

« Le juge pénal entre de plus en plus dans l'hôpital »

DROIT Quelles seront les responsabilités civiles et pénales des administrateurs hospitaliers lorsque le nouveau code des sociétés et des associations (CSA) entrera en vigueur ? Jean Bourtembourg a répondu à cette question complexe lors d'un symposium organisé par la MMISS de l'ULB.

« **D**es mouvements sont en cours actuellement et auront une influence considérable sur le mode de gouvernance et les responsabilités des administrateurs », annonce d'emblée maître Jean Bourtembourg. Le professeur du Master en management des institutions de santé et de soins (MMISS) a rappelé que sous l'emprise du droit de la concurrence, les hôpitaux sont désormais considérés comme des entreprises. « Les asbl peuvent tomber en faillite et le juge, à l'initiative du curateur, peut donc mettre en cause la responsabilité personnelle des administrateurs et exercer à leur égard une action en comblement de passif. Nous sommes à l'avant-veille de l'instauration d'un nouveau code des sociétés et associations (CSA) qui doit entrer en vigueur progressivement à la fin de cette

année-ci. Toutes les asbl vont devoir changer leurs statuts. »

Responsabilité civile

Pour la responsabilité civile des administrateurs, un régime de base et un régime spécifique s'appliquent. Le régime de base correspond à la responsabilité pour faute. « Dans la nouvelle législation, on va au maximum apprécier la faute de l'administrateur en suivant le critère de l'administrateur normalement compétent et diligent, mais on va aussi faire en sorte que l'appréciation du juge – et c'est assez raisonnable – soit une appréciation marginale. On va demander au juge de ne pas reconstruire ce qui aurait dû se passer en fonction de ce que l'on sait après qu'un dommage ait été causé mais d'apprécier, si au moment où les choses se sont passées, l'administrateur a agi d'une

manière qui ne mérite pas d'être qualifiée de fautive. »

Le code prévoit également une responsabilité collégiale des administrateurs. « Si le conseil d'administration a fauté, il sera responsable collégalement sauf si ses membres sont de mauvais camarades et qu'ils ne participent pas à la décision et dénoncent celle-ci immédiatement auprès du CA. Chaque fois qu'un administrateur sentira que le dossier est un peu délicat, il risque de sortir, de ne pas prendre part à la délibération et de la dénoncer à la prochaine réunion de CA. Une manière de se protéger de toute responsabilité solidaire ». Cette responsabilité peut être mise en cause dans les événements courants de la vie d'une société : un fonctionnement irrégulier des organes de gestion, des défauts de convocation à l'assemblée générale... Maître Bourtembourg souligne que le législateur a prévu de limiter les responsabilités en calculant celles-ci en fonction du chiffre d'affaires de l'institution. « Ces limitations permettent un alignement de la responsabilité des administrateurs sur d'autres professionnels qui pouvaient déjà limiter leurs responsabilités. Elles vont permettre de les assurer à des conditions qui sont meilleures que celles applicables aujourd'hui. »

Jean Bourtembourg précise qu'il ne sera pas possible de faire supporter la responsabilité des administrateurs par des filiales ou autres structures contrôlées. « Il n'y aura pas d'exonération pour la personne morale. Il y a une augmentation très claire de la responsabilisation de chaque administrateur individuel. »

À côté de la responsabilité de base, des responsabilités particulières figurent dans les textes : non-soumission des comptes dans les délais requis, défaut ou retard de dépôt à la Banque nationale, conflits d'intérêt ou avantages abusifs octroyés aux administrateurs...

Abus de biens sociaux et prise d'intérêt

Les administrateurs hospitaliers ont aussi une responsabilité pénale. « Malheureusement, le juge pénal entre de plus en plus dans l'hôpital. Depuis quelques années, chaque fois que l'on arrête une disposition relative à n'importe quelle activité, on émet à la fin de la législation des sanctions pénales. Il existe également des dispositions de droit pénal commun. Elle concerne la prise d'intérêts, l'atteinte à la liberté des enchères et la problématique des faux et usages de faux. »

Responsabilité politique

Cette responsabilité concerne plus les hôpitaux publics. La révocation « ad nutum », sans juste motif, des administrateurs est une règle qui existe dans les sociétés et les asbl. Elle s'applique singulièrement dans le monde politique. « Dans une intercommunale hospitalière, les administrateurs sont désignés en fonction de la clé d'Hondt. Ce sont donc les présidents de partis qui les désignent. Si un administrateur vote selon sa propre conscience, sans suivre la ligne politique, il peut être révoqué par le conseil communal sans que ce dernier invoque d'autres arguments que la perte de confiance qu'il aurait vis-à-vis de l'administrateur. Il est difficile de mettre en avant les principes d'indépendance de l'administrateur en gardant un tel régime », constate maître Bourtembourg.



Pour la responsabilité civile des administrateurs, un régime de base et un régime spécifique s'appliquent.

La responsabilité pénale des personnes morales existe. « Elle concerne les infractions qui sont liées à la réalisation de son objet et à la défense de ses intérêts ou de celles dont les faits concrets démontrent qu'elles ont été prises pour le compte de la personne morale. Il y a-t-il encore une place pour la responsabilité morale personnelle des administrateurs ? La réglementation ouvre un champ de contestations presque infini puisqu'elle précise : « que 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 lourde peut être condamnée. Il faut déterminer si c'est la société ou la personne physique qui a commis la faute la plus lourde. Vous imaginez la marge d'appréciation et les tombereaux de conclusions que l'on peut écrire sur cette notion. Ce n'est pas très sûr le plan juridique.. En plus si la personne physique a commis la faute sciemment et volontairement, elle peut être condamnée en même temps que la personne morale. »

Jean Bourtembourg souligne que les dispositions pour le droit pénal commun sont en pleine explosion. Y figure l'abus de biens sociaux – soit l'utilisation frauduleuse et/ou l'appropriation par le dirigeant d'une association des biens ou du crédit de la personne morale sachant que cela va causer un préjudice significatif au groupement et à ses associés et créanciers. « Se servir une rémunération très importante est-ce un abus de biens sociaux ? Oui, si on considère qu'il crée un préjudice significatif. Comment va-t-on apprécier le caractère « significatif » ? En fonction du chiffre d'affaires ou du montant qui a été mis en poche de manière irrégulière ? Les contours de cette disposition ne sont pas extrêmement délimités. » L'avocat spécialisé en droit public et administratif prévient qu'on peut être très vite se retrouver dans une situation de prise d'intérêt : il suffit qu'il y ait la possibilité – et pas la réalisation – que par un acte de sa fonction, on puisse favoriser d'autres intérêts que ceux de la société. Un intérêt moral suffirait. Un administrateur peut, par exemple, avoir un intérêt à ce que la société de sa compagnie, de son enfant... gagne un marché public. « Ce dispositif est un peu effrayant. Des gens se retrouvent dans des procès pour prise d'intérêt sans y avoir songé une seconde. Jusqu'à présent, on a dit que la personne qui peut être concernée par la prise d'intérêt est quelqu'un qui, quel que soit son statut, exerce une fonction publique, est investie d'une portion de la

puissance publique ou est chargée d'une mission de service public. Or il y a deux notions de service public : une au sens organique et une au sens fonctionnel. D'ici dix ans, je parie que ceux qui exercent dans le cadre du service public fonctionnel, par exemple les administrateurs d'hôpitaux, seront concernés par les dispositions de la prise d'intérêt. »

L'atteinte à la limitation des enchères est une disposition qui a été prise pour limiter les ententes entre les clients et les fournisseurs. « Cette disposition est utilisée aujourd'hui à l'égard de ceux qui sont soupçonnés d'avoir fait quelque chose pour favoriser quelqu'un au mépris du prescrit d'égalité des soumissionnaires à l'occasion d'un marché public. Lors de la soumission d'un marché public, il faut faire preuve d'une prudence de sioux. Pour les infractions pénales, c'est beaucoup plus facile pour le plaignant. Elle va avoir une aide considérable du parquet, du juge d'instruction et des enquêteurs. »

Faux intellectuel

Jean Bourtembourg recommande d'être attentif aux faux et usages de faux. « Le faux matériel est assez rare. Le faux intellectuel est plus courant : par exemple, dire que le CA s'est réuni au complet alors qu'il manque un administrateur. Il ne faut jamais constater par un écrit quelque chose qui ne s'est pas produit, même si le « fait » n'est pas grave. »

Le délit de coalition de fonctionnaires est également à surveiller de près. « Au départ, ce délit était prévu en cas de sédition, si des fonctionnaires se mettaient ensemble pour lutter contre des droits et des règlements. Si on se rassemble pour concevoir la violation d'une disposition sanctionnée pénalement, fut-elle bénigne, il s'agit d'une coalition de fonctionnaires. Aujourd'hui, il s'agit des fonctionnaires au sens strict, mais demain la disposition visera les fonctionnaires au sens large du terme (organique et fonctionnel). »

Lors du colloque de la MMISS¹ la plupart des intervenants ont conseillé aux administrateurs hospitaliers de (mieux) se former et de bien connaître la loi sur les hôpitaux. A la lumière de l'exposé de maître Bourtembourg, les candidats à un poste d'administrateur peuvent entrevoir les risques auxquels ils risquent de s'exposer dans le cadre de leur mission. Que cela ne décourage pas les vocations...

Vincent Claes

>> 1. Administrateur d'hôpital et de réseau : quelles responsabilités ?, 5 mai 2018, MMISS. Lire JDM2545.