

## RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

### Quelques développements relatifs aux responsabilités civile et pénale de l'administrateur personne morale d'une SA, d'une SPRL ou d'une SCRL

Delvaux, Marie-Amelie

*Published in:*

Liber amicorum Michel Coipel

*Publication date:*

2004

*Document Version*

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

*Citation for pulished version (HARVARD):*

Delvaux, M-A 2004, Quelques développements relatifs aux responsabilités civile et pénale de l'administrateur personne morale d'une SA, d'une SPRL ou d'une SCRL. dans *Liber amicorum Michel Coipel*. Kluwer, Bruxelles, pp. 527-560.

#### General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

#### Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

# Quelques développements relatifs aux responsabilités civile et pénale de l'administrateur personne morale d'une SA, d'une SPRL ou d'une SCRL

Marie Amélie DELVAUX

Avocate,

Assistante à la Faculté de droit des FUNDP<sup>1</sup>

I. Une personne morale peut être administrateur ou membre du comité de direction d'une SA, gérant d'une SCRL et, depuis peu, gérant d'une SPRL<sup>2</sup>. Quant à cette dernière forme de société, l'ancien article 129, alinéa 1 des lois coordonnées sur les sociétés commerciales, devenu l'article 255 du Code des sociétés, imposait autrefois que la SPRL soit gérée par une ou plusieurs personnes *physiques*. L'article 14 de la loi du 2 août 2002<sup>3</sup> a supprimé cette exigence et aligné le régime de la SPRL sur celui des SA et SCRL.

2. Lorsqu'une personne morale administre une société, elle est naturellement susceptible d'engager sa responsabilité civile (I) comme sa responsabilité pénale (II).

## I. LA RESPONSABILITE CIVILE DE L'ADMINISTRATEUR PERSONNE MORALE

3. La loi du 2 août 2002, dite « *loi corporate governance* »<sup>4</sup>, a modifié les

- 
1. Je remercie Willy CASSIERS pour nos échanges fructueux et ses nombreux éclaircissements ainsi qu'Alexandre CRUQUENAIRE et Stéphane GILCART pour leur relecture attentive et leurs remarques toujours pertinentes.
  2. Par ailleurs, une personne morale peut également être *fondateur et/ou associé* d'une SA, d'une SPRL ou d'une SCRL à condition que son objet social le lui permette et que les statuts de la SA, SPRL ou SCRL à laquelle elle participe n'excluent pas la participation de personnes morales. Un régime particulier est toutefois instauré pour les personnes morales fondateur ou associé unique d'une SPRLU (voir l'article 213, alinéas 1 et 2 du Code des sociétés qui refuse, dans certaines conditions, la limitation de la responsabilité de la personne morale).
  3. Loi du 2 août 2002 modifiant le Code des sociétés et la loi du 2 mars 1989 relative à la publicité des participations importantes dans les sociétés cotées en bourse et réglementant les offres publiques d'acquisition, *M.B.*, 22 août 2002, p. 36.555 (vig. 1<sup>er</sup> septembre 2002).
  4. Sur cette notion, voir P. KILESTE et M. CALUWAERTS, « Pouvoirs, attributions et fonctionnement du conseil d'administration et notion de 'corporate governance' », *D.A.O.R.*, 1997, n° 43, p. 9.

modalités d'exercice par une personne morale du mandat d'administrateur de société et la responsabilité civile qui en découle.

Un bref rappel des fondements de la responsabilité civile des dirigeants de société permet de rafraîchir les mémoires et de planter le décor (A), avant d'étudier cette réforme (C). Il n'est également pas inutile d'exposer brièvement le régime précédant la réforme (B), puisqu'il peut encore s'appliquer à certaines situations.

#### A. Tableaux synoptiques des fondements de la responsabilité des dirigeants de SA, SPRL et SCRL

4. Traditionnellement, on distingue la responsabilité du dirigeant à l'égard de la société, d'une part (tableau 1), et celle à l'égard des tiers, d'autre part (tableau 2).

À noter qu'en cas de faillite, le curateur, personnage bicéphale, représente à la fois la société faillie et la masse des créanciers (les tiers) ; ceci lui permet de « jouer sur les deux tableaux » en fondant d'éventuelles actions en responsabilité contre les dirigeants sur l'ensemble des bases légales mentionnées ci-dessous<sup>5</sup>.

S'ajoutent à ces fondements de responsabilité à portée générale des dispositions éparses du Code des sociétés définissant des cas particuliers de responsabilité, s'identifiant souvent à une responsabilité pour violation du Code ; les principales hypothèses seront succinctement relevées (tableau 3).

Tableau 1 : responsabilité du dirigeant à l'égard de la société

	Faute de gestion	Violation du Code ou des statuts	Responsabilité aquilienne
<b>Base légale ?</b>	articles 262 (SPRL), 408, alinéa 1 (SCRL) et 527 (SA) du Code des sociétés	articles 263, alinéa 1, (SPRL), 408, alinéa 2 (SCRL) et 528, alinéa 1 (SA) du Code des sociétés	articles 1382 et 1383 du Code civil
<b>Qui peut être responsable ?</b>	administrateur de droit <sup>6</sup> , actuel ou passé	administrateur de droit ou de fait, actuel ou passé <sup>7</sup>	administrateur de droit ou de fait, actuel ou passé <sup>8</sup>

5. La qualité en vertu de laquelle le curateur agit a des implications tant au niveau des fondements de responsabilité qu'il peut invoquer que de l'opposabilité ou non de la décharge votée par l'assemblée générale ; opposable au curateur qui agit dans le cadre de l'*actio mandati* (articles 262, 408, alinéa 1 et 527 du Code des sociétés), la décharge n'est, par exemple, pas opposable au curateur qui introduit une action au nom de la masse des créanciers pour violation du Code ou des statuts (articles 263, alinéa 1, 408, alinéa 2 et 528, alinéa 1 du Code des sociétés).

6. Le texte vise *expressément* la responsabilité de l'exécution du mandat que le dirigeant a reçu ; il semble donc que l'administrateur de fait ne puisse voir sa responsabilité engagée sur cette base,

→

	Faute de gestion	Violation du Code ou des statuts	Responsabilité aquilienne
<b>Quelle faute ?</b>	mauvaise exécution du mandat confié par la société ; conditions du droit commun du mandat	violation du Code ou des statuts (à savoir violation d'une obligation de résultat)	faute indépendante du mandat qui lie le dirigeant à la société (violation d'une loi pénale ou d'une norme s'imposant à tous)
<b>Y a-t-il solidarité ?</b>	responsabilité pour sa faute personnelle ; la solidarité est subordonnée à l'établissement d'une faute commune <sup>9</sup>	solidarité de droit	responsabilité pour sa faute personnelle ; la solidarité est subordonnée à l'établissement d'une faute commune
<b>À qui la faute est-elle imputable ?</b>	à l'auteur de la faute ; éventuellement faute commune à établir	présomption d'imputabilité à tous de la violation SAUF triple preuve <sup>10</sup> ; peu importe que l'administrateur soit actif ou non actif	à l'auteur de la faute ; éventuellement faute commune à établir
<b>Quel dommage réparable ?</b>	l'intégralité du dommage subi	l'intégralité du dommage subi	l'intégralité du dommage subi
<b>Quel lien causal ?</b>	lien strict entre la faute et le dommage	lien strict entre la faute et le dommage	lien strict entre la faute et le dommage

→ puisqu'il n'a reçu aucun mandat de gestion, à moins que la société ait accepté, expressément ou tacitement, sa gestion de fait (voir la théorie du mandat apparent).

7. Malgré l'indigence du texte sur ces points, on considère que sont également susceptibles de voir leur responsabilité engagée pour violation de la loi ou des statuts non seulement les dirigeants de droit actuels mais également les dirigeants de fait et les anciens dirigeants.

8. On considère généralement que sont également susceptibles de voir leur responsabilité engagée sur pied des articles 1382 et 1383 du Code civil non seulement les dirigeants de droit actuels mais également les dirigeants de fait et les anciens dirigeants.

9. C'est-à-dire que chaque administrateur ou gérant a contribué à la réalisation du dommage sans qu'il soit possible de déterminer la proportion dans laquelle la participation de chacun à la faute commune a concouru à la réalisation du dommage. Dans la mesure où la faute reprochée est une omission, on peut présumer son caractère commun à tous les administrateurs au vu du principe de la collégialité du conseil d'administration. Par contre, la faute positive ne sera pas nécessairement une faute commune mais pourra être imputée particulièrement à l'un des administrateurs.

10. Articles 263, alinéa 2 (SPRL), 408, alinéa 3 (SCRL) et 528, alinéa 2 (SA) du Code des sociétés ; cette triple preuve consiste à établir l'absence de participation à l'infraction (absence à la réunion du conseil d'administration, ...), l'absence de faute dans son chef (ce n'est pas fautivement qu'il était absent à la réunion du conseil d'administration : maladie, ...) et la dénonciation par l'administrateur de l'infraction commise par le conseil d'administration à l'assemblée générale la plus proche après qu'il a eu connaissance des faits.

Tableau 2 : responsabilité du dirigeant à l'égard des tiers

	Violation du Code ou des statuts	Comblement de passif	Responsabilité aquilienne
<b>Base légale ?</b>	articles 263, alinéa 1 (SPRL), 408, alinéa 2 (SCRL) et 528, alinéa 1 (SA) du Code des sociétés	articles 265, alinéa 1 (SPRL), 409, alinéa 1 (SCRL) et 530 (SA) du Code des sociétés	articles 1382 et 1383 du Code civil
<b>Qui peut être responsable ?<sup>11</sup></b>	administrateur de droit ou de fait, actuel ou passé	administrateur de droit ou de fait, actuel ou passé	administrateur de droit ou de fait, actuel ou passé
<b>Quelle faute ?</b>	violation du Code ou des statuts (à savoir violation d'une obligation de résultat)	faute grave et caractérisée qui est soit violation Code/statuts, soit faute de gestion	acte illicite et faute de gestion MAIS quid de Cass., 07/11/1997 <sup>12</sup>

	Violation du Code ou des statuts	Comblement de passif	Responsabilité aquilienne
<b>Y a-t-il solidarité ?</b>	solidarité de droit	solidarité éventuelle, soumise à l'appréciation du juge	la solidarité est subordonnée à l'établissement d'une faute commune <sup>13</sup>
<b>A qui la faute est-elle imputable ?</b>	présomption d'imputabilité à tous de la violation SAUF triple preuve <sup>14</sup> ; peu importe que l'administrateur soit actif ou non actif	à l'auteur de la faute ; éventuellement faute commune à établir	à l'auteur de la faute ; éventuellement faute commune à établir
<b>Quel dommage réparable ?</b>	l'intégralité du dommage subi	tout ou partie du dommage, selon l'appréciation du juge	l'intégralité du dommage subi MAIS quid de Cass., 07/11/1997 <sup>15</sup>
<b>Quel lien causal ?</b>	lien strict entre la faute et le dommage	plus lâche : faute qui a contribué à la faillite	lien strict entre la faute et le dommage

11. Seul le texte fondateur de l'action en comblement de passif vise *expressément* l'administrateur de droit mais aussi le dirigeant de fait, et englobe *expressément* les anciens dirigeants. Sur la base de la violation du Code ou des statuts, et a fortiori sur la base des articles 1382 et 1383 du Code civil, les textes ne nous apprennent rien relativement à ces deux critères. On considère toutefois que sont également susceptibles de voir leur responsabilité engagée sur ces deux fondements non seulement les dirigeants de droit actuels mais également les dirigeants de fait et les anciens dirigeants.

12. On se contente de rappeler ici l'arrêt nébuleux de la Cour de cassation du 7 novembre 1997 (J.D.S.C., 2000, n° 115, p. 5 et note M. COIPÉL ; Bull., 1997, p. 1146 ; Arr. Cass., 1997, p. 1093 ; Pas., 1997, I, p. 1146 ; R.G.D.C., 1998, p. 153 ; T.R.V., 1998, p. 284 et note I. CLAEYS ; R.C.J.B., 1999, p. 730 et note V. SIMONART). La Cour de cassation consacre l'idée selon laquelle « lorsqu'une partie contractante agit par un organe, un préposé ou un agent d'exécution pour l'exécution de son obligation contractuelle, celui-ci ne peut être déclaré responsable sur le plan extra-contractuel que si la faute mise à sa charge constitue un manquement non à une obligation contractuelle mais à l'obligation générale de prudence et que si cette faute a causé un dommage autre que celui résultant de la mauvaise exécution du contrat ». La Cour assimile donc les organes des personnes morales aux préposés et agents d'exécution quant aux conditions de leur responsabilité personnelle et leur fait bénéficier du même type d'immunité. A la suite de cet arrêt, il devient difficile pour les tiers d'encore engager la responsabilité des dirigeants sur la base de l'article 1382 du Code civil en matière contractuelle. Pour ce faire, il faut en effet que la faute commise par le dirigeant (violation de l'obligation générale de prudence) se distingue du manquement à l'obligation contractuelle (absence de paiement, malfaçon, ...), et que le dommage subi par le tiers se distingue de celui qui résulte de l'inexécution du contrat. Dans la pratique, les cours et tribunaux n'appliquent pas toujours l'enseignement de l'arrêt de la Cour de cassation du 07/11/1997, sans doute à défaut d'en avoir compris le sens profond et la portée réelle. Voir not. Civ. Anvers, 9<sup>e</sup> ch., 13 janv. 1998, R.W., 1999-2000, p. 988 et note E. DE BEUKELAER, J.D.S.C., 2001, n° 318, p. 203 et note M. A. DELVAUX intitulée : « L'arrêt de la Cour de cassation du 7 novembre 1997 : un pavé dans la mare ? Certainement une intervention sibylline ! » ; Civ. Bruxelles, 11<sup>e</sup> ch., 27 janv. 1998, J.L.M.B., 1999, p. 1089 ; Liège, 7<sup>e</sup> ch., 28 mai 2002, R.G.A.R., 2003, n° 13.739.

Tableau 3 : responsabilité particulière du dirigeant à l'occasion de diverses opérations

Les divers cas de responsabilité qui suivent concernent le dirigeant de droit comme de fait, actuel ou passé. En principe<sup>16</sup>, la responsabilité est engagée tant à l'égard de la société qu'à l'égard des tiers. S'identifiant à une violation du Code, la faute est — sauf une exception<sup>17</sup> — présumée imputable à chacun des administrateurs, actif ou non, à moins qu'il n'établisse la triple preuve imposée par les articles 263, alinéa 2 (SPRL), 408, alinéa 3 (SCRL) et 528, alinéa 2 (SA)<sup>18</sup>.

13. Voir *supra*, note 9.

14. Voir *supra*, note 10.

15. Voir *supra*, note 12.

16. Certains textes ne prévoient expressément la responsabilité qu'à l'égard des associés (par exemple, la responsabilité en cas de fusion ou de scission n'est prévue qu'à l'égard des associés de la société dissoute, l'être moral ayant disparu) ou des tiers (par exemple, la responsabilité en cas d'absence de convocation en cas de perte de l'actif net). Toutefois, comme la faute du dirigeant s'identifie à une violation du Code, et à condition de prouver un intérêt à agir et un dommage en lien causal avec la faute, l'action en responsabilité peut dans chaque cas être introduite par la société comme par les tiers.

17. Le Code prévoit expressément que la responsabilité pour n'avoir pas indiqué dans les actes et documents émanant de la société certaines mentions identifiant celle-ci, ou pour avoir indiqué le capital social plutôt que le capital libéré ou l'actif net (suivant le cas), ou pour avoir omis d'indiquer la qualité en vertu de laquelle le dirigeant intervient est *personnelle* (articles 62, 78, 79 et 80 du Code des sociétés).

18. Voir *supra*, note 10.

	Base légale ?	Quelle faute ?	Y a-t-il solidarité ?	Quel dommage réparable ?	Particularités ?
Augmentation du capital	articles 314 (SPRL), 424 (SCRL) et 610 (SA) du Code des Sociétés	défaut de souscription valable, de respect du capital minimum légal, de libération effective du minimum légal et du capital non valablement souscrit ; surévaluation manifeste des apports en nature, absence (ou fausseté) <sup>19</sup> des mentions dans l'acte d'augmentation <sup>20</sup>	solidarité de droit	la partie du capital non valablement souscrite ou non effectivement libérée, la différence entre le capital souscrit et libéré et les minima légaux, le préjudice qui est une suite immédiate (et directe) <sup>21</sup> de la surévaluation manifeste des apports en nature ou de l'absence/fausseté des mentions dans l'acte	similitudes avec la responsabilité des fondateurs au moment de la constitution d'une société, à l'exception de l'hypothèse du capital manifestement insuffisant
Transformation de la société	article 785 du Code des Sociétés	surévaluation de la société à transformer, non respect par la société transformée du capital minimum requis, inobservation de certaines formalités légales, absence ou fausseté de certaines mentions dans l'acte	solidarité de droit	la différence entre l'actif net de la société transformée et le capital minimum légal, la partie surévaluée de l'actif net, le préjudice qui est une suite immédiate et directe de la nullité de la transformation ou de l'absence/fausseté des mentions dans l'acte	nombreuses formalités à respecter et responsabilité qui s'apparente à celle des fondateurs
Fusion ou scission	article 785 du Code des Sociétés	faute commise lors de la préparation ou de la réalisation de la fusion ou la scission (le Code impose notamment de nombreuses formalités à respecter et de nombreux rapports à établir pour procéder à ces opérations)	solidarité de droit	le préjudice subi par l'associé/actionnaire individuel en liaison causale avec la faute des dirigeants lors de la préparation ou la réalisation de l'opération	chaque associé/actionnaire de la société scindée ou absorbée dispose individuellement d'une action en responsabilité contre les dirigeants de la société disparue ; lourdes amendes pénales pour les dirigeants méconnaissant les formalités imposées par le Code

	Base légale ?	Quelle faute ?	Y a-t-il solidarité ?	Quel dommage réparable ?	Particularités ?
Défaut de convocation de l'AG en cas de perte de l'actif net	articles 332, al. 4 (SPRL), 431, al. 4 (S-CRL) et 633, al. 5 (SA) du Code des Sociétés	violation de l'obligation des dirigeants de réunir une AG si l'actif net est réduit à la moitié ou au quart du capital social	solidarité de droit	l'accroissement de la perte des tiers entre l'époque où l'AG aurait dû être convoquée et le moment où le passif social a été définitivement « cliché »	le lien causal entre le défaut de convocation de l'AG et le préjudice subi par les tiers est présumé de manière réfragable.
Quasi-apports	articles 220 à 222 (SPRL), 396 (SCRL) et 445 à 447 (SA) du Code des Sociétés	défaut d'établir les rapports prescrits par le Code, de les communiquer aux associés ou d'obtenir l'autorisation préalable de l'AG	solidarité de droit	le préjudice subi par la société ou les tiers en liaison causale avec l'acquisition du quasi-apport (surévaluation, ...)	régime similaire à celui de la responsabilité des fondateurs et des dirigeants (augmentation de capital) lors d'un apport en nature
Indications des mentions identifiant la société ou de la qualité du signataire d'un acte	articles 62, 78, 79 et 80 du Code des Sociétés	absence, dans les actes et documents émanant de la société, de certaines mentions identifiant celle-ci, indication du capital social plutôt que du capital libéré ou de l'actif net (suivant le cas), absence d'indication de la qualité en vertu de laquelle le dirigeant intervient	responsabilité individuelle	responsabilité personnelle pour l'engagement pris ou obligation de combler le capital « manquant »	ces fondements de responsabilité visent chaque fois une parfaite transparence lors des relations contractuelles avec une société
Dépôt tardif des comptes annuels	articles 92, §1, alinéa 3 et 98, alinéa 3 du Code des Sociétés	absence de dépôt des comptes annuels à la BNB dans les six mois de la clôture de l'exercice social et dans les trente jours de leur approbation	solidarité de droit	le préjudice subi par les tiers en liaison causale avec l'absence ou le retard dans le dépôt des comptes annuels	le lien causal entre la présentation tardive ou le défaut de dépôt des comptes annuels et le préjudice subi par les tiers est présumé de manière réfragable

Procédure en cas d'opération d'intérêts au sein de l'organe de gestion <sup>2</sup>	Base légale ?	Quelle faute ?	Y a-t-il solidarité ?	Quel dommage réparable ?	Particularités ?
	articles 259 et 264 (SPRL) et 523 et 529 (SA) du Code des sociétés	en cas de conflit d'intérêts dans le cadre d'une décision/opération, obtenir un avantage abusif au détriment de la société	solidarité de droit	préjudice subi par la société ou les tiers suite à la décision ou l'opération qui procure à un ou plusieurs dirigeants un avantage financier abusif au détriment de la société	si les dirigeants n'ont pas respecté la procédure légale, la décision ou l'opération peut dans certaines conditions être annulée, avec la responsabilité corrélative des dirigeants

19. La fausseté des mentions n'engage que les dirigeants de SA et SPRL, mais pas les dirigeants de SCRL, n'étant pas mentionnée à l'article 424, 3° du Code des sociétés.

20. On ajoute, pour la SA, la responsabilité individuelle du dirigeant qui aurait pris un engagement pour un tiers (mandat ou porte-fort) lorsque celui-ci n'est pas valable ou n'est pas ratifié dans le délai légal ; le dirigeant est réputé personnellement obligé (article 611 du Code des sociétés). Le régime est sensiblement différent pour les SPRL puisque l'article 315 n'envisage explicitement que le mandat et prévoit la responsabilité solidaire de tous les gérants pour l'engagement non valable. Rien n'est prévu dans pareille hypothèse pour les SCRL. Sur les articles 611 et 315 du Code des sociétés qui sont, à peu de choses près, les fidèles décalques respectivement des articles 459 (SA) et 231 (SPRL) du même Code, voy., pour la SA, Ch. RESTRAU, *Traité des sociétés anonymes*, t. I, Bruxelles-Gand, Librairie Judiciaire Polydore Pée, 2<sup>e</sup> éd., 1933, pp. 156-163, n° 224 ; du même auteur, dans la troisième édition, revue et mise à jour par A. BESOFF-MOUJRY et A. GUYÉONNE, t. I, Bruxelles, éditions Swinnew, 1981, pp. 293-294, n° 489-493. Également, P. WAUWERMANS, *Manuel pratique des sociétés anonymes*, Bruxelles-Paris, Bruylant-L.G.D.J., 7<sup>e</sup> éd., 1933, pp. 95-98, n° 135-139 ; L. FRÉDÉRICQ, *Traité de droit commercial belge*, t. IV, Gand, Fechey, 1950, pp. 480-483, n° 305 ; L. MARRU, « De la souscription d'actions par mandataire et par porte-fort, sans désignation dans l'acte de constitution de la personnalité du mandant ou du tiers », *Rev. prat. soc.*, 1903, pp. 76-82. De même, en SPRL, L. FRÉDÉRICQ, *Traité de droit commercial belge*, t. V, Gand, Fechey, 1950, pp. 899-901, n° 634 ; J. VAN HOUTTE, *Traité des sociétés de personnes à responsabilité limitée*, t. I, Sociétés d'études morales, sociales et juridiques, Bruxelles, Larcier, 3<sup>e</sup> éd., pp. 91-96, n° 63-65. On soulignera que le défaut d'indication de la responsabilité solidaire des administrateurs, dans l'article 611 du Code des sociétés, est sans doute un regrettable oubli, qui tranche avec la formulation de l'article 459 (responsabilité solidaire des fondateurs dans une SA).

21. Pour les SA et les SCRL. Dans les SPRL, par contre, seules les suites préjudiciables immédiates doivent être réparées, le terme *direct* étant absent de l'article 314, 4<sup>e</sup> du Code des sociétés.

22. À noter que les SCRL continuent à échapper au régime applicable en cas de conflit d'intérêts.

## B. Régime antérieur à l'entrée en vigueur de la loi du 2 août 2002

5. Avant l'entrée en vigueur de la loi du 2 août 2002<sup>23</sup>, la désignation d'une personne morale au poste d'administrateur d'une SA ou d'une SCRL<sup>24</sup> est une technique fréquemment utilisée pour permettre à une personne physique, véritable dirigeant de la société, d'échapper, au moins partiellement et dans certaines hypothèses, à une responsabilité personnelle. Ce stratagème lui permet, en effet, non seulement de se protéger en masquant sa responsabilité, tant vis-à-vis des actionnaires que des créanciers, mais aussi de modifier substantiellement l'appréciation des risques et de faire obstacle aux garanties d'indépendance requises des administrateurs<sup>25</sup>.

6. Comment se répartissent les responsabilités d'administrateur entre la personne morale titulaire du mandat et la personne physique qui l'exerce concrètement avant l'entrée en vigueur de la loi du 2 août 2002 ? Comme nous l'avons fait ci-avant<sup>26</sup>, il convient de distinguer suivant que l'on envisage la responsabilité du dirigeant à l'égard de la société gérée, d'une part, ou à l'égard des tiers, d'autre part.

7. En ce qui concerne la responsabilité à l'égard de la société, deux situations doivent être envisagées.

Lorsque la société administrateur est représentée dans sa mission de gestion par son organe statutaire (conseil d'administration, administrateur délégué, tel administrateur muni d'un pouvoir spécial, ...), les actes de cet organe l'engagent directement (théorie de l'organe<sup>27</sup>) et il lui revient d'assumer les responsabilités d'administrateur. La personne physique ayant exercé le mandat au nom et pour compte de la personne morale échappe, quant à elle, à toute responsabilité personnelle<sup>28</sup>, sauf si elle a commis une faute aquilienne.

23. À savoir avant le 1<sup>er</sup> septembre 2002.

24. Voir *supra*, n° 1 : l'exercice des fonctions de gérant d'une SPRL était autrefois expressément limité aux personnes physiques par l'article 255 du Code des sociétés ; cette exigence a été supprimée par l'article 14 de la loi du 2 août 2002 (*op. cit.*).

25. Projet de loi modifiant le code des sociétés et la loi du 2 mars 1989 relative à la publicité des participations importantes dans les sociétés cotées en bourse et réglementant les offres publiques d'acquisition, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ordin., 2000-2001, n°1211/1, pp. 9 et 11.

26. Voir *supra*, point A.

27. En vertu de cette théorie, « les actes accomplis par ses organes sont les actes de la personne morale elle-même » (M. COIPEL, « Introduction au droit des sociétés et autres groupements », *Guide juridique de l'entreprise*, 2<sup>e</sup> édition, Livre 11.1, n° 70, p. 16 et *Droit des sociétés commerciales*, 2<sup>e</sup> édition, tome I, Bruxelles, Kluwer, 2002, n° 70, p. 62).

28. « L'organe (...) n'assume, à aucun moment, une quelconque responsabilité puisqu'il n'est que l'interprète et n'a fait qu'exprimer la volonté de la personne morale (...) » (S. GILCART, « La personne morale, promotrice d'une société en formation », note sous J.P. Westerlo, 29 juin 2001, *J.D.S.C.*, 2003, n° 469, p. 76, et spéc. p. 89).

Lorsque la société administrateur est représentée dans sa mission de gestion par un mandataire de son choix<sup>29</sup> élu par son assemblée générale<sup>30</sup>, le partage des responsabilités entre la société administrateur et la personne physique qui exerce effectivement le mandat devrait se régler selon les dispositions du Code civil relatives au mandat, et plus particulièrement à la substitution de mandataire<sup>31-32</sup> : la société administrateur n'est responsable que si elle n'avait pas le pouvoir de se substituer quelqu'un ou si, ayant ce pouvoir, elle a choisi une

29. Autre que son organe.

30. À condition que les statuts de la société administrée l'autorisent ou que l'assemblée générale de la société administrée l'accepte expressément ou tacitement. On rappelle en effet que la mission de gérer une société commerciale fait l'objet d'un mandat, contrat *intuitu personae* ; le mandataire ne peut en principe confier l'exercice de son mandat à un tiers, à moins d'y être autorisé. Voir sur ce point O. RALET, *Responsabilités des dirigeants de sociétés*, Bruxelles, Larcier, 1996, pp. 63 et 64.

31. Articles 1984 à 2010 du Code civil relatifs au contrat de mandat, et tout spécialement article 1994 du Code civil relatif à la substitution de mandataire. Voir sur cette question les nombreux écrits d'O. RALET : « L'exercice d'un mandat d'administrateur par une personne morale – questions de responsabilité », *D.A.O.R.*, liv. 27, p. 11 ; *Responsabilités des dirigeants de sociétés*, Bruxelles, Larcier, 1996, p. 65 ; « L'administrateur personne morale et le mandataire substitué », *R.P.S.*, 1994, pp. 465-468. Voir également sur la question plus générale du mandat en droit des sociétés, S. GILCART, « La société en formation et la représentation en droit des sociétés », note sous J.P. Westerlo, 3 novembre 2000, *J.D.S.C.*, 2003, n° 468, pp. 68-73.

32. À moins qu'une faute aquilienne ait été commise ; dans ce cas l'auteur, personne physique ou société, doit répondre personnellement du dommage causé par sa faute aquilienne. On notera cependant que par un arrêt du 16 février 2001 (Cass. (1re ch.), RG C.99.0477.N, 16 février 2001 (S.P.R.L. ONYX / D.), <http://www.cass.be> (18 mai 2004) ; *Arr. Cass.*, 2001, liv. 2, p. 303 ; *Huur*, 2002, liv. 2, p. 107 ; *J.D.S.C.*, 2002 (abrégé), p. 116 et note P. KILESTE et C. BERTSCH ; *Pas.*, 2001, liv. 2, p. 301 ; *R.W.*, 2002-03, liv. 9, p. 340 ; *Res Jur. Imm.*, 2001, 123 ; *Rev. prat. soc.*, 2001, liv. 4, p. 348 ; *R.D.C.*, 2002, liv. 9, p. 698 et note C. GEYS), la Cour de cassation a remis en cause cette opinion traditionnelle en ce qui concerne la faute précontractuelle. La Cour précise en effet que lorsqu'un organe d'une société ou un mandataire agissant dans le cadre de son mandat commet une faute ne constituant pas un délit au cours de négociations donnant lieu à la conclusion d'un contrat, cette faute engage non pas la responsabilité de l'administrateur ou du mandataire mais celle de la société ou du mandant sur la base de l'article 1992 du Code civil. Cette jurisprudence peut-elle être étendue à d'autres hypothèses que la faute précontractuelle ? Dans un jugement du 25 juin 2002 relatif à la responsabilité des dirigeants d'une société commerciale, la 4<sup>e</sup> chambre du Tribunal de commerce de Hasselt (*T.R.V.*, 2003, liv. 1, p. 81, note J. VANANROYE et *J.D.S.C.*, 2004, note M.A. DELVAUX intitulée « c'est pas (que) moi, c'est (aussi) lui ! – Les fautes concurrentes, la responsabilité solidaire ou in solidum, l'intervention d'un garant : autant de voies utiles au fautif pour limiter sa part de responsabilité et la facture finale ? », à paraître) a déduit de l'arrêt de cassation précité que les organes en général ne sont plus responsables sur le plan extra-contractuel des actes posés en exécution de leur mandat, en citant à l'appui de cette thèse CORNELIS et CLAEYS (« De burgerlijke aansprakelijkheid van de bedrijfsjurist en van zijn onderneming », *Le droit des affaires en évolution. Les responsabilités de l'entreprise*, Bruxelles-Anvers, Bruylant-Kluwer, Anvers, 2001, p. 48, n° 44). On note qu'un appel a été interjeté contre cette décision. Nous n'avons pas encore connaissance de l'arrêt qui est ou sera rendu en cette affaire au jour où nous écrivons ces lignes. Nous préférons être prudents et ne pas donner une interprétation extensive à l'arrêt de la Cour de cassation du 16 février 2001, qui apparaît comme une limite, à entendre strictement, au principe de la responsabilité personnelle du mandataire ou de l'organe pour sa faute aquilienne.

personne notoirement incapable ou insolvable<sup>33</sup> ; la société administrateur peut également voir sa responsabilité engagée si elle a manqué à son obligation de surveiller et d'assister son mandataire substitué<sup>34</sup>. En outre, la société gérée peut en toute hypothèse engager la responsabilité du mandataire substitué personne physique par le biais d'une action directe<sup>35</sup>.

8. Cette application de la substitution de mandataire à l'hypothèse où la société administrateur désigne un mandataire pour exercer sa mission de gestion est toutefois controversée, non seulement sur le plan des principes, mais également sur le plan des conséquences, jugées inadmissibles<sup>36</sup>.

Sur le plan des principes, lorsque l'on considère que la société administrateur est un organe de la société administrée, son choix d'un mandataire pour exercer la mission de gestion s'identifie à un choix fait par la société gérée, qui est le mandant direct, et sans substitution<sup>37</sup>. En outre, certains auteurs considèrent qu'il ne peut y avoir substitution de mandat que si le mandataire « substitué » est informé qu'il agit directement au nom et pour le compte du mandant originaire, à savoir la société administrée. À défaut, il n'y a qu'un « simple » mandat de la société administrateur à la personne physique qui exerce la mission de gestion<sup>38</sup>. Dans les deux cas précités, il n'y a qu'un mandat simple, tantôt de la société administrée à la personne physique, tantôt de la société administrateur à la personne physique, mais aucune substitution de mandat.

Sur le plan des conséquences, on imagine difficilement comment un administrateur, fût-il une société, puisse se décharger entièrement de sa responsabilité de gestion et éviter l'application du régime de responsabilité défini, de manière

33. En pratique, on constate que souvent la société gérée exige que la société administrateur soit représentée par son organe (interdiction de toute substitution), ou précise à tout le moins l'identité de la personne qui pourra être désignée pour représenter la société administrateur.

34. Voir à ce sujet P. WÉRY, « L'huissier de justice et la substitution de mandataire », *R.G.D.C.*, 1998, pp. 316 et s. et les références citées et I. CORBISIER, « Quelques réflexions en filigrane des développements récents qu'a connus le droit de la responsabilité des administrateurs d'une personne morale », *R.P.S.*, 1994, pp. 101 et s.

35. Article 1994, alinéa 2 du Code civil. « À moins, souligne O. RALET (« L'exercice d'un mandat d'administrateur... », *op. cit.*, p. 13), que la personne administrateur oit choisi comme mandataire substitué un de ses employés, l'article 18 de la loi du 3 juillet 1978 immunisant alors celui-ci sauf pour sa faute légère habituelle ».

36. Voir S. GILCART qui résume la controverse in « La personne morale, promotrice d'une société en formation », note sous J.P. Westerlo, 29 juin 2001, *J.D.S.C.*, 2003, pp. 76-93 et spécialement pp. 86 à 88.

37. P. WÉRY, « Le mandat », *Rép. not.*, t. IX, liv. VII, Bruxelles, Larcier, 2000, p. 179, n° 128 cité par S. GILCART, « La personne morale, promotrice d'une société en formation », *op. cit.*, p. 88.

38. Voir sur ce point P. A. FORNIERS, « Observations sur l'article 1994 du Code civil et l'action directe née de la substitution », note sous Cass., 16 décembre 1977, *R.C.J.B.*, 1981, p. 469 et I. CORBISIER, « Quelques réflexions... », *op. cit.*, pp. 90 et s. et les références citées et « Observations », *R.P.S.*, 1994, pp. 471-473 ; *contra* : O. RALET, « L'administrateur personne morale et le mandataire substitué », *R.P.S.*, 1994, pp. 465-468 et les nombreuses références citées.

impérative (voire d'ordre public<sup>39</sup>), par le Code des sociétés en se prévalant de la substitution de mandat.

9. A l'égard des tiers, c'est la société administrateur qui assume la responsabilité pour violation du Code ou des statuts ; la personne physique ayant exercé concrètement le mandat, qu'elle soit organe ou mandataire, échappe à toute responsabilité. Quant à la responsabilité aquilienne<sup>40</sup>, c'est aussi bien la personne physique qui exerce la mission d'administrateur que la société administrateur (à laquelle on peut éventuellement reprocher son mauvais choix ou sa mauvaise surveillance de son représentant) qui peuvent voir leur responsabilité engagée.

10. Les tiers peuvent enfin engager la responsabilité de la personne morale administrateur en sa qualité de commettant pour la faute de son préposé, sur pied de l'article 1384, alinéa 3 du Code civil.

11. Quels que soient le fondement de la responsabilité et le titulaire de l'action, si la personne physique qui exerce concrètement la mission de gestion est un employé de la société administrateur<sup>41</sup>, on peut se demander si elle bénéficie de l'article 18 de la loi du 3 juillet 1978 sur le contrat de travail. Peut-on cumuler la qualité de *mandataire* de la société et celle d'employé, avec l'immunité corrélative ? La question est controversée<sup>42</sup> mais déborde notre propos.

12. Il n'est pas inintéressant enfin de se demander si la personne physique qui n'est pas un organe de la société administrateur peut voir sa responsabilité engagée en qualité d'*administrateur de fait*. Selon P. Van Ommeslaghe et

39. Voir, par exemple, R.P.D.B., V° *Sociétés anonymes*, t. XII, Bruylant, Bruxelles, 1951, p. 409 et RESTEAU, *Traité des sociétés anonymes*, t. II, 3<sup>e</sup> édition, Bruxelles, Swinnen, 1982, n° 941, p. 185 cité par O. RALET, *Responsabilités ...*, op. cit., p. 245, note 479. La doctrine est divisée sur le point de savoir si les dispositions relatives à la responsabilité des administrateurs doivent ou non se voir reconnaître un caractère d'ordre public. Il est vrai que le respect des droits des créanciers pourrait apparaître comme un principe général de droit privé considéré comme fondamental dans l'organisation économique et sociale de la société belge, et partant comme étant d'ordre public (voir notamment l'arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles du 31 mai 1990 considérant que sont entachées de fraude et dès lors frappées de nullité absolue les conventions entre une société mère et sa filiale en vue d'organiser la spoliation de la filiale, in J.T., 1991, p. 45). Ce débat déborde notre propos et exclut qu'on s'y arrête.

40. On renvoie à la note 12 et à la remarque relative à l'arrêt nébuleux de la Cour de cassation du 7 novembre 1997 (op. cit.) ; on renvoie également à la note 32 relative à l'arrêt de la Cour de cassation du 16 février 2001 (op. cit.), dont on ignore s'il peut être interprété de manière extensive.

41. On ne pourrait évidemment imaginer que la personne physique soit un employé de la société administrée, le lien de subordination à l'égard de cette société excluant l'indépendance nécessaire à l'exercice de la mission de gestion.

42. Voir notamment O. RALET in « L'exercice d'un mandat d'administrateur... », op. cit., p. 12 et les références citées.

X. Dieux, pour être qualifiée de mandataire de fait, « il faut que, sans avoir été régulièrement investie des pouvoirs nécessaires à cette fin, la personne à laquelle on prétend attribuer cette qualité se soit effectivement comportée comme un administrateur, en prenant, seule ou avec d'autres, des décisions ressortissant à l'administration de la société au sens de l'article 54 des lois coordonnées (devenu 522 du Code des sociétés), que seul l'organe d'administration aurait pu prendre. Il faut en outre que, par leur répétition ou en raison de toutes autres circonstances spécifiques à constater par le juge, ces décisions impliquent l'existence dans le chef de la personne en cause de la véritable maîtrise des affaires sociales, en fait »<sup>43</sup>.

O. Poelmans distingue plus systématiquement deux conditions nécessaires à la qualification d'administrateur de fait, la seconde n'étant pas envisagée par les auteurs précédents<sup>44</sup> :

- l'exercice d'une activité de gestion et l'(auto-)appropriation de pouvoirs permettant de disposer du sort commercial et financier de l'entreprise ;
- l'exercice de cette activité en totale indépendance.

En principe, la personne physique qui exerce la mission de gestion de la société le fait au nom et pour le compte de son mandant, auquel elle doit rendre compte. Sauf cas exceptionnels, elle ne dispose dès lors pas d'une totale indépendance et d'une souveraineté de décision, ce qui rend délicate son assimilation à un administrateur de droit.

Dans le cadre de l'action en comblement de passif, par contre, « toute personne qui, à quelque titre que ce soit, a pu intervenir positivement dans la gestion de la société et à laquelle peut être imputée une faute grave et caractérisée ayant conduit à la faillite » peut voir sa responsabilité engagée, ce qui peut inclure, dans certaines hypothèses, la personne physique exerçant la mission de gestion<sup>45</sup>.

13. On note pour conclure que, dès avant l'entrée en vigueur de la loi du 2 août 2002, les statuts de la société administrée ou l'acte de nomination de l'administrateur personne morale prévoyaient déjà fréquemment l'obligation expresse pour l'administrateur de désigner une personne physique chargée d'exercer le mandat d'administrateur en son nom et pour son compte.

43. P. VAN OMMESLAGHE et X. DIEUX, « Les sociétés commerciales - examen de jurisprudence (1979-1990) », R.C.J.B., 1993, p. 793, n° 130.

44. O. POELMANS, « L'affaire des 'Forges de Clabecq' et le droit de la faillite », note sous Bruxelles (8<sup>e</sup> ch.), 01/03/1997, D.A.O.R., n° 43, p. 78. Voir également M. DONY, « La responsabilité des pouvoirs publics en cas d'intervention dans une entreprise en difficultés », J.T., 1990, p. 670.

45. En ce sens, O. RALET, *Responsabilités ...*, op. cit., p. 181 et O. RALET, « L'exercice d'un mandat d'administrateur... », op. cit., p. 13.

## C. Régime actuel

14. L'article 2 de la loi du 2 août 2002 introduit un second paragraphe à l'article 61 du Code des sociétés<sup>46</sup> prévoyant expressément que la personne morale administrateur d'une société<sup>47</sup> doit désigner un représentant permanent, personne physique chargée de l'exécution de cette mission pour son nom et compte<sup>48</sup>. Cette personne encourt les mêmes responsabilités civiles et pénales que si elle exerçait cette mission en nom et pour compte propres, sans préjudice de la responsabilité solidaire<sup>49</sup> de la personne morale représentée.

La protection des tiers est ainsi élargie puisqu'ils peuvent réclamer l'intégralité de leur dommage soit à la personne morale administrateur, soit à la personne physique exerçant la mission de gestion. En outre, le sens des responsabilités de la personne physique qui exerce le mandat de gestion est accru.

À noter toutefois que si le représentant est un employé de la société, il ne pourra voir sa responsabilité personnelle engagée qu'en cas de faute volontaire, de faute grave ou de faute légère habituelle<sup>50</sup>. Dans cette hypothèse, la personne

46. L'article 61, § 2 du Code des sociétés est formulé comme suit : « *Lorsqu'une personne morale est nommée administrateur, gérant ou membre du comité de direction, celle-ci est tenue de désigner parmi ses associés, gérants, administrateurs ou travailleurs, un représentant permanent chargé de l'exécution de cette mission au nom et pour le compte de la personne morale. Ce représentant est soumis aux mêmes conditions et encourt les mêmes responsabilités civiles et pénales que s'il exerçait cette mission en nom et pour compte propre, sans préjudice de la responsabilité solidaire de la personne morale qu'il représente. Celle-ci ne peut révoquer son représentant qu'en désignant simultanément son successeur. La désignation et la cessation des fonctions du représentant permanent sont soumises aux mêmes règles de publicité que s'il exerçait cette mission en nom et pour compte propres. Le représentant permanent de la personne morale qui est administrateur ou gérant et associé dans une société en nom collectif, une société en commandite simple, une société coopérative à responsabilité illimitée ou dans une société en commandite par actions, ne contracte toutefois aucune responsabilité personnelle relative aux engagements de la société dans laquelle la personne morale est administrateur ou gérant et associé.* »

47. Qu'il s'agisse de l'administrateur de SA, du gérant de SPRL ou de SCRL, ou du membre du comité de direction d'une SA. Par contre, la personne morale déléguée à la gestion journalière ne doit pas désigner un représentant permanent (*Doc. Parl.*, Chambre, sess. ordin., 2001-2002, n° 1211/14, pp. 241 et 244).

48. Sur les particularités du représentant permanent (identité, conditions de permanence et de publicité, désignation, révocation, rôle, décharge, ...), nous renvoyons à l'article détaillé de O. CAPRASSE intitulé « Personne morale administrateur et comité de direction » publié dans *D.A.O.R.*, 2002/64, pp. 328-333.

49. À noter que la solidarité vise uniquement la responsabilité civile, et non la responsabilité pénale qui ignore cette notion.

50. Article 18 de la loi du 3 juillet 1978 sur le contrat de travail. Les travaux préparatoires indiquent que la loi nouvelle ne porte pas atteinte aux règles de responsabilité appliquées dans le droit du travail, et cite précisément l'article 18 de la loi du 3 juillet 1978 ; la personne morale administrateur reste, quant à elle, responsable pour l'ensemble du dommage dans cette hypothèse du représentant permanent sous contrat d'emploi avec elle (*Doc. Parl.*, Chambre, sess. ordin., 2001-2002, n° 1211/1, pp. 11-12).

morale demeure responsable tant en sa qualité d'administrateur que d'employeur sur pied de l'article 1384, alinéa 3, du Code civil.

15. L'objectif poursuivi par les auteurs de la loi « *corporate governance* » est d'éviter qu'une personne physique puisse échapper totalement à sa responsabilité de dirigeant, ou à tout le moins rendre plus complexe la mise en cause de sa responsabilité, par le biais de la désignation, au poste d'administrateur, d'une société qu'elle contrôle plutôt que d'elle-même directement<sup>51</sup>.

Désormais, peu importe que l'exercice du mandat d'administrateur soit effectivement exercé par un organe de la personne morale administrateur ou par un mandataire spécial. Chacun encourt en effet les mêmes responsabilités civiles<sup>52</sup> et pénales<sup>53</sup> que s'il exerçait la mission en son nom propre et pour son compte.

16. À première vue, l'intérêt d'administrer une société par le biais d'une personne morale afin de masquer sa responsabilité personnelle semble avoir disparu avec l'entrée en vigueur du nouveau régime.

Toutefois, il semble que cette affirmation doit être nuancée, certaines situations permettant encore aux personnes physiques de « se cacher » derrière une personne morale pour échapper aux responsabilités de dirigeant. Deux hypothèses doivent être envisagées.

D'une part, la loi du 2 août 2002 est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> septembre 2002. En l'absence de disposition transitoire particulière relative à l'article 2 de la loi<sup>54</sup>, et conformément au droit commun, cette loi nouvelle s'applique immédiatement et sans rétroactivité. Le régime antérieur décrit sub. B. reste en vigueur pour les actes et omissions fautifs antérieurs à cette date. On rappelle à cet égard qu'en vertu de l'article 198, alinéa 4 du Code des sociétés, la responsabilité des administrateurs, quel que soit son fondement juridique<sup>55</sup>, se prescrit par cinq ans à compter du fait dommageable ou de la découverte de celui-ci lorsqu'il a été celé par dol<sup>56</sup>. Le régime antérieur à la réforme « *corporate governance* » risque dès lors de survivre encore quelques temps.

51. *Doc. Parl.*, Chambre, sess. ordin., 2001/2001, n° 1211/001, pp. 9, 11 et 12.

52. Que ce soit pour faute de gestion, violation du Code ou des statuts, responsabilité aquilienne.

53. Voir ci-après, au point II.

54. Le chapitre IV de la loi consacré aux dispositions transitoires règle l'entrée en vigueur de certains articles parmi lesquels ne figure pas l'article 2.

55. J. VAN RYN, *Principes de droit commercial*, t. I, 1<sup>ère</sup> éd., 1954, n° 636, p. 405. O. RALET ajoute que si la faute commise constitue une infraction pénale, l'article 26 du titre préliminaire du Code d'instruction criminelle reste d'application, ce qui signifie que l'action civile ne pourra pas être prescrite avant l'action pénale (O. RALET, *Responsabilités ...*, op. cit., pp. 128-129 et 324 à 327).

56. Et ceci même si la dissimulation n'est pas imputable au dirigeant concerné (Bruxelles, 28 septembre 1966, *J.T.*, 1967, p. 97 et note J. J. STRYCKMANS). Si la responsabilité du dirigeant est fondée sur un ensemble de faits ayant tous concourus à la survenance du dommage, la prescription ne prend cours qu'à dater du dernier fait (Bruxelles, 19 mars 1968, *Pas.*, 1968, →

D'autre part, et de manière plus générale, l'article 61, §2 du Code des sociétés qui oblige la personne morale administrateur à désigner un *représentant permanent* ne prévoit pas de sanction spécifique en cas de non respect de ce prescrit. Il est tout à fait possible qu'en pratique, certaines sociétés négligent de désigner un représentant permanent, ce qui engage leur responsabilité pour violation de la loi, mais pourrait éviter à la personne physique exerçant le mandat d'administrateur de voir sa responsabilité personnelle engagée<sup>57</sup>. En effet, l'article prévoit que le *représentant permanent* est soumis à la même responsabilité que s'il exerçait le mandat d'administrateur en son nom propre. Si la personne physique qui exerce le mandat de gestion au nom de la société administrateur n'a pas été désignée *représentant permanent* conformément à l'article 61, §2, on pourrait soutenir que la responsabilité y définie ne peut lui être appliquée.

En ce sens, le régime antérieur à l'entrée en vigueur de la loi du 2 août 2002 conserve un intérêt certain pour la personne physique administrateur qui souhaite limiter sa responsabilité.

## II. LA RESPONSABILITÉ PÉNALE DE L'ADMINISTRATEUR PERSONNE MORALE

« *societas delinquere potest et... puniri potest !* »

17. La loi du 4 mai 1999<sup>58</sup>, entrée en vigueur le 2 juillet 1999, a totalement bouleversé le régime — et plus précisément la sanction — des infractions commises par des sociétés commerciales, en réintroduisant un article 5 dans le Code pénal<sup>59</sup>.

Auparavant, le Ministère public devait rechercher la personne physique<sup>60</sup>

→ II, p. 180 ; J. VAN RYN et P. VAN OMMESLAGHE, « Les sociétés commerciales - examen de jurisprudence (1972-1978) », *R.C.J.B.*, 1981, p. 392, n° 67.

57. Dans les limites définies *supra*, au point B.

58. Loi du 4 mai 1999 instaurant la responsabilité pénale des personnes morales, *M.B.*, 22 juin 1999, pp. 23411 et s.

59. Avant l'entrée en vigueur de cette loi, la jurisprudence considérait que si la personne morale pouvait commettre par elle-même une infraction, elle ne pouvait par contre se voir infliger une quelconque sanction pénale (voir Cass. 08/04/1946, *Pas.*, 1946, I, p. 136 ; cette jurisprudence a été répétée dans maints arrêts ultérieurs, dont notamment Cass., 16/12/1948, *Pas.*, 1948, I, p. 723 ; *J.T.*, 1949, p. 148 et note de Cyr. CAMBIER ; Cass., 12/06/1979, *Pas.*, 1979, I, p. 1179 ; Cass., 10/10/1979, *Pas.*, 1980, I, p. 177 ; Cass., 25/04/1989, *Pas.*, 1989, I, p. 884 ; Cass., 23/05/1990, *Pas.*, 1990, p. 1083). Un des objectifs du législateur de 1999 était de lutter contre la criminalité organisée : il était autrefois délicat de s'y attaquer « en raison de l'impossibilité d'engager des poursuites pénales contre des personnes morales, ce qui assure souvent l'impunité de certains comportements criminels, malgré les troubles sociaux et économiques souvent très graves qu'ils provoquent » (*Doc. parl.*, Chambre, sess. ordin., 1998-1999, n° 2093/5, p. 2).

60. A l'exception des hypothèses limitées dans lesquelles la loi elle-même désigne l'agent responsable de l'infraction, comme nous l'examinerons ci-après au point C. (R. LEGROS parle « d'attribution →

(l'organe, le préposé ou le gérant de fait) par l'intermédiaire de laquelle la société avait agi (infraction positive) ou aurait dû agir et s'était fautivement abstenue de le faire (infraction d'omission) afin qu'elle supporte la répression<sup>61</sup>. Désormais, la loi assimile sur le plan pénal les personnes morales aux personnes physiques. Par conséquent, la personne morale est un sujet de droit qui peut commettre une infraction par elle-même et être responsable pénalement, indépendamment des personnes physiques qui la composent.

18. Dans le cadre de l'étude de la responsabilité pénale des sociétés administrateurs de SA, SPRL et SCRL, il nous appartient tout d'abord de rappeler brièvement le régime mis en place par la loi du 4 mai 1999 sur la responsabilité pénale des personnes morales (A). Nous nous attarderons ensuite sur deux questions particulières : d'une part, nous relèverons les sanctions pénales spécifiques aux administrateurs définies par le Code des sociétés (B) ; d'autre part, nous examinerons l'avenir du mécanisme de l'imputabilité légale des infractions à la suite de l'entrée en vigueur du régime de responsabilité pénale des personnes morales (C).

→ légale », in « Imputabilité pénale et entreprise économique », *R.D.P.*, 1968-1969, pp. 374-378). Pour découvrir la personne physique à laquelle l'infraction était imputable, le juge examinait notamment l'organigramme et les statuts de l'entreprise afin de cibler la répartition des compétences entre les divers protagonistes ; l'infraction ne pouvait toutefois être imputée à une personne physique uniquement en raison de la fonction qui lui était confiée par la loi ou les statuts.

61. A noter que sur le plan civil, le juge ne devait pas identifier l'individu intervenu dans l'infraction, puisqu'il se contentait de considérer que c'était la personne morale qui en était l'auteur et devait donc indemniser la victime. L'action civile fondée sur une infraction pénale était dès lors valablement dirigée contre la personne morale, et ne devait pas être introduite contre ses dirigeants. La personne morale pouvait en effet être déclarée auteur d'un délit, même si elle n'encourait pas la sanction pénale prévue (voir, par exemple, Trib. trav. Liège, 16 mars 1999, *Chron. dr. soc.*, 2000, p. 91 et note, en matière de défaut de paiement des primes de fin d'année). La personne morale pouvait éventuellement, par la suite, se retourner contre l'auteur de l'infraction : « Les personnes morales ne peuvent être coupables, puisque leur volonté fait défaut. Mais la responsabilité civile, imposée par la loi, dans l'intérêt des personnes lésées, aux êtres juridiques, n'est pas une obligation principale, comme celle des individus qui ont causé le dommage, elle a seulement le caractère d'un cautionnement légal ; d'où la conséquence que la communauté, qui a payé les dommages-intérêts, peut exercer son recours contre les coupables » (J. J. HAUS, *Principes généraux du droit pénal belge*, 3<sup>e</sup> éd., 1879, n° 267, cité par J. VERHAEGEN, « Responsabilité pénale des personnes morales », *Ann. dr.*, 1983, p. 67). On rappelle toutefois l'article 18 de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail qui exclut que le travailleur soit tenu responsable de sa faute préjudiciable, hormis s'il s'agit d'une faute lourde, d'une faute légère habituelle ou d'un dol. Cette disposition n'a évidemment aucune incidence en droit pénal.

### A. Le régime mis en place par la loi du 4 mai 1999<sup>62</sup>

19. Les personnes morales<sup>63</sup> sont responsables des infractions commises pour leur compte et des infractions qui sont intrinsèquement (et non occasionnellement<sup>64</sup>) liées à la réalisation de leur objet ou à la défense de leurs intérêts<sup>65</sup>, conformément à l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 5 du Code pénal. Peu importe qu'un profit matériel soit tiré de l'infraction.

Il ne s'agit pas d'une responsabilité objective, liée à la simple matérialité des faits, puisqu'il convient que l'infraction soit « rapportée » aux instances dirigeantes de la société pour lui être imputable<sup>66</sup>.

Le régime mis en place ne fait pas disparaître toute responsabilité pénale de la personne physique délinquante au sein d'une société commerciale. Le législateur a cependant souhaité limiter les situations de « double responsabilité pénale » et privilégier une responsabilité pénale *alternative*. Dans ce but, l'alinéa 2 de l'article 5 instaure un régime complexe de *cumul* ou d'*absence de cumul* des responsabilités pénales de la société et de la personne physique, variant selon que l'infraction commise l'a été sciemment et volontairement, ou involontairement.

Ce mécanisme de cumul éventuel des responsabilités pénales s'applique lorsque la responsabilité de la société est engagée *exclusivement*<sup>67</sup> en raison de

62. Les questions des sanctions mises en place, de la procédure pénale adaptée et du droit transitoire, si passionnantes soient-elles, ne seront pas envisagées ici à défaut de place.
63. Dans la suite du texte, nous parlerons généralement des sociétés commerciales, puisqu'elles occupent notre réflexion. Ne perdons cependant pas de vue que le champ d'application de la loi du 4 mai 1999 est bien plus large, puisqu'il englobe les asbl, fondations, établissements d'utilité publique, régies, entreprises publiques autonomes, ...
64. *Doc. Parl.*, Chambre, sess. ordin., 1998-1999, n° 2093/5, p. 26.
65. Ne sont donc pas visées les infractions que commet pour son propre compte une personne physique qui utilise la structure juridique de la personne morale (exemple : un employé de banque se sert des données informatiques dont il dispose par sa profession pour détourner des fonds dans son intérêt personnel).
66. Selon l'exposé des motifs du projet de loi, « il devra être établi soit que la réalisation de l'infraction découle d'une décision intentionnelle prise au sein de la personne morale, soit qu'elle résulte, par un lien de causalité déterminé, d'une négligence au sein de la personne morale. On vise par exemple l'hypothèse où une organisation interne déficiente de la personne morale, des mesures de sécurité insuffisantes ou des restrictions budgétaires déraisonnables ont créé les conditions qui ont permis la réalisation de l'infraction » (*Doc. Parl.*, Sénat, sess. ordin., 1998-1999, n° 1217/1, p. 4).
67. On peut se demander quand la responsabilité de la personne morale est engagée *exclusivement* par une personne physique. Comme le souligne Adrien MASSET (in « La responsabilité pénale dans l'entreprise », *Guide juridique de l'entreprise*, 2<sup>e</sup> édition, Livre 119.3, p. 22 et *Droit des sociétés commerciales*, tome II, 2<sup>e</sup> édition, 2002, p. 936), il existe « une contradiction in terminis puisque les règles du cumul prennent place, selon l'expression même de la loi, lorsque la responsabilité pénale de la personne morale est engagée exclusivement en raison de l'intervention d'une personne physique identifiée ; 'cumul' et 'exclusivement' sont évidemment antinomiques (...) ». On pourrait toutefois considérer qu'il n'existe aucune contradiction dans les termes puisque le début de l'article 5 alinéa 2 vise l'intervention d'une personne physique, et donc l'acte, tandis que la suite du texte vise la faute de la personne physique, notion distincte.

l'intervention (acte positif ou omission) d'une personne physique *identifiée*. Ce champ d'application strictement défini exclut les infractions commises suite à la décision d'un organe collégial<sup>68</sup>, les hypothèses dans lesquelles les faits rendent impossible l'identification d'une personne physique<sup>69</sup> et les hypothèses d'imputation légale<sup>70</sup> ; dans ces trois cas de figure, seul l'alinéa 1 de l'article 5 du Code pénal instaurant le principe général de la responsabilité pénale de la société trouve à s'appliquer ; aucun cumul avec la responsabilité pénale d'une personne physique n'est envisageable.

Il n'est pas nécessaire que soit établie à la charge de la société une faute *distincte* de celle de son « représentant »<sup>71</sup> pour que sa responsabilité soit engagée.

Le régime mis en place prévoit deux solutions différentes :

- si la personne physique a commis la faute *sciemment et volontairement*, le juge a le choix de condamner soit uniquement la société, soit les deux concomitamment<sup>72</sup> ;
- si la personne physique a commis l'infraction *involontairement*, par négligence ou abstention coupable, le juge condamne exclusivement l'auteur de la faute la plus grave<sup>73</sup>, soit la personne physique, soit la société ; la loi crée donc une cause d'excuse absolue pour l'auteur de la faute la moins grave, dans le respect de l'article 78 du Code pénal.

Afin de clarifier les solutions, on peut utilement schématiser les règles qui précèdent comme suit :

- la personne physique *est seule* condamnée si elle s'est servi de la société pour commettre une infraction pour son compte personnel<sup>74</sup>,

68. À moins que la décision ait fait l'unanimité ou que les votes soient identifiés.

69. Par exemple, une infraction de roulage commise au moyen d'une voiture de société lorsque la société dispose d'un important parc automobile et ne peut identifier quelle personne utilise à quel moment précis quel véhicule. Les travaux préparatoires citent quant à eux l'exemple du recours systématique à des faux, au sein d'une organisation, sans pouvoir identifier la personne qui a matériellement écrit le document. « Par les circonstances de fait (multiplication des faux dans le temps et le nombre), le juge peut être convaincu qu'il s'agit d'une pratique de la personne morale même. Il n'est pas nécessaire de constater que telle personne identifiée a matériellement établi le document en question » (*Doc. Parl.*, Sénat, sess. ordin., 1998-1999, Rapport au Roi, n° 1217/6, p. 9).

70. Cette question de l'imputation légale sera examinée au point C. ci-après.

71. Cette notion de représentant ne doit pas être entendue au sens particulier du droit des sociétés (le gérant, l'administrateur de droit ou de fait) ; est visée ici la personne physique qui est matériellement l'auteur de l'infraction au sein de la personne morale.

72. Sur la légalité du mode potestatif (le juge peut condamner la personne physique en même temps que la personne morale) utilisé par la loi, voir l'arrêt de la Cour d'arbitrage n°128/2002 du 7 juillet 2002 (<http://www.arbitrage.be>, *M.B.*, 13 novembre 2002, p. 51012, *J.T.T.*, 2003, liv. 857, p. 206, *R.W.*, 2002-2003, liv. 39, p. 1541, *J.D.S.C.*, 2003, p. 267 et note M.A. DELVAUX « L'éventuelle inconstitutionnalité de la loi du 4 mai 1999 »).

73. Sur la légalité de l'utilisation d'un concept flou (faute la plus grave), voir l'arrêt de la Cour d'arbitrage n°128/2002 du 7 juillet 2002 précité.

74. L'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 5 du Code pénal prévoit en effet que la responsabilité de la personne

→

- la société *est seule* condamnée si aucune personne physique n'est identifiée comme auteur de l'infraction<sup>75</sup>,
- la société *est acquittée* si la personne physique identifiée a agi involontairement et que le juge considère la faute de la personne physique comme plus grave que celle commise par la société,
- la personne physique identifiée *est acquittée* si elle a agi involontairement et que le juge considère la faute de la société comme plus grave que celle commise par la personne physique,
- la personne physique identifiée *peut être* acquittée si elle a commis l'infraction sciemment et volontairement, selon appréciation du juge<sup>76</sup>.

20. Le nœud gordien du régime de cumul ou décumul mis en place réside dans le caractère volontaire ou non de la commission de l'infraction par la personne physique. Deux théories, l'une qualifiée d'abstraite et l'autre de concrète, s'opposent quant à l'appréciation de cet élément moral de l'infraction<sup>77</sup>.

Si on privilégie l'élément moral exigé par l'incrimination légale (théorie abstraite), alors le cumul des responsabilités de la société et de la personne physique n'est envisageable que pour les infractions volontaires, à savoir lorsque la loi exige un dol, ce qui constitue le *quod plerumque fit*.

Si on privilégie l'élément moral tel que constaté dans la réalité des faits (théorie concrète), alors le cumul des responsabilités de la société et de la personne physique est envisageable chaque fois que le juge constate que la personne a agi sciemment et volontairement *in concreto*, sans se préoccuper de l'éventuelle exigence formulée par le texte légal en ce qui concerne l'intention de l'auteur de l'infraction.

→ morale ne peut être engagée que si l'infraction a été commise pour son compte ou qu'elle est intrinsèquement liée à la réalisation de son objet ou à la défense de ses intérêts.

75. L'alinéa 2 de l'article 5 du Code pénal prévoit en effet que le cumul des responsabilités pénales de la personne morale et de la personne physique n'est envisageable que si la responsabilité de la personne morale est engagée par l'intervention d'une personne physique *identifiée*.
76. On constate un effet pervers du régime nouveau qui permet l'acquiescement de prévenus pourtant reconnus coupables. Ainsi, pour les infractions intentionnelles, l'acquiescement d'une personne physique est possible selon l'appréciation du juge et malgré que les éléments infractionnels soient établis dans son chef ; pour les infractions non intentionnelles, un des prévenus, personne physique ou société, sera nécessairement acquitté, malgré sa négligence fautive, au motif que sa faute est moins grave que celle de l'autre prévenu. Ce régime ne va-t-il pas conduire au développement d'un sentiment d'impunité chez les personnes physiques œuvrant au sein d'une société commerciale ? Ne va-t-il pas également influencer le choix de certains de créer une société, permettant dans certaines hypothèses une impunité pénale, plutôt que de développer leur activité commerciale en personne physique et d'être soumis sans exception au droit pénal ?
77. Voir un jugement qui présente de manière très didactique ces deux théories : Corr. Anvers, 1<sup>ère</sup> ch. C., 19 novembre 2001, *T.M.R.*, 2002, liv. 3, p. 290 et *J.D.S.C.*, 2003, p. 281 et note M.A. DELVAUX. Voir également sur cette question Adrien MASSET, « La responsabilité pénale dans l'entreprise », *Guide juridique de l'entreprise*, 2<sup>e</sup> édition, Livre 119.3, pp. 22 à 25 et *Droit des sociétés commerciales*, tome II, 2<sup>e</sup> édition, 2002, pp. 936 à 939.

Selon cette seconde théorie, majoritaire<sup>78</sup>, des infractions non intentionnelles selon le législateur (infractions d'imprudence ou de négligence) peuvent conduire au cumul des responsabilités si le juge constate que leur auteur a consciemment et volontairement manqué de prévoyance et de précaution.

21. L'article 61, §2 du Code des sociétés, introduit par la loi du 2 août 2002<sup>79</sup>, déroge au régime de cumul/décumul des responsabilités pénales de la société commerciale d'une part, de la personne physique d'autre part, instauré par le nouvel article 5, alinéa 2 du Code pénal.

Comme nous l'avons indiqué<sup>80</sup>, cette disposition établit notamment que le représentant permanent de la société administrateur d'une autre société encourt les mêmes responsabilités sur le plan pénal que s'il exerçait lui-même la mission de gestion en nom et pour compte propres. Il peut donc être poursuivi pénalement pour une infraction commise involontairement alors même qu'il n'a pas commis la faute la plus grave, et pour une infraction commise sciemment et volontairement, sans que le juge n'ait le choix de ne condamner qu'une des deux personnes, la société administrateur ou son représentant permanent.

Le texte légal invite à considérer le représentant permanent comme l'auteur direct de l'infraction, indépendamment de la société administrateur qui l'a désigné. Ce nouveau régime instauré par l'article 61, §2 du Code des sociétés aggrave substantiellement la responsabilité de la personne physique agissant dans le cadre d'une société commerciale, puisque l'application de l'article 5, alinéa 2 du Code pénal lui permettait auparavant, dans de nombreuses hypothèses<sup>81</sup>, d'échapper à toute responsabilité pénale.

22. Ce nouveau régime aggrave, selon nous, de la même façon la responsabilité pénale de la société administrateur. Il semble en effet difficile d'admettre que

78. Voir notamment B. BILQUIN et A. BRAEM, « Responsabilité pénale des personnes morales », in *Manuel de droit pénal et de procédure pénale*, Supplément 5, février 2003, Bruxelles, Kluwer, 2003, pp. 107-108 et 113-114 ; A. DE NAUW en F. DERUYCK, « De strafrechtelijke verantwoordelijkheid van rechtspersonen », *R.W.*, 1999-2000, p. 906 ; J. MESSINE, « Propos provisoires sur un texte curieux : la loi du 4 mai 1999 instituant la responsabilité pénale des personnes morales », *Rev. dr. pén.*, 2000, pp. 650-654 ; F. KEFER, « La responsabilité pénale de la personne morale : une réponse de plus à la délinquance d'entreprise », in X., *Le point sur le droit pénal*, Formation permanente CUP, n° 37, février 2000, pp. 26-28 et 36 ; Ch. VANDERLINDEN, « La loi instaurant la responsabilité pénale des personnes morales et le droit pénal social », *Rev. dr. pén.*, 2000, pp. 667-668 ; Ph. TRAEEST, « De wet van 4 mei 1999 tot invoering van de strafrechtelijke verantwoordelijkheid van rechtspersonen », *T.R.V.*, 1999, pp. 466-469 ; M. G. FAURE, « De strafrechtelijke verantwoordelijkheid in de onderneming », *T.P.R.*, 2000, vol. II, n° 29 et 30, pp. 1331-1335 ; P. WAETERINCX, « De emulatie van de strafrechtelijke verantwoordelijkheid van de rechtspersoon met die van de natuurlijke persoon - art. 5, tweede lid Sw, een staaltje van onbehoorlijke regelgeving », *R.W.*, 2000-2001, n° 33, p. 1220.

79. Voir *supra*, point I.C.

80. Voir *supra*, n° 14.

81. Voir *supra*, n° 19.

l'on puisse faire, au profit de la société, une application simultanée des articles 61, §2 du Code des sociétés et 5, alinéa 2 du Code pénal.

Le premier ne vise que la personne physique, et stipule qu'elle encourt la même responsabilité pénale que si elle était elle-même l'administrateur auteur de l'infraction ; le second vise tant la personne physique que la personne morale, et organise un régime de responsabilités pénales alternatives des personnes physique et morale, un cumul étant exceptionnellement prévu.

La société commerciale administrateur ne peut, selon nous, tenter d'échapper en certaines circonstances à sa responsabilité pénale en application de l'article 5, alinéa 2 du Code pénal<sup>82</sup>. Quel est le raisonnement suivi ? L'alinéa premier de l'article 5 du Code pénal instaure, en des termes généraux, un principe de responsabilité pénale des personnes morales. Et ce n'est que dans le cadre strict de l'alinéa second qu'une personne morale peut, dans certaines hypothèses, être acquittée malgré qu'elle ait commis une infraction.

Même si l'article 61, §2 du Code des sociétés n'en touche mot, puisqu'il réglemente le statut du représentant permanent, personne physique, tant la société administrateur que le représentant permanent doivent être envisagés comme auteurs directs de l'infraction, en leur nom propre et pour leur propre compte. Or le régime de cumul/décumul des responsabilités pénales défini à l'alinéa second de l'article 5 ne peut s'appliquer que dans l'hypothèse où une personne physique a commis une infraction *au nom et pour le compte d'une personne morale* et où les deux personnes, physique et morale, sont « *sur pied d'égalité* » au niveau de la sanction pénale, qui les touchera soit exclusivement, soit simultanément. A partir du moment où un texte légal spécifique, dans une matière particulière, établit que la personne physique doit *en tous les cas* être considérée comme auteur direct de l'infraction (et pas au nom et pour le compte de la société qui l'a désignée) et sanctionnée à ce titre (et pas sanctionnée éventuellement, dans certaines conditions), le mécanisme de cumul/décumul mis en place ne peut plus s'appliquer tel qu'il a été prévu, avec la distinction entre infractions commises sciemment et volontairement par la personne physique ou non, avec l'appréciation de la gravité des fautes respectives...

Il nous semble donc, mais cette opinion est avancée « *sans filet* »<sup>83</sup>, que le régime de l'alinéa second de l'article 5 du Code pénal ne peut être appliqué dans les relations entre la société administrateur et son représentant permanent. Dès lors, tant le représentant permanent que la société administrateur doivent être jugés, sur un plan pénal, comme les co-auteurs d'une infraction commise en leur nom propre et pour leur propre compte.

82. Voir *supra*, n° 19.

83. Curieusement, les travaux préparatoires de la loi du 2 août 2002 ne développent absolument pas l'aspect pénal des responsabilités et l'éventuelle dérogation à la loi du 4 mai 1999 instaurant la responsabilité pénale des personnes morales. Il semble que seules les conséquences civiles de la responsabilité aient intéressé les auteurs de la loi.

Conformément au droit transitoire<sup>84</sup>, et dans la mesure où la loi du 2 août 2002 est, sur le plan pénal, une loi moins favorable au délinquant, l'article 61, §2 du Code des sociétés ne peut s'appliquer qu'aux infractions commises à compter de son entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> septembre 2002, sans rétroactivité.

Pour les infractions commises du 2 juillet 1999<sup>85</sup>, au 31 août 2002, en application de l'article 5, alinéa 2 du Code pénal, ce seront tantôt la société administrateur, tantôt la personne physique qui gère en ses nom et compte, tantôt les deux, qui supporteront la sanction pénale.

### B. Les sanctions pénales spécifiques aux administrateurs dans le Code des sociétés

23. Le principe de la responsabilité pénale des personnes morales est inscrit dans le Livre I du Code pénal. En vertu de son article 100, ce principe s'applique à toutes les matières pénales (droit pénal commun, fiscal, social, environnemental, ...), sauf exceptions expresses dans des lois particulières.

À côté des infractions définies par le Code pénal, dont un certain nombre sont susceptibles d'être imputées à des sociétés commerciales<sup>86</sup>, les législations particulières assortissant de sanctions pénales leurs dispositions sont nombreuses<sup>87</sup>. Parmi celles-ci, le Code des sociétés occupe une place de choix et retient notre attention, puisqu'une trentaine d'articles sont consacrés à la définition d'infractions imputables spécifiquement aux dirigeants de sociétés<sup>88</sup>.

Ainsi, les sociétés administrateurs peuvent voir leur responsabilité engagée en cette qualité pour avoir, par exemple, omis de déposer le texte intégral des statuts modifiés de la société gérée<sup>89</sup>, omis de soumettre à l'assemblée générale les comptes annuels dans les six mois de la clôture de l'exercice<sup>90</sup>, omis de présenter certains rapports à l'assemblée générale<sup>91</sup>, distribué des dividendes ou tantièmes en violation du Code<sup>92</sup>, ... Ce sont plus souvent des omissions qui sont sanctionnées, que des actions.

84. Article 2, du Code pénal, article 7.1 de la Convention européenne des droits de l'homme et article 15.1 du Pacte international du 19 décembre 1966 relatif aux droits civils et politiques.

85. Date d'entrée en vigueur de la loi du 4 mai 1999 instaurant la responsabilité pénale des personnes morales (voir *supra*, n° 17).

86. Ainsi la corruption de fonctionnaires, la divulgation de secrets de fabrication, le chèque sans provision, la fraude informatique, le faux en écritures, l'abus de confiance et l'abus de biens sociaux, l'escroquerie, le recel, ...

87. Droit comptable, droit fiscal, réglementation des prix, pratiques du commerce, concurrence, urbanisme, normes protectrices de l'environnement, normes relatives à la rémunération des travailleurs, loi sur le crédit à la consommation, ...

88. À noter que l'article 17 du Code des sociétés précise que l'ensemble du Livre I du Code pénal, sans exception du chapitre VII (participation punissable) ou de l'article 85 (circonstances atténuantes), s'applique aux infractions définies dans le Code des sociétés.

89. Article 90 du Code des sociétés.

90. Article 126, §1<sup>er</sup>, 2° du Code des sociétés.

91. Voir notamment l'article 126, §1<sup>er</sup>, 3° du Code des sociétés.

92. Voir notamment l'article 648, 1° du Code des sociétés.

Avant l'entrée en vigueur de la loi du 4 mai 1999, les sociétés administrateurs échappaient à toute sanction pénale, seules les personnes physiques assumant la mission de gestion en leur sein et ayant accompli l'acte punissable pouvant être poursuivies. Désormais, la société administrateur assume directement sa responsabilité pénale.

Les peines prévues par le Code des sociétés sont tantôt l'amende exclusivement<sup>93</sup>, tantôt l'amende et/ou l'emprisonnement<sup>94</sup>, tantôt ces deux sanctions cumulées<sup>95</sup>. Adaptée à la réalité sociétaire, la peine de prison est évidemment remplacée, pour les sociétés, par une amende dont le montant est obtenu moyennant l'application d'un mécanisme complexe de conversion défini à l'article 41bis du Code pénal<sup>96</sup>. Les peines de prison définies par le Code des sociétés allant de 1 mois à 1 an<sup>97</sup>, seront remplacées, en application de la règle de conversion, par des amendes allant de 2.500 EUR à 240.000 EUR<sup>98</sup>.

93. Le minimum de la peine principale d'amende étant de 26 BEF (voir l'article 127 du Code des sociétés) et le maximum de 10.000 BEF (voir les articles 90, 91, 126, §1, 1°, 128, 196, 345, 389, 433, 647, 773, 788 et 873 du Code des sociétés).

94. Soit le juge a le choix de cumuler les deux peines ou de n'en prononcer que l'une, prison ou amende (articles 126, §1, 2° et 3°, 170, 171, 650 et 652 du Code des sociétés), soit la peine d'amende est automatique, mais s'y ajoute éventuellement, selon l'appréciation du juge, une peine de prison (articles 347, 387, 434 et 648 du Code des sociétés). Dans les deux hypothèses, l'emprisonnement prévu va de 1 mois à 1 an.

95. L'article 129 renvoyant à l'article 458 du Code pénal (violation du secret professionnel) prévoit un emprisonnement de 8 jours à 6 mois et une amende de 100 EUR à 500 EUR. L'article 388 du Code pénal renvoyant aux articles 496 et suivants du Code pénal (escroquerie) prévoit, suivant les cas, un emprisonnement pouvant aller de 8 jours à 5 ans et une amende pouvant aller de 26 à 3000 EUR.

96. La conversion de peines de prison en peines d'amende pose d'évidentes difficultés pratiques. Tout d'abord, on espère que les juges assurent l'individualisation de l'amende et une proportionnalité à la taille de la société et à son importance financière. Ensuite, on souligne que l'identité entre la peine de prison et la peine d'amende ne peut être parfaite, puisque la personne physique peut bénéficier d'une libération conditionnelle, tandis que la société paie immédiatement l'amende prévue, sans « remise de dette » ultérieure s'identifiant à une remise de peine. Enfin, on ne peut concevoir d'emprisonnement subsidiaire (articles 40 et 41 du Code pénal) à défaut pour la société de payer l'amende ; que faire à défaut d'exécution ? Saisir les biens de la société ? Calculer des intérêts de retard ? Ajoutons que le législateur a été amené à adapter à la réalité sociétaire les conditions pour bénéficier des mesures de faveur que sont la suspension, le sursis et la probation (voir l'article 18bis de la loi du 29 juin 1964 concernant la suspension, le sursis et la probation, introduit par la loi du 4 mai 1999).

97. Voir les articles 126, 170, 171, 347, 434, 648, 650, 652, ... du Code des sociétés.

98. À titre anecdotique, on souligne que le minimum de la peine de prison défini à l'article 129 du Code des sociétés pour la violation du secret professionnel par les employés de la BNB et à l'article 388 du Code des sociétés pour la tentative d'escroquerie (8 jours) est difficilement transposable, le mécanisme de conversion n'ayant pas envisagé les peines de moins d'un mois. Dans cette hypothèse, A. MASSER propose que la peine d'amende soit établie au minimum de la peine d'amende correctionnelle, soit 26BEF/130 EUR (« La responsabilité pénale dans l'entreprise », *Guide juridique de l'entreprise*, Livre 119.3, Bruxelles, Kluwer, 2001, p. 26, note 3).

24. Les articles 126, §2 et 171, §3 du Code des sociétés prévoient que les sociétés seront civilement responsables des condamnations à l'amende prononcées en vertu de leurs dispositions contre leurs administrateurs, gérants et mandataires. La société gérée pourra donc être amenée à verser elle-même l'amende prononcée à charge de la société qui l'administre, et réclamer ensuite le remboursement à celle-ci par le biais d'une action subrogatoire<sup>99</sup>.

Lorsque la société gérée elle-même encourt déjà une condamnation, l'article 50bis du Code pénal prévoit que « *Nul ne peut être tenu civilement responsable du paiement d'une amende à laquelle une autre personne est condamnée, s'il est condamné pour les mêmes faits* ». Cependant, l'article 100 du même code permet que les lois particulières dérogent à ses dispositions, ce qu'a fait expressément le Code des sociétés dans les deux hypothèses soulignées ci-avant.

Dans les autres hypothèses d'infractions pénales définies par le Code des sociétés, les sociétés gérées ne supportent aucunement la charge de la sanction infligée à leurs sociétés dirigeantes condamnées pénalement.

25. Nous ne connaissons pas, à l'heure d'écrire ces lignes, de décision de jurisprudence condamnant une société en sa qualité d'administrateur sur base des dispositions pénales du Code des sociétés. Cela signifie-t-il que les sociétés administrateurs adoptent un comportement exempt de tout reproche, que ces dispositions demeurent lettre morte ou que les jugements de condamnation sont trop peu intéressants pour mériter une publication ? Mystère. Il est à craindre que la deuxième explication corresponde le plus adéquatement à la réalité et que les parquets soient suffisamment encombrés et insuffisamment informés pour poursuivre ce type de délinquance.

### C. L'imputabilité légale de l'infraction après la loi du 4 mai 1999

#### C.1. Position de la question

26. Avant l'entrée en vigueur de la loi du 4 mai 1999 (à savoir le 2 juillet 1999), il était souvent délicat d'identifier et d'individualiser l'auteur de l'infraction au sein d'une société commerciale « délinquante ». De nombreuses lois antérieures à l'instauration du principe de responsabilité pénale des personnes morales contournaient cette difficulté en déterminant expressément les personnes physiques pénalement responsables des faits infractionnels commis au sein de la société<sup>100</sup>. Il en est ainsi de normes de droit social imputant la responsabilité

99. Voir sur ce point F. KEFFER, « Questions de droit pénal du travail – propos sur la responsabilité civile des amendes et condamnations d'office », *R.D.S.*, 1998, pp. 50 et 51.

100. « (...) Cette désignation du 'responsable' par le législateur n'implique évidemment pas une condamnation automatique en cas d'infraction. Tout au plus y a-t-il eu désignation de la personne qui a le 'devoir d'éviter l'infraction'. Il reste loisible à celle-ci de démontrer qu'elle a fait tout ce qui était en son pouvoir pour tenter d'éviter que soit perpétré le délit. » (J.-P. BOURS, « La responsa-

pénale à l'employeur ou à ses préposés ou mandataires<sup>101</sup>, de la loi sur l'assurance obligatoire de la responsabilité en matière de véhicules automoteurs sanctionnant les administrateurs, gérants ou associés<sup>102</sup>, ....

Ces législations ont été adoptées dans un contexte particulier, à savoir l'immunité pénale des personnes morales et la nécessité corrélative de déceler en leur sein une personne physique à sanctionner. Au lendemain de l'entrée en vigueur de la loi sur la responsabilité pénale des personnes morales, on s'est très logiquement interrogé sur le maintien de ce mécanisme d'imputation légale de l'infraction.

### C.2. Enseignements de la Cour d'arbitrage

27. C'est à l'occasion de l'examen de la constitutionnalité de l'article 22, § 3, de la loi du 21 novembre 1989 relative à l'assurance obligatoire de la responsabilité en matière de véhicules automoteurs que la Cour d'arbitrage, dans un arrêt du 15 octobre 2002, s'est interrogée pour la première fois sur le maintien du mécanisme d'imputation légale de l'infraction<sup>103</sup>.

Cette disposition vise « l'administrateur, le gérant ou l'associé de la société » qu'elle tient pour responsable de l'infraction de mise en circulation d'un véhicule non assuré.

→ bilité pénale des entreprises », *Act. Dr.*, 1997, p. 473). L'imputation légale réduit le travail du juge qui se contente de vérifier *in concreto* les éléments constitutifs de l'infraction d'une part, la qualité (employeur, administrateur, ...) du prévenu d'autre part.

101. Voir par exemple l'article 56 de la loi du 5 décembre 1968 sur les conventions collectives de travail et les commissions paritaires, *M.B.*, 15 janvier 1969.

102. Loi du 21 novembre 1989 relative à l'assurance obligatoire de la responsabilité en matière de véhicules automoteurs, *M.B.*, 8 décembre 1989.

103. C.A., 15 octobre 2002, n° 145/2002 (question préjudicielle), *M.B.*, 3 février 2003, liv. 4572 (extrait), *J.T.*, 2002, p. 752, *R.G.A.R.*, 2003, liv. 5, n° 13.730, *R.W.*, 2002-2003, liv. 36, p. 1420, *J.D.S.C.*, 2003, p. 276 et note M.A. DELVAUX, intitulée « L'imputabilité légale de l'infraction après la loi du 4 mai 1999 », site de la Cour d'arbitrage <http://www.arbitrage.be>. En termes d'égalité et de non discrimination, la question préjudicielle était plus précisément formulée par le tribunal correctionnel d'Anvers comme suit : « L'article 22, § 3, de la loi du 21 novembre 1989 relative à l'assurance obligatoire de la responsabilité en matière de véhicules automoteurs viole-t-il les articles 10 et 11 de la Constitution en ce sens que cet article rend responsables les administrateurs, gérants ou associés d'une société propriétaire ou détentrice d'un véhicule automoteur lorsque ce véhicule automoteur est admis à la circulation sur la voie publique ou sur les terrains ouverts au public ou uniquement à un certain nombre de personnes ayant le droit de les fréquenter sans que la responsabilité civile à laquelle il peut donner lieu n'ait été couverte par une assurance répondant aux dispositions de la loi et dont les effets ne sont pas suspendus, alors qu'en vertu de l'article 5 du Code pénal, 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 ? ».

Cette imputation légale conduit à pénaliser *purement et simplement* la personne physique alors même que l'article 5 du Code pénal instaure un régime complexe de cumul/décumul des responsabilités pénales des personnes physique et morale et ne prévoit de poursuivre une personne physique que si, en cas de délit intentionnel, celle-ci a commis la faute sciemment et volontairement et, en cas de délit involontaire, celle-ci a commis la faute la plus grave.

La Cour d'arbitrage se réfère tout d'abord à l'article 100 du Code pénal pour constater que la responsabilité pénale des personnes morales instaurée à l'article 5 s'applique à toutes les infractions, à moins que le législateur ne déroge à cette règle générale dans un cas particulier, en se fondant sur une justification objective et raisonnable.

La Cour considère que les législations antérieures à l'entrée en vigueur de la loi du 4 mai 1999 et prévoyant une imputabilité légale de l'infraction à une personne physique n'ont pu avoir l'objectif de déroger expressément à la responsabilité des personnes morales encore inexistante à l'époque, et ne peuvent donc être considérées comme des « dispositions contraires » au sens de l'article 100 du Code pénal. Elle estime donc qu'en ce qui concerne les infractions commises à partir du 2 juillet 1999, et en application de l'article 5 du Code pénal, c'est bien la personne morale qui doit répondre de sa responsabilité pénale, et non les personnes physiques désignées légalement comme *a priori* responsables. La Cour en déduit en l'espèce que l'article 22, § 3, de la loi relative à l'assurance obligatoire de la responsabilité en matière de véhicules automoteurs contenant l'imputation légale à une personne physique de l'infraction commise par la personne morale a été implicitement abrogé par l'article 5 du Code pénal, puisque cette loi antérieure n'est pas compatible avec les dispositions de la loi nouvelle instaurant la responsabilité pénale des personnes morales<sup>104</sup>.

28. La Cour d'arbitrage a été saisie d'une problématique similaire à laquelle elle a répondu de semblable façon dans un arrêt du 22 juillet 2003, portant cette fois sur la constitutionnalité de l'article 67ter des lois coordonnées relatives à la police de la circulation routière, depuis l'entrée en vigueur de l'article 5 nouveau du Code pénal<sup>105</sup>. Cette disposition vise « les personnes physiques qui représen-

104. Il est intéressant de souligner que la Cour considère ainsi que la loi nouvelle, *générale*, déroge à la loi *spéciale* antérieure.

105. C.A., 22 juillet 2003, n° 104/2003 (question préjudicielle), *J.T.*, 2004, p. 72, *J.D.S.C.*, 2004, note M.A. DELVAUX, à paraître, site de la Cour d'arbitrage <http://www.arbitrage.be>. En termes d'égalité et de non discrimination, la question préjudicielle était plus précisément formulée par le tribunal de police de Huy comme suit : « L'article 67ter des lois coordonnées relatives à la police de la circulation routière viole-t-il les articles 10 et 11 de la Constitution en ce qu'il retient la responsabilité pénale de la personne physique représentant une personne morale déterminée pour avoir négligé de communiquer l'identité du conducteur ou à défaut de la personne responsable du véhicule lorsqu'une infraction a été commise avec un véhicule immatriculé au nom de la personne morale, alors qu'en vertu de l'article 5 du Code pénal : « toute personne morale est pénalement

MARIE AMÉLIE DELVAUX

« *la personne morale en droit* », qu'elle tient pour responsables de la communication de l'identité du conducteur du véhicule immatriculé au nom de la personne morale au moment de l'infraction.

La Cour conclut à nouveau que cette disposition s'inscrit dans un contexte spécifique, à savoir l'impunité pénale des sociétés, et que son interprétation doit être modifiée à la lumière du nouvel article 5 du Code pénal. C'est désormais directement la société qui doit répondre de l'infraction.

29. Dans les deux hypothèses tranchées, c'est la société commerciale qui apparaît clairement comme l'auteur de l'infraction, étant le propriétaire du véhicule tantôt non assuré, tantôt instrument de l'infraction au Code de la route. Et la Cour estime que les personnes physiques ne peuvent « *rester personnellement responsables des infractions imputées à la personne morale* » (nous surlignons). En conséquence, l'imputation légale peut être considérée comme implicitement abrogée<sup>106</sup>, sans toutefois que l'infraction telle qu'elle a été définie ne disparaisse. En quelque sorte, on « *revient à la normale* », le mécanisme d'imputation légale devant demeurer une exception à l'imputation judiciaire de principe.

Ce retour à l'imputation judiciaire traditionnelle doit, selon nous, être appliqué de façon généralisée à toutes les hypothèses d'imputation légale antérieures à l'entrée en vigueur de la loi du 4 mai 1999, chaque fois que l'on constate que l'intention du législateur n'est pas d'engager la responsabilité personnelle d'une personne physique<sup>107</sup>, mais de pallier l'absence de responsabilité pénale propre des personnes morales<sup>108</sup>.

→ *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 a commis la faute sciemment et volontairement, elle peut être condamnée en même temps que la personne morale responsable ?*

106. Dans les deux arrêts précités, la Cour reconnaît comme « *admissible* » la thèse (expressément défendue par le Conseil des ministres dans le second arrêt) selon laquelle les dispositions querellées ont été implicitement abrogées par l'article 5 du Code pénal, dans la mesure où ces lois antérieures ne sont pas compatibles avec les dispositions de la loi nouvelle (Points B.4.2. de l'arrêt du 15 octobre 2002 et B.9. de l'arrêt du 22 juillet 2003).

107. Ainsi, dans le second arrêt précité, la Cour a recherché les travaux préparatoires de la disposition en cause pour constater que « *il n'apparaît pas (...) de la genèse de la loi que le législateur aurait voulu engager la responsabilité personnelle des personnes visées à l'article 67ter, en raison de leur responsabilité particulière ou de leur qualité particulière* ».

108. *Contra* : A. MASSET (in « *La loi du 4 mai 1999 instaurant la responsabilité pénale des personnes morales : une extension du filet pénal modalisée* », *J.T.*, 1999, p. 657) : « *La loi du 4 mai 1999 n'aura pas pour effet de faire disparaître les incriminations, nombreuses en droit pénal des affaires, qui ont eu recours au mécanisme de l'imputabilité légale* ».

Certes, le mécanisme de l'abrogation *tacite* n'est pas souhaitable ; on préférerait que le législateur revoie sa copie et se pose systématiquement la question, dans chaque hypothèse d'imputation légale, de la justification du mécanisme instauré. Chaque fois que la genèse du texte permet d'établir que l'objectif initial était de pallier l'impunité des personnes morales, le législateur devrait abroger expressément la disposition contenant l'imputation légale à une personne physique. On doute toutefois que cette tâche titanesque entre dans les projets à court ou moyen terme du législateur, et cette carence nuit à la sécurité juridique.

30. Après l'entrée en vigueur de la loi du 4 mai 1999, on peut imaginer l'adoption de nouvelles normes pénales contenant l'imputation légale d'une infraction à une personne physique déterminée en lieu et place de la société commerciale à laquelle elle appartient, à la condition expresse que le législateur ait volontairement choisi de déroger au principe de responsabilité pénale des personnes morales, dans des circonstances spécifiques et en se fondant sur une justification objective et raisonnable<sup>109</sup>.

Quant aux textes législatifs imputant la responsabilité d'une infraction à une personne déterminée *qui peut s'identifier à une personne morale* (l'employeur personne morale, l'administrateur personne morale, ...) et dont le but originaire n'est pas de pallier l'absence de responsabilité pénale des personnes morales, ils permettent - à partir de l'entrée en vigueur de la loi du 4 mai 1999 - de condamner directement la personne morale-auteur légal sur la base de la simple imputation légale de l'infraction, indépendamment du constat d'une faute dans son chef. Cette responsabilité pénale directe de la personne morale n'exclut pas la possibilité d'engager concomitamment la responsabilité pénale de la personne physique, à condition toutefois qu'elle réponde également au concept légal (d'employeur, d'administrateur, ...), qu'elle ait commis une faute et que les conditions du cumul soient réunies<sup>110</sup>. Dans cette hypothèse, au côté de la personne morale qui revêt la qualité d'auteur légal, une personne physique - qui a commis une faute - peut pareillement correspondre au concept d'employeur, de préposé et de mandataire au sens autonome que ceux-ci reçoivent en droit pénal<sup>111</sup>. « *Il s'agit donc des mêmes personnes que celles qui étaient désignées comme responsables des infractions commises par une personne morale avant l'entrée en vigueur de la loi du 4 mai 1999, à la différence que, désormais,*

109. Par exemple, le législateur souhaite engager la responsabilité individuelle des personnes qu'il vise en raison de leur responsabilité particulière ou de leur qualité particulière.

110. Voir *supra*, n° 19.

111. Pour une application relative à des infractions de droit pénal social (faire travailler un ouvrier étranger sans permis de travail, ne pas inscrire des travailleurs dans le registre du personnel, ne pas déclarer des travailleurs à l'ONSS, voir Corr. Liège (11<sup>ème</sup> ch. bis), 13 décembre 2002, *J.D.S.C.*, 2003, p. 283.

leur responsabilité pénale ne sera engagée qu'à la condition qu'elles aient, en outre, commis une faute »<sup>112</sup>.

### C.3. Incidences sur les infractions pénales définies par le Code des sociétés

31. On peut se demander si, dans le cadre du Code des sociétés, le législateur a choisi de sanctionner l'administrateur, le gérant, le directeur, le mandataire, la personne préposée à la gestion, ... *directement* et en sa qualité propre, ou si c'était uniquement à défaut de pouvoir sanctionner la société commerciale qui serait le véritable auteur de l'infraction. L'intérêt de cette question réside dans le point de savoir si, en application de la jurisprudence de la Cour d'arbitrage étudiée ci-avant, de telles imputations légales doivent être considérées comme abrogées par l'introduction de la responsabilité pénale des personnes morales, ou non. Question délicate et sujette à de nombreux débats, aucune réponse tranchée et implacable ne pouvant être apportée.

L'idéal serait de pouvoir découvrir la volonté claire et univoque du législateur au moment où il a incriminé ces comportements : souhaitait-il sanctionner les dirigeants en tant que tels, ou plutôt éviter que de tels comportements restassent impunis, la société gérée « *bénéficiaire* » de l'infraction n'étant pas susceptible d'être sanctionnée ? Les travaux préparatoires du Code des sociétés n'en touchent mot<sup>113</sup>. Deux thèses opposées peuvent être soutenues à cet égard.

32. La première se fonde sur le constat que le Code des sociétés est postérieur à la loi instaurant la responsabilité pénale des personnes morales<sup>114</sup>, et en déduit que le législateur, sachant pertinemment que désormais la société commerciale est directement responsable pénalement, a *volontairement* maintenu l'imputabilité aux dirigeants, considérant qu'ils sont réellement les auteurs directs de l'infraction, en raison de leur responsabilité particulière ou de leur qualité particulière. Ils doivent alors être sanctionnés personnellement à ce titre, la société commerciale n'ayant rien à voir avec l'infraction.

Cette première thèse ne peut convaincre. Le réalisme impose en effet de constater que le législateur n'a pas envisagé un seul instant la problématique

de l'imputabilité légale de l'infraction et de la responsabilité pénale des sociétés commerciales lors de l'élaboration du Code des sociétés. Il est donc difficile de soutenir que c'est *sciemment et volontairement*<sup>115</sup> que le législateur aurait maintenu cette imputabilité légale aux administrateurs et gérants dans le Code des sociétés.

33. La seconde thèse repose sur la considération que le Code des sociétés n'est pas une véritable loi nouvelle, mais juste la codification de la législation antérieure<sup>116-117</sup>. En édictant ce Code, le législateur n'a donc nullement pris en considération la loi du 4 mai 1999, ni envisagé l'introduction de la responsabilité pénale des personnes morales. On peut alors considérer, comme la Cour d'arbitrage l'a fait dans les deux arrêts précités pour les deux législations querellées, que le Code des sociétés « *a été adopté avant l'entrée en vigueur de l'article 5 du Code pénal, de sorte que l'on ne saurait prétendre que le législateur a sciemment voulu prévoir une exception à cette dernière disposition* »<sup>118</sup>.

34. Cette seconde thèse, selon laquelle le législateur n'a pas voulu expressément déroger à la nouvelle responsabilité pénale des personnes morales, a notre préférence. Elle nous invite à retourner aux sources des lois successives sur les sociétés commerciales et de leurs dispositions pénales, pour y découvrir l'intention originelle du législateur<sup>119</sup>.

À défaut toutefois d'y déceler des indications pertinentes, nous restons dans l'embarras et ne pouvons qu'émettre des supputations. Ainsi, les travaux préparatoires de la loi du 18 mai 1873 ne touchent mot de l'impossibilité de sanctionner la société commerciale elle-même et de la nécessité corrélatrice de punir ses dirigeants. Mais à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, il est tout simplement inimaginable qu'une personne morale puisse commettre une infraction, puisque l'être moral apparaît comme une pure fiction : il ne dispose pas d'une faulté de

115. Pour reprendre les termes de l'article 5, alinéa 2 du Code pénal, commenté ci-dessus.

116. Les travaux préparatoires relatifs aux dispositions pénales du nouveau Code sont systématiquement formulés en termes laconiques comme suit : « *Cet article est une reformulation de l'article...* », « *Cet article est une combinaison des articles...* » ou « *Cet article est inspiré par l'article...* » (Doc. Parl., Chambre, sess. ordin., 1998-1999, exposé des motifs, commentaire des articles, n°1838/I, pp. 19-184).

117. Sur cette question, voir l'article de M.A. DELVAUX et M. COPEL intitulé « Le Code des sociétés », in *J.T.*, 2000, pp. 545-555.

118. Point B.3.2. de l'arrêt du 15 octobre 2002 et point B.6. de l'arrêt du 22 juillet 2003.

119. Voir les articles 131 à 135 de la loi du 18 mai 1873 sur les sociétés commerciales qui définissent les premières infractions au droit des sociétés et leurs commentaires dans les documents préparatoires in Jules GUILLERY, *Commentaire législatif de la loi du 18 mai 1873 sur les sociétés commerciales en Belgique*, Bruxelles, Bruylant-Christophe et C<sup>ie</sup>, 1878, et spécialement pp. CI à CV, 4, 150 à 152, 364 à 378, 418 à 420, 485 et 486, 557 et 558.

112. F. KEFER, « La responsabilité pénale de la personne morale : une réponse de plus à la délinquance d'entreprise », in X., *Le point sur le droit pénal*, Formation permanente CUP, n° 37, février 2000, p. 29.

113. On verra ci-après que les travaux préparatoires relatifs aux dispositions pénales ne font que reprendre, moyennant parfois quelques légères modifications, les anciennes dispositions pénales des lois coordonnées sur les sociétés commerciales.

114. La loi sur la responsabilité pénale des personnes morales date du 4 mai 1999, a été publiée au *Moniteur belge* le 22 juin 1999 et est entrée en vigueur le 2 juillet 1999, tandis que le Code des sociétés date du 7 mai 1999, a été publié au *Moniteur belge* le 6 août 1999 et est entré en vigueur le 6 février 2001. La date qui doit retenir l'attention est la date d'entrée en vigueur de la loi sur la responsabilité pénale des personnes morales, et non la date de son adoption, qui ne précède que de quelques jours l'adoption du Code des sociétés.

discernement propre et ne peut poser par lui-même un acte répréhensible<sup>120</sup>. On comprend dès lors que dans cet état d'esprit, la question n'ait pu être envisagée à cette époque.

Dans ce brouillard, il nous semble pourtant raisonnable et sensé d'affirmer que les infractions du Code des sociétés visent spécifiquement et directement les dirigeants en cette qualité, et non la personne morale gérée. Dans les autres lois particulières contenant des imputations légales, par contre, les infractions visent plus souvent la personne morale directement. Il convient dès lors d'écarter tout impact de la jurisprudence de la Cour d'arbitrage étudiée ci-avant sur les dispositions pénales sanctionnant les dirigeants dans le Code des sociétés.

Quelle que soit la position que l'on défend, il est clair que l'on touchera une société, mais la différence est de taille : tantôt c'est la société administrateur qui est sanctionnée, tantôt la société administrée.

35. Les développements qui précèdent concernent le partage éventuel des responsabilités pénales entre la société administrateur et la société administrée, lorsque le législateur recourt à l'imputabilité légale de l'infraction à l'administrateur, au gérant, au directeur.

Cette question du partage éventuel des responsabilités se pose également à un autre niveau : celui des relations entre la société administrateur et son représentant permanent. Qu'en est-il de l'imputabilité légale de l'infraction au représentant permanent contenue dans l'article 61, §2 du Code des sociétés ?<sup>121</sup>. Postérieure à l'entrée en vigueur de la responsabilité pénale des personnes morales, cette imputation légale s'inscrit dans un objectif clair du législateur : responsabiliser la personne physique qui exerce concrètement le mandat d'administrateur<sup>122</sup>. Nul doute en l'espèce que le législateur a souhaité sanctionner directement la personne physique, et l'imputation légale à laquelle il recourt ne pose pas de difficultés au regard des deux arrêts de la Cour d'arbitrage étudiés au point C.1.

### III. CONCLUSION

36. Au terme de cette étude à deux facettes, que retenir ? Que les deux récentes interventions du législateur qui ont occupé notre esprit dans ces quelques lignes ont eu des effets bien distincts.

L'une, la loi du 2 août 2002, a permis de clarifier le partage des responsabilités civiles entre la personne morale administrateur et la personne physique qui exerce concrètement le mandat, balayant d'un coup les controverses passées. L'autre, la loi du 4 mai 1999, a suscité mille interrogations nouvelles relatives au partage des responsabilités pénales entre la personne morale administrateur et la personne physique qui exerce concrètement le mandat, sans donner le moindre élément clair et précis pour y répondre.

L'une visait à responsabiliser la personne physique qui dirige une société commerciale sous couvert d'une société administrateur, l'autre à responsabiliser la société au sein de laquelle des infractions sont commises en son nom et pour son compte.

Lumière d'un côté, pénombre de l'autre.

Sans doute des applications jurisprudentielles viendront-elles prochainement illustrer et, quand c'est nécessaire, clarifier les questions relatives aux responsabilités civiles et pénales de l'administrateur personne morale de SA, SPRL ou SCRL. Au jour où nous écrivons ces lignes, la réflexion n'est que théorique et intuitive, mais les questions qui se posent sont d'ores et déjà passionnantes.

120. Ce n'est qu'en 1946 que la Cour de cassation va affiner le principe et considérer qu'une personne morale peut commettre par elle-même une infraction mais ne peut se voir infliger une quelconque sanction pénale : *societas delinquere potest sed non puniri* (Cass. 08/04/1946, *Pas.*, 1946, I, p. 136). Cette jurisprudence a été répétée dans maints arrêts ultérieurs ; voir notamment Cass., 16/12/1948, *Pas.*, 1948, I, p. 723 ; *J.T.*, 1949, p. 148 et note de Cyr. CAMBIER ; Cass., 12/06/1979, *Pas.*, 1979, I, p. 1179 ; Cass., 10/10/1979, *Pas.*, 1980, I, p. 177 ; Cass., 25/04/1989, *Pas.*, 1989, I, p. 884 ; Cass., 23/05/1990, *Pas.*, 1990, I, p. 1083. Sur cette question, voir notamment l'étude de R. LEGROS, « La responsabilité pénale des dirigeants de sociétés et le droit pénal général », *R.D.P.*, 1963-1964, pp. 3-28.

121. Voir *supra*, n° 21.

122. *Doc. Parl.*, Chambre, sess. ordin., 2001/2001, n° 1211/001, pp. 9, 11 et 12.