

# Cour d'appel de Liège

10 mai 2016 - 7e Chambre

Président : A. Jacquemin

Conseillers : Th. Lambert et G. Foxhal

Avocats : J.-M. Husson et N. Mokeddem

1. SOCIÉTÉ ANONYME - SOCIÉTÉ EN FAILLITE DÉTENANT AU MOINS 1 % DES ACTIONS D'UNE AUTRE SOCIÉTÉ - CURATEUR - DEMANDE EN DISSOLUTION POUR PERTE DU CAPITAL SOCIAL (ART. 634 C.SOC.) - DEMANDE DE DÉSIGNATION D'UN EXPERT-VÉRIFICATEUR (ART. 168 C.SOC.) - QUALITÉ ET INTÉRÊT À AGIR

2. SOCIÉTÉ ANONYME - DEMANDE EN DISSOLUTION POUR PERTE DU CAPITAL SOCIAL (ART. 634 C.SOC.) - DÉTERMINATION DU MONTANT DE L'ACTIF NET - APPROCHE PUREMENT MATHÉMATIQUE - RÉOUVERTURE DES DÉBATS

3. SOCIÉTÉ ANONYME - DEMANDE EN DÉSIGNATION D'UN EXPERT-VÉRIFICATEUR (ART. 168 C.SOC.) - OPÉRATIONS DE REGROUPEMENT DE COMPTES COURANTS

4. SOCIÉTÉ ANONYME - DÉSIGNATION D'UN EXPERT-GARDIEN - MISSION

*1. Le curateur à la faillite d'une société anonyme qui possède des actions d'une autre société a assurément la qualité d'"intéressé", nécessaire pour demander la dissolution de cette dernière. Il a en outre qualité et intérêt pour demander la désignation d'un expert-vérificateur dès lors qu'il prétend à l'existence d'indices d'atteinte grave aux intérêts de la société dont la société faillie détient plus de 1 % des voix attachées à l'ensemble des titres existants. Aucune cause d'irrecevabilité de l'action du curateur ne peut être déduite du fait que celui-ci a demandé, d'une part, la dissolution de la société, et d'autre part, la désignation d'un expert-vérificateur.*

*2. L'approche du juge dans le cadre de l'article 634 C.soc. est purement mathématique et non économique. Il ne dispose pas de pouvoir d'appréciation quant aux mesures à prendre : soit il prononce la dissolution, soit il octroie un délai au terme duquel, si la situation n'a pas été régularisée, la dissolution sera prononcée. Il faut cependant avoir égard à l'actif net tel qu'il résulte d'une comptabilité régulière. Il convient dès lors de vérifier dans quelle mesure les plus-values de réévaluations actées dans les comptes annuels de la société sont régulières et partant, d'ordonner la réouverture des débats.*

*3. La demande en désignation d'un expert-vérificateur est fondée dès lors que les appelants ne fournissent aucune explication convaincante sur la régularité d'opérations comptables visant au regroupement de comptes courants débiteurs au détriment d'un actionnaire (la société faillie), alors que l'article 168 C.soc. vise justement à mettre l'actionnaire en possession d'une information qui lui fait défaut, en vue de faire la lumière sur un comportement litigieux.*

*4. La mission de l'expert-gardien consiste à surveiller certaines opérations et à faire éventuellement rapport au tribunal sur le résultat de cette surveillance. Le cas échéant, son autorisation est requise pour que la société puisse accomplir certains actes. Compte tenu de la mission limitée de l'expert-gardien par opposition à celle confiée à l'administrateur provisoire, le rejet d'une demande en référé en désignation d'un administrateur provisoire ne préjudicie en rien à la possibilité d'obtenir la désignation d'un expert-gardien devant le juge du fond.*

1. NAAMLOZE VENNOOTSCHAP - VENNOOTSCHAP IN FALING DIE MEER DAN 1 % AANDELEN IN EEN ANDERE VENNOOTSCHAP AANHOUDT - CURATOR - VERZOEK TOT ONTBINDING WEGENS VERLIES VAN HET MAATSCHAPPELIJK KAPITAAL (ART. 634 W.VENN.) - VERZOEK TOT AANDUIDING VAN EEN DESKUNDIGE (ART. 168 W.VENN.) - HOEDANIGHEID EN BELANG OM TE HANDELEN

2. NAAMLOZE VENNOOTSCHAP - VERZOEK TOT ONTBINDING WEGENS VERLIES VAN HET MAATSCHAPPELIJK KAPITAAL (ART. 634 W.VENN.) - VASTSTELLING VAN HET BEDRAG VAN HET NETTO-ACTIEF - HEROPENING DER DEBATTEN

3. NAAMLOZE VENNOOTSCHAP - VERZOEK TOT AANDUIDING VAN EEN DESKUNDIGE (ART. 168 W.VENN.) - OPERATIES VAN HERGROEPING VAN LOPENDE REKENINGEN

4. NAAMLOZE VENNOOTSCHAP - AANDUIDING VAN EEN EXPERT-BEWAARNEMER - OPDRACHT

*1. De curator van een naamloze vennootschap in faling die aandelen van een andere vennootschap aanhoudt, heeft wel degelijk de vereiste hoedanigheid van "belanghebbende" om de ontbinding van die andere vennootschap te eisen. Hij heeft tevens de hoedanigheid en het belang om de benoeming van een deskundige te eisen zodra hij beweert dat er aanwijzingen zijn van grove aantastingen van de belangen van de vennootschap waarin de aandeelhouder meer dan 1 % van de stemrechten verbonden aan het totaal aantal bestaande effecten bezit. Uit het enkele feit dat*

*de curator enerzijds de ontbinding van de vennootschap en anderzijds de benoeming van een deskundige eist, kan geen enkele grond van onontvankelijkheid van diens vordering worden afgeleid.*

*2. Voor de toepassing van artikel 634 W.Venn. volgt de rechter een louter mathematische en geen economische benaderingswijze. Hij beschikt niet over een beoordelingsmarge wat betreft de te nemen maatregelen : ofwel spreekt hij de ontbinding uit, ofwel staat hij een termijn toe op het einde waarvan, als de situatie niet werd geregulariseerd, de ontbinding zal worden uitgesproken. Desalniettemin moet rekening worden gehouden met het nettoactief, zoals dit blijkt uit de regelmatig bijgehouden boekhouding. Bijgevolg moet dan ook worden nagegaan in welke mate de herwaarderingsmeerwaarden opgenomen in de jaarrekening van de vennootschap regelmatig zijn en moeten, derhalve, de debatten worden beropend.*

*3. Het verzoek tot aanstelling van een deskundige is gegrond aangezien de appellanten geen enkele overtuigende verklaring kunnen geven omtrent de regelmatigheid van de boekhoudkundige operaties inzake de hergroepering van lopende debetrekeningen in het nadeel van een aandeelhouder (vennootschap in faling), terwijl artikel 168 W.Venn. net tot doel heeft de aandeelhouder in het bezit te stellen van informatie die hij mist om licht te werpen op litigieus gedrag.*

*4. De opdracht van de expert-bewaarnemer bestaat erin toezicht te houden op bepaalde operaties en om over het resultaat van dit toezicht eventueel verslag over uit te brengen aan de rechtbank. Desgevallend is zijn goedkeuring vereist opdat de vennootschap bepaalde handelingen kan stellen. Rekening houdende met de beperkte opdracht van de expert-bewaarnemer in vergelijking met de opdracht van een voorlopig bewindvoerder, staat de verwerping, in kort geding, van het verzoek om een voorlopig bewindvoerder aan te duiden de mogelijkheid om ten gronde de aanduiding van een expert-bewaarnemer te bekomen, niet in de weg.*

---

MOTTET AGRI SA, M. M. et J.-J. M. c./ N. M. q.q.  
comme curateur à la faillite de Jean MOTTET SA

---

[...]

## Après en avoir délibéré

Vu la requête du 9 juin 2015 par laquelle la SA MOTTET AGRI, M. et J.-J. M. interjettent appel du jugement rendu le 6 mai 2015 par le tribunal de commerce de Liège, division Huy.

Vu les conclusions et les dossiers des parties.

## Antécédents et objet de l'appel

L'objet du litige et les circonstances de la cause ont été correctement relatés par les premiers juges à l'exposé desquels la cour se réfère.

Il est rappelé que le 20 novembre 2014, maître MOKEDDEM - en sa qualité de curateur à la faillite de la SA Jean MOTTET prononcée par le tribunal de commerce de Huy le 5 février 2014 - a cité les appelants devant cette juridiction en dissolution de la SA MOTTET AGRI sur pied de l'article 634 du Code des sociétés et a demandé la désignation d'un expert-vérificateur (article 168 Code des sociétés) en vue de contrôler les comptes de cette société de 1999 à 2012, ainsi que d'un administrateur provisoire s'il devait être accordé un délai à la société avant de prononcer sa dissolution.

La SA Jean MOTTET est actionnaire minoritaire de la SA MOTTET AGRI à hauteur de 24,91 % de son capital. J.-J. M. en détient 39,03 %, M.-M. M., 26,06 % et J.-C. M., 9,99 %.

J.-J. M. est également administrateur de la société, au même titre que M. M. La SA Jean MOTTET, représentée par le curateur, a démissionné de son poste d'administrateur à l'occasion d'une assemblée générale extraordinaire du 9 mars 2015.

Le 1er décembre 2014, J.-J. M. a lancé citation en exclusion de la SA MOTTET AGRI de l'actionnaire SA Jean MOTTET en faillite, sa demande étant fondée sur la citation en dissolution du curateur. Cette action est toujours pendante devant le président du tribunal de commerce de Liège, division Liège dans l'attente de la décision qui sera rendue cénans.

Le 10 février 2015, le curateur a déposé une requête en réouverture des débats suite au jugement prononcé le 3 février 2015 dans le cadre d'un litige entre la SA Jean MOTTET en faillite, la SA JCMG en faillite et M. et J.-C. M. portant le n° de RG A/14/00214.

Assez curieusement, cette requête ne figure ni à l'inventaire ni au dossier de la procédure d'instance et, en appel, le curateur ne la produit pas ni le jugement sur lequel sa demande en réouverture des débats était fondée.

Le 18 février 2015, le tribunal de commerce a ordonné la réouverture des débats aux fins indiquées par le curateur dans sa requête.

Après réouverture, le curateur s'en est référé à justice sur sa demande en dissolution, a maintenu sa demande de désignation d'un expert-vérificateur, précisant la mission qui lui serait confiée, notamment concernant l'analyse des comptes courants, le bien-

fondé d'une plus-value de réévaluation des actifs immobiliers et de dire si les conditions de la dissolution de la société sont réunies. Il a sollicité également la désignation d'un tiers doté de pouvoir de contrôle de la société dans l'attente du rapport de l'expert.

Dans le cadre de la demande en dissolution, les premiers juges ont ordonné la réouverture des débats afin que les parties s'expliquent à propos de la régularité de la réévaluation des biens immeubles de la SA MOTTET AGRI.

Ils ont désigné un expert-vérificateur dès lors qu'"il existe en l'espèce des indices suffisants de possibles irrégularités dans la tenue de la comptabilité et abus de biens sociaux"<sup>(1)</sup> avec la mission telle que reprise en termes de dispositif, après avoir précisé que celui-ci ne pouvait se livrer à des investigations devant être effectuées au sein de sociétés tierces, "sauf si ces dernières consentent librement à fournir les renseignements et documents réclamés par l'expert"<sup>(2)</sup>.

Enfin, ils ont fait droit à la demande du curateur de voir désigner un tiers doté de pouvoir de contrôle de la société dans l'attente du rapport de l'expert, en confiant cette mission à un expert-gardien pour la durée de la mission de l'expert-vérificateur, "avec droit de veto sur toutes les décisions des organes de la SA MOTTET AGRI concernant les comptes courants faisant l'objet des investigations de l'expert-vérificateur désigné supra, directes ou indirectes (...) et mission de veiller à ce que le produit de la vente des actifs de la SA MOTTET AGRI soit cantonné et ne puisse être distribué aux actionnaires et/ou administrateurs, sauf le prélèvement de ce qui est strictement nécessaire au fonctionnement de l'entreprise"<sup>(3)</sup>.

Les appelants sont condamnés solidairement aux dépens non liquidés par le curateur, le jugement étant assorti de l'exécution provisoire, nonobstant tous recours et sans caution.

Les appelants sollicitent la réformation de la décision entreprise.

Ils concluent d'abord à l'irrecevabilité des demandes. Sur le fond, concernant la demande en dissolution judiciaire, ils relèvent qu'au 31 décembre 2013, l'actif net comptabilisé s'élevait à 141.664,19 EUR, grâce il est vrai à des plus-values de réévaluation actées audit bilan et qui avaient fait l'objet d'une assemblée générale extraordinaire le 23 décembre 2014. Ces comptes ont été approuvés et publiés.

Ils considèrent que la désignation d'un expert-vérificateur est inutile car les opérations de regroupement des comptes courants suivies d'un remboursement de capital permettant la compensation en majeure partie de ces comptes courants ne porteraient pas atteinte aux intérêts de la société qui devait payer des intérêts fictifs importants, ni indicatives d'abus de biens sociaux.

Enfin, le jugement devra également être réformé en ce qu'il a désigné un expert-gardien dès lors que le tribunal a fait une mauvaise appréciation des faits en vertu desquels il a fait droit à la demande du curateur.

Les appelants liquident leurs dépens des deux instances à 3.270 EUR, dont deux indemnités de procédure de 1.320 EUR chacune.

Le curateur sollicite la confirmation du jugement *a quo* en toutes ses dispositions et la condamnation des appelants aux dépens des deux instances non liquidés.

## Discussion

### Recevabilité

La recevabilité de l'action du curateur à la faillite de la SA Jean MOTTET est subordonnée à la démonstration de sa qualité et de son intérêt à agir (article 17 Code judiciaire).

L'article 168 du Code des sociétés dispose que : "S'il existe des indices d'atteinte grave ou de risque d'atteinte grave aux intérêts de la société, le tribunal de commerce peut, à la requête d'un ou de plusieurs associés possédant au moins 1 % des voix attachées à l'ensemble des titres existants, ou possédant des titres représentant une fraction du capital égale à 1.250.000 EUR au moins, nommer un ou plusieurs experts ayant pour mission de vérifier les livres et les comptes de la société ainsi que les opérations accomplies par ses organes".

La SA Jean MOTTET en faillite est actionnaire de 24,91 % des actions de la SA MOTTET-AGRI.

Par conséquent, le curateur à la faillite de la SA Jean MOTTET a qualité et intérêt pour demander la désignation d'un expert-vérificateur dès lors qu'il prétend à l'existence d'indices d'atteinte grave aux intérêts de la SA MOTTET-AGRI dont la SA Jean MOTTET détient donc plus de 1 % des voix attachées à l'ensemble des titres existants.

1. Jugement, page 8, paragraphe 3.

2. *Idem*, page 8, paragraphe 5.

3. *Idem*, page 10, avant-dernier paragraphe.

Le procès-verbal de l'audience du 18 mars 2015 du tribunal de commerce de Liège, division Huy, atteste que l'examen de la demande en désignation d'un expert-vérificateur s'est tenue en chambre du conseil.

Selon l'article 634 du Code des sociétés, "Lorsque l'actif net est réduit à un montant inférieur à 61.500 EUR, tout intéressé peut demander au tribunal la dissolution de la société. Le tribunal peut, le cas échéant, accorder à la société un délai en vue de régulariser sa situation".

Le curateur à la faillite de la SA Jean MOTTET qui détient 24,91 % des parts de la SA MOTTET-AGRI a assurément la qualité d'"intéressé" nécessaire pour demander la dissolution de cette dernière. Son intérêt est certain.

Aucune cause d'irrecevabilité de l'action du curateur ne peut être déduite du fait que celui-ci a demandé d'une part la dissolution de la SA MOTTET-AGRI et d'autre part la désignation d'un expert-vérificateur dès lors qu'il a été démontré qu'il a qualité et intérêt pour former ces demandes. La contrariété éventuelle entre ces deux demandes relève de l'examen du fond de la cause, au même titre que la détermination du fondement légal de la demande en désignation d'un administrateur provisoire.

M. et J.-J. M. sont administrateurs de la SA MOTTET-AGRI et ont été mis à la cause par le curateur à bon droit dès lors que "la demande en désignation d'un expert-vérificateur est, en principe, introduite par citation devant le tribunal de commerce statuant au fond (C.soc Art. 168 et 169). La partie citée est la société; il est toutefois recommandé de mettre à la cause les membres de l'organe de gestion dont la responsabilité pourrait être mise en cause par le demandeur sur la base du rapport de l'expert" Caprasse, O. et Aydogdu, R., *Les conflits entre actionnaires, préventions et résolution*, Larcier 2010, p. 130).

## Fondement

### 1. La demande en dissolution

Conformément à l'article 634 du Code des sociétés, il convient de vérifier si le montant de l'actif net de la SA MOTTET-AGRI est inférieur à 61.500 EUR.

Selon l'article 617, alinéa 2, dudit Code, "Par actif net, il faut entendre le total de l'actif tel qu'il figure au bilan, déduction faite des provisions et dettes".

L'approche du juge est purement mathématique et non économique (Liège, 25 mai 1998, *Rev. Prat. Soc.*, n° 6766, p. 498). Il ne doit pas apprécier si la société est rentable, si elle a cessé ses paiements ou si son crédit est ébranlé (Liège, 18 octobre 2012, [www.juridat.be](http://www.juridat.be); Comm. Liège, 25 mai 1998 et 30 mars 1998, *Rev. Prat. Soc.*, 1998, p. 447 et 458, et note Derijcke, W.; De Cordt, Y., note sous Gand, 28 juin 2010, *R.D.C.*, 2012, p. 6). Il ne dispose, par ailleurs, pas de pouvoir d'appréciation quant aux mesures à prendre; soit il prononce la dissolution, soit il octroie un délai au terme duquel, si la situation n'a pas été régularisée, la dissolution sera prononcée.

Les appelants prétendent que selon les comptes annuels arrêtés au 31 décembre 2013 et approuvés lors de l'assemblée générale du 23 décembre 2014, l'actif net de la SA MOTTET-AGRI était positif de 141.644,19 EUR.

Ce seul constat n'est toutefois pas suffisant pour conclure au non-fondement de la demande en dissolution.

Il convient de vérifier dans quelle mesure les opérations comptabilisées dans les comptes annuels arrêtés au 31 décembre 2013 sont régulières nonobstant leur approbation par l'assemblée générale.

En effet, "Pour déterminer si le capital social est perdu, il faut avoir égard à l'actif net de la société tel que celui-ci doit résulter d'une comptabilité régulière et offrant de la situation financière de la société une image fidèle". (Dieux, X., et De Cordt, Y., "Examen de jurisprudence (1991-2005) - Les sociétés commerciales" *R.C.J.B.*, 2008/4, p. 604).

Il est constant que la SA MOTTET-AGRI a acté à son bilan au 31 décembre 2013 deux importantes plus-values de réévaluation de ses immeubles de Wanze grâce auxquelles elle a pu présenter un actif net positif de 141.644,19 EUR.

Au risque de paraphraser les premiers juges, la cour renvoie et s'approprie à cet égard les considérations émises par ceux-ci sur la régularité de ces réévaluations<sup>(4)</sup> et qui ont justifié la réouverture des débats sur ce point, lesquels n'ont pas pu se tenir en raison de l'appel de la SA MOTTET-AGRI et des consorts M.

4. Jugement, pages 5 à 7 n° 2.7 à 2.12.

5. Ses dernières conclusions d'appel, page 6.



En termes de dispositif, le curateur a demandé la confirmation du jugement entrepris alors qu'il affirme par ailleurs que "l'actif net est bien inférieur à 61.500 EUR"<sup>(5)</sup>.

Cette demande n'est pas en état d'être jugée et il convient d'ordonner la réouverture des débats à défaut de pouvoir renvoyer la cause aux premiers juges en raison de l'effet dévolutif de l'appel.

## 2. La désignation d'un expert-vérificateur

Cette demande est fondée dès lors que les appelants ne fournissent aucune explication convaincante sur la régularité des opérations avenues le 31 juillet 2012 qui, effectivement, ne manquent pas d'interpeller.

En effet, les appelants précisent qu'il y avait à l'époque "huit comptes courants débiteurs" qui "produisaient des intérêts fictifs qui auraient coûté notamment en 2010 14.500 EUR d'impôts si la société ne s'était pas trouvée en perte fiscale récupérable"<sup>(6)</sup>.

Il échet d'abord de rappeler que les comptes courants débiteurs comptabilisent les avances faites par la société à ses associés et/ou dirigeants. Si la société ne leur réclame pas d'intérêts, les dirigeants sont en principe taxés sur un avantage de toute nature constitué par l'économie d'intérêts réalisée (article 32 CIR 1992) au taux d'intérêt de référence déterminé annuellement par le SPF FINANCES. C'est donc d'abord dans le chef des dirigeants de la société et non de la société qu'il y a imposition. En ce qui concerne les associés, l'absence de comptabilisation d'intérêts sera considérée comme un avantage anormal ou bénévole que la société devra déclarer en dépenses non admises si des intérêts fictifs sont ajoutés à son résultat imposable.

Toujours est-il qu'indépendamment du caractère plus ou moins pertinent des justifications fiscales avancées par les appelants pour légitimer les opérations autour de ces comptes courants, ce sont les opérations elles-mêmes qui apparaissent suspectes.

En effet, grâce à ces opérations de regroupement, cinq comptes courants débiteurs sont supprimés principalement au profit de membres de la famille M. (comptes courant "J.-J. et M. M." et "M. MOTTET 2003"), au détriment de la SA Jean MOTTET puisque - si on s'en tient aux seuls chiffres avancés par les appelants<sup>(7)</sup> - celle-ci voit son compte courant débi-

teur augmenté de 254.592 EUR pour être porté à 489.591,99 EUR. La SA Jean MOTTET supporte à elle seule 54,16 % des transferts opérés entre les comptes courants débiteurs, alors qu'elle ne détient que 24,91 % des actions de la SA MOTTET-AGRI.

Aucune explication n'est fournie par les appelants sur la raison d'être de cette répartition inégalitaire, ni sur le transfert en compte courant de créances vis-à-vis de tiers qui seraient irrécouvrables (compte courant CHAHED et ASSOCIES BRASSERIE ST JEAN).

Grâce à cette répartition particulièrement avantageuse pour les actionnaires de la famille M., la réduction de capital de 1.720.000 EUR du 17 octobre 2012 aura pour conséquence de faire disparaître purement et simplement leurs comptes courants débiteurs, contrairement à la SA Jean MOTTET dont la faillite sera prononcée le 5 février 2014. Mieux, les membres de la famille M. disposent à présent de comptes courants créditeurs au sein de la SA MOTTET-AGRI.

Si l'opération de réduction du capital et l'affectation des fonds au *prorata* en apurement des comptes courants débiteurs n'est pas nécessairement critiquable, ce sont bien les opérations antérieures qui le sont.

"L'article 168 du code des sociétés vise, dans les conditions y prévues, à mettre l'actionnaire en possession d'une information qui lui fait défaut, en vue de faire la lumière sur un comportement litigieux et dès lors, le plus souvent, à lui permettre de rassembler les éléments de preuve nécessaire en vue d'une action judiciaire, dont en particulier l'action en responsabilité contre les administrateurs.

Ce n'est pas seulement des violations directes de la loi ou des statuts, mais également, dans un sens plus large, des comportements, omissions ou négligences qui peuvent nuire aux intérêts de la société, qui justifient la désignation d'un expert judiciaire (traduction de B. Tillemans, "Het deskundigenonderzoek in vennootschapszaken", D.A.O.R., 1996, no 40, p. 75).

Si un commencement de preuve quant aux atteintes graves ou aux risques d'atteintes graves aux intérêts de la société suffit, l'expertise ayant précisément pour objet de rapporter une telle preuve, encore cela implique-t-il que ces atteintes ou risques soient clairement identifiés : l'absence d'indices précis, concrets ou détaillés quant au risque d'atteinte aux intérêts de la société, implique de même le rejet de la demande

6. Leurs conclusions d'appel, page 7, paragraphes 3 et 4.

7. *Idem*, pages 7 et 8, n°s 27 et 28.

de désignation d'un expert judiciaire (traduction B. Tilleman, op. cit., p. 70)" (Comm. Liège, 21 janvier 2005, *Rev. Prat. Soc.*, 2004/2, p. 195).

Tel est bien le but de la demande du curateur qui, par conséquent, est fondée.

### 3. La désignation d'un expert-gardien

C'est par de justes motifs que le cour fait siens et que n'énervent en rien les moyens soulevés à présent par les appelants que les premiers juges ont désigné un expert-gardien compte tenu des circonstances de la cause plus amplement décrites dans leur décision.

L'expert-gardien est une construction prétorienne. Il s'agit d'"un mandataire de justice, qui n'est certes pas chargé d'administrer un patrimoine et en particulier une entreprise ou le patrimoine d'une société, mais qui ne peut, par ailleurs, être qualifié de séquestre, car sa fonction n'est pas d'assurer la conservation de biens litigieux. Sa mission consiste à surveiller certaines opérations et à faire éventuellement rapport au tribunal sur le résultat de cette surveillance. Le cas échéant, son autorisation est requise pour que la société puisse accomplir certains actes. Le président du tribunal de commerce de Bruxelles l'a dénommé "expert-gardien". Il s'agit, à notre avis, d'une variété d'administration provisoire mais avec des pouvoirs atténués. Le président du tribunal de commerce de Bruxelles dans son ordonnance du 18 octobre 1988 utilise à cette occasion l'expression de "administrateur ad hoc" (Van Omme-slaghe, P., *Le séquestre judiciaire en droit commercial*, *R.D.C.*, 1999, n° 13, p. 239).

Compte tenu de la mission limitée de l'expert-gardien par opposition à celle confiée à l'administrateur provisoire, le rejet d'une demande en référé en désignation d'un administrateur provisoire ne préjudicie en rien sur la possibilité d'obtenir la désignation d'un expert-gardien devant le juge du fond.

Ainsi que l'ont rappelé les premiers juges, "Le juge du fond dispose d'un large pouvoir d'appréciation pour décider s'il y a lieu de faire droit à une demande de mesures provisoires. L'urgence n'est pas requise; il faut uniquement que la mesure présente un caractère raisonnable au regard de la situation des parties : elle doit être destinée à limiter les conséquences préjudiciables du procès compte tenu de sa durée (cf.

Hakim BOULARBAH et Xavier TATON, *Le tribunal de commerce : procédures particulières et recherche d'efficacité*, Jeune Barreau de Bxl, 2006, p. 72, n° 100 et jurisprudence citée; Yves de CORDT et Camille de POTTER, *ibidem*, n° 46, p. 372; E. POTTER et A. COIBION, *GUJUE*, 2ème éd. Bxl, KLUWER, 2002, p. 1079, n° 380 et jurisprudence citée)"<sup>(8)</sup>.

A titre surabondant, si effectivement le curateur "n'a pas vocation à rester actionnaire d'une société mais à valoriser l'actif de la faillite, en ce compris les parts de la SA MOTTET-AGRI"<sup>(9)</sup>, on ne peut exiger qu'il brade celles-ci en faveur du premier offrant. *A fortiori* quand il ressort des éléments de la cause que des opérations concernant la SA MOTTET-AGRI auraient pu être faites au détriment de l'actionnaire SA Jean MOTTET et qu'il s'impose d'examiner celles-ci avec circonspection avant de prendre toute décision relativement à la cession desdites parts.

### Dépens

En l'absence d'une décision définitive, les dépens seront réservés (article 1017 Code judiciaire).

### PAR CES MOTIFS,

La Cour,

Statuant contradictoirement en vertu de l'effet dévolutif de l'appel,

Vu l'article 24 de la loi du 15 juin 1935 sur l'emploi des langues en matière judiciaire,

Reçoit l'appel;

Confirme le jugement entrepris;

Ordonne la réouverture des débats en ce qui concerne la demande fondée sur l'article 634 du Code des sociétés aux fins précisées dans le jugement entreprise sous les n°s 2.7 à 2.12;

[...]

8. Jugement, page 9, paragraphe 1er.

9. Conclusions d'appel des appelants, page 9, n° 39.

# Note

## L'action en dissolution pour perte du capital et l'action en désignation d'un expert-vérificateur introduites par un actionnaire-administrateur de la société poursuivie

### 1. Rappel des faits<sup>(1)</sup>

Dans l'arrêt reproduit ci-dessus, la Cour d'appel a l'occasion de se prononcer notamment sur deux questions intéressantes de droit des sociétés : l'action en dissolution sur la base de l'article 634 du Code des sociétés (ci-après, "C.soc.") ainsi que l'action en désignation d'un expert-vérificateur prévue à l'article 168 du même Code, toutes deux sollicitées par une société étant à la fois actionnaire et administrateur de la société à l'encontre de laquelle ces actions sont dirigées<sup>(2)</sup>.

Les actionnaires de la société poursuivie, à savoir la SA M.A. (partie appelante), sont les suivants :

- La SA J.M., à hauteur de 24,91 % (représentée par son curateur - partie intimée);
- Monsieur J.-J. M., à hauteur de 39,03 % (partie appelante);
- Madame M.-M. M., à hauteur de 26,06 %;
- Monsieur J.-C. M., à hauteur de 9,99 %.

Les administrateurs de la SA M.A. sont Monsieur J.-J. M. (partie appelante) et Monsieur M. M. (partie appelante). Il ressort de différentes publications au *Moniteur belge* que la SA J.M. (partie intimée), représentée alors par son représentant permanent, Monsieur M. M., fut administrateur de la société de 1997 à 2015.

En juillet 2012, les huit comptes courants débiteurs qui existaient alors dans la SA M.A. sont regroupés de telle sorte que cinq comptes courants sont supprimés principalement au profit de membres de la famille M. (comptes courants "J.-J. et M.M." et "M.M. 2003") et au détriment de la SA J.M., puisque celle-ci voit son compte courant débiteur augmenter significativement.

En octobre 2012, la SA M.A. procède à une réduction de capital par remboursement aux actionnaires, pour partie par la compensation des créances en compte

courant de la société à l'égard des actionnaires et pour partie par la création d'un compte courant créditeur en faveur de chaque actionnaire respectivement. Cette réduction de capital a ainsi permis la création de comptes courants créditeurs pour les membres de la famille M., et la disparition des comptes courants débiteurs des actionnaires de la famille M., contrairement à la SA J.M.

En février 2014, la faillite de la SA J.M. est prononcée.

En novembre 2014, le curateur à la faillite de la SA J.M. cite la SA M.A., Monsieur M. M. et Monsieur J.-J. M., en dissolution de la SA M.A. sur pied de l'article 634 C.soc. Le curateur demande également la désignation, (i) d'un expert-vérificateur sur pied de l'article 168 C.soc. dont la mission consisterait à contrôler les comptes de cette société de 1999 à 2012, et (ii) d'un administrateur provisoire s'il devait être accordé un délai à la SA M.A. avant de prononcer sa dissolution.

En décembre 2014, lors d'une assemblée générale extraordinaire, la SA M.A. acte à son bilan du 31 décembre 2013 deux importantes plus-values de réévaluation de ses immeubles, grâce auxquelles l'actif net (positif) comptabilisé au 31 décembre 2013 s'élève à 141.664,19 EUR.

En février 2015, à la requête du curateur de la SA J.M., le tribunal de commerce ordonne la réouverture des débats. Suite à cela, le curateur s'en réfère à la justice sur sa demande de dissolution. Il maintient sa demande de désignation d'un expert-vérificateur qui aurait pour mission d'analyser les comptes courants, le bien-fondé d'une plus-value de réévaluation des actifs immobiliers et de dire si les conditions de la dissolution de la société sont réunies. Enfin, il sollicite la désignation d'un tiers doté de pouvoir de contrôle de la société, dans l'attente du rapport de l'expert-vérificateur.

Par jugement rendu le 6 mai 2015, les premiers juges ordonnent la réouverture des débats dans le cadre de la demande en dissolution afin que les parties s'expliquent à propos de la régularité de la réévaluation des biens immeubles de la SA M.A. Ils désignent également un expert-vérificateur et font droit à la demande du curateur de voir désigner un tiers doté de pouvoir de contrôle de la société dans l'attente du rapport de l'expert, en confiant cette mission à un expert-gardien.

1. L'arrêt examiné contient peu d'informations sur divers incidents et procédures intentées en parallèle. Nous reconstituons ici les faits de la façon la plus précise possible, à la lumière des informations dont nous disposons.

2. Nous n'étudierons pas dans cette note la demande en désignation d'un expert-gardien.

Les appelants sollicitent la réformation du jugement rendu le 6 mai 2015, pour les raisons suivantes :

- tout d'abord, les demandes seraient irrecevables;
- ensuite, sur le fond, concernant la demande en dissolution judiciaire, ils relèvent que l'actif net comptabilisé au 31 décembre 2013 s'élevant à 141.664,19 EUR, l'article 634 C.soc. ne trouverait pas à s'appliquer;
- la désignation d'un expert-vérificateur serait inutile car les opérations de regroupement des comptes courants suivies d'un remboursement de capital ne porteraient pas atteinte aux intérêts de la société;
- enfin, un expert-gardien ne devrait pas être désigné dès lors que le tribunal aurait fait une mauvaise appréciation des faits en vertu desquels il a fait droit à la demande du curateur.

Le curateur, quant à lui, sollicite la confirmation du jugement *a quo* en toutes ses dispositions.

## **2. Demande en dissolution sur pied de l'article 634 C.soc.**

Conformément à l'article 634 C.soc., "lorsque l'actif net est réduit à un montant inférieur à 61.500 EUR, tout intéressé ou le Ministère public peut demander au tribunal la dissolution de la société. Le tribunal peut, le cas échéant, accorder à la société un délai contraignant en vue de régulariser sa situation".

### **2.1. Décision de la Cour**

#### **2.1.1. Quant à la recevabilité**

Pour rappel, les appelants sollicitent la réformation du jugement pour irrecevabilité de la demande du curateur de la SA J.M. Il incombe dès lors à la Cour d'apprécier la qualité et l'intérêt à agir de ce dernier.

La Cour estime que le curateur de la SA J.M., détenant 24,91 % des parts de la SA M.A., a "assurément la qualité d'"intéressé" nécessaire pour demander la dissolution de cette dernière. Son intérêt est certain".

La Cour poursuit en indiquant que l'action du curateur ne peut être déclarée irrecevable du fait que celui-ci a demandé, d'une part, la dissolution de la SA M.A. et, d'autre part, la désignation d'un expert-vérificateur. En effet, la contrariété éventuelle entre ces deux demandes relève de l'examen du fond de la cause.

#### **2.1.2. Quant au fond**

Sur le fond, les appelants relèvent que l'actif net comptabilisé au 31 décembre 2013 s'élevant à 141.664,19 EUR (montant supérieur à 61.500 EUR), l'article 634 C.soc. ne trouverait pas à s'appliquer.

La Cour commence par rappeler que conformément à l'article 634 C.soc., il convient de vérifier si le montant de l'actif net de la SA M.A. est bien inférieur à 61.500 EUR. Pour la Cour, bien que les appelants arguent que l'actif net de la SA M. A. était, selon les comptes annuels arrêtés au 31 décembre 2013, positif de 141.644,19 EUR, ce seul constat s'avère insuffisant pour conclure au non-fondement de la demande en dissolution sur pied de l'article 634 C.soc. La Cour estime qu'il convient de vérifier dans quelle mesure les opérations comptabilisées dans ces mêmes comptes sont régulières, malgré le fait que l'assemblée générale les ait approuvées.

La Cour estime enfin que le fait que deux importantes plus-values de réévaluation aient été actées par la SA M. A. (permettant à son actif net de s'élever à 141.644,19 EUR) pose question et implique que la demande n'est pas en état d'être jugée. Vu l'effet dévolutif de l'appel, la cause ne peut être renvoyée aux premiers juges. La Cour ordonne donc la réouverture des débats sur ce point.

### **2.2. Régime juridique de l'article 634 C.soc.**

#### **2.2.1. Introduction**

Conformément à l'article 634 C.soc., tout intéressé ou le Ministère public peut demander au tribunal la dissolution d'une société anonyme dont l'actif net s'élève à un montant inférieur à 61.500 EUR. Une disposition identique est prévue pour les SPRL (art. 333 C.soc.) et les SCRL (art. 432 C.soc.).

Le montant de 61.500 EUR correspond au capital minimum des SA (art. 439 C.soc.), qui constitue une garantie pour les tiers. En effet, dans la mesure où le capital minimum doit être intégralement libéré (art. 448 C.soc.), les tiers savent que la société dispose au moins de ce montant lors de sa constitution. Si l'actif net venait à descendre sous ce seuil de 61.500 EUR, la garantie des tiers serait mise en péril. C'est pourquoi l'article 634 C.soc. leur offre un moyen de protéger leurs intérêts<sup>(3)</sup>.

3. M. LEMAL, "La dissolution des SA, SPRL et SCRL", in *Guide juridique de l'entreprise*, 2e éd., Anvers, Kluwer, 2015, p. 55; S. DE SCHRIJVER, "Art. 634 C.soc.", in *Commentaire systématique du Code des sociétés*, Waterloo, Kluwer, 2002, p. 124.



Ce mécanisme de protection du capital social paraît néanmoins, légèrement dépassé à l'heure actuelle : une société, même sous-capitalisée ou accumulant les pertes, ne présenterait aucun risque pour ses créanciers si elle dispose de liquidités suffisantes ou peut en emprunter pour payer ses dettes exigibles<sup>(4)</sup>.

### 2.2.2. Notion d'“intéressé”

#### a) Existence d'un intérêt au sens des articles 17 et 18 du Code judiciaire

Le terme “intéressé” doit être considéré dans son acception judiciaire, à l'aune des articles 17 et 18 du Code judiciaire<sup>(5)</sup>. Dans sa définition classique, l'intérêt désigne “tout avantage matériel ou moral - effectif mais non théorique - que le demandeur peut retirer de la demande qu'il intente au moment où il la forme, fussent la reconnaissance du droit, l'analyse ou la gravité du dommage n'être établis qu'à la prononciation du jugement”<sup>(6)</sup>. Le demandeur en dissolution doit ainsi avoir un intérêt matériel ou moral, effectif mais non théorique, concret, personnel et direct<sup>(7)</sup> au moment où la demande est formée<sup>(8)</sup>. Jurisprudence et doctrine ont ainsi reconnu la qualité d'intéressé tant aux actionnaires qu'aux administrateurs, curateurs ou liquidateurs, commissaires, créanciers, co-contractants, travailleurs et con-

currents de la société<sup>(9)</sup> dès l'instant où ils trouvent un intérêt quelconque dans l'introduction de cette action. Il n'est pas requis que la partie qui demande la dissolution soit un créancier de la société ou dispose d'un titre exécutoire à l'encontre de celle-ci<sup>(10)</sup>.

Un actionnaire, même minoritaire<sup>(11)</sup>, peut ainsi utilement avoir recours à l'article 634 C.soc. s'il est opposé à la poursuite des activités de la société déficitaire mais que l'assemblée générale, convoquée dans le cadre de l'article 633 C.soc., a décidé de ne pas dissoudre la société mais d'en poursuivre les activités<sup>(12)</sup>. L'intérêt du créancier ou du cocontractant réside dans les craintes qu'il éprouverait quant à la bonne exécution future du contrat<sup>(13)</sup>. L'intérêt du concurrent réside dans la disparition d'un concurrent<sup>(14)</sup> ou d'une société qui ne respecterait pas les règles<sup>(15)</sup>, par exemple.

Une controverse concernant la qualité d'intéressé du Ministère public a longtemps divisé la doctrine et la jurisprudence. Pour certains, les intérêts en jeu dans la situation visée par l'article 634 C.soc. étant purement privés, il n'était pas opportun que le Ministère public s'en préoccupe. De plus, lorsque le législateur veut réserver le droit au Ministère public de requérir la dissolution d'un groupe, il l'indique expressément<sup>(16)</sup>, *quod non*<sup>(17)</sup>. D'autres auteurs<sup>(18)</sup>, de même

4. Ce débat dépasse le cadre de notre commentaire. Pour davantage de détails, voy. H. CULOT, “Qui croit encore au capital ?”, note sous Cass., 2 avril 2015, *R.P.S.*, 2014/3, p. 422 à 429.
5. Gand, 28 juin 2010, *R.D.C.*, 2012, p. 60 et note d'Y. DE CORDT; Gand, 28 juin 2010, *T.R.V.*, 2011, p. 288 et note R. NAUDTS; Comm. Anvers, 18 octobre 2016, *R.P.S.-T.R.V.*, 2017, p. 360; Comm. Charleroi, 6 mai 1997, *J.D.S.C.*, 2000, p. 366; *R.D.C.*, 1999, p. 42.
6. Rapport VAN REEPINGHEN, *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord., 1963-1964, n° 60, p. 23.
7. Cass., 2 avril 2015, *J.D.S.C.*, 2015, p. 224; *R.P.S.*, 2014/3, p. 409; Cass., 17 octobre 1986, *Arr. Cass.*, 1986-1987, p. 217; Cass. 19 novembre 1982, *R.W.*, 1982-1983, p. 2030; Comm. Charleroi, 6 mai 1997, *J.D.S.C.*, 2000, p. 366 et note M. DELVAUX; *R.D.C.*, 1999, p. 42; B. DEBOECK, “La notion d'“intéressé” au sens de l'article 140 et de l'article 158bis des lois coordonnées sur les sociétés commerciales”, note sous Comm. Liège, 27 janvier 1998, *R.D.C.*, 1999, p. 54.
8. Cass. 4 décembre 1989, *Arr. Cass.*, 1989-1990, p. 467.
9. Liège, 17 décembre 2015, *R.P.S.-T.R.V.*, 2017, p. 346 et note B. PAQUOT et T. CLAES; Liège, 6 février 2014, *D.A.O.R.*, 2015/2, p. 120 (sommaire); *J.D.S.C.*, 2015, p. 288; Comm. Anvers, 18 octobre 2016, *R.P.S.-T.R.V.*, 2017, p. 360; B. PAQUOT et T. CLAES, “Les notions d'“intérêt à agir” et d'“abus de droit” en matière de dissolution judiciaire : des garde-fous à utiliser avec modération”, note sous Liège, 17 décembre 2015, *R.P.S.-T.R.V.*, 2017, p. 351; J. T KINT, *Les modifications apportées au droit des sociétés anonymes par la loi du 5 décembre 1984 (et par la loi du 21 février 1985)*, Bruxelles, Larcier, 1985, p. 153.
10. Mons, 12 septembre 2016, *R.D.C.*, 2017, p. 552; *R.P.S.-T.R.V.*, 2017, p. 355; Comm. Anvers, 18 octobre 2016, *R.P.S.-T.R.V.*, 2017, p. 36.
11. Comm. Liège, 30 mars 1998, *R.P.S.*, 1998, p. 447 et note W. DERIJCKE; *J.D.S.C.*, 2000, p. 360.
12. G. HORSMANS et G. KEUTGEN, “Augmentation et réduction du capital”, in *Les sociétés commerciales*, Bruxelles, Ed. du Jeune Barreau, 1985, p. 176.
13. Anvers, 23 avril 2012, *J.D.S.C.*, 2013, p. 275; *D.A.O.R.*, 2012, p. 322; Gand, 28 juin 2010, *R.D.C.*, 2012, p. 60 et note Y. DE CORDT; Anvers, 23 mars 2006, *T.R.V.*, 2006, p. 437.
14. Gand, 28 juin 2010, *T.R.V.*, 2011, p. 288 et note R. NAUDTS; Gand, 28 juin 2010, *R.D.C.*, 2012, p. 60 et note Y. DE CORDT; Comm. Anvers, 26 juin 2001, *T.R.V.*, 2003, p. 609; Comm. Hasselt, 7 juin 1999, *R.W.*, 2002-2003, p. 435 et note; Comm. Liège, 27 janvier 1998, *R.D.C.*, 1999, p. 52 et note B. DEBOECK, “La notion d'“intéressé” au sens des articles 140 et 158bis des lois coordonnées sur les sociétés commerciales”.
15. Bruxelles, 20 janvier 2009, *T.R.V.*, 2011, p. 289 et note R. NAUDTS.
16. Voy. par exemple l'article 182 C.soc. ou encore l'article 18 de la loi du 27 juin 1921 sur les associations sans but lucratif, les fondations, les partis politiques européens et les fondations politiques européennes, *M.B.*, 1er juillet 1921, p. 5409.
17. Voy. notamment P. JEHASSE, *Manuel de la liquidation*, Malines, Kluwer, 2007, p. 129; S. DE SCHRIJVER, “Art. 634 C.soc.”, in *Commentaire systématique du Code des sociétés*, Waterloo, Kluwer, 2002, p. 126; J. T KINT, *Les modifications apportées au droit des sociétés anonymes par la loi du 5 décembre 1984 (et par la loi du 21 février 1985)*, Bruxelles, Larcier, 1985, p. 153.
18. M. LEMAL, “La dissolution des SA, SPRL et SCRL”, in *Guide juridique de l'entreprise*, 2e éd., Anvers, Kluwer, 2015, p. 58; Y. DE CORDT (dir.), “Société anonyme”, *R.P.D.B.*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 511-512, n° 690; X, “Le droit pour le ministère public de demander la dissolution d'une SCRL, d'une SA ou d'une SPRL, lorsque l'actif net est réduit à un montant inférieur au minimum légal de la libération du capital”, note sous Comm. Charleroi, 2 septembre 2013, *J.D.S.C.*, 2014, p. 331-332; Y. DE CORDT, “Dissolution des sociétés pour pertes prononcées du capital social”, note sous Gand, 28 juin 2010, *R.D.C.*, 2012, p. 61; R. TAS, *Winstuitering, kapitaalvermindering en -verlies in NV en BVBA*, Kalmthout, Biblio, 2003, p. 618-619, n° 914 (traduction libre).

que la jurisprudence publiée<sup>(19)</sup>, en revanche, estimaient qu'il n'y avait aucune raison pour que ce droit ne soit pas reconnu au Ministère public. La Cour de cassation<sup>(20)</sup> a tranché en jugeant que (i) le législateur, par les termes "tout intéressé", a aussi visé le Ministère public et que (ii) la protection du capital relève de l'ordre public économique<sup>(21)</sup>, dont le Ministère public est le garant<sup>(22)</sup>. A l'heure actuelle, cette controverse n'a plus lieu d'être puisque l'article 634 C.soc. (comme les articles similaires pour la SPRL et la SCRL) a été modifié par une loi du 17 mai 2017<sup>(23)</sup> qui précise que "tout intéressé ou le Ministère public" peut demander la dissolution de la société en cas d'actif net inférieur à 61.500 EUR pour les sociétés anonymes.

### b) Existence d'un intérêt légitime

Il ne suffit pas que le demandeur dispose d'un intérêt concret à introduire l'action en dissolution; cet intérêt doit en outre consister en un "intérêt légitime à obtenir une mesure nécessaire et proportionnée"<sup>(24)</sup>. Même lorsque les conditions prévues par l'article 634 sont réunies, le demandeur en dissolution pour perte du capital social doit ainsi justifier que la demande qu'il formule ne constitue pas un abus de droit<sup>(25)</sup>. Par abus de droit, il faut entendre l'utilisation d'un droit dans un but différent de celui pour lequel il est créé<sup>(26)</sup> ou "sans intérêt raisonnable ou suffisant ou d'une manière qui excède manifestement les limites d'un exercice normal par une personne prudente et

diligente"<sup>(27)</sup>. Il ne suffit pas d'invoquer la lésion d'un simple intérêt d'ordre économique pour obtenir gain de cause<sup>(28)</sup>. Ceci nous semble en adéquation avec l'évolution de la conception du capital social (voy. *supra*).

L'action en dissolution pourrait par exemple être jugée abusive lorsqu'elle a pour seul objectif de modifier la position de la société dans le cadre d'un différend en la forçant à revoir ses prétentions à la baisse dans le cadre d'une liquidation, ou de l'empêcher de faire valoir ses droits<sup>(29)</sup>, voire encore lorsqu'elle sert de prétexte pour obtenir l'élimination d'une société au profit du concurrent, demandeur en dissolution<sup>(30) (31)</sup>.

Le juge a la faculté d'apprécier le caractère légitime ou abusif de l'action fondée sur l'article 634 en appliquant le test de proportionnalité à la demande introduite<sup>(32)</sup>. Si le demandeur peut aboutir au même résultat par un procédé moins dommageable pour la société que sa dissolution, il doit mettre en œuvre cet autre procédé<sup>(33)</sup>. Par contre, une action en dissolution n'est pas *ipso facto* abusive si elle n'est pas le seul moyen d'assurer la préservation des droits du demandeur<sup>(34)</sup>. Constituerait un abus de droit, l'action introduite par le demandeur dont l'avantage qu'il en retire n'est pas proportionné aux inconvénients subis par la société dont la dissolution est poursuivie<sup>(35)</sup>. Si le juge estime qu'il y a abus de droit, en d'autres termes si l'intérêt du demandeur n'est pas légitime,

19. Gand, 20 février 2012, *T.G.R.-T.W.V.R.*, 2012, p. 265; Anvers, 4 novembre 2010, *J.D.S.C.*, 2012, p. 213; Comm. Charleroi, 3 mars 2014, *J.D.S.C.*, 2015, p. 335; Comm. Charleroi, 2 septembre 2013, *J.D.S.C.*, 2014, p. 330 et note; Comm. Termonde, 12 août 2010, *J.D.S.C.*, 2012, p. 55; Comm. Tongres, 10 octobre 2005, *J.D.S.C.*, 2008, p. 281 et note; Comm. Hasselt, 14 janvier 2004, *T.R.V.*, 2004, p. 65.
20. Voy. not. Cass., 2 avril 2015, *J.D.S.C.*, 2015, p. 224; *R.P.S.*, 2014/3, p. 409; Cass., 17 octobre 2014, *J.D.S.C.*, 2014, p. 339.
21. Nous nous permettons toutefois d'observer que l'idée selon laquelle le maintien du capital et sa protection relèveraient de l'ordre public contraste avec le mouvement qui tend à relativiser l'importance du capital social (voy. *supra*). Pour une réflexion sur le rôle du capital et la conception des règles qui gouvernent ce dernier, voy. H. CULOT, "Qui croit encore au capital ?", note sous Cass., 2 avril 2015, *R.P.S.*, 2014/3, p. 422 à 429.
22. X. DIEUX, Ph. LAMBRECHT et O. CAPRASSE (coord.), "Examen de jurisprudence (2010-2013) - Les sociétés commerciales (deuxième partie)", *R.C.J.B.*, 2016, p. 343.
23. Loi du 17 mai 2017 modifiant diverses lois en vue de compléter la procédure de dissolution judiciaire des sociétés, *M.B.*, 12 juin 2017, p. 63589.
24. Y. DE CORDT, "Dissolution des sociétés pour pertes prononcées du capital social", note sous Gand, 28 juin 2010, *R.D.C.*, 2012, p. 61.
25. Mons, 12 septembre 2016, *R.D.C.*, 2017/5, p. 554; *R.P.S.-T.R.V.*, 2017, p. 355.
26. Cass., 2 avril 2015, *J.D.S.C.*, 2015, p. 224; *R.P.S.*, 2014/3, p. 409; Mons, 12 septembre 2016, *R.D.C.*, 2017/5, p. 554; *R.P.S.-T.R.V.*, 2017, p. 355.
27. Liège, 17 décembre 2015, *R.P.S.-T.R.V.*, 2017, p. 346 et note B. PAQUOT et T. CLAES; Liège, 6 février 2014, *J.D.S.C.*, 2015, p. 288. Ceci vaut singulièrement dans le cadre de l'intérêt à agir du concurrent.
28. Liège, 17 décembre 2015, *R.P.S.-T.R.V.*, 2017, p. 346 et note B. PAQUOT et T. CLAES.
29. Cass. 2 avril 2015, *J.D.S.C.*, 2015, p. 224; *R.P.S.*, 2014/3, p. 409; Mons, 12 septembre 2016, *R.D.C.*, 2017/5, p. 554; *R.P.S.-T.R.V.*, 2017, p. 355.
30. R. NAUDTS, "De concurrent als belanghebbende", note sous Bruxelles, 20 janvier 2009, *T.R.V.*, 2011, p. 293; W. DERIJCKE, "L'article 104 des lois coordonnées sur les sociétés ou 'ce n'est pas un de mes amis : je n'ai donc pas de raison d'en dire du mal'", *R.P.S.*, 1998, p. 464-465.
31. Bien que cela ait été admis par le passé, au motif qu'exiger du concurrent qu'il démontre l'existence d'un préjudice concret qui découlerait de la perte du capital social par la société dont il demande la dissolution aurait consisté à ajouter une condition à la loi (voy. Y. DE CORDT, "Dissolution des sociétés pour pertes prononcées du capital social", note sous Gand, 28 juin 2010, *R.D.C.*, 2012, p. 61).
32. Mons, 12 septembre 2016, *R.D.C.*, 2017/5, p. 552; *R.P.S.-T.R.V.*, 2017, p. 355; Liège, 17 décembre 2015, *R.P.S.-T.R.V.*, 2017, p. 346 et note B. PAQUOT et T. CLAES; Liège, 6 février 2014, *J.D.S.C.*, 2015, p. 288; X. DIEUX, Ph. LAMBRECHT et O. CAPRASSE (coord.), "Examen de jurisprudence (2010-2013) - Les sociétés commerciales (deuxième partie)", *R.C.J.B.*, 2016, p. 342; R. AYDOGDU, "L'abus du droit d'agir en dissolution pour perte du capital social", note sous Cass., 2 avril 2015, *J.L.M.B.*, 2016/6, p. 257.
33. Concernant un créancier de la société, voy. Comm. Charleroi, 6 mai 1997, *J.D.S.C.*, 2000, p. 368; *R.D.C.*, 1999, p. 42; en ce sens R. TAS, *Winstuitering, kapitaalvermindering en -verlies in NV en BVBA*, Kalmthout, Biblo, 2003, p. 618, n° 913 (traduction libre).
34. B. PAQUOT et T. CLAES, "Les notions d'"intérêt à agir" et d'"abus de droit" en matière de dissolution judiciaire : des garde-fous à utiliser avec modération", note sous Liège, 17 décembre 2015, *R.P.S.-T.R.V.*, 2017, p. 353.
35. R. TAS, *Winstuitering, kapitaalvermindering en -verlies in NV en BVBA*, Kalmthout, Biblo, 2003, p. 618, n° 913 (traduction libre).

un compromis raisonnable peut consister en l'octroi d'un délai de régularisation à la société concernée (voy. *infra*)<sup>(36)</sup>. L'octroi d'un délai de régularisation maintient en effet le droit d'action du demandeur (supposé abusif) dans des limites raisonnables<sup>(37)</sup>. L'existence ou non d'un abus de droit est une question de fait qui doit être appréciée à la lumière des circonstances de la cause<sup>(38)</sup>, à l'aide du triple test d'utilité, de nécessité et de proportionnalité<sup>(39)</sup>.

### 2.2.3. Notion d'"actif net"

Par "actif net", il faut entendre, conformément à l'article 617 C.soc., le total de l'actif tel qu'il figure au bilan, duquel sont déduites les provisions et les dettes. Il s'agit donc des fonds propres de l'entreprise, à savoir la somme des six premiers postes du passif : le capital, les primes d'émission, les plus-values de réévaluation, les réserves, les bénéfices ou les pertes reportés et les subsides en capital<sup>(40)</sup>. L'actif doit comprendre les frais d'établissement et les frais de recherche et développement, puisque le troisième alinéa de l'article 617 C.soc. ne trouve pas à s'appliquer en l'espèce<sup>(41)</sup>.

Le législateur n'a, apparemment, pas estimé nécessaire de préciser que, pour le calcul de l'actif net, il doit être fait abstraction des actifs pour lesquels une réserve doit être constituée au passif, à savoir la réserve indisponible pour actions propres et les plus-values de réévaluation. Imaginons une société pouvant théoriquement faire l'objet d'une action en dissolution en raison d'un actif net fort bas; comme le

fait très justement remarquer R. TAS, cette dernière pourrait se sortir de cette situation par une simple "réévaluation sur papier" de son actif, pour autant que ce soit justifiable au regard des règles du droit comptable<sup>(42)</sup>.

Tant les comptes annuels approuvés que tout autre document probant qui démontre sans équivoque la situation actuelle de l'actif net, peuvent être utilisés comme référence. Ceci implique qu'il n'est pas requis que la baisse de l'actif net sous le seuil légal ait lieu à la fin de l'exercice social<sup>(43)</sup>. La société, quant à elle, peut éventuellement apporter, sur la base d'une information financière plus récente, la preuve que l'actif net dépasse le seuil légal<sup>(44)</sup>.

L'actif net qui doit être pris en compte pour envisager l'éventuelle perte du capital social doit bien entendu résulter d'une "comptabilité régulière et offrant de la situation financière de la société une image fidèle"<sup>(45)</sup>. Il arrive que la comptabilité soit faussée par des omissions de réductions de valeur<sup>(46)</sup>, une insuffisance d'amortissements<sup>(47)</sup> ou une inscription erronée de certains montants sous la rubrique "produits exceptionnels"<sup>(48)</sup>. Mais, puisque l'établissement des comptes (ou autre situation intermédiaire) implique une marge d'appréciation au sujet de certains postes, le juge n'a pas à substituer sa propre appréciation à celle des administrateurs de la société concernée<sup>(49)</sup>. Il ne corrigera la comptabilité qui lui est soumise que si celle-ci renferme des erreurs manifestes<sup>(50)</sup>. Ceci n'empêche bien évidemment pas le tribunal de désigner d'abord un expert dont la mission consistera à vérifier si l'actif net est bien réduit à un montant inférieur à

36. R. TAS, *Winstuitering, kapitaalvermindering en -verlies in NV en BVBA*, Kalmthout, Biblo, 2003, p. 618, n° 913 (traduction libre).

37. R. TAS, *Winstuitering, kapitaalvermindering en -verlies in NV en BVBA*, Kalmthout, Biblo, 2003, p. 618, n° 913 (traduction libre).

38. S. DE SCHRIJVER, "Art. 634 C.soc.", in *Commentaire systématique du Code des sociétés*, Waterloo, Kluwer, 2002, p. 127; B. DEBOECK, "La notion d'"intérêt" au sens de l'article 140 et de l'article 158bis des lois coordonnées sur les sociétés commerciales", note sous Comm. Liège, 27 janvier 1998, *R.D.C.*, 1999, p. 55.

39. B. PAQUOT et T. CLAES, "Les notions d'"intérêt à agir" et d'"abus de droit" en matière de dissolution judiciaire : des garde-fous à utiliser avec modération", note sous Liège, 17 décembre 2015, *R.P.S.-T.R.V.*, 2017, p. 353.

40. Voy. l'arrêt royal du 30 janvier 2001 portant exécution du Code des sociétés, art. 88 (Schéma du bilan), *M.B.*, 6 février 2001, p. 3008; Comm. Charleroi, 11 octobre 1995, *J.L.M.B.*, 1997, p. 644; *R.R.D.*, 1997, p. 55 et note P.E. GHISLAIN.

41. S. DE SCHRIJVER, "Art. 634 C.soc.", in *Commentaire systématique du Code des sociétés*, Waterloo, Kluwer, 2002, p. 125.

42. R. TAS, *Winstuitering, kapitaalvermindering en -verlies in NV en BVBA*, Kalmthout, Biblo, 2003, p. 614, n° 907 (traduction libre).

43. R. TAS, *Winstuitering, kapitaalvermindering en -verlies in NV en BVBA*, Kalmthout, Biblo, 2003, p. 615, n° 908 (traduction libre).

44. Comm. Anvers, 26 juin 2001, *T.R.V.*, 2003, p. 609, dans lequel le rétablissement de la situation financière s'est déduit d'un projet de comptes annuels qui avait été préparé par le conseil d'administration à la date de la citation en dissolution; R. TAS, *Winstuitering, kapitaalvermindering en -verlies in NV en BVBA*, Kalmthout, Biblo, 2003, p. 615, n° 908 (traduction libre).

45. M. LEMAL, "La dissolution des SA, SPRL et SCRL", in *Guide juridique de l'entreprise*, 2e éd., Anvers, Kluwer, 2015, p. 56; X. DIEUX et Y. DE CORDT, "Examen de jurisprudence (1991 - 2005) - Les sociétés commerciales", *R.C.J.B.*, 2008, p. 604.

46. Civ. Bruxelles, 26 octobre 2001, *T.F.R.*, 2002, p. 421 et note J. VAN IN; Comm. Courtrai, 13 janvier 1992, *T.R.V.*, 1994, p. 344.

47. Comm. Charleroi, 29 janvier 1997, *R.D.C.*, 1999, p. 39; C. VAN SANTVLIET, "Verschillende aspecten van de alarmbelprocedure (artikel 103 Vennootschapswet)", note sous Mons, 17 novembre 1997, *R.D.C.*, 1999, p. 33.

48. Bruxelles, 27 septembre 2013, *J.L.M.B.*, 2014, p. 1434.

49. X. DIEUX et Y. DE CORDT, "Examen de jurisprudence (1991 - 2005) - Les sociétés commerciales", *R.C.J.B.*, 2008, p. 604; D. VAN GERVEN et M. WYCKAERT, "Kroniek vennootschapsrecht 1998-1999", *T.R.V.*, 1999, p. 396; C. VAN SANTVLIET, "Verschillende aspecten van de alarmbelprocedure (artikel 103 Vennootschapswet)", note sous Mons, 17 novembre 1997, *R.D.C.*, 1999, p. 33.

50. X, "Le droit pour le tribunal saisi d'une demande de dissolution d'une société, dont l'actif net est réduit à un montant inférieur au minimum légal de la libération du capital de rectifier la comptabilité de cette société", note sous Comm. Charleroi, 2 septembre 2013, *J.D.S.C.*, 2014, p. 329.

61.500 EUR<sup>(51)</sup> ou encore d'entendre le comptable de la société, par exemple, pour vérifier si les comptes de celle-ci ont été établis conformément au droit comptable<sup>(52)</sup>. Si les comptes n'ont pas été établis selon les règles du droit comptable et par conséquent, ne reflètent pas une image fidèle de la situation financière de la société, ils doivent d'abord être corrigés. Ce n'est qu'une fois cette correction apportée qu'il pourra être vérifié si le seuil fixé à l'article 634 est dépassé<sup>(53)</sup>.

#### 2.2.4. Rôle du juge et mesures susceptibles d'être ordonnées

Le tribunal doit en premier lieu vérifier si les conditions d'application de l'article 634 sont réunies. Comme le précise la Cour dans l'arrêt examiné, une approche purement mathématique (non économique ou politique) prévaut à cet égard. Le tribunal ne doit ainsi pas vérifier, dans un premier temps, si la société est rentable<sup>(54)</sup>, si elle est en cessation de paiement, si son crédit est ébranlé<sup>(55)</sup> ou encore si elle est économiquement viable<sup>(56)</sup>. La continuité de l'entreprise ne doit pas nécessairement être menacée quand l'article 634 trouve à s'appliquer; un actif net inférieur à 61.500 EUR ne signifie pas pour autant qu'il y ait ébranlement du crédit ou cessation de paiement<sup>(57)</sup>. Cet article vise à "préserver la fonction protectrice du capital minimum à l'égard des tiers"<sup>(58)</sup>, de sorte qu'il suffit de regarder à combien s'élève l'actif net et de le comparer au capital minimum obligatoire<sup>(59)</sup>.

Si l'actif net est réduit à un montant inférieur à 61.500 EUR, la compétence discrétionnaire du tribunal se limite à choisir entre la dissolution de la société et l'octroi à celle-ci d'un délai en vue de régulariser la situation<sup>(60)</sup>. Attribuer au juge un pouvoir d'appréciation lui permettant de prendre une autre décision serait inconciliable avec les termes de l'article 634<sup>(61)</sup>. Ceci n'empêche bien évidemment pas le tribunal de désigner d'abord un expert, dont la mission consistera à vérifier si l'actif net est bien réduit à un montant inférieur à 61.500 EUR (voy. *supra*)<sup>(62)</sup>.

Si l'actif net s'élève à un montant supérieur à 61.500 EUR, une condition d'application de l'article 634 n'est pas remplie, de sorte que le juge doit déclarer la demande non fondée<sup>(63)</sup>.

#### 2.3. Appréciation critique

Au niveau de la recevabilité de la demande, nous regrettons que la Cour n'ait pas examiné dans quelle mesure l'action introduite par le curateur n'était pas abusive.

Quant au fondement de la demande, la décision de la Cour d'ordonner la réouverture des débats rejoint la jurisprudence antérieure en la matière et nous semble devoir être approuvée.

- 
51. Comm. Charleroi, 2 septembre 2013, *J.D.S.C.*, 2014, p. 327 et note; Comm. Liège, 30 mars 1998, *R.P.S.*, 1998, p. 447 et note W. DERIJCKE; *J.D.S.C.*, 2000, p. 360.
  52. Comm. Charleroi, 29 janvier 1997, *R.D.C.*, 1999, p. 39.
  53. C. VAN SANTVLIET, "Verschillende aspecten van de alarmbelprocedure (artikel 103 Vennootschapswet)", note sous Mons, 17 novembre 1997, *R.D.C.*, 1999, p. 33.
  54. Comm. Anvers, 18 octobre 2016, *R.P.S.-T.R.V.*, 2017, p. 360; Comm. Liège, 25 mai 1998, *R.P.S.*, 1998, p. 458 et note W. DERIJCKE.
  55. Bruxelles, 27 septembre 2013, *J.L.M.B.*, 2014, p. 1434; Comm. Liège, 27 janvier 1998, *R.D.C.*, 1999, p. 52 et note B. DEBOECK, "La notion d'«intéressé» au sens des articles 140 et 158bis des lois coordonnées sur les sociétés commerciales"; Y. DE CORDT, "Dissolution des sociétés pour pertes prononcées du capital social", note sous Gand, 28 juin 2010, *R.D.C.*, 2012, p. 61; S. DE SCHRIJVER, "Art. 634 C.soc.", in *Commentaire systématique du Code des sociétés*, Waterloo, Kluwer, 2002, p. 126.
  56. Bruxelles, 20 janvier 2009, *T.R.V.*, 2011, p. 289.
  57. Bruxelles, 23 septembre 1999, *R.D.C.*, 2000, p. 796; Comm. Hasselt, 7 octobre 2009, *J.D.S.C.*, 2013, p. 185; M. LEMAL, "La dissolution des SA, SPRL et SCRL", in *Guide juridique de l'entreprise*, 2e éd., Anvers, Kluwer, 2015, p. 55; P. HAINAUT-HAMENDE et G. RAUCQ, "La société anonyme. Première partie. Constitution et fonctionnement", *Rép. Not.*, t. XII, Livre 3/1, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 688, n° 553; M. MASSAGE, *L'adaptation du droit des sociétés anonymes aux 2e et 4e directives européennes (loi du 5 décembre 1984)*, Bruxelles, Swinnen, 1985, p. 188.
  58. S. DE SCHRIJVER, "Art. 634 C.soc.", in *Commentaire systématique du Code des sociétés*, Waterloo, Kluwer, 2002, p. 127.
  59. Comm. Liège, 30 mars 1998, *R.P.S.*, 1998, p. 455 et note W. DERIJCKE; *J.D.S.C.*, 2000, p. 360; S. DE SCHRIJVER, "Art. 634 C.soc.", in *Commentaire systématique du Code des sociétés*, Waterloo, Kluwer, 2002, p. 126.
  60. Comm. Anvers, 18 octobre 2016, *R.P.S.-T.R.V.*, 2017, p. 360; S. DE SCHRIJVER, "Art. 634 C.soc.", in *Commentaire systématique du Code des sociétés*, Waterloo, Kluwer, 2002, p. 128.
  61. Comm. Anvers, 18 octobre 2016, *R.P.S.-T.R.V.*, 2017, p. 360; S. DE SCHRIJVER, "Art. 634 C.soc.", in *Commentaire systématique du Code des sociétés*, Waterloo, Kluwer, 2002, p. 125; W. DERIJCKE, "L'article 104 des lois coordonnées sur les sociétés ou 'ce n'est pas un de mes amis : je n'ai donc pas de raison d'en dire du mal'", *R.P.S.*, 1998, p. 465. Notons néanmoins l'arrêt rendu par la Cour d'appel d'Anvers le 23 avril 2012 (*J.D.S.C.*, 2013, p. 275; *D.A.O.R.*, 2012, p. 322) par lequel la Cour a décidé que des avances d'associés octroyées à titre de prêt subordonné constituaient un prolongement des fonds propres de la société et qu'il n'y avait donc pas lieu de dissoudre une société dont l'actif net, *sensu stricto*, était pourtant négatif.
  62. Comm. Liège, 30 mars 1998, *R.P.S.*, 1998, p. 447 et note W. DERIJCKE; *J.D.S.C.*, 2000, p. 360.
  63. Anvers, 23 avril 2012, *J.D.S.C.*, 2013, p. 275; *D.A.O.R.*, 2012, p. 322; Comm. Anvers, 26 juin 2001, *T.R.V.*, 2003, p. 609; M. LEMAL, "La dissolution des SA, SPRL et SCRL", in *Guide juridique de l'entreprise*, 2e éd., Anvers, Kluwer, 2015, p. 59.



### 2.3.1. Quant à la recevabilité de l'action du curateur d'un actionnaire

Même si nous suivons la Cour lorsqu'elle juge l'action du curateur recevable, nous regrettons que celle-ci n'ait pas analysé le caractère légitime et non abusif de la demande en dissolution par le biais du test de proportionnalité. A notre sens, la Cour aurait dû apprécier si le curateur disposait d'un intérêt "légitime à obtenir une mesure nécessaire et proportionnée", ou s'il pouvait aboutir au même résultat par un procédé moins dommageable pour la société.

La mission du curateur consiste à procéder à la liquidation de la faillite, ce qui implique de réaliser les actifs du failli et de distribuer le produit<sup>64</sup>. En l'occurrence, le curateur est donc chargé de "réaliser" les actions détenues par la société faillie (la SA J.M.) dans la SA M.A. Un procédé autre que la dissolution de la SA M.A., à savoir la vente ou cession des actions détenues par la société faillie dans la société visée par l'action en dissolution, nous aurait paru peu envisageable. Il aurait en effet été difficile de trouver un acquéreur potentiel vu le caractère manifestement privé, voire familial, de la SA M.A. Par ailleurs, les actions détenues par la SA J.M. dans la SA M.A. ne se seraient probablement pas vendues à un prix intéressant si la SA M.A. se trouvait effectivement dans l'hypothèse visée à l'article 634 C.soc. Nous pensons donc que l'action du curateur n'était pas abusive dans la mesure où il n'y avait pas d'autres moyens "réalisables en pratique" d'aboutir au même résultat.

La Cour semble aller dans ce sens lorsqu'à la fin de son arrêt, elle précise que "si effectivement le curateur "n'a pas vocation à rester actionnaire d'une société mais à valoriser l'actif de la faillite, en ce compris les parts de la SA M.A.", on ne peut exiger qu'il brade celles-ci en faveur du premier offrant. [...]".

### 2.3.2. Quant au fond

La SA M.A. s'appuie sur ses comptes annuels au 31 décembre 2013 pour prouver que son actif net dépasse le seuil légal. Encore faut-il que la comptabilité tenue par la SA M.A. soit régulière et offre une image fidèle de sa situation financière. En l'occurrence, d'importantes plus-values de réévaluation ont été actées par la SA M.A. et approuvées par son assemblée générale peu de temps après qu'elle a été citée en dissolution sur la base de l'article 634 C.soc.

par le curateur de la SA J.M. Cette opération, qui a permis à l'actif net de la SA M.A. de dépasser le montant du capital minimum, peut raisonnablement poser question.

La décision de la Cour d'ordonner la réouverture des débats afin que les parties s'expliquent à propos de la régularité de la réévaluation des biens immeubles de la SA M.A., s'inscrit dans la lignée de la jurisprudence antérieure en la matière. Elle nous semble par ailleurs appropriée puisqu'elle permet d'éviter qu'une société qui fait l'objet d'une action en dissolution suite à un actif net fort bas, se sorte de cette situation par une simple "réévaluation sur papier" de son actif, sans que cette opération soit justifiable ou justifiée au regard des règles du droit comptable<sup>65</sup>.

## 3. Demande en désignation d'un expert-vérificateur sur pied de l'article 168 C.soc.

Conformément à l'article 168 C.soc., "s'il existe des indices d'atteinte grave ou de risque d'atteinte grave aux intérêts de la société, le tribunal de commerce peut, à la requête d'un ou de plusieurs associés possédant au moins 1 % des voix attachées à l'ensemble des titres existants, ou possédant des titres représentant une fraction du capital égale à 1.250.000 EUR au moins, nommer un ou plusieurs experts ayant pour mission de vérifier les livres et les comptes de la société ainsi que les opérations accomplies par ses organes".

### 3.1. Décision de la Cour

Pour rappel, les appelants considèrent la désignation d'un expert-vérificateur sur pied de l'article 168 C.soc. irrecevable et inutile au motif que les opérations de regroupement des comptes courants suivies d'un remboursement de capital ne porteraient pas atteinte aux intérêts de la société, et ne seraient pas indicatives d'abus de biens sociaux.

#### 3.1.1. Quant à la recevabilité

D'après la Cour, la SA J.M. étant actionnaire de 24,91 % des actions de la SA M.A., le premier seuil fixé par l'article 168 C.soc. est atteint. Ensuite, pour la Cour, le curateur de la faillite de la SA J.M. a bien qualité et intérêt pour demander la désignation d'un expert-

64. I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2011, p. 342.

65. R. TAS, *Winstuitering, kapitaalvermindering en -verlies in NV en BVBA*, Kalmthout, Biblo, 2003, p. 614, n° 907 (traduction libre). Concernant les règles comptables relatives aux plus-values de réévaluation, voy. Arrêté royal du 30 janvier 2001 portant exécution du Code des sociétés, articles 56 et s., *M.B.*, 6 février 2001, p. 3008.



vérificateur, dans la mesure où il prétend que des indices d'atteinte grave aux intérêts de la SA M.A. existent.

Par ailleurs, la Cour estime que c'est à bon droit que M. et J.-J. M., administrateurs de la SA M.A., ont été mis en cause par le curateur, dès lors que "[...] La partie citée est la société; il est toutefois recommandé de mettre à la cause les membres de l'organe de gestion dont la responsabilité pourrait être mise en cause par le demandeur sur la base du rapport de l'expert"<sup>(66)</sup>.

### 3.1.2. Quant au fond

La Cour estime que les appelants n'ont fourni aucune explication convaincante sur la régularité des opérations qui ont eu lieu le 31 juillet 2012<sup>(67)</sup>. Indépendamment du "caractère plus ou moins pertinent des justifications fiscales avancées par les appelants", la Cour estime que ce sont les opérations elles-mêmes qui sont suspectes.

Elle rappelle alors que l'article 168 C.soc. permet à l'actionnaire d'obtenir une information qui lui fait défaut "en vue de faire la lumière sur un comportement litigieux", qu'il s'agisse de comportements, d'omissions ou de négligences qui peuvent nuire aux intérêts de la société.

La Cour conclut que tel est bien l'objectif de la demande du curateur, de sorte que celle-ci est fondée.

## 3.2. Régime juridique de l'article 168 C.soc.

### 3.2.1. Introduction

Les associés disposent de plusieurs types d'expertises qu'ils peuvent demander au cours de la vie de la société.

Le Code judiciaire, en son article 962, prévoit la possibilité de procéder à une expertise de droit commun :

le juge peut ainsi charger des experts de procéder à des constatations ou de donner un avis d'ordre technique.

Il y a également les pouvoirs d'investigation et de contrôle individuels (que ce soit, ou non, avec la représentation et l'assistance d'un expert-comptable) prévus par l'article 166 du Code des sociétés.

Il existe enfin la faculté de procéder, comme c'est le cas en l'espèce, à une expertise en droit des sociétés sur la base de l'article 168 C.soc. Un tel mécanisme de contrôle a pour objectif de permettre à un actionnaire, éventuellement minoritaire et ne faisant pas partie du conseil d'administration, de se plaindre d'une situation douteuse à propos de laquelle les dirigeants refusent de communiquer<sup>(68)</sup>, de contrôler certaines opérations effectuées par les organes de la société et de recueillir des informations qui peuvent s'avérer précieuses en vue de l'introduction d'une action en justice, et notamment l'action minoritaire<sup>(69)</sup>. Le but est de donner la possibilité à l'actionnaire d'accéder à des informations auxquelles il n'a, normalement, pas accès<sup>(70)</sup>.

### 3.2.2. Titulaires

L'action en désignation d'experts-vérificateurs doit répondre aux conditions des articles 17 et 18 du Code judiciaire pour être recevable. Le titulaire de la demande devra ainsi démontrer sa qualité et son intérêt pour la former<sup>(71)</sup>.

#### a) Qualité

Le droit d'intenter une action sur pied de l'article 168 C.soc. est une prérogative individuelle d'un associé qui, seul ou avec d'autres associés, détient au moins 1 % des voix attachées à l'ensemble des titres existants ou des titres représentant une part du capital égale à au moins 1.250.000 EUR. Ces deux seuils sont alternatifs. Le seuil en voix correspond au pourcentage de voix détenues par les demandeurs par rapport à l'ensemble des titres existants<sup>(72)</sup>. Le seuil en

66. Voy. également O. CAPRASSE et R. AYDOGDU, *Les conflits entre actionnaires, préventions et résolution*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 130.

67. A savoir le regroupement des huit comptes courants débiteurs qui existaient alors dans la SA M.A. et suite auquel cinq comptes courants ont été supprimés principalement au profit de membres de la famille M. et au détriment de la SA J.M. puisque celle-ci a vu son compte courant débiteur augmenter.

68. Comm. Termonde, 20 février 2014, *D.A.O.R.*, 2015, p. 24 et note N. DELANG; J.-M. GOLLIÉ et M. WAUCQUEZ, "Chapitre IV. Experts-vérificateurs", in *Commentaire systématique du Code des sociétés*, Waterloo, Kluwer, 2016, p. 9.

69. Comm. Termonde, 20 février 2014, *D.A.O.R.*, 2015, n° 3, p. 115; Bruxelles, 12 décembre 2008, *J.T.*, 2009, p. 62.

70. Comm. Termonde, 20 février 2014, *D.A.O.R.*, 2014, p. 24 et note N. DELANG; Comm. Liège, 21 janvier 2005, *J.D.S.C.*, 2006 (sommaire), p. 170 et note M. CALUWAERTS; J.-M. GOLLIÉ et M. WAUCQUEZ, "Chapitre IV. Experts-vérificateurs", in *Commentaire systématique du Code des sociétés*, Waterloo, Kluwer, 2016, p. 9.

71. J.-M. GOLLIÉ et M. WAUCQUEZ, "Chapitre IV. Experts-vérificateurs", in *Commentaire systématique du Code des sociétés*, Waterloo, Kluwer, 2016, p. 10.

72. Ce seuil exclut néanmoins les actions sans droit de vote mais comprend, dans les SA, les parts bénéficiaires qui jouiraient d'un droit de vote. J.-M. GOLLIÉ et M. WAUCQUEZ, "Chapitre IV. Experts-vérificateurs", in *Commentaire systématique du Code des sociétés*, Waterloo, Kluwer, 2016, p. 11; O. CAPRASSE et R. AYDOGDU, *Conflits entre actionnaires - Prévention et résolution*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 116.

capital s'apprécie au regard de la fraction du capital que représentent les titres du ou des demandeurs<sup>(73)</sup>. Cette qualité s'apprécie au moment de l'introduction de la demande en justice<sup>(74)</sup>.

#### b) Intérêt

Le demandeur doit démontrer un intérêt à obtenir des informations sur des opérations douteuses qui sont susceptibles de porter atteinte à l'intérêt de la société<sup>(75)</sup>. Nous renvoyons le lecteur à ce qui a été dit plus haut concernant la définition classique de l'intérêt à agir.

La demande sera rejetée à défaut d'intérêt notamment lorsque l'actionnaire, dans le cadre de ses fonctions, est déjà censé avoir la réponse à ses questions<sup>(76)</sup>. Il convient dès lors d'apprécier l'intérêt au regard du degré d'implication de l'actionnaire demandeur dans la direction et/ou le contrôle de la société<sup>(77)</sup>.

La question de la relation entre l'article 168 C.soc. et les autres mesures auxquelles les associés peuvent recourir (tels le droit de poser des questions à l'assemblée générale ou encore l'exercice du droit individuel d'investigation visé à l'article 166 C.soc.) reste controversée. Selon certains, un associé conserve le droit d'intenter une action sur la base de l'article 168 alors qu'il n'a pas fait usage d'autres moyens d'investigation, sous peine d'ajouter une condition non prévue par la loi<sup>(78)</sup>. La relation entre l'article 168 C.soc. et les autres moyens d'investigation mis à disposition par le Code s'entendrait en termes de complémentarité et non de subsidiarité<sup>(79)</sup>.

Ceci s'explique notamment par les différences en termes de conditions d'exercice et de portée. A titre d'exemple, le droit individuel d'investigation porte sur la situation financière de la société et le contrôle des comptes tandis que la mission de l'expert-vérificateur est plus large et peut englober la gestion de la société elle-même (voy. *infra*)<sup>(80)</sup>. Cette position a été mise à mal - à tort, selon nous - par une décision du 20 février 2014 du Tribunal de commerce de Dendermonde, lequel a jugé que le principe de subsidiarité implique qu'avant d'introduire une demande en désignation d'un expert-vérificateur, l'associé ait fait valoir ses droits par d'autres voies (moins radicales), comme le droit individuel d'investigation et de contrôle dont il dispose en l'absence de commissaire<sup>(81)</sup>. Selon le Tribunal, les associés ne doivent en effet pas adopter une attitude passive et attentiste mais au contraire, poser "sur le terrain" les actes d'investigation qu'ils estiment nécessaires<sup>(82)</sup>.

Concernant le droit individuel d'investigation, notons déjà que selon H. Fichet et N. Konings, "le droit d'investigation de l'actionnaire, nommé en tant qu'administrateur, [doit] être évalué en fonction de la manière dont celui-ci a exercé ses tâches de gérance et traité l'information qui lui a été fournie en sa qualité d'administrateur. Il va de soi que si l'information obtenue (ou qui aurait dû l'être) dans le cadre de l'exercice d'un mandat de gestion constitue un double emploi avec l'information sollicitée en vertu de l'article 166 du Code des sociétés, la demande d'investigation devra être déclarée sans objet"<sup>(83)</sup>.

- 
73. Ce seuil exclut les titulaires de parts bénéficiaires, ces dernières ne représentant pas le capital. J.-M. GOLLIER et M. WAUCQUEZ, "Chapitre IV. Experts-vérificateurs", in *Commentaire systématique du Code des sociétés*, Waterloo, Kluwer, 2016, p. 11; O. CAPRASSE et R. AYDOGDU, *Conflits entre actionnaires - Prévention et résolution*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 116.
74. J.-M. GOLLIER et M. WAUCQUEZ, "Chapitre IV. Experts-vérificateurs", in *Commentaire systématique du Code des sociétés*, Waterloo, Kluwer, 2016, p. 10; O. CAPRASSE et R. AYDOGDU, *Conflits entre actionnaires - Prévention et résolution*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 116; M. DELVAUX, "Quelques réflexions en matière d'action en désignation d'un expert-vérificateur et d'action sociale minoritaire", note sous Anvers, 8 mai 2000, *J.D.S.C.*, 2002, p. 184; B. TILLEMANN, "Het deskundigenonderzoek in vennootschapszaken", *D.A.O.R.*, 1996, p. 62.
75. Bruxelles, 19 juin 2001, *J.D.S.C.*, 2004, p. 295 et note M. CALUWAERTS; M. VAN DER HAEGEN et J.-M. GOLLIER, "Les sociétés commerciales. Loi du 18 juillet 1991", *J.T.*, 1992, p. 220.
76. J.-M. GOLLIER et M. WAUCQUEZ, "Chapitre IV. Experts-vérificateurs", in *Commentaire systématique du Code des sociétés*, Waterloo, Kluwer, 2016, p. 14; A. FRANÇOIS, K. BYTTEBIER, J. FASTENAEKELS, T. VAN DE GEHUCHTE et L. VANDENBEMPT, "Omgaan met conflicten in vennootschappen : regeling van geschillen is meer dan geschillenregeling", in K. BYTTEBIER, A. FRANÇOIS, E. JANSSENS et T. VAN DE GEHUCHTE (éds), *Omgaan met conflicten in de vennootschap*, Anvers, Intersentia, 2009, p. 88.
77. Comm. Courtrai, 7 décembre 1995, *D.A.O.R.*, 1996, n° 40, p. 85; J.-M. GOLLIER et M. WAUCQUEZ, "Chapitre IV. Experts-vérificateurs", in *Commentaire systématique du Code des sociétés*, Waterloo, Kluwer, 2016, p. 14; K. BYTTEBIER, "De criteria ter beoordeling van de ontvankelijkheid van een vordering ex artikel 191 Venn.W.", note sous Prés. Comm. Gand, 23 juin 1992, *R.D.C.*, 1994, p. 1034.
78. Comm. Termonde, 15 février 1996, *R.W.*, 1996-1997, p. 404; Comm. Courtrai, 7 décembre 1995, *D.A.O.R.*, 1996, n° 40, p. 85; Comm. Courtrai, 10 février 1994, *D.A.O.R.*, 1996, n° 40, p. 81; J.-M. GOLLIER et M. WAUCQUEZ, "Chapitre IV. Experts-vérificateurs", in *Commentaire systématique du Code des sociétés*, Waterloo, Kluwer, 2016, p. 14; J. LIEVENS, *De nieuwe vennootschapswet*, Gand, Mys & Breesch, 1991, p. 163.
79. J.-M. GOLLIER et M. WAUCQUEZ, "Chapitre IV. Experts-vérificateurs", in *Commentaire systématique du Code des sociétés*, Waterloo, Kluwer, 2016, p. 14; O. CAPRASSE et R. AYDOGDU, *Conflits entre actionnaires - Prévention et résolution*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 121; B. TILLEMANN, "Het deskundigenonderzoek in vennootschapszaken", *D.A.O.R.*, 1996, n° 40, p. 71.
80. Comm. Termonde, 15 février 1996, *R.W.*, 1996-1997, p. 404.
81. Comm. Termonde, 20 février 2014, *D.A.O.R.*, 2015, n° 3, p. 115.
82. Comm. Termonde, 20 février 2014, *D.A.O.R.*, 2015, n° 3, p. 115.
83. H. FICHEFET et N. KONINGS, "Le pouvoir d'investigation de l'associé et l'interdiction de concurrence dans le chef du gérant", note sous Comm. Liège (div. Liège), 17 novembre 2015, *R.P.S.-T.R.V.*, 2016, p. 1144.

### 3.2.3. Conditions de mise en œuvre : indices ou risque d'atteinte grave aux intérêts de la société

#### a) Indices d'atteinte ou risque d'atteinte

La désignation d'un expert-vérificateur exige une nécessité profonde<sup>(84)</sup> et doit être ordonnée à la lumière de l'intérêt de la société. La demande est fondée lorsqu'il y a des indices d'atteinte grave ou de risque d'atteinte grave aux intérêts de la société. Il est bien question d'indices, de sorte qu'un commencement de preuve est suffisant<sup>(85)</sup>. Cependant, l'absence d'indices précis, concrets ou détaillés (de risque) d'atteinte grave aux intérêts de la société implique le rejet de la demande<sup>(86)</sup>.

L'action intentée par un actionnaire qui dispose en fait de toutes les informations nécessaires parce qu'il est déjà en possession de l'ensemble des documents comptables de la société relatifs aux opérations qu'il estime douteuses, serait non fondée<sup>(87)</sup>.

#### b) Atteinte grave aux intérêts de la société

La notion d'"indices d'atteinte grave ou de risque d'atteinte grave aux intérêts de la société" doit être entendue au sens large "d'actes, d'omissions ou de négligences susceptibles de porter préjudice aux intérêts de la société"<sup>(88)</sup>. La lésion de l'intérêt social ne doit pas nécessairement être actuelle, il suffit que les indices fassent craindre que ce dernier puisse être atteint<sup>(89)</sup>, avec une certaine gravité<sup>(90)</sup>.

Il est bien question de lésion de l'intérêt social, de sorte que l'action ne pourrait être justifiée en cas d'at-

teinte aux seuls intérêts d'actionnaires minoritaires<sup>(91)</sup>. L'action en désignation d'un expert-vérificateur, qui vise uniquement à déterminer la valeur des parts du demandeur afin que celui-ci puisse les céder au meilleur prix doit être rejetée<sup>(92)</sup>. Toutefois, si les intérêts de l'actionnaire individuel et ceux de la société convergent et correspondent, la désignation d'un expert-vérificateur peut être justifiée<sup>(93)</sup>.

De nombreux exemples de situations justifiant une expertise ont été donnés par la jurisprudence<sup>(94)</sup> : un conflit d'intérêts et des détournements de biens sociaux; un soupçon d'irrégularités dans la gestion de l'entreprise; la crainte que, dans l'entreprise, un circuit d'argent noir ait lieu ou que les fonds disponibles aient été convertis de façon trop généreuse en créance en compte courant d'administrateurs; le fait que la société subsiste en grande partie grâce aux avances qui lui avaient été octroyées par les associés en compte courant et que cette information avait été cachée à un associé qui détenait 33 % des actions, ou encore le fait qu'il ressorte d'un rapport des commissaires que la société devrait acter des réductions de valeur sur des participations, ce qui pouvait entraîner la mise en œuvre de la procédure de la sonnette d'alarme.

Il a également été jugé que la présence de "*dysfonctionnements graves au sein des conseils d'administration des sociétés du groupe qui permettent de douter sérieusement de la validité de certaines décisions et des conventions qui en résultent et de constater l'existence d'indices d'atteinte grave aux intérêts de F. SA/NV*" justifie la désignation d'un expert-vérificateur<sup>(95)</sup>.

84. Bruxelles, 30 juin 2010, *Jur. Falc.*, 2010-2011, p. 209.

85. Comm. Termonde, 25 février 2008, *T.R.V.*, 2009, p. 770; *R.W.*, 2011-2012, p. 1305; *J.D.S.C.*, 2013, p. 226.

86. Comm. Liège, 21 février 2005, *R.P.S.*, 2004, p. 200; J.-M. GOLLIER et M. WAUCQUEZ, "Chapitre IV. Experts-vérificateurs", in *Commentaire systématique du Code des sociétés*, Waterloo, Kluwer, 2016, p. 16.

87. Bruxelles, 16 juin 2000, *R.P.S.*, 2000, p. 381; Comm. Dendermonde, 20 février 2014, *D.A.O.R.*, 2015, p. 24 et note N. DELANG; J.-M. GOLLIER et M. WAUCQUEZ, "Chapitre IV. Experts-vérificateurs", in *Commentaire systématique du Code des sociétés*, Waterloo, Kluwer, 2016, p. 13.

88. *Doc. parl.*, Sénat, sess. 1990-1991, n° 1107/3, *Rapport*, p. 299; Bruxelles, 19 juin 2001, *J.D.S.C.*, 2004, p. 295 et note M. CALUWAERTS; Comm. Liège, 21 janvier 2005, *J.D.S.C.*, 2006 (sommaire), p. 170 et note M. CALUWAERTS; Comm. Courtrai, 7 décembre 1995, *D.A.O.R.*, 1996, n° 40, p. 85; Comm. Courtrai, 10 février 1994, *D.A.O.R.*, 1996, n° 40, p. 81; J.-M. GOLLIER et M. WAUCQUEZ, "Chapitre IV. Experts-vérificateurs", in *Commentaire systématique du Code des sociétés*, Waterloo, Kluwer, 2016, p. 16.

89. J.-M. GOLLIER et M. WAUCQUEZ, "Chapitre IV. Experts-vérificateurs", in *Commentaire systématique du Code des sociétés*, Waterloo, Kluwer, 2016, p. 16; O. CAPRASSE et R. AYDOGDU, *Conflits entre actionnaires - Prévention et résolution*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 117.

90. J.-M. GOLLIER et M. WAUCQUEZ, "Chapitre IV. Experts-vérificateurs", in *Commentaire systématique du Code des sociétés*, Waterloo, Kluwer, 2016, p. 17; A. FRANÇOIS, K. BYTTEBIER, J. FASTENAEKELS, T. VAN DE GEHUCHTE et L. VANDENBEMPT, "Omgaan met conflicten in vennootschappen : regeling van geschillen is meer dan geschillenregeling", in K. BYTTEBIER, A. FRANÇOIS, E. JANSSENS et T. VAN DE GEHUCHTE (éds), *Omgaan met conflicten in de vennootschap*, Anvers, Intersentia, 2009, p. 93.

91. Bruxelles, 17 mars 2000, *J.D.S.C.*, 2002, p. 269 et note M. CALUWAERTS; J.-M. GOLLIER et M. WAUCQUEZ, "Chapitre IV. Experts-vérificateurs", in *Commentaire systématique du Code des sociétés*, Waterloo, Kluwer, 2016, p. 17; J. BILLIET, "Het deskundig onderzoek op grond van art. 191 Venn.W.", note sous Comm. Bruxelles, 3 septembre 1992, *D.A.O.R.*, 1992, n° 25, p. 96.

92. Bruxelles, 16 juin 2000, *R.P.S.*, 2000, p. 381; J.-M. GOLLIER et M. WAUCQUEZ, "Chapitre IV. Experts-vérificateurs", in *Commentaire systématique du Code des sociétés*, Waterloo, Kluwer, 2016, p. 17.

93. Bruxelles, 27 avril 2001, *J.L.M.B.*, 2002, p. 1377 (sommaire); J.-M. GOLLIER et M. WAUCQUEZ, "Chapitre IV. Experts-vérificateurs", in *Commentaire systématique du Code des sociétés*, Waterloo, Kluwer, 2016, p. 17.

94. Comm. Termonde, 25 février 2008, *T.R.V.*, 2009, p. 770; *R.W.*, 2011-2012, p. 1305; *J.D.S.C.*, 2013, p. 226.

95. Bruxelles, 12 décembre 2008, *J.T.*, 2009, p. 67.

L'ensemble des faits suivants justifient également qu'une expertise judiciaire en droit des sociétés soit ordonnée en ce qu'ils constituent des indices que des malversations ont eu lieu et peut-être continuent d'avoir lieu dans la société<sup>(96)</sup> :

- le fait qu'une société, sur une petite période de 10 ans, subisse une importante diminution de valeur;
- le fait que de nombreuses prestations comptables ont soudainement été facturées par une société qui, non seulement est administrateur de la société concernée, mais a également un objet social similaire à celui de cette dernière;
- le fait que la société concernée ne bénéficie plus des autorisations nécessaires pour réaliser son objet social;
- le fait qu'un actionnaire qui détient 49 % des parts ne soit pas invité à l'assemblée générale appelée à se prononcer sur la dissolution de la société et que l'épouse d'une personne physique administrateur de la société concernée ait été mentionnée comme deuxième actionnaire et ait cosigné la décision.

### 3.2.4. Etendue de la mission

Conformément à l'article 168 C.soc., la mission de l'expert consiste à vérifier les livres et les comptes de la société ainsi que les opérations accomplies par ses organes. Par ailleurs, en vertu de l'article 169 C.soc., les questions ou les catégories de questions sur lesquelles porteront les investigations de l'expert-vérificateur sont précisées par le juge. Il lui appartient donc de déterminer tant l'objet de l'expertise que la mission de l'expert sur la base de l'ensemble des faits et dysfonctionnements soulevés par les parties requérantes<sup>(97)</sup>.

La mission de l'expert-vérificateur peut être formulée de façon très large par le juge. Ainsi, l'expertise peut porter non seulement sur les livres et comptes de la société mais également, eu égard à la nature de la mesure et à sa finalité, sur tous les documents y afférents au sens le plus large. De même, toutes les opérations possibles et toutes sortes d'opérations (par exemple, biens immobiliers, opérations intragroupes ou opérations dans lesquelles les administrateurs ont un intérêt ou qui concernent ces derniers) accomplies par les organes de gestion de la société peuvent faire l'objet de l'expertise. La mission de l'expert-vérifica-

teur peut également comporter la question de savoir si la politique de gestion de la société est menée dans l'intérêt de celle-ci<sup>(98)</sup>.

Cette faculté dont dispose l'expert de vérifier les livres et comptes de la société ainsi que les opérations accomplies par ses organes est *"plus large qu'une photo de l'entreprise à la date de la citation [...] La désignation d'un expert en vue de contrôler la société sur un certain nombre d'années est parfaitement envisageable"*<sup>(99)</sup>.

A titre exemplatif, l'expertise judiciaire en droit des sociétés peut comporter le fait de<sup>(100)</sup> :

- donner une appréciation sur les conditions financières et autres entourant la vente de participations et déterminer si ces conditions portent atteinte à l'intérêt social;
- déterminer la valeur d'une clientèle transférée et, en général, d'actifs cédés;
- établir un rapport sur la situation financière de la société en termes de solvabilité et liquidité;
- se faire remettre les livres et comptes de la société, les documents ou actes qui rendent compte des actes de l'administration et de l'assemblée générale, ainsi que les actes ou extraits de droit comptable;
- déterminer s'il y a eu une confusion d'intérêts dans le chef d'un administrateur;
- examiner les lettres de convocation et vérifier les régularités de celles-ci;
- dresser un compte rendu de toutes les opérations comptables qui portent atteinte aux statuts, à la législation comptable ou au Code des sociétés, et qui ont mis gravement en danger l'intérêt de la société.

Les investigations relatives à la comptabilité de la société peuvent également porter sur l'origine et l'état de comptes courants d'associés<sup>(101)</sup>.

### 3.3. Appréciation critique

Au niveau de la recevabilité de la demande, nous déplorons que les parties appelantes n'aient pas soulevé devant la Cour la question controversée de la relation entre la demande en désignation d'un expert-vérificateur (art. 168 C.soc.) et les autres mesures d'investigation mises à disposition par le Code des socié-

96. Comm. Termonde, 25 février 2008, *T.R.V.*, 2009, p. 770; *R.W.*, 2011-2012, p. 1305; *J.D.S.C.*, 2013, p. 226.

97. Bruxelles, 12 décembre 2008, *J.T.*, 2009, p. 67.

98. Comm. Termonde, 25 février 2008, *T.R.V.*, 2009, p. 770; *R.W.*, 2011-2012, p. 1305; *J.D.S.C.*, 2013, p. 226.

99. Comm. Termonde, 25 février 2008, *T.R.V.*, 2009, p. 770; *R.W.*, 2011-2012, p. 1305; *J.D.S.C.*, 2013, p. 226.

100. Bruxelles, 12 décembre 2008, *J.T.*, 2009, p. 67; Comm. Termonde, 25 février 2008, *T.R.V.*, 2009, p. 770; *R.W.*, 2011-2012, p. 1305; *J.D.S.C.*, 2013, p. 226.

101. Comm. Courtrai, 7 décembre 1995, *D.A.O.R.*, 1996, n° 40, p. 85; Comm. Bruxelles, 3 septembre 1992, *D.A.O.R.*, 1992, n° 25, p. 93 et note J. BILLIET; J.-M. GOLLIET et M. WAUCQUEZ, "Chapitre IV. Experts-vérificateurs", in *Commentaire systématique du Code des sociétés*, Waterloo, Kluwer, 2016, p. 20.

tés. On peut également regretter que les parties appelantes n'aient pas soumis à la Cour la question de la faculté pour un actionnaire de solliciter la désignation d'un expert-vérificateur alors qu'il était impliqué dans la direction de la société par le biais d'un mandat d'administrateur, comme c'était le cas en l'espèce.

Au niveau du fondement de la demande, nous regrettons que la Cour n'ait pas davantage précisé en quoi le regroupement de comptes courants constituait un "indice ou un risque d'atteinte grave aux intérêts de la société", et pas uniquement une atteinte aux intérêts de l'actionnaire au détriment duquel le regroupement en question avait eu lieu.

### 3.3.1. Quant à la recevabilité

#### a) Qualité

La SA J.M. étant actionnaire à concurrence de 24,91 % des actions de la SA M.A., on peut raisonnablement supposer qu'elle remplit la première condition de recevabilité prévue par l'article 168 C.soc., qui dispose que le ou les associés qui demandent la nomination d'un expert-vérificateur doivent posséder au moins 1 % des voix attachées à l'ensemble des titres existants.

#### b) Intérêt

##### • Principe de subsidiarité et droits individuels d'investigation

Si l'on souscrit à la thèse selon laquelle le principe de subsidiarité prévaut en la matière, il faudrait qu'avant d'introduire une telle demande, la SA J.M. ait fait valoir ses droits par d'autres voies (moins radicales), comme le droit individuel d'investigation et de contrôle dont elle dispose vu l'absence de commissaire<sup>(102)</sup>.

Lorsqu'un associé entend exercer ses droits individuels d'investigation et de contrôle, il détient et

exerce les pouvoirs du commissaire qui ont pour but de lui permettre "de se former une opinion sur les comptes annuels et la régularité des opérations à constater dans ces comptes au regard des statuts et du droit des sociétés"<sup>(103)</sup>. Or si décider de regrouper des comptes courants ne fait pas partie des compétences dévolues au commissaire puisqu'il s'agit de décisions de type managérial<sup>(104)</sup>, ce dernier a néanmoins le devoir d'informer la société du risque que représente un tel regroupement du point de vue de la "recouvrabilité" de sa créance<sup>(105)</sup>.

En exerçant son droit individuel d'investigation, la SA J.M. aurait pu prendre connaissance des livres, de la correspondance, des procès-verbaux et de tous les documents et écritures de la société pertinents à cet égard, ou encore requérir de l'organe de gestion toutes les explications ou informations et procéder à toutes les vérifications nécessaires<sup>(106)</sup>. La question de savoir si ce pouvoir d'investigation peut porter sur les opérations afférentes à des exercices antérieurs (et approuvés) est controversée en doctrine et jurisprudence. Le tribunal de Liège s'est toutefois récemment prononcé en faveur d'une telle conception large de ce pouvoir<sup>(107)</sup>. Nous ignorons si la SA J.M. a exercé ce droit individuel d'investigation avant de faire une demande en désignation d'expert-vérificateur.

Un tempérament à ce qui précède doit être apporté eu égard au fait que, sur la base des informations à notre disposition, il semblerait que la SA J.M. était administrateur de la SA M.A. au moment où les opérations litigieuses ont eu lieu. Or la qualité d'administrateur de la SA J.M. obligeait celle-ci à requérir l'information qui ne lui aurait pas été correctement ou suffisamment fournie dans le cadre de son mandat de gestion<sup>(108)</sup>. Si l'administrateur-actionnaire demeure passif, il ne peut pas se prévaloir de l'article 166 C.soc. (droit d'investigation individuel)<sup>(109)</sup>. Le droit d'investigation de l'actionnaire, nommé par ailleurs en tant qu'administrateur, doit être apprécié au regard de la manière dont celui-ci a exercé ses tâches de gérance et traité l'information qui lui a été fournie en cette dernière qualité. Si l'information obtenue (ou

102. Comm. Termonde, 20 février 2014, *D.A.O.R.*, 2015, n° 3, p. 115.

103. M. DE WOLF, "Art. 166 C.soc.", in *Commentaire systématique du Code des sociétés*, Waterloo, Kluwer, 2004, p. 56; voy. particulièrement l'article 137, § 1er, C.soc.

104. A cet égard, voy. les articles 133 (indépendance du commissaire) et 133/1, § 2, 1° (les services qui supposent d'être associé à la gestion ou à la prise de décision de la société soumise au contrôle légal constituent des services non-audit interdits), C.soc.

105. A cet égard, voy. l'arrêt royal du 30 janvier 2001 portant exécution du code des sociétés, article 68, *M.B.*, 6 février 2001, p. 3008.

106. H. FICHEFET et N. KONINGS, "Le pouvoir d'investigation de l'associé et l'interdiction de concurrence dans le chef du gérant", note sous Comm. Liège (div. Liège), 17 novembre 2015, *R.P.S.-T.R.V.*, 2016, p. 1144.

107. Comm. Liège (div. Liège), 17 novembre 2015, *R.P.S.-T.R.V.*, 2016, p. 1136.

108. H. FICHEFET et N. KONINGS, "Le pouvoir d'investigation de l'associé et l'interdiction de concurrence dans le chef du gérant", note sous Comm. Liège (div. Liège), 17 novembre 2015, *R.P.S.-T.R.V.*, 2016, p. 1144.

109. H. FICHEFET et N. KONINGS, "Le pouvoir d'investigation de l'associé et l'interdiction de concurrence dans le chef du gérant", note sous Comm. Liège (div. Liège), 17 novembre 2015, *R.P.S.-T.R.V.*, 2016, p. 1144.



qui aurait dû l'être) dans le cadre de l'exercice de son mandat d'administrateur fait double emploi avec l'information sollicitée sur pied de l'article 166 C.soc., la demande d'investigation devra être déclarée sans objet<sup>(110)</sup>.

Il ressort de ce qui précède que, si l'on soutient la thèse selon laquelle le principe de subsidiarité prévaut, la SA J.M. aurait dû avoir recours à d'autres mesures (moins radicales), comme l'exercice de son droit individuel d'investigation, avant de solliciter la désignation d'experts-vérificateurs. Cependant, si la SA J.M. a fait preuve de passivité dans l'exercice de son mandat d'administrateur, sa demande d'investigation (au titre d'actionnaire) devrait être déclarée sans objet<sup>(111)</sup>.

Par contre, si l'on souscrit à la thèse de la complémentarité des mesures d'investigation - qui emporte notre préférence -, on admet que la SA J.M. conserve son droit de solliciter la désignation d'un expert-vérificateur alors même qu'elle n'a pas fait usage de son droit individuel d'investigation.

#### • Actionnaire-administrateur et désignation d'un expert-vérificateur

Même à considérer que la SA J.M. avait le droit de solliciter la désignation d'un expert-vérificateur, sa demande devrait être rejetée à défaut d'intérêt si, eu égard à son degré d'implication dans la direction de

la société, elle était déjà censée avoir la réponse à ses questions<sup>(112)</sup>.

En effet, le fait que la SA J.M. était administrateur de la SA M.A. au moment des opérations litigieuses nous permet de raisonnablement supposer que la SA J.M. a sans doute participé à la prise de décision concernant lesdites opérations de regroupement des comptes courants. On peut donc s'étonner que cette dernière sollicite ensuite la désignation d'un expert-vérificateur. En effet, un tel mécanisme de contrôle a pour objectif de permettre à un actionnaire, éventuellement minoritaire et ne faisant justement pas partie du conseil d'administration, de se plaindre d'une situation douteuse à propos de laquelle les dirigeants refusent de communiquer<sup>(113)</sup>. Le but est de donner la possibilité à l'actionnaire d'accéder à des informations auxquelles il n'a, normalement, pas accès<sup>(114)</sup>. Or ce n'est probablement pas le cas en l'espèce. La demande aurait ainsi dû être rejetée à défaut d'intérêt si la SA J.M., de par son mandat d'administrateur, était censée déjà avoir la réponse à ses interrogations<sup>(115)</sup>.

#### 3.3.2. Quant aux conditions de mise en œuvre

Il convient ensuite d'examiner si des indices précis, concrets ou détaillés existent quant au risque d'atteinte aux intérêts de la société<sup>(116)</sup>. A cet égard, nous regrettons que la Cour n'ait pas davantage précisé en quoi les opérations litigieuses constituaient un "indice

- 
110. H. FICHEFET et N. KONINGS, "Le pouvoir d'investigation de l'associé et l'interdiction de concurrence dans le chef du gérant", note sous Comm. Liège (div. Liège), 17 novembre 2015, *R.P.S.-T.R.V.*, 2016, p. 1144.
111. Il nous semble néanmoins intéressant de souligner l'existence d'un éventuel conflit d'intérêts dans le chef du représentant permanent de la SA J.M., qui, d'après les informations dont nous disposons, était alors également administrateur (personne physique) de la SA M.A. Cet élément doit être mis en lumière dans la mesure où le regroupement des comptes courants a directement profité à ce représentant permanent-administrateur, au détriment de la SA J.M. Rappelons que dès lors que le représentant permanent est soumis aux mêmes conditions et encourt les mêmes responsabilités que s'il exerçait en nom propre la mission d'administrateur, la procédure en conflit d'intérêts visée à l'article 523 C.soc. lui est applicable, même si le conflit d'intérêts existe uniquement dans le chef du représentant permanent et non dans celui de la personne morale (N. KONINGS, P. DE WOLF et G. STEVENS, "Art. 523 C.soc.", in *Commentaire systématique du Code des sociétés*, Waterloo, Kluwer, 2013, p. 55; E. POTTIER et T. L'HOMME, "La loi de corporate governance du 2 août 2002 modifiant le Code des sociétés", *R.D.C.*, 2005, p. 320; X. DIEUX et D. WILLERMAIN, *Corporate governance - la loi du 2 août 2002*, série "Les dossiers du Journal des Tribunaux", n° 46, Bruxelles, Larcier, 2004, n° 25, p. 58; H. BRAECKMANS, "Bestuur van de BVBA door een rechtspersoon en de vaste vertegenwoordiger van bestuurder-rechtspersoon", in H. BRAECKMANS et E. WYMEERSCH (éds), *Behoortijk vennootschapsbestuur. Een analyse van de wet van 2 augustus 2002*, Anvers, Intersentia, 2003, n° 30, p. 15; E. LEROUX, "De vaste vertegenwoordiger van de rechtspersoon-bestuurder", *T. Not.*, 2003, p. 521-522; O. CAPRASSE, "Personne morale administrateur et comité de direction", *D.A.O.R.* 2002, p. 331; *Comp. M. WAUTERS*, "De bestuurder-rechtspersoon en zijn vaste vertegenwoordiger", in K. GEENS, F. HELLEMANS, D. NAPOLITANO, J.-M. NELISSEN GRADE, M. WAUTERS et M. WYCKAERT, *Nieuw vennootschapsrecht 2002 - Wet Corporate Governance*, Kalmthout, Biblo, 2003, n° 60, p. 68; H. DE WULF, "De rechtspersoon-bestuurder en de schriftelijke algemene vergadering", *NjW*, 2003, n° 29, p. 482).
112. Comm. Courtrai, 7 décembre 1995, *D.A.O.R.*, 1996, n° 40, p. 85; J.-M. GOLLIER et M. WAUCQUEZ, "Chapitre IV. Experts-vérificateurs", in *Commentaire systématique du Code des sociétés*, Waterloo, Kluwer, 2016, p. 14; A. FRANÇOIS, K. BYTTEBIER, J. FASTENAEKELS, T. VAN DE GEHUCHTE et L. VANDENBEMPT, "Omgaan met conflicten in vennootschappen : regeling van geschillen is meer dan geschillenregeling", in K. BYTTEBIER, A. FRANÇOIS, E. JANSSENS et T. VAN DE GEHUCHTE (éds), *Omgaan met conflicten in de vennootschap*, Anvers, Intersentia, 2009, p. 88; K. BYTTEBIER, "De criteria ter beoordeling van de ontvankelijkheid van een vordering ex artikel 191 Venn.W.", note sous Prés. Comm. Gand, 23 juin 1992, *R.D.C.*, 1994, p. 1034.
113. Comm. Termonde, 20 février 2014, *D.A.O.R.*, 2015, p. 24 et note N. DELANG; J.-M. GOLLIER et M. WAUCQUEZ, "Chapitre IV. Experts-vérificateurs", in *Commentaire systématique du Code des sociétés*, Waterloo, Kluwer, 2016, p. 9.
114. Comm. Termonde, 20 février 2014, *D.A.O.R.*, 2014, p. 24 et note N. DELANG; Comm. Liège, 21 janvier 2005, *J.D.S.C.*, 2006 (sommaire), p. 170 et note M. CALUWAERTS; J.-M. GOLLIER et M. WAUCQUEZ, "Chapitre IV. Experts-vérificateurs", in *Commentaire systématique du Code des sociétés*, Waterloo, Kluwer, 2016, p. 9.
115. Un tempérament peut néanmoins être apporté sur ce point si l'éventuel conflit d'intérêts dans le chef du représentant permanent de la SA J.M. a "faussé le jeu".
116. Comm. Liège, 21 janvier 2005, *R.P.S.*, 2004/2, p. 195; B. TILLEMANS, "Het deskundigenonderzoek in vennootschapszaken", *D.A.O.R.*, 1996, n° 40, p. 70.

ou un risque d'atteinte grave aux intérêts de la société”.

En l'occurrence, la demande est fondée sur des opérations de regroupement des huit comptes courants débiteurs qui existaient alors dans la SA M.A. Pour rappel, ce regroupement a impliqué la suppression de cinq comptes courants principalement au profit de membres de la famille M. et au détriment de la SA J.M., puisque celle-ci a vu son compte courant débiteur augmenter. La SA J.M. a ainsi supporté à elle seule 54,16 % des transferts opérés entre les comptes courants débiteurs, alors qu'elle ne détient que 24,91 % des actions de la SA M.A. Grâce à cette répartition, la réduction de capital de la SA M.A. qui eut lieu par la suite aura pour conséquence de faire disparaître les comptes courants débiteurs de la famille M., contrairement à ceux de la SA J.M.

Les comptes courants débiteurs comptabilisent les avances faites par la société à ses associés et/ou dirigeants. A première vue, le regroupement des comptes courants semble n'impacter (négativement) que la SA J.M. Or, comme dit précédemment, l'action ne saurait être justifiée en cas d'atteinte aux seuls intérêts d'un actionnaire pris individuellement ou lorsqu'elle vise uniquement à déterminer la valeur des parts du demandeur afin que celui-ci en retire le meilleur prix en cas de cession. Toutefois, un regroupement des comptes courants consiste bien également en un risque d'atteinte aux intérêts de la SA M.A. en ce qu'il implique une diversification moindre du risque de “non-recouvrabilité” pour cette dernière. Puisque rien n'empêche que les intérêts de l'actionnaire individuel et ceux de la société correspondent, la désignation d'un expert-vérificateur est, à notre sens, justifiée<sup>(117)</sup>. Nous suivons donc la Cour lorsqu'elle conclut *in fine* à l'existence d'un risque d'atteinte aux intérêts de la société.

Néanmoins, rappelons que malgré l'existence d'un risque d'atteinte grave aux intérêts de la société, l'action introduite par la SA J.M. (également administrateur de la SA M.A.) pourrait être non fondée si cette dernière disposait en fait de toutes les informations nécessaires parce qu'elle était déjà en possession de l'ensemble des documents comptables de la société relatifs aux opérations qu'elle estimait suspectes<sup>(118)</sup>.

## 4. Conclusion

L'arrêt examiné nous donne l'opportunité de nous pencher sur l'action en dissolution pour perte du capital social sur la base de l'article 634 C.soc. et sur l'action en désignation d'un expert-vérificateur visée à l'article 168 C.soc. Ces thématiques, déjà abondamment traitées en doctrine et jurisprudence, sont “classiques” en droit des sociétés mais les circonstances de l'espèce le sont moins : le demandeur initial (partie intimée dans l'arrêt examiné) est actionnaire de la société citée et en a été, pendant plusieurs années, administrateur. Il est par ailleurs tombé en faillite et est dès lors représenté par son curateur. Les enseignements à retirer de l'arrêt sont dès lors multiples.

Conformément à l'article 634 C.soc., tout intéressé ou le Ministère public peut demander au tribunal la dissolution d'une société anonyme dont l'actif net s'élève à un montant inférieur à 61.500 EUR.

Au niveau de la recevabilité, le terme “intéressé” implique que le demandeur en dissolution doit avoir un intérêt matériel ou moral, effectif mais non théorique, concret, personnel et direct au moment où la demande est formée. Tant les actionnaires que les administrateurs, curateur ou liquidateur, commissaires, créanciers, cocontractant, travailleur et concurrents de la société ont été reconnus comme étant “intéressés” au sens de l'article 634. Toutefois, il ne suffit pas que le demandeur dispose d'un intérêt concret à introduire l'action en dissolution; cet intérêt doit en outre consister en un “intérêt légitime à obtenir une mesure nécessaire et proportionnée”. Nous regrettons à cet égard que la Cour n'ait pas examiné dans quelle mesure l'action introduite par le curateur n'était pas abusive.

Quant au fondement de la demande, l'actif net qui doit être pris en compte pour envisager l'éventuelle perte du capital social doit résulter d'une comptabilité régulière offrant une image fidèle de la situation financière de la société. Si le tribunal a des doutes à cet égard, il peut désigner un expert dont la mission consistera à vérifier si l'actif net est bien réduit à un montant inférieur à 61.500 EUR ou entendre le comptable de la société, par exemple, pour vérifier si les comptes de celle-ci ont été établis conformément au

117. Bruxelles, 27 avril 2001, *J.L.M.B.*, 2002, p. 1377 (sommaire); J.-M. GOLLIER et M. WAUCQUEZ, “Chapitre IV. Experts-vérificateurs”, in *Commentaire systématique du Code des sociétés*, Waterloo, Kluwer, 2016, p. 17.

118. Bruxelles, 16 juin 2000, *R.P.S.*, 2000, p. 381; Comm. Dendermonde, 20 février 2014, *D.A.O.R.*, 2015, p. 24 et note N. DELANG; J.-M. GOLLIER et M. WAUCQUEZ, “Chapitre IV. Experts-vérificateurs”, in *Commentaire systématique du Code des sociétés*, Waterloo, Kluwer, 2016, p. 13.

droit comptable. En l'occurrence, en raison des questions (légitimes) que la Cour pouvait se poser sur la régularité des plus-values de réévaluation sur immeubles actées par la société poursuivie, la Cour a ordonné la réouverture des débats afin de permettre aux parties de s'en expliquer. Cette décision rejoint la jurisprudence antérieure en la matière et doit être approuvée.

Conformément à l'article 168 C.soc., s'il existe des indices d'atteinte grave ou de risque d'atteinte grave aux intérêts de la société, un ou plusieurs associés possédant au moins 1 % des voix attachées à l'ensemble des titres existants, ou possédant des titres représentant une fraction du capital égale à 1.250.000 EUR au moins, peuvent requérir du tribunal de commerce la désignation d'un ou de plusieurs experts ayant pour mission de vérifier les livres et les comptes de la société ainsi que les opérations accomplies par ses organes. Un tel mécanisme de contrôle a pour objectif de permettre à un actionnaire, éventuellement minoritaire et ne faisant pas partie du conseil d'administration, d'accéder à des informations auxquelles il n'a, normalement, pas accès.

Au niveau de la recevabilité, le demandeur doit atteindre un des seuils prévus à l'article 168 C.soc. (seuil en voix ou seuil en capital). Il doit également démontrer qu'il a intérêt à obtenir des informations sur des opérations douteuses qui sont susceptibles de porter atteinte aux intérêts de la société. La demande sera rejetée à défaut d'intérêt si l'actionnaire, dans le cadre de ses fonctions, est déjà censé avoir la réponse à ses questions. L'intérêt doit ainsi s'apprécier au regard du degré d'implication de l'actionnaire demandeur dans la direction et/ou le contrôle de la société. Nous déplorons à cet égard que les parties appelantes n'aient pas soumis à la Cour la question de la faculté pour un actionnaire de solliciter la désignation d'un expert-vérificateur alors qu'il est impliqué dans la direction de la société par le biais d'un mandat d'administrateur, comme c'était le cas en l'espèce. On peut également regretter que les parties appelantes n'aient pas soulevé devant la Cour la question controversée de la relation entre la demande en désignation d'un expert-vérificateur (art. 168 C.soc.) et les autres mesures d'investigation mises à disposition par le Code des sociétés. Ceci aurait permis d'enrichir et de nourrir le débat, récemment relancé suite au jugement rendu par le Tribunal de Termonde prônant la thèse de la subsidiarité.

Au niveau du fondement, la demande en désignation d'un expert-vérificateur sera fondée lorsqu'il y a des indices d'atteinte grave ou de risque d'atteinte grave aux intérêts de la société. Par contre, l'action intentée par un actionnaire qui dispose en fait de toutes les informations nécessaires parce qu'il est déjà en possession de l'ensemble des documents comptables de la société relatifs aux opérations qu'il estime douteuses serait non fondée. Il est bien question de lésion de l'intérêt social, de sorte que l'action ne pourrait être justifiée en cas d'atteinte aux seuls intérêts d'actionnaires minoritaires. Toutefois, si les intérêts de l'actionnaire individuel et ceux de la société correspondent, la désignation d'un expert-vérificateur peut être justifiée. Nous déplorons à cet égard que la Cour n'ait pas davantage précisé en quoi le regroupement de comptes courants constituait un "indice ou un risque d'atteinte grave aux intérêts de la société", et pas uniquement une atteinte aux intérêts de l'actionnaire au détriment duquel le regroupement en question avait eu lieu.

*Alice Hannouille*<sup>(119)</sup>

---

119. Assistante à l'UCL (CRIDES - Jean Renauld).