

N° 7140

**LA PROTECTION FINANCIÈRE DES TIERS
MOYENS DE CONTRÔLE ET D'ACTION**

INTRODUCTION : PERSONNALITÉ MORALE,
PATRIMOINE SOCIAL ET PROTECTION DES TIERS

1. — La personnalité morale est une fiction légale consacrant la soustraction d'une partie d'un patrimoine aux fins d'affectation à la réalisation d'un but déterminé(1). Ce but est essentiel, car la personnalité morale n'existe qu'en fonction de celui-ci. On en déduit le principe de la spécialité des personnes morales(2).

L'existence de la personne morale en tant qu'entité juridique autonome ne peut résulter que de la volonté du législateur. Elle est un être fictif, dont l'assimilation aux personnes physiques résulte de la pure technique juridique(3). La personnalité juridique traduit une réalité certaine : depuis toujours, les hommes associent leurs biens et leurs efforts dans un but lucratif. Certes, leur « association » est réelle puisqu'elle émane de leur volonté commune et consciente. Mais reconnaître à cette « association » une existence juridique propre, distincte de celle de ses membres, en faire un être juridique à part entière, procède incontestablement d'une fiction légale. Toute autre explication nous paraît procéder d'abstractions intellectuelles étrangères à la réalité des choses. Conscient de cette réalité, le législateur manifeste le souci constant de parer aux abus que peut engendrer l'usage de la personnalité morale(4) en insérant dans la

(1) H. DE PAGE, *Traité*, I, n° 500.

(2) H. DE PAGE, *Traité*, I, n°s 500 et 510. Voy. aussi W. VAN GERVEN, « *Beginselen van Belgisch privaatrecht* », I, *Algemeen deel*, Brussel, Story-Scientia, 1987, 124-132.

(3) J. GUILLERY, *Commentaires législatifs de la loi du 18 mai 1873 sur les sociétés commerciales en Belgique*, Bruxelles, Bruylant, 1878, n° 29 ; B. WAUWERMANS, *Manuel Pratique des Sociétés Anonymes*, Bruxelles, Bruylant, 1914, n° 17 ; P.A. FORIERS, F. MAUSSON et L. SIMONT, « L'abus de pouvoirs ou de fonctions en droit commercial belge », in *L'abus de pouvoirs ou de fonctions, travaux de l'association Henri Capitant*, T. WXVIII, Paris, Economica, 1980, 166 ; J. VAN RYN et P. VAN OMMESLAGHE, « Examen de jurisprudence (1966-1971). Les sociétés commerciales », *R.C.J.B.*, 1973, p. 355.

(4) Voy. en matière de groupe de sociétés, S. VAN CROMBRUGGE, *De juridische en fiscale eenheidsbehandeling van vennootschapsgroepen*, Anvers, Kluwer, 1984, spéc. n°s 283 et suiv.

loi sur les sociétés une série de garanties indispensables pour assurer la réalité et le maintien du capital social, gage premier des créanciers. Car, en effet, le recours à la personnalité morale permet à une personne physique de fragmenter son patrimoine pour échapper, du moins en partie, à la règle prévue à l'article 7 de la loi hypothécaire(5).

2. — Le patrimoine social et le capital constituent, surtout pour les formes d'entreprise à responsabilité limitée, la garantie principale des créanciers(6). Le législateur a, pour cette raison, mis en place un vaste système destiné à assurer la protection de ces créanciers, qui s'appuie sur deux corps de règles essentielles : la réglementation relative à l'établissement et à la publicité des comptes annuels de l'entreprise, d'une part, et l'instauration d'un organe de contrôle en la personne du commissaire-réviseur, d'autre part.

3. — L'information des tiers est une préoccupation constante du législateur. La première directive prise par le Conseil des Communautés Européennes, du 9 mars 1968, a organisé la publicité des actes constitutifs des sociétés, de leurs modifications et de nombreux faits et données relatifs à leur fonctionnement. Ces règles qui intéressent au premier chef la sécurité des tiers(7) furent adaptées, en droit belge, par la loi du 6 mars 1973.

Le droit comptable joue également un rôle déterminant dans la protection des tiers.

Le législateur a, par la loi du 17 juillet 1975 et ses arrêtés d'exécution, élaboré un système efficace d'information qui, au-delà de son objet qui est d'informer, témoigne d'une évolution marquante des conceptions.

L'organisation du capital n'apparaît plus comme le seul moteur des réformes. Avec le droit comptable, c'est le droit de l'entreprise qui connaît un nouveau développement et, avec elle, la reconnaissance — et la protection — d'intérêts divers, différents et diver-

(5) W. VAN GERVEN, *Algemeen Deel*, pp. 245 et suiv.

(6) J. HEENEN, « Le capital social des sociétés par actions — théories et réalités », in *Liber Amicorum Krings*, *Story Scientia*, 1991, p. 168, citant RIPERT et ROBLOT, I, 11^{ème} éd., n° 1036.

(7) L. SIMONT, « Les règles relatives à la publicité, aux nullités et aux actes accomplis au nom d'une société en formation », in *Les sociétés commerciales*, Bruxelles, *J.B.*, 1985, pp. 63 et suiv.

gents. Le droit comptable s'affranchit du cadre restreint du droit des sociétés dans lequel il se confinait jusqu'alors pour s'inscrire, désormais, « dans une perspective plus large tenant compte de la dimension économique et sociale des entreprises et de leur fonction dans la communauté »(8).

La définition de l'entreprise dans le Rapport au Roi précédant l'Arrêté royal du 8 octobre 1976, relatif aux comptes annuels des entreprises(9) cristallise l'existence d'intérêts « catégoriels »(10). Afin d'assurer leur protection, le législateur a imposé aux sociétés — et aux entreprises fonctionnant sur un autre mode — la communication et la publication d'un très grand nombre d'informations destinées à tous ceux qui peuvent être intéressés par cette activité(11).

L'information comptable, érigée en obligation par ces textes, est un maillon essentiel de la protection financière des tiers.

Cette information est strictement réglementée. Elle se fonde sur la détermination de critères d'évaluation et l'exigence d'un bilan détaillé, appuyé par des indications complémentaires en annexe et la publication de ces informations(12).

La qualité et la quantité de l'information connaît, au gré des années et des réformes législatives, une importance croissante, ainsi qu'en témoignent des textes récents, tels que l'Arrêté royal du 6 mars 1990 relatif aux comptes consolidés des entreprises et la loi du 18 juillet 1991 modifiant les lois sur les sociétés commerciales dans le cadre de l'organisation transparente du marché des entreprises et des offres publiques d'acquisition. Cette loi a en

(8) Rapport au Roi, *Pasin.*, 1976, p. 2193-2194.

(9) Rapport au Roi, *Pasin.*, 1976, pp. 2193-2194. Voy. J.L. DUPLAT, « La magistrature économique et la restructuration de l'économie belge », in *Les magistratures économiques et la crise*, Bruxelles, CRISP, 1984, p. 134.

(10) J. PAILLUSSEAU, « Les fondements du droit moderne des sociétés », *S.J.* 1984, 3148, n° 64-65.

(11) Comp. l'Arrêté royal du 8 novembre 1989, relatif aux offres publiques d'acquisition qui invite le conseil d'administration à tenir compte des intérêts de l'ensemble des actionnaires, des créanciers et des travailleurs (art. 15, par. 2 et 35, 3°).

(12) Art. 10 de l'Arrêté royal du 12 septembre 1983 portant exécution de la loi du 17 juillet 1975 tel que modifié par l'Arrêté royal du 30 décembre 1991 et par l'Arrêté royal du 5 août 1992. Le rapport au Roi qui précède ce dernier Arrêté met en lumière l'intérêt que présente l'obligation de publicité, pour les formes d'entreprise à responsabilité limitée, à l'exclusion des autres.

effet modifié, en vue d'en accroître l'efficacité, le mode de dépôt des comptes annuels(13).

4. — La présente étude n'a point pour objet d'analyser ces règles ni de commenter la pertinence et l'efficacité des mécanismes mis en place, mais plutôt d'étudier l'organe institué par le législateur pour certifier la crédibilité de ces informations. Quelle serait en effet la valeur et la fiabilité d'une information qui ne serait soumise à aucun contrôle ?

C'est donc, sous l'angle des moyens de contrôle mis à disposition des tiers, la figure juridique du commissaire qui retiendra notre attention dans la première partie.

Nous envisageons successivement la conception et l'évolution de son statut, sa mission et son rôle en droit positif avant de conclure par un examen critique de l'efficacité du contrôle ainsi conçu, institué et pratiqué.

L'efficacité du contrôle se mesure par ailleurs aux moyens d'action dont dispose celui en faveur de qui s'exerce le contrôle.

Tel sera l'objet de la deuxième partie de cette étude consacrée qui dressera l'inventaire des moyens d'action mis à la disposition des tiers par la loi sur les sociétés commerciales. Ces moyens d'action visent à garantir, pour la plupart, la réalité et le maintien du capital social.

La troisième partie intitulée « Considérations “de lege lata” et “de lege ferenda” » est consacrée au rôle de plus en plus important que jouent et que peuvent être appelés à jouer, à l'avenir, certains mécanismes légaux ou jurisprudentiels qui sont de nature eux aussi à protéger les tiers, à savoir la responsabilité quasi-délictuelle des administrateurs et des actionnaires et l'administration provisoire. Elle se termine par quelques considérations critiques sur la mission des commissaires-réviseurs et sur la refonte du droit de la pré-faillite.

(13) Art. 80 L.C.S.C.

Section 1. — *moyens de contrôle*

§ 1 *Le commissaire-réviseur, organe de contrôle*

5. — L'utilité du contrôle de l'information financière n'est plus à démontrer.

La loi confie ce contrôle au commissaire-réviseur, qu'elle charge du contrôle de la situation financière des comptes annuels et de la régularité au regard de la loi sur les sociétés et des statuts, des opérations à constater dans les comptes annuels(14).

Le régime de contrôle ici décrit ne vise que les « grandes » sociétés qui répondent aux critères énoncés à l'article 12, par. 2 de la loi du 17 juillet 1975 relative à la comptabilité et aux comptes annuels des entreprises(15). Les sociétés qui ne dépassent pas plus d'une des limites fixées par cette disposition peuvent être soumises, sauf disposition contraire des statuts et sauf si l'entreprise dispose d'un conseil d'entreprise, à un régime différent. En l'absence de la désignation d'un commissaire, les associés retrouvent individuellement les pouvoirs d'investigation et de contrôle des commissaires(16).

Les lois des 12 juillet et 17 juillet 1989 sur les groupements européens d'intérêts économique (G.E.I.E.) et sur les groupements (belges) d'intérêt économique (G.I.E) ont opté pour l'obligation de confier à un ou plusieurs réviseurs d'entreprises le contrôle de la situation financière, des comptes annuels et de la régularité au regard du contrat de groupement des opérations à constater dans les comptes annuels, chaque fois qu'un membre du groupement est tenu par l'obligation légale de contrôle des documents comptables(17).

(14) Art. 64, par. 1^{er}, al. 1 L.C.S.C.

(15) Ces critères (modifiés par l'Arrêté royal du 30 décembre 1991) sont les suivants : nombre de travailleurs occupés, en moyenne annuelle, 50 ; chiffre d'affaires hors TVA, 170 millions francs ; total du bilan : 85 millions francs.

(16) Cette règle s'applique aussi aux S.P.R.L. (art. 13), aux S.C.A. (art. 107) et aux S.C. (art. 147*octies*).

Voy. J. RONSE et csorts, « Overzicht van rechtspraak (1978-1985) Venootschappen » in *T.P.R.*, 1986, p. 1345 ; I. VEROUGSTRAETE, « Le contrôle financier des sociétés anonymes », in *Les sociétés commerciales*, Bruxelles, Jeune Barreau, 1985, p. 294 ; A. BENOÎT-MOURY, « Dix ans de jurisprudence en matière de sociétés », *Actualité du droit*, 1991-1, p. 132.

(17) Voy. I. CORBISIER et P. DE WOLF, « Le fonctionnement et l'organisation des groupements d'intérêt économique », in *Les groupements d'intérêt économique*, Academia Bruylant, 1991, p. 99 ; voy. également D. VAN GERVEN et Carel

Enfin, lorsque la société fait partie d'un groupe qui publie des comptes consolidés, ceux-ci seront contrôlés soit par le commissaire-réviseur de l'entreprise consolidant, soit par un ou plusieurs réviseur(s) d'entreprise nommé(s) par l'assemblée générale de l'entreprise(18).

À l'instar des sociétés, les « petits » groupes de sociétés sont exempts de l'obligation d'établir des comptes sur une base consolidée(19).

6. — En plus de la mission de contrôle permanent dont il a la charge, le commissaire-réviseur intervient dans un nombre croissant d'opérations que le législateur a entendu soumettre à son contrôle.

Son intervention préalable est requise en cas d'apport en nature (art. 29*bis* et 34, par. 2), de quasi-apport (art. 29), de souscription d'actions sous le pair comptable (art. 33*bis*, par. 6), lors de renonciation des actionnaires à leur droit de préférence (art. 34*bis*, par. 3, 4 et 4*bis*), en cas de dualité d'intérêts dans le chef d'un administrateur (art. 60, par. 1), de modification de l'objet social (art. 70*bis*), lors du versement d'acompte sur dividendes (art. 77*ter*), en cas de conversion d'obligations convertibles (art. 101*octies*), ou de transformation (art. 166, 167, 170).

Il n'est plus permis de parler du monopole du commissaire-réviseur, à propos de ces missions annexes, depuis l'introduction, par la loi du 18 juillet 1991, de la possibilité de recourir, dans certains cas, à l'intervention d'un expert-comptable inscrit au Tableau des experts-comptables externes de l'Institut des Experts-Comptables(20).

A.V. AALDERS, *European Economic Interest Groupings — The EEC Regulation and its application in the Member States of the European Community*, Kluwer, 1990, pp. 85-86.

(18) Arrêté royal du 6 mars 1990 sur les comptes consolidés des entreprises, art. 74.

(19) Art. 9 de l'Arrêté royal du 6 mars 1990, modifié par l'arrêté royal du 30 décembre 1991.

Cette exemption s'applique lorsque l'entreprise et ses filiales n'excèdent pas plus d'une des limites ci-après, établies sur une base consolidée : chiffre d'affaires annuel hors TVA : 680 millions francs ; total du bilan : 340 millions francs ; nombre de travailleurs occupés, en moyenne annuelle : 250.

Pour les exercices précédant le 1^{er} janvier 1999, ces limites sont fixées comme suit : chiffre d'affaires annuel hors TVA : 1 700 millions francs ; total du bilan : 850 millions francs ; nombre de travailleurs occupés, en moyenne annuelle : 500.

(20) L'intervention de l'expert-comptable est autorisée dans les cas suivants : souscription d'actions sous le pair comptable (art. 33*bis*, par. 6), renon-

7. — Le commissaire-réviseur est un véritable organe de contrôle de la société et occupe, à ce titre, une place à part dans les sociétés(21). Il n'est plus le mandataire des actionnaires, chargé d'exercer à leur place la surveillance de la société mais un professionnel titulaire d'une mission légale, à qui la loi reconnaît un monopole. Il a à certifier à l'égard de la collectivité en général ou à l'égard de tiers déterminés, les documents comptables des entreprises(22).

Le commissaire exerce une fonction dite de « contrôle externe »(23), qui le différencie des comptables salariés chargés de la tenue de la comptabilité au jour le jour ou des experts-comptables qui en assurent la révision.

8. — Bien que le contrôle exercé par le commissaire se rapproche de la notion de surveillance, son rôle ne peut se confondre avec la mission qui lui était dévolue sous l'empire de la loi de 1873. La « surveillance » confiée à un ou plusieurs commissaires visait non seulement le contrôle des comptes mais aussi la surveillance de la gestion au sens le plus large du terme(24).

Son rôle ne s'identifie pas non plus à celui du conseil de surveillance, connu en droit français ou de l'« Aufsichtsrat » allemand, qui sont des organes chargés de vérifier les comptes mais aussi la régularité et l'opportunité des actes de gestion(25).

Enfin, ce contrôle se démarque, par sa nature et sa finalité, des fonctions de gestion confiées au conseil d'administration. Le prin-

ciation des actionnaires à leur droit de préférence (art. 34bis, par. 3, 4 et 4bis) et dualité d'intérêts dans le chef d'un administrateur (art. 60, par. 1). Sur les différences qui subsistent entre les deux fonctions, cons. le rapport fait au nom de la Commission « ad hoc » sociétés commerciales, par MM. VERHAEGEN et BAYENET, *Doc. Parl.*, Sénat, session 1990-1991, 1107-3, 214.

(21) Cons. J. VAN RYN, « La politique du contrôle des entreprises et son évolution », in *Réforme du révisorat et droit des sociétés*, Ann. Dr. Liège, 1985, pp. 24-25. En France : Y. GUYON, *Droit des Affaires*, 6^{ème} édition, 1990, II, p. 364 ; DE JUGLART et IPPOLITO, *Cours de droit commercial — Les sociétés commerciales*, Paris, 1988, T. II, pp. 540 et suiv.

(22) *Doc. Parl.*, Chambre (1982-1983), n° 552.

(23) A. BENOÎT-MOURY, « Les pouvoirs et les responsabilités de commissaires », *Revue*, 1986, n° 6369, p. 2.

(24) J. VAN RIJN, « La politique du contrôle des entreprises et son évolution » in *Réforme du Révisorat et droit des sociétés*, *op. cit.*, p. 9.

(25) P. MERLE, *Droit commercial*, Dalloz, 1988, p. 424. La notion de conseil de surveillance existe également dans le grand projet de réforme, n° 387, mais n'a, pas plus que l'ensemble du projet, jamais été introduite en droit belge.

cipe de la non-immixtion, corollaire du caractère de contrôleur externe du commissaire est affirmé de manière implicite, mais certaine(26).

9. — Évolution historique de la notion de contrôle.

Le code de commerce de 1807 codifia pour la première fois les dispositions organiques de la société anonyme. Cette forme de société différait essentiellement des autres sociétés commerciales — la société en nom collectif et la commandite — en ce que les capitaux associés n'ont pas de représentants personnellement et indéfiniment responsables.

Aussi, la société anonyme ne pouvait exister, pour cette raison, qu'avec l'autorisation du Roi et son approbation pour l'acte qui la constitue(27). La doctrine ancienne fait notamment apparaître le souci de l'administration d'appliquer tous ses soins à vérifier si l'évaluation des mises en nature n'est pas exagérée ; « *car une société qui annonce au public des millions pour garantie, et qui vient demander au gouvernement l'autorisation de vivre de sa confiance, doit tenir scrupuleusement ses promesses* »(28). De telles précautions tutélaires ne dispensaient néanmoins pas les actionnaires ou les tiers de procéder eux-mêmes à un « *contrôle clairvoyant de l'intérêt privé* »(29). S'il était donc question de protection des tiers, encore n'y avait-il point de contrôle efficacement organisé.

Un véritable contrôle apparut avec le commissaire introduit par la loi du 18 mai 1873. Calquée sur le système français, la loi belge n'exigeait la désignation d'un commissaire que dans les sociétés anonymes(30). Le système ne fut pas une réussite en raison principalement de l'imprécision de la tâche dévolue aux commissaires et, en général, de leur incompétence et de leur

(26) Art. 64bis L.C.S.C. Voy. H. OLIVIER, « Nouveau régime du contrôle et fonctions du commissaire » in Réforme du révisorat et droit des sociétés, *op. cit.*, p. 35. De l'avis de cet auteur, le principe de non-immixtion n'empêche pas le commissaire de donner des avis aux dirigeants. Sur cette fonction de conseil, voy. aussi la récente étude de I. DEMUYNCK, « De bedrijfsrevisor : controleur en/of adviseur — Problemen van onafhankelijkheid en interprofessionele samenwerking », *T.R.V.*, 1992, pp. 17-34.

(27) Art. 37 de la loi du 10 septembre 1807 portant Code de commerce.

(28) TROPLONG, Commentaire du contrat de société en matière civile et commerciale, Bruxelles, 1843, p. 178, n° 468.

(29) *Ibidem*, p. 180, n° 472.

(30) P. WAUWERMANS, *op. cit.*, pp. 248 et suiv. ; *R.P.D.B.*, v° sociétés anonymes, p. 423, n° 479.

manque d'indépendance par rapport aux dirigeants de la société. Cet écueil, maintes fois évoqué, mit en évidence la nécessité d'une réforme.

Celle-ci fut réalisée partiellement par l'Arrêté Royal n° 185 du 9 juillet 1935 instituant le statut et le contrôle des banques. Bien qu'assimilés à des commissaires, les réviseurs agréés ont une mission plus étendue et sont soumis à une série d'incompatibilités et d'interdictions destinées à garantir leur indépendance à l'égard de la société et de ses dirigeants.

Les lois du 20 septembre 1948 sur l'organisation de l'économie et du 22 juillet 1953 créant un institut des Réviseurs d'Entreprises marquent une étape majeure dans l'évolution de la notion de contrôle. Elles donnent successivement naissance au conseil d'entreprise, lequel peut recourir à un réviseur pour certifier les documents qui lui sont remis et à l'Institut des réviseurs d'entreprises.

L'édifice ne fut qu'en partie complété par la loi du 1^{er} décembre 1953 par laquelle le réviseur d'entreprises fait son entrée dans les sociétés, sans distinction quant à l'activité exercée. Sa présence n'est cependant imposée qu'aux sociétés faisant appel public à l'épargne et qui ont adopté la forme anonyme ou coopérative(31).

Ce sont les lois du 5 décembre 1984 et du 21 février 1985 qui ont donné à la fonction de commissaire-réviseur sa physionomie actuelle. Le contrôle de la société anonyme devient le monopole(32) des réviseurs d'entreprises, qui se voient chargés d'un contrôle permanent pour réaliser une mission élargie, grâce à des moyens renforcés.

§ 2 *Étendue de la mission de contrôle du commissaire réviseur*

A) *Le contrôle des comptes et de la gestion*

10. — Les lacunes du régime de contrôle instauré par la loi de 1873 ont maintes fois été soulignées par les auteurs. Rappelons que la loi confiait la surveillance de la société à un ou plusieurs commissaires, associés ou non, à qui elle conférait un droit illi-

(31) Art. 64*bis*, par. 2 ancien et 146*bis*, L.C.S.C. Voy. A. BENOÎT-MOURY, « Les pouvoirs et les responsabilités des commissaires », *op. cit.*, p. 7.

(32) Sous réserve toutefois des missions annexes au contrôle permanent où le commissaire-réviseur a perdu, depuis la loi du 18 juillet 1991, son monopole. Voy. note n° 19 ci-avant.

mité de surveillance et de contrôle sur toutes les opérations de la société. Ils disposaient du droit de prendre connaissance sans déplacement de tous les livres et documents nécessaires à leur mission. Le résultat de leur mission était soumis à l'assemblée générale (art. 64 et 65 anciens). Enfin, les statuts pouvaient disposer que les administrateurs et les commissaires réunis formeront un organe appelé le conseil général, avec les attributions qu'ils détermineront (art. 68 ancien).

11. — La tâche du contrôle ainsi dévolue est imprécise. Ils devaient assurément vérifier et contrôler les écritures comptables(33).

Sur la base de l'article 65 ancien, il était admis que les commissaires avaient également un devoir de surveillance de la gestion. Ce devoir de surveillance était conçu dans l'intérêt des actionnaires(34).

Une controverse sur l'étendue de ce contrôle fit apparaître deux tendances : celle extensive, favorable à ce contrôle, et l'autre restrictive, fondée sur le principe de non-immixtion(35).

Enfin, les commissaires pouvaient et même devaient déroger au principe de la non-immixtion, dans les limites des attributions conférées par les statuts de la société dont ils sont commissaires, à cet organe « hybride » qu'était le conseil général. La participation aux délibérations de cet organe entraînait la dénaturation des fonctions des commissaires que l'on assimilait, dans ces cas, à de véritables « administrateurs momentanés »(36).

Ainsi, en plus de son application « détournée » par des commissaires incompetents — car souvent ils n'avaient pas les compétences professionnelles requises — ou inféodés à l'assemblée

(33) P. WAUWERMANS, *op. cit.*, p. 256, n° 435 ; A. BENOÎT MOURY, « Les pouvoirs et les responsabilités des commissaires », *op. cit.*, p. 5 ; P. COLLE, Het juridisch kader van de faillissements-voorkoming, Maklu, 1989, p. 396, n° 322 et les réf. citées.

(34) P. WAUWERMANS, *op. cit.*, p. 252, n° 425 et les nombreuses réf. citées ; A. BENOÎT-MOURY, « Les pouvoirs et les responsabilités des commissaires », *op. cit.*, p. 5.

(35) Sur cette controverse, voy. I. VEROUGSTRAETE, « Le contrôle financier des sociétés anonymes », *op. cit.*, p. 58 et réf. n° 12 ; P. COLLE, Het juridisch kader van de faillissements-voorkoming, *op. cit.*, pp. 396-397 et les réf. n° 21-22 et P. VAN OMMESLAGHE, « Développements récents de la responsabilité civile professionnelle », in L'évolution récente du droit commercial, Bruxelles, *J.B.*, 1978, 57-58.

(36) *Vade-mecum du commissaire de société anonyme*, Éditions de services interbancaires, Bruxelles, 1972, pp. 71-72, citant FRÉDÉRICQ, V, 471.

générale, c'est la conception globale du contrôle des sociétés anonymes, dont s'était inspiré le législateur en 1873, qui était contestable en elle-même(37).

12. — La loi du 5 décembre 1984 adaptant notre droit des sociétés aux deuxième et quatrième directives européennes et la loi du 21 février 1985, de réforme du révisorat ont modifié la fonction du commissaire. Les modifications apportées par le législateur s'inscrivent dans le prolongement de la réforme du droit de la comptabilité et des comptes annuels dont elles constituent la clef de voûte(38).

Le législateur de 1984 et 1985 a mis l'accent, aux articles 64 et 65 nouveaux des L.C.S.C., sur le contrôle de la situation financière et des comptes annuels.

La conception de la fonction de commissaire-réviseur apparaît avec plus de clarté à la lecture des travaux préparatoires de la loi. Les termes du rapport fait par Mr. Verhaegen, au nom de la Commission spéciale de la Chambre sont explicites :

« En effet, la fonction du commissaire se transforme de plus en plus en une fonction de contrôle de la comptabilité et des comptes annuels. Le présent projet tient compte de cette évolution, qui est illustrée par le fait que lors du remplacement du troisième alinéa de l'article 65 et du dernier alinéa de l'article 77, L.C., l'obligation pour le commissaire de formuler des propositions a été supprimée, car elle fait d'avantage partie des fonctions du conseil d'administration.

Fondamentalement cependant, le point de vue selon lequel le commissaire doit exercer un contrôle général sur la direction est maintenu »(39).

Si le contrôle des comptes et le contrôle de la gestion se côtoient, comme par le passé, la portée de ce dernier paragraphe ne doit pas être surestimée. Remis dans son contexte, ce commentaire du

(37) J.VAN RIJN, « La politique du contrôle des entreprises et son évolution », *op. cit.*, p. 10.

(38) En ce sens, J. VAN UYTVANCK « Libres propos sur les relations entre la gestion et le contrôle dans la grande entreprise », *op. cit.*, p. 73, citant le rapport de Commission de la chambre (Doc. 552 (1982-1983), n° 35, p. 4); A. BENOÏT-MOURY, « Les pouvoirs et les responsabilités des commissaires », *op. cit.*, p. 14.

(39) Rapport fait au nom de la Commission spéciale chargée notamment de l'examen du projet de loi modifiant les lois coordonnées sur les sociétés commerciales par Mr. VERHAEGEN, *Doc. Parl.*, session 1982-1983, n° 210 (1981-1982), du 9 novembre 1982, *Pasin.* 1984, II, p. 2075.

Rapporteur à la Chambre fait écho à l'article 65, 6° des L.C.S.C. qui fait exception au principe général de limitation de la mission du commissaire à un strict contrôle comptable(40). Cette disposition impose au commissaire d'indiquer s'il n'a point eu connaissance d'opération conclues ou de décisions prises en violation des statuts au L.C.S.C.

Cet aspect de la mission du commissaire a fait l'objet de nombreux commentaires(41). Rappelons qu'il ne lui incombe pas de rechercher systématiquement lesdites infractions aux statuts ou aux lois sur les sociétés. Il doit uniquement informer l'assemblée des violations qu'il aurait pu constater à l'occasion de ses contrôles comptables(42) et n'a, spécialement en matière de fraude, aucune obligation de dénoncer les anomalies constatées à quelque autorité que ce soit, ni de prendre l'initiative d'une dénonciation au Parquet(43).

B) Le commissaire et le contrôle de l'information prévisionnelle

13. — La mission du commissaire-réviseur se limite-t-elle à l'examen des comptes relatifs au passé ou doit-elle également porter sur l'évolution et le développement de l'entreprise ? Le législateur a-t-il, en d'autres termes, investi le commissaire d'une mission spécifique dans le cadre de la prévention des difficultés des entreprises ?

14. — Le contrôle du commissaire, souligne Mr VEROUGSTRAETE(44), n'est pas, de par sa nature, préventif. Une lecture attentive de la loi oblige néanmoins l'interprète de celle-ci à nuancer fortement cette opinion.

(40) Ph. COLLE, *Het juridisch kader van de faillissementsvoorkoming*, *op. cit.*, p. 397.

(41) A. BENOÎT-MOURY, « Les pouvoirs et les responsabilités des commissaires », *op. cit.*, pp. 17 à 23 ; Ph. COLLE, *Het juridisch kader van de faillissementsvoorkoming*, *op. cit.*, p. 397 et les nombreuses réf.

(42) Normes générales de révision, adoptées par l'I.R.E., le 2 décembre 1983, 3.8.

(43) P.VAN OMMESLAGHE, « La responsabilité des professionnels de la comptabilité et de la révision comptable », in *Fraude — Contrôle et responsabilités*, C.B.N.C.R., 1-1981, p. 52. Comp.art. 233, al. 2 de la loi française n° 66-537 du 24 juillet 1966 : « En outre, ils (les commissaires aux comptes) révèlent au Procureur de la République les faits délictueux dont ils ont eu connaissance, sans que leur responsabilité puisse être engagée par cette révélation ».

(44) I. VEROUGSTRAETE, « Le contrôle financier des sociétés anonymes », *op. cit.*, p. 267.

La question a suscité certaines réflexions, il est vrai, dès le vote de la loi du 21 février 1985(45). Le commissaire serait, bon gré mal gré, amené à faire des prévisions sur le développement et la continuité de la société et ce, particulièrement dans un climat économique défavorable, entraînant la faillite de nombreuses entreprises.

Le contexte économique européen ne s'est pas sensiblement amélioré depuis, pas plus que le nombre de défaillances d'entreprises n'a diminué. La question conserve donc toute sa pertinence et appelle incontestablement, ainsi que nous le verrons, une intervention législative en ce domaine particulier et insuffisamment régleménté de la prévention des faillites.

15. — Le législateur de 1984 a voulu assurer la protection des tiers chaque fois que ceux-ci étaient concernés par un élément important de la vie de l'entreprise.

Le législateur ne cacha pas ses ambitions :

« De erkenning van personen, belast met de wettelijke controle, hebben wij gerealiseerd door de wet op het bedrijfsrevisoraat. Meer bepaald bevat het derde hoofdstuk een nieuw statuut voor de bedrijfsrevisor ; het vierde hoofdstuk bevat het statuut van de accountant. Ook hier in dit ontwerp dat wij vandaag uiteindelijk zullen kunnen stemmen, zijn er een ganse reeks verplichtingen opgesomd, die bij het opmaken van bijzondere verslagen van kracht zijn, waarbij telkens wanneer er iets belangrijks in de onderneming gebeurt, waarbij derden betrokken zijn — hetzij de medewerkers, hetzij derde personen — zij minstens de garantie hebben dat hun belangen gewaarborgd zijn en dat zij minstens in kennis zullen worden gesteld van de exacte toedracht en het waarom van belangrijke beslissingen van de raad van bestuur(46). »

Cela étant, la loi impose-t-elle au commissaire-réviseur une mission de contrôle et d'information particulière relative à l'évolution de l'entreprise, en particulier lorsqu'elle présente des signes de discontinuité ?

Les lois de 1984 et de 1985 fournissent certains éléments de réponse.

(45) H. OLIVIER, « Nouveau régime de contrôle et fonctions du commissaire », *op. cit.*, p. 36 ; P. COLLE, Het juridisch kader van de faillissementsvoorkoming, *op. cit.*, pp. 398 à 400.

(46) Rapport de Mr VERHAEGEN sur le projet de loi amendé par le sénat, en discussion générale de la Chambre du 19 novembre 1984, Ann. Parl. Ch., 1984, 20, p. 515.

La mission du commissaire-réviseur consiste principalement, d'après la loi (47), à contrôler la situation financière et les comptes annuels. Cette distinction entre les comptes annuels s.s. et la situation financière a souvent été présentée par les auteurs comme une simple redondance législative puisque, selon l'article 3 de l'Arrêté royal du 8 octobre 1976, les comptes annuels doivent donner une image fidèle du patrimoine de la situation financière et des résultats de l'entreprise (48).

Les mêmes auteurs admettent cependant que le commissaire ne pourra se limiter à une stricte vérification comptable mais « *devra prendre en considération, d'une façon plus large, les risques qui pèsent sur l'entreprise* » (49).

La tâche de faire des prévisions à court terme relève donc des compétences du commissaire. Cette tâche est le corollaire direct de l'obligation faite à l'entreprise de passer à une comptabilité de liquidation lorsqu'elle renonce à poursuivre ses activités ou lorsque la perspective de continuité de ses activités ne peut être maintenue (50). Les évaluations doivent se faire, dans ce cas, en fonction de valeurs de liquidation. La norme de révision établie par l'IRE précise les devoirs des réviseurs en ce qui concerne les entreprises en difficulté. Le lecteur des comptes annuels ne doit pas être induit en erreur par le postulat de continuité d'exploitation (*going concern*) qui sous-tend les règles d'évaluation édictées par la réglementation comptable (51).

(47) Art. 64, par. 1^{er} L.C.S.C.

(48) H. OLIVIER, « Nouveau régime de contrôle et fonctions du commissaire », *op. cit.*, p. 36 ; I. VEROUĞSTRAETE, « Le contrôle financier des sociétés anonymes », *op. cit.*, p. 267 et A. BENOÎT-MOURY, « Les pouvoirs et les responsabilités de commissaires », *op. cit.*, p. 14.

(49) A. BENOÎT-MOURY, *ibidem*, p. 14, citant H. OLIVIER, « Nouveau régime de contrôle et fonctions du commissaire », *op. cit.*, p. 37. Il est important de souligner que les considérations de H. OLIVIER se fondent à cet endroit, sur le rôle assigné au réviseur par l'article 15*bis* de la loi du 20 septembre 1948, dans le cadre d'une société ayant un conseil d'entreprise. Le rôle du commissaire est, de droit, beaucoup plus étendu dans ce cas (voy. ci-après n° 16).

(50) Art. 15, al. 3 et 40, al. 2 de l'Arrêté royal du 8 octobre 1976.

(51) « *Lorsque la société est en difficultés financières graves au point que la continuité de son exploitation est mise en péril, le conseil d'administration jugera normalement qu'il est de son devoir d'en informer l'assemblée générale. Le réviseur établira avec soin le contenu de cette information afin de déterminer si elle est suffisante pour éviter que le lecteur des comptes annuels ne soit trompé par l'utilisation du postulat de continuité d'exploitation dans l'élaboration des comptes. Si ce n'était pas le cas, le réviseur devrait émettre des réserves voire refuser l'attestation* » (Norme 3.7.5.

Le commissaire est, enfin, chargé d'indiquer si le rapport de gestion contient les informations requises par la loi et s'il concorde avec les comptes annuels (art. 64, 4° L.C.S.C.). Ces informations ont un caractère prospectif marqué. Elles comportent un exposé fidèle sur l'évolution des affaires et sur la situation de la société, les événements importants survenus après la clôture de l'exercice ainsi que des indications sur les circonstances susceptibles d'avoir une influence notable sur le développement de la société(52).

L'obligation faite au commissaire d'indiquer et de justifier les réserves et les objections qu'il estime devoir formuler lors de la rédaction de son rapport (art. 65, *in fine* L.C.S.C.) est souvent utilisée, lorsqu'en période de dégradation de l'environnement économique, l'entreprise connaît des difficultés financières. Certains auteurs y voient néanmoins un danger réel de précipiter les problèmes de l'entreprise. La situation du commissaire engagé dans cette voie qualifiée de « périlleuse » est alors inconfortable(53).

16. — Dans les entreprises comportant un conseil d'entreprise, l'information relative à l'évolution de la situation de l'entreprise est inhérente à la mission du commissaire. Il doit en effet analyser et expliquer, à l'intention particulièrement des membres du conseil nommés par les travailleurs, les informations économiques et financières qui ont été transmises au conseil d'entreprise, quant à leur signification relative à la structure financière et à l'évolution de la situation financière de l'entreprise(54).

L'information à analyser par le commissaire-réviseur peut être très vaste.

Elle se rapporte notamment à la position concurrentielle de l'entreprise sur le marché, à la structure financière de l'entreprise et aux programmes et perspectives générales d'avenir de l'entreprise(55). Ces dernières s'étendent à tous les aspects industriels,

relative au rapport de révision, Rapport IRE, pp. 151 à 160). Voy. aussi ph. Colle, « Het juridisch kader van de faillissementsvoorkoming », *op. cit.*, p. 398 et réf. 31.

(52) Art. 77, al. 4 L.C.S.C.

(53) H. OLIVIER, « Nouveau régime de contrôle et fonctions du commissaire », *op. cit.*, p. 67 et réf. citées. En ce sens, I. VEROUGSTRAETE, « Le contrôle financier des sociétés anonymes », *op. cit.*, p. 267.

(54) Art. 15bis de la loi du 20 septembre 1948 portant organisation de l'économie, introduit par la loi du 21 février 1985 de réforme du révisorat d'entreprise.

(55) Arrêté royal du 27 novembre 1973 portant réglementation des informations économiques et financières à fournir aux conseils d'entreprise, art. 4, al. 2, b), d) et g).

financiers, commerciaux, sociaux et de recherche, y compris les prévisions concernant son extension future et des renseignements concernant des investissements projetés(56).

Les techniques utilisées par les commissaires rendent difficile, d'après certains auteurs, le contrôle de données économiques et financières à caractère non comptable(57).

17. — Au-delà de certaines réticences doctrinales(58), ce sont les normes professionnelles les plus récentes qui trahissent un certain malaise des milieux dont ces règles émanent, dans la définition du rôle du commissaire-réviseur en matière de recherche et de vérification d'informations économiques et financières, à caractère prévisionnel.

Ainsi en est-il des normes, adoptées par le Conseil de l'Institut des réviseurs d'entreprises, « *relatives à la mission du réviseur d'entreprises auprès du conseil d'entreprises* »(59).

À propos de la mission d'analyse et d'explication qui incombe au réviseur (art. 15bis, alinéa 1^{er}, 3^o de la loi du 20 septembre 1948), les normes rappellent, sans craindre certaines redondances, le principe, déjà connu, que le réviseur n'a pas mission de « collecter » ou de rechercher ces informations :

« *Il appartient au chef d'entreprise de fournir l'information économique et financière. La mission d'analyse et d'explication porte sur l'information qui a été fournie par le chef d'entreprise. Le réviseur d'entreprises est tenu de respecter le partage des responsabilités défini par la loi* (60) ».

Et le Conseil de l'IRE d'ajouter de manière sibylline, comme pour éviter toutes tentations aux commissaires-réviseurs, qu'

« *Il n'y a cependant pas lieu de considérer que l'exploitation des données fournies par le chef d'entreprises, sous forme de ratios, tableau*

(56) *Ibidem*, art. 11.

(57) H. OLIVIER et V. VAN DE WALLE, « De ondernemingsraad en de bedrijfsrevisor », in *Oriëntatie* 6/7, juni/juli 1992, p. 140.

(58) En raison du risque de précipiter la faillite de l'entreprise : I. VEROUGSTRAETE, « Le contrôle financier des sociétés anonymes », *op. cit.*, p. 274 ; à cause du risque inévitable de subjectivité : H. OLIVIER, « Nouveau régime du contrôle et fonctions du commissaire », *op. cit.*, pp. 40-41.

(59) Normes adoptées en séance du Conseil de l'IRE du 7 février 1992, applicables à partir du 1^{er} mars 1992.

(60) Normes relatives à la mission du réviseur d'entreprises auprès du conseil d'entreprises, 5.1.2.

de financement ou autres documents de synthèse doit être assimilée à la communication d'information ; il s'agit d'analyses que le réviseur peut communiquer au conseil d'entreprise de sa propre initiative »(61).

La norme s'impose avec toute la force du syllogisme. Le réviseur ne doit analyser que les informations qui lui sont communiquées par les dirigeants (majeure), or les données fournies sous formes de ratios — et les autres documents de synthèse — ne sont pas assimilées à la communication d'information (mineure) ; la mission du réviseur ne s'étend donc pas à l'analyse et à l'explication de ces données (conclusion).

Tout au plus le commissaire-réviseur peut-il, à titre indicatif(62), incorporer dans ses commentaires l'analyse de la situation financière en mettant l'accent sur la solvabilité et la liquidité, l'analyse de la rentabilité ou du tableau de financement. En toute hypothèse, il est conseillé au réviseur, pour être clair et précis, que ses commentaires conservent un caractère concis, synthétique et concentrés sur les éléments indispensables à la bonne compréhension de l'information(63).

18. — En synthèse, il apparaît que la mission du commissaire-réviseur n'exclut pas qu'il examine l'évolution de la situation de l'entreprise. La loi sur les sociétés et la réglementation relative aux conseils d'entreprise semblent, au contraire, en faire un élément inhérent à sa tâche.

Cet aspect de sa tâche demeure néanmoins diffus et imprécis, tant du point de vue de son étendue que des moyens à mettre en œuvre pour sa réalisation. Aussi faut-il conclure, que dans l'état actuel de la loi et sauf dans les cas exceptionnels affectant de manière grave et évidente l'évolution des affaires et la situation de la société, la mission du commissaire-réviseur conserve un caractère rétrospectif(64).

La mission « prospective » du commissaire, certes contenue en germe dans la législation actuelle, mérite à présent d'être redéfinie dans la perspective précise, mais trop souvent ignorée du législateur, de la prévention des faillites. C'est aux propositions

(61) *Ibidem*, 5.1.2., al. 2.

(62) *Ibidem*, 5.3.4., *in fine*.

(63) *Ibidem*, 5.3.5., *in fine*.

(64) P. COLLE, *Het juridisch kader van de faillissementsvoorkoming*, *op. cit.*, p. 400.

qui peuvent être formulées en cette matière que nous nous attachons, brièvement, dans la dernière partie de cette étude(65).

Section 2. — *Moyens d'action*

19. — La première partie de ce rapport donne un aperçu des moyens de contrôle, dont disposent les tiers (les créanciers). Nous y reviendrons plus tard pour les évaluer, spécialement au regard de la protection financière des tiers.

Mais que vaut un contrôle, s'il ne débouche sur aucun moyen d'action ?

L'efficacité du contrôle dépend donc aussi dans une large mesure des moyens d'action dont dispose celui en faveur de qui s'exerce le contrôle.

Dans cette deuxième partie, nous tenterons de dresser l'inventaire des moyens d'action mis à la disposition des tiers par la loi sur les sociétés commerciales en vue de garantir et de préserver leurs intérêts financiers.

Nous n'aborderons que superficiellement la riche matière des actions en responsabilité qui peuvent être dirigées contre les administrateurs de société (voy. cependant *infra*, n° 45 et s.), car elles font l'objet d'un autre rapport(66). Nous ne traiterons pas plus des mesures destinées à protéger les actionnaires, puisque ceux-ci ne peuvent être considérés comme des tiers. Dans le cadre de ce rapport, il ne nous est pas possible non plus d'étudier les différentes formes de « *vrijwillige doorbraak* »(67) de la personnalité morale ou de la responsabilité limitée. Ces techniques ne relèvent pas directement de la loi sur les sociétés commerciales. Nous songeons aux sûretés personnelles (cautionnement, garantie) et réelles (gage, hypothèque) accordées par les administrateurs aux tierces personnes afin de garantir les dettes de la société.

(65) Confer *infra*, n° 52-54.

(66) Voy. aussi l'étude récente de J.L. FAGNART, « La responsabilité des administrateurs de la société anonyme » in *La responsabilité des associés, organes et préposés des sociétés*, Bruxelles, Éditions du Jeune Barreau, 1991, 1-56.

(67) Le terme est emprunté au Professeur J. RONSE, « *Waarheid en leugen omtrent de onderneming met beperkte aansprakelijkheid* », Medelingen van Koninklijke Academie voor Wetenschappen, Letteren en Schone Kunsten van België, Klasse der Letteren, 1978/2, 20 et s.

20. — Il convient de remarquer que, contrairement à la loi du 5 décembre 1984 qui avait pour but principal d'adapter la loi belge sur les sociétés commerciales aux dispositions de la deuxième directive européenne du 13 décembre 1976 et qui visait principalement à la protection des intérêts tant des associés que des tiers, notamment par une série de mesures relatives à la constitution de la société et au maintien du capital social, la protection des intérêts financiers des tiers n'a pas été le mobile déterminant de la dernière réforme du droit des sociétés (loi du 18 juillet 1991). Le souci majeur du gouvernement fut de mettre en œuvre des mécanismes aptes à assurer une plus grande stabilité de l'actionnariat et de la gestion des entreprises et à organiser la transparence et le bon fonctionnement des marchés(68). Il n'empêche que la protection financière des tiers n'a pas été négligée dans les modifications apportées à la loi sur les sociétés sur les sociétés commerciales par la loi du 18 juillet 1991.

La plupart des mesures relatives à la protection financière des tiers, dont nous donnerons ci-après un aperçu général, visent, comme nous l'indiquions déjà, à garantir la réalité et le maintien du capital social.

21. — Le capital social a une signification juridique précise. Il exprime « *la limite en-dessous de laquelle il est interdit de ramener la valeur de l'avoir social net par des distributions de dividendes ou par des remboursements aux associés* »(69). Le but est que la société conserve en un avoir réel, pour la garantie de ses créanciers, un actif net au moins égal au capital originaire(70).

§ 1 *Société en formation*

22. — Ceux qui, au nom d'une société en formation, avant l'acquisition par celle-ci de la personnalité juridique, ont pris un engagement à quelque titre que ce soit, en sont personnellement et solidairement responsables, sauf convention contraire, si ces

(68) Exposé des motifs, *Doc.Parl.*, Sénat, 1990-91, n° 1107/ 1, 4-6.

(69) Cass., 30 janvier 1939, *Revue*, 1939, 131 ; Cass. 24 mai 1955, *Pas.*, 1955, I, 1046 ; Cass., 28 juin 1973, *Pas.*, 1973, I, 1017. Pour une approche, disposition par disposition de la loi des sociétés, voy. J. HEENEN, « Le capital social des sociétés par actions — théories et réalités » in *Liber amicorum Prof. Em. E. KRINGS*, Bruxelles, Story-Scientia, 1991, 163 et s.

(70) J. VAN RYN, *Principes*, I, n° 335.

engagements ne sont pas repris par la société dans les deux mois de la constitution, ou si la société n'est pas constituée dans les deux ans de la naissance de l'engagement (art. 13bis L.S.C.)(71).

Cette règle est applicable à toutes les formes de sociétés(72).

Le législateur a voulu que ceux qui contractent avec une société en formation puissent, quoi qu'il arrive, réclamer l'exécution de l'engagement soit à la société, soit au promoteur. L'effectivité du recours contre le promoteur suppose bien entendu qu'il soit solvable et qu'il n'ait pas été expressément dérogé à la règle de son engagement personnel. Celui qui s'engage avec une société en formation fait donc bien de s'assurer de l'assiette financière des personnes agissant au nom de cette dernière.

L'article 13bis est généralement perçu comme une mesure protectrice de l'intérêt financier des tiers(73), quoique le contraire soit parfois vrai, notamment lorsque le promoteur est personnellement solvable alors que la société reprenant l'engagement est sous-capitalisée(74).

Ce risque peut être couvert en exigeant du promoteur qu'il se porte caution de l'engagement(75).

Remarquons, enfin, que l'article 13bis est dérogoratoire au droit commun, puisqu'il organise la représentation d'une personne de droit encore inexistante(76).

§ 2 Responsabilité des fondateurs

23. — Afin d'assurer le respect des dispositions concernant le capital social minimum (art. 29 et 29ter L.S.C.), la loi a instauré

(71) Sur cette disposition, voy. les commentaires de M. COIPEL, *Dispositions communes à toutes les formes de sociétés commerciales* in *Répertoire Notarial*, T. XXII, *Droit commercial*, Livre II, Bruxelles, Larcier, 1982, n° 228-237 ; J. RONSE, *De vennootschapswetgeving 1973*, Gand, Story-Scientia, 1973, n° 104 et s. ; L. SIMONT, « Les règles relatives à la publicité, aux nullités et aux actes accomplis au nom d'une société en formation » in *Les sociétés commerciales*, Bruxelles, Éditions de Jeune Barreau, 1985, 79-91 ; J. L. SNYERS, « Verbintenissen aangaan voor een vennootschap in oprichting », *T.R.V.*, 1989, 167 et s.

(72) J. RONSE, *o.c.*, n° 106.

(73) J. RONSE, *o.c.*, n° 105 et 108.

(74) J.L. SNYERS, *l.c.*, 171-172.

(75) J. BONNARD, « Le cautionnement des engagements souscrits pour le compte d'une société en formation », *Rev. Soc.*, 1991, 255 et s.

(76) W.C.L. VAN DER GRINTEN, « Handelen namens een op te richten vennootschap », *N.V.*, 1992, 8.

un régime de responsabilité spéciale des fondateurs. Ceux-ci sont solidairement tenus envers les tiers intéressés, malgré toute stipulation contraire :

— De toute la partie du capital qui ne serait pas valablement souscrite ainsi que de la différence éventuelle entre le capital minimum requis et le montant des souscriptions (art. 35, 2° L.S.C.)(77).

La souscription n'est pas valable, lorsque l'apport est sans valeur, ce qui peut se rencontrer lors de l'apport d'un fonds de commerce ou d'une branche d'activité présentant un actif net négatif(78). L'apport simulé est un autre exemple de souscription non-valable, dont ont à répondre les fondateurs ou les administrateurs, selon le cas(79).

Vu que la loi sur les sociétés commerciales ne détermine pas ce qu'il faut entendre par souscription valable, il convient de recourir aux principes de droit commun(80). La validité de la souscription dépendra donc de la capacité du souscripteur, de l'absence de vices de consentement dans le chef des parties, de son objet et de sa cause (art. 1108 C. civ.). Sans objet, il n'y a pas de souscription. Partant, un apport sans valeur ou un apport simulé engagent la responsabilité des fondateurs ou des administrateurs, telle qu'elle est prévue à l'article 35, 2°.

L'hypothèse de la *surévaluation* d'un apport en nature est fondamentalement différente. L'article 35, 2° ne s'applique pas, car il y a souscription, sauf incapacité du souscripteur ou vice de consentement. Mais, parce que la surévaluation crée une illusion de solvabilité(81), l'article 35, 4° L.S.C. prévoit que les intéressés (ex. les créanciers) peuvent exiger réparation intégrale de la part des fondateurs et, en cas d'augmentation de capital, des administrateurs du préjudice subi qui est la conséquence

(77) Art. 107 (Commandite par actions), art. 123, 4° (S.P.R.L.), art. 147ter, 1° (S.C.R.L.).

(78) Cass., 2 octobre 1970, *A.C.*, 1971, 112 ; Cass., 10 mars 1978, *Pas.*, 1978, I, p. 773 ; *Revue*, 1979, n° 6005, p. 41, obs. et *R.W.*, 1978-1979, 2153. Cons. aussi le commentaire, tout en nuance, de E. WYMEERSCH, « Oprichtersaansprakelijkheid bij inbreng van een financieel negatief vennootschapsvermogen », *R.W.*, 1978-1979, 2129 et s.

(79) Sur la notion d'apport simulé, voy. Cass., 4 janvier 1991, *J.T.*, 1991, 455, *R.D.C.*, 1991, 880 et *T.R.V.*, 1991, 167, obs. M. GHYSELEN ; M. COIPEL, *Dispositions communes*, n° 67-2.

(80) E. WYMEERSCH, *l.c.*, 2135.

(81) M. COIPEL, *Dispositions communes*, n° 70-1.

immédiate et directe de la surévaluation(82). Il en serait ainsi de l'apport d'un bien immeuble évalué sans tenir compte du bail à ferme le grevant(83). Le cas échéant, il pourrait même être fait application de l'article 35, 3° L.S.C. (voy. point suivant), mais ceci suppose en général une surévaluation particulièrement importante. Le problème de la surévaluation se pose également en matière d'apport de créances détenues sur un débiteur en difficulté. L'étude de cette question déborde le cadre de ce rapport. Ainsi, nous contenterons-nous de souligner, à cet égard, qu'une distinction s'impose selon que la créance est détenue sur la société à laquelle elle est apportée(84), ou sur un tiers-débiteur :

— De la libération effective du capital minimum légal (art. 35, 3° L.S.C.)(85) ;

— Des engagements de la société dans une proportion fixée par le juge, en cas de faillite, prononcée dans les trois ans de la constitution, si le capital social était, lors de la constitution, manifestement insuffisant pour assurer l'exercice normal de l'activité projetée pendant une période de deux ans au moins (art. 35, 6° L.S.C.)(86).

§ 3 *Quasi-apport*

23. — *bis.* Les administrateurs sont tenus solidairement envers les intéressés, malgré toute stipulation contraire, de la réparation du préjudice, qui est une suite immédiate et directe de la surévaluation manifeste des biens acquis dans un délai de deux ans à compter de la constitution de la société et appartenant à un fondateur, un administrateur ou un actionnaire pour une contre-valeur au moins égale à un dixième du capital souscrit (art. 29*quater*, § 2 L.S.C.).

(82) Art. 107 (Commandite par action), Art. 123, 6° (S.P.R.L.), art. 147*ter*, 3° (S.C.R.L.).

(83) M. SALMON, obs. sous Mons, 15 octobre 1990, *J.L.M.B.*, 1991, 1381.

(84) Cons. la pénétrante étude de W. MEILICKE et J.G. RECQ « Plaidoyer pour un droit européen des sociétés : l'apport de créances détenues sur une société en difficulté financière », *Rev. Trim. Dr. Eur.*, 1991, 587 et. s.

(85) Art. 107 (commandite par actions), art. 123, 5° (S.P.R.L.) et art. 147*ter* 2° (S.C.R.L.).

(86) Art. 107 (commandite par actions), art. 123, 5° (S.P.R.L.) et art. 147*ter* 4° (S.C.R.L.).

Le législateur a voulu éviter que les fondateurs, administrateurs ou actionnaires s'enrichissent au détriment de la société. L'appauvrissement de la société met en péril les droits des créanciers(87). Leur gage ne peut diminuer en suite de la mutation qu'opère le quasi-apport dans le patrimoine de la société. En dehors de la responsabilité prévue à l'article 29^{quater}, § 2 les administrateurs sont également passibles de sanctions pénales (art. 201, 3^{obis} en 10°).

§ 4 *Conséquences liées à la souscription d'actions*

23. — *ter.* Le souscripteur d'actions est tenu de libérer son apport à concurrence d'un quart (art. 29, § 2 : S.A.) ou d'un cinquième (art. 120, 5° : S.P.R.L.) au moins.

La partie non libérée est exigible selon les modalités prévues aux statuts, par décision sociale ou par jugement (art. 190, al. 3 L.S.C.). Un tel jugement peut être déclenché par les créanciers afin de faire ordonner par justice les versements stipulés aux statuts et qui sont nécessaires à la conservation de leurs droits (art. 190, al. L.S.C.). Le liquidateur est également en droit d'exiger le paiement de la partie non libérée, pour autant que ces versements paraissent nécessaires au paiement des dettes et frais de liquidation (art. 183 L.S.C.). Le souscripteur reste, en toute hypothèse, et nonobstant la cession de ses actions, tenu de contribuer aux dettes de la société antérieures à la cession à concurrence du montant des actions visées et sans préjudice du recours qu'il a contre le cessionnaire (art. 52 L.S.C.).

Toutes ces mesures contribuent incontestablement à préserver le gage des créanciers et visent à rendre effectif le versement du capital social souscrit.

24. — C'est sans aucun doute dans un même esprit, qu'aux termes de l'article 81 (S.A.) et de l'article 138 (S.P.R.L.), seul le capital libéré ou l'actif net, tels qu'ils résultent du dernier bilan, peuvent être mentionnés aux actes, factures, annonces ou tous autres documents émanant de la société. En cas d'exagération du capital énoncé, tout tiers aura le droit de réclamer à celui qui est

(87) Voy. aussi M. VAN DER HAEGEN et Cl. VERBRAEKEN, « Les sociétés commerciales. Commentaires des lois des 5 décembre 1984, 15 juillet 1985 et 25 juillet 1985 », *J.T.*, 1985, 551, n° 24.

intervenir pour la société, le versement d'une somme suffisante, afin qu'il soit dans la même situation que si le capital énoncé avait été effectivement libéré (art. 82 (S.A.) et 138*bis* (S.P.R.L.) L.S.C.). On ne peut tromper les tiers sur la part effectivement libérée du capital souscrit.

M. RONSE regrette qu'il peut uniquement être fait mention de la part libérée du capital souscrit, parce que, soutient-il, de toute façon la totalité du capital souscrit fait partie du gage commun des créanciers(88). Nous ne partageons pas ce point de vue. Le versement du solde non-libéré reste aléatoire. L'insolvabilité du souscripteur est toujours possible.

§ 5 *Souscription, acquisition et financement des propres actions. Participations croisées.*

25. — La société ne peut, directement, ni indirectement par personne interposée ou par le truchement d'une filiale(89), *souscrire ses propres actions*(90). L'interdiction vise à empêcher la société d'induire les tiers en erreur sur la consistance du patrimoine social et à éviter des abus dans l'utilisation des fonds sociaux(91). En effet, la souscription par une société à ses propres actions crée une fausse apparence. Bien qu'il y ait augmentation de capital, l'actif net de la société demeure inchangé.

Les fondateurs ou, en cas d'augmentation de capital, les administrateurs sont tenus personnellement et solidairement à la libération des actions souscrites en violation de cette interdiction (art. 35*bis* L.S.C.). Ils peuvent aussi faire l'objet de sanctions pénales (art. 206 L.S.C.). En outre, les droits afférents aux actions ainsi souscrites sont suspendus aussi longtemps que ces actions n'ont pas été aliénées (art. 29, § 6, al. 3 L.S.C.).

26. — Des raisons analogues ont poussé le législateur à n'autoriser *l'acquisition et la prise en gage par une société de ses propres actions* que dans des limites déterminées (10 % du capital sous-

(88) *O.c.*, n° 102.

(89) La notion de filiale est définie à l'A.R. du 14 octobre 1991, *Mon.b.*, 24 octobre 1991.

(90) Art. 29, § 6 (S.A.), art. 107 (commandite par actions), art. 120*quinquies*, (S.P.R.L.), art. 142, § 2 (coopérative).

(91) Sur ce dernier point, Exposé des Motifs, *Doc. Parl.*, Sénat, 1990-1991, n° 1107/1, 37.

crit) et moyennant le respect de certaines conditions(92). Le législateur a voulu éviter que la société n'entame exagérément la réalité du capital social(93), gage premier des créanciers sociaux.

En outre, la loi prévoit l'avertissement des tiers par le biais du rapport de gestion (art. 77, al. 5), dont le contenu est déposé à la Banque Nationale de Belgique (art. 80, al. 2, 7°)(94). Toute personne peut prendre connaissance de ce rapport au siège de la société et en obtenir gratuitement copie intégrale (art. 80, al. 2, 7°). Les actions ou parts bénéficiaires acquises en violation de l'article 52*bis* sont nulles de plein droit(95).

Les administrateurs, commissaires ou gérants qui méconnaissent les dispositions des articles de 52*bis* et 52*ter* sont non seulement responsables sur base de l'article 62, al. 2, mais sont également passibles de poursuite pénales (art. 206 L.S.C.).

27. — L'interdiction pour la société de *financer l'acquisition de ses propres actions par des tiers* (art. 52*ter*), exception faite pour l'acquisition des actions par ou pour le personnel (art. 52*ter*, § 2), procède d'un même esprit. Garantir l'effectivité du capital social, qui deviendrait aléatoire si la société était autorisée à financer sa propre capitalisation. Cette disposition constitue le complément logique de l'article 29, § 6 (supra, n° 25) relatif à l'interdiction pour la société de souscrire à ses propres actions, soit directement, soit par personne interposée(96).

Les administrateurs, commissaires ou gérants qui contreviendraient à l'article 52*ter* peuvent être poursuivis pénalement (art. 206, al. 2) avec possibilité de constitution de partie civile.

28. — La réglementation stricte relative aux *participations croisées*, qui ne vise que les sociétés anonymes (art. 52*quinquies* et *sexies*), relève incontestablement de la même idée(97). Les participations croisées portent atteinte à la réalité du capital social à concurrence du montant commun de participation réciproque. Toute infraction aux dispositions dont question engage

(92) Art. 52*bis* et 52*quater* (S.A.), art. 128*bis* et 128*quater* (S.P.R.L.).

(93) Exposé des Motifs, *l.c.*, 61 ; Rapport VERHAEGEN et BAYENET, *Doc. Parl.*, Sénat, 1990-1991, n° 1107/3, 114.

(94) Voy. A.R. 25 novembre 1991, *Mon.b.*, 24 décembre 1991.

(95) M. VAN DER HEAGEN et Cl. VERBRAEKEN, *l.c.*, *J.T.*, 1985, 559, n° 56.

(96) G. HORSMANS et G. KEUTGEN, « Augmentation et réduction du capital » in *Les Sociétés Commerciales*, Bruxelles, Éditions du Jeune Barreau, 1985, 163.

(97) Commission Bancaire, *Rapport Annuel*, 1986-1987, 93-97.

bien entendu la responsabilité des administrateurs sur base de l'article 62, al. 2 L.S.C.

Le droit de vote attaché aux actions détenues en méconnaissance de ladite réglementation est suspendu (art. 52quinquies, § 3 et 52sexies, § 4), si celles-ci ne sont pas aliénées dans le délai d'un an(98).

§ 6 Réduction du capital

29. — La protection financière des tiers a également été un des soucis majeurs du législateur lors de l'élaboration du régime relatif à la réduction du capital(99). La réduction du capital diminue incontestablement le gage des créanciers. C'est pourquoi les créanciers, titulaires d'une créance non échue(100) au moment de la publication de la décision de réduction, sont autorisés à exiger une sûreté, si la réduction du capital s'opère par remboursement aux actionnaires ou par dispense totale ou partielle du versement du solde des apports [art. 72bis § 1, al. 1 (S.A.), art. 122ter (S.P.R.L)]. En cas de contestation, le Président du tribunal de commerce est saisi comme en référé. Il détermine la sûreté à fournir par la société et fixe le délai dans lequel elle doit être constituée, à moins qu'il ne décide qu'aucune sûreté ne sera fournie eu égard soit aux garanties et privilèges dont jouit le créancier, soit à la solvabilité de la société (art. 72bis, § 1, al. 3). Le président dispose d'un large pouvoir d'appréciation. Il peut accorder une sûreté générale à l'ensemble des créanciers ou une sûreté individuelle à l'un de ceux-ci(101). Aucun remboursement, ni aucune dispense du versement du solde des apports ne peut être réalisé aussi longtemps que les créanciers, ayant fait valoir leurs droits, n'auront pas obtenu satisfaction, à moins qu'une décision judiciaire exécutoire n'ait rejeté leurs prétentions (art. 72bis, § 1, al. 4). Rien ne peut donc se passer aussi longtemps que la contestation n'a pas été définitivement réglée.

(98) Rapport VERHAEGEN et BAYENET, *l.c.*, 175.

(99) Comm. Bruxelles, (réf.) 14 novembre 1988, *T.R.V.*, 1989, 143, obs. J. TYCECA.

(100) Sur les obligations pouvant résulter d'une action en justice, voy. Comm. Bruxelles (réf.), 14 novembre 1988, *T.R.V.*, 1989, 140, obs. J. TYCECA et Bruxelles, 6 novembre 1991, *T.R.V.*, 1992, 88 (même affaire).

(101) Rapport VERHAEGEN, *Doc. Parl.*, Chambre, 1981-1982, n° 210/9, 48.

Il convient de souligner que le créancier ne peut que réclamer la constitution d'une sûreté. La loi ne l'autorise pas à solliciter d'autres mesures, telle qu'obtenir l'interdiction de l'opération de réduction du capital(102).

30. — Les sûretés, accordées sur base de l'article 72*bis*, resteraient toutefois soumises à l'article 445 de la loi sur les faillites(103).

À l'encontre de ce point de vue et dans l'hypothèse où la sûreté est accordée par la Président du tribunal, ne pourrait-on soutenir que l'article 445 n'a pas à s'appliquer, puisque les inopposabilités qu'il édicte se rapportent à des actes accomplis *par le débiteur*.

Il est en tout cas curieux de constater que l'article 72*bis* visant à organiser la protection des tiers deviendrait inopérant au moment où les tiers en ont précisément le plus besoin, c'est-à-dire en cas de faillite.

31. — Les règles décrites ci-avant ne s'appliquent pas, lorsque la réduction du capital est destinée à apurer une perte subie ou à constituer une réserve pour couvrir une perte prévisible (art. 72*bis*, § 2 L.S.C.)(104). La réserve ne peut excéder 10 % du capital souscrit après réduction. On considère généralement que dans ces deux derniers cas, le risque d'abus est réduit. La réduction du capital ne fait que traduire une réalité qui s'impose déjà aux créanciers(105).

§ 7 *Distribution*

32. — Aucune *distribution* ne peut être faite lorsqu'à la date de clôture du dernier exercice, l'actif net tel qu'il résulte des comptes annuels est, ou deviendrait à la suite d'une telle distribution, inférieur au montant du capital libéré, augmenté de toutes les réserves que la loi ou les statuts ne permettent pas de distribuer(106).

(102) Comm. Eupen, 18 janvier 1991, *Revue*, 1991, n° 6582, 268.

(103) Rapport VERHAEGEN, *l.c.*, n° 210/9, 48.

(104) Voy. le commentaire de G. HORSMANS et G. KEUTGEN, *l.c.*, 150-151.

(105) M. VAN DER HAEGEN et Cl. VERBRAEKEN, *l.c.*, *J.T.*, 1985, 557, n° 48. Voy. toutefois Ch. SLUYTS, « Het kapitaalbehoud bij de naamloze vennootschap », in *Het nieuwe vennootschappenrecht na de wet van 5 december 1984*, E. WYMEERSCH et H. BRAECKMANS (eds.), Antwerpen, Kluwer, 1985, 49 et 54.

(106) Art. 77*bis*, al. 1 (S.A.), art. 107 (Commandite par actions), art. 137 (S.P.R.L.), art. 158 (S.C.R.L.).

La distribution d'*acomptes sur dividende* est également soumise aux respects de plusieurs conditions (art. 77ter L.S.C.). Ces mesures visent à empêcher le conseil d'administration et les actionnaires de vider la société de sa substance. Le législateur a cherché à assurer l'intégrité du capital social(107). Il s'ensuit que ces dispositions sont applicables à toute espèce de distribution de bénéfices, que ce soit sous la forme de dividendes, de tantièmes ou de participations bénéficiaires accordées au personnel d'une entreprise(108).

33. — La loi prévoit que toute distribution faite en contravention de ces règles doit être restituée par les bénéficiaires, si la société prouve que ceux-ci connaissaient l'irrégularité de la distribution faite en leur faveur ou ne pouvaient l'ignorer compte tenu des circonstances (art. 77bis, al. 4 et art. 77ter, al. 9). La charge de la preuve incombant à la société, il appartient à celle-ci d'introduire l'action. Les tiers, qui sont les premiers lésés, ne peuvent en principe agir, si ce n'est pas le biais de l'action oblique (art. 1166 C.civ.). En revanche, ils ont la possibilité de soulever la responsabilité des administrateurs ou gérants (art. 62, al. 2 L.S.C.) et d'entamer des poursuites pénales (art. 205, al. 2, L.S.C.)(109).

En cas de faillite de la société et d'insuffisance de l'actif, il n'est pas impossible que le passif soit mis à charge des administrateurs à concurrence de l'insuffisance d'actif et à condition de prouver qu'ils se sont rendus coupables de distributions inconsidérées ayant contribué à la faillite (art. 63ter L.S.C.)(110).

34. — Il existe une disposition analogue à l'article 77bis pour la *société en commandite simple*, avec cette différence que la loi accorde aux tiers un droit d'agir direct. En vertu de l'article 21 L.S.C., l'associé commanditaire peut être contraint *par les tiers* à rapporter les intérêts et les dividendes qu'il a reçus, s'ils n'ont pas été prélevés sur les bénéfices réels de la société.

(107) Exposé des Motifs, *Doc. Parl.*, Chambre, 1979-1980, n° 388/1, 23.

(108) M. VAN DER HAEGEN et Cl. VERBRAEKEN, *l.c.*, *J.T.*, 1985 ; 562, n° 65.

(109) M. FLAMEE, « Le régime des acomptes sur dividendes », *Revue*, 1987, n° 6429, (pp. 105-116), p. 115.

(110) Ph. COLLE « Knelpunten bij de uitkering van interimdividenden », *Balans*, 25 septembre 1989, n° 176, 8.

§ 8 *Perte substantielle du capital*

35. — En cas de perte substantielle du capital social (actif net réduit à la moitié ou au quart du capital social) l'assemblée générale des actionnaires doit être convoquée en vue de délibérer de la dissolution éventuelle de la société afin de réduire l'accumulation des pertes au détriment des tiers [art. 103 (S.A.), art. 140, (S.P.R.L.)]. Si le conseil d'administration omet de convoquer l'assemblée générale, le dommage subi par les tiers est présumé résulter de cette absence de convocation (art. 103 *in fine*). Les administrateurs sont présumés responsables de l'augmentation des pertes à compter du jour où l'assemblée générale aurait dû être convoquée(111), c'est-à-dire deux mois après que la perte a été constatée ou aurait dû l'être en vertu des obligations légales ou statutaires (art. 103, al. 1 L.S.C.)(112). La présomption est réfragable. Les administrateurs peuvent apporter la preuve contraire(113). Cette dernière peut être établie par présomptions. Dans une affaire où l'assemblée générale ne fut pas convoquée, la cour d'appel de Gand a admis que la convocation de celle-ci n'aurait rien changé eu égard au fait que les gérants de la S.P.R.L. concernée étaient aussi les seuls associés(114).

Certains estiment que la responsabilité des commissaires peut également être engagée en vertu de l'article 64*octies*, à moins qu'ils ne prouvent avoir accompli les diligences normales de leur fonction et avoir dénoncé l'infraction au conseil d'administration et, s'il n'y a pas été remédié de façon adéquate, à l'assemblée générale la plus prochaine après qu'ils en auront eu connaissance(115).

36. — Lorsque l'actif net est inférieur au montant minimum du capital social fixé par la loi, tout intéressé (ex. un créancier) est en droit de demander au tribunal la dissolution de la société [art. 104 (S.A.), art. 140, (S.P.R.L.)].

(111) Ch. SLUYTS, *l.c.*, 70.

(112) Les obligations légales, auxquelles il est fait référence à l'art. 103 sont, par exemple, les articles 64*sexies*, al. 5, art. 70*bis*, art. 77*ter*, art. 167 L.S.C.

(113) Voy. *Doc. Parl.*, Chambre, 1981-1982, n° 210/9, 65 ; J.L. FAGNART, « La responsabilité des administrateurs de la société anonyme » in *La responsabilité des associés, organes et préposés des sociétés*, Bruxelles, Éditions du Jeune Barreau, 1991, 10 ; Ch. SLUYTS, *l.c.*, 69-71 ; Ph. COLLE, « De la responsabilité quasi-délictuelle des administrateurs de société », *R.G.A.R.*, 1986, 11076, n° 14.

(114) Gand, 1^{er} mars 1989, *T.R.V.*, 1989, 434.

(115) M. VAN DER HAEGEN et Cl. VERBRAEKEN, *l.c.*, *J.T.*, 1985, 565, n° 78.

§ 9 Réunion des actions en une seule main

37. — En cas de réunion de toutes les actions en une seule main, l'actionnaire unique est réputé caution solidaire de toutes les obligations de la société nées après la réunion de toutes les actions entre ses mains jusqu'à l'entrée d'un nouvel actionnaire dans la société ou la publication de sa transformation en société privée à responsabilité limitée ou de sa dissolution, sauf si la régularisation se passe dans un délai d'un an (art. 104bis L.S.C.).

L'absence de tout contrôle peut engendrer des abus. La parade du législateur a consisté à déclarer l'associé unique caution solidaire des obligations de la société. La principale difficulté, en pratique, consiste bien entendu à prouver le moment précis de la survenance de la réunion de toutes les actions en une seule main(116).

38. — La S.P.R.L. unipersonnelle est autorisée, mais une personne physique ne peut être associé unique que d'une S.P.R.L. sous peine d'encourir les mêmes sanctions que celles prévues à l'article 104bis (art. 123bis L.S.C.) (*supra*, n° 37). Le législateur a notamment voulu éviter une fragmentation inconsiderée et/ou abusive du patrimoine et de la responsabilité(117). Il existe cependant des moyens d'échapper à cette contrainte, de sorte que le souhait du législateur est sans doute illusoire(118).

§ 10 Dualité d'intérêt administrateur-société

39. — La société et, en conséquence, les tiers-crédanciers doivent être protégés contre les conséquences défavorables qu'un conflit d'intérêt peut entraîner.

Au cas où des administrateurs ont un intérêt personnel — et non seulement un intérêt opposé(119) — à une décision prise par

(116) L. DABIN, « L'évolution des conditions de constitution des sociétés anonymes et des sociétés privées à responsabilité limitée » in *Les sociétés commerciales*, Bruxelles, Éditions du Jeune Barreau, 1985, 50.

(117) *Doc. Parl.*, Chambre, 1984-1985, n° 539/4, 13 ; *Doc. Parl.*, Sénat, 1985-1986, n° 359/2, 5.

(118) Voy. à ce propos les considérations de H. BRAECKMANS et E. WYMEERSCH, « De eenpersoonsvennootschap met beperkte aansprakelijkheid vanuit een vennootschapsrechtelijk en algemeen handelsrechtelijk oogpunt » in *De Eenpersoonsvennootschap*, H. BRAECKMANS et E. WYMEERSCH, (eds), Anvers, Maklu Uitgevers, 1988, 15-16, n° 12.

(119) Voy. Rapport VERHAEGEN et BAYENET, *l.c.*, n° 1107/3, 272.

le conseil d'administration, et que ce dernier méconnaît le prescrit de l'article 60 ou, nonobstant le respect des formalités imposées par l'article 60, procure un avantage *abusif*(120) aux administrateurs concernés au détriment de la société, ces administrateurs sont tenus de réparer le préjudice subi tant par la société que par les tiers (art. 60, § 3)(121). Les tiers lésés disposent donc d'une action directe contre les administrateurs (abusivement) avanta-gés. Selon certains, les tiers doivent toutefois démontrer un lien de causalité entre l'avantage dont profite l'administrateur et le dommage qu'ils subissent. L'administrateur qui démontrerait qu'en tout état de cause le créancier n'aurait pas obtenu paie-ment, ne saurait être condamné(122). Nous ne partagerons pas ce point de vue, vu la rédaction du prescrit légal. L'administra-teur ou le gérant sont responsables *dès que* l'opération incriminée leur procure un avantage abusif et sont personnellement tenus à concurrence de cet avantage abusif(123). L'intérêt pour agir (art. 17 C. jud.) exige toutefois que le tiers qui introduit l'action n'ait pas été intégralement payé par la société.

40. — Dans la S.P.R.L., un intérêt personnel, direct ou indi-rect, est insuffisant pour déclencher l'obligation de respecter les formalités décrites. L'intérêt doit être véritablement opposé à celui de la société (art. 133 L.S.C.). La Commission sénatoriale, qui, pour la société anonyme, amenda sur ce point le texte du projet de loi, a vraisemblablement perdu de vue que le même texte était repris dans la section relative aux S.P.R.L. C'est donc suite à un oubli que le texte initial du projet fut conservé pour la S.P.R.L.

(120) Sur ce terme, voy. H. BRAECKMANS, « De nieuwe vennootschapswet van 18 juli 1991 », *R.W.*, 1991-1992, 1044-1045 ; H. BRAECKMANS et E. WYMEERSCH, *l.c.*, n° 148-150. Ces auteurs estiment qu'un avantage indirect suffit, tel l'opéra-tion résultant en un avantage pour un proche d'un administrateur.

(121) Cette disposition a fait l'objet de nombreux commentaires. Voy., par exemple H. BRAECKMANS et E. WYMEERSCH, *l.c.*, n° 134 et s. ; Ph. ERNST, « Belangenconflicten in naamloze vennootschappen », *R.W.*, 1991-1992, 585 et s. ; J. LIEVENS, *De nieuwe vennootschapswet* (wet van 18 juli 1991), Gand, MYS et BREESCH, 1991, 87 et s.

(122) M. COIPEL, in *La S.P.R.L. unipersonnelle — Approche théorique et pra-tique*, H. MICHEL (ed), Bruxelles, Bruylant, 1988, n° 376.

(123) H. BRAECKMANS et E. WYMEERSCH, *l.c.*, n° 151 ; Ph. ERNST, *l.c.*, 605, n° 52.

§ 11 Transformation

41. — La transformation d'une société exige que préalablement rapport soit fait sur l'état de la situation active et passive de la société. Le rapport est établi par le commissaire-reviseur, un réviseur d'entreprise ou un expert-comptable (art. 170, al. 2 L.S.C.).

Les gérants ou administrateurs de la société qui se transforme sont tenus solidairement envers tous intéressés et malgré toute stipulation contraire :

- de la différence éventuelle entre l'actif net de la société après transformation et le capital social minimum prescrit par la loi sur les sociétés (art. 172, 1^o L.S.C.) ;
- de la surévaluation de l'actif net, tel qu'il apparaît dans l'état qui a été établi de la situation active et passive de la société (art. 172, 1^o bis L.S.C.).

La transformation ne peut léser les droits des tiers créanciers. Ils ne peuvent être victimes d'un changement dans le régime de responsabilité des associés⁽¹²⁴⁾. C'est pourquoi, en cas de transformation d'une société en nom collectif, d'une société en commandite simple ou d'une société en commandite par actions, les associés en nom collectif et les associés commandités restent tenus solidairement et indéfiniment à l'égard des tiers, des engagements de la société antérieur à l'opposabilité aux tiers de l'acte de transformation (art. 173, al. 1 L.S.C.).

§ 12 Fusion et scission

42. — Le projet sur les fusions et les scissions de société⁽¹²⁵⁾, dont le champ d'application s'étend à toutes les formes de société, assure la protection tant des actionnaires que des tiers. Le projet s'inspire sur ce dernier point des garanties prévues en cas de transformation de société.

Dans chaque société, l'organe chargé de l'administration établit un rapport écrit et circonstancié exposant la situation patrimoniale des sociétés appelées à fusionner. Ce rapport fait à son tour l'objet d'un rapport du commissaire-reviseur, ou lorsqu'il n'y en a pas, d'un réviseur d'entreprise désigné par les administrateurs

(124) M. COIPEL, *Dispositions communes*, n^o 436.

(125) *Doc. Parl.*, Chambre, 1989-1990, n^o 1214/1.

ou les gérants(126). Dans un souci, de protection des actionnaires(127), mais aussi des tiers-créanciers, il faut éviter que certains profitent de la fusion ou de la scission pour soustraire une partie, sinon la totalité de l'actif.

43. — Aux termes du projet, la fusion entraînant, de plein droit, le transfert de l'ensemble du patrimoine actif et passif de chaque société absorbée (société scindée) à la société absorbante (société bénéficiaire)(128), y compris les contrats conclus *intuitu personae*(129), les tiers-créanciers, qui estiment qu'une telle opération peut préjudicier leurs droits et dont la créance n'est pas échue au moment de la publication aux annexes du *Moniteur belge* des actes constatant la décision de fusion ou de participation à une opération de scission, peuvent exiger une sûreté(130). Ils sont, en effet, exposés à certains risques. Les créanciers de la société absorbée, d'abord, qui se voient imposés un changement de débiteur et doivent souffrir le concours des créanciers de la société absorbante(131). Ceci découle de la transmission universelle de l'actif et du passif. À cet égard, les créanciers n'ont pas le choix.

Les créanciers de la société absorbante, ensuite, encourent un même risque, notamment lorsqu'il y a absorption d'une société en difficulté présentant un passif important(132). La situation n'est pas plus favorable en cas de scission. Le patrimoine du débiteur — gage commun des créanciers — est réparti entre plusieurs sociétés(133).

Si la demande de sûreté donne lieu à contestation, le Président du tribunal de commerce peut être saisi. Statuant comme en référé, il détermine la sûreté à fournir, à moins qu'il décide

(126) Art. 174/3 (fusion), art. 174/29 et 174/47, § 1 (scission).

(127) Exposé des Motifs, *Doc. Parl.*, Chambre, 1989-1990, n° 1214/1, 8.

(128) Art. 174/10, § 1 (fusion), art. 174 : 38, § 1 (scission).

(129) Exposé des Motifs, *l.c.*, 14. Le transfert automatique des contrats *intuitu personae* est une innovation importante par rapport au droit existant (voy. *de lege lata*, H. LAGA, « Enige bedenkingen omtrent fusie en de overgang van intuitu personae-overeenkomsten » in *Liber Amicorum Jan RONSE*, Bruxelles, story-Scientia, 1986, 244 et s.).

(130) Art. 174/12, al. 1 ; art. 174/40, al. 1 ; art. 174/47, § 1.

(131) G. HORSMANS et F. T'KINT, « Chroniques de jurisprudence. La société anonyme et la S.P.R.L. (1972 à 1976) », *J.T.*, 1977, 436.

(132) Exposé des motifs, *l.c.*, 16.

(133) Exposé des motifs, *l.c.*, 30.

qu'aucune sûreté ne sera fournie, eu égard soit aux garanties et privilèges dont jouit le créancier, soit à la solvabilité de la société absorbante ou bénéficiaire(134). Cette mesure protectrice de l'intérêt des tiers est identique à celle prévue en cas de réduction du capital opéré par remboursement ou par dispense du versement du solde des apports (supra, n^{os} 29 *et sq.*).

44. — Si la sûreté prescrite n'est pas fournie, la société débitrice est déchue du bénéfice du terme. La créance devient immédiatement exigible(135) et, en cas de scission, les sociétés bénéficiaires sont tenues solidairement(136). Les créanciers conservent également leur recours contre les associés de la société absorbée (scindée), s'il s'agit d'une société dont les membres ou certains membres sont solidairement et indéfiniment tenus à l'égard des tiers (société en nom collectif, société en commandite simple, société en commandite par actions, société coopérative à responsabilité illimitée et solidaire)(137). La question est réglée comme en cas de transformation (voy. art. 173 L.S.C.) (supra, n^o 40).

La fusion ou la scission peuvent, en outre, être annulées pour cause de détournement de pouvoir(138) et, le cas échéant, bien entendu aussi pour cause de fraude paulienne. La violation de la loi sur les sociétés est comprise dans la notion de détournement de pouvoir.

Section 3. — *Considérations « de lege lata » et « de lege ferenda »*

45. — Naturellement conscient qu'il s'agit d'un des problèmes les plus épineux du droit des sociétés, le législateur a depuis toujours édicté des règles visant à la protection financière des tiers. La réglementation fut affinée au fil des années. Elle s'étend aujourd'hui à toutes les phases de la vie sociétariaire. Dans les chapitres précédents nous avons tenté de dresser l'inventaire de ces mesures.

(134) Art. 174/12, al. 3 et 4 (fusion), art. 174/40, al. 3 et 4 et art. 174/47, § 1 (scission).

(135) Art. 174/12 *in fine* (fusion) ; art. 174/40, al. 5 et art. 174/47, § 1 (scission).

(136) Art. 174/40, al. 5 et art. 174/47, § 1.

(137) Art. 174/14, art. 174/42 et art. 174/47, § 1.

(138) Nouvel art. 190*bis* L.S.C. devant être inséré par le projet de loi relatif aux fusions et scissions de sociétés.

Elles sont principalement de deux ordres.

Les unes visent à garantir la réalité et le maintien du capital social, principe constant que l'on retrouve dans toutes les législations sur les sociétés. Les autres instaurent un régime de responsabilité pesant sur ceux qui concourent à la formation du capital social ou à la gestion *sensu lato* de la personne morale. Ces règles vont souvent de pair.

Le législateur a ainsi conçu un édifice juridique remarquable.

Il n'en demeure pas moins que la *jurisprudence*, dans sa tradition créatrice, continue d'offrir d'intéressantes perspectives.

La protection financière des tiers pourrait, par exemple, être renforcée par une « responsabilisation » accrue des administrateurs de société, voire même, dans certaines limites, des actionnaires sur base de l'article 1382 du Code civil. Nous songeons également à un recours plus audacieux à la désignation d'un administrateur provisoire.

Le *législateur* a, d'autre part, un rôle important à jouer. *De lege ferenda*, il nous paraît souhaitable de charger le commissaire-reviseur de nouvelles missions, sans qu'il soit pour cela nécessaire de lui attribuer de nouvelles compétences débordant le cadre qui lui est actuellement assigné et qui contribue à garantir son indépendance envers toutes les parties intéressées dans la vie sociale de la société (administrateurs, actionnaires, personnel, créanciers). Une refonte imminente du droit de la pré-faillite semble également s'imposer.

§ 1 *La responsabilité quasi-délictuelle des administrateurs envers les tiers (art. 1382 C.civ.).*

46. — La responsabilité quasi-délictuelle que peuvent encourir les administrateurs envers les tiers a fait couler beaucoup d'encre (139).

(139) J.L. FAGNART, « La responsabilité personnelle envers les tiers des organes de la société commerciale », *R.G.A.R.*, 1968, 7995 ; P. VAN OMMESLAGHE, « Développements récents de la responsabilité civile professionnelle en matière économique » in *L'évolution récente du droit commercial et économique*, Bruxelles, Éditions du Jeune Barreau, 1978, 18 et s. ; J. RONSE et J. LIEVENS, « L'administration des sociétés. La responsabilité des administrateurs et gérants après la faillite », in *Les sociétés commerciales*, Bruxelles, Éditions du Jeune Barreau, 1985, 205-213 ; Ph. COLLE, « De la responsabilité quasi délictuelle des administrateurs

Le Hoge Raad aux Pays-Bas va très loin dans ce sens. Il a décidé récemment que la responsabilité aquilienne d'un administrateur peut être retenue envers un créancier impayé, lorsque cet administrateur, qui tient la majorité des parts et exerce un contrôle absolu sur la société, ne démontre pas que la société se trouve effectivement dans l'impossibilité de payer. Le Hoge Raad ajoute que cette impossibilité ne se juge pas uniquement en fonction des actifs saisissables, mais également en tenant compte des crédits et facilités de caisse dont dispose la société(140).

En Belgique, la responsabilité quasi-délictuelle des administrateurs ne pose guère problème, lorsque la faute qui leur est reprochée constitue une violation des statuts ou de la loi sur les sociétés, en ce compris, la loi comptable (art. 77, al. 2, L.S.C.). En effet, dans cette hypothèse, la responsabilité solidaire des administrateurs envers les tiers est expressément prévue par l'article 62, alinéa 2.

En revanche, la question est plus délicate lorsque le manquement imputé aux administrateurs constitue ni une violation des statuts, ni une violation de la loi sur les sociétés. Nous nous trouvons alors face à une pure faute de gestion, à un manquement qui, par essence, est de nature contractuelle. En vertu de l'article 62, alinéa 1^{er}, de tels manquements n'engagent, en principe, la responsabilité personnelle des administrateurs qu'envers la société(141).

Il est néanmoins admis — et le texte de l'article 62, alinéa 1^{er} en se référant au « droit commun » ne s'y oppose pas(142) — qu'une

de société », *R.G.A.R.*, 1986, n° 11076 ; Y. MERCHERS, « Aansprakelijkheid van bestuurders in N.V. en B.V.B.A. », *T.P.R.*, 1986, 416-418 ; R.O. DALCQ, « Examen de jurisprudence (1980 à 1986). La responsabilité quasi-délictuelle », *R.C.J.B.*, 1987, 626-629 ; J. VAN RYN et X. DIEUX, « La responsabilité des administrateurs ou gérants d'une personne morale à l'égard des tiers », *J.T.*, 1988, 401-404 et « Observations complémentaires », *Revue*, 1989, n° 6511, 93 *et sq.* ; S. VAN CROMBRUGGE, « De aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders », *R.W.*, 1989-1990, 1440 *et s.* ; J.L. FAGNART, « La responsabilité des administrateurs de la société anonyme », in *La responsabilité des associés, organes et préposés des sociétés*, Bruxelles, Éditions du Jeune Barreau, 1991, 11 *et s.*

(140) H.R., 3 avril 1992, *RvdW*, 1992, 104 *et T.V.V.S.*, 1992, 129, obs. L.T.

(141) P. VAN OMMESLAGHE, *l.c.*, 22 ; G. HORSMANS et F. 'T KINT, *l.c.*, *J.T.*, 1977, 429 ; J. RONSE, K. VAN HULLE, J.F. NELISSEN et B. VAN BRUYSTEGEM, « Overzicht van rechtspraak (1968-1977). Vennootschappen », *T.P.R.*, 1978, 818 *et* 821 ; J. RONSE et J. LIEVENS, *l.c.*, 196-199 ; Ph. COLLE, *l.c.*, *R.G.A.R.*, 1986, 1176, n° 10.

(142) J. VAN RYN et X. DIEUX, *l.c.*, *Revue*, 1989, n° 6511, 107.

faute de gestion peut, dans certains cas, donner lieu à une action quasi-délictuelle, lorsqu'il apparaît, des circonstances de la cause, que la faute de gestion est également constitutive d'une faute aquilienne à l'égard d'un tiers (ex. créancier de la société). Tel est le cas, lorsque, indépendamment de la violation du contrat, elle constitue aussi un manquement à l'obligation générale de prudence(143). Il importe donc de démontrer que le manquement contractuel demeure fautif en dehors de tout rapport contractuel. C'est souvent le cas. Songeons, par exemple, à la poursuite d'une activité déficitaire, à l'abstention ou à l'aveu tardif de la faillite et à tous les cas de fautes sanctionnées pénalement(144).

Mais afin d'obtenir une condamnation en responsabilité quasi-délictuelle, il faut pouvoir faire état d'un dommage autre que celui qui résulte de la mauvaise exécution du contrat (dommage extracontractuel) et d'une relation de cause à effet entre la faute et un tel dommage. Le nœud du problème se trouve là.

Le préjudice subi par le tiers-créancier poursuivant un administrateur en responsabilité quasi-délictuelle est généralement de nature contractuelle, notamment le non-paiement de la créance qu'il détient envers son cocontractant, la société. Ce n'est qu'exceptionnellement qu'il pourra faire état d'un dommage indépendant du contrat qui le lie à la société, c'est-à-dire d'un dommage extracontractuel(145), hormis le cas des créanciers qui ont contracté avec la société après la décision de poursuite de l'activité déficitaire ou après la date de cessation des paiements. En effet, certains de ces créanciers se trouvent parfois dans les conditions d'invoquer une *culpa in contrahendo* dans le chef des administrateurs(146).

46. — bis. De ce bref aperçu, il découle qu'il est souvent difficile, voire même impossible pour les tiers-créanciers, victimes de préjudices importants, de soulever la responsabilité quasi-

(143) Cass., 29 juin 1989, *Revue*, 1989, n° 6514, 175, *R.G.A.R.*, 1992, 11902 et *A.C.*, 1988-1989, 1309 ; J.L. FAGNART, *l.c.*, 12 ; Y. MERCHERS, *l.c.*, 417 ; P. VAN OMMESLAGHE, *l.c.*, 22, n° 9, S. VAN CROMBRUGGE, *l.c.*, *R.W.*, 1989-1990, 1440 ; J. VAN RYN et X. DIEUX, *l.c.*, *Revue*, 1989, 99 et *sq.*

(144) Voy. Ph. COLLE, *l.c.*, *R.G.A.R.*, 1989, 11076, n°s 13 et s. ; J.L. FAGNART, *l.c.*, 14-21 et les considérations particulièrement intéressantes de cet auteur relatives au non-paiement des rémunérations : art. 42 L. 12 avril 1965.

(145) Voy. l'exemple cité par Ph. COLLE, *l.c.*, *R.G.A.R.*, 1986, 11076, n° 15.

(146) Ph. COLLE, *l.c.*, *R.G.A.R.*, 1986, 11076, n°s 18-20.

délictuelle des administrateurs de sociétés, quand bien même ces derniers en sont à l'origine.

Il est toujours regrettable, en pratique, de se heurter à des obstacles relevant de la pure technique juridique. Ce phénomène est très mal perçu par les justiciables, qui le ressentent comme hautement inéquitable.

L'évolution, qui semble pouvoir être décelée dans l'enseignement récent de la Cour de cassation, mérite à cet égard une attention particulière. En décidant que le préjudice subi par le sous-traitant suite à la mauvaise exécution par l'entrepreneur principal de son contrat avec le sous-traitant, n'empêche pas que ce dommage soit qualifié d'extracontractuel envers le maître de l'ouvrage lorsque la mauvaise exécution du contrat liant l'entrepreneur au sous-traitant résulte d'une faute aquilienne du maître de l'ouvrage(147), la Cour n'a-t-elle, en réalité, pas décidé que la nature du dommage dépend désormais de celle de la faute ?

Si cette interprétation devait prévaloir, dans la matière qui nous occupe, les créanciers lésés pourraient, plus facilement que par le passé, obtenir réparation de la part des administrateurs sur base des articles 1382 et 1383 du code civil, puisque s'il y a faute quasi-délictuelle dans le chef de ces derniers, ce qui n'est pas rare, le dommage en résultant est, par voie de conséquence, lui aussi réputé être de nature quasi-délictuelle.

§ 2 *La responsabilité quasi-délictuelle des actionnaires (art. 1382 C.civ).*

47. — Étant entendu que le droit de vote à l'assemblée générale tient à la fois du droit-fonction (à exercer conformément à l'intérêt social) et de la prérogative (droit discrétionnaire) de l'actionnaire (exercé en vue de faire valoir les intérêts privés du titulaire)(148), l'exercice de ce droit peut être constitutif de

(147) Cass, 14 décembre 1990, *Pas.*, 1991, I, 375. Voy. aussi Cass., 1^{er} juin 1984, *Pas.*, 1984, I, 1202 où la faute constituait toutefois une infraction pénale ainsi que le commentaire de J.L. FAGNART, « La responsabilité extra-contractuelle du prestataire de services », *Les prestations de services et le consommateur*, Bruxelles, Story-Scientia, 1990, 120-121. *Adde* Civ. Neufchâteau, 22 décembre 1989, *Revue*, 1992, n° 6602, p. 130 qui ne s'embarrasse même pas de la question relative à la nature du dommage.

(148) S. VAN CROMBRUGGE, *De juridische en fiscale eenheidsbehandeling van vennootschapsgroepen*, Anvers, Kluwer, 1984, n° 65 ; T. TILQUIN, « Les opérations d'assainissement du capital des sociétés en difficulté et l'abus de droit des

faute en cas d'abus. La responsabilité civile qui en découle est de nature à offrir d'intéressantes perspectives aux créanciers qui se sentent lésés par certaines décisions de l'assemblée générale, notamment en matière de distribution de dividendes ou dans le cadre de la procédure instaurée par l'article 103, L.S.C. en cas de perte substantielle du capital.

Il est primordial de cerner les critères permettant de qualifier d'abusif et, partant, de fautif l'exercice du droit de vote.

L'utilisation du droit de vote a d'autres fins que l'intérêt social n'est pas nécessairement fautif, puisque le droit de vote n'est pas purement fonctionnel. L'aspect « droit-fonction » n'est qu'un des aspects du droit de vote. Il implique, certes, que l'intérêt social doit être pris en considération dans l'exercice du droit de vote, mais, vu la nature hybride de ce droit, l'actionnaire peut également l'exercer en fonction de son intérêt personnel. Le vote implique, en conséquence une pesée des deux intérêts en présence. En revanche, et dans la mesure où l'intérêt social englobe (149), l'actionnaire ne doit pas à proprement parler tenir compte des intérêts des créanciers ou des autres actionnaires individuels (150).

Pour conclure à un éventuel abus, le jugement doit porter sur la balance que l'actionnaire a opérée entre l'intérêt social et son intérêt personnel. Il commet un abus, s'il se laisse guider par la poursuite d'avantages privés sans commune mesure avec les sacrifices de l'intérêt social qui en découlent.

Plus généralement, il doit être considéré coupable d'abus, lorsqu'il fait prévaloir ses intérêts privés dans une mesure qui excède les limites dans lesquelles se serait comportée une personne normalement prudente et diligente (151). Il commet, en réalité, un abus chaque fois qu'il n'est pas de bonne foi dans la pesée de l'intérêt social et de son intérêt personnel.

actionnaires », *R.D.C.*, 1991, 14. Cons. aussi les multiples références citées par ces auteurs. Le droit de vote de l'actionnaire diffère en cela des prises de décision des administrateurs, dont la compétence est purement fonctionnelle (voy. K. GEENS, « De bescherming tegen de bescherming » in *De bescherming van de minderheidsaandeelhouder, T.R.V.*, bijzonder nummer 1988, 1122 et s.)

(149) Sur la notion fondamentale de l'intérêt social, voy. S. VAN CROMBRUGGE, *o.c.*, n^{os} 70-72 ; Ph. COLLE, *Het juridisch kader van de faillissementsvoorkoming*, Anvers, Maklu Uitgevers, 1989, n^o 272.

(150) Contra, T. TILQUIN, *l.c.*, 17.

(151) S. VAN CROMBRUGGE, *o.c.*, n^o 71 ; Ph. COLLE, *o.c.* ; n^o 272, T. TILQUIN, *l.c.*, 18-19.

48. — Faisant application de ces principes, la Cour de cassation française a engagé la responsabilité d'une société-mère envers les créanciers de sa filiale, dont elle avait déraisonnablement décidé de poursuivre l'activité déficitaire(152).

Dans le même esprit, le *Hoge Raad* des Pays-Bas a récemment conclu à la responsabilité d'une société-mère, qui à l'assemblée générale de sa filiale avait décidé une distribution importante de dividendes, alors que la filiale se trouvait dans une situation financière précaire, puisque quelques mois plus tard elle dut requérir une *surséance van betaling* (concordat judiciaire)(153).

49. — Même en dehors de l'exercice du droit de vote, l'actionnaire peut, dans certaines circonstances, engager sa responsabilité aquilienne envers les tiers, notamment lorsqu'il accorde à la société des crédits importants assortis de sûretés de nature à couvrir le risque et que l'appel de ces dernières entraînent le démantèlement complet du gage des créanciers(154). Sa responsabilité ne peut être ici retenue, que s'il exerce un *contrôle absolu* sur la société. L'engagement dans des opérations financières (ex. contracter des crédits) relève en effet de la compétence des administrateurs ou gérants (art. 54, al. 1 et 130, al. 1 L.S.C.), qui, en principe, en sont seuls responsables. La maîtrise absolue de la société par l'actionnaire dépend de circonstances de fait, qu'il convient d'apprécier dans chaque cas concret.

50. — Il semble donc clair que l'article 1382 C.civ. puisse constituer une arme redoutable à l'usage des créanciers contre les actionnaires qui abusent de leur situation ou de leur pouvoir de décision à l'assemblée générale. De tels abus trouvent, sans doute, leur principale résonance au sein d'assemblées comptant un minimum de membres. On songe, en particulier, à certaines sociétés familiales et aux structures de groupe.

(152) Cass. fr., 25 mai 1970, *Dall.*, 1970, J., 531. Voy. aussi H. BRAECKMANS et E. WYMEERSCH, *l.c.*, 93-94 à propos de l'attitude de l'actionnaire dans la S.P.R.L. unipersonnelle.

(153) H.R., 8 novembre 1991, *R.v.d.W.*, 1991, 249, *N.J.*, 1992, 174 et *T.V.V.S.*, 1991, 323, obs. L.T. ainsi que le commentaire de H.C.F., SCHOORDIJK, « De normen van maatschappelijke betamelijkheid in het vennootschaps- en faillissementsrecht », *W.P.N.R.*, 1992, 357 et s.

(154) H.R., 25 septembre 1981, *N.J.*, 1982, 443.

§ 3 *L'administrateur provisoire*

51. — Hormis quelques discussions relatives à son fondement légal(155), l'institution de l'administrateur provisoire est aujourd'hui bien connue.

Il est unanimement admis que le principe suivant lequel le juge n'a pas à s'immiscer dans la vie des sociétés cède lorsque des circonstances exceptionnelles justifient une intervention (judiciaire) urgente, afin de préserver l'intérêt social. Il y a urgence, lorsque la société ne fonctionne plus normalement suite à une défaillance, paralysie ou carence des organes sociaux ou encore en cas de décisions mettant gravement en péril l'intérêt social, c'est-à-dire l'avenir de la société. La matière a fait l'objet d'excellentes études doctrinales, auxquelles le lecteur voudra bien se reporter(156).

52. — Étant entendu que le principe de la non-immixtion du juge dans la vie des sociétés doit être écarté, lorsque, suite à des circonstances exceptionnelles, la protection de l'intérêt social l'exige(157) et étant, en conséquence, admis que le recours à l'administrateur provisoire trouve son fondement dans cette nécessité de protéger l'intérêt social, on n'aperçoit pas pourquoi il faudrait limiter sa désignation aux cas où le fonctionnement régulier des organes sociaux est affecté. Son intervention nous paraît tout autant justifiée en cas de gestion désastreuse, bien que les organes sociaux fonctionnent normalement(158). Une gestion désastreuse

(155) Art. 584 C.jud. ou art. 12 §, 1, 3^o, d L.S.C. (J. RONSE, *De vennootschapswetgeving 1973*, n^o 88 ; D. LINDEMANS, « Een sekwester als beheerder bij vennootschapsgeschillen », *R.D.C.*, 1987, 326 ; Ph. COLLE, *o.c.*, n^o 271).

(156) L. MAEYENS, « Voorlopig vermogensbeheer en/of sekwester ener vennootschap », *R.W.*, 1961-1962, 345-374 ; G. HORSMANS, « Le juge des référés et le droit des sociétés », *Revue*, 1969, 47-62 ; G. HORSMANS, « Le rôle du juge dans la vie des sociétés » in *Les sociétés commerciales*, Bruxelles, Éditions du Jeune Barreau 1985, 389-444 ; A.M. STRANART, « Les référés commerciaux et le rôle préventif du tribunal de commerce » in *L'évolution du droit judiciaire au travers des contentieux économique, social et familial*, Actes des XI^{ème} Journées d'études juridiques Jean DABIN, Bruxelles, Bruylant, 1984, 561-596 ; D. LINDEMANS, *l.c.*, 325 et s. ; B. TILLEMANS, « De voorlopige bewindvoerder : een laatste remiddel », *T.R.V.*, 1990, 324-330 et la jurisprudence citée par tous ces auteurs.

(157) Cass. fr., 26 avril 1982, *Rev. Soc.*, 1984, 94, obs. J.L. SIBON ; Paris, 22 mai 1965, *Revue*, 1967, 253 ; Bruxelles, 21 SEPTEMBRE 1983, *Revue*, 1983, 317-318 ; Comm. Namur, 21 janvier 1986, *Rev. Rég. DrI*, 1986, 52 ; Comm. Verviers (réf.), 9 avril 1971, *Revue*, 253 ; Comm. Mons (réf.), 10 juillet 1979, *Revue*, 1979, 255 ; Comm. Liège (réf.), 13 janvier 1986, *R.D.C.*, 1987, 449.

(158) Ph. COLLE, *o.c.*, n^o 271.

met tout aussi gravement en péril l'intérêt et la continuité de la société. Dans ces circonstances, les tiers, dont les droits seraient gravement menacés (art. 18 C. jud.) et qui ont dès lors intérêt (art. 17 C. jud.) à la sauvegarde de la société, doivent être admis à demander la désignation d'un administrateur provisoire. Les créanciers disposent là d'un moyen d'action préventif, insuffisamment exploité à ce jour selon nous (159).

Il s'impose toutefois d'éviter toute confusion. Il est entendu que les tiers-créanciers n'interviennent pas en tant que garants de l'intérêt social. Ils n'y sont guère habilités, car l'intérêt social trouve son fondement juridique en l'article 1833 C.civ relatif à *l'intérêt commun des actionnaires* (160). Ceci n'empêche cependant pas, d'une part, que les tiers-créanciers puissent agir en vue de la protection de leurs propres intérêts et, d'autre part, que les mesures découlant de leur action puissent concourir, par voie de ricochet pourrait-on dire, à la sauvegarde de l'intérêt social. Il s'ensuit que lorsque les tiers requièrent la désignation d'un administrateur provisoire, le juge doit opérer une pesée entre le principe de non-immixtion, rappelé plus haut, et celui du droit des tiers d'agir en vue de la protection de leurs intérêts particuliers. Le respect du premier principe ne peut conduire à anéantir le second. À cet égard, il semble probable que le juge sera plus facilement enclin à écarter le principe de non-immixtion dans la vie sociétaire, lorsque le tiers sollicite une mesure, qui, de façon indirecte, contribue également à sauvegarder l'intérêt social.

Soulignons néanmoins que prudence et circonspection s'imposent en la matière. L'administration provisoire peut porter atteinte au crédit de la société à cause de la méfiance qu'elle est susceptible d'entraîner dans le chef des fournisseurs, banquiers et clients (161).

(159) Comp. Civ. Charleroi (réf.), 11 juillet 1989, *J.T.*, 1989, 679, *J.L.M.B.*, 1989, 959 et *T.R.V.*, 1990, 321, obs. B. TILLEMAN confirmé par Mons, 25 juin 1990, *T.R.V.*, 1990, 382 (action émanant d'un *actionnaire* minoritaire pour cause e.a. d'absence d'investissements *pouvant* conduire à la perte de marchés importants). Voy. aussi, Comm. Liège (réf.), 16 août 1991, *T.R.V.*, 1992, 38, obs. B. TILLEMAN.

(160) S. VAN CROMBRUGGE, *o.c.*, n° 71 ; Ph. COLLE, *o.c.*, n° 272-273.

(161) Comm. Bruxelles (réf.), 4 octobre 1983 cité par G. HORSMANS, « Le rôle du juge dans la vie des sociétés », *l.c.*, 426-427.

§ 4 *Le rôle du commissaire de lege ferenda*

53. — La mission du commissaire réviseur est axée sur la certification des états financiers à l'intention de la collectivité. Il remplit une tâche qui se rattache directement à l'intérêt général (162).

Le vote de la loi du 5 décembre 1984, adaptant notre droit aux deuxième et quatrième directives européennes, s'inscrivait résolument dans cette perspective, qui marquait une nouvelle étape dans la construction d'un véritable droit de l'entreprise (163). Or l'un des maillons faibles de ce droit en construction est la protection des intérêts divers qui se focalisent dans l'entreprise (travailleurs, créanciers, collectivités locales ou régionales à l'économie desquelles l'entreprise s'est intégrée, ...) lorsque celle-ci connaît des difficultés, spécialement en période de crise.

De nombreux auteurs ont plaidé pour une refonte du droit de la faillite (164) ou du concordat judiciaire qui prendrait pour base de réflexion le droit de l'entreprise (165).

Sans aborder l'ensemble de cette problématique qui dépasse largement le cadre de la présente étude, il nous paraît néanmoins souhaitable de procéder à une réévaluation des missions du commissaire-réviseur. Celle-ci peut se concevoir dans les limites de ses compétences actuelles qui englobent, ainsi qu'il est apparu ci-avant (166), le contrôle de l'information, au sens large, diffusée au profit des différents acteurs de la vie sociale que le législateur entendu protéger.

54. — *De lege ferenda*, le commissaire-réviseur doit être investi d'un rôle plus actif dans la détection des difficultés pouvant affecter le développement et la continuité de l'entreprise. Pour ce faire, une réforme nous paraît devoir porter sur trois points :

(162) Rapport fait au nom de la Commission « ad hoc » société commerciales par MM. VERHAEGEN et BAYENET, *Doc. Parl.*, Sénat, session 1990-1991, 1107-3, 214.

(163) M. VERHAEGEN, rapporteur au nom de la Commission chargée de l'examen du projet 210, relevait peu avant le vote de la loi : « *wij zien (...) dat men meer en meer de klemtoon legt op de bescherming van derden : de bescherming van werkgever en werknemer, van schuldeiser en overheid, van al diegenen die bij de onderneming zijn betrokken* », *Ann. Parl. Ch.*, 1984, 20, p. 515.

(164) E. KRINGS, « La juridiction consulaire et la situation économique », *J.T.*, 1979, p. 539.

(165) P. MARTENS, « Les tribunaux de commerce et la crise — Entre le déni de justice et l'excès de pouvoir », in *Les magistratures économiques et la crise*, *CRISP*, 1984, p. 155.

(166) Confer *supra*, n° 18.

la modification de la mission du commissaire-réviseur, la nature des informations communiquées par les dirigeants à l'organe de contrôle et la réglementation du dialogue qui doit s'instaurer entre les organes de contrôle et de gestion.

Première proposition de réforme : la modification de la mission du commissaire-réviseur. Elle doit être la pierre angulaire de toute réforme du rôle du commissaire-réviseur dans la prévention des faillites. Le commissaire-réviseur ou l'expert-comptable doivent être chargés de l'examen systématique de la situation financière de l'entreprise et de la détection des indices de discontinuité, par le recours à la méthode de l'analyse des ratios de liquidité, de rentabilité et de solvabilité(167).

La méthode est connue des réviseurs bancaires agréés. Alors que les travaux du commissaire-réviseur sont principalement des contrôles financiers visant à certifier les comptes annuels, les travaux du réviseur agréé visent surtout à assurer une surveillance de la solvabilité, de la liquidité et de la rentabilité ainsi que du respect des dispositions légales et réglementaires relatives aux institutions de crédit, en ce qui concerne l'ensemble de l'institution de crédit(168).

L'analyse de ratios est parfois utilisée, par les services dits « de dépistage » du tribunal de commerce lors d'intervention de ces services dans les entreprises en difficulté(169). Cette méthode fait également partie intégrante du diagnostic financier qui précède, dans la pratique, l'octroi de crédit à l'entreprise(170).

Rompus à l'analyse financière et comptable, le commissaire-réviseur (et l'expert-comptable), le plus souvent dotés d'une organisation informatisée, sont les mieux placés pour rechercher et analyser, par le biais de cette méthode, les indices de faiblesse mettant en danger la continuité de l'entreprise et la sécurité des tiers, avant de les communiquer aux autres organes de l'entre-

(167) P. COLLE, « Het juridisch kader van de faillissementsvoorkoming », *op. cit.*, p. 394 et pp. 403-404.

(168) IRE, Normes de révision spécifiques destinées aux commissaires-réviseurs des intermédiaires financiers, I.4., adoptées le 3 décembre 1982 in Vade Mecum, 1992, T. II, p. 212 ; P. COLLE, Het juridisch kader van de faillissementsvoorkoming, *op. cit.*, pp. 313-314 et réf. citées.

(169) J.L. DUPLAT, « La magistrature économique et la restructuration de l'économie belge », in Les magistratures économiques et la crise, *op. cit.*, p. 135.

(170) Manuel des crédits, Crédit Général, 1987, Chap. IV, pp. 49 à 89.

prise. La communication qui leur est faite, d'un état comptable, tous les six mois(171), permet une analyse comportant un degré suffisant d'anticipation.

Les conclusions auxquelles conduisent ces analyses n'ont pas une valeur absolue. Diverses méthodes ont déjà été suggérées pour affiner l'analyse(172).

Le récent projet de loi relatif au statut et au contrôle des établissements de crédit(173) et le long exposé des motifs qui le précède, fournissent une intéressante base de réflexion. Ce texte est destiné à transposer, dans le droit belge, la deuxième directive bancaire. Il confirme largement la pratique actuelle en matière de contrôle des banques. Ce genre de contrôle pourrait être élargi à tous types de sociétés.

Le projet de loi met fin à la dichotomie entre réviseurs agréés et commissaires-réviseurs. Les commissaires-réviseurs agréés — dénomination retenue par le projet de loi — auront une mission élargie, de collaboration au contrôle prudentiel de la Commission bancaire et financière, qui dépasse les investigations purement comptables(174). Dans ce cadre, les commissaires-réviseurs devront, notamment, s'assurer que « (...) *les établissements de crédit ont adopté les mesures adéquates d'organisation administrative et comptable et de contrôle interne en vue du respect des lois, arrêtés et règlements relatifs au statut légal des établissements de crédits* »(175). Parmi ces règlements, se trouvent les règles relatives aux coefficients de solvabilité et de liquidité fixés par la Commission bancaire et financière(176).

La communication des rapports révisoraux aux dirigeants de l'établissement de crédit est également réglementée pour en assurer le caractère confidentiel.

55. — Les autres propositions de réformes sont liées entre elles.

Elles partent du constat que l'analyse, par le commissaire-réviseur, d'informations qui débordent le terrain strictement

(171) Art. 64^{sexies}, al. 5 L.C.S.C.

(172) P. COLLE, *Het juridisch kader van de faillissementsvoorkoming*, *op. cit.*, p. 404.

(173) Projet approuvé par le Conseil des Ministres du 4 août 1992, soumis au Conseil d'État.

(174) Art. 50 à 55 du Projet et spécialement l'art. 55.

(175) Art. 55, par. 1^{er}, 1^o du Projet.

(176) Art. 43 du Projet. Exposé des Motifs, pp. 69 à 73.

comptable est malaisée. Cela tient d'une part à la nature des informations dont question et, de l'autre, à l'ambiguïté de la mission du commissaire qui n'a aucune obligation active de recueillir ces informations mais simplement de commenter les faits constatés dans l'exercice de sa mission. L'établissement d'une réelle information prévisionnelle s'en trouve hypothéquée.

Une telle lacune pourrait être contournée, du moins pour partie, en imposant aux dirigeants non plus implicitement — comme le suggère l'article 77 des L.C.S.C. — mais explicitement, la communication aux commissaires-réviseurs d'une information comptable prévisionnelle. Si cette information révèle des faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation, le commissaire pourrait être habilité à déclencher une procédure d'alarme similaire à celle qui existe en France(177), obligeant le conseil d'administration à prendre position ou à délibérer sur les faits relevés. Le cas échéant, c'est l'assemblée générale, éventuellement convoquée par la commissaire (aux comptes), qui sera saisie(178).

§ 5 *La refonte du droit de la pré-faillite*

56. — Une procédure efficace de prévention de faillite ne peut que contribuer à la protection financière des tiers. L'aspect préventif est essentiel. Mieux vaut prévenir que guérir. La procédure doit pouvoir être déclenché à l'aube des difficultés.

57. — L'on s'accorde aujourd'hui à dire que la réglementation concernant le concordat judiciaire ne répond plus aux exigences et aux besoins économiques actuels. Elle ne contribue que rarement au redressement définitif de l'entreprise et aboutit trop souvent en une déclaration de faillite, qu'elle est pourtant censée éviter. L'explication tient au caractère obsolète de la procédure, qui devrait faire l'objet d'une réforme fondamentale sur différents points(179), notamment :

(177) Art. 230-1 de la loi sur les sociétés commerciales, introduit par la loi n° 84-148 relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises. Sur la problématique de la prévention des difficultés en droit français, cons. Y. GUYON, *Droit des Affaires*, *op. cit.*, T. II, pp. 48 à 51 et 62 à 67.

(178) Pour plus de détails sur cette question, voy. P. COLLE, *Het juridisch kader de faillissementsvoorkoming*, *op. cit.*, pp. 404 et suiv.

(179) Pour une analyse détaillée et de droit comparé, cons. Ph. COLLE, *Het juridisch kader van de faillissementsvoorkoming*, n°s 191-207.

- seul le débiteur se trouvant en état de faillite (cessation de paiements et crédit ébranlé) peut obtenir un concordat judiciaire (art. 1, al. 1 Arr. Régent, 25 septembre 1946). Cette condition mine le caractère préventif de la procédure. Il est alors souvent trop tard et, dans ces circonstances, il est extrêmement difficile de redresser l'entreprise ;
- le débiteur doit être malheureux et de bonne foi (art. 2, § 1, al. 5 Arr. Régent, 25 septembre 1946), alors que la pratique, en Belgique et à l'étranger, a démontré que le débiteur est responsable des difficultés qu'il rencontre dans 70 à 80 % des cas. En effet, les erreurs de gestion sont la cause principale de faillite (180). Cela signifie que 70 à 80 % des entreprises en difficulté n'entrent, *stricto sensu*, pas en considération pour l'obtention d'un concordat judiciaire. Il est inadmissible, d'un point de vue économique, que le sort d'une entreprise soit lié aux fautes commises par ses dirigeants. La viabilité économique doit être le seul critère, dont puisse dépendre le sauvetage d'une entreprise ;
- seul le débiteur est autorisé à déposer une requête en vue de l'obtention d'un concordat judiciaire (art. 3 Arr. rég. 1946). Il est cependant connu que le débiteur se rend, bien souvent, tardivement compte de l'importance des difficultés auxquelles il est confronté. L'intérêt de l'entreprise requiert que d'autres intéressés, tels les créanciers, puissent demander le concordat judiciaire ;
- la position par trop favorisée qu'occupent les créanciers hypothécaires, privilégiés et gagistes, qui non seulement échappent aux effets du concordat judiciaire (art. 29, al. 2

(180) Belgique : J.L. DUPLAT, « Les faillites, enfants de la crise ? », Interview in *Le Soir*, 21 juin 1985, 2 ; B. MICHAUX, « Profil et signification économique des faillites en Belgique : la réponse du monde juridique » in *Entreprises en difficulté et initiative publique*, A.M. KUMPS, P. GRAND-JEAN et R. WITTERWULGHE (eds), Bruxelles, Facultés Universitaires St. Louis, 1978, 79 et 154 tableau XIX ; H. OOGHE et Ch. VAN WYMEERSCH, *Financiële analyse van ondernemingen*, Anvers, H.E. Stenfert Kroese, 1985, 311 et Tableau 167.

France : A. SAYAG et H. SERBAT (eds), *L'application du droit de la faillite*, Paris, Librairies Techniques, 1982, n° 194.

Pays-Bas : P. TUIT, « Faillissement en fraude », *T.V.V.S.*, 1984, 171.

Grande-Bretagne : J.M. ALLSOPP, *Survival in Business*, London, Business book, 1977, 20 et s.

États-Unis : E.I. ALTMAN, *Corporate Financial Distress*, New York, John Wiley and Sons, 1983, 223.

Arr. rég. 25 septembre 1946), de sorte qu'ils demeurent en droit de prendre des mesures exécutoires envers le débiteur, mais dont, en outre, les créances à terme deviennent, selon la doctrine classique(181), immédiatement exigibles. De ce fait, les créanciers visés tirent avantage du concordat judiciaire, ce qui nous paraît pour le moins exagéré.

58. — Il convient de signaler qu'un groupe de travail, institué au sein de Ministère de la Justice a été chargé d'élaborer une réforme de la loi sur le sursis de payement et du concordat judiciaire. Ce groupe a déjà rédigé un avant-projet de texte, que nous ne pouvons étudier dans le cadre du présent rapport. Nous nous limiterons à constater ici que sur plusieurs points il rencontre les objections formulées, bien que les solutions préconisées ne soient pas toujours pleinement satisfaisantes(182).

Il est en tout cas primordial que le droit de la pré-faillite devienne véritablement préventif. Il faut également éviter toute opposition entre « *l'économique et le droit alors que les besoins d'une conciliation harmonieuse se font de plus en plus sentir. De ce rapprochement assurément fécond naîtront des institutions juridiques adaptées à la vie des entreprises* »(183). L'entreprise et les intérêts qui gravitent autour d'elle (actionnaires, personnel, créanciers) ne peuvent que mieux s'en porter.

Philippe COLLE (*)

ET

Patrick DE WOLF (**)

(181) Pour une opinion divergente de *lege lata*, voy. Ph. COLLE, *op. cit.*, n° 199.

(182) Pour un premier commentaire, voy. Ph. COLLE, « Nieuwe wetgeving op het gerechtelijke akkoord op komst », *Balans*, 8 septembre 1992, n° 241, 9-12.

(183) L. DABIN, « L'évolution des conditions de constitution des sociétés anonymes et des sociétés privées à responsabilité limitée » in *Les sociétés commerciales*, Bruxelles, Éditions du Jeune Barreau, 1985, 13.

(*) *Chargé de cours à la Vrije Universiteit Brussel. Actuellement : Administrateur délégué Assuralia, Professeur à la Vrije Universiteit Brussel.*

(**) *Assistant à l'Université catholique de Louvain. Actuellement : Avocat, Maître de conférences à l'Université catholique de Louvain.*