

Qui peut agir en droit des sociétés ?

La condition de qualité dans les actions prévues par le Code des sociétés

Henri CULOT

Professeur à l'Université catholique de Louvain

Professeur invité à l'Université Saint-Louis – Bruxelles

Avocat au barreau de Bruxelles

Introduction

1. Objet

Le Code des sociétés prévoit de nombreuses possibilités d'introduire des actions en justice, dans différents objectifs. Cette contribution entend les passer en revue, sous l'angle particulier des conditions relatives à la personne de ceux qui peuvent les exercer.

On examinera donc les dispositions du Code des sociétés pour constater qu'il attribue parfois l'action à tout intéressé – ce qui ne signifie pas que n'importe qui peut agir – alors que, dans d'autres cas, il la réserve à un type d'acteur particulier : la société, l'actionnaire, le créancier, le Ministère public, le commissaire, ...

À l'exigence d'une qualité particulière s'ajoutent parfois une ou plusieurs conditions, par exemple de détenir une certaine proportion des actions ou de ne pas avoir voté pour la décision attaquée. *A contrario*, cet examen fera aussi apparaître que certains types d'actions sont inaccessibles à certains acteurs.

Le projet consiste à vérifier si, dans l'ensemble, ces exigences constituent un système cohérent et efficace.

2. Limites

Cette contribution se veut panoramique. Pour faire apparaître une vue d'ensemble, il a fallu éviter d'entrer dans tous les détails qu'on aurait pu développer à propos de chaque action en particulier. En conséquence, le lecteur ne trouvera rien ici qui s'approche de l'intégralité de la jurisprudence et de la doctrine sur les différents thèmes abordés.

On s'est aussi limité aux actions pour lesquelles le Code des sociétés contient des dispositions spécifiques relatives à la qualité. On n'examine donc pas les

actions pour lesquelles le Code ne prévoit que des dispositions matérielles et non procédurales, ni les actions fondées sur le droit commun même si elles ont parfois d'importantes applications en droit des sociétés¹. Ceci explique qu'on ne parle guère par exemple, des actions en responsabilité ni de celles permettant la désignation d'un administrateur provisoire.

Cet article ne se focalise pas non plus sur le droit judiciaire, même si les liens avec celui-ci sont évidents. On n'a donc pas développé un examen complet des conditions de recevabilité des demandes en général, ce qui aurait impliqué d'étudier en détails les conditions que pose le droit judiciaire, notamment sur les plans de l'intérêt et de la qualité.

Enfin, ce texte se concentre sur la qualité des demandeurs, et passe donc sous silence les conditions de qualité qui sont, à l'occasion, exigées dans le chef du défendeur².

3. Plan

La suite de ce texte est divisée en quatre sections. La première reprend quelques observations générales sur les différentes actions envisagées et sur la signification du concept de qualité (I). Pour tenter de sérier les différentes questions, on examine d'abord les actions non attitrées, c'est-à-dire celles appartenant à tout intéressé (II). Ensuite seront abordées les actions appartenant à la société, qui posent principalement des questions de détermination du représentant compétent pour exercer le droit d'agir (III). Enfin, on se penchera sur les actions réservées à un ou plusieurs (groupes de) *stakeholders* (IV).

I. Observations générales

4. Actions à succès et actions « orphelines »

Lorsqu'on fait la liste des actions prévues par le Code des sociétés, force est de constater que si quelques-unes sont d'utilisation fréquente, de nombreuses autres sont rarement pratiquées. Cette constatation ne repose pas sur de réelles statistiques, qu'il serait d'ailleurs malaisé d'établir. Les publications

¹ Par exemple, sur le rôle du juge des référés, voy. notamment la contribution de D. VAN GERVEN et D. WILLERMAIN, « La procédure comme mode de règlement des conflits », *supra* et E. POTTIER et A. COIBION, « Le règlement des conflits entre actionnaires : mesures provisoires », *Guide juridique de l'entreprise*, 2^e éd., livre 27.1, pp. 26-59.

² Par exemple, on sait que la société doit être citée à comparaître dans les actions en exclusion (art. 335 al. 2 et 637 al. 2 C. Soc.) et en retrait (art. 340 al. 2 et 642 al. 2 C. Soc.), avec la controverse sur la question de savoir si la société en devient une (vraie) partie à la procédure (voy. notamment Gand, 30 juin 2014, *R.D.C.*, 2015, p. 463, note J. VERLINDEN, « Vorderingen door of tegen de vennootschap in procedures tot uitsluiting of uittreding van aandeelhouders » et Comm. Bruxelles (prés.), 16 septembre 2015, *R.D.C.*, 2016, p. 476, note R. AYDOGDU « Quelques réflexions au sujet des actions en exclusion et en retrait : le statut procédural de la société et l'évaluation des titres »). Dans un autre domaine, s'est aussi posée la question de savoir si une action minoritaire peut être introduite contre le commissaire d'une société anonyme, ce qui n'est pas le cas (voy. art. 561 et 562 C. Soc. et Comm. Anvers, 24 mars 2004, *T.R.V.*, 2007, p. 199, confirmé sur ce point par Anvers, 2 mars 2006, *T.R.V.*, 2007, p. 192).

ne permettent de connaître qu'une petite partie de la jurisprudence, et ne sont pas nécessairement représentatives de la quantité des litiges qui sont tranchés par les tribunaux. En outre, le fait qu'une action soit rarement exercée ne signifie pas nécessairement qu'elle soit inutile, car sa simple existence peut suffire à dissuader certains comportements illégaux ou inopportuns.

Tout praticien ou observateur du droit des sociétés sait qu'on rencontre souvent des actions en responsabilité contre les fondateurs ou les organes de gestion, et que les actions en exclusion et en retrait sont aussi très fréquentes.

On peut en revanche se demander s'il est vraiment utile, par exemple, de prévoir une action spécifique pour demander au juge qu'il désigne, à la place de l'assemblée générale des obligataires, un représentant de ces derniers en vue de comparaître comme défendeur lorsque la société demande la radiation ou de la réduction d'une hypothèque³. Les obligations hypothécaires ne sont plus guère utilisées et, à supposer qu'une société en émette, encore est-il peu probable que la société ait une raison de faire radier l'hypothèque. À supposer qu'une telle raison existe, il y a peu de chances que l'assemblée générale des obligataires non seulement rejette cette radiation, mais en outre refuse ou omette de désigner un mandataire pour la représenter dans l'instance qui sera dès lors introduite.

Le même type de raisonnement peut être tenu au sujet de l'action visant à faire désigner un administrateur en cas de décès ou d'incapacité du gérant d'une société en commandite⁴ : cette forme de société est rare, et généralement le gérant est une personne morale. Quand bien même le cas se poserait-il, on pourrait parfaitement utiliser une procédure d'application plus générale et plus courante, comme la désignation d'un administrateur provisoire⁵.

La lisibilité du système n'est pas servie par la multiplication et la reproduction de règles soit purement théoriques, soit devenues désuètes, soit d'application tout à fait exceptionnelle.

³ Articles 247 et 494 C. Soc.

⁴ Articles 208 et 660 C. Soc.

⁵ On trouve beaucoup d'autres exemples dans le Code des sociétés : voy. notamment art. 131 et 157 (désignation d'un commissaire par le président du Tribunal de commerce), art. 136 (autorisation de ne pas communiquer aux actionnaires les observations du commissaire lorsque l'assemblée générale doit décider de sa révocation), art. 248 et 495 (désignation d'un mandataire de la masse des obligataires pour la procédure de purge hypothécaire ou d'expropriation des immeubles dont l'hypothèque garantit les obligations), art. 297 et 574 (homologation par la Cour d'appel de certaines décisions de l'assemblée générale des obligataires – toutefois, voy. Gand, 19 octobre 2015, *R.D.C.*, 2016, p. 493), art. 331 et 626 (désignation d'un expert chargé de fixer le prix de parts ou actions sans droit de vote), art. 566 (révocation du mandataire chargé de conduire une action minoritaire), art. 663 et 669 (responsabilité en cas de distribution illicite dans une société à finalité sociale ou précédemment à finalité sociale), art. 667 (dissolution judiciaire d'une société à finalité sociale), art. 688 (nullité de la fusion en cas de soult dépassant 10 %), art. 829 (désignation d'un expert chargé d'assister les associés commanditaires d'une société agricole qui souhaitent prendre connaissance des livres et documents de la société), art. 853 (désignation d'un réviseur chargé d'évaluer le patrimoine d'un GIE), art. 941 et 1004 (dissolution d'une SE ou SCE dont le siège, mais non l'administration centrale, est situé en Belgique).

5. Un grand nombre d'actions appartiennent à « tout intéressé »

L'examen de la liste des actions prévues par le Code des sociétés, lorsqu'on les trie en fonction de leur titulaire selon la disposition pertinente, montre que le plus grand groupe est celui des actions ouvertes à « tout intéressé » (ou expressions similaires). Suivent deux groupes de moindre taille, mais néanmoins conséquents : celui des actions appartenant à la société et celui des actions appartenant aux associés. Le Ministère public et les créanciers sont également titulaires de quelques actions. Les autres actions appartiennent à des acteurs qui ne sont titulaires que de très peu d'actions (commissaire, membres de l'organe de gestion, curateur, liquidateur)⁶.

Il ne faut cependant pas exagérer la signification de ce type de classification et de dénombrement. En raison de la structure du Code, certaines actions identiques apparaissent dans plusieurs articles parce qu'elles existent pour différentes formes sociales. D'autre part, le fait qu'une action soit prévue ne signifie pas nécessairement qu'elle a beaucoup d'importance en pratique (*supra*, n° 4).

Nous reviendrons sur la signification qu'il faut accorder à cette relative prépondérance des « intéressés », mais elle ne doit pas étonner *a priori*. Qu'une action appartienne aux « intéressés » représente le droit commun de l'action en justice, tel que l'exprime l'article 17 du Code judiciaire. En principe, toute personne peut agir à condition d'y avoir un intérêt, dont elle doit démontrer l'existence en cas de contestation.

6. Les déclinaisons de la qualité à agir

Dans de nombreux cas, le Code des sociétés, usant de formules qui ne sont pas uniformes, précise les catégories de personnes qui peuvent s'adresser au juge pour lui soumettre certaines demandes. On emploie traditionnellement le concept de « qualité » pour désigner ce type de condition.

La notion de « qualité » vise deux aspects différents⁷.

D'une part, la qualité est parfois une condition de l'action. Il est des cas où le législateur n'attribue le droit d'agir (autrement appelé « l'action ») qu'à certaines personnes, et non à d'autres. On parle d'« actions attitrées » pour désigner ce type d'action, et de « qualité-titre » pour exprimer le type de condition qu'il faut remplir pour en être titulaire. Pour prendre un exemple simple dans un autre domaine, seuls les époux sont titulaires de l'action en divorce. Personne d'autre – quand bien même serait-il intéressé (l'amant, les enfants, ...) – ne dispose de ce droit, et ne peut donc introduire une demande qui le met en œuvre⁸. Le défaut de ce type de qualité entraîne l'irrecevabilité de la demande.

⁶ Il serait fastidieux de citer ici la liste complète des articles pertinents, classés par catégories. Certains articles prévoient en outre que l'action appartient aux membres de deux ou plusieurs catégories (p. ex. art. 516 § 2 C. Soc.). On rencontre même des cas où plusieurs catégories sont visées, dont celle des « intéressés » en général (p. ex. art. 184 § 2, 663, 667 C. Soc.).

⁷ H. BOULARBAH, « La double dimension de la qualité, condition de l'action et condition de la demande en justice », *R.G.D.C.*, 1997, pp. 58 et s., spéc. pp. 86-89.

⁸ Sur les actions attitrées, voy. aussi J. VAN COMPERNOLLE, *Le droit d'action en justice des groupements*, Bruxelles, Larcier, 1972, pp. 252-255.

D'autre part, la notion de qualité est parfois utilisée pour désigner la qualité, non du titulaire de l'action, mais de celui qui peut introduire la demande en justice. C'est en particulier le cas lorsque cette personne n'est pas, elle-même, le titulaire de l'action. On parle dans ce cas de « qualité-pouvoir ». Ainsi, le curateur a qualité pour agir au nom du failli, en ce qui concerne les opérations de faillite. Ce cas de figure est, dans l'ensemble, relativement rare, parce que, le plus souvent, le titulaire de l'action exercera lui-même son droit d'agir en introduisant une demande (ou en se défendant). Le défaut de cette qualité ne constitue pas une condition de l'action, car le droit d'agir existe indubitablement dans le chef du titulaire. Elle est plutôt une condition de validité de la demande, liée à la manière dont celle-ci a été introduite.

Dans la plupart des cas, les actions attitrées se reconnaissent au fait que le législateur définit leur(s) titulaire(s) de manière limitative. Ceci s'accompagne parfois d'une présomption, au moins au sens d'une présomption de fait, que les personnes dotées de la qualité indiquée disposent aussi de l'intérêt requis. Si le législateur a désigné précisément certaines personnes comme titulaires d'un droit d'agir, c'est qu'il a pensé que ces personnes étaient directement concernées par le résultat de la procédure qu'elles sont seules habilitées à introduire, ce qui fait présumer leur intérêt à agir⁹.

7. Qualité et sociétés

Les sociétés étant des personnes morales, elles sont plus sujettes que les personnes physiques à ce que les actions dont elles sont titulaires soient introduites par quelqu'un d'autre. En un sens, la question de la qualité-pouvoir se pose de manière systématique lorsqu'une société agit¹⁰. Le plus souvent, la société doit être représentée en justice par l'organe normal de représentation (typiquement, le gérant, le conseil d'administration ou le délégué à la gestion journalière)¹¹. Mais on rencontre d'autres cas où l'action, qui appartient à la société, doit être exercée par un représentant particulier, généralement choisi en raison des caractéristiques de cette action. L'exemple classique est celui de l'action sociale, dont l'exercice est décidé par l'assemblée générale (art. 561 C. Soc.)¹².

II. Actions appartenant à tout intéressé

8. Introduction

Comme on l'a dit, les actions appartenant à tout intéressé sont, à première vue, les plus nombreuses. On pourrait croire que ce sont aussi celles qui posent le moins de problèmes en pratique, puisque cette manière de définir la qualité n'est pas limitative.

⁹ *Infra*, n^{os} 36 à 38.

¹⁰ J. VAN COMPERNOLLE, « L'action en justice des sociétés et groupements », *T.P.R.*, 1980, p. 102.

¹¹ Art. 257 al. 3 et 552, § 2 C. Soc. Voy. *infra*, n^o 18.

¹² Voy. *infra*, n^o 21.

Deux questions retiendront toutefois notre attention. D'une part, il faut examiner ce que cette expression signifie, c'est-à-dire préciser comment on l'interprète, mais aussi se demander pourquoi on l'utilise dans le Code des sociétés (A). D'autre part, la question de savoir si le terme d'intéressé inclut, ou non, le Ministère public, mérite un examen particulier (B).

A. « Tout intéressé » fait-il référence à l'article 17 du Code judiciaire ?

9. Problème : pourquoi viser « tout intéressé » ?

De nombreuses dispositions du Code des sociétés qui consacrent une action en justice l'ouvrent à tout intéressé¹³. Des formules analogues¹⁴, ou dont les effets sont identiques¹⁵, sont aussi utilisées. On s'y est habitué, mais à bien y réfléchir une telle formulation est étonnante. Car soit l'action n'appartient qu'à une catégorie de personnes déterminée (action attitrée), soit elle peut être introduite par tout personne qui respecte les conditions fixées par le Code judiciaire, parmi lesquelles figure l'intérêt à agir¹⁶. En droit commun, chacun peut agir en justice à condition d'être intéressé, de sorte qu'on ne comprend pas d'emblée pourquoi le législateur prend la peine de le répéter aussi souvent.

À titre de comparaison, lorsque le Code civil définit les conditions de validité des contrats¹⁷, il ne s'embarrasse pas de préciser que, si ces conditions ne sont pas réunies, le Tribunal prononce la nullité du contrat à la demande de tout intéressé (ce qui est pourtant bien le cas). Les dispositions du Code des sociétés de facture plus ancienne sont rédigées dans le même esprit. Ainsi l'article 31, qui prévoit indubitablement (fût-ce en la limitant) une action en cas d'iniquité manifeste de la répartition des bénéfices décidée par un tiers, n'indique-t-il pas qui en est titulaire. On est alors renvoyé aux dispositions générales du droit judiciaire.

Demandons-nous quand même si l'utilisation fréquente de l'expression « tout intéressé » n'a pas néanmoins une portée dans le domaine qui nous occupe.

10. Intérêt comme référence à l'intérêt social

Pour les spécialistes du droit des sociétés, l'intérêt est d'abord l'intérêt social. Cette notion a fait couler beaucoup d'encre, et il reste difficile de s'accorder sur sa définition. Certains privilégient une définition étroite qui se réfère en définitive à l'intérêt commun des actionnaires. D'autres défendent une vision plus large, incluant des intervenants plus nombreux comme les créanciers, les

¹³ Par exemple : art. 65, 131, 157, 178, 182, 208 C. Soc.

¹⁴ « Tiers intéressé » (art. 663, 667 et 669 C. Soc.), « tiers » (art. 206 C. Soc.), le « plus diligent des intéressés » (art. 248 et 495 C. Soc.).

¹⁵ Par exemple, « la société et les tiers », comme aux articles 140 al. 2, 263, 264, 408 al. 2, 528 et 529 C. Soc.

¹⁶ Art. 17 C. Jud.

¹⁷ Art. 1108 et s. C. Civ.

travailleurs, et d'autres catégories de personnes influencées par l'activité de l'entreprise. Dans un arrêt du 23 novembre 2013, la Cour de cassation affirme que « L'intérêt social est déterminé par le but de lucre collectif des associés actuels et futurs de la société »¹⁸. Elle semble, par-là, restreindre l'intérêt social à l'intérêt de la communauté des actionnaires, en tenant compte toutefois des modifications temporelles qui affectent cette communauté. Elle ne dit mot, et paraît même exclure, les autres *stakeholders*, quoique son examen portât sur l'article 510 du Code des sociétés, qui concerne les restrictions conventionnelles aux cessions de titres, soit un domaine où l'intérêt des actionnaires est prépondérant.

On pourrait penser que, lorsque le Code des sociétés attribue des droits à « tout intéressé », il se réfère à toute personne prise en compte dans la définition de l'intérêt social. Si c'est le cas, la définition qu'on retient de l'intérêt social influence l'étendue du groupe des personnes qui peuvent agir en justice.

Cette hypothèse, qui repose sur l'idée que le concept d'intérêt devrait recevoir une interprétation cohérente au sein du Code des sociétés, ne semble toutefois pas pouvoir être validée.

Le terme d'intérêt n'a pas la même fonction selon qu'il est utilisé comme intérêt social ou comme intérêt à agir. Lorsqu'il prévoit une action, le législateur souhaite définir qui peut l'exercer et non qui est intéressé par le fonctionnement de la société. L'intérêt qu'on porte à une société ou à son activité n'est donc pas le même que celui qu'on peut avoir à exercer une action spécifique organisée par le Code.

Il est d'ailleurs des actions qui ne sont pas ouvertes aux associés, alors que tous reconnaissent que l'intérêt des associés fait partie (à tout le moins) de l'intérêt social¹⁹. Inversement, si l'on retenait la définition que la Cour de cassation donne à l'intérêt social, il faudrait en déduire que les actions que le Code ouvre à « tout intéressé » n'appartiennent en réalité qu'aux actionnaires, alors que, d'une part, la jurisprudence et la doctrine admettent bien d'autres personnes au rang des intéressés²⁰ et que, d'autre part, le Code limite d'autres actions aux seuls actionnaires qui sont alors désignés comme tels et non par référence à des « intéressés »²¹.

¹⁸ Cass., 23 novembre 2013, *R.P.S.*, 2014, p. 41.

¹⁹ Par exemple l'action en nullité pour non-respect des formalités en cas de conflit d'intérêts (avec toutefois la discussion exposée *infra*, n° 30).

²⁰ Par exemple, pour ce qui concerne la dissolution pour actif net insuffisant, Cass., 2 avril 2015, *R.P.S.*, 2015, p. 409 ; Gand, 28 juin 2010, *R.D.C.*, 2012, p. 60 et la note d'Y. DE CORDT, « Dissolution des sociétés pour pertes prononcées du capital social » ; Liège, 6 février 2014, *J.L.M.B.*, 2014, p. 1442, *R.D.C.*, 2014, pp. 720-721 (sommaire) ; Liège (7^e ch.), 17 décembre 2015, 2015/RG/618, à paraître in *R.P.S.-T.R.V.*, 2017 ; Bruxelles, 20 janvier 2009, *T.R.V.*, 2011, p. 289 ; Mons (1^{re} ch.), 12 septembre 2016, 2015/RG/920, à paraître in *R.D.C.*, 2017 ; Comm. Liège, 30 mars 1998, *R.P.S.*, 1998, p. 447 ; Comm. Anvers (22^e ch.), 18 octobre 2016, A/16/06059, à paraître in *R.P.S.-T.R.V.*, 2017 (où le défendeur soutenait que seuls les actionnaires sont intéressés au sens de l'article 634 C. Soc.).

²¹ Par exemple, art. 168 C. Soc. (désignation d'un expert-vérificateur).

11. Intérêt comme référence à l'intérêt du Code judiciaire

Une autre possibilité serait que la notion d'intéressé se réfère à la condition fixée aux articles 17 et 18 du Code judiciaire, selon lesquels le demandeur en justice doit posséder la qualité et l'intérêt pour agir. Cette interprétation est retenue par plusieurs juridictions, qui affirment que la notion de « tout intéressé » se réfère à l'intérêt au sens des articles 17 et 18 du Code judiciaire²².

L'intérêt se définit alors par référence à la formule célèbre de l'auteur du Code judiciaire, comme « tout avantage matériel ou moral – effectif mais non théorique – que le demandeur peut retirer de la demande [...] au moment où il la forme »²³.

Cette position a sa cohérence, qui provient de l'idée que la référence aux « intéressés » se situe toujours dans le contexte de la définition du droit d'agir, ce qui est aussi l'objet des articles 17 et 18 précités. La qualité disparaît alors en tant que condition autonome, et se confond avec la condition d'intérêt.

Mais dans cette interprétation, les dispositions du Code des sociétés seraient redondantes par rapport à celles du Code judiciaire, qui s'appliquent à toute action en justice. Si l'on suppose que le législateur ne s'exprime pas sans nécessité et qu'en conséquence l'expression « tout intéressé » doit avoir une signification, ou à tout le moins une fonction, il faut admettre que cette fonction ne se résume pas à répéter la condition résultant de l'article 17 du Code judiciaire.

12. Synthèse des différentes positions

Aucune de ces deux interprétations n'est donc pleinement satisfaisante.

Une piste serait que l'expression « tout intéressé », et le contraste qu'elle crée par rapport aux actions appartenant aux associés, servent à élargir l'action au-delà du cercle de ces derniers. Si, dans une perspective historique, on se souvient du temps où la société était considérée comme un contrat, il n'y avait rien d'évident à ce que des tiers non parties à ce contrat soient intéressés pour introduire une action sur la base du contrat. Cela était probablement d'autant plus étrange à l'époque, lorsque la théorie des effets externes du contrat était moins développée qu'elle ne l'est aujourd'hui. Préciser que l'action appartient à tout intéressé, c'est donc clarifier que des non-associés peuvent agir en justice en raison de la société. On voit bien dans la pratique et dans la jurisprudence que de nombreuses personnes sont considérées comme intéressées alors même qu'elles ne sont pas associées.

²² Cass., 2 avril 2015, *R.P.S.*, 2015, p. 409 ; Liège, 6 février 2014, *J.L.M.B.*, 2014, p. 1442, *R.D.C.*, 2014, pp. 720-721 (sommaire) ; Liège (7^e ch.), 17 décembre 2015, 2015/RG/618, à paraître in *R.P.S.-T.R.V.*, 2017 ; Mons (1^{re} ch.), 12 septembre 2016, 2015/RG/920, à paraître in *R.D.C.*, 2017. En doctrine, M. LEMAL, *Manuel de la liquidation des sociétés commerciales*, Malines, Kluwer, 2013, p. 100.

²³ Rapport de M. Charles VAN REEPINGHEN, Commissaire royal à la Réforme judiciaire, *Doc. Parl.*, Sén., sess. ord. 1963-1964, n° 60, p. 23.

Cette position est particulièrement éclairante lorsqu'on examine l'action en dissolution pour perte du capital. Il aurait été concevable que la dissolution de la société ne puisse être demandée que par un actionnaire, partie au « contrat » de société. L'associé, confronté aux pertes de la société dans laquelle il a investi, reçoit ainsi la possibilité de mettre un terme à l'entreprise déficitaire et à récupérer ce qui reste de sa mise tant qu'il est encore temps. Les créanciers, de leur côté, auraient été protégés par le droit de l'insolvabilité, et en particulier par la possibilité de citer la société en faillite. Quant à ceux qui ne sont ni actionnaires ni créanciers, il n'est pas nécessaire qu'ils puissent agir en dissolution.

Or, l'action a – à juste titre – été jugée recevable alors qu'elle est introduite par des créanciers de la société et même par des concurrents de celle-ci²⁴. L'idée sous-jacente est que le capital d'une société ne concerne pas ses seuls actionnaires, mais qu'il a des implications plus larges justifiant que d'autres puissent soumettre au juge une série de demandes à son sujet.

Cette position d'ouverture aux tiers ne repose pas seulement sur la conception, qui prévaut encore, selon laquelle les questions relatives au capital relèvent de l'ordre public économique²⁵. Mais ceci est généralisable à bien d'autres questions du droit des sociétés, dont on estime qu'elles ne concernent pas seulement les associés. La possibilité de demander la modification de la dénomination sociale²⁶ ou la désignation judiciaire d'un commissaire²⁷ relèvent aussi de cette logique.

B. Le Ministère public est-il un « intéressé » ?

13. Position du problème

S'il est admis que l'expression « tout intéressé » ne limite *a priori* pas à une seule catégorie les personnes habilitées à agir – sous réserve qu'elles démontrent *in concreto* l'existence d'un intérêt, on se demande toutefois si cette expression englobe le Ministère public. Le Ministère public serait en quelque sorte un intervenant particulier, qui ne devrait pas démontrer un intérêt lorsqu'il agit, mais qui ne pourrait agir que lorsqu'un article du Code des sociétés l'y habilite expressément.

²⁴ Voy. *supra*, note 20.

²⁵ Cass., 17 octobre 2014, R.G. n° C.13.0604.N, *R.W.*, 2014-2015, p. 399, (sommaire), *D.A.-O.R.*, 2015, p. 95 (sommaire) ; Anvers, 4 novembre 2010, *Limb. Rechtsl.*, 2011, p. 238 ; Comm. Termonde, 12 août 2010, *R.W.*, 2011-2012, p. 322 (selon lequel la diminution de l'actif net sous le montant du capital minimum et la subsistance d'une société dans cette situation constituent « une menace pour l'ordre public économique »), confirmé par Gand, 20 février 2012, *T.G.R. - T.W.V.R.*, 2012, p. 265 ; M. LEMAL, « Le droit pour le Ministère public de demander la dissolution d'une SCRL, SA ou SPRL, lorsque l'actif net est réduit à un montant inférieur au minimum légal de la libération du capital », *J.D.S.C.*, 2014, pp. 331-332.

²⁶ Art. 65 C. Soc.

²⁷ Art. 131 et 157 C. Soc.

14. Argument de texte et de cohérence législative

Cette position peut trouver appui dans un argument fondé sur le texte du Code de sociétés, si l'on y ajoute un postulat de cohérence du législateur.

Certaines dispositions attribuent la qualité pour agir à « tout intéressé » (sans autre ajout)²⁸, alors que d'autres visent à la fois les intéressés et le Ministère public²⁹ (et d'autres catégories encore dans certains cas). Sont particulièrement intéressantes à comparer, d'une part, la disposition relative à la dissolution judiciaire pour non-dépôt répété des comptes annuels, qui peut être demandée tant par tout intéressé que par le Ministère public³⁰, et d'autre part celles concernant la dissolution judiciaire pour actif net insuffisant³¹ qui admettent l'action introduite par tout intéressé, mais ne mentionnent pas le Ministère public.

Certains soutiennent que le législateur a voulu faire une différence entre les actions appartenant (aussi) au Ministère public et celles appartenant à tout intéressé à l'exclusion du Ministère public, lorsqu'il n'est pas expressément désigné³².

Cet argument repose sur l'adage *expressio unius est exclusio alterius*, qui est une variante de l'argument *a contrario*. D'une manière générale, l'utilisation de ce type d'argument est délicate car il repose en définitive sur un non-dit. Un panneau placé à l'entrée d'un chemin étroit, qui indique qu'il est autorisé aux piétons et aux cyclistes, signifie sans doute que le sentier est interdit aux camions ; mais un écriteau au bord d'une plage indiquant qu'elle est interdite aux chiens ne signifie pas forcément qu'on peut venir y promener un léopard. La clé est donc de décrypter l'intention de l'auteur de la règle, au moyen d'un travail d'interprétation visant à déterminer, dans le contexte, la signification de son silence.

En l'occurrence, il ne nous paraît pas qu'on puisse simplement considérer que, lorsque le Code cite « tout intéressé » sans viser expressément le Ministère public, ce dernier n'aurait pas d'action, même si d'autres dispositions visent explicitement les intéressés et le Ministère public.

Les articles qui prévoient des actions judiciaires dans le Code des sociétés ne sont pas toujours libellés de manière uniforme. Les strates successives qui ont formé la législation actuelle ainsi que les sources de droit européen contenant éventuellement des expressions différentes ne permettent pas de postuler une cohérence absolue dans l'expression législative. On voit ainsi clairement, par exemple, qu'il existe un modèle pour la dissolution pour actif net insuffisant (« tout intéressé peut demander... »), et un autre pour le respect des limitations dans l'utilisation des fonds propres de la société à finalité sociale

²⁸ Notamment art. 333, 432, 634, 666 et 835 C. Soc. (dissolution pour actif net insuffisant), mais aussi art. 65, 131, 157, 208 et 660, 248 et 495, 344 C. Soc., etc.

²⁹ Notamment art. 182, 184, 663, 667, 669, 833, 868, 941 et 1004 C. Soc.

³⁰ Art. 182 C. Soc.

³¹ Art. 333, 432, 634, 666 et 835 C. Soc.

³² Notamment Ph. JEHASSE, *Manuel de la liquidation*, 2^e éd., Malines, Kluwer, 2007, p. 129.

(« À la requête soit d'un associé, soit d'un tiers intéressé, soit du Ministère public... »³³). L'utilisation de deux modèles s'explique sans doute par une différence du contexte d'élaboration des règles en question, quoique le modèle de l'actif net insuffisant soit aussi employé lorsqu'il est appliqué à la SFS³⁴. Mais malgré cela, on reconnaît que les associés peuvent demander en justice la dissolution pour actif net insuffisant³⁵, alors même que l'assemblée générale peut la décider à des conditions très peu exigeantes³⁶ et qu'on pourrait donc argumenter que la voie judiciaire n'est pas ouverte aux associés dès lors qu'une autre procédure visant le même résultat leur est réservée.

Il paraît ainsi raisonnable de rejeter, dans ce contexte, l'argument de texte³⁷, et de considérer que l'omission de mentionner le Ministère public aux côtés des (autres) intéressés ne s'interprète pas comme signifiant que le Ministère public n'a aucun droit d'agir³⁸.

15. Compétence et fonction du Ministère public

Si l'on admet que le Ministère public peut agir lorsque l'action appartient à tout intéressé, sa position particulière dans l'organisation judiciaire empêche de lui appliquer simplement, comme aux autres intervenants, les critères de l'intérêt qui ont été dégagés à propos des articles 17 et 18 du Code judiciaire. On ne comprend d'ailleurs pas bien comment on pourrait utiliser ce critère dans le cas du Ministère public. S'ajoute à cela que, s'agissant d'une autorité étatique, elle ne peut agir que dans le cadre des pouvoirs qui lui sont conférés par ou en vertu de la loi.

Outre les cas où le Code des sociétés attribue explicitement une action au Ministère public, le principe en la matière se trouve à l'article 138*bis*, § 1^{er}, du Code judiciaire, qui dispose que « Dans les matières civiles, le Ministère public intervient par voie d'action, de réquisition ou, lorsqu'il le juge convenable, par voie d'avis. Le Ministère public agit d'office dans les cas spécifiés par la loi et en outre chaque fois que l'ordre public exige son intervention ».

Le problème devient alors de savoir si une question fait, ou non, partie de l'ordre public. La Cour de cassation répète régulièrement que « relève de l'ordre public tout ce qui touche aux intérêts essentiels de l'État ou de la collectivité ou

³³ Art. 663, 667 et 669 C. Soc.

³⁴ Art. 666 C. Soc.

³⁵ Y. DE CORDT (coord.), *Société anonyme*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 512 ; Ph. JEHASSE, *Manuel de la liquidation*, 2^e éd., Malines, Kluwer, 2007, p. 129 ; M. LEMAL, « La dissolution des SA, SPRL et SCRL », *Guide juridique de l'entreprise*, 2^e éd., livre 176.3, p. 57.

³⁶ Art. 332 al. 3, 431 al. 3 et 633 al. 4 C. Soc.

³⁷ M. COIPEL semble au contraire l'accepter, tout en précisant que le Ministère public peut agir sur la base de l'article 138*bis* du Code judiciaire (« Le Ministère public peut-il demander la dissolution d'une SCRL d'une SA ou d'une SPRL, lorsque l'actif net est réduit à un montant inférieur au minimum légal de la libération du capital ? », *J.D.S.C.*, 2012, p. 215-216).

³⁸ Voy. aussi l'argument de M. LEMAL, *Manuel de la liquidation des sociétés commerciales*, Malines, Kluwer, 2013, p. 101, ainsi que Y. DE CORDT, « Dissolution des sociétés pour pertes prononcées du capital social », *R.D.C.*, 2012, p. 62.

tout ce qui fixe, dans le droit privé, les bases juridiques sur lesquelles repose l'ordre économique ou moral de la société »³⁹. Le caractère très abstrait de cette définition a ses avantages et ses inconvénients. Quoi qu'il en soit, elle implique, d'une part, que l'ordre public est un concept évolutif⁴⁰ – les intérêts essentiels et l'ordre économique ou moral pouvant varier au cours du temps – et d'autre part qu'il n'est pas possible de l'appliquer immédiatement à telle ou telle règle concrète. Il revient donc à la jurisprudence⁴¹ (ultimement celle de la Cour de cassation), éclairée par la doctrine, de décider si une règle relève de l'ordre public ; et la jurisprudence peut évoluer.

Encore les choses ne sont-elles pas si simples. L'article 138*bis*, § 1^{er}, du Code judiciaire n'exige pas seulement⁴², ou n'exige pas du tout⁴³, de constater « qu'une disposition d'ordre public ou concernant l'ordre public a été violée », mais bien « que l'ordre public soit mis en péril par un état de choses auquel il importe de remédier »⁴⁴. Ceux qui croyaient que, vu la nature des règles d'ordre public et leur importance pour le fonctionnement de notre société, l'un entraîne nécessairement l'autre, en seront pour leurs frais. En somme, ici aussi, l'intérêt doit être effectif, non purement théorique. Le Ministère public ne peut agir que si, concrètement, l'ordre public est atteint⁴⁵.

16. Application au droit des sociétés

Par sa nature, le droit des sociétés régit en principe des relations économiques privées. Mais certains de ses aspects sont considérés comme intéressant le fonctionnement du système économique dans son ensemble, et donc comme essentiels à la bonne organisation de la collectivité⁴⁶.

On ne s'étonnera pas que, dans ces matières, le Code des sociétés attribue souvent le droit d'agir à tous les intéressés. S'il s'agit vraiment des bases essentielles de notre société, nous sommes tous concernés. Et le Ministère public peut agir au nom de la collectivité, pour faire respecter ces règles essentielles.

La vraie question sous-jacente – ne l'oublions pas – est celle de savoir si les règles en question sont réellement à ce point fondamentales qu'elles doivent être considérées comme d'ordre public, et si leur violation y porte atteinte, au point qu'il faille y remédier. C'est bien comme cela que la Cour de cassation

³⁹ Encore récemment, Cass., 13 décembre 2016, P. 16.0421.N.

⁴⁰ Voy. notamment H. CULOT, « Qui croit encore au capital ? », note sous Cass., 2 avril 2015, *R.P.S.*, 2015, pp. 426-429.

⁴¹ Voy. Cass., 13 décembre 2016, P. 16.0421.N., qui le reconnaît expressément à propos de la notion d'ordre public inscrite à l'article 806 du Code judiciaire.

⁴² Cette interprétation semble résulter de Cass., 7 février 2013, *R.D.C.*, 2014, p. 687.

⁴³ J. DU JARDIN, « Le Ministère public dans ses fonctions non pénales », *J.T.*, 2004, p. 728.

⁴⁴ Cass., 7 février 2013, *R.D.C.*, 2014, p. 687 ; J. DU JARDIN, « Le Ministère public dans ses fonctions non pénales », *J.T.*, 2004, p. 728. Pour une application, Comm. Charleroi, 3 mars 2014, *J.D.S.C.*, 2015, p. 335.

⁴⁵ Voy. J. DU JARDIN, « Le Ministère public dans ses fonctions non pénales », *J.T.*, 2004, p. 728.

⁴⁶ Voy. notamment les références citées *supra* à la note 25.

raisonne dans son arrêt du 17 octobre 2014⁴⁷. Pourtant, nonobstant la jurisprudence dominante, on peut légitimement douter que les exigences relatives au capital dans les sociétés à responsabilité limitée soient encore à ce point essentielles⁴⁸. Le projet de réforme en cours, qui se propose de supprimer la notion même de capital dans la SPRL, confirme déjà l'évolution des mentalités sur ce point. S'il est adopté, la question ne se posera plus pour ce type de société, mais elle continuera à être pertinente dans le cadre de la société anonyme : si le législateur n'y tient plus pour la SPRL, pourra-t-on encore raisonnablement soutenir que le capital est à ce point essentiel dans une SA ?

III. Actions réservées à la société

17. Présentation

Lorsque les dispositions du Code des sociétés qui prévoient une action judiciaire n'indiquent pas qu'elle est ouverte à tout intéressé, elles visent alors une ou plusieurs catégories d'acteurs, qu'elles habilitent à saisir le juge.

Même si les dispositions concernées ne le font pas toujours apparaître clairement, ces règles visent en réalité deux situations distinctes, comme on l'a déjà évoqué. Parfois, l'action appartient à la société et la disposition a pour objectif d'indiquer quel représentant peut introduire les demandes en son nom. Dans d'autres cas, l'action n'appartient pas à la société mais à un ou plusieurs autres *stakeholders*.

Il n'est pas toujours aisé de distinguer ces deux catégories. L'analyse doit se faire au cas par cas : soit aucun représentant de la société n'est désigné (*infra*, n^{os} 18 à 20), soit le Code prescrit l'intervention d'un organe particulier (*infra*, n^o 21), soit encore la situation est moins facilement classifiable (*infra*, n^{os} 22 et 23).

18. Aucun représentant particulier n'est désigné

Lorsque l'action appartient à la société et qu'aucun organe particulier n'est désigné, l'action doit être introduite par l'organe de représentation⁴⁹. C'est ce

⁴⁷ Cass., 17 octobre 2014, R.G. n^o C.13.0604.N, *R.W.*, 2014-15, p. 399, (sommaire), *D.A.-O.R.*, 2015, p. 95 (sommaire). M. LEMAL, « La dissolution des SA, SPRL et SCRL », *Guide juridique de l'entreprise*, 2^e éd., livre 176.3, p. 58.

⁴⁸ Voy. notamment H. CULOT, « Qui croit encore au capital ? », note sous Cass., 2 avril 2015, *R.P.S.*, 2015, pp. 426-429 ; Ph. JEHASSE, *Manuel de la liquidation*, 2^e éd., Malines, Kluwer, 2007, p. 129. On admet toutefois généralement qu'il faut réserver un sort distinct, dans cette réflexion, à certaines sociétés pour lesquelles, en raison de leur actionnariat (sociétés cotées) ou leurs activités (principalement dans le domaine bancaire et financier), le capital et son maintien restent des exigences fondamentales du bon fonctionnement du système économique.

⁴⁹ Art. 703 C. Jud., renvoyant aux dispositions pertinentes du Code des sociétés et notamment aux articles 257 alinéa 3 et 552 § 2 C. Soc. qui mentionnent expressément la représentation en justice. Bruxelles, 5 septembre 2014, *J.L.M.B.*, 2015, p. 501, obs. C. MALHERBE ; O. CAPRASSE et F. GEORGES, « Responsabilité du gérant et pouvoir de représentation d'une société dissoute : deux opportunités de réflexion sur l'office du juge », *J.L.M.B.*, 1999, p. 711.

que prévoit l'article 703 du Code judiciaire, qui renvoie implicitement aux dispositions du droit des sociétés pour déterminer quel organe est compétent, et qui ajoute qu'il n'est en principe pas nécessaire de mentionner cet organe dans les actes judiciaires. La distinction bien connue entre l'organe de décision (qui décide d'exercer l'action) et l'organe de représentation (qui représente la société à cette fin) doit être respectée⁵⁰.

Ainsi, par exemple, c'est l'organe de gestion qui décide d'agir en restitution de dividendes versés en violation des règles pertinentes dans les sociétés à responsabilité limitée⁵¹, qui demande la désignation d'un réviseur conjoint pour examiner le projet de fusion transfrontalière⁵² ou qui introduit la requête en homologation d'une décision de l'assemblée générale des obligataires⁵³.

En pratique, deux problèmes se posent fréquemment à ce sujet : celui de la délimitation de la compétence de l'organe (*infra*, n° 19) et celui du recours introduit par l'ancien organe (*infra*, n° 20).

19. Compétence de l'organe

Il est parfois soutenu que l'organe qui a décidé ou qui représente la société n'est pas l'organe compétent. Ceci concerne en particulier les actions et recours introduits sur les instructions du délégué à la gestion journalière, pour des questions qui dépassent les limites de cette gestion. Or, la Cour de cassation rappelle que « Le défaut de pouvoir de l'organe qui intervient pour la personne morale affecte la recevabilité de l'action en raison de l'absence de qualité de cet organe »⁵⁴.

Une abondante jurisprudence s'est développée, paradoxalement davantage devant les juridictions administratives et constitutionnelle que devant les juges commerciaux. La raison en est probablement que les possibilités de régularisation (grâce à une ratification par l'organe compétent⁵⁵) sont plus aisées devant ces derniers, en raison de délais moins stricts. Si une ratification est possible en cours d'instance, le défendeur ne trouve plus guère utile d'invoquer l'irrecevabilité. En outre, la Cour de cassation induit de la combinaison entre les articles 703 et 440 alinéa 2 du Code judiciaire que l'avocat qui pose un acte de procédure au nom d'une personne morale est présumé avoir reçu un mandat

⁵⁰ J. VAN COMPERNOLLE, « L'action en justice des sociétés et groupements », *T.P.R.*, 1980, pp. 102-110.

⁵¹ Art. 320 § 2, 429 § 2 et 619 C. Soc. (Ces articles contiennent une règle matérielle et non procédurale).

⁵² Art. 772/9 § 2 C. Soc.

⁵³ Art. 297 et 574 C. Soc., qui mentionnent que la requête est introduite « à la diligence » des gérants ou des administrateurs. Un obligataire intéressé peut aussi former cette demande.

⁵⁴ Cass., 18 septembre 2014, *J.T.*, 2014, p. 622 ; *R.G.D.C.*, 2015, obs. A. DECROËS, « L'action en justice des personnes morales : incompétence et ratification ».

⁵⁵ Cass., 18 septembre 2014, *J.T.*, 2014, p. 622 ; *R.G.D.C.*, 2015, obs. A. DECROËS, « L'action en justice des personnes morales : incompétence et ratification » ; J. VAN COMPERNOLLE, « L'action en justice des sociétés et groupements », *T.P.R.*, 1980, p. 103.

de la part de l'organe compétent de cette personne morale⁵⁶, ce qui complique encore la tâche du défendeur qui s'y risquerait.

On se souvient néanmoins de l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt de la Cour de cassation du 26 février 2009⁵⁷, qui concernait la recevabilité d'un recours fiscal, d'un enjeu inférieur à 300.000 euros, introduit sur les instructions de l'administrateur-délégué d'une société dont le chiffre d'affaires dépassait les 21 milliards d'euros. Le débat tournait autour de la question de savoir si la Cour d'appel avait examiné tous les éléments de la définition des pouvoirs du délégué à la gestion journalière. Mais la conséquence concrète était bien que, selon la définition retenue, le recours était recevable ou ne l'était pas.

Il n'est pas possible d'entrer ici dans l'examen complet des décisions dans ce domaine, qui n'aboutissent pas toujours à des solutions parfaitement cohérentes. Les principes devraient pourtant être identiques. Les incertitudes qui entourent la notion de gestion journalière n'aident évidemment pas à clarifier la situation.

20. Recours introduits par un organe contre la décision qui lui ôte ses pouvoirs

Des contestations se sont élevées sur la personne habilitée à introduire un recours, au nom de la société, contre des décisions dessaisissant les organes antérieurs pour les remplacer par d'autres. Par exemple, le jugement exécutoire prononçant la dissolution de la société et nommant un liquidateur peut-il être attaqué en appel par les anciens administrateurs, agissant au nom de la société ?

L'application mécanique des règles juridiques voudrait que, dans ce cas, le recours soit rejeté pour défaut de qualité car, en vertu du jugement *a quo*, les administrateurs n'ont plus qualité pour représenter la société⁵⁸. Toutefois, cette solution revient *de facto* à empêcher l'exercice effectif d'un recours : l'organe nouvellement nommé n'est guère enclin à attaquer sa propre désignation, et ceux qui, substantiellement, ont intérêt à la contester sont privés de cette possibilité. Sur le plan des principes, ce serait en quelque sorte présumer le bien-fondé d'une décision que l'on cherche précisément à remettre en cause. Certes, c'est là le propre du mécanisme de l'exécution provisoire, mais cette technique n'est acceptable que parce qu'un recours est concrètement possible, qui peut mener à la réformation de la première décision.

On atteint là une des limites du mécanisme de la personnalité morale : on a beau pousser aussi loin que possible l'autonomie de la personne morale, il reste toujours en arrière-plan une ou plusieurs personnes physiques ultimement

⁵⁶ Cass., 17 avril 1997, *Pas.*, I, 1997, 472 ; Cass., 9 janvier 2007, *R.P.S.*, 2008, p. 76. Ce raisonnement n'est pas unanimement admis : voy. J. VAN COMPERNOLLE, « L'action en justice des sociétés et groupements », *T.P.R.*, 1980, pp. 107-108.

⁵⁷ *R.P.S.*, 2010, p. 298, note V. SIMONART, *R.D.C.*, 2009, p. 948, note E. POTTIER et A. BERTRAND.

⁵⁸ En ce sens, mais à tort selon nous, Comm. Bruxelles, 30 novembre 1998, *J.L.M.B.*, 1999, p. 710. Ce jugement admet toutefois que les anciens administrateurs auraient pu introduire une tierce-opposition en leur nom personnel.

concernées, généralement parce qu'elles sont les « bénéficiaires économiques » de la structure sociétaire.

Pour cette raison, la jurisprudence et la doctrine admettent que la société peut, aux fins de l'introduction du recours, être représentée par ses anciens organes⁵⁹. Une analogie est parfois présentée avec le cas de la faillite, où l'on admet que le failli, même dessaisi de la gestion de son patrimoine, peut interjeter appel contre le jugement d'ouverture de la faillite⁶⁰.

21. L'action appartient à la société, mais doit être mue par une personne en particulier

Lorsque l'action appartient à la société, le Code exige parfois que la décision de l'exercer soit prise, non par l'organe en principe compétent, mais par un autre organe. Le même cas peut se poser pour la représentation de la société.

On pense immédiatement à l'exercice de l'action sociale contre les administrateurs ou gérants. Cette action appartient à la société, mais seule l'assemblée générale est compétence pour décider d'introduire la demande⁶¹. Si l'assemblée générale n'a pas pris de décision en ce sens, on peut régulariser la situation en faisant confirmer par l'assemblée la décision d'agir, à condition que la prescription ne soit pas acquise⁶².

⁵⁹ Bruxelles, 15 juin 1983, *R.P.S.*, 1983, p. 275, réformant Comm. Bruxelles (réf.), 12 avril 1983, *R.P.S.*, 1983, p. 273, et les observations de J.-P. RENARD (pp. 281-282) (opposition contre la désignation d'un administrateur provisoire et appel contre la décision d'irrecevabilité de cette opposition) ; Bruxelles, 25 avril 2002, *J.L.M.B.*, 2003, p. 1263 et Liège, 29 juin 2006, *J.T.*, 2007, p. 172, *J.L.M.B.*, 2007, p. 967 (appel contre une décision de dissolution pour non-dépôt des comptes annuels) ; Liège, 24 mai 2007, *R.P.S.*, 2007, p. 399, (appel contre la décision refusant de confirmer un liquidateur) ; O. CAPRASSE et F. GEORGES, « Responsabilité du gérant et pouvoir de représentation d'une société dissoute : deux opportunités de réflexion sur l'office du juge », *J.L.M.B.*, 1999, pp. 711 et s. ; M.-A. DELVAUX, « Le titulaire du droit d'exercer un recours contre un jugement prononçant la dissolution d'une société commerciale », *J.D.S.C.*, 2004, pp. 366-367 ; Ph. JEHASSE, *Manuel de la liquidation*, 2^e éd., Malines, Kluwer, 2007, pp. 98-99 ; M. LEMAL, « La dissolution des SA, SPRL et SCRL », *Guide juridique de l'entreprise*, 2^e éd., livre 176.3, pp. 37-38 ; D. VAN GERVEN, *Handboek vennootschappen. Algemeen deel*, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 886.

⁶⁰ Art. 14, al. 4 de la loi du 8 août 1997 sur les faillites.

⁶¹ Cass., 25 septembre 2003, *R.D.C.*, 2005, p. 382, *T.R.V.*, 2004, p. 35 ; Comm. Hasselt, 27 mars 2000, *T.R.V.*, 2000, p. 186 ; D. VAN GERVEN, *Handboek vennootschappen. Algemeen deel*, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 716. En cas de faillite, l'action appartient au curateur (Liège, 26 février 1998, *J.L.M.B.*, 1999, p. 708), et au liquidateur en cas de liquidation. Une décision de l'assemblée générale n'est alors pas requise (Y. DE CORDT (coord.), *Société anonyme*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 417).

⁶² Gand, 6 mars 2006, *D.A.-O.R.*, 2008, p. 333 (indiquant toutefois qu'il ne s'agit pas d'une question de qualité relevant du droit judiciaire), et la note d'A. JANSEN, « *Actio mandati* : quand les actionnaires ont le premier et le dernier mot », spéc. p. 344 ; J. VANANROYE, « De bekrachtiging van eenzijdige vertegenwoordigingshandelingen, in het bijzonder van de *actio mandati* ingesteld zonder beslissing van de AV », note sous Cass., 25 septembre 2003, *T.R.V.*, 2004, pp. 41-44 ; B. VAN BRUYSTEGEM, « Over de bekrachtiging van een *actio mandati* », note sous Comm. Hasselt, 27 mars 2000, *T.R.V.*, 2000, p. 189. Comp. Comm. Hasselt, 8 mars 2000, *T.R.V.*, 2000, p. 184 et M. ERNOTTE, « La décision d'introduire une action sociale », *J.D.S.C.*, 2008, pp. 188-189.

L'article 183 du Code des sociétés autorise le liquidateur à demander au Tribunal de commerce l'homologation d'une décision de transfert du siège de la société en liquidation. Il s'agit là d'une action intentée par la société, qui est à cette fin représentée par son liquidateur. S'agissant d'une société en liquidation, le liquidateur est en réalité l'organe de représentation normal, de sorte que ce cas ne pose pas vraiment question.

Parfois, la disposition permet l'introduction de l'action par plusieurs représentants de la société. Elle dresse alors une liste de personnes qui, chacune, peuvent formuler la demande. L'article 190, § 1^{er} du Code des sociétés permet ainsi que la requête soumettant au Tribunal le plan de répartition de l'actif au terme de la liquidation soit signée par le liquidateur, un notaire, un avocat, ou un administrateur ou gérant. C'est surtout la présence de ces derniers qui étonne, car en principe il n'y a plus ni administrateur ni gérant à ce stade de la vie de la société⁶³.

22. Le Code désigne une personne qui pourrait aussi être titulaire de l'action en son nom personnel

On doit distinguer le cas où l'action appartient à la société avec un représentant chargé de l'introduire, de celui où une autre personne, qui peut par ailleurs être organe ou membre d'un organe, est titulaire de l'action.

Le cas de l'action minoritaire est bien connu. Substitut à l'action oblique, elle permet à un actionnaire d'agir en son nom propre mais pour le compte de la société⁶⁴. Sur le plan procédural, l'actionnaire minoritaire agit donc en son nom personnel ; il exerce une action qui lui appartient. Mais le résultat du procès bénéficie à la société, et donc indirectement seulement à l'actionnaire diligent.

On peut se demander ce qu'il en est lorsque le commissaire dénonce la société au président du Tribunal en cas de menace à sa continuité⁶⁵. À supposer qu'il s'agisse d'une action en justice à proprement parler, elle ne semble pas être exercée au nom de la société, puisque l'acte lui est hostile, du moins à première vue. D'un autre côté, on peine à distinguer quel intérêt personnel le commissaire peut tirer de la dénonciation de son client ; il agit en réalité plutôt dans l'intérêt des actionnaires, voire dans l'intérêt général.

23. Situations hybrides

On rencontre aussi dans la pratique un certain nombre de situations hybrides.

Une même personne peut avoir la possibilité d'agir en différentes qualités. Le curateur peut agir en tant que représentant de la société en faillite lorsqu'il met en cause la responsabilité des administrateurs sur la base d'une faute de

⁶³ Voy. aussi l'article 184, § 2 C. Soc., en ce qui concerne la requête en confirmation du liquidateur.

⁶⁴ Y. DE CORDT (coord.), *Société anonyme*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 438-439.

⁶⁵ Art. 138 C. Soc.

gestion⁶⁶. Mais il peut aussi agir en tant que représentant des créanciers pour faute grave et caractérisée⁶⁷, ou même sans préciser la qualité sur laquelle il se base lorsqu'il invoque une violation du Code ou des statuts⁶⁸. Tel n'est pas le cas du liquidateur, qui est un organe de la société mais non un représentant des créanciers⁶⁹.

Certaines procédures peuvent être introduites tant par la société que par les tiers. Ainsi, l'homologation d'une décision de l'assemblée générale des obligataires peut être demandée par l'organe de gestion (qui agit alors comme représentant de la société) ou par un obligataire intéressé à titre personnel⁷⁰.

Selon l'article 523, § 2, du Code des sociétés, la décision du conseil d'administration prise en violation des règles relatives aux conflits d'intérêts peut être annulée à la demande de la société⁷¹. Cette disposition semble donc établir une action attitrée. Mais certaines juridictions, considérant qu'il s'agit d'un cas (parmi d'autres) d'annulation de la décision d'un organe, ont admis l'action d'un actionnaire individuel⁷².

Ce raisonnement joue sur l'existence, dans ce cas, de deux bases juridiques distinctes pour obtenir l'annulation : l'une générale, que l'on rattache traditionnellement à l'article 64 du Code des sociétés (annulation des décisions de l'assemblée générale), et l'autre particulière, prévue à son article 523 (conflits d'intérêts). Par application de l'adage *lex specialis*, on serait plutôt tenté de considérer que la volonté du législateur a été de n'attribuer l'action en nullité qu'à la société, ce d'autant que le Code ne prévoit pas expressément une procédure générale d'annulation des décisions de l'organe de gestion.

Mais il faut reconnaître aussi que cette interprétation laisse en grande partie cette disposition lettre morte, car rares sont les cas où l'organe de gestion demandera l'annulation de sa propre décision, à plus forte raison si ceci fait paraître au grand jour l'existence d'une cause de responsabilité solidaire de ses membres. L'annulation serait alors réservée aux cas, plutôt exceptionnels, de modification de la composition de l'organe de gestion, ou de son remplacement par un curateur en cas de faillite⁷³.

⁶⁶ Art. 527 C. Soc.

⁶⁷ Art. 530 C. Soc.

⁶⁸ Art. 528 C. Soc.

⁶⁹ Bruxelles, 12 septembre 2014, *R.P.S.-T.R.V.*, 2016, p. 68, citant Cass., 12 novembre 1903, *Pas.*, 1904, I, 47 (la demande tendait à faire déclarer une convention conclue par la société inopposable à la masse des créanciers).

⁷⁰ Art. 297 et 574 C. Soc.

⁷¹ Y. DE CORDT (coord.), *Société anonyme*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 382-383 ; P. HAINAUT-HAMENDE et G. RAUCQ, « La société anonyme. Première partie : Constitution et fonctionnement », *Rép. not.*, t. XII, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 490.

⁷² Comm. Termonde, 27 septembre 2012, *T.R.V.*, 2015, p. 472, noot S. DE DIER. *Contra* : Comm. Gand (réf.), 20 octobre 2014, *T.R.V.*, 2015, p. 470, selon lequel seule la société peut demander l'annulation ; Comm. Bruxelles, 31 janvier 1997, *T.R.V.*, 1997, p. 159.

⁷³ F. PARREIN, « De belangenconflictprocedure: de toepassing op de managementvennootschap en de nietigheidssanctie kritisch bekeken », note sous Anvers, 13 septembre 2007, *T.R.V.*, 2010, pp. 558-559.

Enfin, le mécanisme de l'action oblique, soit fondé sur le droit commun⁷⁴, soit sur la disposition particulière du Code des sociétés en matière de libération des apports⁷⁵, permet aux créanciers d'agir pour faire valoir les droits de la société lorsque celle-ci néglige de les exercer⁷⁶.

IV. Actions réservées à un ou plusieurs *stakeholders*

24. Introduction

Plusieurs questions spécifiques se posent lorsque l'action appartient à un ou plusieurs groupes spécifiques de *stakeholders*. On en examine trois ci-dessous. La manière dont le groupe est défini peut poser des problèmes de précision et d'interprétation (A). On peut ensuite se demander si le fait d'appartenir au groupe concerné, ce qui constitue une condition de recevabilité de l'action liée à la qualité, permet de présumer qu'une autre condition de l'action, à savoir l'intérêt, est *ipso facto* respectée (B). Enfin, l'appartenance à un groupe particulier constitue parfois également une condition de fondement de la demande (C).

A. Définition du groupe visé

a. Modes de définition

25. Désignation d'une catégorie d'acteurs

Lorsque le Code des sociétés n'attribue pas l'action à tous les intéressés, il désigne en général une catégorie d'acteurs comme titulaires du droit d'agir.

Parmi ces catégories, on trouve, sans surprise, la société⁷⁷, les associés⁷⁸ et les créanciers⁷⁹.

⁷⁴ Art. 1166 C. Civ.

⁷⁵ Art. 199, al. 3 C. Soc.

⁷⁶ S. GILCART, « Action oblique et actions directes en droit des sociétés : l'exemple original de l'article 199 du nouveau Code », *J.D.S.C.*, 2003, pp. 21-33.

⁷⁷ *Supra*, n^{os} 17 et s.

⁷⁸ Les associés (ou un terme similaire) sont cités dans les dispositions suivantes : art. 45 C. Soc. (dissolution pour justes motifs ; voy. à ce sujet Cass., 23 septembre 2013, *J.D.S.C.*, 2014, p. 321, *T.R.V.*, 2013, p. 778), art. 168 C. Soc. (nomination d'experts vérificateurs), art. 334 et 636 C. Soc. (action en exclusion), art. 340 et 642 C. Soc. (action en retrait), art. 516 C. Soc. (sanction des règles de transparence), art. 562 C. Soc. (action minoritaire), art. 566 (révocation du mandataire spécial de l'action minoritaire) art. 663 et 669 C. Soc. (distributions par la SFS), art. 667 C. Soc. (dissolution d'une SFS), art. 829 C. Soc. (désignation d'un expert pour le contrôle d'une société agricole).

⁷⁹ Il s'agit principalement des demandes de sûretés liées à une réduction de capital (art. 317, 426 et 613 C. Soc.), une fusion ou scission (art. 684 C. Soc.), un apport de branche d'activité ou d'universalité (art. 766 C. Soc.) ou un transfert de siège (art. 933 et 996 C. Soc.). En matière de libération des apports, sont aussi prévues l'action oblique (*supra*, n^o 23), qui appartient formellement aux créanciers (J. VAN COMPERNOLLE, *Le droit d'action en justice des groupements*, Bruxelles, Larcier, 1972, pp. 254-255) même s'il s'agit de faire valoir les droits de la société, ainsi que l'action directe contre les associés commanditaires d'une société en commandite simple (art. 206, al. 1^{er} C. Soc.).

Un nombre significatif de dispositions indiquent que l'action peut être exercée par le Ministère public⁸⁰. Dans certains cas, le Ministère public doit être entendu⁸¹, ce qui n'équivaut pas à un droit d'agir.

Les obligataires peuvent aussi agir pour demander l'homologation d'une décision de leur assemblée générale⁸², de même que le curateur pour faire valoir la responsabilité des fondateurs pour capital insuffisant⁸³ ou des membres de l'organe de gestion pour faute grave et caractérisée⁸⁴.

On a déjà cité la possibilité pour le commissaire de saisir le président du Tribunal de commerce en cas de menace à la continuité de la société⁸⁵.

On trouve même un cas où le juge peut agir d'office, afin de dissoudre une société agricole qui n'aurait pas pour objet ou (plus vraisemblablement) pour activité « l'exploitation d'une entreprise agricole ou horticole »⁸⁶.

D'autres catégories ont plutôt trait aux organes de la société qui peuvent la représenter, comme le liquidateur⁸⁷ ou l'organe de gestion⁸⁸.

26. Conditions particulières

Les dispositions précitées ajoutent parfois des conditions, positives ou négatives.

Ainsi, l'article 516, § 2 du Code des sociétés ouvre l'action aux actionnaires « ayant le droit de vote ». La désignation d'un expert sur la base de l'article 829 C. Soc. est demandée par les associés *commanditaires*.

Des seuils sont parfois fixés, comme en matière de désignation d'expert vérificateur et d'action minoritaire (1 % des voix ou « une fraction du capital égale à 1.250.000 euros au moins »)⁸⁹ ou d'action en exclusion (en principe 30 % des voix ou du capital)⁹⁰.

Les créanciers qui peuvent demander une sûreté se voient imposer des conditions relatives à la créance : celle-ci doit (selon les cas) être antérieure

⁸⁰ Art. 182 C. Soc. (dissolution pour non-dépôt des comptes annuels), art. 184, § 2 et 4 C. Soc. (confirmation et remplacement du liquidateur), art. 663 et 669 C. Soc. (distributions par la SFS), art. 667 C. Soc. (dissolution d'une SFS), art. 833 C. Soc. (dissolution d'une société agricole), art. 868 C. Soc. (dissolution d'un GIE), art. 941 et 1004 (dissolution d'une SE ou d'une SCE en cas de discordance du siège social et du siège réel). S'y ajoutent évidemment les actions pénales prévues par le Code des sociétés, que l'on n'envisage pas dans la présente contribution.

⁸¹ Art. 183 C. Soc. (homologation du transfert de siège d'une société en liquidation), art. 297 et 574 C. Soc. (homologation d'une décision de l'assemblée générale des obligataires), art. 833 C. Soc. (dissolution d'une société agricole), art. 868 C. Soc. (dissolution d'un GIE).

⁸² Art. 297 et 574 C. Soc.

⁸³ Art. 229, 5°, 405, 5° et 456, 4° C. Soc.

⁸⁴ Art. 265, 409 et 530 C. Soc.

⁸⁵ Art. 138 C. Soc.

⁸⁶ Art. 833 C. Soc., renvoyant à l'article 789 C. Soc.

⁸⁷ Art. 183, art. 190 § 1^{er} C. Soc.

⁸⁸ Art. 190 § 1^{er}, art. 297 et 574 C. Soc.

⁸⁹ Art. 168 et 562 C. Soc.

⁹⁰ Art. 334 al. 2, 339 al. 3, 636 al. 2 et 641 al. 3 C. Soc. Voy. T. HOOGSTOEL, « Les actions en exclusion et en retrait », *J.T.*, 2009, p. 566.

à la publication du fait générateur, ne pas être exigible ou faire l'objet d'une contestation dans le cadre d'une procédure judiciaire ou arbitrale⁹¹.

Les conditions sont parfois formulées de manière négative. Ainsi, l'action en exclusion et l'action en retrait n'appartiennent pas à la société ni à ses filiales (même si elles possèdent des parts ou actions de la société)⁹². L'article 178, alinéa 2 du Code des sociétés, relatif à l'annulation des décisions d'assemblées générales, exclut les associés qui ont voté en faveur de la décision attaquée (sauf en cas de vice de consentement) et ceux qui ont renoncé à se prévaloir de la nullité (sauf si la question relève de l'ordre public).

b. Imprécision des libellés

27. Actions et actionnaires

Il arrive que le groupe de personnes qui peut agir en justice soit défini de manière vague ou avec des termes mal adaptés, dépassés, ou non cohérents d'une disposition à l'autre.

Par exemple, l'article 566 du Code des sociétés impose, dans le cadre d'une action minoritaire, que les demandeurs choisissent un mandataire pour conduire le procès en leur nom. Ils peuvent révoquer ce mandataire par décision unanime. L'article ajoute ensuite que « La révocation peut aussi être poursuivie pour cause légitime par tout porteur de titres, devant le président du Tribunal de commerce statuant comme en matière de référés ». Cette disposition mériterait plus de précision : d'une part, elle se réfère à un « porteur », alors que les titres au porteur sont censés avoir disparu⁹³ et, d'autre part, elle semble autoriser le détenteur de n'importe quel titre à demander la révocation, même s'il n'est pas actionnaire (alors que l'action minoritaire est réservée aux actionnaires) et même s'il n'est pas partie à l'action minoritaire. On pourrait, très simplement, réserver l'action à chacun des mandants⁹⁴.

En matière de retrait, le Code semble affirmer que l'action appartient à « tout actionnaire », mais continue en prévoyant que l'action peut avoir pour objet le rachat, non seulement des actions, mais aussi des obligations convertibles et des droits de souscription. Il faut probablement en déduire que les détenteurs de tels titres peuvent agir en retrait même s'ils ne sont pas actionnaires. On ajoute généralement les parts bénéficiaires à la liste, en estimant que le législateur a voulu viser tous les titres « qui confère[nt] la qualité d'associé »⁹⁵.

⁹¹ Art. 317, 426 et 613 C. Soc. (réduction de capital), art. 684 C. Soc. (fusion ou scission), art. 766 C. Soc. (apport de branche d'activité ou d'universalité), art. 933 et 996 C. Soc. (transfert de siège).

⁹² Art. 334 et 636 C. Soc.

⁹³ Loi du 14 décembre 2005 portant suppression des titres au porteur, *M.B.*, 23 décembre 2005, *err.*, *M.B.*, 6 février 2006.

⁹⁴ C'est d'ailleurs comme cela que cette disposition est parfois interprétée (J.-P. RENARD, « Art. 566 C. Soc. », *Commentaire systématique du Code des sociétés*, Kluwer, 2006, p. 2).

⁹⁵ O. CAPRASSE et R. AYDOGDU, *Les conflits entre actionnaires*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 280.

28. Intéressés, parties et tiers

De même, on pourrait souhaiter davantage de précision ou de cohérence lorsqu'il s'agit de désigner les « intéressés ». Si l'expression « tout intéressé » semble majoritaire, on trouve aussi des locutions différentes qui paraissent pourtant viser la même réalité : « intéressé »⁹⁶, « tiers »⁹⁷, « tiers intéressé »⁹⁸, « partie ayant un intérêt légitime »⁹⁹. Ces trois dernières expressions sont énigmatiques dans la mesure où, en principe, on oppose les parties (à un contrat ou à une procédure) et les tiers.

Le contexte dans lequel le Code vise les « parties » qui peuvent demander la dissolution de la société agricole¹⁰⁰ ou du GIE¹⁰¹ semble indiquer qu'il s'agit des parties à une procédure, et non des associés de la société ou des membres du GIE. C'est cette interprétation que privilégie la doctrine¹⁰², ce qui est probablement de bon sens. Mais l'expression du législateur est maladroite. Premièrement, elle définit une condition de l'action par rapport à l'effet de son exercice, ce qui est tautologique ou incohérent. En second lieu, comme ces articles opposent les « parties ayant un intérêt légitime » au Ministère public, cette interprétation semble impliquer que, si la dissolution est demandée par le Ministère public, celui-ci ne serait pas partie à la procédure (alors que c'est le cas). Enfin, dans cette interprétation, l'expression utilisée est finalement équivalente à celle de « tout intéressé », qu'on aurait parfaitement pu utiliser.

Lorsqu'on parle des « tiers intéressés », on les oppose selon le cas à la société¹⁰³, aux associés¹⁰⁴, ou à l'apporteur et à la société¹⁰⁵. Ceci pose inévitablement la question de savoir si les associés peuvent être appelés « tiers », en particulier dans le cadre de l'article 184, § 2 du Code des sociétés, qui prévoit que la demande est introduite par la société, par le Procureur du Roi, ou par tout tiers intéressé, sans mentionner explicitement les associés, contrairement aux articles précités relatifs à la SFS.

29. Partie la plus diligente

L'expression de « partie la plus diligente » est aussi employée à quelques reprises, dans le contexte de l'octroi d'une sûreté à certains créanciers à

⁹⁶ P. ex. art. 516 § 3 C. Soc.

⁹⁷ Art. 206 C. Soc.

⁹⁸ Art. 184 § 2, art. 184 § 4, art. 663, art. 667, art. 669 et art. 769 C. Soc.

⁹⁹ Art. 833 al. 2 et art. 868 C. Soc.

¹⁰⁰ Art. 833 al. 2 C. Soc.

¹⁰¹ Art. 868 C. Soc.

¹⁰² V. SIMONART, « Groupements d'intérêt économique – G.I.E. et G.E.I.E. », *Rép. not.*, t. XII, Bruxelles, Larcier, 2002, p. 239.

¹⁰³ Art. 184 § 2 C. Soc. (homologation ou confirmation de la nomination du liquidateur) ; art. 184, § 4 C. Soc. (remplacement du liquidateur).

¹⁰⁴ Art. 663 et 669 C. Soc. (responsabilité des dirigeants en cas de distributions illicites dans une SFS) ; art. 667 C. Soc. (dissolution d'une SFS).

¹⁰⁵ Art. 769 C. Soc. (inopposabilité des apports d'universalité et de branche d'activité).

l'occasion d'opérations qui leur sont potentiellement défavorables¹⁰⁶, du refus d'agrément dans la SPRL¹⁰⁷ ou de la désignation d'un réviseur chargé d'évaluer le patrimoine d'un GIE¹⁰⁸.

Le terme « partie la plus diligente », habituellement utilisé en droit procédural, fait ici référence à ceux qui seront, après son introduction, parties à la procédure. La technique consistant à autoriser l'introduction de la cause par référence à la conséquence de cette introduction est autoréférentielle¹⁰⁹, ce qui n'est pas des plus heureux sur le plan légistique. Mais cela ne semble pas poser problème en pratique, dès lors que le sens de ces dispositions résulte du texte ou du contexte. Il s'agit respectivement de la société et des créanciers, du cédant et des associés qui s'opposent à la cession, et du groupement et de l'associé qui cesse d'en faire partie. Cette expression vise probablement à traduire l'idée d'une alternative entre plusieurs demandeurs, chacun des intervenants étant habilité à prendre l'initiative de saisir le juge.

30. Divergences entre les dispositions légales et l'interprétation jurisprudentielle ou doctrinale

Dans l'analyse de ces dispositions, on est parfois confronté à des illusions d'optique, notamment lorsque le texte de la disposition légale ne correspond pas, au moins à première vue, à l'interprétation qui en est donnée.

Un exemple intéressant est fourni par le jugement du Tribunal de commerce de Termonde du 27 septembre 2012¹¹⁰, déjà évoqué. Dans cette affaire, le demandeur, qui était apparemment un administrateur de société anonyme, demandait l'annulation d'une décision prise par le conseil d'administration sans respecter la procédure de conflit d'intérêts. Le Tribunal reconnaît que le texte de l'article 523, § 2 du Code des sociétés réserve cette action à la société elle-même. Mais il estime que ce libellé n'empêche pas de demander l'annulation de la décision sur la base du droit commun, en appliquant par analogie les dispositions de l'article 64 du Code des sociétés. On est donc face à une interprétation à l'opposé de l'adage *expressio unius*, et qui aboutit finalement à ce que tout intéressé puisse demander l'annulation dans un cas où l'article pertinent se lit « La société peut agir en nullité... ». Sur le fond, le Tribunal annule la décision en se basant sur l'abus de majorité.

Un autre exemple se trouve dans la contribution de Stijn De Dier dans le présent ouvrage¹¹¹. Cet auteur soutient la thèse que certaines catégories

¹⁰⁶ Art. 317, 426 et 613 C. Soc. (réduction de capital par remboursement aux associés) ; art. 684 § 1^{er} C. Soc. (fusion et scission) ; art. 766 C. Soc. (apport d'universalité ou de branche d'activités) ; art. 933 et 996 C. Soc. (transfert du siège d'une SE ou d'une SCE).

¹⁰⁷ Art. 251 C. Soc. (refus d'agrément en cas de cession entre vifs).

¹⁰⁸ Art. 853 C. Soc.

¹⁰⁹ À l'inverse des cas où des droits sont accordés à toutes les parties à une procédure après que celle-ci a été introduite (p. ex. art. 730, 747, 748, etc. du Code judiciaire).

¹¹⁰ Comm. Termonde, 27 septembre 2012, *T.R.V.*, 2015, p. 472, noot S. DE DIER.

¹¹¹ S. DE DIER, « Nietigheid van besluiten van een rechtspersoon: zijn *outsiders* vorderingsgerechtigd? », *infra*.

d'intervenants, qu'il nomme 'outsiders' et au rang desquels figurent notamment les créanciers et les travailleurs, ne peuvent agir en nullité des décisions de l'assemblée générale. Par contre, d'autres catégories (principalement les associés et les membres des organes) peuvent faire partie des intéressés au sens de l'article 178 du Code des sociétés. Sans entrer ici dans l'examen de cette thèse, on se borne à mettre en lumière deux de ses conséquences. D'une part, elle signifie que l'intérêt qu'il faut faire valoir en vertu de l'article 178 du Code des sociétés n'est pas celui de l'article 17 du Code judiciaire : des créanciers ou des travailleurs pourraient en effet, selon la formule consacrée, tirer un avantage matériel ou moral de l'annulation de la décision, même si d'autres voies leur sont offertes (action paulienne, etc.) pour obtenir ce même avantage. D'autre part, l'article 178 du Code des sociétés en devient une disposition imprécise, qui laisse croire que peut agir toute personne faisant valoir son intérêt, alors que ce n'est pas le cas.

Dans son jugement relatif à l'affaire *Fortis* où cette question a été débattue, le Tribunal de commerce de Bruxelles, alors que les demandes visaient l'annulation de décisions des conseils d'administration d'une société cotée et de ses filiales, affirme comme un principe que les demandeurs doivent prouver leur qualité d'actionnaires de la société cotée au moment de l'introduction de leur demande, ce qui « paraît un seuil minimal d'exigence auquel [ils] doivent satisfaire préalablement à l'examen du fond »¹¹². Outre cette exigence, le Tribunal vérifie que les demandeurs remplissent les critères traditionnellement rattachés à l'article 17 du Code judiciaire (avantage matériel ou moral, effectif mais non théorique). Mais il reste difficile de savoir si le Tribunal considérerait vraiment la qualité d'actionnaire comme une condition de recevabilité, car il décide aussi « qu'il importe peu, en revanche, au plan de l'examen de la recevabilité de leur action, que les demandeurs et intervenants n'aient pas eu la qualité d'actionnaire des filiales et sous-filiales de la holding de tête. »¹¹³ Si les actionnaires de la société holding sont recevables à demander l'annulation de décisions des organes de gestion des filiales, c'est que la qualité d'actionnaire n'est pas, en soi, un critère impératif.

Enfin, relevons encore la controverse à propos du droit de demander la dissolution pour justes motifs. Alors que l'article 45 du Code des sociétés – disposition commune applicable à toutes les sociétés – réserve cette action aux associés, les articles 343, alinéa 3, 386, 3°, et 645, alinéa 2 du même Code prévoient également cette action respectivement dans les SPRL, SCRL et SA, mais sans rien indiquer au sujet de la qualité du demandeur. La Cour de cassation, considérant en quelque sorte que les trois derniers articles précités n'étaient que des applications du premier, a mis fin au débat en affirmant qu'il « suit du

¹¹² Comm. Bruxelles, 8 décembre 2009, *T.R.V.*, 2010, p. 58.

¹¹³ Comm. Bruxelles, 8 décembre 2009, *T.R.V.*, 2010, p. 58.

rapprochement de ces dispositions que seuls les associés peuvent demander la dissolution d'une société coopérative pour de justes motifs »¹¹⁴.

c. La qualité dans le temps

31. À quel moment doit-on faire partie de la catégorie visée par le Code ?

D'importantes affaires récemment débattues devant les tribunaux ont fait (ré)apparaître une difficulté particulière lorsque les titres sont cédés. En particulier quand l'action n'appartient qu'aux associés, on peut se demander à quel moment cette qualité doit être établie pour pouvoir introduire l'action. Faut-il être associé au moment où fut posé l'acte critiqué devant le juge, au moment de l'introduction de l'action en justice ou encore au moment où le juge statue ? Ce problème se pose par exemple dans le cas de l'action minoritaire et dans celui des actions en exclusion et retrait, ces trois actions étant expressément réservées aux associés. Elle se pose aussi dans le cas des actions en nullité des décisions de l'assemblée générale ou de l'organe de gestion car, si le Code reconnaît le droit d'agir à tout intéressé¹¹⁵, des interprétations plus restrictives sont défendues qui impliquent en pratique que l'intérêt requis se situe surtout dans le chef des associés¹¹⁶.

Cette question est loin d'être théorique, en particulier dans les litiges impliquant des sociétés cotées, qui ne sont pas les plus fréquents mais dont les enjeux sont souvent importants. Dans ces sociétés, les actions font quotidiennement l'objet de nombreux échanges. Il n'est donc pas rare que certaines personnes soient actionnaires à un moment donné, mais pas nécessairement de manière continue et ininterrompue entre, d'une part, la date des faits qui sous-tendent la demande, par exemple l'irrégularité commise par le conseil d'administration ou l'assemblée générale et, d'autre part, le moment où le juge statue.

Le principe en la matière est bien connu : la recevabilité d'une demande, dont la qualité est une des conditions, s'apprécie au moment où elle est formée¹¹⁷. Ainsi, si le Code indique que seuls les associés peuvent agir, il faudra démontrer la qualité d'associé au moment de la citation introductive d'instance¹¹⁸.

¹¹⁴ Cass., 23 septembre 2013, *J.D.S.C.*, 2014, p. 321, *T.R.V.*, 2013, p. 778 (il s'agissait bien d'une société coopérative à responsabilité limitée), jurisprudence suivie par Bruxelles (9^e ch.), 30 septembre 2016, 2016/AR/893, *inédit*. M. LEMAL, « La dissolution des SA, SPRL et SCRL », *Guide juridique de l'entreprise*, 2^e éd., livre 176.3, p. 45.

¹¹⁵ Art. 178 C. Soc.

¹¹⁶ *Supra*, n° 30 et Comm. Termonde, 27 septembre 2012, *T.R.V.*, 2015, p. 472, noot S. DE DIER (*infra*, note 118).

¹¹⁷ Cass., 4 janvier 1968, *Pas.*, 1968, p. 559. L'intérêt s'apprécie aussi au jour de l'introduction de l'action (ou du recours) et non au moment où le juge statue : Cass., 13 juin 2014, *Pas.*, 2014, 1493, *Rev. not.*, 2015, p. 198 ; Comm. Bruxelles, 8 décembre 2009, *T.R.V.*, 2010, p. 58.

¹¹⁸ E. POTTIER et A. COIBION, « Le règlement des conflits entre actionnaires : exclusion, retrait et modes alternatifs de résolution des conflits », *Guide juridique de l'entreprise*, 2^e éd., livre 28.1, p. 12 ; Comm. Termonde, 27 septembre 2012, *T.R.V.*, 2015, p. 472, note S. DE DIER (le principe est rappelé par le Tribunal, qui constate que les demandeurs étaient actionnaires au moment de l'introduction de l'instance, même s'ils ont cessé de l'être par la suite ; il s'agissait ici d'une action

Ce principe est en quelque sorte confirmé par l'article 563 du Code des sociétés, qui indique qu'en cas d'action minoritaire, « Le fait qu'en cours d'instance, un ou plusieurs actionnaires cessent de représenter le groupe d'actionnaires minoritaires, soit qu'ils ne possèdent plus de titres, soit qu'ils renoncent à participer à l'action, est sans effet sur la poursuite de ladite instance ou sur l'exercice des voies de recours ».

De même, la doctrine explique que c'est au jour de la citation introductive d'instance qu'on vérifie si les actionnaires ayant introduit l'action en exclusion possèdent 30 % des voix (ou 20 % dans certains cas)¹¹⁹. Dans l'affaire *Fortis*, le Tribunal de commerce de Bruxelles affirme aussi qu'il faut examiner si le demandeur est actionnaire de la société au jour de l'introduction de la demande (citation ou requête en intervention volontaire)¹²⁰.

Ce principe n'est pourtant pas sans exceptions. On a déjà vu que, pour maintenir l'effectivité du recours, on admet que l'ancien organe puisse contester la décision qui le démet de ses fonctions. On considère dans ce cas que la qualité de l'organe s'apprécie, non au jour de l'introduction du recours, mais bien au regard de la situation antérieure à la décision attaquée (*supra*, n° 20). En matière d'action minoritaire, l'article 562, alinéa 2 du Code des sociétés précise que le seuil en termes de nombre de voix ou de fraction du capital s'apprécie « au jour de l'assemblée générale qui s'est prononcée sur la décharge des administrateurs ».

32. Distinction entre recevabilité et fondement

Le fait qu'une action soit recevable ne signifie pas automatiquement qu'elle est aussi fondée. Or, comme on le verra ci-dessous¹²¹, la qualité peut aussi intervenir au titre de condition de fondement de la demande. Cette distinction est importante dans le contexte de l'examen du critère temporel de la qualité car, s'il est constant que les conditions de recevabilité s'apprécient au moment où la demande est formée, il n'en va pas nécessairement de même des conditions de fondement. Si donc une qualité présente au début de l'instance est perdue en cours de procédure, il se peut que la demande soit recevable, mais non fondée.

en annulation de décisions de l'assemblée générale, qui appartient à tout intéressé en vertu de l'article 178 C. Soc. – voy aussi *supra*, n° 30).

¹¹⁹ L. HERVE, « L'exclusion et le retrait judiciaires en pratique », *D.A.-O.R.*, 2015, p. 41, citant Comm. Gand (prés.), 23 janvier 1997, *T.G.R.*, 1997, p. 172 et Comm. Bruxelles (prés.), 12 décembre 1996, *R.R.D.*, 1997, p. 308. Cet auteur estime cependant que la condition portant sur la qualité d'actionnaire (par opposition à celles des seuils, donc de pourcentage du capital ou des droits de vote) « s'apprécie au jour de l'introduction de la demande ainsi que tout au long de la procédure » (*ibid.*, p. 40). Aussi T. HOOGSTOEL, « Les actions en exclusion et en retrait », *J.T.*, 2009, p. 566.

¹²⁰ Comm. Bruxelles, 8 décembre 2009, *T.R.V.*, 2010, p. 58 (voy. *supra*, n° 30, sur la question de savoir si la qualité d'actionnaire était réellement ou non, en l'espèce, une condition de recevabilité).

¹²¹ *Infra*, n° 39.

d. Appréciation en cas de démembrement de la propriété des titres ou de suspension du droit de vote

33. Indivision

Lorsque l'action n'appartient qu'à certains détenteurs de titres, le Code n'envisage pas le cas du démembrement de la propriété de ceux-ci.

En cas d'indivision, on s'accorde généralement à considérer que les droits attachés aux titres doivent être exercés par l'ensemble des indivisaires, ce qui suppose qu'ils agissent de concert¹²². Concrètement, ceci peut passer par la désignation d'un mandataire chargé de représenter la collectivité des indivisaires ; rien ne s'oppose à ce que le mandataire soit l'un d'entre eux. Les statuts imposent souvent ce type de mandat. Ce principe s'applique alors pour tous les droits des actionnaires, et donc notamment le droit d'agir en justice.

34. Usufruit et nue-propriété

Lorsque la propriété des titres est démembreée entre un usufruit et la nue-propriété, trois positions sont possibles.

On peut appliquer une solution analogue à celle retenue pour l'indivision¹²³, et exiger une décision conjointe de l'usufruitier et du nu-propiétaire. C'est la solution la plus sûre lorsqu'un accord est possible, mais elle requiert une unanimité parfois difficile à obtenir, en particulier dans un contexte litigieux.

Certains auteurs cherchent plutôt à déterminer si les droits que l'action concrétise appartiennent au nu-propiétaire ou à l'usufruitier, pour affirmer ensuite que le titulaire du droit est aussi celui qui est recevable à agir en justice. Un tel raisonnement s'avère souvent artificiel ou byzantin, et aboutit finalement à traiter de manière opposée des opérations qui ne sont pas fondamentalement différentes. Par exemple, considérer que la réduction de capital porte atteinte à la substance de la chose (nu-propiétaire) alors que la distribution de dividendes concerne seulement des revenus (usufruitier) ne convainc guère, surtout dans une société où le capital est bas et les réserves élevées¹²⁴. Un critère plus intéressant consiste à se demander si l'exercice de l'action envisagée risque de porter atteinte aux droits du titulaire du droit démembre correspondant¹²⁵ : ainsi, le

¹²² O. CAPRASSE et R. AYDOGDU, *Les conflits entre actionnaires*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 280-281 ; P. HAINAUT-HAMENDE et G. RAUCQ, « La société anonyme. Première partie : Constitution et fonctionnement », *Rép. not.*, t. XII, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 374 ; L. HERVE, « L'exclusion et le retrait judiciaires en pratique », *D.A.-O.R.*, 2015, p. 40 ; E. POTTIER et A. COIBION, « Le règlement des conflits entre actionnaires : exclusion, retrait et modes alternatifs de résolution des conflits », *Guide juridique de l'entreprise*, 2^e éd., livre 28.1, p. 12.

¹²³ *Supra*, n° 33.

¹²⁴ Voy. Ph. MALHERBE, Obs. sous Comm. Mons (prés.), 16 mars 2001, *R.P.S.*, 2001, pp. 204-206.

¹²⁵ C'est ce que fait le Tribunal de commerce de Mons dans son jugement du 26 janvier 2000 (*R.P.S.*, 2000, p. 91), pour aboutir à la conclusion que, puisque la dissolution de la société nuirait aux droits tant du nu-propiétaire des actions que de leur usufruitier, l'action en dissolution pour justes motifs doit être introduite de commun accord entre le nu-propiétaire et l'usufruitier. Dans le même sens, M. LEMAL, « La dissolution des SA, SPRL et SCRL », *Guide juridique de l'entreprise*, 2^e éd., livre 176.3, p. 46.

fait que l'usufruitier exerce une action en exclusion contre un autre actionnaire ne nuit pas aux droits du nu-propiétaire¹²⁶ (et vice-versa¹²⁷). Certains refusent toutefois à l'usufruitier le droit d'agir en exclusion, estimant que les droits de l'usufruitier se limitent à la jouissance de la chose d'autrui¹²⁸.

La troisième solution consiste à considérer que chacun agit pour ce qui concerne ses droits. Ceci est évidemment le plus simple, mais n'est possible que lorsque l'action est divisible. Rien n'empêche, par exemple, que l'action en retrait porte uniquement sur l'usufruit ou sur la nue-propiété d'actions¹²⁹.

35. Suspension du droit de vote

Lorsque la condition de recevabilité est fixée en termes de droits de vote (désignation d'expert vérificateur, action minoritaire et action en exclusion), une controverse existe sur le point de savoir s'il faut tenir compte d'une éventuelle suspension ou limitation des droits de vote. Certains auteurs le pensent¹³⁰, d'autres défendent l'opinion inverse¹³¹. Dans la mesure où le droit d'action constitue dans ces cas un accessoire du droit de vote, il nous semble logique de ne pas attribuer le droit d'agir à ceux qui, précisément, se voient privés, même temporairement, du droit de vote. L'opinion inverse revient en réalité à leur permettre d'exercer une partie des droits qui sont suspendus.

Comme la suspension peut être temporaire, un risque existe que la situation évolue en cours d'instance. Dans ce cas, il faut se référer au principe selon lequel la qualité, en l'espèce la condition relative au pourcentage de droits de vote, s'apprécie au moment où la demande est formée. Si la condition est remplie à ce moment et vient par la suite à ne plus l'être, cela n'aura pas d'incidence sur la recevabilité de l'action, sans préjudice d'une éventuelle répercussion sur le fondement de celle-ci¹³².

¹²⁶ O. CAPRASSE et R. AYDOGDU, *Les conflits entre actionnaires*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 281. Aussi L. HERVE, « L'exclusion et le retrait judiciaires en pratique », *D.A.-O.R.*, 2015, p. 40 ; Ph. MALHERBE, Obs. sous Comm. Mons (prés.), 16 mars 2001, *R.P.S.*, 2001, p. 211). Le cas où l'usufruitier agit en exclusion contre le nu-propiétaire est évidemment différent (voy. Ph. MALHERBE, *op. cit.*, p. 209).

¹²⁷ E. POTTIER et A. COIBION, « Le règlement des conflits entre actionnaires : exclusion, retrait et modes alternatifs de résolution des conflits », *Guide juridique de l'entreprise*, 2^e éd., livre 28.1, p. 13.

¹²⁸ Comm. Mons (prés.), 16 mars 2001, *R.P.S.*, 2001, p. 187, obs. Ph. MALHERBE. Voy. notamment P. HAINAUT-HAMENDE et G. RAUCQ, « La société anonyme. Première partie : Constitution et fonctionnement », *Rép. not.*, t. XII, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 374 ; M. WAUTERS, note sous Comm. Mons (prés.), 16 mars 2001, *R.D.C.*, 2001, pp. 629-630.

¹²⁹ O. CAPRASSE et R. AYDOGDU, *Les conflits entre actionnaires*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 281-282 ; Ph. MALHERBE, Obs. sous Comm. Mons (prés.), 16 mars 2001, *R.P.S.*, 2001, p. 212.

¹³⁰ O. CAPRASSE et R. AYDOGDU, *Les conflits entre actionnaires*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 283.

¹³¹ J.-M. GOLLIER et Ph. MALHERBE, *Les sociétés commerciales – Des lois coordonnées au Code des sociétés*, 2^e éd. par Ph. MALHERBE, Bruxelles, Larcier, 2002, p. 177, n° 139.

¹³² *Supra*, n°s 31 et 32.

B. L'appartenance à la catégorie légale fait-elle présumer l'intérêt à agir ?

36. Problématique

On a déjà abordé plus haut la question des rapports entre la qualité et l'intérêt : lorsque l'action appartient à tout intéressé – ce qui signifie qu'aucune exigence particulière n'est posée sur le plan de la qualité, celui qui l'exerce doit faire valoir un intérêt à agir. On peut envisager l'autre versant de cette question et se demander si, lorsque l'action est attitrée, l'appartenance à la catégorie définie par la loi établit, ou fait présumer, l'existence d'un intérêt à agir. Si c'était le cas, il suffirait au demandeur de démontrer qu'il appartient à la catégorie visée et son intérêt ne devrait plus être prouvé, voire ne pourrait plus être contesté.

37. Existence ou absence de présomption

Le mécanisme de l'action attitrée peut avoir deux significations. Dans certains cas, le législateur *remplace* l'exigence d'intérêt et de qualité (condition de droit commun) par une ou plusieurs autres conditions, objectives, qu'il suffit de remplir pour se voir reconnaître le droit d'agir. On présume en quelque sorte que certaines personnes ont l'intérêt requis. Dans d'autres cas, la condition objective prévue par la loi *s'ajoute* à l'exigence d'intérêt et de qualité résultant du droit commun¹³³.

On ne peut pas affirmer l'existence d'une règle générale en la matière. Face à chaque cas, il faut tenter de découvrir l'objet de la règle et la volonté du législateur. On peut tout de même essayer de proposer une forme de synthèse.

Lorsque l'action appartient à une personne précise, comme par exemple le liquidateur, le commissaire ou le curateur, on peut penser que la (seule) personne désignée pour introduire l'action dispose en principe de l'intérêt requis pour la former. Dans ce cas, la condition de qualité emporte en quelque sorte avec elle la condition d'intérêt.

En revanche, lorsque la catégorie fixée par la loi regroupe plusieurs personnes qui n'ont pas nécessairement le même intérêt, il est difficile de déduire l'intérêt requis de la seule appartenance à la catégorie légale. Ainsi lorsque l'action appartient à tous les associés, il n'est pas certain que chacun d'entre eux dispose de l'intérêt requis au sens du droit judiciaire. Un actionnaire peut disposer d'un intérêt à l'aboutissement de l'action sans qu'un autre soit recevable à demander la même chose.

Le législateur lui-même le reconnaît, notamment lorsqu'il prévoit des causes d'exclusion (*supra*, n° 26). Tout intéressé peut demander l'annulation d'une décision de l'assemblée générale, à l'exclusion (en principe) de celui qui a voté en faveur de cette décision¹³⁴. À l'évidence, la justification de cette règle provient

¹³³ Voy. J. VAN COMPERNOLLE, *Le droit d'action en justice des groupements*, Bruxelles, Larcier, 1972, pp. 253-254.

¹³⁴ Art. 178 C. Soc.

de l'idée qu'on ne peut pas approuver une décision au moment où on pourrait s'y opposer, puis l'attaquer ensuite. Une telle attitude dénote l'absence d'intérêt, ou à tout le moins d'intérêt légitime. De la même manière, les créanciers qui peuvent demander une sûreté sont ceux dont la créance n'est pas exigible¹³⁵. Les autres peuvent immédiatement agir au fond et réclamer un paiement, de sorte qu'ils n'ont pas d'intérêt légitime à demander une sûreté destinée à garantir un paiement futur.

Que le législateur définisse une catégorie d'acteurs à qui la qualité à agir est reconnue crée tout de même un « climat favorable » à la reconnaissance d'un intérêt chez certains, voire la plupart de ces acteurs. Ce n'est pas par hasard qu'ils ont été cités comme titulaires de l'action : le législateur a considéré qu'ils font partie des premiers intéressés aux résultats de celle-ci.

38. Incidence de l'abus de droit

On se gardera toutefois d'exagérer l'importance de cette question : l'intérêt à agir doit être légitime et l'abus de droit est susceptible de rendre illégitime l'intérêt avancé par le demandeur.

L'argument de l'abus du droit à agir est probablement plus souvent utilisé lorsque tout intéressé peut introduire l'action. L'abus de droit est alors un des cas classiques du défaut d'intérêt, plus précisément d'intérêt légitime. L'arrêt de la Cour de cassation du 2 avril 2015 en est un bon exemple : la demanderesse postulait la dissolution d'une société pour actif net insuffisant, sur la base de l'article 634 du Code des sociétés. Mais l'examen des circonstances de l'espèce révélait que la demanderesse elle-même avait provoqué les difficultés financières de la défenderesse, et que la demande de dissolution avait pour objectif principal d'obtenir du liquidateur (qui aurait été désigné si l'action avait abouti) qu'il transige à de bonnes conditions pour la demanderesse dans un litige pendant par ailleurs et dont la demanderesse bloquait les tentatives de résolution. En bref, la demande était de nature stratégique et détournait l'article 634 du Code des sociétés de son objectif. La Cour d'appel la déclara irrecevable pour défaut d'intérêt, et son arrêt ne fut pas censuré¹³⁶.

C. La « qualité » comme condition de fondement

39. L'exigence de « qualité » comme condition de recevabilité ou comme condition de fond

Si de nombreuses dispositions du Code des sociétés indiquent qui peut introduire telle ou telle action, le Code ne précise généralement pas s'il s'agit d'une condition de recevabilité ou de fondement de la demande¹³⁷. Or une telle

¹³⁵ Notamment art. 317, 426 et 613 C. Soc. Voy. *supra*, n° 25.

¹³⁶ Liège, 6 février 2014, *J.L.M.B.*, 2014, p. 1442 ; *R.D.C.*, 2014, pp. 720-721 (sommaire) et Cass., 2 avril 2015, *R.P.S.*, 2015, p. 409.

¹³⁷ Il existe néanmoins une exception : l'article 178 du Code des sociétés utilise un vocabulaire qui fait clairement référence à la recevabilité : « N'est pas recevable à invoquer la nullité... ».

précision est importante car elle a une incidence sur le régime applicable à cette condition, notamment la question de savoir si la condition doit être réalisée au moment de l'introduction de l'action ou, au contraire, au moment où le juge statue.

On peut imaginer qu'une qualité qui, dans certains cas, conditionne la recevabilité de la demande soit, dans un autre cas, une condition de son fondement. Par exemple, les articles 297, alinéa 5 et 574, alinéa 5 du Code des sociétés posent la qualité d'obligataire comme condition de recevabilité de la demande d'homologation d'une décision de l'assemblée générale des obligataires. Mais s'il s'agit de demander le remboursement d'obligations venues à échéance, la qualité d'obligataire – donc le fait d'être titulaire du droit subjectif qu'on fait valoir – est plutôt une condition de fondement.

Il est aussi possible que la même condition influe à la fois sur la recevabilité et sur le fondement. Par exemple, l'action en retrait est ouverte à tout associé¹³⁸. Il s'agit là d'une condition de recevabilité au sens où une personne qui ne serait pas associée n'aurait pas le droit d'introduire cette action, même si elle justifiait d'un intérêt légitime. Mais si l'on a égard à l'objet de l'action, qui est d'obtenir la condamnation des défendeurs au rachat des actions ou parts du demandeur, on comprend que cette action ne peut être fondée que si le demandeur est associé, et donc est propriétaire des actions ou parts dont il demande le rachat. Cette condition de fond doit être réalisée au moment du prononcé du jugement. Si le demandeur revendait ses actions ou parts avant le prononcé de la décision, l'action en retrait serait recevable, mais non fondée.

Selon certains, il en va également ainsi de l'action en dissolution pour justes motifs¹³⁹. Réservée aux associés, elle devient sans objet si le demandeur perd cette qualité en cours d'instance¹⁴⁰.

De même, l'article 613 du Code des sociétés et les autres dispositions similaires établissent des conditions de recevabilité d'une demande de constitution d'une sûreté. Il faut notamment, pour résumer, être un créancier dont la créance est antérieure à la publicité du fait générateur mais n'est pas encore exigible. Ces conditions doivent, pour ce qui concerne la recevabilité, être rencontrées au jour de l'introduction de la demande. Mais la qualité de créancier est *aussi* une condition pour que la demande soit déclarée fondée, car on ne voit pas bien pourquoi (ni comment) le juge condamnerait à constituer une sûreté pour le paiement d'une dette qui n'existe plus. Les articles en question le reconnaissent d'ailleurs en précisant que « la société peut écarter cette demande en payant la créance ».

¹³⁸ Art. 340 et 642 C. Soc.

¹³⁹ Art. 45 C. Soc.

¹⁴⁰ D. VAN GERVEN, *Handboek vennootschappen. Algemeen deel*, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 249, citant Comm. Gand, 5 janvier 1989, *T.G.R.*, 1989, p. 23.

Conclusion

40. Constats et recommandations

Au terme de cet examen – nécessairement synthétique – de la condition de qualité dans les différentes actions prévues par le Code des sociétés, tentons d'en tirer certains constats. Et dans la foulée, puisqu'est en route un projet de refonte complète du Code des sociétés, risquons-nous à formuler quelques recommandations à l'attention de ses auteurs.

41. Conception d'ensemble

Ce qui transparaît de cette brève étude, c'est surtout que les questions non résolues relatives à la qualité à agir renvoient presque toutes aux grands débats sur la nature de la société. Le groupe (plus ou moins large) de ceux qui peuvent en appeler au juge, dont dépend un accès à la justice plus ou moins ouvert dans ces matières, doit comprendre ceux dont nous estimons qu'ils sont suffisamment concernés par les litiges à trancher.

On est donc amené à se demander à nouveau si la société est « la chose » des associés ou si elle concerne aussi d'autres personnes. Ainsi posée, la question appelle plus que probablement une réponse nuancée, qui distingue certains domaines qui ne regardent que les associés, d'autres qui concernent également des « tiers » comme les créanciers, voire les travailleurs ou les concurrents. Le problème devient alors de trier ces différents domaines, en déterminant lesquels relèvent de quelle catégorie. Il se peut qu'une de ces catégories regroupe des questions qui concernent les intérêts (économiques) de la collectivité dans son ensemble, ce qui la rattacherait à l'ordre public.

On sait combien ces questions sont controversées, et à quel point les réponses qu'on y apporte dépendent de conceptions (presque) philosophiques en ce qui concerne le fonctionnement de l'économie et le rôle que doivent y jouer les différentes parties prenantes, dont l'autorité publique. Il est donc illusoire d'espérer une réponse claire et durablement unanime. Pourtant, c'est en déterminant quelles demandes concernent la société, ses actionnaires, ses créanciers ou la collectivité dans son ensemble qu'on pourrait se forger une théorie cohérente de la qualité pour agir en droit des sociétés.

En découleraient des solutions pratiques à des questions concrètes. Pour se borner à un seul exemple : si la responsabilité limitée est une faveur, accordée en échange d'une capitalisation suffisante de la société par l'autorité publique chargée de discipliner la vie économique, alors il est cohérent que le Parquet puisse demander que les sociétés aux fonds propres insuffisants soient écartées de la vie économique. Par contre, si les fonds propres ne représentent finalement que les moyens qui permettent à la société de poursuivre ses activités pour générer du profit à distribuer à ses associés, dans un système où les créanciers sont responsables de vérifier qu'ils contractent avec des sociétés qui paient leurs dettes (et peuvent à défaut les citer en faillite), alors le Ministère public

ne devrait plus pouvoir citer en dissolution pour fonds propres insuffisants, pas plus que les créanciers, d'ailleurs.

On remarque aussi que, pour technique qu'elle puisse apparaître au premier abord, la définition de la qualité (et de l'intérêt) pour agir renferme un enjeu de pouvoir important. L'action, c'est le pouvoir (mais pas l'obligation) d'en appeler au juge pour faire respecter les règles. Ceux qui en sont dotés disposent indubitablement d'un atout supplémentaire dans la vie économique, à l'inverse d'autres à qui ce pouvoir n'est pas reconnu. Pensons au concurrent qui peut demander la dissolution d'une société ayant accumulé des pertes.

42. Simplification

Une seconde considération a trait à la simplification qu'on pourrait espérer, dans ce domaine également. Quelques articles exprimant une conception générale de la qualité à agir ne seraient-ils pas plus efficaces qu'un fouillis de dispositions reprises d'anciens textes, rédigées sur la base de modèles plus ou moins adaptés, avec le souci de prendre en compte (parfois mais pas toujours) divers objectifs pas nécessairement compatibles ? Et surtout, doit-on vraiment prévoir tant d'actions en justice qui ne sont presque jamais exercées ? Il peut parfois être utile, mais il n'est certainement pas toujours nécessaire, que le Code des sociétés contienne des dispositions procédurales portant sur les actions possibles et sur la qualité de ceux qui peuvent les introduire.

L'expression claire d'une règle matérielle suffit dans la plupart des cas, et le droit commun de la procédure, contenu dans le Code judiciaire, habilite le juge à la faire respecter.

43. Aspects temporels

Un domaine qui, par contre, mériterait un traitement spécifique au droit des sociétés, est celui des modifications de qualités.

Lorsqu'on conclut un contrat (de vente, de bail, etc.), on reste partie au contrat jusqu'à sa disparition, et on reste titulaire tant des droits substantiels que des actions qui découlent de ce contrat. Dans ce contexte, la règle selon laquelle la recevabilité de la demande (qui inclut notamment l'examen de l'intérêt et de la qualité) s'apprécie au moment où elle est formée, semble assez bien adaptée.

La situation est différente en droit des sociétés, et en particulier dans les sociétés cotées, où l'on peut être actionnaire, cesser de l'être puis le redevenir, le tout à des degrés divers dépendant du nombre et du type de titres qu'on possède. Dans ces circonstances, examiner la qualité à agir – lorsqu'elle dépend, formellement ou non, du statut d'actionnaire – au moment de l'introduction de la demande sans se préoccuper de la situation qui a précédé ni de celle qui suit conduit inévitablement à des résultats insatisfaisants. D'un autre côté, il paraît difficile de conduire un procès lorsque les parties peuvent, en cours d'instance, perdre ou acquérir la qualité à agir. On n'imagine pas non plus que les droits procéduraux soient considérés comme un accessoire du titre et qu'ils

se transmettent avec lui, avec comme conséquences d'une part que les parties au procès varieraient au cours de celui-ci et d'autre part la création implicite d'une catégorie de titres dotés de droits et d'obligations liés à la participation au procès.

Un mécanisme de mandat, inspiré de ce qui existe en matière d'action minoritaire, pourrait peut-être servir de modèle.