs indiquent en quoi et pourquoi il n'est pas exigé que le dirigeant ait eu l'intention de porter atteinte aux intérêts financiers de la société.

Dans l'arrêt de 2021, la cour d'appel avait également acquitté le dirigeant de la société, au titre d'un doute quant à l'existence de l'élément moral de l'abus de biens sociaux, étant la connaissance que l'agent doit avoir du caractère significativement préjudiciable de l'usage qu'il a fait des fonds de la personne morale.

De la circonstance qu'après une gestion déplorable qui a exposé la société à un dommage fiscal significatif, le gérant, producteur et bénéficiaire des rémunérations mises en société, s'est vu chargé de la dette d'impôt y afférente, il ne se déduit pas pour la Cour de cassation qu'une atteinte préjudiciable n'ait pas été portée au patrimoine distinct de la personne morale, ni surtout que le défendeur ait pu en ignorer la réalité.

Les auteurs clarifient ces éléments en prenant soin une nouvelle fois de relever l'importance du pouvoir d'appréciation concrète des faits de la cause par le juge du fond et l'incompétence subséquente, hors contrôle marginal, de la Cour pour en connaître. Les limites dudit contrôle marginal sont rappelées, de même que la question rarement résolue de la détermination des pièces auxquelles la Cour peut avoir égard, dans le cadre de l'examen des moyens soulevés devant elle.

B. Dans une contribution qui dépasse le cadre de la délinquance économique et financière, Patrick Waeterinckx et Joost Huysmans abordent, à la faveur d'un arrêt de la Cour constitutionnelle, la jurisprudence controversée de la Cour de cassation en matière de confiscation des avantages patrimoniaux issus des infractions visée à l'article 42, 3°, du

⁶ Cass., 27 octobre 2020, P.20.0622.N.

⁷ Cass., 18 mars 2020, P.19.1299.F et Cass., 9 juin 2021, P.21.0298.F.

⁸ Le 3^e volet de cet élément moral se confond d'ailleurs, à l'occasion, avec le 1^{er}.

Code pénal, plus précisément sur la portée de la nécessité de l'écrit prescrit par l'article 43*bis*, alinéa 1^{er}, du Code pénal.

Dans un arrêt du 23 novembre 2010, la Cour de cassation a commencé à s'affranchir du texte légal en considérant qu'un réquisitoire oral dont le contenu est régulièrement constaté dans le procès-verbal d'audience peut suffire à permettre à un prévenu de faire valoir ses droits de défense.⁹ La Cour a admis en l'espèce, qu'en cas d'appel, illimité ou sur la peine, interjeté par le ministère public, ces réquisitions peuvent être prises pour la première fois en degré d'appel, par le biais d'un réquisitoire verbal acté au plume d'audience.

Dans un arrêt du 9 juin 2015, elle a poursuivi cet affranchissement en considérant que les réquisitions écrites tendant à la confiscation d'avantages patrimoniaux doivent uniquement être jointes à la procédure préalablement au jugement ou à l'arrêt, de telle sorte que le prévenu peut en prendre connaissance et y opposer sa défense. Elle y a encore précisé que l'article 43*bis* du Code pénal ne requiert pas que les réquisitions écrites du procureur du Roi soient prises à chaque instance et qu'il n'est pas davantage requis que de nouvelles réquisitions soient produites après une requalification des faits.¹⁰

Si cette jurisprudence s'écarte, selon ces auteurs, du texte même de l'article 43*bis*, alinéa 1^{er}, du Code pénal, ainsi que de sa *ratio legis*, elle est désormais consacrée. Dans un moyen soumis à la Cour dans une affaire jugée le 18 septembre 2018, la Haute Juridiction rejette le moyen du demandeur qui soutenait ne pas avoir pu exercer utilement ses droits de la défense à la suite des réquisitions verbales de confiscation du ministère public, prises à l'audience avant l'exposé de ses moyens de défense, au motif que cette défense n'avait pas été soumise aux juges d'appel.¹¹

La Cour de cassation a enfin jugé dans les arrêts du 29 janvier 2019 et du 28 mai 2019, que les réquisitions écrites du ministère public ne sont pas soumises au calendrier de conclusions visé à l'article 152, § 1^{er}, du Code d'instruction criminelle.¹²

L'arrêt de la Cour constitutionnelle n° 16/21 du 28 janvier 2021 qui examine ces deux points offre-t-il de nouvelles perspectives à la défense?

Sous le titre « Leidt het arrest 16/2021 van 28 januari 2021 van het Grondwettelijk Hof tot nieuwe inzichten i.v.m. de schriftelijke vordering tot verbeurdverklaring ex artikel 43bis Sw. in relatie tot de conclusieregeling in strafzaken ex artikel 152 Sv.? », nos deux auteurs répondent à cette question à la fois de manière affirmative et réservée.

L'arrêt leur apparaît déterminant quant à la nécessité d'accorder à la défense un nouveau délai pour conclure en cas de réquisitions de confiscations tardives, c'est-à-dire présentées après l'expiration des délais prévus au calendrier de conclusions ou en cas de réquisitions nouvelles exprimées verbalement, même si l'article 152, § 2, alinéa 2, du Code d'instruction criminelle ne prévoit celui-ci que de manière facultative.

Ils regrettent toutefois que la Cour se soit limitée à un examen « minimaliste » de la constitutionnalité de l'article 152 du Code d'instruction criminelle et des questions posées, ignorant l'impact de la jurisprudence de la Cour de cassation sur le respect des droits de la défense et du principe de la légalité de poursuites. Ils s'en expliquent d'une manière qui indique que la question de la constitutionnalité de cette disposition légale n'est peut-être pas, tout au moins à leurs yeux, définitivement tranchée.

C. La Belgique s'est engagée à transposer pour le 17 décembre 2021 la directive sur la protection des personnes dénonçant les infractions au droit de l'Union. Cette transposition devrait réaliser une harmonisation heureuse des différents régimes de protection en vigueur en Belgique.

Dès 2008, la Cour européenne consacrait, par le biais de l'article 10 relatif à la liberté d'expression, la protection d'un donneur d'alerte dans le cadre de son travail.¹³ Si l'utilité de la délation est indubitable et qu'elle a sonné le tocsin de plusieurs pratiques malhonnêtes en matière financière depuis une dizaine d'années, elle n'autorise pas toutes les dérives.

Aussi est-il apparu impératif de la cadrer, et d'en préciser les bases minimales.

Joris Lambrechts, manager compliance, nous livre une analyse de ce texte et s'inquiète de l'absence de débat parlementaire sur les nombreuses questions posées par celui-ci.

La directive trace en effet les contours et limites de la protection dont doit pouvoir bénéficier l'auteur d'un signalement. Tout type de travailleur y est visé. Il doit surtout être de bonne foi et avoir en principe eu recours en priorité au canal interne de divulgation au sein de son entreprise. Le lanceur d'alerte doit être protégé des représailles, largement définies, et des menaces. Il doit également disposer d'une assistance juridique, bénéficier de mesures provisoires contre les représailles et obtenir une indemnisation en cas de dommage. Il doit enfin être immunisé contre les procédures judiciaires menées contre lui.

Sont traités dans cette contribution: la raison d'être de la protection des délateurs, l'étendue de cette protection, les

⁹ Cass., 23 novembre 2010, P.10.1371.N, *Pas.*, 2010, n° 68; *N.C.*, 2012, p.220 avec note de E. VAN DOOREN, « Schriftelijke of mondelingen ontnemingsvordering ».

¹⁰ Cass., 9 juin 2015, P.14.0385.F

¹¹ Cass., 12 septembre 2018, P.18.0350.F.

¹² Cass., 29 janvier 2019, P.18.0422.N et Cass., 28 mai 2019, P.19.0113.N.

¹³ Cour eur. D.H., 12 février 2008, n° 14277/04, *Guja / Moldavie*.

méthodes de signalement (interne, externe et divulgation), la gestion de l'information révélée, l'impact pénal pour le dénonciateur en cas d'informations obtenues par la commission d'infractions (telles un vol d'information, un piratage informatique, une violation de domicile, une violation de secret professionnel, voire un usage abusif d'informations obtenues en consultant un dossier judiciaire).

L'application éventuelle des causes de justification (la force majeure, l'état de nécessité) en faveur du délateur qui a commis une infraction dans le cadre de sa dénonciation, l'impact de sa bonne foi ou encore de son absence d'intention frauduleuse (pour les infractions nécessitant cet élément constitutif), les critères de rejet de la preuve irrégulière visés à

l'article 32 du Titre préliminaire du Code de procédure pénale y sont également abordés.

L'auteur souligne que la transposition de la directive devrait permettre tant au secteur privé qu'au secteur public de se doter de mécanismes de contrôle interne permettant de détecter d'éventuels dysfonctionnements à un stade précoce et d'éviter ainsi les dérives de divulgations publiques. Mais il relève aussi plusieurs difficultés de mise en application de la directive liées notamment au secret professionnel.

Il est permis d'espérer que le législateur veillera à se doter d'un texte réfléchi, qui prenne en considération les dérives potentielles qu'un régime de délation peut engendrer.