

Observations

La transaction pénale élargie face au contrôle de la Cour constitutionnelle

Introduction

1. La transaction consiste en l'extinction de l'action publique par l'effet du paiement d'une certaine somme d'argent au profit de l'État. Depuis les modifications successives apportées ces dernières années à l'article 216bis du Code d'instruction criminelle, la transaction peut également être proposée au contrevenant alors qu'un juge d'instruction, une juridiction d'instruction ou un juge du fond, pour autant, dans cette dernière hypothèse, qu'aucun jugement ou arrêt définitif n'ait été rendu au pénal, est saisi de l'action publique¹.

Le constat que la partie publique puisse d'initiative dessaisir un juge d'instruction, une juridiction d'instruction ou un juge du fond bouscule tous les équilibres qui sous-tendent le procès pénal. En contrepartie de ce pouvoir d'envergure accordé au ministère public, l'on aurait pu croire que le législateur encadre ce nouveau mode « amiable » de règlement de l'action publique par un contrôle juridictionnel digne de ce nom ; il est pourtant relativement réduit. En effet, si la transaction est proposée en cours d'instruction, le procureur du Roi se fait communiquer le dossier par le juge d'instruction qui a simplement la possibilité de lui donner un avis – non contraignant – sur l'état d'avancement du dossier ; il ne dispose d'aucun droit de veto. Si l'affaire est pendante devant une juridiction d'instruction ou de fond, celle-ci est officiellement avertie de l'exécution de la transaction ; il lui appartient alors de vérifier, avant de constater l'extinction de l'action publique, si les conditions légales de la transaction sont réunies et si elles ont bien été respectées. Le contrôle du juge est purement formel. Il ne peut se prononcer ni sur l'opportunité ni sur les modalités de la transaction. Le parquet ou l'auditorat dispose ainsi de la faculté de court-circuiter une instruction ou une procédure au fond².

Quant à la victime, elle est avertie de la proposition de transaction et de ses modalités, et invitée à conclure un accord avec le prévenu ou l'inculpé. Elle n'a pas davantage de droit de veto³ – sous la réserve que pour les infractions fiscales et sociales, les impôts et cotisations éludés doivent être payés pour qu'une transaction puisse être envisagée⁴ – et un désaccord persistant sur l'indemnisation ne fait théoriquement pas obstacle à la transaction si le contrevenant reconnaît sa responsabilité civile par écrit et indemnise la victime de l'incontestablement dû.

¹ Voy. à ce propos, T. DECAIGNY, P. DE HERT et L. VAN GRASSE, « De minnelijke schikking na de wetten van 14 april en 11 juli 2011 : verruiming van de buitengerechtelijke afhandeling en fundamentele hervorming », *R.W.*, 2011-2012, pp. 556-557. Pour des commentaires de ces lois, voy., notamment, M. FRANCHIMONT, A. JACOBS et A. MASSET, *Manuel de procédure pénale*, 4^e édition, Larcier, Bruxelles, 2012, pp. 105 et s. ; E. DE FORMANOIR, « L'extension de la transaction pénale par les lois des 14 avril et 11 juillet 2011 », *Rev. dr. pén.*, 2012, pp. 245 et s. ; M. FERNANDEZ-BERTIER, « Analyse critique du régime de la transaction pénale en droit belge », in *Actualités de droit pénal*, Formation permanente CUP, Anthemis, Louvain-la-Neuve, 2011, vol. 128, pp. 203 et s. ; R. VERSTRAETEN, « De verruiming van de minnelijke schikking », in *Geboeid door het strafrecht. De advocaat en de strafrechtspleging*, Larcier, Bruxelles, 2011, pp. 59-83 ; D. HOLZAPFEL, « Une petite révolution du régime de la transaction pénale », in *Actualités en droit pénal*, Bruylant, coll. UB3, Bruxelles, 2012, pp. 68-87 ; A. JACOBS, « Le droit belge dans le concert européen de la justice négociée », *Rev. int. dr. pén.*, 2012, pp. 43-88 ; A. MASSET, « La transaction pénale belge », *Les alternatives au procès pénal*, L'Harmattan, Paris, 2013, pp. 195-212 ; A. MASSET, « La transaction pénale : une formule win win pour les nantis », *Legaworld.be*, 12 mai 2015 ; A. LEMAIRE et M. HIRSCH, « La transaction pénale élargie : qui gagne ? », in *Droit pénal des affaires*, Larcier, 2016, pp. 189-210 ; pour un autre commentaire de l'arrêt annoté, voy. M. FERNANDEZ-BERTIER et N. VAN DER ECKEN, « La transaction pénale élargie déclarée inconstitutionnelle : vers une motivation de la transaction et un contrôle juridictionnel suffisant et effectif », *Dr. pén. entr.*, 2016, pp. 213-223.

² O. MICHELS, La jurisprudence de la Cour constitutionnelle en procédure pénale : le Code d'instruction criminelle remodelé par le procès équitable, Anthemis, Coll. Criminalis, Limal, 2015, pp. 507-508 et pp. 628-629.

³ C. C., 14 février 2013, n° 6/2013, point B. 26.

⁴ Voy. l'article 216bis, paragraphe 6, alinéa 2, du Code d'instruction criminelle.

2. Si la Cour constitutionnelle fut saisie d'un recours en annulation déposé contre la loi qui modifiait l'article 216bis, paragraphe 2, du Code d'instruction criminelle par la Ligue des droits de l'homme, celui-ci nous laissait toutefois sur notre faim dès lors qu'il n'envisageait pas la problématique du dessaisissement d'un juge⁵. L'on aurait pu en rester là mais les questions préjudicielles posées à cette même Cour par la chambre des mises en accusation de la cour d'appel de Gand allaient remédier à la situation.

En effet, ces questions nous projettent au cœur du problème dès l'instant où elles portent sur le contrôle que le juge est en mesure de pouvoir réaliser lorsque le ministère public conclut une transaction avec un justiciable à l'égard duquel l'action publique est mise en mouvement. La juridiction gantoise a formulé quatre questions qui sont déclinées sur le même thème.

Deux de ces questions invitaient la Cour constitutionnelle à contrôler si le pouvoir discrétionnaire du ministère public de proposer ou non une transaction aux justiciables qui ont manifesté, le cas échéant, la volonté de réparer le dommage causé à autrui et contre lesquels l'action publique a été intentée, est compatible avec les articles 10 et 11 de la Constitution, combinés avec le droit à un procès équitable et plus précisément avec le principe, inhérent à ce droit, de l'indépendance du juge, garanti par l'article 151 de la Constitution, par l'article 6.1, de la Convention européenne des droits de l'homme, et par l'article 14, paragraphe 1^{er}, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

Les deux autres questions portaient, pour l'une, sur la faculté laissée au ministère public de faire ou non une proposition de transaction pénale ou d'accepter une proposition formulée par la personne poursuivie et, pour l'autre, sur le droit dans le chef de cette même personne de faire contrôler par un juge le refus de la partie publique de recourir à une transaction.

Nous examinerons, dans un premier temps, les réponses réservées à ces questions par la Cour constitutionnelle. Dans un deuxième temps, nous apprécierons si concrètement la position adoptée par la Cour entraîne une modification de la pratique de la transaction élargie. Enfin, nous analyserons très brièvement si cet arrêt s'inscrit dans la compréhension de l'équité de la procédure telle que la Cour constitutionnelle l'entrevoit.

1. L'arrêt de la Cour constitutionnelle

Un contrôle juridictionnel suffisant, effectif et concret

3. Avant d'aborder la question du contrôle juridictionnel de l'accord transactionnel, la Cour constitutionnelle s'interroge sur la possibilité pour la partie publique de proposer une transaction pénale.

À ce sujet, la Cour rappelle l'indépendance du ministère public lorsqu'il exerce l'action publique qui est garantie par l'article 151, paragraphe 1^{er}, de la Constitution. Elle poursuit en insistant sur le fait que la partie publique n'exerce pas une fonction de juge mais plutôt une fonction de pouvoir exécutif et relève de la sorte de l'autorité et du contrôle du ministre de la Justice⁶ qui peut arrêter des directives de politique criminelle après avis du Collège des procureurs généraux en vertu de l'article 143quater du Code judiciaire⁷.

⁵ C. C., 28 février 2013, n° 20/2013.

⁶ La Cour cite les travaux parlementaires de l'article 151 de la Constitution (*Doc. parl.*, Chambre, 1997- 1998, n° 1675/1, p. 4) ; voy. aussi C.E., 29 octobre 2001, *T.B.P.*, 2003, p. 144 ; M. VERDUSSEN, « Le statut constitutionnel du ministère public », *Le ministère public ou les mystères de la grande pyramide*, Juger, 1997, pp. 10-17.

⁷ Voy. pour la transaction élargie la Col. 6/2012 du 30 mai 2012.

Il s'en déduit que c'est au ministère public qu'il appartiendra d'apprécier s'il est opportun d'exercer ou non l'action publique compte tenu des directives de politique criminelle⁸.

Partant, l'article 216bis du Code d'instruction criminelle, en autorisant le ministère public à déterminer les causes dans lesquelles il propose ou accepte une transaction pénale, ne contrevient pas au principe d'égalité et de non-discrimination. La Cour reconnaît, dès lors, expressément à la partie poursuivante dans ses possibilités d'action d'opter pour la voie de la transaction pénale dans certains cas individuels sans qu'il ne puisse être conclu que le législateur aurait arbitrairement habilité les membres du ministère public à poser un tel choix.

4. Ce constat réalisé, la Cour prolonge son examen cette fois au regard du droit à un procès équitable.

Sous cet angle, la Cour estime, en tenant compte de la mission confiée au juge d'instruction ainsi que de l'indépendance et de l'impartialité avec lesquelles celui-ci accomplit sa tâche⁹, que des motifs liés à la célérité de la procédure et au désengorgement des tribunaux, ne peuvent justifier qu'une transaction pénale soit conclue alors que le juge d'instruction n'a pas encore été dessaisi. La Cour ajoute, comme argument empreint de bon sens, que le ministère public pourrait en effet, disposer à la clôture de l'instruction, d'éléments plus nombreux lui permettant de mieux évaluer l'opportunité de proposer une transaction pénale.

Pour la Cour constitutionnelle, il est porté atteinte au droit au procès équitable si une transaction pénale est proposée en cours d'instruction sans qu'il n'existe un contrôle juridictionnel effectif sur cette proposition de transaction, contrôle qui par définition ne pourrait intervenir que lors du règlement de la procédure par les juridictions d'instruction. La Cour insiste : un tel contrôle ne peut être considéré comme effectif que si la décision relative à la transaction est motivée.

5. La Cour constitutionnelle poursuit en jugeant cette fois l'étendue du contrôle juridictionnel. Ce débat ne peut surprendre dès l'instant où, lors des discussions parlementaires, il fut déjà question du respect des principes de l'indépendance du juge et de la séparation des pouvoirs. Sciemment cependant, il fut prévu que ce contrôle se limiterait aux conditions d'application formelles de la transaction. Le ministre de la Justice déclarait d'ailleurs à cet égard que le contrôle juridictionnel n'est « nullement un examen au fond ou un examen tendant à déterminer l'opportunité ou la proportionnalité de la transaction. Cette appréciation relève de la compétence exclusive du ministère public, conformément (à) l'article 151 de la Constitution »¹⁰. Cette limitation du contrôle du juge – qui se réduit à la vérification des conditions d'application formelles de la transaction, à l'acceptation et l'exécution de cette transaction par l'auteur et au dédommagement de la victime et, s'il échet, de l'administration fiscale ou sociale – est sanctionnée par la Cour de constitutionnelle.

Les principes en cause sont d'une telle importance dans la détermination de l'équité de la procédure que les choix réalisés par le législateur de dessaisir un juge d'instruction sans autre forme de contrôle ou de circonscrire le rôle des juridictions de fond à celui d'une autorité qui vérifie formellement les conditions de la transaction ne sont, dès lors, pas validés par la Cour constitutionnelle.

⁸ O. MICHIELS, La jurisprudence de la Cour constitutionnelle en procédure pénale : le Code d'instruction criminelle remodelé par le procès équitable, *Anthemis*, Coll. Criminalis, Limal, 2015, pp. 81-83.

⁹ Sur cette indépendance et cette impartialité, la Cour constitutionnelle cite Cass., 24 septembre 1986, *Pas.*, 1987, I, n° 48 et Cour eur. D.H., *Vera Fernández-Huidobro c. Espagne*, 6 avril 2010, paragraphes 111-114.

¹⁰ *Doc. parl.*, Chambre, 2010-2011, DOC 53-1344/003, p. 4.

Le pouvoir discrétionnaire du ministère public dans la mise en œuvre d'une transaction

6. Nous l'avons dit, la faculté pour le ministère public de proposer, dans les conditions prévues par la loi, une transaction pénale s'inscrit dans le cadre de la politique criminelle visée à l'article 151, paragraphe 1^{er}, de la Constitution¹¹. Ce pouvoir abandonné de manière discrétionnaire à la partie poursuivante, sans que l'inculpé ou le prévenu ne puisse l'exiger, ne porte pas atteinte, aux yeux de la Cour constitutionnelle, à la prévisibilité de la procédure pénale.

Un tel raisonnement doit être approuvé. En effet, il appartient à la partie publique qui est maître de l'opportunité des poursuites¹² d'apprécier, au regard des éléments de la cause, s'il est ou non adéquat, en cours de procédure, de proposer une transaction. Cette prise de position de la Cour constitutionnelle nous paraît d'autant plus justifiée qu'elle ajoute que le choix de la transaction par la partie publique est soumis au contrôle – qu'elle renforce par l'arrêt commenté – réalisé par un juge indépendant et impartial ce qui constitue une garantie réelle contre toutes dérives arbitraires¹³ et préserve les droits des citoyens poursuivis.

Dans le même ordre d'idées, il se justifie que la personne poursuivie ne dispose pas du droit de soumettre à un juge le refus du ministère public d'accepter une proposition de transaction.

II. La pratique de la transaction élargie

7. Depuis la loi du 5 février 2016 dite « pot-pourri II », l'article 216bis, paragraphe 2, du Code d'instruction criminelle dispose que la faculté accordée au procureur du Roi de proposer une transaction ne peut avoir lieu pour autant qu'aucun jugement ou arrêt définitif n'ait été rendu au pénal¹⁴.

Il s'ensuit qu'une transaction pénale élargie ne peut plus avoir lieu durant la procédure d'appel, sauf en cas d'évocation ou de privilège de juridiction, et durant la procédure en cassation¹⁵.

Cette nouvelle exigence légale a eu pour conséquence immédiate de réduire le champ d'application de la transaction qui ne peut plus s'entrevoir après le prononcé d'une décision qui tranche définitivement l'action publique. Il est vrai que cette opportunité de proposer une transaction jusqu'à un éventuel arrêt de la Cour de cassation était pour le moins surprenante puisqu'elle permettait, concrètement, d'empêcher le juge d'appel ou de cassation de se prononcer, dans les limites de leur pouvoir, sur la cause.

8. Les exigences, cette fois posées par la Cour constitutionnelle, ne devraient pas davantage contribuer à promouvoir le régime de la transaction étendue. En effet, premièrement, la transaction devra être motivée. Cette motivation doit permettre à l'inculpé ou au prévenu d'agir volontairement et en parfaite connaissance du contenu et des effets de l'accord conclu avec le parquet. Par ailleurs, cette motivation permettra au juge compétent d'exercer un contrôle qui portera tant sur la proportionnalité de la transaction pénale envisagée que sur sa légalité.

¹¹ Voy. aussi C.C., 28 février 2013, n° 20/2013.

¹² Comparez avec Cass., 5 février 1985, *Pas.*, 1985, I, p. 670 ; Cass., 13 décembre 1989, *Bull.*, 1990, n° 236 sur la possibilité laissée au ministère public de classer une affaire sans suite.

¹³ Voy. aussi C.A., 16 novembre 2004, n° 182/2004, *cette revue*, 2005, p. 63 et note Th. PAPART.

¹⁴ Voy. *Doc. parl.*, Chambre, 2015-2016, DOC 54-1418/001, p. 101.

¹⁵ Tant durant les délais d'appel que de pourvoi, une transaction élargie n'est plus possible après un jugement définitif sur le fond ; M. FERNANDEZ-BERTIER et R. ROLLAND, « La transaction pénale élargie appliquée aux personnes morales : cap sur le modèle américain des N/DPAs ? » *Dr. pén. entr.*, 2016, pp. 93-94.

Il s'agit là du second enseignement majeur de l'arrêt. Répétons que si, à l'origine, le ministre de la Justice avait insisté sur le fait que le contrôle opéré par la juridiction saisie porterait uniquement sur les conditions formelles¹⁶, la Cour constitutionnelle estime, quant à elle, qu'il est contraire aux articles 10 et 11 de la Constitution, à l'équité du procès et à l'indépendance du juge de limiter le rôle de ce dernier au constat de l'extinction de l'action publique après la réalisation d'un contrôle purement formel.

9. Il est fort à parier qu'en attendant l'adoption d'une loi réparatrice et pour autant que le ministère public recoure dans l'intervalle à la transaction élargie, le juge qui se prononcera sur l'extinction de l'action publique à la suite de la conclusion d'une telle transaction contrôlera, outre le consentement éclairé de l'intéressé, le contenu de la transaction et « l'équité de la procédure ayant mené à sa conclusion »¹⁷ qui suppose, notamment, que les faits reprochés s'appuient sur les pièces du dossier répressif¹⁸. C'est, nous paraît-il, cette voie que la Cour constitutionnelle semble privilégier pour combler la lacune dénoncée¹⁹. Pour ce faire, le juge trouvera dans le nouvel article 216, paragraphe 4, du Code d'instruction criminelle relatif à la reconnaissance préalable de culpabilité les lignes directrices d'un contrôle judiciaire efficace et concret.

Précisons encore que la Cour constitutionnelle décide, en dépit des constats d'inconstitutionnalité faits sur question préjudicielle, de maintenir les effets de la norme critiquée sur les procédures dans lesquelles l'action publique a été éteinte à la suite d'une transaction conclue sur la base de la disposition en cause jusqu'à la date de la publication de son arrêt au *Moniteur belge*.

Nous observerons encore, pour en terminer sur ce point, que la Cour de cassation, à la suite d'un revirement de jurisprudence, estime qu'il n'appartient pas aux juridictions judiciaires de fixer dans le temps les effets de la violation de la Constitution à laquelle conclut la Cour constitutionnelle dans une réponse à une question préjudicielle. Ce faisant, la Cour de cassation avalise expressément la pratique développée par la Cour constitutionnelle de moduler les effets des arrêts rendus sur question préjudicielle sans que cette même faculté appartienne au pouvoir judiciaire²⁰.

III. L'équité de la procédure

10. La notion d'équité de la procédure reste une bouteille à encre. Il n'en demeure pas moins que sous la plume de la Cour constitutionnelle, le droit à un procès équitable est un rempart qui participe à renforcer les garanties procédurales du justiciable. L'arrêt

¹⁶ *Doc. parl.*, Chambre, 2010-2011, DOC 53-1344/003, p. 4.

¹⁷ La Cour constitutionnelle cite au demeurant, Cour eur. D.H., *Natsvlishvili et Togonidze c. Géorgie*, 29 avril 2014 ; sur ce même arrêt voy. aussi T. MOREAU, « La reconnaissance préalable de culpabilité : just a deal ? Une occasion à ne pas manquer, mais un virage à bien négocier », *La loi « pot-pourri II » : un recul de civilisation ?*, Anthemis, Coll. Criminalis, Limal, 2016, pp. 142-143.

¹⁸ J.-F. GODBILLE, « Le parquet a-t-il été doté de pouvoirs exceptionnels par une loi "fourre-tout" ? », *R.G.C.F.*, 2012/5, pp. 345-346.

¹⁹ Cette lacune nous paraît extrinsèque et auto-réparatrice. Voy. à ce sujet : G. ROSOUX, « Les droits fondamentaux, dessinés par le juge constitutionnel belge. L'héritage de l'arrêt *Marckx* dans la jurisprudence constitutionnelle des droits fondamentaux », *La Cour constitutionnelle. De l'art de modeler le droit pour préserver la légalité*, Anthemis, Conférence libre du Jeune barreau de Liège, Limal, 2016, pp. 91-93 ; Cass., 5 février 2016, *cette revue*, p. 1645 et obs. de Q. PIRONNET, « Lacunes extrinsèques et maintien des effets au contentieux préjudiciel : lorsque la Cour de cassation fait d'une pierre deux coups », arrêt dans lequel on peut lire : « Le juge est tenu de remédier à toute lacune de la loi dont la Cour constitutionnelle a constaté l'inconstitutionnalité, ou à celle qui résulte de ce qu'une disposition de la loi jugée inconstitutionnelle, lorsqu'il peut suppléer à cette insuffisance dans le cadre des dispositions légales existantes pour rendre la loi conforme aux articles 10 et 11 de la Constitution » ; E. VAN BRUSTEM, note sous Gand, 3 février 2015, « Lacune législative : *Sed quis custodiet ipsos custodes* », *R.G.C.F.*, 2015/6, pp. 492-499.

²⁰ Cass., 20 novembre 2015, R.C.J.B., 2016, p. 191 et note de M. VERDUSSEN ; Cass., 5 février 2016, *cette revue*, p. 1645 et note Q. PIRONNET.

commenté en constitue une nouvelle illustration. Dans l'équilibre délicat que tend à maintenir la procédure pénale entre les différents intérêts en présence, la Cour ne manque pas de marteler que le justiciable, qui se voit proposer un accord qui se solde par une extinction de l'action publique alors que cette action est en mouvement, a droit à un contrôle juridictionnel effectif et concret²¹. La différence entre la partie publique et les autres parties au procès répressif²², si elle est réelle et repose sur un critère objectif, n'y change rien car elle ne permet de justifier une posture telle du ministère public qui l'autoriserait à chambouler toute l'économie de la procédure pénale et porterait de la sorte une atteinte disproportionnée au droit à un procès équitable.

IV. Conclusion

11. À nouveau l'arrêt commenté nous permet d'apprécier toutes les potentialités que peut ouvrir un recours sur question préjudicielle devant la Cour constitutionnelle ainsi que toute l'ingéniosité juridique dont celle-ci peut faire preuve sans nécessairement remettre en cause les choix posés par le législateur²³. Si, à notre estime, il serait hasardeux de tirer un trait sur la transaction pénale élargie, encore serons-nous attentif à l'attitude qu'adoptera la partie publique dans l'attente de la modification de la loi. Le ministère public reste, en effet, à la manœuvre et il pourrait préférer d'autres voies d'extinction de l'action publique dès lors que le régime de la transaction étendue a été remanié par la Cour constitutionnelle.

Olivier MICHIELS

Conseiller à la cour d'appel de Liège

Chargé de cours à la faculté de droit de l'U.Lg.

Cour de cassation (2^e chambre)

1^{er} juin 2016

Cassation – Matières pénales – Pourvoi et mémoire – Exigence d'une attestation de formation en cassation – Absence de preuve – Irrecevabilité.

Le pourvoi en cassation formé par un avocat dont il n'apparaît pas des pièces déposées dans le délai de deux mois prévu à l'article 429, alinéa 2, du Code d'instruction criminelle qu'il soit titulaire d'une attestation de formation à la cassation en matière pénale, est irrecevable. Pour le même motif, il n'y a pas lieu d'examiner le mémoire déposé sous la signature de ce même avocat.

(T. P. et autres / État belge, ministre des Finances)

N° P.16.0252.F

I. La procédure devant la Cour

Les pourvois sont dirigés contre des arrêts rendus les 12 septembre 2013, 18 décembre 2014 et 27 janvier 2016 par la cour d'appel de Liège, chambre correctionnelle. (...)

²¹ O. MICHIELS, La jurisprudence de la Cour constitutionnelle en procédure pénale : le Code d'instruction criminelle remodelé par le procès équitable », Anthemis, coll. Criminalis, Limal, 2015, pp. 541-543.

²² Fr. KUTY, « Le devoir du ministère public de proposer une solution de justice : l'expression de son honneur et l'assise de sa légitimité », obs. sous Cass., 19 décembre 2012, *cette revue*, 2013, p. 1459.

²³ M.-F. RIGAUX, « Le contrôle d'opportunité exercé par la Cour d'arbitrage et le pouvoir discrétionnaire du législateur », *Mélanges offerts à J. van Compernelle*, Bruylant, 2004, pp. 591-609 ; O. MICHIELS, *op. cit.*, pp. 550-556.