

Numéro du rôle : 6265
Arrêt n° 143/2016 du 17 novembre 2016

A R R E T

---

*En cause* : les questions préjudicielles relatives aux articles 2*bis* du titre préliminaire du Code de procédure pénale et 508/1 et 508/13 du Code judiciaire, posées par le Tribunal correctionnel de Liège, division Liège.

La Cour constitutionnelle,

composée des présidents J. Spreutels et E. De Groot, et des juges L. Lavrysen, A. Alen, J.-P. Snappe, E. Derycke, T. Merckx-Van Goey, P. Nihoul, F. Daoût et T. Giet, assistée du greffier P.-Y. Dutilleux, présidée par le président J. Spreutels,

après en avoir délibéré, rend l'arrêt suivant :

\*

\*   \*   \*

## I. *Objet des questions préjudicielles et procédure*

Par jugement du 2 septembre 2015 en cause du procureur du Roi et autres contre M.S. et autres, dont l'expédition est parvenue au greffe de la Cour le 1er octobre 2015, le Tribunal correctionnel de Liège, division Liège, a posé les questions préjudicielles suivantes :

1. « Les articles 2*bis* du titre préliminaire du Code de procédure pénale et 508/1 et 508/13 du Code judiciaire, en tant, pour le premier, qu'il oblige les cours et tribunaux à procéder à la désignation d'un mandataire *ad hoc* dès l'instant où une personne morale et la personne habilitée à la représenter sont poursuivies du chef de mêmes faits ou de faits connexes et, pour les suivants, en ce qu'ils ne garantissent pas à la personne morale poursuivie pénalement l'intervention de l'Etat dans la prise en charge des frais et des prestations de ce mandataire *ad hoc* chargé de la représenter en justice dans le cadre de l'action publique diligentée contre elle, violent-ils les articles 10 et 11 de la Constitution lus en combinaison avec l'article 6, § 3c, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales dès lors que, en cas de difficultés financières ou d'insolvabilité de la personne morale poursuivie, le mandataire *ad hoc* désigné par le tribunal afin de la représenter ne bénéficie d'aucun mécanisme légal lui garantissant une intervention de l'Etat dans la prise en charge de ses frais et de ses prestations ? »;

2. « Les articles 508/1 et 508/13 du Code judiciaire, en tant qu'ils ne garantissent pas à la personne morale poursuivie pénalement l'assistance gratuite d'un avocat pour la défendre au moyen de l'intervention de l'Etat dans la prise en charge des frais et honoraires de cet avocat, violent-ils les articles 10 et 11 de la Constitution lus en combinaison avec l'article 6, § 3c, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales dès lors que, en cas de difficulté financière ou d'insolvabilité de la personne morale poursuivie, l'avocat choisi par elle ou par le mandataire *ad hoc* désigné par le tribunal afin de la représenter ne bénéficie d'aucun mécanisme légal lui garantissant une intervention de l'Etat dans la prise en charge des honoraires de son conseil [lire : de ses honoraires] ? ».

Des mémoires et mémoires en réponse ont été introduits par :

- le bâtonnier de l'ordre des avocats du barreau de Liège, désigné en qualité de mandataire *ad hoc* de la SA « F.H. », assisté et représenté par Me S. Berbuto, avocat au barreau de Liège;

- l'Ordre des barreaux francophones et germanophone, assisté et représenté par Me S. Berbuto et Me E. Lemmens, avocat au barreau de Liège;

- le Conseil des ministres, assisté et représenté par Me P. Schaffner, avocat au barreau de Bruxelles.

Par ordonnance du 29 juin 2016, la Cour, après avoir entendu les juges-rapporteurs P. Nihoul et E. Derycke, a décidé que l'affaire était en état, qu'aucune audience ne serait tenue, à moins qu'une partie n'ait demandé, dans le délai de sept jours suivant la réception de la notification de cette ordonnance, à être entendue, et qu'en l'absence d'une telle demande, les débats seraient clos le 13 juillet 2016 et l'affaire mise en délibéré.

A la suite de la demande d'une partie à être entendue, la Cour, par ordonnance du 13 juillet 2016, a fixé l'audience au 21 septembre 2016.

A l'audience publique du 21 septembre 2016 :

- ont comparu :

. Me S. Berbuto, pour le bâtonnier de l'ordre des avocats du barreau de Liège, désigné en qualité de mandataire *ad hoc* de la SA « F.H. »;

- Me S. Berbuto et Me E. Lemmens, pour l'Ordre des barreaux francophones et germanophone;

. Me P. Schaffner, pour le Conseil des ministres;

- les juges-rapporteurs P. Nihoul et E. Derycke ont fait rapport;

- les avocats précités ont été entendus;

- l'affaire a été mise en délibéré.

Les dispositions de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle relatives à la procédure et à l'emploi des langues ont été appliquées.

## II. *Les faits et la procédure antérieure*

Plusieurs personnes physiques et une personne morale, ayant pris la forme d'une société anonyme, sont poursuivies devant le Tribunal de première instance de Liège pour infraction à l'article 433*decies* du Code pénal, au cours d'une période ayant débuté en 2009. La société anonyme poursuivie a été déclarée en faillite par un jugement du tribunal de commerce le 17 septembre 2012. Un mandataire *ad hoc* a été désigné par le Tribunal pour la représenter pour ce qui concerne la procédure pénale. Ce mandataire *ad hoc* a désigné un avocat pour assurer la défense de la personne morale au pénal.

La société anonyme est acquittée par le jugement *a quo* des préventions retenues à son encontre, le Tribunal ayant estimé que les personnes physiques s'étaient servies d'elle afin de commettre les infractions à leur seul profit personnel.

Devant le Tribunal, la société poursuivie fait valoir que, déclarée en faillite, elle n'est en mesure de prendre en charge ni l'état de frais et honoraires de son mandataire *ad hoc* ni celui de son avocat. Se fondant sur l'arrêt de la Cour n° 85/2015 du 11 juin 2015, elle invite le Tribunal à poser des questions préjudicielles relatives à l'article 2*bis* de la loi du 17 avril 1878 contenant le titre préliminaire du Code de procédure pénale. Le Tribunal relève que le siège de l'aide juridique de deuxième ligne réside dans les articles 508/1 et suivants du Code judiciaire. Il constate que la loi n'organise aucun mécanisme légal prévoyant l'intervention de l'Etat dans le

paiement des frais et prestations ni du mandataire *ad hoc*, ni de l'avocat dont celui-ci a fait choix afin d'assurer la défense pénale de la personne morale. Estimant que cette situation pourrait être source de discrimination, il pose à la Cour les questions précitées.

### III. En droit

- A -

A.1. Le bâtonnier de l'ordre des avocats du barreau de Liège, désigné en qualité de mandataire *ad hoc* de la SA « F.H. », en faillite, poursuivie devant le Tribunal de première instance de Liège, relève qu'alors que l'article 2bis de la loi du 17 avril 1878 contenant le titre préliminaire du Code de procédure pénale impose au tribunal de désigner un mandataire *ad hoc* pour représenter la personne morale poursuivie devant lui, le législateur n'a pas prévu de système de rémunération de ce mandataire *ad hoc* ni de son conseil. Il estime qu'il ne peut être raisonnablement soutenu que ce mandataire, qui ne peut refuser d'intervenir, doit supporter l'éventuelle insolvabilité de la personne morale et en déduit que c'est au législateur qu'il revient de mettre en place un système de tiers payant. Il souligne que les personnes morales ne peuvent bénéficier de l'aide juridique de deuxième ligne.

Il fait valoir que le droit de l'accusé à l'assistance gratuite d'un avocat constitue un élément, parmi d'autres, de la notion de procès équitable. Il estime que le législateur, en négligeant de garantir une prise en charge financière de l'intervention du mandataire *ad hoc* et de son conseil, est en défaut de prendre les mesures utiles pour assurer à la personne morale poursuivie l'exercice effectif de ses droits de la défense. Cette situation est, d'après lui, constitutive, d'une part, d'une discrimination entre la personne morale indigente et la personne morale qui ne l'est pas ainsi que, d'autre part, d'une discrimination entre la personne morale indigente et la personne physique indigente, seule cette dernière pouvant bénéficier de l'aide juridique de deuxième ligne.

A.2.1. L'Ordre des barreaux francophones et germanophone (ci-après : OBF) justifie son intérêt à intervenir par le fait que la réponse apportée aux questions préjudicielles est susceptible d'affecter directement la situation des avocats.

A.2.2. L'OBF expose que la désignation d'un mandataire *ad hoc* en application de l'article 2bis du titre préliminaire du Code de procédure pénale est rendue obligatoire par cette disposition. Il explique que la mission du mandataire *ad hoc* n'est pas la même que celle d'un avocat, qu'il peut être appelé à adopter un système de défense différent de celui qui aurait été choisi par les organes de la personne morale et qu'il est exclu qu'il dispose d'un mandat *ad litem* conféré par celle-ci, de sorte qu'il apparaît comme la garantie de l'indépendance de la personne morale dans la défense de ses intérêts. Il rappelle qu'il est confronté à un mandat obligatoire non rémunéré, qu'il ne peut donc être certain de recevoir une rémunération, ce qui ne permet pas de garantir à la personne morale poursuivie l'exercice effectif de ses droits de la défense. Il en déduit que cette situation est contraire à l'objectif poursuivi par l'article 2bis précité. Il insiste sur le fait que l'efficacité de la défense de la personne morale concernée dépend, d'une part, de l'indépendance financière tant du mandataire *ad hoc* que du conseil que celui-ci désigne à l'égard des personnes habilitées à représenter habituellement la société et dont les intérêts peuvent être en conflit avec ceux de la société et, d'autre part, de la garantie que les frais exposés et les prestations effectuées par le mandataire *ad hoc* et par son conseil seront toujours pris en charge.

A.3.1. Le Conseil des ministres estime en ordre principal que la première question préjudicielle est irrecevable parce que le juge *a quo* a omis de préciser la catégorie de personnes qui devrait être comparée à la personne morale visée par la question. Il ajoute que l'article 6.3, c), de la Convention européenne des droits de l'homme ne peut être invoqué de façon pertinente parce que la question ne concerne ni le droit de la personne morale poursuivie à obtenir l'assistance gratuite d'un avocat pour la défendre, ni l'éventuelle prise en charge par l'Etat des frais et honoraires de cet avocat. Il en déduit que la Cour ne doit examiner l'éventuelle discrimination qu'au regard des articles 10 et 11 de la Constitution.

A.3.2. A titre subsidiaire, le Conseil des ministres expose que l'aide juridique de deuxième ligne, qui assure l'intervention d'un avocat pour des personnes dont les ressources sont insuffisantes et qui prévoit que les prestations de celui-ci font l'objet d'une indemnisation, est réservée aux membres du barreau, qui sont les seuls dispensateurs de cette aide. Il souligne que le mandataire *ad hoc* désigné par le tribunal en application de l'article 2*bis* du titre préliminaire du Code de procédure pénale n'est pas nécessairement un avocat. Il ajoute que ce mandataire se substitue au représentant légal de la société et dispose dans ce cadre d'un mandat qui ne peut être comparé au mandat *ad litem* de l'avocat. Il en déduit que ce mandataire ne peut être utilement comparé à l'avocat intervenant dans le cadre de l'aide juridique de deuxième ligne.

A.4.1. En ce qui concerne la seconde question préjudicielle, le Conseil des ministres invite la Cour à limiter son examen à la situation des personnes morales déclarées en faillite. Quant au fond, il estime que la personne morale, fiction juridique qui ne peut exister que par le truchement d'interventions de personnes physiques, n'est pas comparable à une personne physique. Il rappelle par ailleurs que la loi du 4 mai 1999 instituant la responsabilité pénale des personnes morales poursuivait l'objectif de réprimer des infractions commises par des personnes physiques qui, soit échappaient à toutes poursuites et condamnations, soit usaient de la personne morale pour mettre des biens patrimoniaux mal acquis à l'abri de toute confiscation. Il en résulte que les peines encourues par les personnes morales ne sont pas comparables aux peines pouvant toucher les personnes physiques et que, bien qu'il faille assurer aux personnes morales le bénéfice d'un procès équitable, le législateur n'est pas forcément tenu de leur assurer les mêmes garanties, « avec la même intensité », qu'aux personnes physiques. Il estime qu'il en va d'autant plus ainsi lorsqu'on considère la situation de la personne morale en faillite, qui ne subsiste plus que pour les besoins de sa liquidation, ainsi que la situation de l'avocat de la société en faillite, qui bénéficie du privilège de l'avocat pour les frais de défense du condamné en vertu de la loi des 5 et 15 septembre 1807 relative au mode de recouvrement des frais de justice au profit du Trésor public en matière criminelle, correctionnelle et de police.

A.4.2. Il rappelle encore que le système de l'aide juridique de deuxième ligne fait actuellement face à des contraintes budgétaires aiguës et que, dans ce contexte, décider d'y intégrer les personnes morales éprouvant des difficultés financières ou insolvables ne manquerait pas de mettre en péril l'ensemble du système.

A.5.1. Quant aux catégories de personnes comparées par la première question préjudicielle, l'OBFG renvoie à l'arrêt n° 85/2015 de la Cour dont le raisonnement doit, pour cette partie, être transposé en l'espèce. Il précise que la Cour est invitée à comparer, d'une part, les personnes morales et les personnes physiques représentées par un mandataire *ad hoc* et, d'autre part, les personnes morales représentées par un mandataire *ad hoc* et les personnes physiques représentées par un avocat commis d'office ou désigné au titre de l'aide juridique. Il ajoute que l'article 6.3, c), de la Convention européenne des droits de l'homme constitue une norme de référence pertinente.

Il fait valoir que les mandataires *ad hoc* sont presque toujours des avocats, le cas de figure du mandataire *ad hoc* non-avocat étant exceptionnel et ne se présentant, en pratique, que lorsqu'une personne propose volontairement d'assumer ce rôle. Il considère que dans ce cas, cette personne maîtrise le risque financier qu'elle court.

A.5.2. Concernant la seconde question préjudicielle, l'OBFG rappelle que la loi du 23 novembre 1998 relative à l'aide juridique a été adoptée avant la loi du 4 mai 1999 instaurant la responsabilité pénale des personnes morales, de sorte que la situation particulière des personnes morales poursuivies pénalement et représentées par un mandataire *ad hoc* n'existait pas au moment de la création du système d'aide juridique actuel. Il relève que lors de l'adoption de la loi du 4 mai 1999, le législateur a entendu assimiler autant que possible les personnes physiques et les personnes morales. Il conteste la thèse du Conseil des ministres selon laquelle l'article 6.3, c), de la Convention européenne des droits de l'homme et l'article 23 de la Constitution ne seraient pas applicables aux personnes morales « avec la même intensité » qu'aux personnes physiques. Il se réfère à cet égard à la position de la Cour de justice de l'Union européenne concernant l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (CJUE, C-279/09, 22 décembre 2010, *DEB Deutsche Energiehandels- und Beratungsgesellschaft*).

Il ajoute que la circonstance que la personne morale est en faillite ne modifie en rien le caractère obligatoire de l'intervention du mandataire *ad hoc* et n'a pas pour effet de priver la personne morale du droit à un procès équitable. Il précise que le privilège de l'avocat pour les frais de défense du condamné n'a aucune conséquence en cas de désignation du mandataire *ad hoc* puisque, même si l'actif subsistant était suffisant pour payer l'ensemble des créanciers privilégiés, le conseil auquel le mandataire *ad hoc* aurait fait appel dispose d'un débiteur solvable en la personne du mandataire *ad hoc*.

L'OBFG remarque enfin que les difficultés budgétaires liées au financement de l'aide juridique ne peuvent justifier qu'il soit porté atteinte aux droits fondamentaux des personnes morales représentées par un mandataire *ad hoc*.

A.6.1. Le Conseil des ministres constate que le bâtonnier de l'ordre des avocats du barreau de Liège traite des deux questions préjudicielles ensemble et mélange dès lors deux problématiques distinctes, à savoir celle de la représentation d'une personne morale par un mandataire *ad hoc* et celle de la représentation de la personne morale par un avocat désigné soit par ce mandataire, soit par la personne morale elle-même, dans le cadre du procès pénal.

A.6.2. Il rappelle en outre que les questions portent sur les garanties offertes aux personnes morales concernées, et non sur celles bénéficiant aux mandataires *ad hoc* eux-mêmes.

- B -

#### *Quant aux dispositions en cause*

B.1.1. Les questions préjudicielles portent sur l'article *2bis* du titre préliminaire du Code de procédure pénale et sur les articles 508/1 et 508/13 du Code judiciaire.

B.1.2. L'article *2bis* du titre préliminaire du Code de procédure pénale dispose :

« Lorsque les poursuites contre une personne morale et contre la personne habilitée à la représenter sont engagées pour des mêmes faits ou des faits connexes, le tribunal compétent pour connaître de l'action publique contre la personne morale désigne, d'office ou sur requête, un mandataire *ad hoc* pour la représenter ».

B.1.3. L'article 508/1 du Code judiciaire dispose :

« Pour l'application du présent livre, il faut entendre par :

1° aide juridique de première ligne : l'aide juridique accordée sous la forme de renseignements pratiques, d'information juridique, d'un premier avis juridique ou d'un renvoi vers une instance ou une organisation spécialisées;

2° aide juridique de deuxième ligne : l'aide juridique accordée à une personne physique sous la forme d'un avis juridique circonstancié ou l'assistance juridique dans le cadre ou non d'une procédure ou l'assistance dans le cadre d'un procès y compris la représentation au sens de l'article 728;

[...] ».

B.1.4. L'article 508/13 du Code judiciaire dispose :

« L'aide juridique de deuxième ligne peut être partiellement ou entièrement gratuite pour les personnes dont les ressources sont insuffisantes ou pour les personnes y assimilées.

Le Roi détermine par arrêté délibéré en Conseil des ministres le montant de ces ressources, les pièces justificatives à produire ainsi que les personnes assimilées à celle dont les ressources sont insuffisantes.

Le bureau vérifie si les conditions de gratuité sont remplies.

Le bureau conserve une copie des pièces ».

B.1.5. La Cour est invitée à examiner la compatibilité de ces dispositions avec les articles 10 et 11 de la Constitution, lus en combinaison avec l'article 6.3, c), de la Convention européenne des droits de l'homme, qui dispose :

« Tout accusé a droit notamment à :

[...]

c) se défendre lui-même ou avoir l'assistance d'un défenseur de son choix et, s'il n'a pas les moyens de rémunérer un défenseur, pouvoir être assisté gratuitement par un avocat d'office, lorsque les intérêts de la justice l'exigent;

[...] ».

B.2.1. Le juge *a quo* estime que l'article 2bis du titre préliminaire du Code de procédure pénale exige la désignation d'un mandataire *ad hoc* lorsque les poursuites à l'encontre d'une personne morale et de la personne habilitée à la représenter sont engagées pour les mêmes faits ou pour des faits connexes.

B.2.2. Cette disposition vise en effet, selon les travaux préparatoires, à répondre à la question de savoir comment une personne morale peut comparaître lorsque ses représentants sont eux-mêmes cités en leur nom propre (*Doc. parl.*, Chambre, 1998-1999, n° 2093/5, p. 42) et à résoudre les difficultés résultant du conflit d'intérêts pouvant surgir lorsque cette personne morale et ses représentants sont l'une et les autres poursuivis (*Doc. parl.*, Sénat, 1998-1999, n° 1-1217/6, p. 74). La désignation d'un mandataire *ad hoc* vise donc à « garantir une défense autonome de la personne morale » (Cass., 4 octobre 2011, *Pas.*, 2011, n° 519).

En B.7 de son arrêt n° 190/2006 du 5 décembre 2006, la Cour a jugé :

« La désignation d'un mandataire *ad hoc* aurait des effets disproportionnés si elle privait systématiquement la personne morale de la possibilité de choisir son représentant. Tel n'est pas le cas en l'espèce puisque l'article 2*bis* permet à la personne morale elle-même de demander cette désignation par requête et qu'elle peut proposer au juge son mandataire *ad hoc* ».

B.2.3. Le mandataire *ad hoc* prend la place du représentant habituel de la personne morale pour les besoins de la procédure pénale diligentée contre elle lorsqu'il est dans l'impossibilité de remplir ce rôle parce qu'il est poursuivi conjointement avec la personne morale et qu'un conflit d'intérêts naît de cette situation. Le mandataire *ad hoc* ne reçoit pas un mandat *ad litem* semblable à celui d'un avocat. Il ne prend pas ses instructions auprès des organes de la société mais se substitue à eux et est seul compétent pour arrêter la stratégie de défense de la société et décider d'exercer les voies de recours.

B.2.4. Bien que le mandataire *ad hoc* désigné, d'office ou sur requête, par le tribunal compétent soit généralement un avocat, la loi n'exige pas qu'il en soit ainsi et ce n'est donc pas nécessairement toujours le cas. Parmi les décisions qu'il peut prendre pour assurer la défense pénale de la personne morale qu'il représente, il peut choisir de la faire assister et représenter, lors de la procédure pénale, par un avocat. Il « choisit librement le conseil de la personne morale » qu'il est chargé de représenter (Cass., 4 octobre 2011, précité).

B.3. La première question préjudicielle concerne la prise en charge des frais et honoraires du mandataire *ad hoc*. La seconde question préjudicielle concerne la prise en charge des frais et honoraires de l'avocat désigné par la personne morale poursuivie, agissant éventuellement par son mandataire *ad hoc*, pour l'assister dans la procédure pénale diligentée contre elle. Le mandataire *ad hoc* et l'avocat ayant des positions et des missions distinctes quant à la représentation et à l'assistance de la personne morale poursuivie pénalement, la question de la prise en charge des frais et honoraires respectifs du premier et du second doit en effet être distinguée.

*Quant à la première question préjudicielle*

B.4.1. Par la première question préjudicielle, la Cour est invitée à examiner la compatibilité des dispositions en cause avec les articles 10 et 11 de la Constitution, lus en combinaison avec l'article 6.3, c), de la Convention européenne des droits de l'homme, en ce qu'en cas de difficultés financières ou d'insolvabilité de la personne morale poursuivie, les frais et honoraires de son mandataire *ad hoc* ne font l'objet d'aucune prise en charge par l'Etat.

B.4.2. Le Conseil des ministres estime que la question préjudicielle est irrecevable dès lors qu'elle ne mentionne pas les catégories de personnes qui devraient être comparées et que l'invocation de l'article 6.3, c), de la Convention européenne des droits de l'homme, en tant que norme de référence, n'est pas pertinente dans le cadre de l'examen de cette question.

B.4.3. Lorsqu'une violation du principe d'égalité et de non-discrimination est alléguée en combinaison avec un autre droit fondamental garanti par la Constitution ou par une disposition de droit international, ou découlant d'un principe général du droit, la catégorie de personnes pour lesquelles ce droit fondamental est violé doit être comparée à la catégorie de personnes envers lesquelles ce droit fondamental est garanti. Pour juger de l'exception soulevée par le Conseil des ministres, il est nécessaire de déterminer si l'article 6.3, c), précité peut être pertinemment invoqué en l'espèce.

B.5.1. A la différence de la seconde question préjudicielle, la première question ne concerne ni le droit de la personne morale poursuivie pénalement à obtenir l'assistance gratuite d'un avocat pour se défendre, ni l'éventuelle prise en charge par l'Etat des frais et honoraires de cet avocat. En ce qu'il garantit le droit à l'assistance gratuite par un avocat, l'article 6.3, c), de la Convention européenne des droits de l'homme, en sa seconde partie, n'est pas applicable à la situation du mandataire *ad hoc*.

B.5.2. L'article 6.3, c), de la Convention européenne des droits de l'homme garantit, en sa première partie, le droit de tout accusé de se défendre lui-même.

Sous réserve des exceptions qu'il prévoit, l'article 5 du Code pénal rend toute personne morale 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 ».

L'institution du mandataire *ad hoc*, qui a précisément pour raison d'être de permettre à la personne morale de mener une défense indépendamment des personnes qui la représentent habituellement dans l'hypothèse où ces dernières se trouvent dans l'incapacité de la représenter, relève du champ d'application de l'article 6.3, c), de la Convention européenne des droits de l'homme, en sa première partie.

B.5.3. La première question préjudicielle, qui mentionne la violation des articles 10 et 11 de la Constitution, combinés avec le droit fondamental à se défendre d'une accusation pénale garanti par l'article 6.3, c), de la Convention européenne des droits de l'homme, est recevable.

B.6. La Cour examine l'article *2bis* du titre préliminaire du Code de procédure pénale, disposition en cause dans la première question préjudicielle, dans l'interprétation du juge *a quo* selon laquelle les frais et honoraires du mandataire *ad hoc* ne sont pas visés par l'article 2 de la loi-programme (II) du 27 décembre 2006 et ne sont donc pas pris en charge par l'Etat.

B.7. Le rôle du mandataire *ad hoc* ne consiste ni à donner à la personne morale qu'il représente des avis juridiques circonstanciés, ni à l'assister dans le cadre de la procédure pénale diligentée contre elle, mais bien à se substituer aux personnes qui ont normalement la capacité de la représenter. Il ne s'agit d'ailleurs pas nécessairement d'un avocat, ainsi qu'il est dit en B.2.4. La mission du mandataire *ad hoc* ne s'inscrit dès lors pas dans le contexte de l'aide juridique de deuxième ligne, de sorte que les articles 508/1 et 508/13 du Code judiciaire sont étrangers à l'objet de la première question préjudicielle.

B.8.1. L'intervention du mandataire *ad hoc* est essentielle pour permettre à la personne morale de se défendre contre une accusation en matière pénale lorsque les personnes habituellement habilitées à la représenter ne peuvent le faire en raison d'un conflit d'intérêts. Le défaut d'intervention du mandataire *ad hoc*, en une telle hypothèse, porte donc directement atteinte au droit de la personne morale poursuivie pénalement de se défendre elle-même, garanti par l'article 6.3, c), de la Convention européenne des droits de l'homme.

B.8.2. Dès lors qu'il ne s'agit pas d'un mandat à titre gratuit, il n'est pas raisonnablement justifié de faire supporter le risque de l'insolvabilité de la personne morale par le mandataire *ad hoc* lui-même, alors qu'il est chargé de sa mission par le tribunal, dans la mesure où il pourrait en résulter une défaillance dans la défense de la personne morale assurée par le mandataire *ad hoc*.

B.8.3. Par ailleurs, il ressort des débats devant la Cour qu'en l'absence, dans la disposition en cause, de réglementation plus précise de l'institution du mandataire *ad hoc*, la pratique judiciaire est multiple et très variée. Ainsi, en ce qui concerne la désignation du mandataire *ad hoc*, certains barreaux ont arrêté une liste d'avocats volontaires qui sont proposés à tour de rôle à la juridiction alors que d'autres barreaux proposent systématiquement le bâtonnier comme mandataire *ad hoc*.

En ce qui concerne les frais et honoraires, certaines cours et certains tribunaux prévoient une provision dès le début du mandat et prescrivent que l'état de frais et honoraires soit soumis pour taxation, alors que d'autres cours et tribunaux ne prévoient rien en la matière.

B.9.1. Il résulte de ce qui précède que l'absence de prise en charge des frais et honoraires du mandataire *ad hoc*, en cas d'insolvabilité de la personne morale qu'il représente, n'est pas compatible avec les articles 10 et 11 de la Constitution, lus en combinaison avec le droit de se défendre en justice contre une accusation en matière pénale garanti par l'article 6.3, c), de la Convention européenne des droits de l'homme.

B.9.2. Cette discrimination ne trouve toutefois pas sa source dans l'article 2*bis* du titre préliminaire du Code de procédure pénale, mais bien dans l'absence d'un mécanisme permettant la prise en charge des frais et honoraires du mandataire *ad hoc* désigné, en application de cette disposition, lorsque la personne morale qu'il représente est insolvable. Il appartient au législateur de prévoir un tel mécanisme.

La première question préjudicielle appelle une réponse négative.

*Quant à la seconde question préjudicielle*

B.10.1. Par la seconde question préjudicielle, la Cour est invitée à examiner la compatibilité des articles 508/1 et 508/13 du Code judiciaire avec les articles 10 et 11 de la Constitution, lus en combinaison avec l'article 6.3, c), de la Convention européenne des droits de l'homme, en ce que la personne morale poursuivie pénalement qui éprouve des difficultés financières ou est insolvable est exclue de l'aide juridique de deuxième ligne et ne bénéficie donc d'aucun mécanisme lui garantissant une intervention de l'Etat dans la prise en charge des frais et honoraires de son avocat.

B.10.2. L'article 6.3, c), de la Convention européenne des droits de l'homme garantit, en sa seconde partie, le droit de l'accusé qui n'a pas les moyens de rémunérer un défenseur d'être assisté gratuitement par un avocat d'office. Pour répondre à la question préjudicielle,

il convient d'examiner s'il est envisageable qu'une personne morale poursuivie pénalement satisfasse aux conditions prévues par l'article 6.3, c), de la Convention européenne des droits de l'homme pour bénéficier du droit à l'assistance gratuite d'un avocat pour se défendre.

B.11.1. La Cour européenne des droits de l'homme considère que les personnes morales, même si elles poursuivent un but lucratif, bénéficient du droit à l'assistance du défenseur de leur choix en matière pénale, tel qu'il est consacré dans la première branche de l'article 6.3, c), de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH, décision, 7 septembre 2004, *Eurofinacom c. France*). En revanche, elle a admis que les sociétés commerciales soient exclues du bénéfice de l'aide juridique en matière civile (CEDH, décision, 28 août 2007, *VP Diffusion c. France*; CEDH, 24 novembre 2009, *CMVMC O'Limo c. Espagne*, § 26; CEDH, 22 mars 2012, *Granos Orgánicos c. Allemagne*, §§ 48 et s.).

B.11.2. Selon la jurisprudence de cette Cour, deux conditions sont requises pour qu'un accusé bénéficie de l'assistance judiciaire gratuite garantie par la seconde branche de l'article 6.3, c), de la Convention : « la première est liée à l'absence de ' moyens de rémunérer un défenseur ' ». En second lieu, il faut rechercher si les ' intérêts de la justice ' commandent l'octroi de l'assistance judiciaire gratuite » (CEDH, 22 octobre 2009, *Raykov c. Bulgarie*, § 57; CEDH, 27 mars 2007, *Talat Tunç c. Turquie*, § 55).

B.12. Une personne morale poursuivie pénalement peut disposer de moyens financiers limités, si bien qu'il peut être satisfait, dans son chef, à la première condition d'application de la garantie prévue par la seconde partie de l'article 6.3, c), de la Convention européenne des droits de l'homme.

B.13.1. En ce qui concerne la seconde condition d'application du droit à l'assistance judiciaire gratuite, il ressort de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme que, « parmi les facteurs permettant d'apprécier les exigences des intérêts de la justice figurent l'importance de ce qui est en jeu pour le requérant, notamment la gravité de l'infraction imputée au requérant et la sévérité de la sanction encourue, ainsi que l'aptitude

personnelle des requérants à se défendre et la nature de la procédure, par exemple la complexité ou l'importance des questions litigieuses ou des procédures en cause » (CEDH, décision, 25 avril 2002, *Gutfreund c. France*). Par ailleurs, « la probabilité de réussir et l'existence d'une aide judiciaire à d'autres phases de la procédure » peuvent aussi entrer en ligne de compte (CEDH, décision, 1er février 2000, *Thomasson et Divier c. France*).

B.13.2. Il revient à la Cour d'examiner si, au regard de l'importance des accusations susceptibles d'être portées contre une personne morale, de son aptitude personnelle à se défendre et de la nature de la procédure qui est susceptible de la concerner, les intérêts de la justice peuvent requérir qu'une personne morale dont les ressources sont insuffisantes bénéficie d'une assistance judiciaire gratuite.

B.13.3. En ce qui concerne le critère lié à l'importance des accusations, une personne morale est pénalement responsable de toute infraction intrinsèquement liée à la réalisation de son objet ou à la défense de ses intérêts ainsi que de toute infraction dont les faits concrets démontrent qu'elle a été commise pour son compte (article 5, alinéa 1er, du Code pénal). Il s'ensuit qu'une personne morale peut être accusée d'avoir commis n'importe quelle infraction (Cass., 26 septembre 2006, *Pas.*, 2006, n° 435) et être condamnée du chef d'infractions graves.

En outre, s'il est vrai que les intérêts de la justice commandent en principe d'accorder l'assistance d'un avocat « lorsqu'une privation de liberté se trouve en jeu » (CEDH, grande chambre, 10 juin 1996, *Benham c. Royaume-Uni*, § 61), il n'en demeure pas moins qu'une peine d'amende, d'un certain montant, peut être considérée comme d'une gravité suffisante aux fins de l'application de l'article 6.3, c), de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH, 25 septembre 1992, *Pham Hoang c. France*, §§ 16 et 40).

Une personne morale peut encore être condamnée à l'interdiction d'exercer une activité relevant de son objet social ou à la dissolution s'il est établi qu'elle a été intentionnellement créée pour exercer les activités pour lesquelles elle a été condamnée ou lorsque son objet a été intentionnellement détourné en ce but.

Il ne saurait dès lors être exclu qu'une accusation en matière pénale portée contre une personne morale soit suffisamment importante pour justifier la gratuité d'une assistance judiciaire à son bénéfice.

B.13.4. En ce qui concerne, ensuite, le critère lié à la complexité ou à l'importance des questions litigieuses ou des procédures en cause, il ne fait pas de doute que les poursuites à l'encontre d'une personne morale peuvent poser de délicates questions juridiques, en ce compris la détermination même de l'engagement de sa responsabilité pénale au côté, le cas échéant, des personnes physiques ayant matériellement commis l'infraction.

B.13.5. En ce qui concerne, enfin, l'aptitude personnelle à se défendre, il convient de constater qu'il ne saurait être présumé que le mandataire *ad hoc* possède toujours les compétences et l'expérience nécessaires pour assurer, sans l'aide d'un avocat spécialisé dans la matière concernée, la défense de la personne morale.

B.14. En conséquence, une personne morale poursuivie pénalement, qui n'a pas les moyens de rémunérer un défenseur, satisfait aux conditions imposées par l'article 6.3, c), de la Convention européenne des droits de l'homme, afin de pouvoir bénéficier gratuitement de l'assistance d'un avocat.

Cette gratuité implique que, lorsqu'elle est poursuivie pénalement, une telle personne morale soit admise au bénéfice de l'aide juridique de deuxième ligne.

B.15. Les articles 508/1 et 508/13 du Code judiciaire, en ce qu'ils excluent de l'aide juridique de deuxième ligne la personne morale poursuivie pénalement dont les ressources sont insuffisantes, ne sont pas compatibles avec les articles 10 et 11 de la Constitution, lus en combinaison avec l'article 6.3, c), de la Convention européenne des droits de l'homme.

La seconde question préjudicielle appelle une réponse positive.

Par ces motifs,

la Cour

dit pour droit :

1. L'article *2bis* du titre préliminaire du Code de procédure pénale ne viole pas les articles 10 et 11 de la Constitution, lus en combinaison avec l'article 6.3, c), de la Convention européenne des droits de l'homme.

L'absence d'un mécanisme permettant la prise en charge des frais et honoraires du mandataire *ad hoc* désigné, en application de cette disposition, lorsque la personne morale qu'il représente est insolvable, viole les mêmes dispositions.

2. Les articles 508/1 et 508/13 du Code judiciaire violent les articles 10 et 11 de la Constitution, lus en combinaison avec l'article 6.3, c), de la Convention européenne des droits de l'homme, en ce qu'ils excluent de l'aide juridique de deuxième ligne la personne morale poursuivie pénalement dont les ressources sont insuffisantes.

Ainsi rendu en langue française et en langue néerlandaise, conformément à l'article 65 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle, le 17 novembre 2016.

Le greffier,

Le président,

P.-Y. Dutilleux

J. Spreutels