

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Une application de la responsabilité civile solidaire du représentant permanent de la personne morale administrateur de société et quelques réflexions sur la responsabilité pénale de ce représentant permanent et de la société

Delvaux, Marie-Amelie

Published in:

Jurisprudence en droit des sociétés commerciales-recueil annuel (JDSC)

Publication date:

2018

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Delvaux, M-A 2018, 'Une application de la responsabilité civile solidaire du représentant permanent de la personne morale administrateur de société et quelques réflexions sur la responsabilité pénale de ce représentant permanent et de la société', *Jurisprudence en droit des sociétés commerciales-recueil annuel (JDSC)*, pp. 112-116.

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.

OBSERVATIONS

Une application de la responsabilité civile solidaire du représentant permanent de la personne morale administrateur de société et quelques réflexions sur la responsabilité pénale de ce représentant permanent et de la société

L'article 2 de la loi du 2 août 2002⁶ a introduit un second paragraphe à l'article 61 du Code des sociétés prévoyant expressément que la personne morale administrateur d'une société⁷ doit désigner un *représentant permanent*, personne physique⁸ chargée de l'exécution de cette mission pour ses nom et compte⁹. Cette personne encourt les mêmes responsabilités civiles que si elle exerçait cette mission en nom et pour compte propres, sans préjudice de la responsabilité solidaire¹⁰ de la personne morale représentée¹¹.

L'objectif poursuivi par les auteurs du projet « *corporate governance* » était 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 directement¹². Ce stratagème lui permettrait de se protéger, de masquer sa responsabilité, tant vis-à-vis des actionnaires que des créanciers, de modifier substantiellement l'appréciation des risques et de faire obstacle aux garanties d'indépendance requises des administrateurs.

La modification apportée a accru non seulement la protection des tiers (la solidarité implique que l'intégralité du dommage puisse être réclamée à la personne morale administrateur comme à son représentant physique), mais également le sens des responsabilités du représentant. 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 civiles¹³ que s'il exerçait la mission en son nom propre et pour son compte.

6. 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 (en vigueur le 1^{er} septembre 2002).
7. 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).
8. Le texte normatif ne précise pas qu'il s'agit d'une personne physique, mais l'objectif poursuivi par le législateur l'impose (voir en ce sens, O. CAPRASSE, « Personne morale administrateur et comité de direction » publié dans *D.A.O.R.*, 2002/64, n° 5, p. 329).
9. Sur les particularités du représentant permanent (identité, conditions de permanence et de publicité, désignation, révocation, rôle, décharge, ...), nous renvoyons au commentaire détaillé de l'article 61 du Code des sociétés, sous la plume d'E. POT-TIER et D. REINSIGER paru dans le *Commentaire systématique du Code des sociétés*, Wolters Kluwer, mars 2017, pp. 11 à 13 ainsi qu'à l'article détaillé d'O. CAPRASSE, *op. cit.*, pp. 328 à 333.
10. À noter que la solidarité vise uniquement la responsabilité civile, et non la responsabilité pénale qui ignore cette notion.
11. Sur cette question de la responsabilité encourue par le représentant permanent, et plus généralement sur le statut et le rôle du représentant permanent, voir C. EYBEN, « Le représentant permanent : une fonction qui mérite réflexion », *Rev. prat. soc.*, 2003, liv. 2, pp. 131-171.
12. *Doc. parl.*, Chambre, sess. ordin. 2001-2000, n° 1211/001, pp. 9, 11 et 12.
13. Que ce soit pour faute de gestion, violation du Code ou des statuts, responsabilité aquilienne.

À noter toutefois que si le représentant est un *employé* de la société, il ne peut voir sa responsabilité personnelle engagée qu'en cas de faute volontaire, de faute grave ou de faute légère habituelle¹⁴. Dans cette hypothèse, la personne morale demeure responsable tant en sa qualité d'administrateur, d'une part, que d'employeur sur pied de l'article 1384, alinéa 3, du Code civil, d'autre part.

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. 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.

L'article 61, § 2 du Code des sociétés 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 l'article 5, alinéa 2 du Code pénal de la loi du 4 mai 1999 sur la responsabilité pénale des personnes morales¹⁵, tel qu'autrefois formulé¹⁶. En effet, il 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 propre. 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 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 régime de 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, d'échapper à toute responsabilité pénale.

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

14. 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 citent 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 et 12).

15. Sur cette question, voir notre contribution intitulée « Quelques développements relatifs aux responsabilités civile et pénale de l'administrateur personne morale d'une SA, d'une SPRL ou d'une SCRL », in *Liber amicorum COIPEL*, Bruxelles, Kluwer, 2004, pp. 527 à 560.

16. Voir ci-après.

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. 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 régleme 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. À 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 certains 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...

Selon notre analyse, mais cette opinion est avancée « sans filet¹⁷ », le régime de l'alinéa second de l'article 5 du Code pénal ne peut dès lors pas être appliqué dans les relations entre la société administrateur et son représentant permanent. Ainsi, tant le représentant permanent que la société administrateur doivent être jugés, sur un plan pénal, comme les coauteurs d'une infraction commise en leur nom propre et pour leur propre compte.

Conformément au droit transitoire¹⁸, 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^{er} septembre 2002, sans rétroactivité. Pour les infractions commises du 2 juillet 1999¹⁹ 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.

Ces réflexions appartiennent désormais au passé, même si elles resteront d'actualité pour toutes les infractions commises jusqu'au 29 juillet 2018.

17. 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.

18. Article 2, alinéa 2 du Code pénal et article 15.1, seconde phrase du Pacte international du 19 décembre 1966 relatif aux droits civils et politiques.

19. Date d'entrée en vigueur de la loi du 4 mai 1999 instaurant la responsabilité pénale des personnes morales.

En effet, la formulation de l'article 5 du Code pénal vient récemment d'être modifiée puisqu'est parue au *Moniteur belge* du 20 juillet 2018, en plein cœur de l'été, une loi du 11 juillet 2018 modifiant le Code pénal et le titre préliminaire du Code de procédure pénale en ce qui concerne la responsabilité pénale des personnes morales, entrée en vigueur le 30 juillet 2018. On souligne déjà l'appellation inadéquate de cette loi puisque seules des réformes du Code pénal sont instaurées, sans modification du titre préliminaire du Code de procédure pénale ; un projet initial plus ambitieux explique sans doute l'omission d'adapter le nom de la loi.

L'alinéa premier de l'article 5 du Code pénal ne change pas²⁰ tandis que l'alinéa 2 est supprimé et remplacé²¹, que l'alinéa 3 est actualisé²² et que l'alinéa 4 est supprimé²³.

La réforme a essentiellement pour origine le souci de « répondre aux problèmes mis en évidence dans plusieurs dossiers concernant des poursuites pénales de mandataires locaux (bourgmestres et échevins), la législation actuelle permettant uniquement d'assigner les mandataires locaux et non la commune²⁴ ». Elle lève donc l'immunité pénale des personnes morales de droit public et en profite pour supprimer la règle du décumul qui a donné tant de cheveux blancs aux praticiens depuis 1999.

Relativement au champ d'application *ratione personae* de l'article 5, l'alinéa 2 nouveau actualise enfin²⁵ les notions de sociétés momentanées (autrefois *associations momentanées*) et sociétés internes (autrefois *associations en participation*) et abandonne la référence aux vieilles lois coordonnées sur les sociétés commerciales.

A surtout été supprimée l'exclusion de responsabilité pénale qui bénéficiait depuis toujours aux personnes morales de droit public²⁶, mais... ces dernières conservent cependant un régime spécifique puisque l'article 7bis nouveau, tel que formulé par la loi du 11 juillet 2018, prévoit que les peines applicables aux infractions commises par des personnes morales ne

-
20. « 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. »
21. « 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 identifiée a commis la faute sciemment et volontairement, elle peut être condamnée en même temps que la personne morale responsable ». Cet alinéa est remplacé par un nouvel alinéa 3 formulé comme suit : « La responsabilité pénale des personnes morales n'exclut pas celle des personnes physiques auteurs des mêmes faits ou y ayant participé. »
22. « Sont assimilées à des personnes morales :
- 1° les associations momentanées et les associations en participation;
 - 2° les sociétés visées à l'article 2, alinéa 3, des lois coordonnées sur les sociétés commerciales, ainsi que les sociétés commerciales en formation;
 - 3° les sociétés civiles qui n'ont pas pris la forme d'une société commerciale. »
23. « Ne peuvent pas être considérées comme des personnes morales responsables pénalement pour l'application du présent article : l'État fédéral, les régions, les communautés, les provinces, les zones de secours, les prézones, l'agglomération bruxelloise, les communes, les zones pluricommunales, les organes territoriaux intra-communales, la Commission communautaire française, la Commission communautaire flamande, la Commission communautaire commune et les centres publics d'aide sociale. »
24. Résumé de la proposition de loi déposée le 21 janvier 2015, *Doc. parl.*, Chambre, Sess. Ordin. 54, 0816/001, page 1.
25. Puisque ces formes sociétaires ont été nouvellement nommées par le Code des sociétés le... 7 mai 1999, et qu'on pouvait déplorer que la loi du 4 mai 1999 instaurant la responsabilité pénale des personnes morales, adoptée quelques jours avant, n'en ait pas tenu compte : le législateur ne pouvait-il envisager ces deux réformes en même temps et tenir compte de l'une dans le cadre de l'autre ?
26. Voir l'ancien alinéa 4 de l'article 5 du Code pénal.

s'appliquent pas aux personnes morales de droit public ; en effet, « En ce qui concerne l'Etat fédéral, les Régions, les Communautés, les provinces, les zones de secours, les prézones, l'Agglomération bruxelloise, les communes, les zones pluricommunales, les organes territoriaux intracommunaux, la Commission communautaire française, la Commission communautaire flamande, la Commission communautaire commune et les centres publics d'aide sociale seule la simple déclaration de culpabilité peut être prononcée, à l'exclusion de toute autre peine ».

Relativement au concours entre la responsabilité pénale de la personne morale et de la personne physique, l'ancien régime complexe de l'alinéa 2 de l'article 5 a été abandonné au profit d'une règle désormais simple : la responsabilité pénale des personnes morales n'exclut pas celle des personnes physiques auteurs des mêmes faits ou y ayant participé.

Les travaux préparatoires²⁷ soulignent qu'« Il est évident que concrètement, l'infraction commise par la personne morale sera le fait d'une personne physique. Si la personne physique peut être identifiée, tant la personne morale que cette personne physique peuvent être condamnées pour le même fait ». Le régime initialement instauré par la loi du 4 mai 1999 était compliqué à mettre en œuvre et unique, si l'on compare aux régimes applicables notamment en France, aux Pays-Bas et au Luxembourg. Les travaux préparatoires partent du constat que le régime de cumul légal pose des problèmes au ministère public qui décide généralement de poursuivre systématiquement tant la personne morale que la personne physique, de sorte que la difficulté d'application du régime est reportée sur le juge du fond. Si ce dernier n'est confronté qu'à la personne morale et l'acquitte, la personne physique qui serait poursuivie dans un second temps pourrait argumenter que c'est la personne morale qui a commis la faute la plus grave.

Concrètement, que change ce nouveau régime, d'une formulation bien plus simple ?

On constate une plus grande sévérité, tant pour la personne morale que pour la personne physique, puisqu'autrefois :

- dans le cadre d'une infraction commise *sciemment et volontairement*, la personne physique pouvait espérer échapper à toute condamnation, seule la personne morale étant condamnée, selon l'interprétation du juge ;
- dans le cadre d'une infraction commise *involontairement*, l'une des deux pouvait échapper à toute condamnation puisque seule la personne ayant commis la faute la plus grave pouvait être condamnée par le juge, l'autre bénéficiant d'une cause d'excuse absolutoire.

Nous verrons ce que cette réforme impliquera en pratique dans les prétoires et avec quelle sévérité les magistrats jugeront désormais tant les personnes morales que les personnes physiques auteurs des mêmes faits ou y ayant participé.

Quant au représentant permanent visé à l'article 61, § 2 du Code des sociétés, on a vu que tant la société administrateur que le représentant permanent devaient déjà être envisagés comme auteurs directs de l'infraction, en leur nom propre et pour leur propre compte, de sorte que la suppression du régime de cumul/décumul des responsabilités n'aura pas d'impact sur lui.

Notons que la récente loi :

- modifie également l'article 7*bis* du Code pénal,
- a prévu que dans les trois ans de l'entrée en vigueur du nouveau régime, une évaluation de la réforme sera réalisée par le ministère de la Justice et par le ministère de l'Intérieur.

27. *Doc. parl.*, Chambre, Sess. Ordin. 54, 0816/001, p. 9.