

Le Code des sociétés et des associations : une dépénalisation du droit des sociétés ?

DOCTRINE

Henri Culot⁽¹⁾

La réforme du droit des sociétés de 2019⁽²⁾ était, selon ses concepteurs, fondée sur trois axes majeurs : une « simplification de grande envergure », la flexibilité augmentée et l'adaptation « aux évolutions et aux nouvelles tendances européennes »⁽³⁾. Chaque axe impliquait ensuite différents types de modifications des règles antérieures.

La limitation des dispositions pénales spécifiques au Code des sociétés est une dimension⁽⁴⁾ relativement méconnue de la « simplification ». Elle est, pourtant, assez remarquable, car la tendance actuelle est plutôt à la multiplication des dispositions pénales dans les lois générales et particulières régissant l'activité économique. Cette prolifération, qui s'amplifie depuis plusieurs années déjà, ne semble toutefois pas avoir rempli les prisons d'entrepreneurs véreux ni les caisses de l'État d'amendes et de confiscations qu'ils seraient condamnés à payer.

I. Intentions et motifs du législateur

Les auteurs du projet de Code des sociétés et des associations annoncent sans ambiguïté le

souhait de réduire les sanctions pénales, qu'ils estiment inefficaces et peu appliquées. Dans leur intention, ces sanctions doivent plutôt être remplacées par des sanctions civiles comme la nullité ou la responsabilité, considérées comme plus appropriées.

« Les nombreuses dispositions pénales du Code des sociétés ne se sont pas avérées des sanctions efficaces et sont peu appliquées en pratique. C'est la raison pour laquelle le code en projet donne la préférence, chaque fois qu'une sanction pénale ne se justifie pas, aux sanctions civiles (telle la responsabilité des administrateurs, la nullité ou d'autres sanctions spécifiques). Le nombre de sanctions pénales est ainsi sérieusement limité »⁽⁵⁾.

Dans son avis, le Conseil d'État formule deux observations principales concernant cet aspect de l'avant-projet.

D'une part, il rappelle que la nature économique du comportement indésirable ne signifie pas nécessairement qu'il est anodin et peu dommageable, de sorte qu'il se justifierait de ne pas le sanctionner, ou seulement légèrement.

« L'article 7:218 en projet ne prévoit plus la sanction pénale de la privation de liberté, se

(1) Professeur à l'UCLouvain, professeur invité à l'Université Saint-Louis – Bruxelles, avocat au barreau de Bruxelles.

(2) Loi du 23 mars 2019 introduisant le Code des sociétés et des associations et portant des dispositions diverses, *M.B.*, 4 avril 2019. Le Code des sociétés et des associations a été modifié notamment par la loi du 28 avril 2020 transposant la directive (UE) 2017/828 du Parlement européen et du Conseil du 17 mai 2017 modifiant la directive 2007/36/CE en vue de promouvoir l'engagement à long terme des actionnaires, et portant des dispositions diverses en matière de sociétés et d'associations, *M.B.*, 6 mai 2020.

(3) Projet de loi introduisant le Code des sociétés et des associations et portant des dispositions diverses, exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2017-2018, DOC 54 3119/001 (ci-après « Exposé des motifs »), pp. 7-8.

(4) Exposé des motifs, pp. 11-12 ; H. BRAECKMANS et R. HOUBEN, « Het nieuwe Wetboek van Vennootschappen en Verenigingen (WVV) (deel I) », *R.W.*, 2019-2020, p. 525.

(5) Exposé des motifs, pp. 11-12. Sur l'inefficacité des sanctions pénales et la préférence donnée aux sanctions civiles, voy. aussi p. 189 et p. 275.

limitant à prévoir une amende de cinquante à dix mille euros.

Pareille atténuation du dispositif pénal est justifiée comme suit dans le commentaire de l'article :

“Puisque les délits dans le cadre du droit des sociétés ont essentiellement un caractère financier, les sanctions d'emprisonnement sont supprimées”.

La section de législation n'aperçoit pas en vertu de quel principe des infractions à “caractère financier”, pouvant revêtir un degré certain de gravité et susceptibles même d'avoir pour effet de porter atteinte à des droits fondamentaux, échapperaient, en raison de leur nature, à la possibilité d'être sanctionnées par une privation de liberté »⁽⁶⁾.

Les auteurs ont, en conséquence, « corrigé » la motivation qu'ils ont donnée à cet article de leur projet. C'est désormais le caractère « inefficace » de la répression pénale qui est avancé. Ils ont aussi rétabli la possibilité d'un emprisonnement d'un mois à un an.

D'autre part, le Conseil d'État exprime des doutes quant à la prétendue substituabilité des sanctions pénales et civiles, en particulier du remplacement de la peine par la responsabilité civile des dirigeants. En effet, dans le même temps, le projet de Code des sociétés et des associations cherchait à atténuer la responsabilité civile des administrateurs et gérants, en prévoyant notamment un plafonnement de celle-ci. Ce plafond, outre qu'il limitait le montant des dommages et intérêts à payer par les dirigeants, devait aussi les inciter à faire couvrir leur responsabilité par une assurance. On pouvait donc imaginer que, si les choses fonctionnaient comme prévu, les dirigeants qui commettent une faute ne devraient rien payer personnellement, ce qui n'est pas de nature à les encourager au respect de la loi.

Il y avait donc un paradoxe à déclarer le droit pénal moins efficace que la responsabilité, pour proposer de le remplacer par la responsabilité dont on s'empressait d'organiser l'inefficacité (à tout le moins dans sa fonction de dissuasion, qui nous intéresse ici). Ainsi, selon les termes sévères du Conseil d'État, « lorsqu'ils justifient la suppression de certaines sanctions pénales, les auteurs de l'avant-projet invoquent que les fautes commises “peuvent être mieux sanctionnées par le juge civil en application des dispositions relatives à la responsabilité des administrateurs figurant dans ce

code” [note omise]. Cette justification n'est pas pertinente dès lors que, par ailleurs, la responsabilité civile des dirigeants est si fortement limitée. Au-delà de sa fonction réparatrice, la responsabilité civile a une fonction dissuasive, dont l'objet est de décourager les éventuels responsables de commettre des actes fautifs. Cette fonction dissuasive est fortement amoindrie par la combinaison (i) de la limitation des sanctions pénales, (ii) du plafonnement de la responsabilité civile et (iii) de l'encouragement de faire couvrir cette responsabilité par une assurance, dont les primes sont de surcroît supportées par la société (qui est la victime la plus probable des fautes éventuelles). C'est ainsi, fondamentalement, un régime d'irresponsabilité des dirigeants de société qui est organisé »⁽⁷⁾.

Au cours du processus législatif, la limitation de responsabilité des dirigeants a été circonscrite à la faute légère occasionnelle ; le dirigeant ne bénéficie pas de la limitation de responsabilité en cas de faute grave, ce qui atténue fortement l'effet de la limitation dans la pratique. Même si rien n'indique qu'une faute (anciennement) pénale serait nécessairement une faute grave, on peut néanmoins imaginer que les fautes autrefois sanctionnées pénalement sont plutôt susceptibles d'être considérées comme des fautes graves, et non légères ; dans ce cas, la limitation de responsabilité ne s'y appliquerait pas.

II. Concrétisation de ces intentions

L'atténuation du dispositif pénal du Code des sociétés et des associations, en comparaison avec celui du Code des sociétés de 1999, passe par la suppression pure et simple de certaines incriminations. D'autres, en revanche, subsistent comme précédemment.

A. Incriminations supprimées

La suppression de certaines incriminations s'explique simplement parce que la règle de fond qu'elles sanctionnaient précédemment n'a pas été reprise dans le nouveau Code.

– Il n'y a plus de sanctions contre ceux qui omettent de préciser qu'une société ano-

(6) C.E., avis n° 61.988/2 du 9 octobre 2017, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2017-2018, DOC 54 3119/002, p. 99.

(7) *Ibidem*, p. 16.

nyme fait appel public à l'épargne (ancien article 648, 4°, C. Soc.) puisque cette catégorie de sociétés anonymes n'existe plus⁽⁸⁾.

- De même, est supprimée la sanction en cas d'offre publique par une SPRL (ancien article 346 C. Soc.), puisque la SRL peut désormais être une société cotée (art. 5:2 CSA).
- On ne sanctionne plus pénalement ceux qui ne respectent pas la procédure de quasi-apport dans une SPRL ou une SCRL (anciens articles 345, 2° et 433, 1°, C. Soc.) ; dans la SRL et la SC régies par le Code des sociétés et des associations, le quasi-apport ne fait pas l'objet d'une réglementation particulière.
- L'intervention de la FSMA en cas d'émission d'obligations convertibles par une société qui fait appel public à l'épargne (ancien art. 583 C. Soc.) n'existe plus, sauf si le droit de préférence est limité ou supprimé en faveur de personnes déterminées non membres du personnel (art. 7:193, § 2, CSA), de sorte que les infractions corrélatives sont supprimées⁽⁹⁾, sauf la transmission volontaire d'informations erronées ou incomplètes à la FSMA dans le cas où cela reste obligatoire (ancien article 652, 1° et 3°, C. Soc., le 2° étant repris en substance à l'article 7:232, 4°, CSA).
- Les anciennes dispositions pénales applicables au GIE sont supprimées (anciens articles 872 et 873 C. Soc.) car cette forme sociale n'existe plus.

On rencontre toutefois beaucoup d'autres cas où les règles substantielles sont maintenues, au moins dans leur principe sinon dans leurs détails, mais où la sanction pénale est supprimée :

- Les obligations de publicité autrefois sanctionnées par les anciens articles 90 et 91 du Code des sociétés.
- L'obligation pour les administrateurs ou gérants de présenter le rapport d'un professionnel du chiffre à l'assemblée générale convoquée pour décider de la dissolution de la société (ancien article 196, 1°, C. Soc.).
- L'omission d'accomplir certaines formalités requises à la constitution ou en cas d'augmen-

tation de capital (anciens articles 345, 3°, 433, 3°, 647, 3°, C. Soc.).

- Dans la SA, l'omission de soumettre les quasi-apports à l'autorisation préalable de l'assemblée générale (ancien art. 647, 2°, C. Soc.), étant entendu que l'obligation de les faire évaluer préalablement par un réviseur d'entreprises reste sanctionnée pénalement (ancien article 647, 4°, C. Soc., repris à l'article 7:232, 1°, CSA).
- L'assimilation à l'escroquerie de l'incitation à souscrire des titres au moyen de simulations ou de mensonges (anciens articles 348, 388 et 649 C. Soc.) ; l'exposé des motifs indique que le comportement en question est déjà sanctionné « par le droit pénal commun »⁽¹⁰⁾, ce qui est possible mais pose alors la question de la raison d'être des dispositions non reprises.
- L'interdiction pour la société de souscrire ses propres actions et le respect des règles en matière d'assistance financière⁽¹¹⁾ (anciens articles 347, 4°, 387, 2°, 648, 6° et 7°, C. Soc.).
- L'omission de convoquer l'assemblée générale lorsqu'un nombre minimal d'actionnaires le demandent (anciens articles 345, 1° et 647, 1°, C. Soc.) ; le délai de trois semaines, qui auparavant ne résultait que des dispositions pénales précitées, figure désormais – de manière plus cohérente – au sein des dispositions matérielles.
- Dans la SPRL et la SCRL, l'exercice du droit de vote par une personne qui n'est pas propriétaire des titres (anciens articles 349, 1° et 2° et 389, 1° et 2°, C. Soc.) ; dans la SA, cette incrimination, qui était liée aux titres au porteur, avait déjà été abrogée en 2005⁽¹²⁾.
- L'exercice du droit de vote attaché à des titres dont le droit de vote est suspendu (anciens articles 349, 3°, 389, 3° et 651, 3°, C. Soc.) ; éventuellement, le juge pourra annuler la décision de l'assemblée générale⁽¹³⁾.
- Dans la SA et la SPRL, le non-respect des règles en matière d'acquisition ou de prise

⁽⁸⁾ Exposé des motifs, p. 276.

⁽⁹⁾ *Ibidem*.

⁽¹⁰⁾ Exposé des motifs, pp. 189 et 276.

⁽¹¹⁾ J.-M. GOLLIET et S. FLAMENT, « La SRL et son patrimoine, vers une société plus durable », D.A.O.R., 2019, n° 131, p. 20.

⁽¹²⁾ Art. 32 de la loi du 14 décembre 2005 portant suppression des titres au porteur, M.B., 23 décembre 2005.

⁽¹³⁾ Exposé des motifs, p. 190.

- en gage d'actions ou de titres propres (anciens articles 347, 2° et 648, 3°, C. Soc.).
- L'obligation de mettre à disposition de l'assemblée générale des obligataires une liste des obligations en circulation (ancien article 650 C. Soc.).
- Les dispositions pénales disparaissent aussi dans le domaine des restructurations (ancien article 773 C. Soc.) et des transformations (ancien article 788 C. Soc.).

B. Incriminations maintenues

Si le Code des sociétés et des associations ne définit pas des infractions nouvelles par rapport au Code des sociétés, il reprend certaines infractions qui y figuraient déjà.

1. Dispositions générales (livres 1 à 3)

Restent ainsi sanctionnées pénalement, parmi les dispositions générales du nouveau Code :

- Des obligations en matière de bénéficiaires effectifs (art. 1:36 CSA).
- Des obligations s'imposant aux liquidateurs de sociétés (art. 2:108 CSA).
- Des obligations en matière de comptabilité (art. 3:43-3:46 CSA).
- Des obligations en matière de contrôle des comptes annuels et des comptes consolidés (art. 3:96 et 3:97 CSA).

2. Dispositions applicables aux SRL, SC et SA (livres 5 à 7)

Dans le droit de la SRL, de la SC et de la SA, subsistent principalement trois infractions.

Premièrement, l'obligation pour les administrateurs de rédiger un rapport au sujet des apports en nature et de l'accompagner d'un rapport d'un réviseur d'entreprises (art. 5:158, 1°, 6:128, 1° et 7:232, 1°, CSA)⁽¹⁴⁾. Une peine d'emprisonnement est désormais prévue, alors qu'elle ne l'était pas antérieurement (voir les anciens articles 345, 4°, 433, 2° et 647, 4°, C. Soc.). La répression est donc ici renforcée.

Deuxièmement, reste puni pénalement le fait pour les administrateurs ou le commissaire de faire « par un usage quelconque, aux frais de la

société, des versements sur les actions ou [d'admettre] comme faits des versements qui ne sont pas effectués réellement de la manière et aux époques prescrites » (art. 5:158, 2°, 6:128, 2° et 7:232, 3°, CSA). Ici, la peine est identique à celle prévue antérieurement.

Enfin, le respect par les administrateurs des limites en matière de distributions de dividendes et de tantièmes, qui est un aspect essentiel de la protection des créanciers, est aussi sanctionné des mêmes peines (art. 5:158, 3°, 6:128, 3° et 7:232, 2°, CSA)⁽¹⁵⁾. En ce qui concerne la SRL, les travaux préparatoires avancent une distinction entre les deux tests à effectuer : « Alors que chaque infraction au test de l'actif net [art. 5:142 CSA] est punissable, seule la non-exécution du test des liquidités [art. 5:143 CSA] est punissable, et non sa mauvaise application »⁽¹⁶⁾. On ne trouvait cependant pas de trace de cette distinction dans l'article 5:158, 3°, du Code des sociétés et des associations. Les articles 116 et 133 de la loi du 28 avril 2020 ont, pour ce qui concerne le test de liquidité, limité l'infraction pénale au non-respect du *premier alinéa* des articles 5:143 et 6:116. Ce premier alinéa ne se limite toutefois pas à exiger qu'un test de liquidité soit effectué; il interdit aussi de donner effet à la décision de distribution si le résultat du test n'est pas positif.

Ces trois infractions visent les administrateurs et, parfois, le commissaire. Une incertitude entoure toutefois la notion d'administrateur au sens de ces dispositions.

D'une part, en ce qui concerne la SRL et la SC, il est question des administrateurs « visés » (en néerlandais, « *bedoeld* ») à l'article 2:51 du Code des sociétés et des associations, alors que la disposition applicable aux SA mentionne les administrateurs « au sens de » (en néerlandais, « *als bedoeld* ») à l'article 2:51 précité. On ne comprend pas bien la portée de cette différence de texte, et il est probable qu'elle n'en ait pas en pratique.

D'autre part, l'article 2:51 auquel il est renvoyé vise « [c]haque membre d'un organe d'administration ou délégué à la gestion journalière ». Dans ces conditions, se pose la question de savoir si une personne visée par l'article 2:51, mais qui ne porte pas le titre d'administrateur utilisé par les dispositions pénales, est ou non visée par ces

(14) J.-M. GOLLIER et S. FLAMENT, « La SRL et son patrimoine, vers une société plus durable », *op. cit.*, p. 11.

(15) *Ibidem*, p. 18.

(16) Exposé des motifs, p. 189.

dernières. Cette question concerne en premier lieu le délégué à la gestion journalière qui ne serait pas administrateur, mais aussi les membres du conseil de direction et du conseil de surveillance dans le régime dual, qui sont indubitablement des membres d'un organe d'administration mais ne portent pas nécessairement le titre d'administrateur. À ce sujet, le Conseil d'État avait proposé une énumération plus exhaustive et plus explicite : « Compte tenu de l'interprétation stricte du droit pénal, il y a lieu également de viser les autres fonctions que celle d'administrateur »⁽¹⁷⁾. Il ne semble cependant pas avoir été suivi.

Dans la SA, s'ajoute à ces trois infractions la transmission d'informations erronées ou incomplètes à la FSMA, comme on l'a déjà indiqué (art. 7:232, 4°, CSA).

Les teneurs de comptes chargés de gérer les titres dématérialisés sont contrôlés par la Banque nationale de Belgique ; à ce sujet, un renvoi est fait aux dispositions pénales contenues dans les lois régissant le statut de ces teneurs de comptes (art. 5:30, 6:29 et 7:35 CSA).

3. Dispositions applicables aux SE et SCE (livres 15 et 16)

Pour la société européenne, l'article 15:34 du Code des sociétés et des associations renvoie aux dispositions pénales applicables à la SA. En ce qui concerne la société coopérative européenne, les trois mêmes types d'obligations que dans la SC sont sanctionnées pénalement (art. 16:32 CSA). La référence à la violation de l'article 7:212 du Code des sociétés et des associations est curieuse (art. 16:32, 2°, CSA), car cet article n'est pas, en tant que tel, applicable à la SCE. S'ajoute une sanction de l'interdiction de souscrire, d'acheter ou de prendre en gage des parts propres (art. 16:32 CSA), qui est étonnante car elle a été supprimée pour les autres types de sociétés.

III. Observations finales

On constate une nette réduction de l'utilisation du droit pénal pour assurer le respect des dispositions du droit des sociétés (au sens strict du terme). Comme on l'a indiqué, les auteurs du texte justifient cette orientation par la conviction que le droit pénal ne serait pas efficace et

qu'il serait donc préférable d'utiliser des sanctions civiles comme la nullité et, surtout, la responsabilité civile.

Il est exact que les praticiens ne sont que rarement confrontés à des poursuites visant ces infractions. Lorsqu'on poursuit, c'est souvent dans un contexte de fraude plus générale où, à vrai dire, les infractions du droit des sociétés ne sont pas absolument nécessaires à punir les coupables, qui ont par ailleurs commis d'autres infractions plus graves.

Ceci conduit à deux observations.

D'abord, sur l'efficacité relative de la sanction pénale et de la responsabilité civile. Même sans poursuites systématiques, l'incrimination pénale peut aider au respect d'un dispositif légal. Elle signale que l'interdiction est prise au sérieux, et souvent l'indication par un conseil (avocat, comptable, etc.) à son client que l'acte qu'il envisage est sanctionné pénalement contribue à l'en dissuader. La responsabilité civile n'a pas exactement le même effet, notamment parce qu'elle suppose la démonstration d'un dommage et parce qu'elle ne permet pas l'intervention (même potentielle) du parquet.

Par ailleurs, il semble que la responsabilité civile ne soit pas non plus la panacée. Indépendamment même des nouvelles limitations posées à cet égard par le nouveau Code, il serait audacieux d'avancer que le système de responsabilité des dirigeants serait « efficace ». Au contraire, de très nombreuses violations des règles restent sans conséquences sur ce plan, en raison de divers mécanismes comme, selon le cas, la difficulté de démontrer une faute (ce que la règle de l'appréciation marginale n'aide pas), l'insolvabilité des dirigeants ou une structuration de leur patrimoine empêchant concrètement toute exécution forcée, la longueur et le coût des procédures, parfois un certain fatalisme des victimes ou des curateurs, etc. On aurait tort d'imaginer que le nouveau système, « dépénalisé », conduira à un meilleur respect des règles qu'auparavant.

Ensuite, sur la cohérence de la politique pénale. Sanctionner pénalement est un acte grave. Il ne faut l'autoriser que si c'est utile et nécessaire. S'il est vraiment convaincu que le droit pénal est inefficace en ce qui concerne les infractions financières,

(17) C.E., avis n° 61.988/2 du 9 octobre 2017, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2017-2018, DOC 54 3119/002, p. 80.

le législateur peut-il légitimement maintenir des incriminations dans d'autres domaines qui, s'ils ne relèvent pas du droit des sociétés au sens strict, en sont pourtant très proches ? Les motifs avancés pour la « dépenalisation » du droit des sociétés ne minent-ils pas en réalité la justification de l'utilisation du droit pénal en droit des affaires, plus généralement ?

L'inefficacité alléguée du droit pénal pose d'autant plus question qu'elle semble être le fruit de l'absence ou de la lenteur des contrôles, des poursuites et des condamnations, plus que du principe

même de l'utilisation du droit pénal. Ainsi, l'autorité reproche à la règle ce qui constitue en réalité son propre manquement, à savoir de ne pas se donner les moyens de faire respecter les règles qu'elle édicte. Il existe effectivement deux manières de supprimer cette incohérence : renforcer les moyens de la justice ou supprimer les sanctions pénales (qu'on a soi-même rendues) « inefficaces ». Quand on clarifie de cette manière le choix qu'il fallait faire, on peut raisonnablement douter qu'opter pour la deuxième branche de l'alternative contribue à un monde économique plus vertueux.