strada lex

EXAMEN DE JURISPRUDENCE

(2010-2013)

Les sociétés commerciales (troisième partie)

SOUS LA COORDINATION DE

Xavier DIEUX, Philippe LAMBRECHT
et Olivier CAPRASSE

Avec

Alexia AUTENNE, Roman AYDOGDU, Matthieu DUPLAT,
Alice HANNOUILLE, Didier LECLERCQ,
Laura LÉONARD (1), Eric POTTIER, Renaud THUNGEN,
Edith WEEMAELS, Didier WILLERMAIN

Table des matières

Chapitre VIII. — Les interventions du juge nos 158 à 208

Section I. — Exclusion et retrait nos 158 à 176

Section II. — Autres interventions du juge nos 177 à 208

§ 1er. — *Mesures provisoires et préalables prises par le juge des référés et le juge du fond* nos 178 à 181

A. — *Mesures provisoires prises par le juge des référés* nos 178 à 179

B. — *Mesures préalables prises par le juge du fond* nos 180 à 181

§ 2. — *Désignation d'un expert vérificateur* nos 182 à 190

§ 3. — *Désignation d'un administrateur provisoire* nos 191 à 197

§ 4. — *Désignation d'un mandataire* ad hoc nos 198 à 205

§ 5. — *Compétences du tribunal de commerce* nos 206 à 208

Chapitre IX. — Droit international privé nos 209 à 216

(1) Auteur et responsable de la coordination éditoriale.

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.181.97)
Examen de jurisprudence (2010-2013) - Les sociétés commerciales (troisième partie)
Larcier Edition - © Larcier - 07/02/2020

strada lex

CHAPITRE VIII. — Les interventions du juge

SECTION I. — EXCLUSION ET RETRAIT (2)

Les mécanismes judiciaires d'exclusion (*uitsluiting*) et de retrait (*uittreding*) des associés ont été introduits par la loi du 13 avril 1995 dans les sociétés privées à responsabilité limitée (art. 334-342 C. soc.) et dans les sociétés anonymes n'ayant pas fait ou ne faisant pas appel public à l'épargne (art. 635-644 C. soc.). Ces mécanismes de résolution interne des conflits ont été très favorablement accueillis tant par la doctrine que par la jurisprudence dès lors que, contrairement à la dissolution pour justes motifs (*supra*, n^os^ 114 et s.), ils permettent d'assurer la pérennité de la société ainsi que la préservation des intérêts qu'elle implique (intérêts des travailleurs, fournisseurs, clients, collectivité), autres que ceux des associés.

Afin d'éviter les redites et de susciter les comparaisons, les actions en exclusion et en retrait seront systématiquement envisagées en parallèle.

158. — Objet de l'action. — Actions et autres titres qui donnent droit à la souscription ou à l'échange en actions. — Option contractuelle d'achat. — L'article 636 du Code des sociétés, applicable en matière d'exclusion dans les sociétés anonymes, vise « les actions et tous les autres titres [que l'actionnaire] détient et qui peuvent être convertis ou donnent droit à la souscription ou à l'échange en actions de la société ». L'article 642 du même Code envisage, s'agissant du retrait, la reprise de toutes les « actions ainsi que les obligations convertibles en actions ou les droits de souscription » que détient le demandeur.

La cour d'appel de Gand a été saisie d'une espèce où le défendeur en exclusion était non seulement titulaire d'actions de la société, mais bénéficiait en outre d'une option contractuelle d'achat sur les actions que possédait le demandeur, à exercer six ans après leur acquisition par ce dernier. Considérant l'objectif et la portée de l'article 636 du Code des sociétés, qui organise l'exclusion totale de l'associé en cause, la cour se rallie à la doctrine majoritaire qui préconise une interprétation large de cette disposition (3) :

(2) Rédigé par Laura Léonard, Roman Aydogdu et Olivier Caprasse.

(3) L'arrêt se réfère expressément aux auteurs suivants : J.-M. NELISSEN GRADE, « De geschillenregeling en de uitkoopregeling », in *De nieuwe vennootschappenwetten, van 7 en 13 april 1995*, Biblo, 1995, p. 354 ; I. CORBISIER, « La société et les associés », in *Droit des*

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.181.97)
Examen de jurisprudence (2010-2013) - Les sociétés commerciales (troisième partie)
Larcier Edition - © Larcier - 07/02/2020

strada lex

ne sont pas seulement visées les actions au sens le plus large du terme, mais aussi tous les autres effets, ainsi que les droits non matérialisés par des titres qui sont susceptibles de conférer la qualité d'associé. La cour écarte par conséquent l'argumentation du défendeur en exclusion selon laquelle l'option d'achat contractuelle ne constitue ni une action ni un effet convertible au sens de l'article 636 du Code, et conclut à juste titre à la cession forcée de l'option (4 février 2008, *J.D.S.C.*, 2010, p. 244 ; *infra*, n° 169).

159. — Rôle de la société. — Tant pour l'action en exclusion (art. 335 et 637 C. soc.) que pour l'action en retrait (art. 340 et 642 C. soc.), le Code dispose que la société doit être citée à comparaître. À défaut, le juge remet l'affaire à une date rapprochée.

Les raisons de la mise à la cause de la société ne font pas l'unanimité. Plusieurs justifications sont avancées, en doctrine, concernant l'obligation de citer la société à comparaître. Outre la nécessité de rendre la décision opposable à cette dernière, la mise à la cause de la société devrait permettre d'éclairer le juge de manière objective sur l'intérêt social et devrait faciliter l'exécution par la société de son obligation d'information à l'égard des autres associés (pour un exposé plus détaillé, voy. O. Caprasse et R. Aydogdu, *Les conflits entre actionnaires. Prévention et résolution*, Bruxelles, Larcier, 2010, n° 547, pp. 286-287).

Se ralliant à la doctrine de K. Geens et T. Verhoest (« Développements récents dans la matière des procédures de sortie prévues par les articles 190*ter* et 190*quater* des lois coordonnées », *R.P.S.*, 1998, n° 8, p. 346), la cour d'appel de Bruxelles considère que la présence de la société dans l'instance n'est requise que pour que la décision lui soit rendue opposable. L'arrêt en déduit, à tort selon nous, que la société n'a ni intérêt ni qualité pour solliciter la suspension des droits attachés aux actions à transférer sur la base de l'article 638 du Code des sociétés (29 juillet 2009, *J.L.M.B.*, 2010, p. 1373 ; *infra*, n° 171).

À considérer que la mise à la cause de la société ait pour seul objectif de lui rendre la décision opposable, cela n'empêche qu'elle devrait pouvoir introduire des demandes qui ne sont pas obliga-

sociétés : les lois des 7 et 13 avril 1995, Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 215 ; J.-F. Goffin, « Les actions en cession forcée et en reprise forcée : premiers pas jurisprudentiels », *J.T.*, 1998, p. 324. En ce sens également : E. Pottier et A. Coibion, « Le règlement des conflits entre actionnaires : exclusion, retrait et modes alternatifs de résolution des conflits », in *Guide juridique de l'entreprise*, 2e éd., t. II, livre 28.1, Bruxelles, Kluwer, 2001, n° 170, p. 18.

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.181.97)
Examen de jurisprudence (2010-2013) - Les sociétés commerciales (troisième partie)
Larcier Edition - © Larcier - 07/02/2020

strada lex

toirement liées aux raisons pour lesquelles elle doit être appelée à la cause. La situation de la société ne saurait être distinguée selon qu'elle intervient volontairement dans la procédure (E. POTTIER et A. COIBION, « Le règlement des conflits entre actionnaires : exclusion, retrait et modes alternatifs de résolution des conflits », in *Guide juridique de l'entreprise*, t. II, 2e éd., livre 28.1, Bruxelles, Kluwer, 2001, n° 140, p. 16) ou qu'elle est citée en intervention forcée. Dès lors que l'action en suspension des droits attachés aux titres à transférer n'est pas une action « attitrée » (sur cette notion, voy. H. BOULARBAH, « La double dimension de la qualité, condition de l'action et condition de la demande en justice », *R.G.D.C.*, 1997, nos 26-27, pp. 70-71), c'est-à-dire qu'elle n'est pas réservée par le Code au(x) demandeur(s) en exclusion ou en retrait (4), et que cette action poursuit la protection de l'intérêt social, rien ne devrait s'opposer à ce qu'elle soit diligentée par la société. Il convient toutefois de relativiser la survenance d'une telle hypothèse puisque, dans la toute grande majorité des cas, l'actionnaire majoritaire, qui contrôle la société, sera personnellement partie au litige et prendra lui-même l'initiative de l'action en suspension des droits liés aux titres à transférer.

Si la mise à la cause de la société est requise, la demande en retrait doit être dirigée contre « les associés à l'origine des justes motifs » (art. 340 et 642 C. soc.) et non contre la société. Le président du tribunal de commerce de Bruges a dû rappeler cette évidence à un associé qui sollicitait la condamnation solidaire de son co-associé et de la société au paiement du prix de reprise des parts (8 septembre 2011, *T.G.R.-T.W.V.R.*, 2012, p. 200 et la note P. VAN CAENEGEM ; *infra*, nos 163 et 167).

160. — Qualité des demandeurs à l'action. — Action entre époux. — Les actions en exclusion et en retrait sont fréquemment mises en œuvre dans le contexte d'un divorce entre époux qui s'étaient, du temps de la vie commune, associés au sein de l'entreprise familiale. Durant la période sous revue, la cour d'appel de Gand a ainsi été amenée à se prononcer dans le cadre d'une action en retrait entre conjoints mariés sous le régime légal

(4) Comp. L. CORNELIS et J. WILLEMEN, « Naar keuze: de stok achter de deur of de knuppel in het hoenderhok », in K. BYTTEBIER, R. FELTKAMP et A. FRANÇOIS (eds), *De gewijzigde vennootschapswet*, Anvers, Maklu, 1996, n° 29, p. 322. Selon ces auteurs, « *moet een eiser het initiatief nemen om dergelijke schorsing te vorderen uiteraard* » (nous soulignons). En usant des termes « un demandeur » et non des termes « le demandeur » (en exclusion ou en retrait), ces auteurs semblent ne pas exclure que la demande en suspension des droits de vote puisse être introduite par la société.

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.181.97)
Examen de jurisprudence (2010-2013) - Les sociétés commerciales (troisième partie)
Larcier Edition - © Larcier - 07/02/2020

strada lex

et associés dans deux sociétés. Le divorce entre les (ex-)époux ayant, en l'espèce, été prononcé et transcrit dans les registres de l'état civil au cours de la procédure d'appel, il était nécessaire, selon la cour, de déterminer, avant de statuer sur le bien-fondé de l'action, le moment auquel s'apprécie la qualité d'associé dans le but de trancher la question du régime légal applicable au litige : régime matrimonial prévu par le Code civil ou régime de l'indivision post-communautaire (5)? La doctrine et la jurisprudence majoritaires considèrent que la qualité d'associé est une condition de recevabilité qui est à examiner au moment de l'introduction de la demande, sans avoir égard aux modifications qui surviennent ensuite (E. Pottier et A. Coibion, « Le règlement des conflits entre actionnaires : exclusion, retrait et modes alternatifs de résolution des conflits », in *Guide juridique de l'entreprise*, t. II, 2e éd., livre 28.1, Bruxelles, Kluwer, 2001, n° 90, p. 15) (6). Les demandeur et défendeur étant toujours mariés au jour de l'introduction de l'action en retrait, c'est dès lors de manière conforme à ce courant majoritaire que la cour d'appel de Gand fait application des règles issues du régime de la communauté légale.

L'époux défendeur invoquait tout d'abord l'irrecevabilité de l'action en retrait, au motif que la liquidation de la communauté et le partage en nature des parts et actions qu'elle implique n'avaient pas été préalablement réalisés. La cour rejette l'argument, précisant que le droit d'exiger le retrait est un droit propre à la qualité d'associé. En effet, bien que les actions fassent partie de la communauté, on ne peut refuser le droit de retrait à un époux, au motif que les ex-époux devraient être considérés comme un seul actionnaire. La solution est exacte sur la base de l'article 1401, 5°, du Code civil, qui attribue les droits d'associés attachés aux titres à celui des époux inscrit dans le registre, tout en prévoyant que la valeur patrimoniale de ces titres reste commune (7).

(5) Ce faisant, la cour suppose que la dissolution du mariage emporterait une modification du droit d'action des ex-époux. Par un arrêt du 20 février 2015, la Cour de cassation a toutefois décidé que l'article 1401.5 du Code civil réglemente la propriété des droits résultant de la qualité d'associé et non la seule gestion des parts ou actions, que la dissolution du mariage n'a pas pour effet de modifier la qualification de bien propre, que les droits résultant de la qualité d'associé ne font donc pas partie de l'indivision post-communautaire et, partant, que la dissolution du mariage ne modifie pas le droit d'action des époux (20 février 2015, *T. Fam.*, 2015, p. 234, note J. Du Mongh).

(6) La solution est généralement admise dans le cadre de l'action en retrait, sur la base de l'article 563 du Code des sociétés qui dispose, au sujet de l'action minoritaire, que la modification du nombre de titres survenue en cours d'instance est sans effet sur la poursuite de l'action.

(7) La solution est confirmée par la Cour de cassation dans son arrêt précité du 20 février 2015.

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.181.97)
Examen de jurisprudence (2010-2013) - Les sociétés commerciales (troisième partie)
Larcier Edition - © Larcier - 07/02/2020

strada lex

La cour ajoute que l'interdiction de vente entre époux, stipulée à l'article 1595 du Code civil, n'entrave pas la procédure de retrait, qui constitue une règle particulière par rapport au Code civil (*lex specialis generalibus derogat*) et qui ne fait pas intervenir l'autonomie des volontés (1er mars 2010, *J.D.S.C.*, 2011, p. 55 et la note C. Brocal ; *R.D.C.*, 2010, p. 1021 ; *infra*, nos 163 et 169). L'arrêt, sur ce point également, emporte l'adhésion. En effet, la *ratio legis* de la prohibition de l'article 1595 du Code civil est notamment de lutter contre les abus d'influence entre époux. La doctrine en déduit généralement que l'interdiction de l'article 1595 du Code civil ne s'applique pas lorsque les garanties entourant la vente sont telles que toute idée de fraude peut être exclue (L. Rousseau, « Les cessions entre époux de parts et d'actions », in *Les sociétés et le patrimoine familial. Convergences et confrontations*, Bruxelles, Bruylant, 1996, no 4, pp. 104 et s.). Comme le relève parfaitement la cour, la procédure en retrait ne laisse pas de place à l'autonomie des volontés puisqu'elle est soumise au contrôle du tribunal.

La simple désunion irrémédiable entre les époux n'est cependant pas de nature à justifier, par elle-même, un juste motif d'exclusion ou de retrait de l'un d'eux en sa qualité d'associé. Il faut démontrer que le conflit entre les époux affecte le fonctionnement de la société et que la perte de l'*affectio maritalis* s'accompagne d'une perte de *l'affectio societatis* (*infra*, no 168).

161. — Faillite de la société en cours de procédure. — Conséquences. — Action sans objet. — Par une décision du 12 novembre 2009, le président du tribunal de commerce de Louvain a considéré que l'action tendant à l'exclusion d'un associé doit être déclarée sans objet suite à la faillite de la société prononcée pendant la procédure d'exclusion (*R.A.B.G.*, 2010, p. 487 et la note critique P. Van Mulders ; dans le même sens en dehors de la période sous revue : Gand, 11 septembre 2006, *T.R.V.*, 2007, p. 284 ; *J.D.S.C.*, 2008, p. 297 et la note J. Vananroye ; Bruxelles, 27 juin 2006, *D.A.O.R.*, 2007, p. 197 ; *T.R.V.*, 2007, p. 286 ; Bruxelles, 20 décembre 2005, *R.D.C.*, 2006, p. 454 — ces dernières décisions ne concluent toutefois pas au défaut d'objet de l'action en exclusion ou en retrait, mais au rejet de celle-ci à défaut de justes motifs). L'approche retenue par la juridiction présidentielle louvaniste est conforme à la raison d'être des procédures d'exclusion et de retrait, qui est de trouver une solution définitive à un conflit entre associés dans une perspective de continuité de la

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.181.97)
Examen de jurisprudence (2010-2013) - Les sociétés commerciales (troisième partie)
Larcier Edition - © Larcier - 07/02/2020

strada lex

société. Lorsque la faillite de la société survient en cours de procédure, cet objectif de continuité ne peut plus être atteint.

162. — Subsidiarité des actions en exclusion et en retrait. — Société en formation. — Procédure judiciaire en résolution d'une déclaration d'intention. — La subsidiarité de la dissolution pour justes motifs, qui se trouve désormais reléguée à la place d'*ultissimum remedum*, par rapport aux procédures judiciaires d'exclusion et de retrait dans les sociétés privées à responsabilité limitée et les sociétés anonymes privées a déjà été examinée ci-dessus (*supra*, n° 116). Les procédures de résolution des conflits internes sont ainsi devenues l'*ultimum remedum*, c'est-à-dire des moyens d'actions subsidiaires dans une perspective de continuité de la société, auxquelles doivent être préférées des solutions moins radicales.

Dans une espèce où les demandeur et défendeur en exclusion avaient signé une déclaration d'intention en vue de la constitution d'une société anonyme, laquelle était toujours en formation, le président du tribunal de commerce d'Anvers décide que la continuité de la société n'est pas sérieusement compromise dans une telle hypothèse, à défaut de constitution de la société ou de perspective sérieuse de constitution. Aucun titre n'existe encore, qui pourrait faire l'objet de la cession forcée, relève, en deuxième lieu et à juste titre, le président du tribunal. Il observe, troisièmement, que l'exclusion demandée ne constitue pas l'ultime remède au conflit entre les promoteurs, puisqu'une procédure judiciaire de rupture de la convention d'intention intervenue entre ces derniers était pendante lors du prononcé de la décision. En quatrième et dernier lieu, le président considère qu'il ne pouvait être satisfait au prescrit des articles 637 et 639 du Code des sociétés, dès lors que la société n'était pas encore constituée et n'avait donc pas encore de statuts (9 décembre 2010, *R.W.*, 2012-2013, p. 785). Ces deux dernières formalités ne permettent cependant pas de justifier le rejet de la demande, la première étant prescrite à peine de surséance de la procédure (*Doc. parl.*, Sénat, sess. 1993-1994, n° 1086/2, p. 436) et la seconde n'étant assortie d'aucune sanction spécifique (8).

(8) L'obligation, faite au demandeur en exclusion ou en retrait, de joindre à ses premières conclusions une copie des statuts coordonnés et une copie ou un extrait de toutes conventions restreignant la cessibilité de ses titres est appliquée de manière pragmatique par la jurisprudence, qui remettra la cause ou rouvrira les débats pour permettre à la partie la plus diligente de procéder au dépôt (E. Pottier et A. Coibion, « Le règlement des conflits

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.181.97)
Examen de jurisprudence (2010-2013) - Les sociétés commerciales (troisième partie)
Larcier Edition - © Larcier - 07/02/2020

strada lex

163. — Juridiction compétente. — Président du tribunal de commerce siégeant comme en référé. — Les actions en exclusion et en retrait sont introduites devant le président du tribunal de commerce de l'arrondissement judiciaire dans lequel la société a son siège, siégeant comme en référé (art. 335 et 637 C. soc.).

Lorsque la procédure concerne deux sociétés qui ont leur siège dans des arrondissements différents, il est question de demandes connexes qui doivent être portées devant le même tribunal selon les règles de dévolutions fixées à l'article 566 du Code judiciaire. C'est ce qu'a décidé la cour d'appel de Gand à l'entame de son arrêt déjà cité du 1er mars 2010 (*J.D.S.C.*, 2011, p. 55 et la note C. Brocal ; *R.D.C.*, 2010, p. 1021 ; *supra*, n° 160 et *infra*, n° 169).

Le président du tribunal de commerce de Bruges décide, de manière contestable, qu'il est tout à fait concevable qu'une action en exclusion ou en retrait soit introduite devant le juge ordinaire des référés, qui est alors compétent pour trancher la contestation (8 septembre 2011, *T.G.R.-T.W.R.*, 2012, p. 200 et la note P. Van Caenegem ; *supra*, n° 159 et *infra*, n° 167). La compétence du président du tribunal de commerce siégeant « selon les formes du référé » est exclusive, en ce sens que celui-ci est seul compétent pour l'exercer de la manière prévue par la loi et avec les attributs particuliers que celle-ci attache à sa décision (H. Boularbah et X. Taton, « Les procédures accélérées en droit commercial (référé, comme en référé, avant dire droit, toutes affaires cessantes) : principes, conditions et caractéristiques », in *Le tribunal de commerce : procédures particulières et recherche d'efficacité*, Bruxelles, éd. Jeune Barreau de Bruxelles, 2006, n° 62, pp. 42-43). En cas de saisine de la juridiction ordinaire des référés, l'urgence devra être à la fois alléguée et démontrée, et la décision prononcée sera une ordonnance de référé qui ne peut pas porter préjudice au fond. À cet égard, on peut douter du caractère provisoire d'une ordonnance de référé qui ordonne l'exclusion ou le retrait d'un associé, même dans une acception large du provisoire.

164. — Étendue de la compétence de la juridiction présidentielle comme en référé. — Sort des demandes connexes. — La compétence du président du tribunal de commerce siégeant « comme en référé » est non seulement exclusive mais elle est aussi restrictive. Saisie d'un appel sur la compétence

entre actionnaires : exclusion, retrait et modes alternatifs de résolution des conflits », in *Guide juridique de l'entreprise*, 2e éd., t. II, livre 28.1, Bruxelles, Kluwer, 2001, n° 150, pp. 17-18).

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.181.97)
Examen de jurisprudence (2010-2013) - Les sociétés commerciales (troisième partie)
Larcier Edition - © Larcier - 07/02/2020

strada lex

de la juridiction présidentielle « comme en référé » pour connaître du litige relatif à la propriété des titres concernés par l'action en retrait, la cour d'appel de Gand, après avoir rappelé cette compétence restrictive du président, décide néanmoins que ce dernier est également compétent pour trancher la contestation relative à la propriété des parts, lorsque cette propriété est contestée. Selon la cour, pareille contestation est connexe à la demande de reprise forcée, dès lors qu'au moment d'ordonner la reprise, il est nécessaire de pouvoir clairement identifier les parts concernées et leur nombre. Il est également question d'économie procédurale, relève la cour (21 février 2012, *J.D.S.C.*, 2013, p. 295 ; *R.D.C.*, 2012 (sommaire D. Haex), p. 531 ; *infra*, n° 167).

Cet arrêt doit être approuvé mais la motivation qui le sous-tend n'emporte pas la conviction. Le caractère exceptionnel de la compétence du président du tribunal de commerce statuant « selon les formes du référé » n'a, en effet, d'autre implication que d'interdire au président de connaître de demandes qui échappent à sa compétence matérielle limitée. Elle ne l'empêche par conséquent pas d'examiner un moyen de défense qui ne relève pas de sa compétence « comme en référé » (H. Boularbah et X. Taton, « Les procédures accélérées en droit commercial (référé, comme en référé, avant dire droit, toutes affaires cessantes) : principes, conditions et caractéristiques », *op. cit.*, n° 63, p. 44), ni, à notre avis, de trancher les points qui sont nécessaires à l'exercice même de sa compétence matérielle, ici la sortie définitive du demandeur en retrait. La solution consacrée par l'arrêt ne se justifie donc pas par une quelconque connexité entre les demandes mais par l'étendue de la compétence du président du tribunal siégeant « comme en référé ».

Le caractère exceptionnel de la compétence de la juridiction présidentielle statuant selon les formes du référé s'oppose, en revanche, à ce que le président connaisse de demandes en dommages et intérêts. Cette problématique sera envisagée ci-dessous, ensemble avec les critères de détermination du prix (*infra*, n° 175).

165. — Notion de justes motifs. — Généralités. — La notion de justes motifs a été retenue par le législateur en vue de permettre à la jurisprudence de « recycler » les enseignements qu'elle avait dégagés en matière de dissolution pour justes motifs (O. Caprasse et R. Aydogdu, *Les conflits entre actionnaires. Prévention et résolution*, Bruxelles, Larcier, 2010, n° 552, p. 289).

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.181.97)
Examen de jurisprudence (2010-2013) - Les sociétés commerciales (troisième partie)
Larcier Edition - © Larcier - 07/02/2020

strada lex

On se référera dès lors utilement aux considérations exposées ci-dessus (*supra*, n° 115). Il ne faut cependant pas perdre de vue, dans cet exercice de transposition, que les procédures judiciaires de règlement interne des conflits ont été conçues comme une alternative à la dissolution, permettant d'assurer la pérennité de l'entreprise. Il en résulte que « la notion de "justes" motifs de l'article 636 du Code des sociétés est bien plus large que celle formulée à l'article 1871 du Code civil (art. 45 C. soc.), en raison des conséquences moins graves de l'exclusion par rapport à celle de la dissolution judiciaire de la société » et que les justes motifs d'exclusion ou de retrait n'exigent pas que « le fonctionnement des organes sociaux de la société soient bloqués » (Liège, 6 juin 2013, *D.A.O.R.*, 2013, p. 415 ; *J.L.M.B.*, 2013, p. 1504 ; *infra*, n^os^ 168, 169, 171, 173 et 176 ; comp. Gand, 21 février 2011, *J.D.S.C.*, 2013, p. 300 ; *T.G.R.-T.W.V.R.*, 2011, p. 369 ; *infra*, n^os^ 168 et 169).

Les justes motifs d'exclusion et de retrait sont classiquement les suivants : le manquement d'un associé (*infra*, n° 167), l'abus du droit de vote commis entre associés (*infra*, n° 166) et la mésintelligence grave entre associés (*infra*, n° 168).

166. — Notion de justes motifs. — Abus du droit de vote. — Révocation d'un associé gérant ou administrateur. — Rémunération de prestations de management. — La révocation d'un associé gérant ou administrateur ne peut être considérée comme constituant, en soi, un juste motif de retrait. Il est nécessaire de démontrer que la décision de révocation est entachée d'un abus de majorité, dès lors que les mandats d'administrateur et de gérant sont en principe révocables *ad nutum* (Comm. Louvain (réf.), 5 mai 2011, *R.A.B.G.*, 2012, p. 549 ; *infra*, n° 168).

Dans cette affaire, le demandeur invoquait également un abus du droit de vote, et plus précisément un abus de majorité, dans la stipulation d'une rémunération, qu'il qualifiait d'« exorbitante » et qu'il disait viser à « *op een bewuste wijze de tijdens een boekjaar gecreëerde meerwaarde, normaal toekomende aan de aandeelhouders, te verminderen* », dans un contrat de management intervenu entre la société et l'un de ses associés, défendeur en retrait. Cet argument ne convainc pas le président du tribunal de commerce de Louvain, qui relève que la rémunération stipulée constitue la contrepartie des prestations de management exécutées par le défendeur et est manifestement justifiée sur le plan économique. La juridiction présidentielle relève en outre que le demandeur en retrait avait lui-même soumis un contrat de management à la société, à des

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.181.97)
Examen de jurisprudence (2010-2013) - Les sociétés commerciales (troisième partie)
Larcier Edition - © Larcier - 07/02/2020

strada lex

conditions financières encore plus avantageuses et ce, à une époque où la situation financière de la société était moins favorable.

167. — Notion de justes motifs. — Manquement d'un associé. — Au cours de la période couverte par le présent examen, les fautes suivantes ont été admises en tant que juste motif d'exclusion ou de retrait :

— le fait d'empêcher un associé, également administrateur, d'accéder au siège de la société, ainsi que le non-respect des anticipations légitimes de cet associé, en ce sens que les défendeurs en retrait avaient indiqué être disposés à reprendre les parts du demandeur, dont le prix devait encore être déterminé, et sont ensuite revenus sur leur position (Gand, 21 février 2012, *J.D.S.C.*, 2013, p. 295 ; *R.D.C.*, 2012 (sommaire), p. 531 ; *supra*, n° 164) ;

— le fait que le défendeur a développé une entreprise individuelle qui exerce une activité concurrente à celle de la société dans laquelle il est associé au demandeur en retrait et dont le bénéfice est réalisé à concurrence de 85,9 % sur les clients de cette société, cette dernière n'ayant plus déployé d'activités depuis la constitution de l'entreprise individuelle (Comm. Bruges (réf.), 8 septembre 2011, *T.G.R.-T.W.V.R.*, 2012, p. 200 et la note P. Van Caenegem ; *supra*, n^os^ 159 et 163).

168. — Notion de justes motifs. — Mésintelligence grave entre associés. — La mésintelligence grave entre associés apparait comme étant le juste motif par excellence, ainsi que le rappelle la cour d'appel de Liège dans son arrêt déjà cité du 6 juin 2013 (*D.A.O.R.*, 2013, p. 415 ; *J.L.M.B.*, 2013, p. 1504 ; *supra*, n° 165 et *infra*, n^os^ 169, 171, 173 et 176).

Durant la période sous revue, ont été considérés comme l'expression d'une mésintelligence grave :

— des tensions entre associés nées à l'occasion de l'entrée d'un nouvel associé dans la société à l'instigation de l'associé majoritaire, ayant entrainé une rétention d'informations de la part de l'associé minoritaire en sa qualité d'administrateur-délégué, le blocage des organes sociaux et la désignation, de l'accord des parties, d'un administrateur provisoire (Liège, 6 juin 2013, précité) ;

— le profond désaccord entre parties à égalité dans la capital sur tout élément d'une quelconque importance qui, même s'il n'est pas permanent, perdure à tout le moins durant une période

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.181.97)
Examen de jurisprudence (2010-2013) - Les sociétés commerciales (troisième partie)
Larcier Edition - © Larcier - 07/02/2020

strada lex

déraisonnablement longue sur le plan commercial (Gand, 21 février 2011, *J.D.S.C.*, 2013, p. 300 ; *T.G.R.-T.W.V.R.*, 2011, p. 369 ; *supra*, n° 165 et *infra*, n° 169) ;

— le fait que plus aucune collaboration n'est possible entre parties, vu leurs visions très divergentes quant à l'organisation pratique des activités de la société et quant à la stratégie à mener pour le futur, ainsi que le fait que, lorsqu'il est entré dans la société, le demandeur en retrait a manifesté sa volonté claire d'y être occupé comme associé actif et comme administrateur, alors qu'il n'exerce plus cette dernière fonction, sans que les parties s'accordent sur le caractère volontaire ou forcé de cette cessation (Comm. Tongres (réf.), 4 octobre 2005, *T.R.V.*, 2011, p. 50 et la note M. Roelants ; *infra*, n^os^ 169, 170, 171 et 176).

La doctrine et la jurisprudence de fond s'accordent à considérer qu'il peut être tenu compte, dans l'appréciation des justes motifs d'exclusion ou de retrait, non seulement du comportement des associés *qualitate qua* mais aussi de leur comportement en toute autre qualité. S'il est admis que la mésintelligence peut ainsi exister entre les associés en une autre qualité, il est requis que cette mésentente soit de nature à générer un « conflit interne » à la société dont les titres sont l'objet de l'action en exclusion ou en retrait (O. Caprasse et R. Aydogdu, *Les conflits entre actionnaires. Prévention et résolution*, Bruxelles, Larcier, 2010, n^os^ 574-576, pp. 298-300, et les réf. citées).

La Cour de cassation a confirmé cette opinion par un arrêt du 28 novembre 2011, considérant que si « en règle, les faits susceptibles d'être invoqués à titre de justes motifs doivent être propres à la société dont l'actionnaire veut se retirer, (…) il n'est pas exclu que des faits étrangers à cette société puissent également être pris en considération » (*R.A.B.G.*, 2012, p. 562 ; *J.D.S.C.*, 2012, p. 229 et la note A. Coibion et E. Pottier ; *R.W.*, 2012-2013, p. 18 et la note F. Parrein). La Cour refuse, partant, de censurer l'arrêt de la cour d'appel d'Anvers qui avait accueilli une action en retrait de deux sociétés — à savoir la S.P.R.L. N. et la S.A. T. — en raison de la mésintelligence grave entre parties dans le contexte de la réorganisation des activités de la seconde des deux sociétés précitées, eu égard à l'interdépendance existant entre celles-ci. Dans cette affaire, le demandeur en retrait avait été écarté, en tant qu'actionnaire (des deux sociétés) et en tant qu'administrateur (de la S.A. T.), des opérations de réorganisation à la suite desquelles les

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.181.97)
Examen de jurisprudence (2010-2013) - Les sociétés commerciales (troisième partie)
Larcier Edition - © Larcier - 07/02/2020

strada lex

deux divisions principales de la S.A. T. avaient été transférées à des sociétés tierces dans lesquelles le demandeur n'avait aucune participation. Les sociétés N. et T. étaient étroitement liées tant sur le plan de la structure de leur actionnariat que sur celui de l'exercice de leur activité, puisque l'unique activité de la première société était la location de matériel au profit de la seconde, de sorte que la cour d'appel a légitimement pu considérer que le conflit relatif à la société T., objet de la réorganisation, s'est étendu à la société N.

De la même manière, dans le contexte d'un conflit entre les membres d'une famille, par ailleurs associés au sein d'une société familiale, le président du tribunal de commerce de Louvain rappelle qu'une rupture familiale et le désaccord qui en résulte ne suffisent pas en soi pour constituer un juste motif de retrait : il est requis que les droits de l'associé soient affectés ou restreints par la rupture familiale. Le président considère que la mésintelligence grave entre associés n'est pas démontrée en l'espèce, au motif que les organes de la société concernée fonctionnent correctement, que les droits du demandeur en retrait ne sont pas méconnus et qu'ils peuvent être exercés (5 mai 2011, *R.A.B.G.*, 2012, p. 549 ; *supra*, n° 166).

169. — Imputabilité des justes motifs. — Doctrine et jurisprudence sont unanimes pour considérer que les actions en exclusion et en retrait ne requièrent pas l'existence d'une faute dans le chef du ou des défendeur(s) (Cass., 19 février 2009, *Pas.*, 2009, p. 524 ; *infra*, n° 175 ; Cass., 16 mars 2009, *J.D.S.C.*, 2010, p. 241 et la note A. Coibion et E. Pottier ; *R.W.*, 2009-2010 et la note H. Braeckmans ; *T.G.R.-T.W.V.R.*, 2010, p. 27 ; Liège, 6 juin 2013, *D.A.O.R.*, 2013, p. 415 ; *J.L.M.B.*, 2013, p. 1504 ; *supra*, n^os^ 165 et 168, et *infra*, n^os^ 171, 173 et 176 ; Gand, 21 février 2011, *J.D.S.C.*, 2013, p. 300 ; *T.G.R.-T.W.V.R.*, 2011, p. 369 ; *supra*, n^os^ 165 et 168 ; Gand, 4 février 2008, *J.D.S.C.*, 2010, p. 244 ; *supra*, n° 158).

Subsiste cependant la question de savoir si les justes motifs, même non fautifs, doivent ou non pouvoir être imputés au(x) défendeur(s).

Il est généralement déduit de la formulation des articles 340, alinéa 1^er^, et 642, alinéa 1^er^, du Code des sociétés, qui disposent que l'action en retrait est mue contre les associés « à l'origine des justes motifs » (en néerlandais « *op wie deze gegronden redenen betrekking hebben* »), que cette action nécessite que les justes motifs, même non fautifs, soient imputables aux défendeurs (Comm. Tongres

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.181.97)
Examen de jurisprudence (2010-2013) - Les sociétés commerciales (troisième partie)
Larcier Edition - © Larcier - 07/02/2020

strada lex

(réf.), 4 octobre 2005, *T.R.V.*, 2011, p. 50 ; *supra*, n° 169, et *infra*, n^os^ 170, 171 et 176 ; Gand, 1er mars 2010, *J.D.S.C.*, 2011, p. 55 et la note C. Brocal ; *R.D.C.*, 2010, p. 1021 ; *supra*, n^os^ 160 et 163). La Cour de cassation précise, à cet égard, qu'une demande en retrait ne requiert pas « un comportement fautif ou illicite spécifiquement imputable au défendeur et auquel le demandeur est étranger » (Cass., 16 mars 2009, précité). Le retrait reste donc possible lorsque les deux parties ont contribué à l'apparition des justes motifs, pour autant que le comportement du défendeur soit à l'origine du conflit entre les associés.

La question est par contre beaucoup plus discutée au sujet de l'action en exclusion, en l'absence de référence, dans les articles 334 et 636 du Code des sociétés, à la notion d'imputabilité. Ce problème ne se pose cependant pas pour toutes les catégories de justes motifs ; il se trouve limité aux seules hypothèses de mésintelligence grave entre associés. À l'inverse des manquements d'un associé ou d'un abus de majorité, de minorité ou d'égalité, qui sont nécessairement imputables au(x) défendeur(s) en exclusion, la mésintelligence grave ne peut pas toujours être attribuée spécialement au demandeur ou au(x) défendeur(s) : soit qu'elle ne puisse être située, soit qu'elle soit située chez l'un et l'autre.

Confrontée à des demandes croisées d'exclusion, et face à l'impossibilité d'imputer la mésintelligence entre les associés à l'un d'entre eux, la cour d'appel de Gand procède à la sélection des associés subsistant sur la base de l'intérêt de la société, ceux qui donnent les meilleures garanties pour la poursuite et le développement ultérieur des activités devant être préférés. Dans cette affaire, l'intimée faisait partie d'un grand groupe dont un certain nombre de sociétés exerçaient des activités très proches de celles déployées par les deux sociétés dont les titres faisaient l'objet des actions croisées en exclusion, tandis que l'appelant s'attelait à la constitution d'un nouveau groupe aux activités très similaires également. Chacun des intimée et appelant possédait 50 % des actions de ces deux sociétés. Dans la mesure où l'intimée tentait de freiner le développement que l'appelant souhaitait imprimer aux deux sociétés, la préférence est donnée à ce dernier (Gand, 21 février 2011, précité).

Saisi dans des circonstances identiques, le président du tribunal de commerce de Dinant décide également que la préférence doit être donnée à l'associé « dont l'*animus societatis* est le plus fort et dont la présence au sein de la société parait la plus importante ». Tel est le cas, selon le président, de l'associé qui est à l'origine du

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.181.97)
Examen de jurisprudence (2010-2013) - Les sociétés commerciales (troisième partie)
Larcier Edition - © Larcier - 07/02/2020

strada lex

projet (alors que l'autre ne s'y est associé que tardivement) et qui met à la disposition de la société des sommes importantes qui lui reviennent personnellement. Cette ordonnance fut cependant réformée par un arrêt déjà cité de la cour d'appel de Liège du 6 juin 2013. Se ralliant à une certaine doctrine (O. Caprasse et R. Aydogdu, *Les conflits entre actionnaires. Prévention et résolution*, Bruxelles, Larcier, 2010, n° 570, pp. 296-297 ; Th. Delvaux, note sous Liège, 23 septembre 1999 et Prés. Comm. Bruxelles, 6 octobre 1999, *D.A.O.R.*, 2000, n^os^ 16-31, pp. 121-124), la cour considère que : « L'action en exclusion, dans laquelle la jurisprudence et la doctrine unanimes reconnaissent le rôle central de l'intérêt social, devrait être débarrassée de considérations subjectives, liées à la faute ou à l'imputabilité de manière à lui faire jouer pleinement son rôle de régulateur de l'intérêt social. À cet égard, (…) le principe de proportionnalité nous semble fournir un cadre de raisonnement adapté pour apprécier l'opportunité de la mesure au regard de l'intérêt social. Indépendante de la question de l'imputabilité de la mésintelligence, l'exclusion du défendeur sera appréciée à l'aune des critères suivants : la mesure est-elle efficace ? (résout-elle le conflit de manière efficace à l'intérêt social ?) ; la mesure est-elle nécessaire ? (d'autres mesures moins dommageables pour les intérêts en présence n'étaient-elles pas aussi efficaces ?) ; le résultat à atteindre légitime-t-il le préjudice subi par les autres intérêts en présence (ce qui implique une balance de l'intérêt social et de l'intérêt des associés) ? ». L'application concrète du test de proportionnalité conduit finalement la cour à maintenir dans la société celui des associés dont le président dinantais avait ordonné l'exclusion, au triple motif que : cet associé détient une participation majoritaire dans le capital de la société (à hauteur de 70 %), que sa situation financière florissante devrait lui permettre d'assurer sans difficulté la recapitalisation nécessaire de la société, ainsi que de sa plus grande expérience et sa meilleure connaissance du marché concerné (Liège, 6 juin 2013, précité).

170. — Transfert des titres. — Sort des clauses restreignant la cessibilité des titres. — Clause de préemption. — Dans la décision qui ordonne le transfert des titres, le juge doit veiller à respecter les clauses qui restreindraient la cessibilité des titres, qu'elles soient statutaires ou conventionnelles (art. 337, al. 1^er^, 340, al. 2, 639, al. 1^er^, et 642, al. 2, C. soc.).

Le président du tribunal de commerce de Tongres nous parait avoir fait preuve de toute la vigilance requise dans une espèce

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.181.97)
Examen de jurisprudence (2010-2013) - Les sociétés commerciales (troisième partie)
Larcier Edition - © Larcier - 07/02/2020

strada lex

où étaient conventionnellement stipulés, d'une part, un droit de préemption au profit des autres associés pour toute cession d'actions et, d'autre part, un droit de préemption au profit d'un tiers nommément désigné en cas de cession d'actions à un tiers. La décision présidentielle considère, à juste titre, que l'existence de telles conventions organisant un droit de préemption n'empêche pas l'application de la procédure de retrait. En effet, le second droit de préemption (octroyé au tiers nommément désigné) ne trouve pas à s'appliquer puisqu'il n'est pas question de cession à des tiers, tandis que le premier droit de préemption (stipulé au profit des autres associés) est respecté dès lors que le demandeur en retrait veut précisément contraindre les bénéficiaires de ce droit de préemption à reprendre ses parts (4 octobre 2005, *T.R.V.*, 2011, p. 50 et la note M. Roelants ; *supra*, n^os^ 168 et 169, et *infra*, n^os^ 171 et 176).

171. — Transfert des titres. — Dissociation du paiement du prix. — Lorsque la demande en exclusion ou en retrait triomphe, le juge prononce deux condamnations. Il condamne le défendeur en exclusion ou le demandeur en retrait à transférer ses titres, d'une part, et impose au(x) demandeur(s) en exclusion ou au(x) défendeur(s) en retrait d'accepter les titres contre paiement du prix fixé, d'autre part. Ces deux condamnations ne sont généralement pas prononcées de manière concomitante. En effet, une partie non négligeable de la jurisprudence impose une dissociation de ces deux condamnations, en ce sens qu'elle ordonne de transférer la propriété des titres dans un délai qu'elle fixe, tout en désignant un expert avec pour mission d'en fixer la valeur (Liège, 6 juin 2013, *D.A.O.R.*, 2013, p. 415 ; *J.L.M.B.*, 2013, p. 1504 ; *supra*, n^os^ 165, 168 et 169, et *infra*, n^os^ 173 et 176).

Au contraire, un arrêt de la cour d'appel de Bruxelles réforme une décision présidentielle qui, après avoir condamné le défendeur en exclusion à céder ses actions au demandeur pour la somme provisionnelle d'un euro, avait désigné un expert pour en déterminer la valeur. L'arrêt considère que : « Les obligations synallagmatiques s'exécutent (…) de manière concomitante. Le simple fait qu'il y ait mésentente entre les actionnaires ne suffit pas à justifier le transfert immédiat de propriété sans paiement du prix et à obliger l'un des actionnaires à se voir amputer d'une partie de son patrimoine sans aucune garantie de paiement ». Selon la cour, une prétendue crainte que le défendeur en exclusion exerce son droit de vote de manière contraire à l'intérêt social ne pouvait

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.181.97)
Examen de jurisprudence (2010-2013) - Les sociétés commerciales (troisième partie)
Larcier Edition - © Larcier - 07/02/2020

strada lex

davantage justifier la dissociation du transfert de propriété et du paiement du prix, dès lors qu'il est possible, dans ce cas, de solliciter la suspension des droits de vote sur la base de l'article 638 du Code des sociétés (29 juillet 2009, *J.L.M.B.*, 2010, p. 1373 ; *supra*, n° 159). À notre avis, pareille dissociation n'est opportune que lorsque le conflit interne est tel que l'intérêt social commande que le transfert soit réalisé d'urgence, sans attendre le rapport de l'expert et la fixation du prix (O. Caprasse et R. Aydogdu, *Les conflits entre actionnaires. Prévention et résolution*, *op. cit.*, n° 643, pp. 330-331 ; E. Pottier et A. Coibion, « Le règlement des conflits entre actionnaires : exclusion, retrait et modes alternatifs de résolution des conflits », in *Guide juridique de l'entreprise*, t. II, 2e éd., livre 28.1, Bruxelles, Kluwer, 2001, n° 590, pp. 55-56).

Le président du tribunal de commerce de Tongres a, quant à lui, eu recours à une solution alternative, condamnant le demandeur en retrait à céder ses titres et le défendeur à payer un montant provisionnel de 25.000 EUR, fixé « sur la base des éléments du dossier » (traduction libre), dans l'attente des résultats de l'expertise (4 octobre 2005, *T.R.V.*, 2011, p. 50 et la note M. Roelants ; *supra*, nos 168, 169 et 170, et *infra*, n° 176).

172. — Fixation du prix. — Expertise. — Frais d'expertise. — En vue de fixer le prix du transfert des titres, le président peut, sur la base du droit commun (art. 962 à 991 C. jud.), désigner un expert. Il s'agit là d'une faculté : le président n'y recourra que lorsqu'il estime ne pas être en possession d'éléments suffisants pour déterminer lui-même le prix des titres. Par un arrêt du 26 mai 2008, la cour d'appel de Gand décide que les rapports des deux réviseurs d'entreprise désignés respectivement par le demandeur et le défendeur en retrait, en dépit de leurs divergences importantes concernant la valorisation des parts, fournissent des éléments suffisants permettant de procéder à une évaluation définitive des parts. La cour considère par conséquent qu'il n'y a pas lieu d'ordonner l'expertise judiciaire, sollicitée à titre subsidiaire par le demandeur (*T.R.V.*, 2011, p. 48 et la note M. Roelants ; *infra*, n° 173).

Dans la majorité des cas cependant, le juge fera appel à un expert pour la détermination du prix de transfert, au vu de la complexité d'une telle évaluation et de la nécessité de disposer de données actualisées. Conformément au droit commun, l'évaluation par l'expert est un simple élément d'appréciation qui ne lie pas le président et qui peut être critiqué par les parties. C'est

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.181.97)
Examen de jurisprudence (2010-2013) - Les sociétés commerciales (troisième partie)
Larcier Edition - © Larcier - 07/02/2020

strada lex

ce que rappelle le président du tribunal de commerce de Tongres dans une espèce où le rapport d'expertise, qui fixait la valeur des parts à un montant nul, était critiqué par le demandeur en retrait au motif que l'expert s'était principalement basé sur la constatation que la société était en perte à la date de l'évaluation des parts (fixée au 28 mai 2004) et, pour cette raison, considérait que le fonds de commerce de la société n'avait aucune valeur de goodwill. Le président relève qu'en l'espèce, la société a été constituée le 20 février 2000 avec un capital de l'ordre de 150.000 EUR et qu'elle a acquis, via un quasi-apport, le fonds de commerce appartenant aux défendeurs en retrait pour un montant de près de 500.000 EUR, ce prix incluant d'importantes immobilisations incorporelles. Selon le président, la situation déficitaire de la société s'expliquait principalement par le taux d'intérêt élevé qu'elle devait supporter suite à la reprise du fonds de commerce des défendeurs. Le président décide donc de s'écarter de l'avis de l'expert, qu'il estime contraire à l'équité, et adopte une autre méthode d'évaluation fondée, d'une part, sur le capital social et, d'autre part, sur les pertes subies par la société entre sa constitution et le moment de l'évaluation des parts (20 novembre 2007, *T.R.V.*, 2011, p. 53 et la note M. Roelants ; confirmé en appel par Anvers, 8 janvier 2009, *J.D.S.C.*, 2011, p. 245 ; *T.R.V.*, 2011, p. 44 et la note M. Roelants ; *infra*, n° 176).

Concernant la charge définitive des frais d'expertise, la même décision du président du tribunal de commerce de Tongres décide qu'ils doivent être supportés à concurrence de moitié par le demandeur en retrait et par le défendeur. L'ordonnance est, sur ce point exclusivement, réformée par la cour d'appel d'Anvers. La cour rappelle, à juste titre, que, dans le cadre d'une action en retrait, la partie qui est condamnée à la reprise des actions et à laquelle sont donc imputables les justes motifs, doit en principe être considérée comme la partie qui a succombé. Elle considère ensuite que l'expertise, estimée utile pour la détermination du prix de reprise, n'est qu'un effet de la condamnation à la reprise et que la partie succombante doit donc être condamnée à supporter les frais de cette expertise. La prise en considération de l'utilité de l'expertise ne nous parait pas justifiée, et ce, d'autant plus qu'en l'espèce, l'évaluation de l'expert a été écartée par l'ordonnance présidentielle, confirmée en appel. Il aurait été plus exact de relever que la partie qui a succombé est condamnée, même d'office, aux dépens, lesquels recouvrent les frais de toutes mesures d'instruction (art. 1017 et 1018 C. jud.).

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.181.97)
Examen de jurisprudence (2010-2013) - Les sociétés commerciales (troisième partie)
Larcier Edition - © Larcier - 07/02/2020

strada lex

173. — Fixation du prix. — Prime de majorité et décote de minorité. — La valeur des titres est conditionnée non seulement par les droits patrimoniaux qui s'y attachent mais aussi par les droits sociaux qu'ils confèrent, principalement le droit de vote. Pour cette raison, une partie de la doctrine (H. Laga, J. De Leenheer et G. Delvaux, «Le règlement des litiges et l'offre de reprise dans les sociétés — Aspects du droit des sociétés et méthodes d'évaluation», *I.E.C.*, 1997, p. 42) et de la jurisprudence tient compte, dans la fixation du prix de transfert, de l'impact de celui-ci sur la position de l'acquéreur au sein de la société, par l'application d'une prime de majorité ou d'une décote de minorité selon que la participation à transférer permet ou non à l'acquéreur de prendre le contrôle de la société. Ainsi, la cour d'appel de Liège a-t-elle ordonné à l'expert de déterminer la valeur des actions à transférer «en tenant compte du fait que la participation cédée est une participation minoritaire» (6 juin 2013, *D.A.O.R.*, 2013, p. 415; *J.L.M.B.*, 2013, p. 1504; *supra*, n^os^ 165, 168, 169 et 171, et *infra*, n° 176). De même, la cour d'appel de Gand applique, à la valeur des parts déterminée sur la base des rapports des réviseurs respectivement désignés par chacune des parties, une décote de minorité de 20 % telle que retenue par l'expertise judiciaire préalablement ordonnée (26 mai 2008, *T.R.V.*, 2011, p. 48 et la note M. Roelants; *supra*, n° 172).

Par un arrêt ultérieur du 23 septembre 2013, la même cour d'appel de Gand s'inscrit toutefois dans le courant doctrinal et jurisprudentiel opposé qui rejette, de manière plus ou moins absolue, l'application d'une décote de minorité (M. Caluwaerts, «L'exclusion et le retrait forcés comme solution aux litiges entre associés», in *Les conflits au sein des sociétés commerciales ou à forme commerciale*, Bruxelles, éd. Jeune Barreau de Bruxelles, 2003, n° 66, p. 194). La cour d'appel de Gand énonce que, dans le cadre des procédures de résolution des conflits internes, le juge doit faire preuve d'une grande prudence en cas d'application d'une réduction de prix sur une participation minoritaire. Il est en effet inéquitable, selon la cour, de sanctionner un actionnaire minoritaire qui s'est vu contraint, en raison du comportement de l'actionnaire majoritaire, de demander son retrait de la société, en l'obligeant à céder sa participation à une valeur inférieure à sa valeur réelle (*T.R.V.*, 2014, p. 395 et la note N. Delang; dans le même sens en dehors de la période sous revue: Bruxelles, 7 avril 2006, *R.D.C.*, 2006, p. 1035). Cette objection est surprenante. En

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.181.97)
Examen de jurisprudence (2010-2013) - Les sociétés commerciales (troisième partie)
Larcier Edition - © Larcier - 07/02/2020

strada lex

effet, l'application d'une décote de minorité est une manipulation de la valeur des titres qui permet précisément d'obtenir la valeur réelle de ceux-ci et qui est étrangère au comportement (fautif) de l'acquéreur. Tenir compte de ce comportement dans l'évaluation du prix de transfert reviendrait à agir en responsabilité à l'encontre de l'acquéreur et à donner au prix de transfert une coloration indemnitaire, laquelle est rejetée par la Cour de cassation (*infra*, n° 175).

Le même arrêt poursuit en relevant qu'en l'espèce, la reprise forcée de la participation minoritaire des demandeurs en retrait a un impact positif sur la position du défendeur au sein de la société. Alors que ce dernier détenait indirectement 57 % des titres de la société, il voit sa participation dans le capital de la société augmentée à 100 % à la suite du transfert. Le défendeur en retrait se trouve ainsi débarrassé des associés minoritaires potentiellement récalcitrants, susceptibles de bloquer l'adoption de décisions sociales qui exigent une majorité spéciale ou de mettre en cause les décisions qui auraient été adoptées en dépit de leurs objections. Nous sommes d'avis que la disparition de toute opposition minoritaire, même potentielle, a effectivement un impact sur le prix que les tiers sont disposés à payer pour l'acquisition des titres et est, partant, susceptible de valorisation économique. La prime à laquelle donne lieu la disparition de toute interférence minoritaire devrait cependant être de moindre valeur que celle appliquée dans l'hypothèse où l'acquisition de la participation, même minoritaire, permet au défendeur en retrait d'acquérir le contrôle de la société, dont il ne disposait pas auparavant.

174. — Fixation du prix. — Influence de la cessibilité des titres. — Émission de plusieurs catégories de titres. — La valeur des titres est également déterminée par la difficulté que peut rencontrer leur titulaire lorsqu'il entend les céder à des tiers non associés, à défaut d'un marché des titres pour les S.P.R.L. et les S.A. privées. La plupart des auteurs sont donc d'avis qu'une décote d'illiquidité doit être appliquée sur le prix des titres obtenu sur la base de la valeur de la société, afin de tenir compte de cette difficulté de cession.

Dans une affaire ayant donné lieu à un arrêt du 28 juin 2012, la cour d'appel de Liège était saisie d'une action en exclusion portant sur les actions d'une société anonyme qui avait émis autant d'actions nominatives que de parts bénéficiaires (ou parts de fondateurs) nominatives. La demanderesse en exclusion, qui prenait la

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.181.97)
Examen de jurisprudence (2010-2013) - Les sociétés commerciales (troisième partie)
Larcier Edition - © Larcier - 07/02/2020

strada lex

forme d'une A.S.B.L., était titulaire de la totalité des parts bénéficiaires, tandis que la société défenderesse en exclusion détenait l'intégralité des actions émises par la société anonyme.

Les titulaires des parts bénéficiaires sont en effet également autorisés à agir en exclusion, dès lors que les seuils minima de participation posés par le Code des sociétés pour pouvoir agir en exclusion touchent à la participation dans le capital ou à la détention du droit de vote (art. 636 C. soc.). Dans la mesure où les parts bénéficiaires ne sont pas représentatives d'une part du capital, elles ne peuvent être prises en compte qu'au travers du seuil exprimé en nombre de voix. Ceci implique que seules les parts bénéficiaires statutairement dotées du droit de vote (art. 542 C. soc.) entrent en ligne de compte. Tel était le cas en l'espèce.

Dans cette affaire, la cour d'appel de Liège avait déterminé la valeur de la société anonyme dont les titres étaient visés par application notamment d'une décote d'illiquidité. Elle avait déterminé cette décote par référence, d'une part, « aux caractéristiques propres » de la société, à savoir qu'il s'agit d'une « société non cotée », « dont "l'objet social (…) limite expressément sa zone d'investissements au seul bassin liégeois" » et « qui a comme "actionnaire de référence une A.S.B.L. à vocation éminemment sociale" » et, d'autre part, à « l'étroitesse du marché pour la vente des titres de [la société] et [au] peu d'acheteurs potentiels », eu égard au droit de blocage à l'adoption de toute décision sociale que les statuts conféraient à la demanderesse en exclusion dont les choix n'étaient pourtant pas guidés par la recherche du profit.

La cour d'appel de Liège avait ensuite fixé le prix de transfert des actions de la défenderesse en exclusion à une somme correspondant à la moitié de la valeur de la société. Selon la cour d'appel, s'il est « exact que les parts de fondateur ne peuvent être cédées sans autorisation préalable du conseil d'administration, alors que les actions sont librement cessibles (article 476 du Code des sociétés) », cette différence de liquidité ne « pourrait avoir une répercussion sur leur valeur respective », dès lors que le détenteur des parts de fondateur « n'envisage pas, à court ou moyen terme, la vente de ses parts ».

Le pourvoi formé contre cet arrêt est accueilli par la Cour de cassation qui considère, par un arrêt du 28 avril 2014, que « lorsqu'une société a émis plusieurs catégories de titres, le juge ne peut fixer le prix des titres cédés en appliquant à la valeur globale de l'entreprise la proportion que représentent ces titres par

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.181.97)
Examen de jurisprudence (2010-2013) - Les sociétés commerciales (troisième partie)
Larcier Edition - © Larcier - 07/02/2020

strada lex

rapport à l'ensemble des titres émis que si les titres de catégories différentes sont d'égale valeur ». La Cour poursuit en ces termes : « pour déterminer si des titres librement cessibles et des titres qui ne le sont pas sont d'égale valeur, le juge doit faire abstraction de la volonté de leur titulaire de les céder ou non » (Cass., 28 avril 2014, *Pas.*, 2014, p. 997, concl. J.-M. Genicot ; *J.L.M.B.*, 2014, p. 1423 ; *R.D.C.*, 2014 (sommaire D. Haex et L. Hoffreuman), p. 721).

Cet arrêt doit être approuvé. Il s'inscrit en effet dans le sillage de la jurisprudence antérieure de la Cour de cassation relative aux critères et au moment de l'évaluation des titres dans le cadre des actions en exclusion et en retrait (Cass., 9 décembre 2010, *J.L.M.B.*, 2011, p. 1656 et la note R. Aydogdu ; 5 octobre 2012, *J.L.M.B.*, 2014, p. 1416 ; 21 février 2014, *J.L.M.B.*, 2014, p. 1416 ; *infra*, n^os^ 175 et 176). Il se déduit de cette jurisprudence que le prix de transfert doit être déterminé de manière objective, en considération de ce que serait le prix du marché, et donc sans tenir compte ni des comportements des parties ni de leurs intentions (en ce sens, voy. les conclusions de l'avocat général Genicot sous Cass., 28 avril 2014).

175. — Fixation du prix. — Critères. — Caractère non indemnitaire du prix. — Les justes motifs invoqués par le demandeur peuvent avoir une répercussion sur la valeur de la société et, partant, sur la valeur des titres. Il n'est pas rare, en effet, que les justes motifs aient entrainé une moins-value pour les titres du demandeur. La problématique de la perte de valeur des titres du demandeur se pose avec acuité s'agissant de l'action en retrait, ce dernier ayant déjà dû se résigner à solliciter son retrait de la société en raison de justes motifs imputables au(x) défendeur(s). Le demandeur en retrait sera dès lors tenté de solliciter la neutralisation de l'influence négative des justes motifs sur la valeur de ses titres soit directement, en majorant la valeur des titres à concurrence du préjudice qu'il subit à la suite des justes motifs, soit indirectement, en évaluant les titres à un moment antérieur à la survenance des justes motifs (*infra*, n° 176).

Il ne résulte cependant ni du Code des sociétés ni des travaux préparatoires de la loi du 13 avril 1995 que l'exclusion ou le retrait d'un associé, impliquant l'une comme l'autre une cession forcée, pourrait conduire à une évaluation des titres qui tienne compte de l'influence qu'auraient eue les comportements constitutifs de justes motifs sur la valeur des titres (Bruxelles, 8 mai 2008, *R.D.C.*, 2012, p. 30 et la note A. Coibion ; *infra*, n° 176 ; dans le

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.181.97)
Examen de jurisprudence (2010-2013) - Les sociétés commerciales (troisième partie)
Larcier Edition - © Larcier - 07/02/2020

strada lex

même sens en dehors de la période sous revue : Bruxelles, 21 avril 2006, *R.D.C.*, 2006, p. 1040 et la note A. COIBION ; Bruxelles, 7 avril 2006, *R.D.C.*, 2006, p. 1035 ; Bruxelles, 13 mai 2004, *R.D.C.*, 2005, p. 408 et la note A. COIBION). La compétence matérielle du tribunal de commerce siégeant comme en référé étant restrictive (*supra*, n° 164), elle ne s'étend pas à l'allocation de dommages et intérêts (Cass., 19 février 2009, *Pas.*, 2009, p. 524 ; *supra*, n° 169).

Par l'arrêt précité du 8 mai 2008, la cour d'appel de Bruxelles a été amenée à se prononcer dans une hypothèse particulière, distincte de l'hypothèse classique de la (tentative de) neutralisation des conséquences préjudiciables du comportement du/des défendeur(s) en retrait sur la valeur des titres du demandeur. Dans l'espèce soumise à la cour d'appel, c'est au contraire le défendeur en exclusion qui entendait tirer profit du comportement adopté par le demandeur après le jugement d'exclusion.

Saisie en appel de la question du prix de transfert des parts sociales, lequel avait été ordonné par une décision présidentielle du 13 février 2004, la cour d'appel de Bruxelles fixe leur valeur à la somme de 0,50 EUR. Elle considère en effet que la valeur des parts doit être déterminée au moment où le juge statue sur le transfert de propriété et relève que, sur la base de la situation comptable la plus proche du jugement du 13 février 2004, soit la situation au 31 décembre 2003, la société avait à ce moment des fonds propres négatifs et, partant, une valeur nulle. L'associé exclu faisait néanmoins valoir que la société avait, dans une perspective de continuité, un potentiel important à générer des bénéfices et soulevait, à cet égard, que l'exercice social s'était clôturé, au 30 juin 2004, par la réalisation d'un bénéfice de l'ordre de 70.000 EUR. La cour d'appel rejette ces prétentions, au motif qu'il n'y a pas lieu de prendre en considération des faits survenus après le transfert ordonné par le juge et qu'il n'est pas démontré que le redressement de la société au cours du premier semestre 2004 existait « en germe » avant le 31 décembre 2003, ni que celui-ci trouvait sa cause dans d'autres faits que les seuls efforts et la saine gestion financière du demandeur en exclusion, seul gérant de la société à partir de cette date.

Dans son pourvoi en cassation à l'encontre de cet arrêt, l'associé exclu soutenait, à titre subsidiaire, que la cour d'appel aurait dû, indépendamment du moment de l'évaluation des titres, fixer le prix de cession sur la base de la valeur de la société dans une perspective de continuité et donc tenir compte du redressement

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.181.97)
Examen de jurisprudence (2010-2013) - Les sociétés commerciales (troisième partie)
Larcier Edition - © Larcier - 07/02/2020

strada lex

de la société intervenu après le transfert des titres, la circonstance que ce redressement n'était imputable, selon la Cour, qu'aux seuls efforts et à la bonne gestion du demandeur en exclusion étant irrelevante à cet égard.

La Cour de cassation a accueilli le moyen développé à titre subsidiaire par le pourvoi. Elle décide que «[l'] évaluation doit se faire dans une perspective de continuité, sans que puisse être prise en compte l'incidence du comportement des parties sur la situation qui a mené à l'introduction de la demande et sur le redressement de la société intervenu après celle-ci» (Cass., 9 décembre 2010, *J.L.M.B.*, 2011, p. 1656 et la note R. Aydogdu ; *J.D.S.C.*, 2011, p. 239 et la note A. Coibion et E. Pottier ; *R.D.C.*, 2012, p. 22 et la note A. Coibion ; *infra*, n° 176).

La Cour consacre ainsi l'opinion selon laquelle le prix de transfert doit être déterminé, d'une part, en *going concern*, eu égard à la raison d'être des actions en exclusion et en retrait qui visent à résoudre les conflits entre associés dans un objectif de pousuite de la société (O. Caprasse et R. Aydogdu, *Les conflits entre actionnaires. Prévention et résolution*, Bruxelles, Larcier, 2010, n° 627, p. 323) et, d'autre part, de manière objective, conformément au prix qui serait fixé par le marché (Gand, 19 octobre 2009, *J.D.S.C.*, 2012, p. 238 ; *T.R.V.*, 2011, p. 40 et la note), et donc sans tenir compte du comportement des parties.

Le critère du «prix du marché» conserve néanmoins un caractère théorique pour l'évaluation des titres dans le cadre des actions en exclusion et en retrait. Ces procédures ont en effet été introduites en droit belge pour résoudre les conflits internes entre associés des S.P.R.L. et des S.A. qui ne font pas ou n'ont pas fait appel public à l'épargne. Il n'existe donc pas, en principe, de marché des titres pour ces sociétés (J.-M. Nelissen-Grade, «De geschillenregeling en de uitkoopregeling», in *De nieuwe vennootschappenwetten van 7 en 13 april 1995*, Kalmthout, Biblo, 1995, p. 360).

Par un arrêt du 5 octobre 2012, la Cour de cassation a eu l'occasion d'étendre les enseignements tirés de son premier arrêt à l'action en retrait, dont elle était, cette fois, saisie. La Cour a ainsi décidé que, même dans le cadre d'une action en retrait, la valeur des titres doit être déterminée en faisant «abstraction tant des circonstances qui ont donné lieu à la demande de transfert des actions que du comportement des parties à la suite de cette demande» (Cass., 5 octobre 2012, *Pas.*, 2012, p. 1852 ; *J.L.M.B.*, 2014, p. 1416 et la note R. Aydogdu ; *J.D.S.C.*, 2013, p. 293 ; *R.D.C.*,

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.181.97)
Examen de jurisprudence (2010-2013) - Les sociétés commerciales (troisième partie)
Larcier Edition - © Larcier - 07/02/2020

strada lex

2013, p. 55 ; *T.R.V.*, 2013, p. 469 et la note F. PARREIN ; dans le même sens, mais dans le cadre d'une action en exclusion : Cass., 21 février 2014, *J.L.M.B.*, 2014, p. 1418 et la note R. AYDOGDU ; sur ces deux arrêts, *infra*, n° 176) (9).

176. — Fixation du prix. — Date de l'évaluation des titres. — À défaut d'indication donnée par le Code des sociétés, la date à laquelle le juge doit se placer pour fixer la valeur des titres a donné lieu à des hésitations en doctrine et en jurisprudence. Il existe essentiellement trois « moments » auxquels le président pourrait décider de fixer la valeur des titres à transférer.

Une première solution consiste à évaluer la valeur des titres à la date de la citation ou de l'introduction de la demande, de sorte que le demandeur en retrait n'ait pas à supporter la perte de valeur des titres qui résulterait d'actes posés par le défendeur en cours d'instance (Gand, 7 janvier 2013, *T.G.R.-T.W.V.R.*, 2013, p. 199).

D'autres décisions se rallient à la doctrine (K. GEENS et T. VERHOEST, « Développements récents dans la matière des procédures de sortie prévues par les articles 190*ter* et *quater* des lois coordonnées », *R.P.S.*, 1998, n° 30, pp. 363-364 ; S. GILCART, « Les articles 190*ter* et *quater* des lois coordonnées sur les sociétés commerciales : réflexions sur deux nouvelles procédures de résolution des conflits entre associés », *R.R.D.*, 1997, p. 285) qui s'accorde à fixer la valeur des titres à un moment immédiatement antérieur à la survenance des justes motifs (Prés. Comm. Tongres, 4 octobre 2005, *T.R.V.*, 2011, p. 50 ; *supra*, n^os^ 168, 169, 170 et 171 : cessation du mandat d'administrateur du demandeur ; dans la même affaire : Prés. Comm. Tongres, 20 novembre 2007, *T.R.V.*, 2011, p. 53 ; confirmés en appel : Anvers, 8 janvier 2009, *J.D.S.C.*, 2011, p. 245 ; *T.R.V.*, 2011, p. 44 et la note M. ROELANTS ; *supra*, n° 172). La fixation du moment de l'évaluation des titres est ainsi instrumentalisée dans le but de pallier les effets du caractère non indemnitaire de l'action en retrait.

Un important courant considère enfin qu'à défaut d'indication donnée par le Code des sociétés, le juge doit, conformément

(9) Par un arrêt du 20 février 2015, la Cour de cassation a toutefois opéré un revirement de jurisprudence en décidant, au sujet d'une action en retrait, que lors de l'évaluation des parts ou actions, « le juge doit faire abstraction tant des circonstances qui ont donné lieu à la demande de transfert des parts que du comportement des parties à la suite de cette demande. Cela implique que, si le juge constate *in concreto* que ces circonstances ou ce comportement ont eu une incidence sur la valeur des parts telle qu'elle est déterminée à la date du transfert, il doit neutraliser cette incidence » (20 février 2015, *Pas.*, 2015, p. 489 ; *J.L.M.B.*, 2016, p. 580, note R. AYDOGDU).

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.181.97)
Examen de jurisprudence (2010-2013) - Les sociétés commerciales (troisième partie)
Larcier Edition - © Larcier - 07/02/2020

strada lex

au droit commun, évaluer les titres au moment le plus proche de son jugement (P.-A. Foriers, « La solution des litiges entre actionnaires », in *Évolutions récentes et perspectives du droit des sociétés commerciales et de l'entreprise en difficulté*, Bruxelles, éd. Jeune Barreau de Bruxelles, 1996, n° 35, p. 71 ; J.-M. Nelissen-Grade, « De geschillenregeling en de uitkoopregeling », in *De nieuwe Vennootschapwetten van 7 en 13 april 1995*, Kalmthout, Biblo, 1995, p. 361), étant entendu que lorsque le juge d'instance rend un premier jugement ordonnant le transfert et un second sur le prix, c'est plus précisément au moment du (premier) jugement ordonnant le transfert des titres que leur valeur devrait être déterminée. La solution est la même lorsque le transfert ordonné en instance est ensuite confirmé en appel (Bruxelles, 8 mai 2008, *R.D.C.*, 2012, p. 30 et la note A. Coibion ; *supra*, n° 175). En revanche, lorsque, confrontée à des actions croisées en exclusion, la cour d'appel ordonne le maintien de l'associé exclu par le juge d'instance et l'exclusion de l'associé maintenu par ce dernier, la valeur des titres est fixée au jour du prononcé de l'arrêt de la cour (Liège, 6 juin 2013, *D.A.O.R.*, 2013, p. 415 ; *J.L.M.B.*, 2013, p. 1504 ; *supra*, n^os^ 165, 168, 169, 171 et 173).

Par un arrêt déjà cité du 9 décembre 2010, la Cour de cassation a, pour l'action en exclusion tout au moins, mis un terme à ces hésitations touchant au « moment » de l'évaluation des titres. La Cour considère que « dès lors que le droit au paiement du prix des parts naît au moment du transfert de propriété de celles-ci, c'est à la date du transfert ordonné par le juge que les parts doivent être évaluées » (*J.L.M.B.*, 2011, p. 1656 et la note R. Aydogdu ; *J.D.S.C.*, 2011, p. 239 et la note A. Coibion et E. Pottier ; *R.D.C.*, 2012, p. 22 et la note A. Coibion ; *supra*, n° 175).

Bien que cet arrêt ait été prononcé dans le cadre d'une action en exclusion, le raisonnement adopté par la Cour de cassation doit, à notre estime, conduire à adopter une solution identique pour l'action en retrait : dans l'un et l'autre cas, en effet, le droit au paiement du prix des titres naît au moment du transfert de propriété de ceux-ci (R. Aydogdu, « Les critères et le moment de l'évaluation des titres dans les actions en exclusion et en retrait : le soleil s'est levé à l'ouest », *J.L.M.B.*, 2011, n° 4, p. 1664). Cette opinion n'est cependant pas partagée par certains auteurs néerlandophones qui contestent que les enseignements de la Cour puissent être étendus à l'action en retrait, pour laquelle les juges du fond devraient, selon eux, conserver la possibilité de fixer la

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.181.97)
Examen de jurisprudence (2010-2013) - Les sociétés commerciales (troisième partie)
Larcier Edition - © Larcier - 07/02/2020

strada lex

date d'évaluation au moment que l'équité commande dans chaque cas d'espèce (B. VERKEMPINCK, « Prijsbepaling van aandelen in de geschillenregeling », *D.A.O.R.*, 2011, pp. 391-392).

Certaines juridictions de fond se sont ralliées à cette dernière opinion et c'est dans ce contexte que la cour d'appel de Gand a décidé qu'en matière de retrait, la valeur des parts doit être évaluée au moment de la naissance du conflit entre parties, en vue d'éviter que le demandeur subisse une éventuelle moins-value de ses titres (Gand, 7 janvier 2013, précité).

La cour d'appel de Gand s'est prononcée postérieurement à l'arrêt de la Cour de cassation du 5 octobre 2012, dont il sera immédiatement question ci-dessous. La proximité entre les dates de prononcé et le texte même de l'arrêt de la cour d'appel — qui fait expressément référence à la jurisprudence du 9 décembre 2010, mais non à celle du 5 octobre 2012 — permettent de conclure que la cour d'appel de Gand n'avait pas connaissance de cette dernière jurisprudence.

Sur le pourvoi dirigé contre un autre arrêt de la cour d'appel de Gand, la Cour de cassation a été saisie dans le cadre d'une action en retrait et s'est ainsi vu donner l'occasion de trancher la discussion née de son arrêt du 9 décembre 2010. Sur conclusions conformes de l'avocat général Van Ingelgem, la Cour de cassation décide que « la valeur des actions doit être évaluée au moment où le juge en ordonne le transfert dès lors que le droit d'obtenir le paiement du prix des actions naît au moment du transfert de propriété ». Si la Cour étend ainsi les enseignements de son premier arrêt à l'action en retrait, elle poursuit néanmoins, de manière tout à fait contradictoire, en refusant de censurer l'arrêt de la cour d'appel qui considère, sur la base des constatations que la société est sous administration provisoire depuis l'introduction de l'action en retrait en mai 2007, et que les résultats pour l'exercice 2007 ne sont pas représentatifs et ont été influencés par les parties, qu'« il est préférable de procéder à l'évaluation au moment et en fonction de la valeur comptable au moment de l'introduction des demandes en retrait (7 mai 2007) » (Cass., 5 octobre 2012, *Pas.*, 2012, p. 1852 ; *J.L.M.B.*, 2014, p. 1416 et la note R. AYDOGDU ; *J.D.S.C.*, 2013, p. 293 ; *R.D.C.*, 2013, p. 55 ; *T.R.V.*, 2013, p. 469 et la note F. PARREIN ; *supra*, n° 175).

Ce faisant, la Cour de cassation adhère à la conclusion de rejet du pourvoi adoptée par l'avocat général, sans toutefois rappeler

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.181.97)
Examen de jurisprudence (2010-2013) - Les sociétés commerciales (troisième partie)
Larcier Edition - © Larcier - 07/02/2020

strada lex

son fondement. Dans ses conclusions, celui-ci constatait en effet qu'«[e]n dépit de la formulation utilisée par l'arrêt attaqué, qui fait référence à la date de l'introduction des demandes en retrait pour l'évaluation des actions, il apparait qu'en prenant finalement aussi en considération, pour apprécier la valeur des actions, l'évaluation comptable des demandeurs pour l'exercice social 2008, le juge d'appel a, en fait, également fixé la valeur des actions à la date à laquelle le juge a ordonné le transfert» et concluait donc au rejet du pourvoi contre l'arrêt attaqué, dont la décision était légale nonobstant une motivation erronée.

La clarification tant attendue n'est pas venue de l'arrêt du 21 février 2014, dès lors que celui-ci, comme l'arrêt du 9 décembre 2010 dont il reproduit littéralement l'attendu relatif à la date de l'évaluation des titres, concerne une action en exclusion (Cass., 21 février 2014, *J.L.M.B.*, 2014, p. 1418 et la note R. Aydogdu ; *supra*, n° 175) (10).

Section II. — Autres interventions du juge (11)

177. — Introduction. — L'analyse de la jurisprudence de ces dernières années permet d'observer une recrudescence des interventions du juge en cours de vie sociale, une «judiciarisation» de la société. Le recours au juge est d'ailleurs le mode de résolution par excellence des conflits entre actionnaires (E. Pottier et A. Coibion, «Le règlement des conflits entre actionnaires : mesures provisoires [Intervention "classique" du juge judiciaire dans le cadre d'un conflit entre actionnaires]», in *Guide juridique de l'entreprise*, t. II, 2e éd., livre 27.1., Bruxelles, Kluwer, 2006, p. 26 ; *supra*, nos 158 et s.).

L'intervention du juge en droit des sociétés peut avoir lieu, soit au provisoire dans le cadre d'une procédure en référé, soit dans le

(10) Par un arrêt du 20 février 2015, la Cour de cassation a levé la contradiction interne de son arrêt du 5 octobre 2012 en opérant un revirement de jurisprudence. La Cour a en effet décidé que «la valeur des parts doit, en règle, être déterminée au moment où le juge ordonne le transfert dès lors que le droit d'obtenir le paiement du prix des parts naît au moment du transfert de la propriété. Lors de cette évaluation, le juge doit faire abstraction tant des circonstances qui ont donné lieu à la demande de transfert des parts que du comportement des parties à la suite de cette demande. Cela implique que, si le juge constate *in concreto* que ces circonstances ou ce comportement ont eu une incidence sur la valeur des parts telle qu'elle est déterminée à la date du transfert, il doit neutraliser cette incidence ; à cet effet, le juge est autorisé à prendre en considération un autre moment à titre de date de référence pour évaluer le prix» (20 février 2015, *Pas.*, 2015, p. 489 ; *J.L.M.B.*, 2016, p. 580, note R. Aydogdu).

(11) Rédigé par Alice Hannouille.

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.181.97)
Examen de jurisprudence (2010-2013) - Les sociétés commerciales (troisième partie)
Larcier Edition - © Larcier - 07/02/2020

strada lex

cadre d'une procédure au fond. Elle peut revêtir des formes très diversifiées, allant de simples injonctions, suspensions ou interdictions à des mesures beaucoup plus intrusives, comme la désignation d'un administrateur provisoire.

Après avoir dressé un bref aperçu des mesures provisoires et préalables qui peuvent être prises par le juge en droit des sociétés (*infra*, n^os^ 178 et s.), nous nous attarderons plus longuement sur certaines d'entre elles, à savoir la désignation d'un expert vérificateur (*infra*, n^os^ 182 et s.) et la désignation d'un administrateur provisoire (*infra*, n^os^ 191 et s.). Nous nous intéresserons ensuite à l'intervention du juge en droit pénal des sociétés à travers la désignation d'un mandataire *ad hoc* appelé à représenter la personne morale en cas de conflit d'intérêts (*infra*, n^os^ 198 et s.) pour terminer par quelques commentaires relatifs à la compétence du tribunal de commerce (*infra*, n^os^ 206 et s.).

§ 1^er^. — *Mesures provisoires et préalables prises par le juge des référés et le juge du fond*

A. — *Mesures provisoires prises par le juge des référés*

178. — Fondements et conditions. — La doctrine s'accorde pour reconnaître que les fondements de l'intervention du juge des référés se trouvent aux articles 584 et 1039 du Code judiciaire.

Ceci implique que « cette intervention est subordonnée au respect des conditions classiques de l'urgence, du provisoire et de l'existence d'une apparence de droit suffisante » (E. Pottier et A. Coibion, « Le règlement des conflits entre actionnaires : mesures provisoires [Intervention "classique" du juge judiciaire dans le cadre d'un conflit entre actionnaires] », *op. cit.*, p. 27).

179. — Mesures provisoires. — L'intervention du juge des référés en droit des sociétés, qui est statistiquement plus nombreuse que l'intervention du juge saisi d'une procédure au fond, peut s'opérer sous des formes très diversifiées (voy. E. Pottier et M. De Roeck, « L'administration provisoire : bilan et perspectives », *R.D.C.*, 1997, p. 204 ; E. Pottier et A. Coibion, « Le règlement des conflits entre actionnaires : mesures provisoires [Intervention "classique" du juge judiciaire dans le cadre d'un conflit entre actionnaires] », *op. cit.*, pp. 40-48) :

— injonction portant sur la mise à disposition de documents sociaux ;

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.181.97)
Examen de jurisprudence (2010-2013) - Les sociétés commerciales (troisième partie)
Larcier Edition - © Larcier - 07/02/2020

strada lex

— injonction d'interrompre des négociations relatives à la cession d'une participation majoritaire ;
— injonction faite à la société de faire respecter le droit de contrôle individuel d'un actionnaire ;
— injonction faite à l'offrant de communiquer à des actionnaires minoritaires des informations complémentaires au sujet d'une offre publique d'acquisition ;
— injonction de publier un communiqué de presse et de prolonger la durée d'une offre publique d'échange ;
— injonction faite à la société de permettre à un actionnaire de se faire assister par un conseil lors de l'assemblée générale ;
— interdiction provisoire de délibérer sur un point de l'ordre du jour. À noter qu'il a, par contre, été jugé qu'il n'appartient pas à un juge en référé de supprimer un point à l'ordre du jour qui a été valablement inscrit et sur lequel l'assemblée générale doit délibérer et statuer. En effet, le juge en référé ne peut prendre que des mesures temporelles, à l'exclusion de mesures sans limite temporelle (Comm. Bruxelles (réf.), 29 avril 2011, *J.D.S.C.*, 2013, p. 85) ;
— interdiction faite à la société de procéder à une augmentation de capital dans le cadre du capital autorisé ;
— interdiction de conclure un contrat qui nuirait de façon substantielle aux intérêts des actionnaires minoritaires ;
— interdiction de procéder à des cessions d'actifs ;
— interdiction de transférer des actions lorsque la propriété de celles-ci est contestée ;
— interdiction faite à la société d'apporter ses titres à une offre publique d'acquisition ;
— interdiction de déposer une décision au greffe en vue de procéder à sa publication aux annexes du *Moniteur belge* ;
— interdiction faite à un associé de se rendre sans arrêt au siège social de la société ;
— interdiction faite à un associé de S.P.R.L. de se présenter à l'égard des tiers comme gérant de la société lorsqu'aucun procès-verbal de l'assemblée générale ne mentionne cette nomination ;
— interdiction d'utiliser un procès-verbal d'une assemblée générale convoquée de façon irrégulière ;
— suspension du droit de vote attaché à certaines actions ;
— suspension des effets de la convocation d'une assemblée générale ;

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.181.97)
Examen de jurisprudence (2010-2013) - Les sociétés commerciales (troisième partie)
Larcier Edition - © Larcier - 07/02/2020

strada lex

— suspension des effets d'une décision de l'assemblée générale ou du conseil d'administration, comme, par exemple, la suspension des effets d'une fusion en tant qu'elle serait susceptible d'engendrer un préjudice irréparable à un actionnaire de la société absorbée (Comm. Liège (réf.), 13 décembre 2010, *J.D.S.C.*, 2012, p. 57 ; *J.T.*, 2011, p. 887 ; Liège, 21 décembre 2010, *J.D.S.C.*, 2012, p. 66 ; *supra*, n^os^ 12, 44 et 153). Il a toutefois été jugé que la demande de suspension des effets et de l'exécution d'une décision de l'assemblée générale qui n'avait pas encore été prise au moment de la prise en délibéré de l'affaire est sans objet puisque ladite décision n'existe pas encore (Comm. Bruxelles (réf.), 29 avril 2011, précité) ;
— désignation d'un mandataire *ad hoc* chargé de convoquer une assemblée générale ou un conseil d'administration avec un ordre du jour précis. Notons que la cour d'appel de Bruxelles a estimé qu'il n'était pas nécessaire d'ordonner la désignation d'un mandataire *ad hoc* avec pour mission de convoquer une assemblée générale extraordinaire des actionnaires sous le contrôle de ce même mandataire *ad hoc* si les litiges opposant les parties ont entre-temps été clairement identifiés et si une conciliation entre les parties ne peut être atteinte en dehors du forum d'une assemblée générale (Bruxelles, 13 mars 2012, *J.D.S.C.*, 2013, p. 201 ; *T.R.V.*, 2012, p. 734 ; *supra*, n° 19 et *infra*, n^os^ 183, 187, 192 et 195) ;
— désignation d'un expert vérificateur (*infra*, n^os^ 182 et s.) ;
— désignation d'un administrateur provisoire (*infra*, n^os^ 191 et s.) ;
— désignation d'un séquestre ;
— …

Nous renvoyons à la doctrine ci-avant mentionnée pour une analyse détaillée de toutes ces mesures qui dépasse le cadre du présent examen de jurisprudence et celui de la période qui y est envisagée.

B. — *Mesures préalables prises par le juge du fond*

180. — Fondement et conditions. — Il est également possible pour le juge de fond d'ordonner des mesures destinées à régler provisoirement la situation des parties et ce, sur la base de l'article 19, alinéa 2, du Code judiciaire qui stipule que « le juge peut, avant dire droit, à tout stade de la procédure, ordonner une mesure préalable destinée soit à instruire la demande ou à régler

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.181.97)
Examen de jurisprudence (2010-2013) - Les sociétés commerciales (troisième partie)
Larcier Edition - © Larcier - 07/02/2020

strada lex

un incident portant sur une telle mesure, soit à régler provisoirement la situation des parties».

La jurisprudence a dégagé trois critères d'appréciation plus ou moins restrictifs par rapport aux mesures destinées à régler provisoirement la situation des parties (Comm. Bruxelles, 8 décembre 2009, *J.T.*, 2010, p. 145 ; *infra*, n° 181) :

— soit les droits invoqués par les demandeurs ne sont pas sérieusement contestables ;
— soit ces droits présentent, comme en référé, une apparence de droit suffisante ;
— soit les mesures demandées s'avèrent réversibles.

Dans tous les cas, les mesures préalables doivent être opportunes et le juge peut, à cet égard, procéder à une balance des intérêts en cause. Ainsi, des mesures préalables qui compliqueraient la situation d'une des parties ou lui causeraient un préjudice considérable (ou à tout le moins difficilement réparable) eu égard à la paralysie que celles-ci engendreraient, peuvent être rejetées (Comm. Bruxelles, 8 décembre 2009, précité).

181. — Mesures préalables. — Ces mesures préalables peuvent être diverses (pour une affaire dans laquelle les mesures préalables ont été rejetées, voy. Comm. Bruxelles, 8 décembre 2009, *J.T.*, 2010, p. 145 ; *supra*, n° 180) : production de documents, suspension de résolutions votées lors d'une assemblée générale, interdiction de se départir d'actions, ordre de maintenir une certaine dénomination, interdiction de verser un dividende, désignation d'un administrateur provisoire…

§ 2. — *Désignation d'un expert vérificateur*

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

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

Il existe également la faculté de procéder à une expertise en droit des sociétés sur la base de l'article 168 du Code des sociétés. En effet, conformément à cet article, s'il existe des indices d'atteinte grave ou de risque d'atteinte grave aux intérêts de la société, un

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.181.97)
Examen de jurisprudence (2010-2013) - Les sociétés commerciales (troisième partie)
Larcier Edition - © Larcier - 07/02/2020

strada lex

ou plusieurs associés peuvent demander au tribunal de commerce de nommer un ou plusieurs experts ayant pour mission de vérifier les livres et les comptes de la société ainsi que les opérations accomplies par ses organes. Il faut pour le surplus que le ou les associés en question possèdent au moins 1 % des voix attachées à l'ensemble des titres existants ou possèdent des titres représentant une fraction du capital égale à 1.250.000 EUR au moins.

Ces deux types d'expertises sont des mécanismes de contrôle qui permettent à un actionnaire, éventuellement minoritaire, de contrôler certaines opérations effectuées par les organes de la société et de recueillir des informations qui peuvent s'avérer précieuses en vue de l'introduction d'une action en justice, et notamment l'action minoritaire (Bruxelles, 12 décembre 2008, *J.T.*, 2009, p. 67 ; *supra*, n° 22 et *infra*, n^os^ 183, 186 et 188).

À côté de ces expertises prévues par le Code des sociétés, le Code judiciaire, en son article 962, prévoit la possibilité de procéder à une expertise de droit commun : le juge peut ainsi charger des experts de procéder à des constatations ou de donner un avis d'ordre technique (*infra*, n° 189).

Dans les lignes qui suivent, nous nous concentrerons sur l'expertise prévue par le droit des sociétés à l'article 168 du Code.

183. — Introduction de la demande. — Conformément à l'article 169 du Code des sociétés, la demande de désignation d'un expert vérificateur doit, en principe, être introduite par citation afin d'assurer le respect du principe du contradictoire, le cas échéant, en abrégeant le délai de citation.

Toutefois, il est généralement admis que la demande d'expertise puisse également être obtenue sur requête unilatérale dans le cadre de l'article 584 du Code judiciaire mais qu'elle doit, dans ce cas, être d'une absolue nécessité (Bruxelles, 13 mars 2012, *J.D.S.C.*, 2013, p. 201 ; *T.R.V.*, 2012, p. 734 ; *supra*, n^os^ 19 et 179, et *infra*, n^os^ 187, 192 et 195 ; Bruxelles, 12 décembre 2008, *J.T.*, 2009, p. 67 ; *supra*, n^os^ 22 et 182, et *infra*, n^os^ 186 et 188 ; voy. également en doctrine S. Cools et R. Tas, « Rechterlijke maatregelen bij conflicten in vennootschappen », in *Vennootschaps- en financieelrecht*, Brugge, die Keure, 2011, pp. 37-75 ; J. Vananroye, « De vordering van een aandeelhouder tot aanstelling van een deskundige », note sous Comm. Ypres (réf.), 22 décembre 2000, *T.R.V.*, 2001, pp. 47-54).

L'absolue nécessité implique que (i) la mesure demandée soit urgente ou (ii) que les droits du requérant ne puissent être adéqua-

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.181.97)
Examen de jurisprudence (2010-2013) - Les sociétés commerciales (troisième partie)
Larcier Edition - © Larcier - 07/02/2020

strada lex

tement protégés via le référé contradictoire, même pas au moyen de l'abrègement du délai de citation. La procédure sur requête unilatérale doit rester l'exception de sorte que l'exigence d'absolue nécessité doit être interprétée de manière stricte.

Une demande est considérée comme urgente lorsqu'une décision immédiate est souhaitable afin d'éviter un préjudice grave ou des inconvénients sérieux. Ce sera par exemple le cas lorsqu'une assemblée générale, appelée à approuver ou rejeter des décisions prises lors de diverses réunions du conseil d'administration, est convoquée quelques semaines plus tard et qu'une information préalable doit être donnée aux actionnaires avant de solliciter leur vote sur lesdites opérations querellées (Bruxelles, 12 décembre 2008, précité). Le fait qu'une demande n'ait pas été immédiatement introduite ne signifie pas que l'urgence fasse défaut si des circonstances particulières justifient ce retard, comme par exemple le fait de n'avoir pas été personnellement invité à une assemblée générale (Bruxelles, 30 juin 2010, *Jur. Falc.*, 2010-2011, p. 209 ; *infra*, n° 185).

Quant à la condition selon laquelle les droits du requérant ne pourraient être adéquatement protégés via le référé contradictoire, celle-ci serait remplie dans l'hypothèse où des constatations spécifiques et pertinentes pour l'affaire en cause ne pourraient être exercées de manière efficace si ce n'est par surprise.

Dans une affaire où il s'agissait de désigner un expert pour contrôler sur place toute la comptabilité en vue de rassembler des preuves du préjudice du requérant, il a été jugé qu'un abrègement des délais de citation aurait permis à ce dernier d'obtenir sur contradictoire la désignation de l'expert dans un bref délai et que, par conséquent, l'absolue nécessité n'était pas avérée (Bruxelles, 13 mars 2012, précité).

184. — Tribunal compétent. — Bien que dans la version néerlandaise de l'article 168 du Code des sociétés, il soit fait mention du terme «tribunal» sans davantage de précision, la version française de ce même article, qui est la version originale de la loi, stipule expressément que le tribunal de commerce est le tribunal compétent en la matière. Ceci vaut que les parties soient commerçantes ou non (Comm. Termonde, 25 février 2008, *T.R.V.*, 2009, p. 770 ; *R.W.*, 2011-2012, p. 1305 ; *J.D.S.C.*, 2013, p. 226 ; *supra*, n° 40 et *infra*, n^{os} 186, 188 et 189).

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.181.97)
Examen de jurisprudence (2010-2013) - Les sociétés commerciales (troisième partie)
Larcier Edition - © Larcier - 07/02/2020

strada lex

185. — Conditions de désignation. — La désignation d'un expert vérificateur exige une nécessité profonde.

Par un arrêt du 30 juin 2010, la cour d'appel de Bruxelles a précisé que cette nécessité profonde faisait défaut lorsque les décisions de l'assemblée générale et du conseil d'administration ont déjà été suspendues. En l'espèce, outre la désignation d'un expert vérificateur, le requérant avait demandé la suspension des décisions prises lors de réunions du conseil d'administration auxquelles il n'avait pas été personnellement invité alors qu'il était administrateur de la société et qui visaient notamment à prendre acte de la démission de l'ancien conseil d'administration et à nommer deux nouveaux administrateurs. La cour a ordonné la suspension provisoire de l'exécution des décisions de l'assemblée générale et des décisions d'exécution du conseil d'administration jusqu'au jugement au fond concernant la nullité de ces décisions. Par contre, la cour a refusé la désignation d'un expert vérificateur vu l'absence de nécessité (Bruxelles, 30 juin 2010, *Jur. Falc.*, 2010-2011, p. 209 ; *supra*, n° 183).

186. — Hypothèses de désignation. — La demande en désignation d'un expert vérificateur doit être ordonnée à la lumière de l'intérêt de la société. La demande est fondée lorsqu'il y a des indices d'atteinte grave ou de risque d'atteinte grave aux intérêts de la société. Il est bien question d'indices, de sorte qu'un commencement de preuve est suffisant (Comm. Termonde, 25 février 2008, *T.R.V.*, 2009, p. 770 ; *R.W.*, 2011-2012, p. 1305 ; *J.D.S.C.*, 2013, p. 226 ; *supra*, n^{os} 40 et 184, et *infra*, n^{os} 188 et 189).

De nombreux exemples de situations justifiant une expertise ont été donnés par la jurisprudence (Comm. Termonde, 25 février 2008, précité) : un conflit d'intérêt et des détournements de biens sociaux ; un soupçon d'irrégularités dans la gestion de l'entreprise ; la crainte que, dans l'entreprise, un circuit d'argent noir ait lieu ou que les fonds disponibles ait été convertis de façon trop généreuse en créance en compte courant administrateurs ; le fait que la société subsiste en grande partie grâce aux avances qui lui avaient été octroyées par les associés en compte courant et que cette information avait été cachée à un associé qui détenait 33 % des actions, ou encore le fait qu'il ressorte d'un rapport des commissaires que la société devrait acter des réductions de valeurs sur des participations ce qui pouvait entraîner la mise en œuvre de la procédure de la sonnette d'alarme.

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.181.97)
Examen de jurisprudence (2010-2013) - Les sociétés commerciales (troisième partie)
Larcier Edition - © Larcier - 07/02/2020

strada lex

Il a également été jugé que la présence de « dysfonctionnements graves au sein des conseils d'administrations des sociétés du groupe qui permettent de douter sérieusement de la validité de certaines décisions et des conventions qui en résultent et de constater l'existence d'indices d'atteinte grave aux intérêts de F. S.A./N.V. » justifie la désignation d'un expert vérificateur (Bruxelles, 12 décembre 2008, *J.T.*, 2009, p. 67 ; *supra*, n^os^ 22, 182 et 183, et *infra*, n° 188).

Par ailleurs, dans son jugement du 25 février 2008, le tribunal de commerce de Termonde a jugé que l'ensemble des faits suivants justifient également qu'une expertise judiciaire en droit des sociétés soit ordonnée en ce qu'ils constituent des indices que des malversations ont eu lieu et peut-être continuent d'avoir lieu dans la société (Comm. Termonde, 25 février 2008, précité) :

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

187. — Personnes habilitées à être désignées. — Dans un arrêt du 13 mars 2012, la cour d'appel de Bruxelles a posé une exception au principe selon lequel les entités dotées de la personnalité morale jouissent de la pleine capacité en décidant que celles-ci ne peuvent être désignées comme expert judiciaire.

Selon la cour, un expert doit en effet nécessairement être une personne physique dans la mesure où la procédure de révocation prévue par le Code judiciaire ne peut être appliquée qu'à des personnes physiques. En l'espèce, la cour a donc décidé que l'ordonnance rendue par le président du tribunal de commerce de Bruxelles qui avait désigné comme expert une personne morale devait être annulée (Bruxelles, 13 mars 2012, *J.D.S.C.*, 2013, p. 201 ; *T.R.V.*, 2012, p. 734 et la note M. Roelants ; *supra*, n^os^ 19, 179 et 183, et *infra*, n^os^ 192 et 195).

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.181.97)
Examen de jurisprudence (2010-2013) - Les sociétés commerciales (troisième partie)
Larcier Edition - © Larcier - 07/02/2020

strada lex

Toutefois, même si l'arrêt ne le précise pas, on peut raisonnablement supposer que cet expert avait été désigné sur la base de l'article 962 du Code judiciaire (expertise de droit commun) et non sur la base de l'article 168 du Code des sociétés dans la mesure où la cour ne fait aucune allusion aux conditions spécifiques requises par cet article. S'il avait été question d'une expertise en droit des sociétés (qui n'est pas une mesure d'expertise au sens des articles 962 et suivants du Code judiciaire), la cour aurait probablement fait preuve de plus de souplesse quant à la désignation d'une personne morale en tant qu'expert (Bruxelles, 13 mars 2012, précité, et la note M. Coipel, « Faut-il exclure la possibilité de désigner une personne morale comme expert judiciaire ? » ; M. Roelants, « Noot — De slagkracht van het vennootschapsrechtelijk deskundigenonderzoek als onderzoeksmaatregel », *T.R.V.*, 2012, p. 753).

188. — Étendue de la mission. — Conformément à l'article 168 du Code des sociétés, la mission de l'expert consiste à vérifier les livres et les comptes de la société ainsi que les opérations accomplies par ses organes. Par ailleurs, en vertu de l'article 169 du Code des sociétés, les questions ou les catégories de questions sur lesquelles porteront les investigations de l'expert vérificateur sont précisées par le juge. Il lui appartient donc de déterminer tant l'objet de l'expertise que la mission de l'expert sur la base de l'ensemble des faits et dysfonctionnements soulevés par les parties requérantes (Bruxelles, 12 décembre 2008, *J.T.*, 2009, p. 67 ; *supra*, n^os^ 22, 182, 183 et 186).

La mission de l'expert vérificateur peut être formulée de façon très large par le juge. Ainsi, l'expertise peut porter non seulement sur les livres et comptes de la société mais également, eu égard à la nature de la mesure et à sa finalité, sur tous les documents y afférents dans le sens le plus large. En outre, si les sociétés ont l'obligation de consolider leurs comptes, les comptes et documents à examiner peuvent couvrir également les comptes et documents de leurs (ex-)filiales et (ex-)sous-filiales (Bruxelles, 12 décembre 2008, précité). De même, toutes les opérations possibles et toutes sortes d'opérations (par exemple, biens immobiliers, opérations intragroupes ou opérations dans lesquelles les administrateurs ont un intérêt ou sont concernés) accomplies par les organes de gestion de la société peuvent faire l'objet de l'expertise. La mission de l'expert vérificateur peut également comporter la question de savoir si la politique de gestion de la société est menée dans l'in-

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.181.97)
Examen de jurisprudence (2010-2013) - Les sociétés commerciales (troisième partie)
Larcier Edition - © Larcier - 07/02/2020

strada lex

térêt de celle-ci (Comm. Termonde, 25 février 2008, *T.R.V.*, 2009, p. 770 ; *R.W.*, 2011-2012, p. 1305 ; *J.D.S.C.*, 2013, p. 226 ; *supra*, n^os^ 40, 184 et 186, et *infra*, n° 189).

Cette faculté dont dispose l'expert de vérifier les livres et comptes de la société ainsi que les opérations accomplies par ses organes est « plus large qu'une photo de l'entreprise à la date de la citation (…) La désignation d'un expert en vue de contrôler la société sur un certain nombre d'années est parfaitement envisageable » (Comm. Termonde, 25 février 2008, précité).

À titre exemplatif, l'expertise judiciaire en droit des sociétés peut comporter le fait de (Bruxelles, 12 décembre 2008, précité ; Comm. Termonde, 25 février 2008, précité) :

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

189. — Cumul de l'expertise judiciaire en droit des sociétés avec l'expertise judiciaire. — Comme précisé ci-dessus (*supra*, n° 182), il existe deux types d'expertises qui peuvent être demandées par les actionnaires : l'expertise en droit des sociétés sur la base de l'article 168 du Code des sociétés et l'expertise de droit commun sur la base de l'article 962 du Code judiciaire. La nature et la fonction de ces deux types d'expertises sont différentes : l'expert de droit commun se limite à donner des avis ou à faire des constatations techniques, tandis que les investigations

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.181.97)
Examen de jurisprudence (2010-2013) - Les sociétés commerciales (troisième partie)
Larcier Edition - © Larcier - 07/02/2020

strada lex

de l'expert en droit des sociétés peuvent porter sur des actes de gestion (pour plus de détails, voy. M. ROELANTS, « De drempel blijft een drempel voor het vorderen van een "vennootschapsrechtelijke" deskundige », *T.R.V.*, 2012, p. 689 ; M. CALUWAERTS, « Expert vérificateur ou expert de droit commun ? », *J.D.S.C.*, 2013, liv. 15, pp. 234-236).

Toutefois, le fait qu'une expertise judiciaire en droit des sociétés ait été ordonnée n'exclut pas qu'une expertise judiciaire de droit commun le soit également s'il existe des indices sérieux et suffisants qui justifient une telle expertise.

Ainsi, une expertise de droit commun peut être ordonnée à la requête d'un actionnaire d'une S.C.R.I. à l'encontre d'une personne morale administrateur de la S.C.R.I., lorsqu'il existe des indices graves que la personne morale administrateur a collaboré avec la S.C.R.I. et, plus particulièrement, qu'il est question d'un transfert de clientèle, à titre gratuit, entre les deux sociétés (Comm. Termonde, 25 février 2008, *T.R.V.*, 2009, p. 770 ; *R.W.*, 2011-2012, p. 1305 ; *J.D.S.C.*, 2013, p. 226 ; *supra*, n^os^ 40, 184, 186 et 188).

190. — Prise en charge des coûts de l'expertise. — Les frais de l'expertise n'incombent pas nécessairement à la partie qui a demandé la désignation de l'expert vérificateur. Le tribunal de commerce de Termonde a ainsi estimé que dans la mesure où l'expertise avait lieu dans l'intérêt de toutes les parties, il pouvait accéder à la demande de la partie demanderesse visant à faire payer pour moitié les provisions par les parties défenderesses (Comm. Termonde, 25 février 2008, précité).

§ 3. — *Désignation d'un administrateur provisoire*

191. — Introduction. — La désignation d'un administrateur provisoire est une des formes les plus extrêmes et intrusives que le juge puisse prendre puisqu'elle dessaisit un organe de la société de tout ou partie des compétences qui lui ont été légalement attribuées.

La désignation d'un administrateur provisoire est généralement ordonnée dans des circonstances urgentes : le fonctionnement normal de la société est paralysé en raison de dysfonctionnements de ses organes ou de conflits graves entre ses associés, un danger imminent et irréparable menace les intérêts des actionnaires, des créanciers et des travailleurs ainsi que la poursuite

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.181.97)
Examen de jurisprudence (2010-2013) - Les sociétés commerciales (troisième partie)
Larcier Edition - © Larcier - 07/02/2020

strada lex

de ses activités… (pour davantage de détails sur les différentes hypothèses de désignation, voy. *infra*, n° 195).

En outre, l'article 28, § 2, de la loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises (*M.B.*, 9 février 2009, ci-après la « loi relative à la continuité des entreprises ») stipule que lorsqu'il y a faute grave et caractérisée ou mauvaise foi manifeste du débiteur ou d'un de ses organes, le tribunal pourra leur substituer un administrateur provisoire dont la mission sera d'administrer l'entreprise. À noter également que le § 1er de ce même article dispose qu'en cas de manquement grave et caractérisé du débiteur ou de l'un de ses organes (il n'est plus question de faute grave et caractérisée ou de mauvaise foi manifeste ici), le tribunal peut désigner, pour la durée du sursis, un ou plusieurs mandataires de justice qu'il charge d'une mission dont il détermine de manière précise l'étendue et la durée.

Enfin, conformément à l'article 8 de la loi du 8 août 1997 sur les faillites (*M.B.*, 28 octobre 1997, ci-après la « loi sur les faillites »), lorsqu'il existe des indices précis, graves et concordants que les conditions de la faillite sont réunies, le président du tribunal de commerce peut dessaisir en tout ou en partie le commerçant de la gestion de tout ou partie de ses biens et désigner un ou plusieurs administrateurs provisoires. L'ordonnance de dessaisissement cesse de produire ses effets si dans les quinze jours de son prononcé, aucune demande en faillite n'est introduite, soit par la partie demanderesse, soit par les administrateurs provisoires, ou si un jugement de faillite n'est pas prononcé dans les quatre mois de l'introduction de la demande (art. 8, al. 5 et 6, loi sur les faillites).

192. — Introduction de la demande. — En principe, tout comme pour la désignation d'un expert vérificateur, la demande en désignation d'un administrateur provisoire est introduite par la voie d'une citation et ce, afin d'assurer le contradictoire, éventuellement en restreignant le délai de comparution (art. 1036 C. jud.).

À l'instar de ce qui a été dit pour la désignation d'un expert vérificateur (*supra*, n° 183), il est toutefois possible d'introduire la procédure par requête unilatérale, conformément à l'article 584, alinéa 3, du Code judiciaire, en cas d'absolue nécessité, dans des situations urgentes ou encore lorsque la mesure sollicitée requiert le recours à une procédure unilatérale (tel sera notamment le cas lorsqu'une décision immédiate est souhaitable pour éviter un préjudice grave ou bien de sérieux inconvénients).

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.181.97)
Examen de jurisprudence (2010-2013) - Les sociétés commerciales (troisième partie)
Larcier Edition - © Larcier - 07/02/2020

strada lex

L'absolue nécessité est avérée lorsque (Comm. Mons (réf.), 13 mai 2011, *J.L.M.B.*, 2011, p. 1780 ; *infra*, n° 194) :

— l'urgence est telle que le recours à un débat contradictoire, même à délai très rapproché, n'est pas envisageable. En d'autres termes, la décision doit être obtenue dans les heures qui suivent le dépôt de la requête. *A contrario*, il a été jugé que le fait que le gérant détourne, à son profit personnel, des clients de la société ne nécessite pas une décision sur l'heure ;
— l'adversaire ne peut être identifié, ce qui rend l'utilisation de la citation en justice impraticable ;
— il est nécessaire de recourir à la procédure unilatérale pour garantir l'efficacité de la mesure demandée, par exemple lorsque le demandeur craint des voies de fait. Toutefois, il ne suffit pas d'affirmer que l'on craint des voies de fait pour contourner le débat contradictoire. Encore faut-il que le dossier contienne des éléments sérieux justifiant les craintes émises par le demandeur, ce qui n'est pas le cas lorsque le demandeur a simultanément proposé de restituer les clés de l'entreprise à son adversaire et craint qu'il ne pénètre sur les lieux de force.

Le président en référé se prononce sur l'urgence au moment où il statue (Bruxelles, 13 mars 2012, *J.D.S.C.*, 2013, p. 201 ; *T.R.V.*, 2012, p. 734 ; *supra*, n^{os} 19, 179, 183 et 187, et *infra*, n° 195).

193. — Voies de recours. — Les ordonnances de désignation d'un administrateur provisoire peuvent faire l'objet de voies de recours de droit commun. Ainsi, si un administrateur provisoire est désigné afin de pouvoir assurer la direction de la société, à la place des gérants, en suspendant toutes les compétences de ces derniers, cette société doit pouvoir s'opposer à cette désignation par les recours prévus par la loi (Cass., 5 septembre 2013, *Pas.*, 2013, p. 1561).

Lors de la période antérieure à cet examen, la question s'est posée de savoir si l'organe statutairement compétent au moment de la décision de désignation de l'administrateur provisoire (c'est-à-dire l'administrateur-délégué ou le conseil d'administration) pouvait représenter la société et interjeter appel contre cette décision. La cour d'appel de Bruxelles avait répondu par l'affirmative, et ce, même si l'exécution provisoire de l'ordonnance avait été accordée et que, par conséquent, l'administrateur provisoire s'était substitué, dès sa désignation, à l'organe de gestion (Bruxelles, 14 juillet 1995, *T.R.V.*, 1997, p. 582).

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.181.97)
Examen de jurisprudence (2010-2013) - Les sociétés commerciales (troisième partie)
Larcier Edition - © Larcier - 07/02/2020

strada lex

L'administrateur provisoire doit-il être mis à la cause en appel lorsque l'appel est précisément dirigé contre sa désignation ? À cet égard, la cour d'appel de Liège a décidé que l'administrateur provisoire désigné aux côtés d'une entreprise en réorganisation judiciaire ne doit pas être mis en cause par l'appel dirigé contre la décision portant sur sa désignation dans la mesure où (i) l'administrateur provisoire n'était pas partie à l'instance puisque c'est précisément le jugement entrepris qui ordonne sa désignation ; il ne peut donc être question d'exiger sa mise en cause dans les conditions de l'article 1053 du Code judiciaire et (ii) selon l'article 28 de la loi relative à la continuité des entreprises, l'administrateur provisoire étant substitué, pour la durée du sursis, au débiteur ou à ses organes, il devient le représentant ou l'organe légal du débiteur sursitaire qui a introduit l'appel et est, partant, à la cause, sans qu'il doive y être appelé de manière distincte (Liège, 6 octobre 2011, *J.T.*, 2012, p. 58). Une position semblable a été adoptée par la Cour de cassation dans son arrêt du 2 septembre 2011 quant à la question de savoir si le liquidateur judiciaire doit être appelé à la cause lorsqu'il est relevé appel du jugement de dissolution (Cass., 2 septembre 2011, *Pas.*, 2011, p. 1863 et concl. T. Werquin ; *T.R.V.*, 2012, p. 52 et la note J. De Wolf ; *supra*, n^os^ 124 et 129).

La désignation d'un administrateur provisoire n'est pas une mesure d'instruction au sens de l'article 1496 du Code judiciaire. Il s'agit d'une mesure préalable visant à régler provisoirement la situation des parties au sein de la société au sens de l'article 19, deuxième alinéa, du Code judiciaire. Une telle désignation n'est par conséquent pas exécutoire par provision, de sorte que l'appel interjeté contre cette mesure a un effet suspensif (Bruxelles, 18 juin 2010, *R.P.S.*, 2011, p. 94 ; *T. Not.*, 2011, p. 696 et la note L. Weyts ; *infra*, n^os^ 195 et 197).

L'exécution provisoire d'un jugement désignant un administrateur provisoire de société anonyme peut néanmoins toujours être demandée lors de l'appel (art. 1401 C. jud.). Le juge dispose d'un large pouvoir d'appréciation pour accorder l'exécution provisoire et, notamment, tenir compte des intérêts des parties. Dans une affaire dans laquelle la désignation d'un administrateur provisoire fut ordonnée dans le cadre d'un litige entre les deux seuls actionnaires, membres d'une même famille, la cour d'appel de Bruxelles a estimé qu'il résultait de la nature de la mesure que la désignation de l'administrateur servait au mieux les intérêts de l'un et de l'autre et que cela suffisait à déclarer exécutoire la décision attaquée (Bruxelles, 18 juin 2010, précité).

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.181.97)
Examen de jurisprudence (2010-2013) - Les sociétés commerciales (troisième partie)
Larcier Edition - © Larcier - 07/02/2020

strada lex

Si la décision de désignation de l'administrateur provisoire venait à être réformée ou rétractée en appel ou sur tierce-opposition, il a été jugé, il y a quelques années, que cette annulation aurait lieu sans effet rétroactif, de sorte que les actes posés par l'administrateur provisoire dans le cadre de son mandat doivent être maintenus (Civ. Bruxelles, 9 janvier 1997, *T.R.V.*, 1997, p. 587).

En cas d'annulation de la décision de désignation de l'administrateur provisoire, il peut arriver que ce dernier soit alors nommé en qualité d'expert judiciaire.

194. — Qualité du requérant. — Conformément au droit commun de la procédure civile, le demandeur souhaitant la désignation d'un administrateur provisoire doit être en mesure de démontrer son intérêt à agir, conformément à l'article 17 du Code judiciaire. Cet intérêt doit être légitime, personnel, direct, né et actuel (art. 18 C. jud. ; Bruxelles, 21 septembre 2010, *T.R.V.*, 2011, p. 285 et la note R. Naudts ; *infra*, n° 196). Progressivement, la jurisprudence a donné une interprétation large de cet intérêt à agir en reconnaissant celui des requérants extérieurs à la société concernée.

On admet sans difficulté que la société elle-même, ses associés, ses organes ou encore son commissaire aient le droit de demander la désignation d'un administrateur provisoire aux associés ou aux organes de la société. La notion d'associé a peu à peu été interprétée largement par la jurisprudence : ainsi, le tribunal de commerce de Bruxelles a jugé, il y a quelques années, que la personne qui, après avoir levé une option sur l'ensemble des parts sociales d'une société, est entrée en conflit avec l'actionnaire actuel de la société dans le cadre du transfert des actions, jouit d'un intérêt suffisant pour demander la désignation d'un administrateur provisoire (Comm. Bruxelles, 30 juin 1995, *T.R.V.*, 1996, p. 513).

Dans la période antérieure à celle couverte par le présent examen, la jurisprudence a également accepté que la FSMA (anciennement « Commission bancaire et financière » ; Comm. Bruges, 15 janvier 1982, *R.W.*, 1982-1983, p. 2784), l'Administration fiscale (Comm. Bruxelles, 23 janvier 2001, *T.R.V.*, 2002, p. 321) ou encore le Parquet (Comm. Charleroi, 25 novembre 1994, inédit et Comm. Charleroi, 12 janvier 1995, inédit, tous deux cités par E. Pottier et M. De Roeck, « L'administration provisoire : bilan et perspectives », *R.D.C.*, 1997, p. 227) sollicitent la désignation d'un administrateur provisoire.

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.181.97)
Examen de jurisprudence (2010-2013) - Les sociétés commerciales (troisième partie)
Larcier Edition - © Larcier - 07/02/2020

strada lex

La possibilité pour les créanciers de la société de demander la désignation d'un administrateur provisoire doit, par contre, être examinée avec davantage de réserves. En effet, puisque les créanciers peuvent recourir à d'autres moyens pour préserver leurs droits (tels que la saisie ou encore la désignation d'un expert gardien), accepter que ces derniers aient la qualité requise pour introduire une action en désignation d'un administrateur provisoire au seul motif que cette désignation leur évite un « préjudice irréparable » nous semble contestable (*contra* Comm. Bruxelles, 1er février 1999, *T.R.V.*, 1999, p. 191). Par contre, la mesure nous paraît se justifier pour les créanciers qui bénéficient d'un gage sur les actions de la société ou sur son fonds de commerce et qui souhaitent sauvegarder la valeur de leur gage en attendant sa réalisation. En tout état de cause, nous sommes d'avis que le créancier qui craint seulement la disparition de son actif sur lequel il ne dispose ni d'un droit réel ni d'un privilège devra, pour introduire une demande en désignation d'un administrateur provisoire, être en mesure de démontrer l'existence d'un blocage au sein de la société, d'un manquement des organes ou encore d'une fraude (en ce sens, E. Pottier et M. De Roeck, « L'administration provisoire : bilan et perspectives », *op. cit.*, p. 228).

Concernant plus particulièrement les membres du personnel de la société, il a récemment été jugé que ceux-ci ont qualité pour agir s'ils estiment que la gestion des organes de la société porte gravement atteinte à leurs intérêts (Comm. Mons (réf.), 13 mai 2011, *J.L.M.B.*, 2011, p. 1780 ; *supra*, n° 192).

Quant aux entreprises en difficultés, l'article 28 de la loi sur la continuité des entreprises stipule que le tribunal statue « à la demande de tout intéressé ou du ministère public » sur la demande de désignation d'un administrateur provisoire. Il a été jugé que cet article 28 n'exclut pas qu'un concurrent, qui n'est pas créancier du requérant en réorganisation judiciaire, puisse être considéré comme un tiers intéressé au sens de cet article, même s'il n'est pas explicitement mentionné dans cet article et même si ses intérêts ne sont pas semblables à ceux du requérant en réorganisation judiciaire. Il suffit que ce concurrent démontre qu'il a un intérêt légitime personnel, direct, né et actuel à intervenir dans la procédure et à réclamer la désignation d'un administrateur provisoire. Il a, en effet, été estimé que la loi relative à la continuité des entreprises ne protège pas uniquement les intérêts du débiteur et de ses créanciers mais doit être placée dans une perspective plus large : il faut éviter que la préservation d'une entreprise perturbe l'équi-

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.181.97)
Examen de jurisprudence (2010-2013) - Les sociétés commerciales (troisième partie)
Larcier Edition - © Larcier - 07/02/2020

strada lex

libre du marché et la concurrence. Des concurrents, eux aussi, peuvent craindre une entrave à la marche normale de leurs activités commerciales (Bruxelles, 21 septembre 2010, précité).

195. — Conditions et circonstances de désignation. — La désignation d'un administrateur provisoire est la forme la plus extrême d'intervention du juge dans la gestion d'une société. Une telle mesure ne peut être prise que lorsque le problème ne peut pas être résolu d'une autre manière (Comm. Turnhout, 16 juillet 2008, *R.W.*, 2009-2010, p. 1266 ; *infra*, n° 196). La désignation d'un administrateur provisoire se justifie lorsque plus aucun organe de la société ne fonctionne, quand les organes de la société ne semblent plus en état de prendre de façon régulière les décisions nécessaires ou bien si, de par leurs décisions, ils menacent les intérêts de la société, ceux des associés ou d'un groupe d'associés (Comm. Turnhout, 16 juillet 2008, précité).

Ainsi, des irrégularités commises dans le passé pourraient constituer un fondement à la désignation d'un administrateur provisoire lorsqu'on peut craindre que de telles irrégularités se reproduisent à l'avenir et que les intérêts de la société risquent d'en être affectés (Comm. Turnhout, 16 juillet 2008, précité).

De même, en cas de conflits entre des membres de la famille au sein d'une société familiale, un administrateur provisoire dont la mission consistera à éviter les abus de pouvoirs, peut être désigné à la demande de l'un d'eux (Bruxelles, 18 juin 2010, *R.P.S.*, 2011, p. 94 ; *T. Not.*, 2011, p. 696 et la note L. Weyts ; *supra*, n° 193 et *infra*, n° 197).

Cette intervention du juge ne doit avoir lieu que dans des circonstances exceptionnelles et ne peut valablement s'envisager que si les parties ont préalablement recouru à d'autres mécanismes légaux ou statutaires pour apaiser le conflit. En effet, une telle mesure, par rapport aux tiers, émet parfois un signal négatif et peut susciter une certaine incertitude. Cela vaut d'autant plus pour des sociétés qui ont des relations importantes avec des créanciers bancaires (Bruxelles, 13 mars 2012, *J.D.S.C.*, 2013, p. 201 ; *T.R.V.*, 2012, p. 734 ; *supra*, n^os^ 19, 179, 183, 187 et 192).

On se souviendra que pour qu'un administrateur provisoire soit nommé par le tribunal dans le cadre de l'article 28, § 2, de la loi relative à la continuité des entreprises, il faut qu'il y ait faute grave et caractérisée ou mauvaise foi manifeste du débiteur ou d'un de ses organes, tels que des actes frauduleux, une mauvaise gestion flagrante ou la communication de fausses informations.

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.181.97)
Examen de jurisprudence (2010-2013) - Les sociétés commerciales (troisième partie)
Larcier Edition - © Larcier - 07/02/2020

strada lex

À cet égard, il a été jugé qu'il y a *mauvaise foi manifeste* lorsque le gérant de la société débitrice, qui s'était engagé à s'écarter de la gestion de cette société en vue d'éviter la désignation d'un administrateur provisoire, ne s'est exécuté que six mois après son engagement, tout en n'en informant pas le juge délégué, le mandataire de justice et le tribunal qui, pendant cette période, avaient consacré cinq audiences au traitement du dossier (Comm. Nivelles, 19 octobre 2011, *J.L.M.B.*, 2012, p. 174 ; *infra*, n° 197). Le tribunal de commerce poursuit dans la même affaire en disposant qu'il y a *faute grave et caractérisée* lorsque la société débitrice a signé une convention de cession de lot en omettant sciemment de le signaler à l'administrateur provisoire, au juge délégué, aux autres intervenants de la procédure ainsi qu'au tribunal (Comm. Nivelles, 19 octobre 2011, précité).

Il y a également lieu de considérer comme une faute grave et caractérisée justifiant la désignation d'un administrateur provisoire le fait de délibérément ne pas se conformer pendant plusieurs années à ses obligations fiscales (Comm. Courtrai, 1er juin 2011, *R.W.*, 2011-2012, p. 1436). De façon générale, lorsque les intérêts de l'entreprise sont subordonnés à ceux de l'administrateur, par exemple lorsqu'une société est utilisée comme instrument dans une bataille de procédure (en l'espèce, une procédure de divorce entre le gérant et son épouse), qui se joue dans la sphère privée d'un administrateur, cela peut être considéré comme une faute grave et caractérisée. Une telle situation justifie la désignation d'un administrateur provisoire (Comm. Anvers, 15 février 2011, *R.W.*, 2012-2013, p. 439).

196. — Refus de désignation. — Diverses circonstances ont pu raisonnablement justifier, par le passé et durant la période examinée, que la désignation d'un administrateur provisoire soit refusée.

Comme nous l'avons vu plus haut (*supra*, n° 195), la désignation d'un administrateur provisoire se justifie lorsque plus aucun organe de la société ne fonctionne, quand les organes de la société ne semblent plus en état de prendre de façon régulière les décisions nécessaires ou bien si ces décisions menacent les intérêts de la société ou de ses associés. *A contrario*, on en déduit que la désignation d'un administrateur provisoire sera refusée lorsqu'aucune preuve n'est rapportée quant à l'existence d'une mauvaise gestion susceptible de mettre en péril l'existence de la société. Dans de tels cas, seuls la révocation, l'exclusion, le retrait ou encore la dissolution sont

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.181.97)
Examen de jurisprudence (2010-2013) - Les sociétés commerciales (troisième partie)
Larcier Edition - © Larcier - 07/02/2020

strada lex

envisageables. Ainsi, le fait que les relations entre les parties soient mauvaises ne justifie pas en soi la désignation d'un administrateur provisoire. Pour cela, il est nécessaire que le désaccord rende impossible toute prise de décision et paralyse le fonctionnement de la société, sans que ce désaccord, cependant, soit de nature telle qu'une réconciliation soit exclue, auquel cas la seule solution serait la dissolution (Comm. Turnhout, 16 juillet 2008, *R.W.*, 2009-2010, p. 1266 ; *supra*, n° 195). Dans le même ordre d'idée, nommer un administrateur provisoire n'aurait pas de sens si le conseil d'administration « assume effectivement la direction des affaires sociales » (Comm. Liège, 10 mai 1999, *R.P.S.*, 2000, p. 393).

Le fait que les actionnaires minoritaires estiment subir et souffrir des décisions prises par les actionnaires majoritaires ne suffit pas à justifier, en principe, la désignation d'un administrateur provisoire, s'il n'est pas démontré que les actionnaires majoritaires ont abusé de leur position (Comm. Turnhout, 16 juillet 2008, précité).

En cas de refus de désignation d'un administrateur provisoire, le juge peut ordonner d'autres mesures jugées moins drastiques et plus appropriées aux circonstances de l'espèce, telles que la désignation d'un expert (voy. Comm. Hasselt, 11 décembre 2001, *T.R.V.*, 2003, p. 428 ; Comm. Courtrai, 27 mai 1999, *T.R.V.*, 1999, p. 326).

Dans le cadre de l'article 28, § 2, de la loi relative à la continuité des entreprises, ni la simple situation financière de la société ni le dépôt tardif des comptes annuels ou l'absence de contrôle par un commissaire-réviseur ne peuvent être considérés comme une faute grave et caractérisée ou comme dénotant d'une mauvaise foi manifeste au sens de ce même article qui justifierait la désignation d'un administrateur provisoire (Bruxelles, 21 septembre 2010, *T.R.V.*, 2011, p. 285 et la note R. Naudts ; *supra*, n° 194).

197. — Étendue de la mission de l'administrateur provisoire. — L'ordonnance de désignation précisera l'étendue de la mission de l'administrateur provisoire eu égard aux circonstances de l'espèce. De façon générale, la mission de l'administrateur provisoire consiste à éviter les abus de pouvoirs, à restaurer la paix entre les parties et à désengager la société de la paralysie dans laquelle elle se trouvait suite au dysfonctionnement ou blocage de ses organes (voy. not. Bruxelles, 18 juin 2010, *R.P.S.*, 2011, p. 94 ; *T. Not.*, 2011, p. 696 et la note L. Weyts ; *supra*, n^{os} 193 et 195) en accomplissant certaines tâches spécifiques : (faire) dresser une

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.181.97)
Examen de jurisprudence (2010-2013) - Les sociétés commerciales (troisième partie)
Larcier Edition - © Larcier - 07/02/2020

strada lex

situation comptable, convoquer une assemblée générale, assurer la restructuration ou la reprise de la société, entamer ou poursuivre des négociations, voire également négocier avec les créanciers le gel du passif (Comm. Liège, 26 juin 1995, *R.D.C.*, 1997, p. 259) ou augmenter le capital en vertu d'une clause de capital autorisé (Comm. Charleroi, 1er février 1996, *T.R.V.*, 1996, p. 205).

Dans le cadre d'une réorganisation judiciaire, il a été jugé que l'administrateur provisoire pouvait être investi des pouvoirs suivants (Comm. Nivelles, 19 octobre 2011, *J.L.M.B.*, 2012, p. 174 ; *supra*, n° 195) :

— gérer seul les comptes bancaires et la caisse de la société ;
— surveiller la passation des commandes et la régularité des paiements et approvisionnements auxquels elle donne lieu ;
— examiner la situation sociale, comptable et fiscale de la société ;
— prendre toutes les mesures de gestion et d'administration nécessaires à la continuation de l'activité de l'entreprise ;
— dans l'hypothèse où la continuité de l'entreprise s'avère impossible, mettre un terme à la procédure de réorganisation judiciaire et, le cas échéant, faire aveu de faillite ;
— être investi des fonctions liées à la gestion journalière de l'entreprise.

Il est possible d'étendre ou de limiter la mission de l'administrateur provisoire dans le cours de son mandat si cela s'avère nécessaire. Cette demande peut éventuellement émaner de l'administrateur provisoire lui-même qui peut toujours s'en référer au juge qui l'a désigné lorsqu'il rencontre des difficultés dans l'exécution de sa mission (Comm. Mons, 24 mai 2000, *J.L.M.B.*, 2001, p. 837).

À noter que si l'administrateur provisoire reçoit un mandat général, il est tenu de respecter le Code des sociétés et en particulier les dispositions relatives au rapport de gestion, à l'approbation et à la publication des comptes annuels. Ceci vaut également si, *a priori*, l'ordonnance de désignation ne donne pas un mandat général mais que, *de facto*, c'est le cas (Bruxelles, 15 octobre 1998, *R.P.S.*, 1999, p. 286).

En tout état de cause, la mission de l'administrateur provisoire ne peut consister à poser des actes qu'un actionnaire ou un associé seul peut accomplir, comme l'intentement d'une action en responsabilité contractuelle pour faute de gestion d'un administrateur (Bruxelles, 8 septembre 2000, *R.P.S.*, 2001, p. 284).

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.181.97)
Examen de jurisprudence (2010-2013) - Les sociétés commerciales (troisième partie)
Larcier Edition - © Larcier - 07/02/2020

strada lex

§ 4. — *Désignation d'un mandataire* ad hoc

198. — Introduction. — À côté de la désignation d'un expert vérificateur ou d'un administrateur provisoire, il est également possible, pour le juge, de désigner un mandataire *ad hoc*. Toutefois, à la différence de la désignation d'un expert ou d'un administrateur provisoire, la désignation d'un mandataire *ad hoc*, examinée dans les lignes qui suivent, interviendra lorsqu'un conflit d'intérêt surgit au sein de la société dans le cadre de poursuites pénales.

Il est donc à noter que nous ne traiterons pas ici de la désignation d'un mandataire *ad hoc* prévue à l'article 260 du Code des sociétés qui stipule que « s'il n'y a pas de collège de gestion et qu'un gérant se trouve placé dans l'opposition d'intérêts visée à l'article 259, § 1er, il en réfère aux associés et la décision ne pourra être prise ou l'opération ne pourra être effectuée pour le compte de la société que par un mandataire *ad hoc* », ni de l'hypothèse dans laquelle le conseil d'administration, et/ou les délégués à la gestion journalière, ont délégué certains pouvoirs à des personnes qui acquièrent alors la qualité de mandataires.

Le régime de responsabilité de la personne morale est prévu à l'article 5 du Code pénal en ces termes : « toute personne morale est pénalement responsable des infractions qui sont intrinsèquement liées à la réalisation de son objet ou à la défense de ses intérêts, ou de celles dont les faits concrets démontrent qu'elles ont été commises pour son compte. Lorsque la responsabilité de la personne morale est engagée exclusivement en raison de l'intervention d'une personne physique identifiée, seule la personne qui a commis la faute la plus grave peut être condamnée. Si la personne physique identifiée a commis la faute sciemment et volontairement, elle peut être condamnée en même temps que la personne morale responsable ».

Cet article implique *de facto* un conflit d'intérêts entre la personne morale et la personne physique habilitée à la représenter lorsque l'une et l'autre sont poursuivies pour des faits identiques, que seule l'une puisse encourir la peine ou l'une et l'autre.

Dès lors, l'article 2*bis* du titre préliminaire du Code d'instruction criminelle stipule que « lorsque les poursuites contre une personne morale et contre la personne habilitée à la représenter sont engagées pour des mêmes faits ou des faits connexes, le tribunal compétent pour connaître de l'action publique contre la personne morale désigne, d'office ou sur requête, un mandataire

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.181.97)
Examen de jurisprudence (2010-2013) - Les sociétés commerciales (troisième partie)
Larcier Edition - © Larcier - 07/02/2020

strada lex

ad hoc pour la représenter» (certains auteurs plaident en faveur d'une suppression de cet article ; voy. à cet égard, F. Deruyck, «Het is lastig te pleiten zonder toga — Over het onhoudbare artikel 2*bis* V.T.Sv.», *N.C.*, 2013, pp. 89-97).

199. — Mode de désignation. — Aux termes de l'article 2*bis* du titre préliminaire du Code d'instruction criminelle, c'est au «tribunal compétent pour connaître de l'action publique contre la personne morale» qu'il incombe de désigner, d'office ou sur requête, un mandataire *ad hoc* pour la représenter.

Que faut-il entendre par «tribunal compétent pour connaître de l'action publique» ? Si on admet sans problème que ce terme inclut les chambres correctionnelles du tribunal de première instance puis de la cour d'appel, la compétence du ministère public durant la phase d'information, du juge d'instruction durant la phase d'instruction et des juridictions d'instruction durant la phase de règlement de la procédure (à savoir la chambre du conseil et la chambre des mises en accusation) est plus controversée vu l'absence de base légale (V. Truillet, «La responsabilité pénale des personnes morales — Le mandataire *ad hoc*», *Dr. pén. entr.*, 2011/3, p. 187 ; A. Masset, «La responsabilité pénale des personnes morales», *Dr. pén. entr.*, 2011, p. 16).

La chambre des mises en accusation de Liège a ainsi jugé qu'«il n'appartient ni aux juges d'instruction, ni aux juridictions d'instruction de désigner un mandataire *ad hoc* en cas de risque de conflit d'intérêt entre une personne morale inculpée et la personne physique chargée de la représenter (…) Certains éminents auteurs tentent certes d'étendre de manière quelque peu artificielle la notion de "tribunal compétent pour connaître de l'action publique" aux juges d'instruction et aux juridictions d'instruction, ce qui peut sembler souhaitable, mais le législateur s'est prononcé sans ambiguïté en réservant cette compétence aux seules juridictions de fond» (Liège (mis. acc.), 27 septembre 2010, *J.L.M.B.*, 2011 (sommaire), p. 830 et cité par V. Truillet, «La responsabilité pénale des personnes morales — Le mandataire *ad hoc*», *op. cit.*, p. 188).

Certains auteurs, auxquels nous nous rallions, estiment que dans la mesure où les juridictions d'instruction sont susceptibles de statuer au fond (elles peuvent statuer définitivement en ordonnant un non-lieu, la suspension du prononcé, des confiscations, etc.), elles devraient être considérées comme un «tribunal compétent pour

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.181.97)
Examen de jurisprudence (2010-2013) - Les sociétés commerciales (troisième partie)
Larcier Edition - © Larcier - 07/02/2020

strada lex

connaître de l'action publique» (en ce sens, V. TRUILLET, «La responsabilité pénale des personnes morales — Le mandataire *ad hoc*», *op. cit.*, p. 187). Par contre, le juge d'instruction ne serait, en principe, pas compétent pour désigner un mandataire *ad hoc* du fait qu'il n'est pas une juridiction (en ce sens, V. TRUILLET, «La responsabilité pénale des personnes morales — Le mandataire *ad hoc*», *op. cit.*, p. 188). F. Lugentz et O. Klees excluent également la compétence du juge d'instruction en raison de la liste limitative des décisions que le juge d'instruction peut prendre, le caractère non contradictoire et l'absence de recours contre une telle désignation à ce stade de la procédure («Le point sur la responsabilité pénale des personnes morales», *Rev. dr. pén.*, 2008, pp. 219-220; pour une réponse plus nuancée concernant les recours possibles, voy. *infra*, n° 200).

Toutefois, il arrive que, dans les faits, le ministère public et le juge d'instruction procèdent à la désignation d'un mandataire *ad hoc*, comblant dès lors ce que certains auteurs considèrent comme une lacune de loi (A. MASSET, «La responsabilité pénale des personnes morales», *op. cit.*, p. 16).

S'il incombe au tribunal compétent pour connaître de l'action publique de désigner le mandataire *ad hoc*, la personne morale peut tout à fait proposer elle-même au juge son mandataire *ad hoc*. Le juge ne pourra y déroger que de manière motivée (Bruxelles, 11 octobre 2011, *R.A.B.G.*, 2012, p. 533 et la note P. WAETERINCKX).

La question s'est posée de savoir si le juge disposait d'une quelconque marge d'appréciation dans la désignation du mandataire *ad hoc*: a-t-il la possibilité d'apprécier si un risque de conflit d'intérêts existe réellement ou non? Est-il obligé de désigner un mandataire *ad hoc* lorsque les conditions de l'article 2*bis* sont réunies sans distinguer les hypothèses dans lesquelles un conflit d'intérêts est inévitable de celles où il est seulement possible?

Selon une première interprétation, l'emploi, par l'article 2*bis*, du terme «d'office» implique que «le magistrat a le pouvoir de vérifier s'il est opportun de désigner un mandataire sans avoir reçu une demande en ce sens de la part des parties concernées» (Rapport fait au nom de la Commission de la justice de la Chambre, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1998-1999, n° 2093-5, pp. 37-38). Le juge devrait dès lors examiner, au cas par cas, s'il existe réellement *in casu* un risque de conflit d'intérêts avant de désigner un mandataire *ad hoc* à la société (voy. not. Bruxelles, 31 mai 2011, *Dr. pén. entr.*, 2011, p. 341; *infra*, n° 202; Bruxelles, 12 mai 2010, inédit, cité par V. TRUILLET, «La responsabilité pénale des personnes

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.181.97)
Examen de jurisprudence (2010-2013) - Les sociétés commerciales (troisième partie)
Larcier Edition - © Larcier - 07/02/2020

strada lex

morales — Le mandataire *ad hoc* », *op. cit.*, p. 190 ; C. const., 5 décembre 2006, n° 190/2006).

Selon une deuxième interprétation, la disposition ne stipule pas que le juge « peut désigner » mais bien qu'il « désigne », ce qui exclurait tout pouvoir d'appréciation. La simple simultanéité des poursuites aurait nécessairement pour conséquence l'existence d'un conflit d'intérêts et partant l'obligation de désigner un mandataire *ad hoc*. Il s'agirait alors d'une désignation automatique. Une telle interprétation emporte notre préférence dans la mesure où il ne nous semble pas judicieux de laisser au juge le soin d'apprécier l'existence d'un conflit d'intérêts éventuel, sous peine de l'obliger à préjuger du fond (voy. not. Liège, 3 février 2011, *Dr. pén. entr.*, 2011, p. 97 ; *J.L.M.B.*, 2011, p. 817 ; *J.D.S.C.*, 2012, p. 199 et la note M.-A. Delvaux ; *infra*, n° 203 ; Liège, 28 octobre 2009, *Dr. pén. entr.*, 2010, p. 23 ; C. const., 5 décembre 2006, n° 190/2006, précité ; A. Masset, « La responsabilité pénale des personnes morales », *op. cit.*, p. 15).

Selon une dernière interprétation, un mandataire *ad hoc* ne doit être désigné que si la société n'est pas encore valablement représentée par un avocat, qu'il y ait ou non conflit d'intérêts (par exemple si c'est la personne chargée de représenter la société en justice, alors qu'elle est également poursuivie pour la même infraction, qui a choisi tant son avocat personnel que l'avocat chargé de défendre la société, on pourrait émettre des doutes quant à l'indépendance de ce dernier).

Dans son arrêt du 5 décembre 2006, la Cour constitutionnelle a précisé qu'il ne lui appartenait pas de se prononcer sur l'interprétation à donner à cet article 2*bis* mais seulement de se demander si l'article 2*bis*, dans l'interprétation retenue par le juge *a quo*, était compatible avec les articles 10 et 11 de la Constitution, lus ou non en combinaison avec l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme (C. const., 5 décembre 2006, n° 190/2006, précité). En effet, l'article 2*bis* précité crée une différence de traitement entre les personnes morales et les autres justiciables puisque, lorsque les personnes morales font l'objet des poursuites visées à l'article 2*bis*, elles sont représentées par un mandataire *ad hoc* alors que les autres justiciables peuvent être représentés par un avocat de leur choix.

Selon la Cour, cette restriction au libre choix d'un représentant ou d'un avocat ne serait admissible que si :

— premièrement, le risque de conflit d'intérêts était avéré, ce qui est le cas en l'espèce. En effet, dans l'hypothèse de l'article 5, alinéa 2, première phrase, du Code pénal, un tel conflit est

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.181.97)
Examen de jurisprudence (2010-2013) - Les sociétés commerciales (troisième partie)
Larcier Edition - © Larcier - 07/02/2020

strada lex

manifeste puisque cette disposition exclut le cumul de responsabilités et prévoit une cause exclusive de la peine en faveur de la personne qui a commis la faute la moins grave, qu'il s'agisse de la personne physique ou morale. Par ailleurs, dans l'hypothèse de l'article 5, alinéa 2, deuxième phrase, du Code pénal concernant les fautes commises sciemment et volontairement, un tel conflit ne peut être exclu *a priori* puisque tant la condamnation de la personne morale que de la personne physique est permise ;

— deuxièmement, elle était proportionnée, ce qui est également le cas puisque la personne morale peut proposer elle-même au juge son mandataire *ad hoc* et le juge ne pourra y déroger que de manière motivée (Bruxelles, 11 octobre 2011, précité ; Liège, 3 février 2011, précité ; C. const., 5 décembre 2006, n° 190/2006, précité). Cette proportionnalité se retrouve également dans le fait que le mandataire *ad hoc* pourra, s'il estime qu'*in concreto*, il n'y a pas de conflit d'intérêts entre la personne morale et les personnes physiques habilitées à la représenter, confier la défense des intérêts de la personne morale à l'avocat choisi par ces mêmes personnes physiques (C. const., 5 décembre 2006, n° 190/2006, précité ; Bruxelles, 11 octobre 2011, précité ; Cass., 4 octobre 2011, *Pas.*, 2011, liv. 10, p. 2127 ; *infra*, n° 204).

Au regard de tous ces éléments, la Cour constitutionnelle a dès lors conclu que l'article 2*bis*, interprété comme excluant tout pouvoir d'appréciation du juge, ne violait pas les articles 10 et 11 de la Constitution et était pertinent et proportionné au regard de l'objectif poursuivi (C. const., 5 décembre 2006, n° 190/2006, précité).

Plusieurs arrêts de la cour d'appel de Liège se sont basés sur l'enseignement de cet arrêt de la Cour constitutionnelle pour déclarer qu'il découle de l'interprétation de l'article 2*bis* comme ne laissant aucune marge d'appréciation au juge que si le tribunal compétent pour connaître de l'action publique contre la personne morale n'a pas désigné de mandataire *ad hoc* alors que la situation l'exigeait, sa décision pourrait être ultérieurement annulée et la cause pourrait être évoquée en application de l'article 215 du Code d'instruction criminelle (Liège, 8 décembre 2011, *J.D.S.C.*, 2012, p. 192 ; Liège, 3 février 2011, précité). Par souci de prudence, il nous semble dès lors que la personne morale devrait demander à ce que soit désigné en qualité de mandataire *ad hoc* l'avocat de son choix, étant entendu qu'il reviendra au tribunal de s'assurer

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.181.97)
Examen de jurisprudence (2010-2013) - Les sociétés commerciales (troisième partie)
Larcier Edition - © Larcier - 07/02/2020

strada lex

de l'indépendance de ce conseil (A. MASSET, « La responsabilité pénale des personnes morales », *op. cit.*, p. 16).

Quant au moment auquel la désignation du mandataire *ad hoc* doit intervenir, le plus tôt sera le mieux afin que les droits de la défense de la personne morale soient préservés. De toute façon, si le mandataire *ad hoc* n'est pas désigné au stade de l'information ou de l'instruction de la cause, il doit l'être au moment où le tribunal est saisi de l'action publique (Liège, 9 février 2012, *J.L.M.B.*, 2012, p. 1531 ; *infra*, n° 202). Le juge pourrait procéder à la désignation à l'audience d'introduction lors de laquelle le juge fixera également la poursuite de la cause à une date d'audience ultérieure. Le mandataire *ad hoc* profitera de la période entre le jugement avant dire droit et l'audience de reprise de l'examen de la cause pour préparer la défense de la personne morale qu'il sera amené à représenter (A. MASSET, « La responsabilité pénale des personnes morales », *op. cit.*, p. 16).

200. — Recours. — La question de savoir si un recours peut être introduit contre la désignation d'un mandataire *ad hoc* est controversée dans la mesure où le législateur n'a pas explicitement prévu la possibilité de faire appel, que l'on soit dans le cadre d'une désignation pendant la phase d'instruction ou pendant la phase au fond (P. WAETERINCKX, « De uitspraak van het gezond verstand ("!" of "?") », note sous Bruxelles, 11 octobre 2011, *R.A.B.G.*, 2012, p. 536).

Dans la phase de jugement, il n'est aujourd'hui plus contesté qu'un appel puisse être interjeté à l'encontre d'une décision de désignation d'un mandataire *ad hoc*.

Par contre, dans la phase d'instruction, la situation semble plus floue (P. WAETERINCKX, « De uitspraak van het gezond verstand ("!" of "?") », *op. cit.*, p. 538). À cet égard, il faut prendre en considération l'évolution de la jurisprudence concernant l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme relatif au droit à un procès équitable et tenir compte du fait que si aucun moyen de droit contre une décision de désignation d'un mandataire *ad hoc* n'est possible, la violation des droits de la défense de la personne morale devient irréversible entraînant, de ce fait, la disparition de la garantie d'un procès équitable. C'est pourquoi il convient d'accepter qu'un appel auprès de la chambre des mises en accusation contre la décision de désignation d'un mandataire *ad hoc* prise par un juge d'instruction ou une chambre du conseil soit

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.181.97)
Examen de jurisprudence (2010-2013) - Les sociétés commerciales (troisième partie)
Larcier Edition - © Larcier - 07/02/2020

strada lex

possible. La chambre des mises en accusation de Gand s'est d'ailleurs ralliée à cette opinion (Gand (mis. acc.), 1er mars 2012, cité par P. Waeterinckx, « De uitspraak van het gezond verstand ("!" of "?") », *op. cit.*, p. 540).

La seule décision de désignation du mandataire *ad hoc* n'est pas une décision rendue sur l'action publique contre la personne morale, de sorte que cette dernière peut interjeter appel contre cette décision, et ce, indépendamment de la compétence exclusive du mandataire *ad hoc* d'exercer les voies de recours au nom de la personne morale (Liège, 23 décembre 2010, inédit, cité par V. Truillet, « La responsabilité pénale des personnes morales — Le mandataire *ad hoc* », *Dr. pén. entr.*, 2011/3, p. 191 ; sur les compétences du mandataire *ad hoc*, voy. *infra*, n° 204).

La Cour de cassation a jugé que le représentant permanent d'une société de management qui était administrateur de la personne morale poursuivie avec elle pour les mêmes faits, était sans intérêt pour « critiquer la décision qui, en vue de prévenir les conflits d'intérêts entre la personne morale et l'organe habilité à la représenter, désigne un mandataire *ad hoc* pour représenter cette personne morale en application de l'article 2*bis* du titre préliminaire du Code de procédure pénale ». La Cour a par conséquent déclaré son pourvoi irrecevable (Cass., 10 février 2010, *Pas.*, 2010, p. 413 ; *Rev. dr. pén.*, 2010, p. 930). La cour d'appel de Liège, saisie d'un recours de l'administrateur-délégué et de la personne morale, co-prévenus, contre la décision du tribunal correctionnel désignant un mandataire *ad hoc* pour la société, adopte la position contraire : « [Le prévenu, personne physique] a un intérêt personnel à contester la désignation d'un mandataire *ad hoc* pour la société (…) dès lors que cette désignation le prive de ses prérogatives normales de représentation de la société que les statuts de celle-ci lui confèrent. Son appel est en conséquence recevable » (Liège, 23 décembre 2010, précité).

201. — Personnes habilitées à être désignées. — La loi ne réserve pas la fonction de mandataire *ad hoc* aux avocats. Le mandataire *ad hoc* peut ainsi être une personne proche de la société qui en connaît bien le fonctionnement et les intérêts. Toutefois, compte tenu de la difficulté de trouver une telle personne, il sera généralement plus aisé de désigner un avocat en qualité de mandataire *ad hoc*. Le mandataire *ad hoc* sera bien sûr habilité à comparaître en personne, *a fortiori* s'il est avocat, ou bien à comparaître

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.181.97)
Examen de jurisprudence (2010-2013) - Les sociétés commerciales (troisième partie)
Larcier Edition - © Larcier - 07/02/2020

strada lex

par un avocat qui serait alors le conseil du mandataire *ad hoc* (A. Masset, « La responsabilité pénale des personnes morales », *Dr. pén. entr.*, 2011, p. 16).

La question s'est posée de savoir si un curateur pouvait être désigné en qualité de mandataire *ad hoc* de la société dont il est curateur. Dans une affaire où un mandataire *ad hoc* avait été désigné pour une société dont le gérant était également poursuivi pour les mêmes faits et qui, quelques semaines plus tard, avait été déclarée en faillite, il a été jugé que les intérêts de cette même société devaient toujours être défendus par le mandataire *ad hoc* et non par le curateur désigné dans le cadre de la faillite. En effet, d'après le tribunal, une fois qu'un mandataire *ad hoc* est désigné, son mandat se poursuit jusqu'au moment où une décision définitive est rendue sur la procédure pénale engagée à l'encontre de la personne morale, même si cette personne morale est déclarée en faillite durant la procédure (Corr. Bruxelles, 27 mars 2012, *R.D.C.*, 2012, p. 540).

Un autre argument réside dans le conflit d'intérêts lié au mandat judiciaire du curateur. En effet, le curateur intervient pour les créanciers et non pour la société en faillite de sorte que, s'il doit assurer la défense pénale de la société, il peut être confronté à un conflit d'intérêts. À côté des créanciers, le curateur doit également tenir compte des intérêts des actionnaires ou associés de la personne morale. Or, il arrive fréquemment que ceux-ci exercent une fonction de gérant ou d'administrateur qui peut justifier leur mise en cause aux côtés de la personne morale. Un curateur n'offre par conséquent pas les mêmes garanties qu'un mandataire *ad hoc* pour l'exercice des droits de la défense de la société (Bruxelles, 4 octobre 2011, *Dr. pén. entr.*, 2011, p. 339 ; Corr. Bruxelles, 27 mars 2012, précité).

202. — Hypothèses de désignation. — Pour rappel, en vertu de l'article 2*bis* du titre préliminaire du Code d'instruction criminelle, la désignation d'un mandataire *ad hoc* s'impose « lorsque les poursuites contre une personne morale et contre la personne habilitée à la représenter sont engagées pour des mêmes faits ou des faits connexes ». Tel serait le cas notamment si les personnes morales prévenues avaient des prévenus pour administrateurs-délégués paraissant seuls habilités à représenter lesdites personnes morales (Corr. Huy, 25 janvier 2010, *J.L.M.B.*, 2011, p. 831).

Cette désignation s'impose également lorsque les prévenus font valoir des arguments différents (Bruxelles, 31 mai 2011, *Dr. pén. entr.*, 2011, p. 341 ; *supra*, n° 199).

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.181.97)
Examen de jurisprudence (2010-2013) - Les sociétés commerciales (troisième partie)
Larcier Edition - © Larcier - 07/02/2020

strada lex

Par contre, il a été jugé qu'il n'y avait pas lieu de désigner un mandataire *ad hoc* dont la mission consisterait à faire valoir les droits de la personne morale co-prévenue si le prévenu n'est plus habilité à représenter celle-ci au moment où le tribunal est saisi de l'action publique et ce, malgré que le prévenu et la personne morale soient poursuivis pour les mêmes faits (Liège, 9 février 2012, *J.L.M.B.*, 2012, p. 1531 ; *supra*, n° 199).

203. — Statut du mandataire *ad hoc*. — La question s'est posée de savoir si l'on pouvait comparer le statut du mandataire *ad hoc* avec celui des autres mandataires de justice.

La notion de mandataire de justice se caractérise par les éléments suivants (Corr. Liège, 18 octobre 2013, *J.L.M.B.*, 2013, p. 1758 ; *infra*, n° 205) :

— l'investiture est faite par le juge et ne résulte pas d'un mandat reçu d'un client ;
— la mission consiste généralement à assister une personne physique ou morale dans la gestion de ses biens (plus rarement à représenter celle-ci dans une procédure judiciaire) ;
— le juge bénéficie d'un rôle actif dans la définition et le contrôle de la mission du mandataire de justice. Ce dernier doit rendre compte périodiquement au tribunal ou encore demander l'autorisation de ce dernier avant d'exécuter certains actes ;
— le juge fixe la rémunération sur la base de critères objectifs ou de dispositions légales ;
— le mandataire de justice se caractérise par son indépendance et son impartialité.

Hormis sa désignation par le juge, ces critères ne sont pas rencontrés par le mandataire *ad hoc*. Ce dernier ne peut, en effet, prendre de la distance par rapport à la personne morale dès lors qu'il la représente. Par ailleurs, puisqu'il n'est pas question de gestion de patrimoine mais bien de protection des intérêts de la personne morale, le mandataire *ad hoc* ne doit pas rendre compte au tribunal. Enfin, la personne morale peut choisir son représentant et par conséquent, demander par requête la désignation d'un mandataire de son choix (Corr. Liège, 18 octobre 2013, précité ; *contra* J. Castiaux, « Les honoraires du mandataire *ad hoc* », *Dr. pén. entr.*, 2010, p. 5).

Pourrait-on alors rapprocher la mission du mandataire *ad hoc* de celle de l'avocat ? Certes, sa mission ressemble à celle de l'avocat : elle consiste en la représentation et la défense des intérêts de la

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.181.97)
Examen de jurisprudence (2010-2013) - Les sociétés commerciales (troisième partie)
Larcier Edition - © Larcier - 07/02/2020

strada lex

personne morale dans le cadre de l'action publique dans laquelle il a été désigné (Corr. Liège, 18 octobre 2013, précité).

Toutefois, l'article 2*bis* du titre préliminaire du Code de procédure pénale ne vise pas à désigner un avocat à la personne morale, mais bien un mandataire *ad hoc* dont la mission, qui consistera à représenter la personne morale en justice, va au-delà du mandat *ad litem* de l'avocat. En effet, alors que l'avocat est tenu par les instructions que lui donnent les dirigeants de la société, le mandataire *ad hoc* est seul compétent pour fixer la stratégie de défense que va adopter la société et, le cas échéant, exercer les voies de recours au nom de celle-ci (Liège, 20 février 2014, *J.L.M.B.*, 2014, p. 1004 ; *infra*, n° 205 ; Corr. Liège, 18 octobre 2013, précité ; Liège, 3 février 2011, *Dr. pén. entr.*, 2011, p. 97 ; *J.L.M.B.*, 2011, p. 817 ; *J.D.S.C.*, 2012, p. 199 et la note M.-A. Delvaux ; *supra*, n° 199).

Il résulte de ce qui précède que le mandataire *ad hoc* jouit d'un statut *sui generis* qui n'est pas similaire à celui des autres mandataires de justice. En effet, il n'a pas à rendre compte de son mandat et garantit ainsi l'indépendance de la personne morale dans la défense de ses intérêts (Liège, 20 février 2014, précité ; Corr. Liège, 18 octobre 2013, précité).

204. — Compétences. — Conformément à l'article 2*bis* du titre préliminaire du Code d'instruction criminelle, la mission du mandataire *ad hoc* consiste à représenter la personne morale. Ceci implique que ce dernier est également le seul compétent pour fixer la stratégie de défense de la personne morale et exercer, en son nom, toutes les voies de recours, en ce compris le pourvoi en cassation, contre les décisions rendues sur l'action publique à charge de cette personne morale (Cass., 22 mai 2012, *Pas.*, 2012, liv. 5, p. 1152 ; Cass., 9 février 2011, *Pas.*, 2011, liv. 2, p. 470).

Appliquant ceci de façon très stricte dans son arrêt du 9 février 2011, la Cour de cassation a ainsi jugé que le pourvoi, formé au nom de la personne morale par l'avocat de celle-ci, était irrecevable au motif que cet avocat avait agi au nom de la personne morale et non au nom du mandataire *ad hoc* (Cass., 9 février 2011, précité). Dans le même sens, dans l'affaire qui a donné lieu à l'arrêt de la Cour de cassation du 4 octobre 2011, un mémoire avait été déposé au nom de la personne physique et de la personne morale pour laquelle un mandataire *ad hoc* avait été désigné, par un seul et même avocat. Le mémoire a été déclaré irrecevable par la Cour de cassation, dans la mesure où il avait été déposé au nom de la personne morale alors

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.181.97)
Examen de jurisprudence (2010-2013) - Les sociétés commerciales (troisième partie)
Larcier Edition - © Larcier - 07/02/2020

strada lex

qu'un mandataire *ad hoc* avait été désigné et qu'il ne ressortait pas des pièces du dossier que l'avocat qui avait introduit le mémoire avait été désigné par le mandataire *ad hoc* (Cass., 4 octobre 2011, *Pas.*, 2011, liv. 10, p. 2127 ; *supra*, n° 199).

Ce même arrêt nous enseigne également que le mandataire *ad hoc* peut choisir librement le conseil de la personne morale. S'il estime qu'il n'y a pas de conflit d'intérêts, il peut faire appel au même avocat que la personne physique représentant la personne morale. Mais, comme précisé plus haut, s'il est fait appel au même avocat pour la personne morale et pour la personne physique la représentant, le fait que la désignation de ce conseil ait été faite par le mandataire *ad hoc* doit ressortir des pièces soumises aux cours et tribunaux (Cass., 4 octobre 2011, précité).

205. — Frais et honoraires du mandataire *ad hoc*. — La nature des frais et honoraires du mandataire *ad hoc* fait l'objet d'une controverse en jurisprudence.

Si le mandataire *ad hoc* est désigné par la personne morale elle-même, c'est une convention intervenant entre le mandataire et la personne morale (mandant) qui règlera la question des honoraires du mandataire (Corr. Liège, 18 octobre 2013, *J.L.M.B.*, 2013, p. 1758 ; *supra*, n° 203 ; J. Castiaux, « Les honoraires du mandataire *ad hoc* », *Dr. pén. entr.*, 2010, p. 5).

Par contre, si la personne morale poursuivie n'a pas désigné de mandataire *ad hoc*, et s'il incombe au juge de lui en désigner un, la question de savoir à qui ces honoraires incombent se pose dès l'instant où la loi est silencieuse sur ce point.

Certains estiment que les frais et honoraires du mandataire *ad hoc* désigné par le tribunal ne sont pas des frais de défense pénale mais bien des *frais de justice* en matière pénale, ce qui a pour conséquence qu'ils doivent être pris en charge par l'État belge (voy. not. J. Castiaux, « Les honoraires du mandataire *ad hoc* », *op. cit.*, p. 8).

Ces frais doivent-ils pour autant être avancés définitivement par l'État ? Pour certains, ces frais doivent être pris en charge par l'État, puis mis à charge des parties qui seront reconnues coupables ou bien être délaissés à charge de l'État en cas d'acquittement (puisque la mise en cause ne se justifiait pas), comme cela est d'application pour tous les frais de justice (en ce sens, Corr. Huy, 26 juin 2012, *Dr. pén. entr.*, 2012, p. 281 ; *supra*, n° 62 ; Corr. Bruxelles, 5 février 2009, *Dr. pén. entr.*, 2010, p. 133). Selon V. Truillet (« La responsabilité pénale des personnes morales —

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.181.97)
Examen de jurisprudence (2010-2013) - Les sociétés commerciales (troisième partie)
Larcier Edition - © Larcier - 07/02/2020

strada lex

Le mandataire *ad hoc* », *Dr. pén. entr.*, 2011/3, p. 196), ce dernier argument concernant l'acquittement n'est toutefois pas valable dans l'hypothèse visée à l'article 5, § 2, du Code pénal, puisque « l'hypothèse du décumul de responsabilité implique que chacun des prévenus se défende sur la gravité de la faute qu'il aurait commise, la responsabilité plus lourde de l'un exonérant l'autre mais chacun étant potentiellement responsable ». Pour d'autres, les frais du mandataire *ad hoc* sont supportés en dernier ressort par l'État (Corr. Huy, 25 mai 2010, n° 72, cité par V. TRUILLET, « La responsabilité pénale des personnes morales — Le mandataire *ad hoc* », *op. cit.*, p. 195).

D'autres, par contre, estiment que les honoraires du mandataire *ad hoc* sont des *frais de défense* qui ne peuvent être assimilés à des frais de justice :

— premièrement, ils n'entrent pas dans l'une des catégories visées par l'arrêté royal du 28 décembre 1950 portant règlement général sur les frais de justice en matière répressive (abrogé par l'arrêté royal du 27 avril 2007 portant règlement général des frais de justice en matière répressive, lui-même annulé par l'arrêt du Conseil d'État n° 188.928 du 17 décembre 2008). Or, les frais engendrés par toute procédure pénale dans la phase d'information, d'instruction et de jugement sont précisés dans cet arrêté royal (Liège, 20 février 2014, *J.L.M.B.*, 2014, p. 1004 ; *supra*, n° 203) ;
— deuxièmement, les frais des mandataires *ad hoc* ne peuvent pas non plus être qualifiés de « frais non prévus par le tarif » au sens de l'article 66 de l'arrêté royal du 28 décembre 1950 précité dans la mesure où il ne s'agit pas de « dépenses extraordinaires » puisque la désignation du mandataire *ad hoc* découle de l'application de l'article 2*bis* du titre préliminaire du Code d'instruction criminelle (Liège, 20 février 2014, précité) ;
— troisièmement, dans la mesure où les prestations du mandataire *ad hoc* ne correspondent pas aux mesures visées par les travaux préparatoires de la loi-programme (II) du 27 décembre 2006 (mesures destinées à « établir la vérité judiciaire ») mais tendent à assurer la représentation en justice et la défense de la personne morale, il s'agit de frais de défense qui doivent être mis à charge de cette personne morale (Corr. Liège, 18 octobre 2013, précité).

Une telle qualification a pour conséquence que les honoraires du mandataire *ad hoc* doivent être mis à charge de la personne

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.181.97)
Examen de jurisprudence (2010-2013) - Les sociétés commerciales (troisième partie)
Larcier Edition - © Larcier - 07/02/2020

strada lex

morale représentée et ne sont pas susceptibles d'être inclus dans les frais de justice (Liège, 20 février 2014, précité ; Corr. Liège, 18 octobre 2013, précité également).

Une question se pose néanmoins dans ce cas : que faire en cas de non-paiement des honoraires du mandataire *ad hoc* par la personne morale en faillite ou en insuffisance d'actifs, à qui incombe pourtant le paiement de ces honoraires ? Puisque le mandataire *ad hoc* n'est pas assimilable aux autres mandataires de justice (*supra*, n° 203), il ne peut pas obtenir une intervention à charge de l'État ou bénéficier d'un système subsidiaire organisé par le législateur visant à parer l'insolvabilité de la personne protégée en assurant une rémunération adéquate pour les prestations accomplies par le mandataire de justice comme c'est le cas pour le tuteur *ad hoc*, le curateur ou le médiateur de dettes (Liège, 20 février 2014, précité). Il peut donc arriver dans une telle hypothèse que le mandataire *ad hoc* ne soit pas rémunéré pour ses prestations.

C'est pourquoi la cour d'appel de Liège a estimé qu'il s'imposait de poser à la Cour constitutionnelle une question préjudicielle visant à savoir si une telle situation ne violait pas les articles 10 et 11 de la Constitution lus en combinaison avec l'article 6, 3, c, de la Convention européenne des droits de l'homme (Liège, 20 février 2014, précité) (12).

Notons qu'il a été jugé que lorsque la personne morale refuse ou néglige de payer les prestations de l'avocat désigné comme mandataire *ad hoc*, celui-ci aurait droit, conformément à l'article 508/22 du Code judiciaire, à une indemnité de l'État (J.P. Gand, 26 mars 2012, *T.G.R.-T.W.V.R.*, 2012, p. 259). Certains auteurs plaident pour l'attribution d'une indemnité de procédure à l'avocat du mandataire *ad hoc* ainsi qu'au mandataire *ad hoc* qui exerce les missions de l'avocat (Liège, 20 février 2014, précité ; voy. égale-

(12) « Les articles 2*bis* du titre préliminaire du Code de procédure pénale et 2, 1°, de la loi-programme du 27 décembre 2006 interprétés en tant, pour le premier, qu'il oblige les cours et tribunaux à procéder à la désignation d'un mandataire *ad hoc* dès l'instant où il existe un conflit d'intérêts et, pour le second, que les honoraires de ce mandataire *ad hoc*, généralement avocat, doivent être qualifiés comme frais de défense, non susceptibles d'être inclus dans les frais de justice répressive violent-ils les articles 10 et 11 de la Constitution lus en combinaison avec l'article 6, 3, c, de la Convention européenne des droits de l'homme dès lors qu'en cas de défaillance financière de la personne morale poursuivie, le mandataire *ad hoc* désigné par les cours et tribunaux pour assurer la défense pénale de cette personne ne pourra obtenir une intervention à charge de l'État alors que les honoraires des autres mandataires de justice sont, en règle, pris en charge par l'État ou que le législateur a mis en place un système subsidiaire pour parer l'insolvabilité de la personne protégée assurant de la sorte une juste et adéquate rémunération des prestations accomplies par le mandataire de justice ».

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.181.97)
Examen de jurisprudence (2010-2013) - Les sociétés commerciales (troisième partie)
Larcier Edition - © Larcier - 07/02/2020

strada lex

ment F. Laune, « Indemnités de procédure et mandataires de justice », *J.T.*, 2009, p. 548 ; A. Masset, « La responsabilité pénale des personnes morales », *Dr. pén. entr.*, 2011, p. 16).

§ 5. — *Compétences du tribunal de commerce*

206. — La loi du 26 mars 2014. — La loi du 26 mars 2014 modifiant le Code judiciaire et la loi du 2 août 2002 concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales en vue d'attribuer dans diverses matières la compétence au juge naturel (*M.B.*, 22 mai 2014, p. 40635), s'inscrit dans un courant qui met la notion d'entreprise au centre du droit économique et commercial, au détriment de la notion de commerçant.

La compétence du tribunal de commerce n'est désormais plus fondée sur la qualité professionnelle du défendeur (commerçant ou société commerciale) mais sur la notion de « contestation relative à un acte accompli dans un but économique ».

Concrètement, puisque l'idée est de concentrer les compétences relatives aux litiges de type économique auprès des tribunaux de commerce, la loi a modifié les paramètres de l'article 573 du Code judiciaire et abrogé la limitation *ratione summae* de la compétence de ces mêmes tribunaux (pour une analyse de cette loi, voy. I. Verougstraete et J.-P. Lebeau, « Transferts de compétences : le tribunal de commerce devient le juge naturel de l'entreprise », *R.D.C.*, 2014, pp. 543 à 559).

207. — Action en dissolution d'une société civile. — Conformément à l'article 574, 1°, du Code judiciaire, toutes les contestations « pour raison d'une société régie par le Code des sociétés » ressortissent au tribunal de commerce.

Les termes « pour raison d'une société » supposent que l'action introduite doit être en relation directe avec la constitution, le fonctionnement et la gestion d'une société. Tel est notamment le cas d'une action en dissolution judiciaire.

Par ailleurs, les sociétés civiles, comme une société commerciale ou agricole, sont régies par le Code des sociétés.

Dès lors, l'action en dissolution judiciaire d'une société privée à responsabilité limitée dont l'objet est civil mais ayant adopté la forme d'une société commerciale relève de la compétence spéciale du tribunal de commerce (Trib. arr. Liège, 27 octobre 2011, *J.L.M.B.*, 2012, p. 852 ; *supra*, n° 122). Ceci a été confirmé dans

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.181.97)
Examen de jurisprudence (2010-2013) - Les sociétés commerciales (troisième partie)
Larcier Edition - © Larcier - 07/02/2020

strada lex

une affaire concernant une action en dissolution d'une société civile en nom collectif (Comm. Termonde, 28 juin 2012, *D.A.O.R.*, 2012, p. 344 ; *supra*, n^os^ 64, 112, 114, 117 et 122).

208. — Litige concernant des dettes fiscales. — L'action en responsabilité solidaire d'un administrateur d'une société pour non-paiement du précompte professionnel doit être jugée par le tribunal de première instance et non par le tribunal de commerce puisque l'action est fondée sur l'article 442*quater* du Code des impôts sur le revenu et que les litiges concernant l'application d'une loi fiscale relèvent exclusivement de la compétence du tribunal de première instance (Trib. arr. Audenarde, 4 novembre 2009, *T.G.R.-T.W.V.R.*, 2010, p. 337).

CHAPITRE IX. — **Droit international privé**(13)

209. — Nationalité et rattachement des personnes morales. — Le concept de « nationalité » des personnes morales est issu du droit international public. Il est principalement utilisé lorsqu'il s'agit de déterminer si une personne morale peut bénéficier de la qualité de « ressortissant » pour l'application d'un traité ou d'une convention internationale, lorsqu'il s'agit d'établir si celle-ci peut bénéficier d'une protection diplomatique ou encore lorsqu'il s'agit de déclencher des mesures coercitives à l'encontre d'une société possédant la nationalité d'un État ennemi en temps de guerre. On considère traditionnellement, en droit international public, que la détermination de la nationalité relève du pays ayant conféré la personnalité juridique à la personne morale concernée et que le droit d'exercer une protection diplomatique est subordonné à l'existence d'un lien effectif entre la personne et l'État qui agit en son nom, lien concrétisé par la localisation du siège. Cette règle découle de l'ancienne jurisprudence *Barcelona Traction* de la Cour internationale de justice à l'occasion de laquelle la Cour a indiqué que « la règle traditionnelle attribue le droit d'exercer la protection diplomatique d'une société à l'État sous les lois duquel elle s'est constituée et sur le territoire duquel elle a son siège » (C.I.J., 5 février 1970, affaire de la *Barcelona Traction, Light & Power Company Ltd*, *Rec.*, 1970, p. 3). En toute hypothèse et même s'il subsiste des divergences d'appréciation sur les critères applicables

(13) Rédigé par Alexia Autenne.

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.181.97)
Examen de jurisprudence (2010-2013) - Les sociétés commerciales (troisième partie)
Larcier Edition - © Larcier - 07/02/2020

strada lex

en pratique, l'octroi de la « nationalité » à une personne morale est du ressort exclusif de l'État qui attribue cette nationalité.

En droit international privé, par contre, la question de savoir si les personnes morales possèdent une « nationalité » est débattue (voy. M. MENJUCQ, *Droit international et européen des sociétés*, 2e éd., Paris, Montchrestien, 2008, n° 53 ; M. MENJUCQ, « L'articulation du droit d'établissement communautaire et des droits nationaux relatifs au rattachement juridique des sociétés », *J.C.P.*, 2003, p. 365). Dans le Code de droit international privé (en abrégé Codip), la nationalité n'est définie que pour les personnes physiques, celle-ci servant de critère de compétence internationale ou de facteur de rattachement à l'égard des individus uniquement. En droit international privé, le lien unissant une personne morale avec un territoire est juridiquement qualifié de « rattachement » permettant de lier cette personne morale à un droit étatique déterminé.

Néanmoins, dans la doctrine et la jurisprudence, en ce compris dans les arrêts de la C.J.U.E., le terme de nationalité est parfois usité, par commodité langagière, pour désigner le rattachement (F. RIGAUX et M. FALLON, *Droit international privé*, 3e éd., Bruxelles, Larcier, 2005, pp. 968 et s.). Par ailleurs, sans définir formellement la « société belge », le Code des sociétés consacre quelques dispositions aux « sociétés étrangères » et principalement l'article 58 qui autorise ces dernières à faire des opérations en Belgique, y ester en justice et établir une succursale (*infra*, n° 211). La loi du 1er avril 2007 relative aux offres publiques d'acquisition, dans son article 3, § 1er, 4°, utilise également un critère de nationalité puisqu'elle se réfère à la « société anonyme de droit belge ». Par déduction, on considère communément qu'une société « belge » est une société qui est régie par le droit belge selon les principes de rattachement articulés autour de la notion de « *lex societatis* » et application, le cas échéant, d'une règle de renvoi (14). La détermination et la portée de ces principes sont discutées ci-dessous (*infra*, n° 210).

(14) Le Code de droit international privé applique le renvoi avec parcimonie et dans des hypothèses particulières. Cette technique visant, dans toute la mesure du possible, à éviter le risque qu'une société ne soit soumise concomitamment aux lois de deux États différents. Il en est ainsi de l'article 110, alinéa 2, qui vise le cas où une société dont le siège réel est situé à l'étranger dans une juridiction qui fonde la *lex societatis* sur la théorie de l'incorporation, le droit de cet État étant alors seul retenu. Voy. les travaux préparatoires du Codip, *Doc. parl.*, Sénat, sess. extr. 2003, n° 3-27/1, p. 130.

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.181.97)
Examen de jurisprudence (2010-2013) - Les sociétés commerciales (troisième partie)
Larcier Edition - © Larcier - 07/02/2020

strada lex

Il convient, en outre, de souligner l'interprétation *a contrario* qui peut être déduite de deux arrêts de la Cour de cassation du 24 septembre 2003 portant sur la compétence des juridictions belges pour juger de violations graves du droit international humanitaire (*Pas.*, 2003, I, pp. 1457 et 1467) : puisque qu'un groupement sans personnalité juridique ne peut prétendre à une « nationalité belge » comme telle, une personne morale le pourrait au même titre qu'une personne physique (« Examen », *cette Revue*, 2008, p. 641). Il en va à tout le moins ainsi lorsqu'il faut déterminer les effets de droit criminel de la *lex societatis*.

210. — Règle de rattachement. — L'article 110 du Codip prescrit que les personnes morales sont régies par le droit de l'État sur le territoire duquel est situé leur principal établissement, c'est-à-dire la juridiction du « siège social réel ». En optant pour un critère réaliste de rattachement, le législateur entend déjouer les stratégies de rattachement artificiel, par exemple, dans un paradis fiscal ou dans une juridiction peu protectrice de certains intérêts catégoriels.

Le Codip comporte un critère de rattachement sensiblement distinct de celui qui était de mise dans l'ancien article 56 du Code des sociétés. Il n'y est pas fait référence à la notion de siège réel, mais à celle, plus commode à appliquer, de principal établissement ayant trait à la « résidence habituelle » (R. Jafferali, « L'application du droit belge aux sociétés de droit étranger. Une esquisse des contours de la *lex societatis* », *R.D.C.*, 2004/8, p. 768). La règle de rattachement est, en outre, « multilatéralisée »(15) : alors que l'ancien article 56 du Code des sociétés s'adressait exclusivement aux sociétés dont le siège réel était en Belgique, le Codip édicte le principe selon lequel toutes les personnes morales sont régies par la loi de l'État sur le territoire duquel leur principal établissement est établi dès leur constitution. L'article 110, alinéa 2, du Codip contient une règle de renvoi dans le cas où le droit étranger désigné ne soumet pas à son propre droit matériel une personne morale établie sur son territoire.

(15) La « multilatéralisation » est cette technique classique de droit international privé qui consiste à généraliser une règle dans le souci pragmatique de pallier un vide juridique. Cette multilatéralisation de l'article 56 du Code des sociétés avait déjà été entreprise par la doctrine et la jurisprudence, principalement au départ d'un vieil arrêt de la Cour de cassation du 12 avril 1888 (*Pas.*, 1888, I, p. 186). Voy. à ce sujet, R. Prioux, « Les sociétés étrangères dans le Code des sociétés : une occasion manquée », *J.T.*, 2003 ; R. Jafferali, « L'application du droit belge aux sociétés de droit étranger. Une esquisse des contours de la *lex societatis* », *op. cit.*, p. 766.

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.181.97)
Examen de jurisprudence (2010-2013) - Les sociétés commerciales (troisième partie)
Larcier Edition - © Larcier - 07/02/2020

strada lex

L'approche réaliste du rattachement préconisée par le droit international privé des sociétés a fait l'objet de critiques doctrinales. Lui sont reprochés, d'une part, sa dissonance par rapport à l'évolution de la jurisprudence européenne et, d'autre part, son supposé archaïsme dans le contexte international plus large où la théorie de l'incorporation domine le marché des droits des sociétés (R. Prioux, « Les sociétés étrangères dans le Code des sociétés : une occasion manquée », *op. cit.*, p. 22). Le débat connaît aujourd'hui un regain d'intérêt suite aux derniers développements de la jurisprudence européenne (*infra*, n° 216). Ainsi, dans ses récents travaux, K. Maresceau (*Grensoverschrijdende mobiliteit van vennootschappen*, Antwerpen, Intersentia, 2014) propose de se distancier de la théorie du siège réel dans le droit international privé et dans le droit des sociétés. Il élabore et préconise une variante de la théorie classique de l'incorporation démontrant les avantages juridico-économiques d'une telle approche qui, selon lui, offrirait plus de flexibilité aux entrepreneurs en quête de mobilité transfrontière et permettra, moyennant certains garde-fous, de ménager la sécurité juridique des parties prenantes de l'entreprise (au premier rang desquelles, les créanciers).

Comme le stipule l'article 4, § 3, du Codip, l'établissement principal d'une personne morale se détermine en tenant compte, en particulier, du centre de direction, ainsi que du centre des affaires ou des activités. Il s'agit, en réalité, du lieu effectif à partir duquel une société est gérée, c'est-à-dire le lieu où sont prises les décisions intéressant la vie sociale (N. Watté, « Droit international privé (conflit de lois) — Examen de jurisprudence (1990 à 2002) », *R.C.J.B.*, 2005, p. 312). Est constitutive d'indices, à cet égard, la localisation géographique du centre de direction, du centre des affaires ou des activités sociétaires. Toujours selon l'article 4, § 3, du Codip, le siège statutaire ne peut servir que très subsidiairement, nonobstant ce que semblent suggérer les travaux préparatoires (*Proposition de loi*, pp. 31-32).

La jurisprudence applique régulièrement le critère du principal établissement pour déterminer si une société relève ou non du droit belge, même si les conséquences juridictionnelles qui en découlent demeurent discutables (16). Ainsi, dans un jugement

(16) Voy. l'emblématique affaire *Super Club* où la cour d'appel d'Anvers a conclu qu'une société créée en Suisse était, depuis une certaine période, dirigée depuis la Suisse où se réunissait le conseil d'administration, où étaient réunies les assemblées générales et où résidait l'administrateur délégué — Anvers, 13 mars 2000, *T.R.V.*, pp. 236 et s. et la note K. Vanderheyden et S. Devisch.

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.181.97)
Examen de jurisprudence (2010-2013) - Les sociétés commerciales (troisième partie)
Larcier Edition - © Larcier - 07/02/2020

strada lex

du 10 novembre 2004, le tribunal de commerce de Hasselt a bien considéré que ne relevait pas du droit belge, mais du droit néerlandais, une S.P.R.L. ayant déplacé son principal établissement aux Pays-Bas ; même si, en l'espèce, ce déplacement n'avait pas été consigné dans le dossier de la société, ni publié dans les annexes du *Moniteur belge*. Saisi sur opposition et tierce opposition afin de contester la demande en dissolution introduite par le parquet sur la base de l'article 182 du Code des sociétés, le juge n'a toutefois pas jugé bon de se déclarer incompétent (Comm. Hasselt, 10 novembre 2004, *T.R.V.*, 2005, p. 172 et la note S. Callens et H. Matthysen).

S'agissant des groupes de sociétés, la doctrine s'accorde à dire que le droit belge sera d'application à la société filiale établie en Belgique d'une société mère établie à l'étranger dès lors que le conseil d'administration dirigeant l'activité de la filiale se réunit en Belgique. La circonstance que le conseil d'administration réuni en Belgique se bornerait à entériner des décisions prises à l'étranger n'est, à cet égard, pas relevante (P. Wautelet, « Quelques réflexions sur la *lex societatis* dans le Code de droit international privé », *R.P.S.*, 2006, p. 36).

Par analogie, la jurisprudence a admis que les sociétés de droit public étaient soumises au droit du lieu de leur principal établissement (Cass., 2 décembre 1996, *Pas.*, 1996, I, p. 1206 ; *R.D.C.*, 1997, p. 526 et la note M. Claeys ; *R.P.S.*, 1996, p. 125). Il en va de même s'agissant des A.S.B.L. (Bruxelles, 15 juillet 1998, *J.T.*, 1999, p. 647), le rattachement réaliste étant repris dans la loi du 2 mai 2002 relative aux A.S.B.L., aux A.I.S.B.L. et aux fondations qui dispose que le siège social d'une association doit être repris dans les statuts et correspondre au lieu du principal établissement, c'est-à-dire à l'endroit où se trouve la direction juridique, financière, administrative et technique de l'association (A. Autenne, « Les associations sans but lucratif en quête de mobilité dans l'Union européenne et la liberté communautaire d'établissement : essai de synthèse », in M. De Wolf (coord.), *A.S.B.L. belges actives à l'étranger et associations étrangères actives en Belgique*, *Les Dossiers d'A.S.B.L. Actualités*, 2011/10, pp. 93-115).

Lorsque le droit du pays du principal établissement ne confère pas la personnalité morale à une société ou à une association, les questions relatives à la vie de ces dernières relèvent du droit qui les régit en tant que contrats. Comme le relève un auteur, il n'est néanmoins pas certain « que la référence à la *lex contractu* suffise à épuiser la question de la loi applicable aux sociétés dépourvues

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.181.97)
Examen de jurisprudence (2010-2013) - Les sociétés commerciales (troisième partie)
Larcier Edition - © Larcier - 07/02/2020

strada lex

de personnalité juridique» (P. Wautelet, «Quelques réflexions sur la *lex societatis* dans le Code de droit international privé», *op. cit.*, p. 7). En attestent, d'ailleurs, les deux arrêts de la Cour de cassation du 24 septembre 2003 évoqués ci-avant.

211. — Reconnaissance des sociétés étrangères. — Le droit belge s'est historiquement montré favorable à la reconnaissance des sociétés étrangères. Même si le concept est, de l'aveu d'un spécialiste, «mouvant», la reconnaissance vise, à tout le moins, la «prise en considération par l'ordre juridique reconnaissant de l'existence de la société» (P. Wautelet, «Quelques réflexions sur la *lex societatis* dans le Code de droit international privé», *R.P.S.*, 2006, p. 25). Selon l'article 58, alinéa 1er, du Code des sociétés, de telles sociétés peuvent faire, en Belgique, des opérations, ester en justice et établir une succursale (*infra*, n° 212). En vertu d'une ancienne jurisprudence, une société dotée d'un siège à l'étranger et y inscrite au registre du commerce local peut exercer ses activités et agir en justice en Belgique, lors même qu'il ne serait pas établi que cette société disposait, en Belgique, d'un établissement principal, d'une succursale ou d'une agence déclarés en Belgique (C.E., 24 mars 1999, n° 79.487, *A.P.M.*, 1999, p. 68). Ne peut être déclarée comme «fantôme» une société qui a été constituée conformément au droit s'appliquant sur le territoire d'un paradis fiscal, en l'espèce Gibraltar (Bruxelles, 9 avril 1998, *Rev. not. b.*, 1999, p. 241). Les statuts d'une société doivent mentionner la localisation du siège social de cette dernière; la mention d'un siège fictif étant constitutif de faux en écritures (Corr. Louvain, 17 juin 2008, *J.D.S.C.*, 2010, p. 31 et la note S. Kettman; *T. Strafr.*, 2009, p. 171; *supra*, n° 62). Le déplacement du siège d'une société de droit belge à l'intérieur du territoire belge peut se faire sans modification statutaire, en ce compris lorsqu'il s'agit de déplacer le siège dans une autre région linguistique (Gand, 13 janvier 2003, *R.W.*, 2003-2004, p. 871 et la note F. Van Remoortel). En pratique, la plupart des statuts imposent le recours à une décision de l'assemblée générale dans cette éventualité, eu égard aux conséquences linguistiques de l'opération.

L'article 112 du Codip contient, en outre, un principe historiquement dégagé par la jurisprudence selon lequel la continuité de la personnalité morale doit être préservée en cas de transfert de siège (Cass., 12 novembre 1965, *Pas.*, 1966, I, p. 336; *R.C.J.B.*, 1966, p. 392 et la note J. Van Ryn; C.E., 29 juin 1987, *Vanneste*, *T.R.V.*, 1988, p. 110 et la note K. Lenaerts). Cette disposition consacre un rattachement de type «cumulatif», une société en

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.181.97)
Examen de jurisprudence (2010-2013) - Les sociétés commerciales (troisième partie)
Larcier Edition - © Larcier - 07/02/2020

strada lex

situation de transfert ne conservant le bénéfice de la personnalité juridique que dans le cas où les droits des deux États en présence l'y autorisent (F. Rigaux et M. Fallon, *Droit international privé*, 3e éd., Bruxelles, Larcier, 2005, p. 986). Une application « distributive » des lois en présence sera toutefois appliquée à la problématique du fonctionnement des personnes morales.

Le principe juridique de « reconnaissance » est congruent avec la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (en abrégé C.J.U.E.). Comme nous le verrons ultérieurement (*infra*, n° 216), celle-ci impose aux États membres de s'abstenir d'entraver les opérations de transformation de leurs sociétés nationales en sociétés de droit étranger, pour autant que le droit de l'État d'accueil permette de telles transformations sans dissolution (C.J.C.E., 16 décembre 2008, *Cartesio*, C-210/06, *Rec.*, 2008, p. I-09641 ; C.J.U.E., 12 juillet 2012, *Vale Epitési kft.*, C-378/10, http://curia.europa.eu ; *T.R.V.*, 2013, p. 618 et la note A. Van Hoe).

Si les conséquences résultant d'une décision formelle des organes sociétaires de transférer un établissement principal d'un pays étranger vers la Belgique (ou l'inverse) sont donc juridiquement bien balisées, il n'en va pas nécessairement de même là où, au fil du temps et des habitudes, un établissement est matériellement déplacé sans que les parties prenantes de la société n'aient conscience des enjeux du déplacement. Cette difficulté est propre aux cas de sociétés extra-européennes, le déplacement informel du principal établissement d'une société relevant d'un autre État membre de l'U.E. étant, quant à lui, résolu à la lumière de la jurisprudence européenne relative à la liberté d'établissement (*infra*, n° 216).

En cas de transfert factuel du principal établissement, il sera non seulement difficile d'identifier le moment du transfert mais il y a un risque que la société concernée soit soumise à un droit qui ne lui reconnaît pas la personnalité morale (P. Wautelet, « Quelques réflexions sur la *lex societatis* dans le Code de droit international privé », *R.P.S.*, 2006, p. 44 ; T. Tilquin, « L'incorporation comme facteur de rattachement de la *lex societatis* », *R.P.S.*, 1998, n° 6734, pp. 40-41). Ainsi, une société non européenne dont le principal établissement serait progressivement localisé en Belgique où se tiendraient, par exemple, toutes les réunions d'administrateurs dans un local loué à cet effet et abritant les principaux employés, s'expose au risque de voir son existence juridique — ou à tout le moins sa personnalité morale — contestée au regard du droit

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.181.97)
Examen de jurisprudence (2010-2013) - Les sociétés commerciales (troisième partie)
Larcier Edition - © Larcier - 07/02/2020

strada lex

belge. La jurisprudence n'est d'aucun secours pour déterminer les effets juridiques de cette situation. Deux hypothèses peuvent, à notre estime, être envisagées.

La première découle d'une interprétation rigoriste stricte de la théorie du siège réel dont le Codip fait application : le juge belge devrait apprécier l'existence même de la société au regard de la règle de conflit de loi, à savoir la *lex societatis* du principal établissement, c'est-à-dire le droit belge. À cet égard et sur la base de l'article 111, § 1er, 1°, du Codip, en l'absence de la réalisation des formalités requises pour endosser la personnalité juridique, la société étrangère serait considérée comme une entité sans personnalité juridique, avec des conséquences possibles en droit fiscal (E.-J. Navez, thèse en cours de finalisation, Université catholique de Louvain, 2014 ; A. Autenne et E.-J. Navez, « Le transfert de siège social comme modalité de réorganisation des sociétés commerciales : aspects civils et commerciaux », in *Réorganisations de sociétés*, Limal, Anthemis, 2011, pp. 164-206).

La seconde est la thèse pragmatique défendue par K. Maresceau (*Grensoverschrijdende mobiliteit van vennootschappen*, Antwerpen, Intersentia, 2014) selon laquelle, en vertu d'une interprétation en termes de « siège réel atténué » dont le droit international privé belge serait porteur, l'existence de la société devrait être soustraite au raisonnement conflictualiste. L'existence de la société extra-européenne ne pourrait être contestée en Belgique du seul fait du décrochage entre la localisation statutaire et la localisation du principal établissement. Mais, sur la base de l'article 112 du Codip, le juge belge devrait contraindre cette société à transférer son siège statutaire en Belgique, faute de quoi celle-ci pourrait consécutivement, être qualifiée de société de droit commun sans personnalité juridique.

À l'inverse, se pose aussi la question de savoir quel serait le traitement, en droit belge, d'une société initialement fondée en Belgique qui déplacerait progressivement et informellement son principal établissement dans une juridiction extra-européenne. La loi belge cesse-t-elle de s'appliquer en tant que *lex societatis*, nonobstant le fait que le transfert de siège ne résulte pas d'une décision de l'organe compétent ? Deux approches, non départagées à ce jour par la jurisprudence, peuvent également être envisagées (E.-J. Navez, thèse en cours de finalisation, *op. cit.*). Soit, en vertu de l'article 110, alinéa 1er, du Codip, le juge belge retient, à titre de *lex societatis*, le droit de l'État où le principal établisse-

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.181.97)
Examen de jurisprudence (2010-2013) - Les sociétés commerciales (troisième partie)
Larcier Edition - © Larcier - 07/02/2020

strada lex

ment est déplacé, avec la conséquence qu'un défaut de personnalité morale pourrait en découler puisqu'aucune formalité d'incorporation n'y a, par hypothèse, été réalisée. Une application de la théorie du renvoi pourrait néanmoins être envisagée si la juridiction où le principal établissement a été déplacé pratique la règle du siège statutaire. Soit, sur la base des articles 110, alinéa 1er, et 112, alinéa 1er, du Codip, on considère qu'un simple déplacement factuel n'emporte pas de modification de la *lex societatis*, qui ne cesserait donc pas de s'appliquer en tant que telle.

Dans un vieux jugement, le tribunal de commerce de Bruxelles a fait usage de cette dernière solution au profit d'une société belge dont l'établissement principal a été factuellement déplacé en Égypte à l'initiative de ses dirigeants. L'argument avancé est qu'une société ne peut changer de nationalité, élément essentiel du contrat, que du consentement unanime des associés et non suite aux décisions du conseil d'administration (Comm. Bruxelles, 8 décembre 1925, *R.P.S.*, 1933, p. 357). Dans l'arrêt *Vanneste*, le Conseil d'État exige d'ailleurs que les conséquences juridiques d'un transfert transfrontalier de siège social soient soumises à une décision formelle de direction de la personne morale concernée (C.E., 29 juin 1987, *T.R.V.*, 1988, p. 110 et la note K. Lenaerts), ce qui implique une modification statutaire (à tout le moins du point de vue du droit belge).

212. — Établissement d'une succursale. — Outre qu'il autorise les sociétés constituées en pays étranger à faire des opérations sur le territoire belge, l'article 58 du Code des sociétés prévoit la possibilité pour celles-ci d'établir une succursale et donc d'exercer une liberté d'établissement secondaire. Les actions intentées par de telles sociétés — ainsi que par celles faisant publiquement appel à l'épargne en Belgique —, sont toutefois irrecevables si elles n'ont pas déposé leur acte constitutif conformément aux articles 81, 82 ou 88 du Code.

Selon l'acceptation classique, la succursale implique un centre d'activités qui se manifeste durablement vers l'extérieur comme un prolongement de l'entreprise mère, avec une direction propre et un équipement en matériel, de sorte que les tiers, même s'ils savent qu'un lien de droit existe avec l'entreprise mère établie à l'étranger, ne doivent pas s'adresser directement à cette dernière et peuvent conclure des affaires avec ce centre d'activités, qui en constitue un prolongement (Cass., 18 décembre 1941, *Pas.*, 1941, I, p. 467 ; F. Rigaux, « La notion de succursale d'une société étran-

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.181.97)
Examen de jurisprudence (2010-2013) - Les sociétés commerciales (troisième partie)
Larcier Edition - © Larcier - 07/02/2020

strada lex

gère en droit belge», in *Liber Amicorum Baron Louis Fredericq*, t. II, Gand, Story-Scientia, 1966, p. 818). En pratique, les contours exacts de la notion de succursale ne sont pas nécessairement simples à identifier. Dans un arrêt du 28 juin 2007, la cour d'appel de Liège a ainsi estimé que l'activité de l'appelante en Belgique ne correspondait pas à une succursale : l'existence d'une ligne téléphonique et d'une connexion à Internet dans un bâtiment ainsi que la présence d'automaticiens travaillant en Belgique n'étant, en l'espèce, pas des éléments suffisants pour conclure à l'existence d'un siège d'exploitation et à l'identification de mandataires aptes à prendre des engagements pour la société (Liège, 28 juin 2007, *T.R.V.*, 2009, p. 750 et la note F. Parrein).

Ne disposant pas de personnalité juridique propre, une succursale n'a pas le pouvoir de fonder à son tour une autre succursale, sauf éventuellement dans le cas d'une délégation particulière. Ce pouvoir appartient donc exclusivement à la société mère. Dans un arrêt du 22 juin 2010, la cour d'appel de Liège a confirmé ce principe à l'occasion d'un litige relatif à une créance invoquée par un demandeur prétendant agir en qualité de succursale d'une société étrangère sans avoir néanmoins la possibilité de prouver que les formalités légales de fondation et de publicité d'une telle succursale avaient été accomplies (*D.A.O.R.*, 2011, p. 510 ; *supra*, n° 15). La cour rappelle notamment qu'en exécution de l'article 81 du Code des sociétés, toute société relevant du droit d'un autre État membre de l'Union européenne et fondant une succursale en Belgique est tenue de déposer, notamment, «l'adresse et l'indication de la succursale ainsi que sa dénomination si elle ne correspond pas à celle de la société». En l'absence du respect de ces règles de publicité, une «entité» qualifiée de «département» ne peut prétendre au statut de succursale d'une société étrangère et, partant, constituer avec elle un unique sujet de droit.

213. — Étendue de la *lex societatis*. — L'article 111 du Codip a vocation à déterminer quelle est l'étendue exacte de la règle de rattachement, c'est-à-dire «les questions à ranger sous la règle de rattachement» (P. Wautelet, «Quelques réflexions sur la *lex societatis* dans le Code de droit international privé», *R.P.S.*, 2006, p. 45). Selon l'énumération de l'article 111, § 1er, auquel nous renvoyons pour le reste, relèvent, par exemple, du domaine de la *lex societatis*, l'existence et la nature juridique de la personne morale, le fonctionnement de la personne et l'étendue des pouvoirs de ses organes. Il en va de même pour les normes délimitant le

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.181.97)
Examen de jurisprudence (2010-2013) - Les sociétés commerciales (troisième partie)
Larcier Edition - © Larcier - 07/02/2020

strada lex

domaine d'activité de la personne morale et pour celles relatives aux droits attachés aux parts sociales et leur exercice. La capacité des sociétés à ester en justice et leur représentation en justice sont également régies par la *lex societatis* (Civ. Bruxelles, 20 septembre 2002, *R.D.C.*, 2003, p. 170). Ainsi, la cour d'appel de Bruxelles, dans un arrêt du 9 septembre 2009, a décidé qu'un «*charitable trust*» — à distinguer de l'institution du «*trust*» — est doté, suivant le droit anglais applicable, d'une «*legal identity*» et de la capacité d'ester en justice en son nom (*F.J.F.*, 2010, pp. 346-350).

Dans l'hypothèse d'une restructuration économique impliquant plusieurs sociétés (cession, transformation, fusion), l'admissibilité de l'opération paraît devoir être soumise à l'application cumulative des lois régissant la validité de chacune des sociétés concernées (art. 113 Codip) (F. Rigaux et M. Fallon, *Droit international privé*, 3e éd., Bruxelles, Larcier, 2005, p. 987). Une application distributive des diverses lois concernées est, par ailleurs, préconisée pour encadrer les conditions et les effets de l'opération, comme le stipule l'article 113 du Codip dans le domaine des fusions. Le transfert de siège social engendre, quant à lui, des questionnements spécifiques qui seront examinés au n° 216 consacré aux enjeux de droit européen.

La doctrine et la jurisprudence ont mis au jour une série de questions de nature à soulever des difficultés de démarcation s'agissant de l'étendue de la *lex societatis*. Les conventions d'actionnaires intervenant au cours de la vie sociétaire sont un exemple paradigmatique à cet égard. Selon l'exposé des motifs du Codip, relèvent du 6° de l'article 111, § 1er, du Codip consacré aux rapports internes entre associés ou membres ainsi qu'aux rapports entre la personne morale et les associés ou membres, l'admissibilité et les effets à l'égard de la société, de conventions d'actionnaires (*Proposition de loi*, p. 131). Mais relèvent de la *lex contractu* les questions relatives à la validité de la convention au regard des exigences classiques du droit des obligations qui ne sont pas susceptibles d'influencer directement la société ou d'autres actionnaires. Il en va ainsi d'une convention soumise au droit belge organisant une procédure particulière de rachat d'actions entre deux actionnaires d'une société de droit kényan qui ne déroge nullement au droit des sociétés (Comm. Bruxelles, 13 mai 1996, *Rev. rég. Dr.*, 1996, p. 460 ; *T.R.V.*, 1997, p. 177), même si on peut critiquer l'écartement de la *lex societatis* s'agissant des aspects de la convention régissant la participation des actionnaires au conseil d'administration de la société en cause. La valeur patrimoniale que repré-

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.181.97)
Examen de jurisprudence (2010-2013) - Les sociétés commerciales (troisième partie)
Larcier Edition - © Larcier - 07/02/2020

strada lex

sentent les droits et obligations attachés aux titres ne relève pas de la *lex societatis*, mais de la *lex rei sitae* (N. WATTÉ, « Droit international privé (conflit de lois) — Examen de jurisprudence (1990 à 2002) », *R.C.J.B.*, 2005, p. 314). La loi du principal établissement s'applique, par contre, à l'augmentation du capital d'une société, aux fautes résultant de la violation des règles prévues à cette occasion, au défaut d'information des actionnaires ainsi qu'au délai endéans lequel celle-ci doit intervenir (*ibid.*, p. 313, citant Anvers, 27 septembre 1999, *T.R.V.*, 2000, p. 249).

La levée du voile social a également suscité des difficultés d'interprétation quant à l'identification du droit applicable (K. VANDEKERCKHOVE, *Piercing the corporate veil: a transnational approach*, Alphen aan den Rijn, Kluwer, 2007 ; sur l'application de la théorie de la levée du voile social en droit belge, voy. *supra*, n° 18). Dans un arrêt du 6 décembre 2001, la cour d'appel de Gand s'est penchée sur une situation d'extranéité où il est fait usage de la théorie de la levée du voile social (*T.R.V.*, 2002, pp. 376-384 et la note K. VANDEKERCKHOVE). Cette décision constitue, en réalité, le point d'aboutissement d'un contentieux complexe, scandé par une intervention de la cour d'appel de Bruxelles et par un arrêt de la Cour de cassation, impliquant des sociétés de droit algérien faisant l'objet de saisies-arrêts en paiement de diverses sommes. Un des enjeux est de savoir si les obligations litigieuses des sociétés en cause peuvent être imputées à l'État algérien sur la base de la théorie de la levée du voile social. La cour d'appel de Gand examine s'il y a, en l'espèce, suffisamment d'éléments pour autoriser une levée du voile social. Mais elle ne fait pas clairement apparaître par quel droit — belge ou algérien — cette dernière doit être régie. Elle laisse planer un doute sur le point de savoir si cette question est régie par la *lex societatis* ou par une autre loi, dans un contexte interprétatif où, malheureusement, l'arrêt de renvoi de la Cour de cassation se limite à une énonciation laconique « le droit régissant la personne morale détermine le contenu de la personnalité morale » (Cass., 6 décembre 1996, *Arr. Cass.*, 1996, II, p. 1172).

Le commentateur de l'arrêt souligne que la levée du voile social pourrait relever de la *lex fori*, ainsi qu'en a jugé anciennement le tribunal de première instance de Bruxelles (Civ. Bruxelles, 30 avril 1951, *J.T.*, 1951, p. 298). En admettant, au contraire, qu'il faille appliquer la *lex societatis*, un doute subsiste quant à savoir si on doit appliquer la *lex societatis* de la société dont il s'agit de percer

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.181.97)
Examen de jurisprudence (2010-2013) - Les sociétés commerciales (troisième partie)
Larcier Edition - © Larcier - 07/02/2020

strada lex

le voile ou celle de l'entité qu'on souhaite, *in fine*, viser ? Un autre problème, non traité dans l'arrêt, est de savoir quelle est la règle de rattachement applicable aux conséquences de la levée du voile social : selon que l'on est en présence d'un problème de responsabilité contractuelle, de responsabilité délictuelle ou de sous-capitalisation, par exemple, rien ne dit qu'on ne peut pas revendiquer l'application d'un droit autre que celui de la *lex societatis* ?

214. — L'existence de lois de police. — Conformément aux enseignements classiques du droit international privé, l'existence de « lois de police » conduit à appliquer des règles matérielles de droit interne en faisant l'économie des règles de conflit de loi. Ainsi, une situation régie par une loi de police relève de la compétence de cette dernière, les critères d'applicabilité pouvant être de nature territoriale ou personnelle (F. Rigaux et M. Fallon, *Droit international privé*, 3e éd., Bruxelles, Larcier, 2005). En droit des sociétés, l'identification d'une loi de police peut donc faire échec à l'application de la *lex societatis* là où cette dernière est envisagée.

Ainsi, certaines des dispositions de la législation sur les offres publiques d'acquisition sont considérées comme des lois de police (N. Watté, « Droit international privé (conflit de lois) — Examen de jurisprudence (1990 à 2002) », *R.C.J.B.*, 2005, p. 314). L'article 114 du Codip, seconde branche de l'alternative, en constitue un autre exemple et ce, dans un souci de protection de l'épargne publique : « Les droits qui dérivent de l'émission publique de titres sont régis, au choix du porteur des titres, soit par le droit applicable à la personne morale, soit par le droit de l'État sur le territoire duquel l'émission publique a eu lieu ». Il en va de même de certaines des règles nationales consistant à soumettre à des formalités de publicité ou de transparence les activités de sociétés relevant d'un droit étranger, comme l'établissement d'une succursale notamment (art. 81 et s. C. jud.). Il s'agit d'un cas typique d'applicabilité spéciale propre aux lois de police.

Dans la section consacrée aux enjeux de droit européen (*infra*, n° 216), nous rappellerons que les mesures restrictives à la mobilité transfrontière des sociétés, stigmatisées par la C.J.U.E. au nom de la liberté d'établissement, peuvent néanmoins être justifiées à l'aune d'exigences impérieuses d'intérêt général. Il en va ainsi de certaines lois nationales de police qui poursuivent un but de protection des tiers avec lesquels les sociétés entretiennent des relations, quoique l'identification des contours exacts de celles-ci soit malaisée dans la jurisprudence européenne (voy. not. les

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.181.97)
Examen de jurisprudence (2010-2013) - Les sociétés commerciales (troisième partie)
Larcier Edition - © Larcier - 07/02/2020

strada lex

normes ayant trait à la protection des créanciers, celles concernant l'organisation d'activités bancaires ou financières, celles relatives à certains cas de responsabilité des administrateurs).

215. — Compétence des juridictions belges. — La compétence internationale des juridictions belges ne se confond pas avec la capacité d'ester en justice. Évoquée précédemment (*supra*, n° 211), cette dernière est régie par le droit de la *lex societatis*. La compétence internationale, quant à elle, permet aux juridictions belges de connaître de toute demande concernant la validité, le fonctionnement, la dissolution ou la liquidation d'une personne morale (art. 109 Codip).

Les juridictions belges sont compétentes dès lors que l'établissement principal ou le siège statutaire de la personne morale est situé en Belgique (voy. art. 109 Codip). Il faut combiner cette règle avec le régime du règlement européen (CE) n° 44/2001 (du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, *J.O.* n° L 012, du 16 janvier 2001) tenant compte de la refonte dont ce dernier a fait l'objet dans le règlement (UE) n° 1215/2012 (du Parlement et du Conseil du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, *J.O.* n° L 351/1, du 20 décembre 2012) dans les détails desquels il n'y pas lieu d'entrer pour les besoins de la présente chronique. La compétence internationale des juridictions belges vaut pour les sociétés et personnes morales qui possèdent leur siège en Belgique, le juge devant, à cet égard, avoir recours aux règles nationales de droit international privé. Et cette compétence internationale est étendue aux litiges concernant le fonctionnement de la société dont l'étendue exacte peut être appréciée à l'aune de l'article 111 du Codip qui vise l'ensemble des questions ayant trait à la vie interne de la société (J. Erauw *et al.* (dir.), *Le Code de droit international privé commenté*, Anvers/Bruxelles, Intersentia/Bruylant, 2006).

L'article 115 du Codip relatif à l'efficacité des décisions étrangères confère toutefois aux juridictions belges une compétence exclusive : une décision judiciaire étrangère concernant la validité, le fonctionnement, la dissolution ou la liquidation d'une personne morale n'est pas reconnue en Belgique si l'établissement principal de la personne morale était situé en Belgique lors de l'introduction de la demande à l'étranger. Cette norme n'a cependant vocation à s'appliquer qu'aux décisions issues d'États non soumis au

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.181.97)
Examen de jurisprudence (2010-2013) - Les sociétés commerciales (troisième partie)
Larcier Edition - © Larcier - 07/02/2020

strada lex

règlement européen précité, c'est-à-dire aux pays non membres de l'Union européenne. La combinaison de cette technique de refus avec la règle de compétence de l'article 109 du Codip n'est pas aisée, parce que cette dernière disposition utilise alternativement le critère du siège réel et celui du siège statutaire (pour une discussion doctrinale, voy. « Quelques réflexions sur la *lex societatis* dans le Code de droit international privé », *R.P.S.*, 2006, p. 13).

216. — Enjeux de droit européen. — À l'exception de la fusion transfrontalière (directive 2005/56/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 octobre 2005 sur les fusions transfrontalières des sociétés de capitaux, *J.O.C.E.* n° L 310/1, du 25 novembre 2005) et de la société européenne (règlement (CE) n° 2157/2001 du Conseil du 8 octobre 2001 relatif au statut de la société européenne, *J.O.C.E.* n° L 294/1-21, 10 novembre 2001 et directive 2001/86/CE du Conseil du 8 octobre 2001 complétant le statut de la société européenne pour ce qui concerne l'implication des travailleurs, *J.O.C.E.* n° L 294/22-32, du 10 novembre 2001), le droit européen ne propose aucun outil juridique *ad hoc* permettant aux sociétés de réaliser un déplacement transfrontalier de siège social. Il faut néanmoins tenir compte de l'application prétorienne du droit européen primaire et singulièrement des principes de libre circulation des personnes et de liberté d'établissement. Dans le domaine du transfert transfrontalier de siège social, la C.J.U.E. a produit, ces dernières années, une jurisprudence sophistiquée et abondamment commentée. Les principaux enseignements peuvent en être résumés en quatre points traitant, respectivement, de la neutralité du droit européen en matière de rattachement, de l'émigration des sociétés, de l'immigration des sociétés et des transformations transfrontalières.

D'abord, le droit communautaire endosse une position de « neutralité » par rapport à la problématique du rattachement des personnes morales (F. Fages, « Les sociétés », in *Conflits de lois et régulation économique*, Paris, L.G.D.J., 2008, pp. 19 et s. ; B. Goldman, « La nationalité des sociétés dans la C.E.E. », *Trav. Comité fr. dr. int. pr.*, 1966-1969, p. 353). Les personnes morales sont, à la seule exception de la société européenne et du groupement d'intérêt économique (17), des entités dont la naissance et

(17) S'agissant des groupements d'intérêt économique, ils constituent des formes d'association à la personnalité juridique incomplète. Voy. règlement (CEE) n° 2137/85 du Conseil, du 25 juillet 1985, relatif à l'institution d'un groupement européen d'intérêt économique (GEIE), *J.O.C.E.* n° L 199/1-9, du 31 juillet 1985.

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.181.97)
Examen de jurisprudence (2010-2013) - Les sociétés commerciales (troisième partie)
Larcier Edition - © Larcier - 07/02/2020

strada lex

l'existence relèvent des seuls droits nationaux. Il n'existe aucune objection européenne à l'usage d'un rattachement de type réaliste, quelles que soient les critiques doctrinales formulées à l'encontre de cette approche (voy. à cet égard, K. Maresceau, *Grensoverschrijdende mobiliteit van vennootschappen*, Antwerpen, Intersentia, 2014). Ainsi, dans l'arrêt *Überseering*, la C.J.U.E. estime que la possibilité pour une société de transférer son siège effectif dans un autre État membre sans perdre la personnalité juridique dont elle jouit dans l'ordre juridique de l'État membre de constitution ainsi que les modalités de ce transfert sont déterminées par la législation nationale conformément à laquelle ladite société avait été constituée (C.J.U.E., 5 novembre 2002, *Überseering*, C-208/00, *Rec.*, 2002, p. I-9919, point 70 ; pour un examen des conséquences de cet enseignement, voy. not. J.-P. Dom, « La liberté d'établissement des succursales : principes et limites », *Rev. Soc.*, 2004, p. 146 ; P. Lagarde, note sous C.J.C.E., 5 novembre 2002, *Rev. Crit. D.I.P.*, 2003, p. 524 ; J.-P. Degué, « "Forum Shopping", usage ou abus de la liberté d'établissement », *R.P.S.*, 2000, pp. 76 et 77).

Cette position est réaffirmée dans l'arrêt *Cartesio* où la C.J.U.E. dit pour droit qu'en l'état du droit communautaire, « la question de savoir si l'article 43 CE (ancien) s'applique à une société invoquant la liberté fondamentale consacrée par cet article (…) constitue une question préalable qui (…) ne peut trouver une réponse que dans le droit national applicable (…) ». Un État membre dispose ainsi de la faculté de définir tant le lien de rattachement qui est exigé d'une société pour que celle-ci puisse être considérée comme constituée selon le droit national et susceptible, à ce titre, de bénéficier du droit d'établissement, que celui requis pour maintenir cette qualité ultérieurement (C.J.U.E., 16 décembre 2008, *Cartesio*, C-210/06, *Rec.*, 2008, p. I-09641, points 109 et 110).

Ensuite, un État peut, sans violer le droit communautaire, s'opposer à l'émigration d'une de « ses » personnes morales qui souhaite transférer son siège social sans changer de loi applicable. Dans *Cartesio*, la C.J.U.E. estime que « les articles 43 CE (ancien) et 48 CE (ancien) ne s'opposent pas à une réglementation d'un État membre qui empêche une société constituée en vertu du droit national de cet État membre de transférer son siège dans un autre État membre tout en gardant sa qualité de société relevant du droit national de l'État membre selon la législation duquel elle a été constituée » (C.J.U.E., 16 décembre 2008, *Cartesio*, C-210/06, précité, point 124). En l'espèce, la Cour admet que les autorités hongroises puissent

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.181.97)
Examen de jurisprudence (2010-2013) - Les sociétés commerciales (troisième partie)
Larcier Edition - © Larcier - 07/02/2020

strada lex

refuser d'enregistrer le transfert du siège réel d'une société de droit hongrois qui envisageait de s'installer durablement en Italie tout en demeurant soumise au droit hongrois. Les entraves à la liberté d'établissement ne seront analysées comme telles que s'il est établi que la société en cause peut se prévaloir de la liberté d'établissement de l'article 49 du traité. Comme le stipule l'article 54 du traité, ceci dépend de la question de savoir si la personne morale relève du droit d'un État membre, ce qui demeure du ressort exclusif du droit de chaque État membre. Un État membre peut donc librement et sans enfreindre le droit communautaire imposer aux sociétés relevant de son ordre juridique le maintien d'une coexistence entre le siège statutaire et le siège réel.

Par contre, dans l'éventualité où une société manifeste une volonté de changer de loi de rattachement, l'État membre d'origine ne peut pas imposer une liquidation ou une dissolution si l'État membre d'arrivée admet un transfert sans dissolution : le transfert du siège avec changement de loi applicable est une modalité de la liberté d'établissement (18). Ainsi, à l'instar du traitement réservé aux personnes physiques, le droit européen veille à ce que les États membres n'entravent pas la faculté dont disposent les personnes morales de quitter volontairement leur territoire d'origine pour rejoindre un territoire étranger : imposer un anéantissement ou une rupture de la personnalité juridique, c'est fermer la porte à l'émigration des personnes morales. La Cour a d'ailleurs profité de *Cartesio* pour enjoindre les États à faciliter les transferts de siège accompagnés d'un changement de loi applicable, ce qui, pour la Belgique, ne pose pas de problème compte tenu des principes de rattachement évoqués précédemment.

Par ailleurs, l'immigration des sociétés est juridiquement encadrée par la séquence d'arrêts *Centros*, *Überseering* et *Inspire Art* (C.J.U.E., 9 mars 1999, *Centros*, C-212/97, *Rec.*, 1999, p. I-1459 ; C.J.U.E., 5 novembre 2002, *Überseering*, C-208/00, précité ; C.J.U.E., 30 septembre 2003, *Inspire Art Ltd.*, C-167/01, *Rec.*, p. I-10115 ; C.J.U.E., 16 décembre 2008, *Cartesio*, C-210/06, précité). Sauf raisons impérieuses d'intérêt général, les États membres ne

(18) Faut-il en déduire que l'État membre d'accueil peut refuser de reconnaître l'existence juridique et conférer la qualité de sujet de droit national à une société étrangère dont les fondateurs veulent changer la loi applicable sous le prétexte que le principal établissement (le siège réel) ne serait pas transféré ? La jurisprudence ne contient pas de réponse claire à cet égard. Voy. à ce sujet, A. Autenne et E.-J. Navez, « Le transfert de siège social comme modalité de réorganisation des sociétés commerciales : aspects civils et commerciaux », in *Réorganisations de sociétés*, Limal, Anthemis, 2011.

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.181.97)
Examen de jurisprudence (2010-2013) - Les sociétés commerciales (troisième partie)
Larcier Edition - © Larcier - 07/02/2020

strada lex

peuvent imposer des mesures entravant la liberté d'établissement de sociétés étrangères en quête de mobilité ou limitant leur accès au territoire. Il en va ainsi de normes ou de décisions disqualifiant une personne morale étrangère à raison de son caractère supposément fictif, de l'imposition de formalités de réincorporation ou de dispositions visant à mettre les sociétés étrangères sur le même pied que les sociétés nationales (exigences de capital minimum, formalités d'enregistrement, etc.).

L'étendue exacte qu'il convient de donner à la notion de « raisons impérieuses d'intérêt général » dans ce domaine est délicate. Selon les juges européens, la circonstance qu'une société souhaite bénéficier d'une législation plus favorable ne saurait, à elle seule, constituer une fraude permettant de justifier une intervention réglementaire au nom de l'intérêt général (C.J.U.E., 9 mars 1999, *Centros*, C-212/97, précité, point 27). Mais, est admissible au titre de raison impérieuse d'intérêt général, la lutte contre les montages purement artificiels dont le but est d'échapper à l'emprise de la législation d'un État membre au profit de celle d'un autre dont la législation est jugée plus favorable (C.J.U.E., 12 septembre 2006, *Cadbury Schweppes*, C-196/04, *Rec.*, 2006, p. I-7995).

Enfin, dans l'arrêt *Vale Epitési*, la C.J.U.E. a jugé que le droit au transfert transfrontalier du siège social — avec changement de loi applicable — doit être mis en œuvre dans les États membres (C.J.U.E., 12 juillet 2012, *Vale Epitési kft.*, C-378/10, http://curia.europa.eu ; *T.R.V.*, 2013, p. 618 et la note A. Van Hoe ; voy. aussi S. Francq, « Chronique de jurisprudence de la Cour de justice et du tribunal de l'UE », obs. sous C.J.U.E., 12 juillet 2012, C-378/10, *J.D.I.* (Clunet), 2013, chron. 4, pp. 630-631 ; J.-L. Hansen, « The Vale Decision and the Court's Case Law on the Nationality of Companies », *E.C.F.R.*, 2013/1, p. 10). Dans cette affaire, les magistrats de Luxembourg estiment que les articles 49 et 54 du TFUE s'opposent à une réglementation nationale qui, tout en prévoyant pour des sociétés de droit interne la faculté de se transformer, n'offre pas, de manière générale, la même possibilité pour une société relevant du droit d'un autre État. Néanmoins, lors d'une transformation transfrontalière d'une société, l'État membre d'accueil est en droit de déterminer le droit interne pertinent à une telle opération et d'appliquer ainsi les dispositions nationales relatives aux transformations internes régissant la constitution et le fonctionnement d'une société. Toutefois, compte tenu des principes d'équivalence et d'effectivité, cet État ne peut pas s'opposer

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.181.97)
Examen de jurisprudence (2010-2013) - Les sociétés commerciales (troisième partie)
Larcier Edition - © Larcier - 07/02/2020

strada lex

à la mention de la société ayant sollicité la transformation en tant que « prédécesseur en droit » si une telle mention de la société prédécesseur au registre des sociétés est prévue pour des transformations internes. Il ne peut pas non plus refuser de tenir dûment compte des documents émanant des autorités de l'État membre d'origine lors de la procédure d'enregistrement de la société. L'application pratique de ce nouveau principe jurisprudentiel est délicate en droit belge, car ce dernier ne connaît pas — encore — de régime juridique propre aux transformations transfrontalières. Une application par analogie avec la transformation nationale sera donc préconisée. Un des points critiques d'une telle opération est d'assurer la continuité de la personne morale en cause. Tenant compte de l'article 112, alinéa 1er, la doctrine recommande de ne radier la société dans l'État d'origine qu'une fois obtenue la preuve de la continuation de l'existence de la personne morale dans l'État d'accueil (C. KLEINER, « Le transfert de siège social en droit international privé », *J.D.I.*, 2010, p. 324).

UCL On Campus Université Catholique de Louvain (130.104.181.97)
Examen de jurisprudence (2010-2013) - Les sociétés commerciales (troisième partie)
Larcier Edition - © Larcier - 07/02/2020