

## Le sort des contrats *intuitu personae* en cas de fusion

Mémoire réalisé par

**Samuel Hachez**

Promoteur(s)

**Yves De Cordt**

Année académique 2015-2016

**Master en droit**



## Plagiat et erreurs méthodologiques graves

---

Le plagiat entraîne l'application des articles 107 à 114 du Règlement général des études et des examens de l'Université.

Il y a lieu d'entendre par « plagiat », l'utilisation, quelle qu'en soit l'ampleur, le cas échéant par le biais d'une traduction, des idées ou énonciations d'un tiers, fussent-elles paraphrasées, de même que l'utilisation de représentations graphiques d'un tiers, sans que leur source ne soit mentionnée explicitement et distinctement au sein de la prestation réalisée par l'étudiant.

La reproduction littérale du passage d'une œuvre, même non soumise à droit d'auteur, requiert que l'extrait soit placé entre guillemets et que la citation soit immédiatement suivie de la référence exacte à la source mentionnée.

S'il y a eu plagiat, l'étudiant peut se voir infliger une sanction disciplinaire, en fonction de la gravité des faits. Toute constatation de tricherie et de plagiat opérée par le jury est communiquée au vice-recteur aux affaires étudiantes par le président du jury.

A ce sujet, voy. notamment **<http://www.uclouvain.be/plagiat>**.



*« Chacun a le droit de réclamer ce qui lui est dû. »*

Henryk Sienkiewicz

*« Il est bon de voir les défis comme sources de connaissances et pas comme nos ennemis »*

Paulo Coelho



# **Tables des matières**

<b>Introduction .....</b>	<b>1</b>
<b>Titre 1. Assise du principe de la continuation contractuelle en cas de fusion .....</b>	<b>4</b>
<b>Chapitre 1. Principe de transmission universelle en cas de fusion .....</b>	<b>4</b>
Section 1. Généralités.....	4
§1. Les fusions avant la loi du 29 juin 1993.....	4
§2. Consécration législative .....	5
A. Directives européennes.....	5
B. Lois belges.....	5
Section 2. Etendue du principe.....	6
§1. Exposé du principe.....	6
§2. Conséquences.....	7
§3. Exceptions.....	7
<b>Chapitre 2. Fondement du principe de transmission universelle en cas de fusion.....</b>	<b>9</b>
Section 1. Principe de la continuation de l'entité dissoute.....	9
§1. Exposé du principe.....	9
§2. Controverse.....	10
§3. Conséquences.....	12
Section 2. Principe de la continuation du contrat de société et de la vie de l'entreprise..	12
§1. Exposé du principe.....	12
§2. Conséquences.....	13
Section 3. Fondement retenu.....	13
<b>Titre 2. Principe de continuation contractuelle en cas de fusion .....</b>	<b>15</b>
<b>Chapitre 1. Continuation des contrats de la société dissoute sans liquidation. ....</b>	<b>15</b>
Section 1. Principe.....	15
Section 2. Fusion, cause de résolution ?.....	16
Section 3. Fusion, cause de caducité ? .....	17
<b>Chapitre 2. Problématique de l'intransmissibilité des contrats <i>intuitu personae</i>.....</b>	<b>18</b>
Section 1. Notion d' <i>intuitu personae</i> et ses conséquences en terme de cessibilité.....	18
§1. Préalables .....	18
§2. <i>Intuitu personae sensu stricto</i> .....	20
§3. <i>Intuitu personae sensu lato ou intuitu firmæ</i> .....	21
§4. Controverse .....	21
§5. Cas particulier d' <i>intuitu personae</i> : la clause d'agrément.....	22
A. Notion.....	22
B. Clause prévue dans les statuts de la société dissoute.....	23
C. Clause prévue dans les statuts de la société bénéficiaire.....	23
D. Clause prévue dans les statuts d'une société tierce dont les actions se trouvent dans le patrimoine de la société dissoute .....	24
Section 2. Position du législateur communautaire .....	29
§1. Silence du législateur .....	29
§2. Interprétations doctrinales.....	30
§3. Influence des droits étrangers.....	30

Section 3. Position du législateur belge .....	32
§1. Silence du législateur et déclarations des travaux préparatoires .....	32
§2. Solutions face à ce silence.....	33
A. Position de législateur communautaire.....	34
B. Incidence de la nouvelle notion d' <i>intuitu personae</i> .....	35
C. Concept de fusion .....	37
D. Complexité de la problématique.....	37
E. Volonté d'asseoir le principe de transmission universelle .....	38
Section 4. Clauses de changement de contrôle .....	39
§1. Nature juridique.....	39
A. Clauses de fin de contrat.....	39
B. Clauses d' <i>intuitu personae</i> .....	40
§2. Conditions de mise en œuvre .....	42
A. Conditions d'existence .....	42
B. Conditions de validité.....	44
§3. Mise en œuvre dans le cadre d'une opération de fusion .....	47
Section 5. Quelques remèdes face au changement de la relation contractuelle .....	48
§1. Préalables .....	48
§2. Bonne foi et abus de droit .....	50
§3. Résolution.....	51
§4. Caducité.....	52
§5. Résiliation unilatérale.....	52
§6. Clauses de hardship .....	53
A. Notion .....	53
B. Éléments constitutifs.....	54
C. Intérêt.....	55
<b>Conclusion.....</b>	<b>56</b>
<b>Bibliographie.....</b>	<b>62</b>
<b>Européenne .....</b>	<b>62</b>
Législation.....	62
Jurisprudence.....	62
<b>Belge.....</b>	<b>62</b>
Législation .....	62
A. Textes légaux.....	62
B. Documents parlementaires .....	63
Jurisprudence.....	63
Doctrines.....	64
A. Ouvrages.....	64
B. Articles de périodiques et chroniques ou examens de jurisprudence .....	67
<b>Française .....</b>	<b>69</b>
Jurisprudence.....	69
Doctrines.....	69
A. Ouvrages.....	69
B. Articles de périodiques et chroniques ou examens de jurisprudence .....	70

## Introduction

1. Dans un monde toujours plus en évolution et toujours plus sujet à une mondialisation, les sociétés commerciales ont besoin de s'adapter et d'évoluer. Il est parfois nécessaire qu'elles se transforment afin de répondre au mieux au marché sur lequel elles se trouvent. C'est pourquoi les sociétés commerciales ont recours à des techniques de concentration leur permettant de faire face à cette dynamique de développement et ainsi gagner d'autres marchés ou d'asseoir leur position économique<sup>1</sup>.

2. A côté de ces facteurs économiques, la concentration de sociétés s'explique aussi à travers des facteurs politiques. La suppression des frontières après la Seconde Guerre mondiale et le développement de l'Union européenne ont contraint les entreprises à se rassembler en formant des groupes aptes à braver la concurrence internationale<sup>2</sup>.

3. A cette fin, elles disposent d'un éventail de moyens juridiques de concentration relativement grand dans lequel s'inscrivent les fusions qui répondent d'une nécessité « *d'amélioration de l'efficience par la synergie* »<sup>3</sup>.

4. « *La fusion est l'opération par laquelle deux sociétés n'en forment plus qu'une. Elle permet donc la création d'ensembles économiques plus vastes et, espérons-le, plus efficaces* »<sup>4</sup>.

5. Selon le Code des sociétés, les opérations de fusion entraînent la dissolution sans liquidation de la société disparaissant<sup>5</sup>. Néanmoins, durant le temps de son existence, la société doit contracter avec diverses personnes physiques ou morales. En effet, en outre d'être un élément constitutif de la société elle-même, le contrat est un mécanisme juridique fondamental pour une société désireuse de s'accroître et de se développer. L'on peut, d'ores et déjà, se demander de ce qu'il advient des contrats conclus par la société dissoute ? De plus, l'opération de fusion entraîne la transmission universelle, de plein droit, du patrimoine actif et

---

<sup>1</sup> P. THOMAS, *Fusions-acquisitions*, Paris, RB édition, 2011, p. 19.

<sup>2</sup> H. DUBOUT, « Les clauses de changement de contrôle », in *Les grandes clauses des contrats internationaux*, 55e Séminaire de la Commission Droit et Vie des Affaires, Bruxelles, Bruylant, Paris, Forum européen de la Communication, 2005, p. 323.

<sup>3</sup> Y. BRULARD, « Les différents contrats et actes juridiques nécessaires à la réalisation d'une opération d'acquisition d'une société belge », *L'acquisition d'une société en pratique : Aspects économiques, juridiques et fiscaux*, Collection Les Ateliers des FUCaM, Louvain-la-Neuve, Anthémis, 2008, p. 136.

<sup>4</sup> J. MALHERBE, Y. DE CORDT, P. LAMBRECHT et P. MALHERBE, *Droit des sociétés. Précis*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 1028.

<sup>5</sup> C. soc., art. 682, al. 1, 3°.

passif de la société dissoute au profit de la société bénéficiaire<sup>6</sup>. Dès lors, si l'entière du patrimoine est transférée lors d'une opération de fusion, qu'en est-il des contrats ?

6. Il est communément admis que les contrats en cours sont, par l'effet du principe de transmission universelle du patrimoine, transférés et repris automatiquement par la société bénéficiaire<sup>7</sup>. Cependant, même si ce principe de continuation des contrats est pleinement reconnu, quelle en est sa force ? A-t-il vocation à s'appliquer à l'ensemble des contrats, quels qu'ils soient ? Ou bien ne concerne-t-il que certains types de contrats ? Qu'advient-il des contrats conclus en considération de la personne de la société dissoute, c'est à dire des contrats *intuitu personae* ?

7. En effet, en raison de leur nature particulière, certains ont considéré, sur base de l'article 1122 du Code civil appliqué par analogie aux fusions, que ces contrats n'étaient pas transmis ensuite d'une telle opération. Dès lors, ceux-ci constituaient une exception au principe de transmission universelle en raison du fait que la fusion avait pour conséquence de modifier la personne du cocontractant<sup>8</sup>. D'autres, en se référant à divers arguments notamment sur une nouvelle définition de la notion d'*intuitu personae* ont estimé que malgré cet effet de la fusion, les contrats *intuitu personae* étaient transférés au même titre que n'importe quel contrat<sup>9</sup>.

8. Dès lors, l'on peut se demander quelle est la position du législateur tant communautaire que national face à cette problématique ? Quels sont les mécanismes juridiques à la disposition des parties pour que leur contrat conclu *intuitu personae* ne soit pas transmis avec l'ensemble du patrimoine de la société dissoute ?

9. Le sujet de ce mémoire, présenté afin d'obtenir le titre de Master en droit à finalité spécialisée en Droit de l'Entreprise, a donc pour but de délimiter et de sonder le sort des contrats *intuitu personae* en cas de fusion. Celui-ci présente un intérêt tant en pratique qu'en théorie. Assurément, il se situe à l'intersection du droit des sociétés et du droit des contrats, et l'entreprise est un lieu, parmi d'autres, où se rejoignent ceux-ci. De plus, il permet de parachever un cursus scolaire principalement tourné autour du droit des affaires. Par ailleurs,

---

<sup>6</sup> C. soc., art. 682, al. 1, 2°.

<sup>7</sup> J. MALHERBE, Y. DE CORDT, P. LAMBRECHT et P. MALHERBE, *op. cit.*, p. 1040.

<sup>8</sup> P. HAINAUT-HAMENDE, « La société anonyme. Deuxième partie : Opérations sur le capital. Emissions publiques. Transformation. Fusion - Scission », *Rep. Not.*, t. XII, Droit commercial et économique, liv. 3/2, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 432.

<sup>9</sup> F. T'KINKT et I. CORBIER, « La transmission des contrats », in *Le nouveau droit des fusions et des scissions de sociétés*, Bruxelles, Bruylant, 1994, pp. 179 et s.

la restriction qui nous est imposée quant aux nombres de pages ne nous permet que de faire un tour d'horizon global, en analysant les points les plus importants de la matière, mais sans pouvoir en approfondir tous les tenants et aboutissants.

**10.** A cette fin, dans un premier temps, nous analyserons l'assise du principe de la continuation contractuelle en cas de fusion (**Titre 1**). Pour ce faire, il conviendra d'exposer le principe de transmission universelle dans son ensemble (**chapitre 1**) pour ensuite expliquer le fondement de ce principe (**chapitre 2**).

Dans un second temps, nous nous pencherons sur le principe de continuation contractuelle (**Titre 2**). Dans ce cadre, nous analyserons le principe en tant que tel, mais nous nous poserons aussi la question de savoir si la fusion peut être considérée comme une cause de résolution et/ou une cause de caducité du contrat (**chapitre 1**). Finalement, nous nous attarderons plus longuement sur la problématique de l'incessibilité des contrats *intuitu personae* en y dégagant les causes et en essayant d'y apporter des solutions (**chapitre 2**).

**11.** A noter que le Code des sociétés règlemente deux types de fusions, la fusion par absorption et la fusion par constitution d'une société nouvelle. Pour des raisons de simplification terminologique, l'on utilisera le terme de fusion de manière générale qui renverra à ces deux types d'opérations étant donné que la problématique et l'exposé qui en est fait s'appliquent indifféremment à l'une et l'autre. Dans le même ordre d'idée, le terme société bénéficiaire recouvre ici les notions de société absorbante et société nouvellement constituée tandis que le vocable de société dissoute renvoie aux sociétés absorbées ou dissoutes à la suite d'une fusion par constitution d'une nouvelle société.

**12.** La méthodologie suivie sera une méthodologie juridique classique. Le mémoire sera divisé en titres, chapitres, sections, et paragraphes pouvant être lus tant de manière transversale qu'individuellement. Les points développés s'inspirant d'autres auteurs ainsi que les sources directement citées entre guillemets feront l'objet de notes infrapaginales.

## **Titre 1. Assise du principe de la continuation contractuelle en cas de fusion**

**13.** Le principe de continuation contractuelle résultant d'une opération de fusion trouve son fondement dans le principe de transmission universelle (**chapitre 1**). Celui-ci peut s'expliquer à travers premièrement le principe de continuation de l'entité dissoute et deuxièmement le principe de la continuation du contrat de société et de la vie de l'entreprise (**chapitre 2**).

### **Chapitre 1. Principe de transmission universelle en cas de fusion**

**14.** Le chapitre premier consistera en l'exposé du principe de transmission universelle. Dans un premier temps, y sera consacré, d'abord, l'état de la réglementation relative aux fusions avant l'adoption de la loi de 1993 transposant la troisième directive européenne réglementant les fusions et scissions et ensuite y sera analysée la consécration législative de la nature juridique du principe (**section 1**). Dans un second temps, il sera question de l'étendue du principe même, c'est à dire ce qu'il en ressort exactement, ses effets, mais aussi les éventuelles exceptions (**section 2**).

#### Section 1. Généralités

**15.** Cette première section abordera la pratique entourant les fusions avant leur consécration législative. Celle-ci ayant eu lieu dans un premier temps au niveau européen pour ensuite être transposée dans notre système juridique.

##### *§1. Les fusions avant la loi du 29 juin 1993*

**16.** Les fusions ont pendant longtemps été oubliées de la réglementation du droit des sociétés dans notre système juridique belge. Néanmoins, la pratique ainsi que le droit fiscal qui a largement contribué au développement de cette opération<sup>10</sup>, reconnaissent le mécanisme de fusion depuis un certain nombre d'années<sup>11</sup>.

---

<sup>10</sup> P. VAN OMMESLAGHE, « Les principes généraux relatifs à la fusion et à la scission selon les directives et selon la loi nouvelle », in *Les fusions et scissions internes de sociétés en droit commercial et en droit fiscal*, Bruxelles, Editions du jeune barreau de Bruxelles, 1993, p. 2.

<sup>11</sup> J. MALHERBE, Y. DE CORDT, P. LAMBRECHT et P. MALHERBE, *op. cit.*, p. 1024.

## §2. Consécration législative

### A. Directives européennes

**17.** Ce n'est que dans les années 1970, sous l'impulsion du législateur européen, que les premières législations en matière de fusion ont été adoptées. En effet, à cette époque, l'Union européenne voulait permettre aux sociétés de constituer des entités économiques suffisamment importantes pour leur permettre de rivaliser sur les marchés européens et mondiaux<sup>12</sup>. Dans cette optique, la troisième directive du 9 octobre 1978 relative aux fusions fut adoptée. Les grands principes de cette directive sont l'information des actionnaires et la protection de leurs droits, la protection des créanciers et porteurs d'autres titres, la publicité et la limitation des cas de nullité dans le but de préserver la sécurité juridique<sup>13</sup>.

**18.** Cette volonté d'harmonisation se concrétisa une nouvelle fois en 2005 avec l'adoption de la dixième directive sur les fusions transfrontalières des sociétés de capitaux<sup>14</sup>. Cette directive marque un tournant en ce qu'elle met un terme aux différents refus de la part de pays européens dont la Belgique de reconnaître la possibilité de fusions transfrontalières. A cet égard, la Belgique n'avait pas transposé la directive 90/434/CEE réglant les aspects fiscaux des opérations de restructuration transfrontalière en raison que les fusions transfrontalières n'étaient pas reconnues par le droit belge<sup>15</sup>.

**19.** A noter que ces directives ont été modifiées pour des raisons de simplification administrative par la directive 2009/109/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 septembre 2009<sup>16</sup>.

### B. Lois belges

**20.** La Belgique fut condamnée en 1989 par un arrêt de la Cour de Justice pour ne pas avoir respecté les délais de transposition de la troisième directive<sup>17</sup>. Dès lors, le législateur belge combla cette lacune juridique par la loi du 29 juin 1993<sup>18</sup>. La particularité de cette loi tient au

---

<sup>12</sup> J. MALHERBE, Y. DE CORDT, P. LAMBRECHT et P. MALHERBE, *op. cit.*, p. 1025.

<sup>13</sup> Troisième Directive du Conseil, du 9 octobre 1978, fondée sur l'article 54, paragraphe 3 sous g du Traité et concernant les fusions des sociétés anonymes, *J.O.C.E.*, n° L 295, du 20 octobre 1978, p. 36.

<sup>14</sup> Dir. (CE) n° 56/2005 du Parlement européen et du Conseil du 26 octobre 2005 sur les fusions transfrontalières des sociétés de capitaux, *J.O.U.E.*, L 310, du 25 novembre 2005, pp. 1 et s.

<sup>15</sup> J. MALHERBE, Y. DE CORDT, P. LAMBRECHT et P. MALHERBE, *op. cit.*, p. 1026.

<sup>16</sup> *Ibid.*, p. 1025.

<sup>17</sup> C.J.C.E., 11 mai 1989 (Commission c. Belgique), C-46/88, *Rec. C.J.C.E.*, 1989, p. 1133.

<sup>18</sup> Loi du 29 juin 1993 modifiant, en ce qui concerne les fusions et les scissions de sociétés, les lois sur les sociétés commerciales coordonnées le 30 novembre 1935, *M.B.*, 21 juillet 1993, p. 17176.

fait qu'elle s'applique aux fusions de sociétés anonymes de même nationalité comme le veut le droit communautaire, mais aussi aux fusions entre sociétés de formes différentes. Il paraît propice de préciser qu'avant la loi du 29 juin 1993 quand des sociétés de formes différentes désiraient fusionner, il fallait transformer et uniformiser la forme juridique de celles-ci, ce qui entraînait le respect de toutes une série de règles de procédure. A l'heure actuelle, tout ceci ne doit plus être suivi même s'il existe toujours des règles de garanties pour la protection des tiers et des créanciers<sup>19</sup>.

**21.** Quant à la dixième directive, elle fut transposée par la loi du 8 juin 2008 portant dispositions diverses<sup>20</sup>. Etant donné que la nationalité d'une société n'est plus un élément essentiel, une société belge peut valablement décider de son absorption par une société étrangère, ou peut décider d'absorber une société étrangère. A cet égard, le Code de droit international privé belge stipule par son article 113 que la fusion de personnes morales est règlementée, pour chacune d'elles, par le droit de l'Etat dont elle fait partie avant la fusion<sup>21</sup>.

## Section 2. Etendue du principe

**22.** Il sera, ici, question de l'ampleur du principe de transmission universelle avec ses conséquences, mais aussi ses exceptions.

### *§1. Exposé du principe*

**23.** La fusion entraîne de plein droit la transmission universelle du patrimoine actif et passif de la société dissoute au profit de la société bénéficiaire<sup>22</sup>. Ce principe s'explique par la théorie de la cession des droits successifs reconnue par la Cour de cassation en 1970 mettant fin aux controverses doctrinales et jurisprudentielles sur la question de savoir si la société dissoute continuait d'exister au sein de la société bénéficiaire<sup>23</sup> (voy. *infra* n° 46). Il ne sort ses effets qu'une fois la fusion devenue définitive<sup>24</sup>.

---

<sup>19</sup> J. MALHERBE, Y. DE CORDT, P. LAMBRECHT et P. MALHERBE, *op. cit.*, p. 1027.

<sup>20</sup> Loi du 8 juin 2008 portant dispositions diverses, *M. B.*, 16 juin 2008, p. 30529.

<sup>21</sup> J. MALHERBE, Y. DE CORDT, P. LAMBRECHT et P. MALHERBE, *op. cit.*, p. 1026.

<sup>22</sup> C. soc., art. 682, al. 1, 3°.

<sup>23</sup> J. MALHERBE, Y. DE CORDT, P. LAMBRECHT et P. MALHERBE, *op. cit.*, p. 1038.

<sup>24</sup> P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge*, t. II, Les obligations, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 1987.

## §2. Conséquences

**24.** Ce principe a pour conséquence que l'ensemble du patrimoine, actif et passif, est transféré de plein droit sans qu'il n'y ait lieu à se conformer aux différentes modalités inhérentes à la cession de chaque élément du patrimoine<sup>25</sup> par opposition à ce qui se déroule lors de cession ou d'apport d'universalité de fait<sup>26</sup>. Il n'est donc pas nécessaire de signifier les cessions de créances, d'endosser les dettes, etc<sup>27</sup>. Il semble important de rappeler à titre d'informations que la cession de dette n'existe pas en droit belge et que lorsqu'une personne reprend une dette, il y a lieu de démontrer que les conditions d'une novation ou d'une reconnaissance de dette sont réunies<sup>28</sup>. Cela a pour conséquence de porter atteinte à la flexibilité exigée par le monde des affaires<sup>29</sup>.

**25.** Le transfert concerne tous les éléments de l'actif et du passif, qu'ils soient actuels, conditionnels, mêmes éventuels<sup>30</sup>. L'on vise donc le nom commercial, les contrats, mais aussi « *les procédures en cours d'instance ne peuvent être poursuivies que par et contre la société bénéficiaire qui ne doit pas reprendre l'instance* »<sup>31</sup>. Ces éléments sont en principe transférés avec leur traitement fiscal<sup>32</sup>. Néanmoins, il existe certaines limites introduites par le Code d'impôt sur les revenus : les pertes fiscales et le crédit d'impôt ne sont transférés qu'avec certaines limitations<sup>33</sup>.

## §3. Exceptions

**26.** Ce principe de transfert universel du patrimoine connaît, cependant, quelques exceptions, notamment en ce qui concerne les actes translatifs ou déclaratifs de droit réel immobilier autres que les privilèges et hypothèques. Ces actes ne seront opposables aux tiers que dans les conditions prévues par la loi hypothécaire<sup>34</sup>.

---

<sup>25</sup> P. HAINAUT-HAMENDE, *op. cit.*, p. 426.

<sup>26</sup> T. TILQUIN, *Traité des fusions et des scissions*, Bruxelles, Kluwer, 1993, p. 279.

<sup>27</sup> J. MALHERBE, Y. DE CORDT, P. LAMBRECHT et P. MALHERBE, *op. cit.*, p. 1039.

<sup>28</sup> L. BIHAIN, « Transfert sous autorité de justice. Procédure de réorganisation judiciaire », in *La cession d'entreprise : les aspects sociaux*, Bruxelles, Larcier, 2011, p. 226 ; Cass., 4 mars 1982, *R.C.J.B.*, 1984, p. 175 ; Cass., 26 septembre 2003, R.G. no C.02.0292.F.

<sup>29</sup> P. VAN OMMESLAGHE, « La Cour de cassation et le droit des obligations conventionnelles », *J.T.*, 2007, p. 656.

<sup>30</sup> T. TILQUIN, *op. cit.*, p. 245.

<sup>31</sup> J. MALHERBE, Y. DE CORDT, P. LAMBRECHT et P. MALHERBE, *op. cit.*, p. 1040.

<sup>32</sup> P. HAINAUT-HAMENDE, *op. cit.*, p. 427.

<sup>33</sup> C.I.R., art. 206, § 2 et 292 bis., al. 4 et 5.

<sup>34</sup> C. soc., art. 683, al. 2.

**27.** La deuxième exception concerne le transfert des droits de propriété intellectuelle ou industrielle qui n'est opposable au tiers que dans les conditions prévues par les lois spéciales régissant ces opérations<sup>35</sup>.

**28.** Des restrictions légales à la cessibilité de certains éléments de l'actif ou du passif sont aussi prévues dans le Code des sociétés<sup>36</sup>.

**29.** En outre, en principe, il est parfaitement légal d'établir des clauses limitant ou ayant pour effet de limiter la cessibilité de certains éléments de l'actif ou du passif du patrimoine<sup>37</sup>. Assurément, la légalité des clauses par lesquelles une société entend restreindre sa participation à une fusion ou par lesquelles elle perd certains droits dans l'hypothèse d'une participation à une fusion n'est pas remise en cause par le principe du transfert universel de l'actif et du passif du patrimoine de la société dissoute<sup>38</sup>. Même si ces clauses ne contreviennent pas au droit commun du transfert de l'ensemble du patrimoine, il convient de les interpréter avec circonspection<sup>39</sup>.

Trois types de clauses limitant la cessibilité des titres ont été aménagés par le Code des sociétés : les clauses d'inaliénabilité, les clauses d'agrément et les clauses de préemption<sup>40</sup>.

**30.** Finalement, ce principe n'est pas absolu. Il résulte de l'article 1122 du Code civil que la transmission universelle a lieu à moins que le contraire ne soit exprimé ou ne résulte de la nature de la convention<sup>41</sup>. Ce dernier point est analysé plus longuement au Chapitre 2 du Titre II de notre exposé.

---

<sup>35</sup> C. soc., art. 683, al. 3.

<sup>36</sup> *Ibid.*, art. 506.

<sup>37</sup> *Ibid.*, art. 510.

<sup>38</sup> T. TILQUIN, *op. cit.*, p. 307.

<sup>39</sup> *Ibid.*

<sup>40</sup> Y. DE CORDT (e.a), *Société anonyme*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 146.

<sup>41</sup> P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge, op. cit.*, p. 1988.

## **Chapitre 2. Fondement du principe de transmission universelle en cas de fusion**

**31.** Ce chapitre consistera en l'analyse du fondement du principe de transmission universelle. En effet, les sociétés commerciales disposant, à l'instar des personnes physiques, d'une personnalité juridique, on considérait, à l'origine, que la personnalité juridique de la société dissoute continuait même après sa disparition, au sein de la société bénéficiaire. Cette idée soutenait la théorie de certains auteurs selon laquelle la société était transformée et non pas dissoute et que dès lors, les contrats *intuitu personae* étaient transférés de plein droit puisqu'il ne s'agissait pas d'une véritable transmission universelle (**section 1**). Néanmoins, ce principe de continuation de l'entité dissoute a fait l'objet de nombreuses critiques pour laisser place à une analyse plus contemporaine du principe de transmission universelle se fondant sur une volonté de continuer l'exécution du contrat de société et de la vie de l'entreprise (**section 2**). Finalement, la dernière section exposera lequel des deux fondements est pertinent par rapport au sujet de ce mémoire (**section 3**).

### Section 1. Principe de la continuation de l'entité dissoute

**32.** Cette section a pour objectif d'expliquer ce qu'est le principe de continuation de l'entité dissoute, les controverses qu'il a amenées mais aussi les conséquences qu'il engendre.

#### *§1. Exposé du principe*

**33.** Une seule forme de transmission universelle ou à titre universelle est reconnue par le Code civil belge : la transmission à cause de mort par succession légale ou par legs universel ou à titre universel. La mort d'une personne entraîne un transfert de l'ensemble du patrimoine de la personne défunte à son ou ses héritiers. Dès lors ceux-ci continuent la personne du défunt c'est-à-dire qu'ils succèdent à l'ensemble du patrimoine, actif et passif de la personne décédée et prennent la place du défunt dans ses droits et obligations<sup>42</sup>.

**34.** Au cours de ces dernières années, la doctrine et la jurisprudence ont considéré qu'il existait d'autres hypothèses de transmission universelle en raison des besoins du monde des

---

<sup>42</sup> P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge, op. cit.*, p. 1981.

affaires « *permettant de réaliser des cessions de contrats et notamment de contrats synallagmatiques, dans des conditions répondant aux besoins de la vie des affaires* »<sup>43</sup>.

**35.** Cette théorie a longtemps été appliquée par analogie aux personnes morales. En effet, Fredericq disait que « *la société absorbante continue en quelque sorte la société absorbée, aux droits et obligations de qui elle se trouve, comme l'est l'héritier, aux droits et obligations du de cuius* »<sup>44</sup>. Dès lors, la personnalité de la société pouvait être continuée même après sa disparition à l'instar de la personnalité de personnes physiques. En outre, les opérations de fusion entraînant une dissolution sans liquidation de la société disparaissant ainsi que la transmission de son patrimoine à la société bénéficiaire, celle-ci se trouve alors dans la même situation juridique et continue donc la personnalité juridique de la société dissoute<sup>45</sup>.

**36.** Cette théorie a d'ailleurs été confirmée par plusieurs vieux arrêts et jugements<sup>46</sup>. De plus, l'exposé des motifs de la loi de 1993 précise que « *l'entreprise de la société absorbée se poursuit, sans solution de continuité, dans la société absorbante, exactement comme lorsqu'une société adopte une forme juridique nouvelle* »<sup>47</sup>.

## §2. Controverse

**37.** Sur base de cette théorie, certains auteurs ont analysé le concept de fusion non pas en tant que transfert du patrimoine, mais en tant que transformation c'est-à-dire que la société qui disparaît à la suite d'une fusion n'est pas dissoute, mais bien transformée<sup>48</sup>. A cet égard T. Tilquin dispose que la fusion doit être analysée « *comme des changements de structures qui au même titre que la transformation opère sans affecter la continuité de la personnalité morale des sociétés apporteuses* »<sup>49</sup>.

**38.** En outre, P. Coppens et F. T'Kint soulignent que « *La concentration de deux ou plusieurs sociétés n'équivaut pas à la dissolution des sociétés absorbées. Elle est plus proche d'une transformation qui respecte la continuité de celles-ci. Les associés de la société absorbée, en*

---

<sup>43</sup> P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge, op. cit.*, p. 1981.

<sup>44</sup> L. FRÉDÉRICQ, *Traité de droit commercial belge*, t. V, Les sociétés commerciales en droit belge, Gand, Fecheyr, 1950, p. 1036.

<sup>45</sup> C. RESTEAU, *Traité des sociétés anonymes*, t. II, 3<sup>ème</sup> éd., n°1306quater, p. 507.

<sup>46</sup> Comm. Bruxelles, 30 mars 1932, *Rev. Prat. Soc.*, 1932, p. 190 ; Liège, 31 mars 1939, *Rev. Prat. Soc.*, 1939, p. 294.

<sup>47</sup> Projet de loi modifiant, en ce qui concerne les fusions et les scissions de sociétés, les lois sur les sociétés commerciales coordonnées le 30 novembre 1935, Exposé des motifs, *Doc. Parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1989-1990, n°1214/1, p. 4.

<sup>48</sup> F. T'KINKT et I. CORBISIER, *op. cit.*, p. 164.

<sup>49</sup> T. TILQUIN, *op. cit.*, p. 279.

*votant la fusion, n'ont entendu ni mettre fin à l'activité sociale ni répartir l'actif entre eux, après paiement des créanciers. Leur volonté de collaboration active en vue d'un but commun persiste. Elle prend une dimension nouvelle, un cadre plus large »*<sup>50</sup>.

**39.** Cependant, cette analyse de la nature de fusion en tant que transformation présente un inconvénient majeur : elle ne rend pas compte d'un des éléments caractéristiques d'une opération de fusion à savoir la transmission des droits qui permet en réalité de distinguer la fusion de la transformation<sup>51</sup>. Effectivement, la transformation ne suppose ni transfert de patrimoine ni préexistence de deux sociétés et ne peut donc être assimilée à une opération de fusion<sup>52</sup>.

**40.** C'est pourquoi la continuation de la personnalité de la société dissoute au sein de la société bénéficiaire ne pouvait être invoquée dans notre système juridique « où les notions de patrimoine et de personnalité constituent des corollaires nécessaires »<sup>53</sup>. Cela signifie que la transmission universelle du patrimoine de la société dissoute à la société bénéficiaire lors d'une opération de fusion entraîne irrémédiablement la suppression de la personnalité juridique de la société dissoute<sup>54</sup>. D'ailleurs, les travaux préparatoires de la loi du 29 juin 1993<sup>55</sup> ainsi que la doctrine arrivent à la même conclusion<sup>56</sup>.

**41.** Nonobstant les critiques qui viennent d'être énoncées quant à l'application du principe de la continuation de la personnalité de droit commun au droit des sociétés comme fondement du principe de transmission universelle, elle n'est pas sans utilité ni conséquences au regard du sujet de ce mémoire.

---

<sup>50</sup> P. COPPENS et F. T'KINT, « Le transfert des créances, des dettes et des contrats dans les fusions de sociétés », in *La transmission des obligations*, IXes Journées d'études juridiques Jean Dabin, Bruxelles, Bruylant, 1980 p. 425.

<sup>51</sup> F. T'KINT et I. CORBISIER, *op. cit.*, pp. 167-168.

<sup>52</sup> P. VAN OMMESLAGHE, « La proposition de troisième Directive sur l'harmonisation des fusions de sociétés anonymes », in *Quo vadis ius societatum — Liber amicorum Pieter Sanders 's Gravenhage*, Kluwer, Martinus-Nijhoff, 1973, p. 129.

<sup>53</sup> F. T'KINT et I. CORBISIER, *op. cit.*, p. 168.

<sup>54</sup> *Ibid.*

<sup>55</sup> Projet de loi modifiant, en ce qui concerne les fusions et les scissions de sociétés, les lois sur les sociétés commerciales coordonnées le 30 novembre 1935, Exposé des motifs, *Doc. Parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1989-1990, n°1214/1, p. 14.

<sup>56</sup> K. GEENS, « De nieuwe wet inzake fusies en splijtingen », *TRV*, 1993, p. 53 et spéc. pp. 56-57 et 67-68.

### §3. Conséquences

42. L'application de la théorie de continuation de la personnalité morale de l'entité dissoute comme fondement du principe de transmission universelle du patrimoine permet de mieux rendre compte de la volonté réelle des parties à l'opération de fusion. Celle-ci devant être comprise comme un souhait de continuer les activités de la société dissoute au sein de la société bénéficiaire et non pas comme un acte de mort de la société disparue<sup>57</sup>.

43. Une deuxième conséquence découlant du concept de fusion-transformation est que les contrats *intuitu personae* de la société dissoute seraient transférés de plein droit vers la société bénéficiaire de l'opération étant donné qu'il ne s'agit pas d'une véritable transmission universelle<sup>58</sup>.

En effet, en vertu du principe de continuation de la personnalité de l'entité dissoute, la société bénéficiaire continue la personnalité de la société dissoute et reprend donc à son compte tous les rapports juridiques y compris les contrats *intuitu personae*.

## Section 2. Principe de la continuation du contrat de société et de la vie de l'entreprise

44. A travers cette section, le principe de continuation du contrat de société et de la vie de l'entreprise sera exposé ainsi que ses conséquences.

### §1. Exposé du principe

45. La doctrine moderne a analysé la volonté de continuer les activités de la société dissoute au sein de la société bénéficiaire non pas comme une volonté de poursuivre la personnalité de la personne morale dissoute, mais bien comme un désir de continuer le contrat de société<sup>59</sup> et la vie de l'entreprise<sup>60</sup>. Dès lors, la transmission universelle de patrimoine se réalisant lors d'une opération de fusion se fonde sur le besoin de continuer la société dissoute plutôt que par la continuation de la personnalité de celle-ci qui n'est en réalité qu'une fiction et un artifice juridique prévu pour les personnes physiques<sup>61</sup>.

---

<sup>57</sup> F. T'KINKT et I. CORBISIER, *op. cit.*, p. 164.

<sup>58</sup> *Ibid.*

<sup>59</sup> Y. CHEMINADE, « Nature juridique de la fusion des sociétés », *Rev. trim. dr. com.*, 1970, p. 20.

<sup>60</sup> G.J. MARTIN, « La notion de fusion », *Rev. trim. dr. com.*, 1978, p. 269 et spéc, pp. 282-283.

<sup>61</sup> F. T'KINKT et I. CORBISIER, *op. cit.*, p. 166.

46. A cet égard, la Cour de Cassation s'était déjà penchée sur la question par un arrêt du 30 avril 1970 rendu en matière fiscale en reconnaissant à la société bénéficiaire la qualité d'ayant cause à titre universel en ces termes « *attendu que si la demanderesse est l'ayant cause à titre universel de la société anonyme... pour avoir recueilli tout l'actif et le passif de celle-ci, il ne s'en déduit pas que la demanderesse puisse être considérée, à l'instar de l'héritier du défunt, comme la continuatrice de la personnalité de la société absorbée* »<sup>62</sup>. En d'autres termes, la Cour de Cassation reconnaît ici par la théorie de la cession des droits successifs que la société bénéficiaire de la fusion bien qu'ayant cause universel n'est pas réputée continuer la personnalité de la société dissoute<sup>63</sup>.

## §2. Conséquences

47. Ce principe de la continuation du contrat de société et de la vie de l'entreprise comme fondement du principe de transmission universelle dans les opérations de fusion a pour principale conséquence que l'ensemble des contrats en cours est systématiquement repris par la société bénéficiaire de la fusion, car elle est supposée continuer la société dissoute dont elle reçoit les biens. Par conséquent, l'on considère que les contrats *intuitu personae*, c'est-à-dire ceux contractés en considération de la personne de la société dissoute seraient eux aussi repris par la société bénéficiaire<sup>64</sup>.

48. Néanmoins, la doctrine et la jurisprudence ne sont pas unanimes sur ce point et ont pu considérer que les contrats *intuitu personae* constituaient une exception à la transmission universelle. Ceux-ci seraient résiliés par l'effet de la fusion tout comme en cas de décès, car elle engendre pour les tiers une modification dans la personne du cocontractant<sup>65</sup> (voy. *Infra* Chapitre 2. Problématique de l'incessibilité des contrats *intuitu personae*).

## Section 3. Fondement retenu

49. En conclusion, nous nous rallions à l'avis donné par T'Kint et Corbisier à savoir qu'il ne nous semble pas compréhensible de pouvoir analyser comme fondement du principe de transmission universelle du patrimoine, le principe de continuation de la personnalité de l'entité dissoute emprunté au droit commun des successions et sa conséquence que l'opération de fusion serait une transformation. Nous ne voyons pas en quoi il serait possible d'éviter

---

<sup>62</sup> Cass., 30 avril 1970, *Pas.*, 1970, I, p. 749.

<sup>63</sup> J. MALHERBE, Y. DE CORDT, P. LAMBRECHT et P. MALHERBE, *op. cit.*, p. 1039.

<sup>64</sup> *Ibid.*, p. 1040.

<sup>65</sup> P. COPPENS et Fr. T'KINT, *op. cit.*, p. 435.

d'analyser les problèmes liés à la transmission des contrats, en particulier ceux *intuitu personae* en reléguant tout simplement au second plan le caractère translatif de la fusion. Indubitablement, les problèmes de transmission des contrats sont intimement liés au fait que la fusion est une opération ayant pour effet de transférer un ensemble de biens liés entre eux<sup>66</sup>.

**50.** De plus nous rejoignons ces auteurs dans la définition fonctionnelle qu'ils font de la fusion en ce qu'elle « *consiste en un contrat d'une nature spécifique assurant la transmutation de la société absorbée dont les effets translatifs se rapprochent de ceux de la transmission universelle à cause de mort* »<sup>67</sup>, car la fusion est un contrat et par conséquent un acte volontaire et, dès lors le transfert universel en cas de fusion ne doit pas être confondu avec la transmission en cas de décès, notamment en ce qui concerne le transfert des contrats *intuitu personae*<sup>68</sup>. Enfin, toujours selon les mêmes auteurs, l'expression transmutation rend parfaitement compte du rapport émis lors des travaux préparatoires lorsqu'il mentionne la « *continuation de l'esprit social fusionné, scindé ou absorbé au sein de la nouvelle société qui en constitue l'ayant droit* »<sup>69</sup>.

---

<sup>66</sup> F. T'KINKT et I. CORBISIER, *op. cit.*, p. 170.

<sup>67</sup> *Ibid.*

<sup>68</sup> *Ibid.*, p. 171.

<sup>69</sup> Projet de loi modifiant, en ce qui concerne les fusions et les scissions de sociétés, les lois sur les sociétés commerciales coordonnées le 30 novembre 1935, Rapport fait au nom de la commission de la Justice par M. CEREXHE, *Doc. parl.*, Sénat, sess. 1992-1993, n° 494-2, p. 8.

## **Titre 2. Principe de continuation contractuelle en cas de fusion**

**51.** Le principe de continuation contractuelle en cas de fusion engendre un transfert des contrats de la société dissoute au profit de la société bénéficiaire (**chapitre 1**), mais qu'en est-il des contrats *intuitu personae* (**chapitre 2**) ?

### **Chapitre 1. Continuation des contrats de la société dissoute sans liquidation.**

**52.** Ce premier chapitre a pour but, d'abord, d'exposer en règle générale le principe de continuation des contrats dans le cadre d'une opération de fusion (**section 1**). Ensuite, nous nous poserons la question de savoir si le cocontractant ou la société bénéficiaire ont le droit de résoudre le contrat en raison de la réalisation de la fusion (**section 2**) et si les opérations de fusion peuvent être considérées comme des événements susceptibles d'entraîner la caducité d'un contrat et donc de mettre à mal le principe de continuation contractuelle lors d'une fusion (**section 3**).

#### Section 1. Principe

**53.** Lors d'une opération de fusion, la loi énonce qu'après la dissolution sans liquidation de la société dissoute, l'ensemble du patrimoine de celle-ci sera transféré à la société bénéficiaire en vertu du principe de transmission universelle<sup>70</sup>. Cependant, notre système juridique ne précise pas ce qu'il advient des contrats conclus par l'entité dissoute. Néanmoins, il est communément admis que les contrats en cours sont, par l'effet du principe de transmission universelle du patrimoine, transférés et repris automatiquement par la société bénéficiaire<sup>71</sup>.

**54.** L'ensemble du rapport contractuel est ainsi transféré, ce qui signifie que la société bénéficiaire de la fusion est en droit d'exercer toutes les prérogatives qu'aurait pu exercer la société dissoute et qui proviennent du rapport contractuel transféré, c'est à dire, l'exception d'inexécution, bonne foi, application de 1184 du Code civil, etc<sup>72</sup>.

---

<sup>70</sup> C. soc., art. 682, al. 1, 3°.

<sup>71</sup> J. MALHERBE, Y. DE CORDT, P. LAMBRECHT et P. MALHERBE, *op. cit.*, p. 1040.

<sup>72</sup> T. TILQUIN, *op. cit.*, p. 288.

**55.** De plus, les contrats sont transmis avec l'entièreté de leurs accessoires<sup>73</sup> et la société bénéficiaire jouit de la connexité des obligations réciproques ainsi que des clauses compromissaires<sup>74</sup>.

**56.** Les contrats d'une société étant des actes juridiques faisant partie intégrante du patrimoine de la société, il est parfaitement judicieux de considérer que lorsque la société dissoute transfère l'ensemble de son patrimoine à une autre société dans le cadre d'une opération de fusion, celle-ci reçoit dans son patrimoine propre, la totalité des contrats de l'entité dissoute.

Malgré cela, nous constaterons que cette affirmation est belle en théorie, mais n'est pas sans poser problème en pratique. Manifestement, la nature du contrat peut être déterminante quant à sa transmissibilité et plus particulièrement les contrats *intuitu personae*, c'est-à-dire ceux conclus en considération de la personne de la société dissoute.

## Section 2. Fusion, cause de résolution ?

**57.** La question à se poser est celle-ci : l'opération de fusion donne-t-elle au cocontractant et à la société bénéficiaire le droit de résoudre le contrat en raison de la survenance de cette opération ? En d'autres termes, la fusion confère-t-elle aux parties la possibilité d'une action en résolution d'un contrat<sup>75</sup> ?

**58.** Or, on le sait, la résolution d'un contrat est la sanction d'une inexécution fautive du contrat par une des parties<sup>76</sup>. Dès lors, permettre aux parties de résoudre le contrat du seul fait de la fusion signifierait que la transmission universelle serait un défaut d'exécution. Ne devrait-on pas plutôt considérer ce principe de transmission universelle et la continuation des contrats qui en découle comme une garantie pour les créanciers de l'entité dissoute<sup>77</sup> ?

**59.** Toutefois, le principe d'exécution de bonne foi consacré à l'alinéa 3 de l'article 1134 du Code civil semble être selon T'Kint et Corbisier à son « apogée » et permettrait aux parties de demander la résolution du contrat en justice si en raison de l'opération de fusion les sociétés

---

<sup>73</sup> T. TILQUIN, *op. cit.*, p. 290.

<sup>74</sup> Civ. Huy, 9 juillet 1936, *Rev. Prat. Soc.*, 1936, p. 315 et obs.

<sup>75</sup> A. ALBORTCHIRE, *Le sort des contrats dans les opérations de fusions et de scissions de sociétés commerciales*, Law, Université d'Auvergne – Clermont-Ferrand I, 2005, p. 29.

<sup>76</sup> P. WERY, « La théorie générale du contrat », *Rép. not.*, t. IV, Les obligations, Liv. 1/1, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 984.

<sup>77</sup> A. ALBORTCHIRE, *op. cit.*, p. 29.

se trouvaient dans l'impossibilité de poursuivre l'exécution du contrat<sup>78</sup> (voy. *infra*, n<sup>os</sup> 173 et s.).

### Section 3. Fusion, cause de caducité ?

**60.** « *La caducité s'analyse en une extinction de plein droit d'un acte juridique lorsque, par la survenance d'un évènement postérieur à la naissance de l'acte, évènement qui peut être imputable à une partie, l'objet ou la cause de celui-ci vient à disparaître en sorte que son exécution en nature devient impossible* »<sup>79</sup>.

**61.** La question qu'il faut ici se poser est de savoir si la fusion peut être considérée comme un évènement postérieur à la naissance du contrat entraînant sa caducité et donc d'entraver sa continuation<sup>80</sup>. Une telle considération pourrait paraître étrange *a priori*. Néanmoins, dans l'hypothèse d'un contrat *intuitu personae*, la personnalité de la société dissoute est susceptible d'être considérée comme le mobile déterminant du contrat, c'est à dire sa cause subjective. Dès lors, une réponse positive à cette question pourrait être avancée<sup>81</sup>. Cependant, suite à une évolution jurisprudentielle en la matière, une telle affirmation n'est plus pleinement correcte et doit être nuancée (voy. *infra*, n<sup>os</sup> 177 et 178).

---

<sup>78</sup> F. T'KINKT et I. CORBISIER, *op. cit.*, p. 198.

<sup>79</sup> *Ibid.*, pp. 198-199.

<sup>80</sup> A. ALBORTCHIRE, *op. cit.*, p. 30.

<sup>81</sup> P. HAINAUT-HAMENDE, *op. cit.*, p. 440.

## Chapitre 2. Problématique de l'intransmissibilité des contrats *intuitu personae*

62. Ce deuxième chapitre s'attarde, quant à lui, à la réelle problématique de l'intransmissibilité des contrats *intuitu personae*. Dans un premier temps, il conviendra d'analyser la notion d'*intuitu personae* en tant que telle et ses conséquences en terme de cessibilité dans la tradition juridique classique (**section 1**). Ensuite, nous nous attarderons sur la position du législateur communautaire face à la transmissibilité des contrats *intuitu personae* en cas de fusion (**section 2**). Après, nous nous pencherons sur la position du législateur belge. La loi du 29 juin 1993 étant silencieuse à ce sujet, il faudra se référer aux déclarations des travaux préparatoires et à la doctrine qui a tenté d'apporter certaines solutions à cette problématique (**section 3**). De plus, il existe, en droit belge, la possibilité d'inclure dans les contrats des clauses reposant sur la notion d'*intuitu personae*, appelée clause de changement de contrôle et ayant comme objectif d'accorder le droit à un des contractants de mettre fin au contrat en cas de changement de contrôle dans le chef de l'autre contractant (**section 4**). Enfin, il sera utile d'énoncer quelques manœuvres possibles pour contourner les changements que peut opérer une fusion sur la relation contractuelle notamment lorsque les obligations transférées par la société dissoute sont incompatibles avec celles de la société bénéficiaire ou lorsque le maintien de la relation contractuelle transférée est contraire à l'équité (**section 5**).

### Section 1. Notion d'*intuitu personae* et ses conséquences en terme de cessibilité

63. Dans cette section, la notion d'*intuitu personae* sera analysée en profondeur. En effet, après une définition large de cette notion, il conviendra d'en examiner la portée au sens strict du terme, mais aussi au sens large. Enfin, selon certains auteurs, une forme particulière d'*intuitu personae* existerait à travers les clauses d'agrément insérées dans les statuts d'une société.

#### *§1. Préalables*

64. Selon Henri de Page, un contrat est de nature *intuitu personae* lorsque « *la considération de la personne de l'un des cocontractants est pour l'autre partie un élément déterminant du*

contrat »<sup>82</sup>. Les effets d'un contrat conclu *intuitu personae* sont présents tout au long de la vie de ce contrat, dès sa conclusion, lors de son exécution et finalement au moment de sa dissolution<sup>83</sup>. L'*intuitu personae* peut aussi avoir un impact sur la force obligatoire de la convention<sup>84</sup>.

**65.** Les contrats *intuitu personae* sont par nature intransmissibles<sup>85</sup>. Le fondement de leur intransmissibilité provient du vocable de l'article 1122 du Code civil qui prévoit que l' « *On est censé avoir stipulé pour soi et pour ses héritiers et ayants causes, à moins que le contraire ne soit exprimé ou ne résulte de la nature de la convention* ».

**66.** Cette disposition a donné lieu à de nombreuses controverses, notamment sur la question de savoir si le terme « ayants causes » désignait uniquement les ayants causes à titre universel ou contenait aussi en son sein les ayants causes à titre particulier. Cette controverse a pris fin en Belgique et la doctrine considère aujourd'hui que cet article englobe les deux notions<sup>86</sup>.

**67.** Cette disposition introduit donc une double exception au principe de transmission du contrat, résidant dans la volonté des parties ou dans la nature du contrat, qui s'applique tant au transfert entre vifs qu'à cause de mort<sup>87</sup>. Les parties au contrat ont donc le droit, en vertu du principe de la liberté contractuelle de prévoir, par exemple, que le contrat prendra fin en cas de décès du cocontractant. Cependant, la deuxième exception prévue par l'article 1122 permet de mettre fin au contrat de plein droit sans stipulation expresse de la part des parties, mais tout simplement en raison de sa nature même, c'est à dire de son caractère *intuitu personae*<sup>88</sup>, légitimant de cette manière leur intransmissibilité.

**68.** Néanmoins pour certains auteurs, la notion de « nature du contrat » ne s'apparente pas exclusivement à la notion de contrat *intuitu personae* et le contrat « par nature » intransmissible ne se borne pas aux conventions *intuitu personae*. Par conséquent, pour définir pleinement la nature du contrat, il y a lieu de prendre en compte son langage, c'est-à-dire la volonté des parties<sup>89</sup>.

---

<sup>82</sup> H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, 3<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Bruylant, 1964, n° 460bis.

<sup>83</sup> P. WÉRY, *op. cit.*, p. 236.

<sup>84</sup> X. DIEUX, *Droit, moral et marché*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 661.

<sup>85</sup> P. WÉRY, *op. cit.*, p. 236.

<sup>86</sup> E. DIRIX, *Obligatoire verhoudingen tussen contractanten en derden*, Antwerpen-Apeldoorn, Kluwer, 1984, p. 26.

<sup>87</sup> F. T'KINKT et I. CORBISIER, *op. cit.*, p. 174.

<sup>88</sup> P. WÉRY, *op. cit.*, p. 859.

<sup>89</sup> F. T'KINKT et I. CORBISIER, *op. cit.*, p. 175.

69. Cette définition classique reste fort générale et devrait être interprétée de manière plus nuancée<sup>90</sup>. C'est pourquoi, L. Aynes<sup>91</sup> s'est attardé sur la force de cette notion et en est arrivé à la conclusion qu'il existe deux types d'*intuitu personae* que l'on pourrait qualifier d'*intuitu personae* véritable (ou *intuitu sensu stricto*) et d'*intuitu personae* atténué (ou *sensu lato* ou *intuitu firmae*) ayant des conséquences différentes en matière de cessibilité<sup>92</sup>.

70. A noter que cette distinction est parfaitement applicable aux personnes morales depuis l'arrêt de la Cour de cassation du 31 mai 1957 qui énonce le principe selon lequel celles-ci jouissent de tous les droits reconnus aux personnes physiques pour tous les actes juridiques que n'exclut par leur nature d'être morale<sup>93</sup>. Dès lors, la doctrine considère que les personnes morales sont en droit de conclure des contrats *intuitu personae*<sup>94</sup>.

## §2. *Intuitu personae sensu stricto*

71. Les contrats *intuitu personae sensu stricto* sont caractérisés par la présence du concept de réification de la personne du cocontractant c'est-à-dire que l'exécution personnelle du contrat est à ce point essentielle que l'obligation ne s'envisage pas sans elle<sup>95</sup>. Dans cette hypothèse la personne du cocontractant se confond avec l'objet du contrat ou la cause de celui-ci. Les exemples les plus classiques sont notamment les prestations artistiques ou les donations<sup>96</sup>.

En d'autres termes, la personne du cocontractant est un élément essentiel soit de l'objet du contrat, ce qui signifie que seul celui-ci pourra exécuter la convention, soit de la cause du contrat c'est-à-dire que la considération de la personne du cocontractant est le mobile déterminant de la personne qui s'engage envers elle<sup>97</sup>.

72. Le contrat de nature *intuitu personae* véritable est en principe incessible, car il est par « essence un contrat personnel et l'*intuitu personae*, élément de sa structure, s'impose bilatéralement aux deux parties »<sup>98</sup>. Dès lors, en cas de changement de créancier ou de débiteur, le contrat sera résilié de plein droit. En effet, si un tiers prend la place d'une des

---

<sup>90</sup> H. LAGA, « Enige bedenkingen omtrent fusie en de overgang van *intuitu personae*-overeenkomsten », in *Liber amicorum Jan Ronse*, Bruxelles, Story-Scientia, 1986, p. 237.

<sup>91</sup> L. AYNES, *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes*, Paris, Economica, 1984

<sup>92</sup> F. T'KINKT et I. CORBISIER, *op. cit.*, pp. 175-176.

<sup>93</sup> Cass., 31 mai 1957, *Rev. prat. soc.*, 1957, p. 189.

<sup>94</sup> Ph. MARCHANDISE, «Le changement de cocontractant dans les contrats à prestations successives», in *La vie du contrat à prestations successives*, Conférence du Jeune Barreau, Bruxelles, éd. Jeune Barreau, 1991, p. 154.

<sup>95</sup> P. WÉRY, *op. cit.*, p. 234.

<sup>96</sup> P. HAINAUT-HAMENDE, *op. cit.*, p. 391.

<sup>97</sup> F. T'KINKT et I. CORBISIER, *op. cit.*, p. 176.

<sup>98</sup> L. AYNES, *op. cit.*, p. 242.

parties du contrat de base, c'est un élément essentiel du contrat qui disparaît et qui entraîne donc, logiquement, la disparition du contrat dans son ensemble. Cependant, si le contrat est quand même exécuté par les parties, nonobstant le changement de créancier ou de débiteur, un nouveau contrat indépendant du contrat originaire naîtra<sup>99</sup>.

### §3. *Intuitu personae sensu lato ou intuitu firmae*

**73.** Un contrat sera de nature *intuitu personae sensu lato* lorsque la personnalité du cocontractant a été prise en compte mais ne se confond pas avec l'objet ou la cause même de la prestation contractuelle<sup>100</sup>. La personnalité du cocontractant ne constitue dès lors qu'une garantie particulière de l'exécution de l'obligation<sup>101</sup>.

En d'autres termes, la personnalité du cocontractant n'est ici pas un élément essentiel du contrat. L'*intuitu personae* n'est donc pas prépondérant bien que la personnalité du cocontractant soit prise en considération, mais cela n'affecte pas la force obligatoire du contrat<sup>102</sup>.

**74.** Par conséquent, la cession du contrat est parfaitement possible étant donné qu'il peut être exécuté par un tiers à condition que la garantie du créancier soit maintenue pour l'avenir. A défaut de quoi, le créancier sera en mesure de demander la résiliation du contrat<sup>103</sup>.

### §4. *Controverse*

**75.** Cette distinction n'est pourtant pas partagée par l'ensemble de la doctrine. Effectivement, celle-ci considère qu'Aynès conçoit la notion de contrat de manière purement objective alors qu'il faudrait plutôt voir le contrat à la fois de manière objective et subjective, celui-ci étant à la fois un lien entre des personnes et une valeur patrimoniale<sup>104</sup>.

**76.** De plus, la Cour de cassation française a rendu un arrêt ayant validé une cession d'un contrat *inuitu firmae* dès que l'autre partie y a consenti<sup>105</sup>. Cet enseignement est interprété par la doctrine comme signifiant la possibilité de conclure un nouveau contrat avec le

---

<sup>99</sup> L. AYNES, *op. cit.*, p. 236

<sup>100</sup> P. HAINAUT-HAMENDE, *op. cit.*, p. 391.

<sup>101</sup> F. T'KINKT et I. CORBISIER, *op. cit.*, p. 176.

<sup>102</sup> Projet de loi modifiant, en ce qui concerne les fusions et les scissions de sociétés, les lois sur les sociétés commerciales coordonnées le 30 novembre 1935, Rapport fait au nom de la commission de la Justice par M. CEREXHE, *Doc. parl.*, Sénat, sess. 1992-1993, n° 494-2, p. 17.

<sup>103</sup> L. AYNES, *op. cit.*, p. 241.

<sup>104</sup> T. TILQUIN, *op. cit.*, n° 510 et 513.

<sup>105</sup> Cass. com., 7 janvier 1992, *J.C.P.*, 1992, éd. G, IV, n°692.

cessionnaire ce qui revient, en fait, à assimiler les contrats *intuitu firmae* aux contrats *intuitu personae sensu lato*<sup>106</sup>.

77. En outre, même si l'on considère de manière générale qu'un contrat *intuitu personae* est un contrat dont la considération de la personne du cocontractant est un élément essentiel pour l'autre partie, l'on peut se demander quelle en est sa portée exacte lorsque l'on est face à une personne morale. En effet, porte-t-il sur la réputation de la société en tant que telle, sur ses directeurs, sur ses actionnaires ou encore sur son patrimoine<sup>107</sup> ?

Certains auteurs considèrent que lorsque la partie contractante est une société, l'*intuitu personae* renvoi à l'actionnaire de référence et à la personne qui en a la gestion effective<sup>108</sup>, l'*intuitu personae* devant nécessairement être qualifié d'*intuitu firmae*<sup>109</sup> avec toutes les conséquences qui y sont attachées en terme de transmissibilité. Or il est parfaitement plausible de conclure un contrat *intuitu personae sensu stricto* avec une personne morale. Dans cette hypothèse, les caractéristiques de la personne morale peuvent se confondre avec soit l'objet du contrat, comme c'est le cas notamment lorsqu'un contrat est conclu avec SCS d'avocats et que l'affaire devra être gérée par l'avocat X, soit avec la cause du contrat par exemple lors d'une donation à une association caritative<sup>110</sup>.

### §5. Cas particulier d'*intuitu personae* : la clause d'agrément

#### A. Notion

78. La clause d'agrément est celle qui oblige l'actionnaire désirant céder ses titres à recevoir l'approbation d'un organe de gestion de la société, le plus souvent le conseil d'administration, ou d'un tiers, sur la personne du candidat cessionnaire<sup>111</sup>.

79. Il n'y a pas lieu de motiver le refus d'agrément dans le but d'éviter un contrôle judiciaire des motifs<sup>112</sup>. Néanmoins, ce droit de refus d'agrément doit être exercé dans le respect de l'intérêt social lorsqu'il doit être donné par un organe de la société<sup>113</sup>.

---

<sup>106</sup> F. T'KINKT et I. CORBISIER, *op. cit.*, p. 177.

<sup>107</sup> A. ALBORTCHIRE, *op.cit.*, p. 200.

<sup>108</sup> P. WÉRY, *op. cit.*, p. 235.

<sup>109</sup> T. TILQUIN, *op. cit.*, pp. 290-291.

<sup>110</sup> P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil belge, op. cit.*, pp. 151-152.

<sup>111</sup> Y. DE CORDT (e.a), *Société anonyme, op. cit.*, p. 147.

<sup>112</sup> *Ibid.*

<sup>113</sup> B. FERON, « Les conventions d'actionnaires après la loi du 13 avril 1995 », *R.D.C.*, 1996, p. 676.

**80.** Cette clause a pour objectif d'empêcher qu'un tiers, c'est-à-dire un concurrent ou toutes autres personnes indésirables, ne prennent le contrôle de la société<sup>114</sup>.

**B. Clause prévue dans les statuts de la société dissoute**

**81.** La question à se poser ici est de savoir si l'organe de la future société dissoute compétent pour mettre en œuvre la clause d'agrément et n'étant pas d'accord avec la décision des associés de cette société de fusionner serait en droit d'utiliser cette clause pour s'opposer à la fusion<sup>115</sup>.

**82.** Il semble peu probable que la société dissoute oppose à la société bénéficiaire des clauses d'agrément issues de ses statuts. En effet, les associés de la société bénéficiaire ne deviendront pas des associés de la société dissoute. En revanche, les associés de la société dissoute deviendront des associés de la société bénéficiaire<sup>116</sup>.

**C. Clause prévue dans les statuts de la société bénéficiaire**

**83.** A la suite de la fusion, les associés de la société dissoute devenant des associés de la société bénéficiaire, l'organe de la société bénéficiaire compétent pour mettre en œuvre la clause d'agrément est-il en droit d'utiliser cette clause pour s'opposer à l'entrée de nouveaux associés dans la société bénéficiaire<sup>117</sup> ?

**84.** En vertu des travaux préparatoires de la loi du 18 juillet 1991, ces clauses sont applicables pour n'importe quel type de transmission et notamment en cas de fusion<sup>118</sup>. Néanmoins, selon Hainaut-Hamende, le législateur avait, à l'époque, en tête les cas dans lesquels la société dissoute possédait des titres qui, en vertu de la fusion, étaient transférés de plein droit à la société bénéficiaire<sup>119</sup> (voy. *infra*, n<sup>os</sup> 88 et s.).

**85.** De surcroît, l'échange d'action qui résulte d'une fusion ne constitue pas réellement une cession de titres<sup>120</sup>. Assurément, l'on parle de cession, lorsque des droits ou des biens, en

---

<sup>114</sup> A. COIBON, *Les conventions d'actionnaires en pratiques*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 59.

<sup>115</sup> F. T'KINKT et I. CORBISIER, *op. cit.*, p. 186.

<sup>116</sup> *Ibid.*, p. 187.

<sup>117</sup> *Ibid.*, p. 186.

<sup>118</sup> Projet de loi modifiant les lois sur les sociétés commerciales coordonnées le 30 novembre 1935 dans le cadre de l'organisation transparente du marché des entreprises et des offres publiques d'acquisition, Rapport fait au nom de la commission « Ad Hoc » Sociétés commerciales par MM. Verhaegen et Bayenet, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 1990-1991, n° 1107/3, p. 99.

<sup>119</sup> P. HAINAUT-HAMENDE, *op. cit.*, p. 424.

<sup>120</sup> J. MOURY, « Des clauses restrictives de la libre négociabilité des actions », *R.T.D.C.*, 1989, p. 206.

l'espèce des droits sociaux, sont transférés, à titre onéreux ou à titre gratuit, entre vifs, autrement dit du vivant de leur propriétaire<sup>121</sup>. Cette technique est donc différente de la transmission, de la remise de titres qui s'opère expressément lors d'une fusion. C'est pourquoi de telles clauses contraignant la cession de titres à l'agrément d'un organe de la société sont inapplicables<sup>122</sup>.

**86.** En règle générale, la doctrine considère que ces clauses ne peuvent pas avoir pour effet de priver la société du droit de fusionner qui lui est reconnu par la loi. De telles clauses ne peuvent pas non plus bloquer une fusion même si elles visent expressément le cas du transfert universel du patrimoine<sup>123</sup>.

**87.** Mais ces clauses pourraient aussi explicitement viser le cas d'une fusion et ajouter qu'elles trouveront à s'appliquer dans cette hypothèse auquel cas « *bien qu'en décidant la fusion, la société bénéficiaire soit considérée comme ayant agréé les associés ou actionnaires de la société absorbée, il sera sans doute plus prudent de prévoir un tel agrément dans le projet* »<sup>124</sup>.

#### D. Clause prévue dans les statuts d'une société tierce dont les actions se trouvent dans le patrimoine de la société dissoute

##### 1. Problème juridique

**88.** Ici, la question qui se pose est de savoir si de telles clauses peuvent être opposées à la société bénéficiaire lorsqu'elles se trouvent dans les statuts d'une société dont la société dissoute détient des titres en portefeuille<sup>125</sup>. Pour admettre que de telles clauses soient applicables et par conséquent mettent en échec le principe de transmission universelle du patrimoine, il faudrait envisager que la fusion entraîne une cession de titres à un tiers, ce qui est difficilement conciliable avec la nature d'une telle opération<sup>126</sup>.

---

<sup>121</sup> P. GUIHO, Dictionnaire: droit, science politique, économie, gestion, comptabilité, fiscalité, 1<sup>ère</sup> éd., L'Hermès, 1994, p. 69.

<sup>122</sup> P. HAINAUT-HAMENDE, *op. cit.*, p. 424.

<sup>123</sup> J. MALHERBE, Y. DE CORDT, P. LAMBRECHT et P. MALHERBE, *op. cit.*, p. 1041.

<sup>124</sup> Y. DE CORDT, « Commentaire des articles 670 à 676 et 678 à 727 du Code des Sociétés », in *Commentaire systématique du Code des sociétés*, Bruxelles, Kluwer, 2007, n°350.

<sup>125</sup> P. HAINAUT-HAMENDE, *op. cit.*, p. 424.

<sup>126</sup> *Ibid.*

## 2. Evolution jurisprudentielle en France

89. Cette question a fait l'objet d'une évolution jurisprudentielle en France. Dans un premier temps, la Cour de cassation française avait considéré que de telles clauses n'étaient pas opposables en raison du principe de transfert universel de l'ensemble du patrimoine<sup>127</sup>. Ensuite, cette jurisprudence fut renversée en 1986, la Cour de cassation estimant que la clause devait être respectée en raison du fait que la fusion ne se trouve pas dans le cas d'interdiction de la clause d'agrément prévu par la loi<sup>128</sup>.

90. Cependant, cette décision a fait l'objet de vives critiques de la part de la doctrine française.

Premièrement, pour certains, les juges de la Cour de cassation ont confondu la notion de cession et de fusion<sup>129</sup>. En effet, par cession, il y a lieu d'entendre les actes de transmission d'actions dont notamment la vente, l'échange, la donation ou l'apport isolé. Par contre, cette notion ne concerne pas les apports effectués lors d'une fusion<sup>130</sup>.

Deuxièmement, l'argument avancé par la doctrine française réside dans l'inapplicabilité à la fusion du formalisme de la cession de titres. Le transfert universel du patrimoine doit être considéré comme une véritable dévolution du patrimoine, celle-ci n'étant pas automatique, n'engageant pas l'information des créanciers et ne consistant pas en une addition de créances et de dettes. Dès lors, les formalités relatives à ces cessions ne sont pas applicables<sup>131</sup>. A cet égard, il a été reconnu que les dispositions relatives aux cessions de créances et aux cessions de part de sociétés privées à responsabilité limitée ne sont pas applicables lors d'une fusion<sup>132</sup>. C'est pourquoi la Cour d'appel de Paris a considéré qu'il n'y avait pas lieu d'étendre les clauses d'agrément aux fusions<sup>133</sup>.

Dernièrement, les auteurs critiquent le raisonnement *a contrario* de la loi française, plus particulièrement de l'article L-228-23 du Code de Commerce français, effectué par la Cour de cassation qui disait, en l'espèce, que « *l'opération de fusion ne figure pas expressément aux*

---

<sup>127</sup> Cass. fr., 12 avril 1972, *D.*, 1972, p. 538.

<sup>128</sup> Cass. fr., 3 juin 1986, *D.*, 1987, p. 95.

<sup>129</sup> J.-P. BERTREL, « Fusions-acquisitions: une clause d'agrément est-elle applicable en cas de fusion ou de scission ? », *Droit & Patrimoine.*, 2003, p. 35.

<sup>130</sup> B. MERCADAL et Ph. JANIN, *Sociétés commerciales*, Francis Lefebvre, 2003, p. 934.

<sup>131</sup> M. COZIAN, A. VIANDIER et Fl. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, 15<sup>ème</sup> éd., Litec, 2002, p. 558.

<sup>132</sup> Cass. com., 1<sup>er</sup> juin 1993 : RJDA 7/93, n° 622.

<sup>133</sup> CA Paris, 18 février 2000, 25<sup>ème</sup> ch., sect. B, *RTD com.*, 2000, p. 390, note Y. REINHARD.

*nombres des actes pour lesquelles la clause d'agrément est interdite* »<sup>134</sup>. Selon la doctrine, dans une matière qui est régie par le droit commun, un raisonnement *a contrario* n'est légitime que s'il permet de recouvrer le droit et non d'agrandir le champ d'application des exceptions qui sont en principe d'interprétation stricte<sup>135</sup>.

### 3. Applicabilité en Belgique

**91.** Cet arrêt du 3 juin 1986 est transposable en Belgique<sup>136</sup>. En effet, les travaux préparatoires de la loi du 18 juillet 1991 énoncent, au sujet de l'article 41, §2 de cette même loi « *que la fusion figure parmi les hypothèses de transmission entrant dans le champ d'application d'une clause d'agrément* »<sup>137</sup>.

**92.** De plus, la majorité de la doctrine considère que de telles clauses sont applicables<sup>138</sup>. Quand une prise de participation au sein de la société tierce est un facteur important de la fusion, il y a lieu de l'assortir d'une condition suspensive résidant dans l'agrément de cette société<sup>139</sup>. Dans cette hypothèse lorsque le conseil d'administration prépare le projet de fusion, il est dans l'obligation de contrôler les titres en portefeuille de la société dissoute. Si, au final, la fusion ne se réalise pas en raison du refus d'agrément de la société tierce et que le conseil d'administration a manqué à cette obligation ou n'a pas informé les associés, sa responsabilité pourra être engagée<sup>140</sup>.

**93.** Néanmoins, si de telles clauses ne ciblent pas explicitement la fusion, elles ne trouveront pas à s'appliquer au transfert qui résulte de la fusion « *sauf à déterminer la volonté réelle et commune des parties de viser la fusion* »<sup>141</sup>.

**94.** Enfin, si le conseil d'administration de la société tierce fait obstacle à la fusion en raison d'un refus d'agrément et qu'il ne propose pas de solutions alternatives comme le rachat de titres ou un autre cessionnaire, sa responsabilité pourra être engagée<sup>142</sup>.

---

<sup>134</sup> Cass., fr, 3 juin 1986, *D.*, 1987, p. 95.

<sup>135</sup> Y. PACLOT, « Fusion et clause d'agrément », note sous Cass. Com., 3 juin 1986, *J.C.P. éd. E*, 1987, II, p. 15083.

<sup>136</sup> T. TILQUIN, *op. cit.*, p. 309.

<sup>137</sup> F. TKINKT et I. CORBISIER, *op. cit.*, p. 188.

<sup>138</sup> P. HAINAUT-HAMENDE, *op. cit.*, p. 425.

<sup>139</sup> J. MOURY, *op. cit.*, p. 205.

<sup>140</sup> G. KEUTGEN et J-Fr. TOSSENS, « La situation des actionnaires et leurs recours », in *Le nouveau droit des fusions et des scissions de sociétés*, Bruxelles, Bruylant, 1994, p. 121.

<sup>141</sup> T. TILQUIN, *op. cit.*, p. 307.

<sup>142</sup> G. KEUTGEN et J-Fr. TOSSENS, *op. cit.*, p. 121.

#### 4. Intérêt

95. *A priori*, en raison de la liberté contractuelle qui prévaut en droit belge ainsi qu'en raison de la liberté légale qui est reconnue aux associés de conclure des clauses d'agrément, il peut paraître surprenant de considérer que ces clauses ne soient pas applicables lors d'une fusion.

96. Malgré cela, le domaine naturel des clauses d'agrément est la cession de titres. Or, le transfert résultant d'une cession n'est en rien similaire à celui suivant une fusion. La cession entraîne un transfert à titre isolé alors que la fusion entraîne un transfert à titre universel. Assimiler ces deux notions reviendrait à altérer le principe de transmission universelle du patrimoine résultant d'une fusion<sup>143</sup>. En raison de la spécificité de ce transfert, la tendance serait de considérer que les clauses d'agrément ne sont pas applicables en cas de fusion.

97. Retenir une solution aussi catégorique pose, cependant, question. En effet, cela ne revient-il pas à accorder au principe de transfert universel du patrimoine une force quasi absolue ? De plus, selon Yves de Cordt toute société a le droit de fusionner et les clauses d'agrément ne peuvent pas entraver ce droit. Mais toute société n'a-t-elle pas aussi le droit de se protéger<sup>144</sup> ? Immanquablement, la société qui détient les titres de la société tierce dans son patrimoine n'est en fait rien d'autre qu'un actionnaire de la société tierce. En cas de dissolution ensuite d'une fusion de cette société actionnaire, et même si la société bénéficiaire est considérée comme l'ayant cause à titre universel de la société dissoute, il n'empêche qu'« *une personne morale différente de la société scindée est devenue associée sans agrément* »<sup>145</sup>. Les clauses d'agrément sont, à cet égard, des moyens de défense permettant à une société tierce à l'opération de fusion de se protéger et ainsi d'éviter le transfert de tout ou partie de son contrôle en cas de dissolution suite à une fusion de la société détenant ses titres<sup>146</sup>.

98. Qui plus est, selon certains auteurs, la clause d'agrément constitue un cas particulier d'*intuitu personae*. Effectivement, une cession d'actions affectées d'une clause d'agrément peut être comparée à une cession de contrat *intuitu personae*, sans néanmoins leur en étendre l'intransmissibilité catégorique des créances de tels contrats<sup>147</sup>.

---

<sup>143</sup> A. ALBORTCHIRE, *op.cit.*, p. 313.

<sup>144</sup> *Ibid.*, p. 304.

<sup>145</sup> D. SCHIMDT, obs. ss Cass. com., 19 avril 1972, D. 1972.540

<sup>146</sup> M.-L. COQUELET, *La transmission universelle du patrimoine en droit des sociétés*, thèse, Paris X, 1994, p. 314.

<sup>147</sup> K. GEENS, « Quelques aspects de la clause d'agrément dans la société anonyme, R.P.S., 1989, n°6533, p. 326 ; F. TKINKT et I. CORBISIER, *op. cit.*, p. 185.

**99.** Cette comparaison est effectuée ici dans l'hypothèse d'une cession entraînant un transfert à titre isolé. Ne pourrait-on pas aller plus loin et pousser cette comparaison dans l'hypothèse d'une fusion et donc d'un transfert à titre universel. Assurément, lors d'un transfert universel résultant d'une fusion, la société tierce peut faire valoir sa clause d'agrément qui est considérée comme une condition suspensive de la fusion. La clause d'agrément met ainsi à mal le principe de transmission universelle. Dès lors, dans l'hypothèse d'un contrat conclu en considération de la personnalité de la société dissoute, celle-ci fusionnant avec une autre société, le cocontractant de la société dissoute, tiers à l'opération, ne serait-il pas en droit, de la même manière que la société tierce peut faire valoir sa clause d'agrément, de revendiquer cet *intuitu personae* ? Cet *intuitu personae* ne lui confère-t-il pas le droit de mettre à mal le principe de transmission universelle, en donnant son approbation non pas à la fusion, mais au transfert de son contrat qui sera désormais exécuté par une autre société que celle en vertu de laquelle il avait conclu en premier lieu ?

**100.** Ceci étant dit, il apparaît utile de doublement nuancer cette comparaison.

Premièrement, les objectifs poursuivis par l'agrément et l'*intuitu personae* ne sont pas équivalents. La clause d'agrément a pour but d'empêcher qu'un tiers ne devienne actionnaire de la société et est dès lors un moyen de défense face à une possible prise de contrôle de la société. Au contraire, dans un contrat *intuitu personae*, l'objectif poursuivi est que ce contrat soit exécuté par la société déterminée. Si celle-ci est dissoute en raison de la fusion et que le contrat est transféré et exécuté par la société bénéficiaire, les conséquences pour le cocontractant sont certes importantes, mais ne sont en rien comparables à celles suivant une prise de contrôle. La portée de ces deux concepts n'étant donc pas la même, il nous semble opportun de tempérer l'argument tiré de cette comparaison.

Deuxièmement, résoudre la question de la problématique du transfert des contrats *intuitu personae* lors d'une opération de fusion sur base d'une comparaison pourrait paraître présomptueux ou à tout le moins ne semble pas suffisant pour justifier pleinement leur intransmissibilité. C'est pourquoi la solution la plus appropriée pour que le cocontractant puisse s'opposer à ce transfert est d'insérer une clause de changement de contrôle en visant expressément l'hypothèse de fusion (voy. infra n<sup>os</sup> 131 et s.).

## Section 2. Position du législateur communautaire

**101.** Il sera, ici, question du positionnement du législateur communautaire face à la problématique de la transmissibilité des contrats *intuitu personae* en cas de fusion, notamment à travers le principe énoncé à l'article 19 de la troisième directive qui prévoit la transmission universelle des contrats sans aucune exception et les différentes interprétations doctrinales qui en sont faites. En outre, selon certains auteurs, le législateur communautaire aurait été influencé par les différents systèmes juridiques européens qui n'ont pas la même définition de la notion d'*intuitu personae*.

### *§1. Silence du législateur*

**102.** Lors des travaux préparatoires de la troisième directive concernant les fusions des sociétés anonymes, le comité chargé de la préparer a révélé la gravité de la place du contrat tant à l'égard de l'entreprise qu'à l'égard des opérations de restructurations des entreprises<sup>148</sup>. Dès lors, le législateur européen a voulu supprimer les obstacles qui contrecarraient les opérations de restructuration, afin d'accroître ces opérations au sein de l'Union européenne pour que les sociétés européennes soient plus compétitives, tant sur le plan national qu'international<sup>149</sup>.

**103.** A cet égard, les articles 3 et 4 de cette directive qui définissent les notions de fusion par absorption et par constitution d'une nouvelle société disposent que ce sont des opérations par lesquelles une société ou plusieurs sociétés transfèrent à une autre l'ensemble de leur patrimoine activement et passivement. De surcroît, l'article 19 dispose que « *La fusion entraîne ipso jure et simultanément les effets suivants: a) la transmission universelle, tant entre la société absorbée et la société absorbante qu'à l'égard des tiers, de l'ensemble du patrimoine actif et passif de la société absorbée à la société absorbante* ».

A travers ces articles la troisième directive reconnaît le principe de transmission universelle en cas de fusion sans aucune réserve<sup>150</sup>, si ce n'est le paragraphe 3 qui énonce qu' « *Il n'est pas porté atteinte aux législations des États membres qui requièrent des formalités particulières pour l'opposabilité aux tiers du transfert de certains biens, droits et obligations apportés par la société absorbée* ».

---

<sup>148</sup> A. ALBORTCHIRE, *op.cit.*, p. 165.

<sup>149</sup> P. MALHERBE, Y. DE CORDT, P. LAMBRECHT et P. MALHERBE, *op. cit.*, p. 1023.

<sup>150</sup> A. ALBORTCHIRE, *op.cit.*, pp. 165-166.

**104.** Mais qu'en est-il du principe de continuation contractuelle ? Et plus particulièrement du sort des contrats *intuitu personae* ?

### §2. *Interprétations doctrinales*

**105.** Certains auteurs considéraient que le principe de transmission universelle portait aussi sur les droits et obligations essentiellement attachés à la personne de la société dissoute. Ceci contrevenait avec l'article 355 du Grand projet de réforme des lois sur les sociétés de 1979 qui prévoyait le transfert de tous les droits et obligations de la société dissoute au profit de la société bénéficiaire à l'exception des droits et obligations essentiellement attachés à la personne de la société dissoute<sup>151</sup>.

**106.** De plus, Tilquin fait la constatation qu'avant l'application de la troisième directive les contrats *intuitu personae* dans le chef de la société dissoute étaient une exception au principe de transmission universelle du patrimoine et qu'ensuite lors de l'adoption de la directive, cette exception n'a pas été traduite légalement nonobstant les discussions relatives à ce sujet lors des travaux préparatoires<sup>152</sup>.

**107.** En outre, la majorité de la doctrine considère que l'application de la troisième directive supprime l'exception des contrats *intuitu personae* au principe de transmission universelle<sup>153</sup>.

### §3. *Influence des droits étrangers*

**108.** A l'origine, l'article 19 contenait une exception au principe de transmission universelle pour les droits et obligations essentiellement attachés à la personne de la société dissoute. A la suite d'après discussions au sein du conseil, cette exception relative au sort des contrats *intuitu personae* fut supprimée en raison du fait que dans certaines législations nationales, les personnes morales ne pouvaient pas conclure de contrats *intuitu personae*. D'ailleurs, des experts allemands étaient intervenus pour expliquer que dans leur système juridique la notion

---

<sup>151</sup> G. KEUTGEN, « Le nouveau régime des Directives européennes en matière de fusion et opérations assimilées », in *Modes de rapprochement structurel des entreprises — Tendances actuelles en droit des affaires*, XXXVIIIe séminaire C.D.V.A., 19-20 nov. 1986, Bruxelles, Story-Scientia, 1988, p. 105.

<sup>152</sup> T. TILQUIN, *op. cit.*, pp. 290-292.

<sup>153</sup> H. LAGA, *op. cit.*, p. 249 ; L. LIFSOENS, « Een toepassing van de schijnleer op fusie door opslorping en het lot van overeenkomsten *intuitu personae* », note sous Bruxelles, 5 oct. 1988, R.D.C., 1989, p. 902 ; Ph. MARCHANDISE, *op. cit.*, p. 147 ; Ph.ERNST et J. VERSTRAELEN, « Réorganisations juridiques de sociétés », coll. Etudes pratiques de droit fiscal, n° 16, Bruxelles, Kluwer, 2002, p. 134 ; G. DAL et M. VAN DEN ABBEELE, « Les fusions et les scissions de sociétés commerciales », *Rev. prat. soc.*, 1993, p. 245.

d'*intuitu personae* n'existait pas et que dès lors le renvoi au concept d'*intuitu personae* dans la directive devait être supprimé et le droit commun appliqué<sup>154</sup>.

Ce qui, à l'époque, a permis à P. Van Ommeslaghe d'en conclure « *qu'il semble que ces questions soient régies par les règles propres à chaque loi nationale soit en vertu de dispositions spécifiques à la fusion, soit en vertu du droit commun. On peut cependant se demander dans quelle mesure des exceptions au principe de la transmission universelle seraient, dans l'état actuel des textes, compatibles avec l'article 15 du projet : celui-ci est rédigé dans des termes qui ne paraissent souffrir aucune exception* »<sup>155</sup>.

**109.** Selon P. Hainaut-Hamende, la raison pour laquelle les contrats *intuitu personae* ne sont pas une exception au transfert universel du patrimoine réside donc dans le constat du concept d'*intuitu personae* qui est fait dans d'autres pays européens. Toujours selon l'auteur, la rédaction de l'article 19 devrait être comprise par la volonté du législateur européen de poser un cadre minimal entre les différents systèmes juridiques nationaux plutôt que par le souhait d'imposer le transfert de ces contrats<sup>156</sup>.

**110.** En conclusion, le législateur européen reconnaît pleinement que le principe de transmission universelle joue de plein droit dans les opérations de fusion sans aucune exception pas même pour les contrats *intuitu personae*. Mais plutôt que de considérer qu'il en est ainsi en raison des disparités au sein des différentes législations des Etats membres, ne peut on pas y voir le souhait du législateur européen non pas d'imposer le transfert des contrats *intuitu personae* mais bien de reconnaître au principe de transmission universelle une portée générale et ce afin de réaliser le but affiché à savoir de mettre en place des conditions optimales pour les concentrations de sociétés au sein de l'Union européenne<sup>157</sup> ?

Les contrats étant des éléments indispensables pour une entreprise, les exclure du principe de transmission universelle résultant d'une fusion en raison du fait qu'ils aient été conclus en considération de la personnalité de la société dissoute porterait incontestablement atteinte à la concrétisation de cet objectif.

---

<sup>154</sup> P. HAINAUT-HAMENDE, *op. cit.*, p. 435.

<sup>155</sup> P. VAN OMMESLAGHE, « La proposition de troisième Directive sur l'harmonisation des fusions de sociétés anonymes », *op. cit.*, p. 145.

<sup>156</sup> P. HAINAUT-HAMENDE, *op. cit.*, p. 435.

<sup>157</sup> A. ALBORTCHIRE, *op.cit.*, pp. 166-167.

### Section 3. Position du législateur belge

**111.** La doctrine et la jurisprudence antérieures à la loi du 1993<sup>158</sup>, en se fondant sur l'article 1122 du code civil, appliqué par analogie aux fusions, ont pu considérer que les contrats *intuitu personae* dans le chef de la société dissoute, constituaient une exception au principe de transmission universelle dans le cadre des opérations de fusions et seraient, dès lors, intransmissibles. Ceux-ci seraient résiliés par l'effet de la fusion tout comme en cas de décès, par analogie avec l'interprétation faite en matière de succession, car elle engendre pour les tiers une modification dans la personne du cocontractant<sup>159</sup>.

**112.** Malheureusement, le législateur belge est muet, lui aussi, quant à la problématique envisagée et aucune exception au principe de transmission universelle, relative aux conventions teintées d'*intuitu personae* n'est prévue dans la loi du 29 juin 1993. Il y a donc lieu de se référer aux déclarations des travaux préparatoires et à la doctrine qui a tenté d'étayer des solutions face au mutisme du législateur, notamment à travers la position du législateur communautaire, de la nouvelle définition de la notion d'*intuitu personae*, du concept de fusion, de la complexité de la problématique, mais aussi de la réelle volonté du législateur belge d'accorder au principe sa pleine portée.

#### *§1. Silence du législateur et déclarations des travaux préparatoires*

**113.** La loi du 29 juin 1993 ne dit rien quant à la problématique du transfert des contrats *intuitu personae* lors des opérations de fusions. Dès lors, l'on pourrait croire que ce domaine est régi par le droit commun et les incertitudes qui y sont relatives<sup>160</sup>.

**114.** Nonobstant le mutisme de la loi de 1993, les travaux préparatoires de celle-ci sont quant à eux plus explicites. En effet, ils affirment clairement que la transmission universelle « englobera même les contrats conclus *intuitu personae* »<sup>161</sup>; « les troisièmes et sixièmes Directives n'autorisent aucune dérogation à ce principe »<sup>162</sup>. Plusieurs amendements ont été déposés en vue d'exclure du principe de transmission universelle les contrats *intuitu personae* notamment, un amendement visait à introduire un traitement de faveur pour les personnes

---

<sup>158</sup>C. RESTEAU, *op. cit.*, n°1308quater, p. 517.

<sup>159</sup>Anvers, 6 mai 1975, *Rev. prat. soc.*, 1976, p. 206 ; P. HAINAUT-HAMENDE, *op. cit.*, p. 432.

<sup>160</sup>F. T'KINKT et I. CORBISIER, *op. cit.*, p. 179.

<sup>161</sup>Projet de loi modifiant en ce qui concerne les fusions et les scissions de sociétés, les lois sur les sociétés commerciales coordonnées le 30 novembre 1935, Rapport fait au nom de la commission chargée des problèmes de droit commercial et économique par M. POTY, *Doc. parl.*, Chambre, sess. 1991-1992, n° 491/5, p. 10.

<sup>162</sup>*Ibid.*, p. 17.

morales de droit public en ce que celles-ci concluant nécessairement en considération de la personne du cocontractant, ne pouvaient pas se voir imposer un nouveau partenaire suite à une opération de fusion. Aucun de ceux-ci n'a été retenu sous prétexte qu'il n'était pas permis au législateur belge de limiter les conséquences juridiques de la fusion ni d'introduire une discrimination entre les sociétés anonymes et les autres<sup>163</sup>.

**115.** De plus, le rapport du sénat postule que « *si traditionnellement on exceptait, en droit belge, ou en droit français, les contrats conclus intuitu personae et les contrats incessibles de la transmission universelle et que l'on considérait que ces contrats se trouvaient résiliés par l'effet de la fusion, par analogie avec la règle applicable en cas de décès de la partie dans le chef de laquelle existe l'intuitu personae, il y a lieu de réviser cette position d'une part à la lumière des réflexions récentes sur le contrat intuitu personae, et d'autre part en raison des troisième et sixième Directives* »<sup>164</sup>.

A la suite de cette déclaration, se trouvent des explications afférentes à la distinction entre *intuitu personae sensu stricto* et *intuitu firmae*. Il en ressort que les personnes morales ne pourraient pas conclure de contrats *intuitu personae sensu stricto* mais bien uniquement des contrats *intuitu firmae* qui eux ne seraient pas incessibles par nature<sup>165</sup>.

**116.** Les contrats *intuitu personae* étant par nature intransmissibles, en l'absence de dispositions spécifiques de la part du législateur, une déclaration des travaux préparatoires suffit-elle à déroger à ce principe<sup>166</sup> ?

## §2. Solutions face à ce silence

**117.** Malgré le silence du législateur, la grande majorité de la doctrine considère que les contrats *intuitu personae* sont transmis ensuite d'une opération de fusion, et ce pour plusieurs raisons<sup>167</sup>.

---

<sup>163</sup> Projet de loi modifiant, en ce qui concerne les fusions et les scissions de sociétés, les lois sur les sociétés commerciales coordonnées le 30 novembre 1935, Rapport fait au nom de la commission chargée des problèmes de droit commercial et économique par M. POTY, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 1991-1992, n° 491/5, p. 65.

<sup>164</sup> Projet de loi modifiant, en ce qui concerne les fusions et les scissions de sociétés, les lois sur les sociétés commerciales coordonnées le 30 novembre 1935, Rapport fait au nom de la commission de la Justice par M. CEREXHE, *Doc. parl.*, Sénat, sess. 1992-1993, n° 494-2, p. 16.

<sup>165</sup> *Ibid.*, p. 17.

<sup>166</sup> P. HAINAUT-HAMENDE, *op. cit.*, p. 437.

<sup>167</sup> H. LAGA, *op. cit.*, p. 237 ; G. KEUTGEN, *op. cit.*, p. 105 ; P. VAN OMMESLAGHE, « La réforme des fusions et des scissions de sociétés en droit belge », in *Le droit des affaires en évolution*, A.B.J.E., Journée d'études du 15 nov. 1990, Bruxelles, Bruylant, 1992, n°9.

#### A. Position de législateur communautaire

**118.** Comme nous l'avons déjà énoncé dans la section 3 de ce chapitre la troisième directive est muette quant à la problématique du transfert des contrats *intuitu personae* et d'une manière plus générale ne contient aucune exception au principe de transmission universelle. Sur base de cette affirmation, la conclusion évidente serait de dire que les contrats *intuitu personae* ne sont pas considérés comme une exception à ce principe. De plus, les déclarations des experts allemands dans le cadre des débats des travaux préparatoires de la directive viendraient conforter cette affirmation<sup>168</sup>.

**119.** Qui plus est, lorsqu'un Etat transpose une directive dans son ordre juridique national, celui-ci dispose d'une certaine marge de manœuvre. En effet, lorsqu'il est face à une directive d'harmonisation minimale, il est admis qu'il a la possibilité de rendre plus strictes certaines dispositions ou de les étendre<sup>169</sup>. Dès lors, s'il avait voulu, le législateur belge aurait très bien pu exclure de manière explicite le transfert des contrats *intuitu personae* lors d'une fusion de société. D'ailleurs le §3 de l'article 19 de la troisième directive en disposant qu' « *Il n'est pas porté atteinte aux législations des États membres qui requièrent des formalités particulières pour l'opposabilité aux tiers du transfert de certains biens, droits et obligations apportés par la société absorbée* » ne reconnaît-t-il pas explicitement la possibilité pour les Etats membres d'exclure les contrats *intuitu personae* du principe de transmission universelle<sup>170</sup> ?

**120.** Cependant, selon T'Kint et Corbisier, le législateur belge en n'excluant pas explicitement les contrats *intuitu personae* du principe de transmission universelle a bien agi en l'absence d'une disposition dans la directive prévoyant cette exclusion. Sans nul doute, le contraire leur aurait conféré une trop grande valeur par rapport à d'autres embarras, régis par le droit commun, qui auraient surgi. De plus, selon eux, en prévoyant une telle exception en l'absence de disposition européenne en ce sens, cela donnerait au terme « transmission » une signification consistant « *à préjuger d'une interprétation qui n'a pas encore été donnée par la cour de justice* »<sup>171</sup>. En outre, la définition d'un terme donnée par la Cour de Justice ne correspond pas nécessairement à celle donnée par le droit national<sup>172</sup> et lorsque des notions

---

<sup>168</sup> F. T'KINT et I. CORBISIER, *op. cit.*, p. 180.

<sup>169</sup> A. ALBORTCHIRE, *op. cit.*, p. 168.

<sup>170</sup> *Ibid.*, p. 169.

<sup>171</sup> F. T'KINT et I. CORBISIER, *op. cit.*, p. 181.

<sup>172</sup> J. BOULOUIS, « Interprétation (méthodes) », *Encyclopédie Dalloz. Répertoire de droit communautaire*, n°7 et 17

européennes sont interprétées de manières différentes par des Etats membres, il se peut que la cour de justice prenne une décision intermédiaire<sup>173</sup>.

**121.** Finalement, les experts allemands ont déclaré lors des discussions précédant l'adoption de la directive qu'il n'y avait aucune raison d'exclure les contrats *intuitu personae* car la société bénéficiaire continuait la personnalité de la société dissoute, la seule difficulté se rencontrant face à des contrats dont l'exécution devenait impossible ou était difficilement conciliable avec des engagements de la société bénéficiaire, cette problématique devant se résoudre par le droit commun<sup>174</sup>. Néanmoins, une telle déclaration n'a aucune valeur juridique même annexée au procès verbal<sup>175</sup>.

#### B. Incidence de la nouvelle notion d'*intuitu personae*

**122.** La nouvelle définition qui est faite de l'*intuitu personae* avec sa distinction entre *intuitu personae sensu stricto* et *intuitu firmae* aurait pour conséquence que ce concept ne se déclinerait que sous sa forme atténuée pour les sociétés<sup>176</sup>. Or comme il a été énoncé les contrats *intuitu firmae* sont en principe transmissibles en opposition aux contrats *intuitu personae sensu stricto*.

**123.** *A priori* cet argument n'est pas dénué de toute pertinence, mais il soulève plusieurs difficultés.

Premièrement, comme cela a déjà été expliqué (voy. *supra*, n<sup>os</sup> 75 et s.), la thèse de L. Aynes relative à cette nouvelle définition de la notion d'*intuitu personae* ne fait pas l'unanimité. Et quand bien même elle recueillerait l'adhésion de la doctrine, elle n'est pas de nature à modifier la règle selon laquelle les contrats *intuitu personae* sont incessibles<sup>177</sup>.

Deuxièmement, dans notre ordre juridique national, il n'est pas impossible qu'une personne morale conclue un contrat *intuitu personae* au sens strict du terme même si ces hypothèses restent marginales<sup>178</sup>. De plus, les limitations à la capacité d'une personne morale sont la loi, les statuts, mais aussi la nature des choses. C'est pourquoi, rappelons-le, la Cour de cassation

---

<sup>173</sup> J. MERTENS DE WILMARS, « Arguments de raison et arguments d'autorité dans la jurisprudence de la cour de justice des communautés européennes », in *Arguments d'autorité et arguments de raison en droit*, Travaux du Centre National de recherche de logique, Bruxelles, Nemesis, 1988, p. 71.

<sup>174</sup> P. VAN OMMESLAGHE, « La réforme des fusions et des scissions de sociétés en droit belge », *op. cit.*, p. 108.

<sup>175</sup> J. BOULOUIS, *op. cit.*, n<sup>o</sup>37.

<sup>176</sup> F. T'KINKT et I. CORBISIER, *op. cit.*, p. 180.

<sup>177</sup> P. HAINAUT-HAMENDE, *op. cit.*, p. 437.

<sup>178</sup> *Ibid.*

à stipuler que « pour tous les actes juridiques que n'exclut pas sa nature d'être moral, une société anonyme a, en principe, la même capacité que celle d'une personne physique, si la loi ne l'a pas restreinte »<sup>179</sup>. Suite à cet arrêt P. Van Ommeslaghe, soulève le problème de savoir si la personne morale pourra conclure des contrats *intuitu personae* et explique, ensuite, que ce problème aussi délicat soit-il devra être résolu en fonction de la notion que l'on se fait de la personne juridique, mais qu'en tous cas il ne vient pas infirmer la règle de leur pleine capacité de principe<sup>180</sup>. En outre, dans les sociétés de personnes, l'*intuitu personae* peut parfaitement se confondre avec une personne physique et n'est dès lors pas obligatoirement absent dans le chef des personnes morales<sup>181</sup>. Finalement, V. Simonart disait que « le fait que des personnes morales puissent être titulaires de droits intellectuels ou avoir pour objet la défense de certaines valeurs a pour conséquence que leur personnalité peut être l'objet (ex. : contrat d'architecture avec une société déterminée) ou la cause même de la convention (ex. : donation à une association pour la défense des droits de l'homme) »<sup>182</sup>.

**124.** Les défenseurs de cette distinction dans la notion d'*intuitu personae* prennent un exemple concret puis appuyer leur dire, celui des fusions de banques qui concluent des contrats *intuitu personae* avec leur clients. En effet, une interprétation traditionnelle de la notion d'*intuitu personae* rendrait impossible la fusion de telles entités et de telles opérations du passé ne pourraient s'expliquer *a posteriori* que par cette nouvelle notion d'*intuitu personae*<sup>183</sup>.

Cependant, certains considèrent que cet exemple n'est pas opportun car dans le cadre des contrats de compte, l'*intuitu personae* réside dans le chef des clients des banques. Ce qui signifie que ces contrats ne pourraient être considérés comme intransmissibles que si ce sont les clients eux même des ces institutions qui fusionnent et non celles-ci<sup>184</sup>. De plus, la fusion des banques étant soumise à l'autorisation préalable de la F.S.M.A, les clients de ces établissements disposent d'une protection spéciale<sup>185</sup>.

---

<sup>179</sup> Cass., 31 mai 1957, *Rev. prat. soc.*, 1957, p. 189.

<sup>180</sup> P. VAN OMMESLAGHE, « Observations sur les limites imposées à l'activité des personnes morales en droit comparé », note sous Cass., 31 mai 1957, *R.C.J.B.*, 1958, p. 286.

<sup>181</sup> Ph. MARCHANDISE, *op. cit.*, p. 154

<sup>182</sup> V. SIMONART, *L'unité du concept de personnalité morale en droit privé comparé*, Thèse dactyl., U.L.B., 1993, n° 287

<sup>183</sup> P. VAN OMMESLAGHE, « La réforme des fusions et des scissions de sociétés en droit belge », *op. cit.*, p. 99.

<sup>184</sup> F. T'KINKT et I. CORBISIER, *op. cit.*, pp. 182-183.

<sup>185</sup> Art. 77 de la loi du 25 avril 2014 relative au statut et au contrôle des établissements de crédits, *M.B.*, 7 mai 2014, p. 36794.

**125.** En conclusion, le débat tourne autour de la notion d'*intuitu personae* et selon Hainaut-Hamende, les difficultés qu'il soulève ne sont pas de nature à légitimer que les contrats *intuitu personae* soient de plein droit transmissibles comme tout contrat sauf en cas de dispositions légales contraires<sup>186</sup>.

### C. Concept de fusion

**126.** Lors de l'adoption de la loi de 1993, le législateur se rangeait du côté de ceux qui analysaient la nature de la fusion comme une transformation<sup>187</sup> et, inspiré de la doctrine et jurisprudence italienne, estimait que l'opération de fusion devait être considérée comme une transformation ou comme une modification de structure, et de ce fait le transfert des contrats *intuitu personae* était possible, car il ne s'agissait pas d'une véritable transmission<sup>188</sup>. Toutefois, cette position est difficilement tenable principalement en raison que la loi prévoit explicitement que la transmission universelle est un des effets d'une opération de fusion<sup>189</sup> (voy. *supra*, n<sup>os</sup> 39 et 40). Cette caractéristique propre à la fusion permet en réalité de distinguer la fusion de la transformation, mais ne permet pas d'éviter la problématique du transfert des contrats *intuitu personae*.

### D. Complexité de la problématique

**127.** L'idée est ici de dire qu'étant donné les problèmes quant à la détermination de contrats qui peuvent être jugés comme *intuitu personae* dans le chef de la société dissoute, il serait nécessaire qu'un choix net soit pris à leur encontre<sup>190</sup>.

**128.** Néanmoins, pour T'kint et Corbisier, la difficulté de la problématique et le fait que le droit commun puisse être complexe ne justifient pas qu'il ne soit pas appliqué en l'absence de dispositions légales claires alors même que les travaux préparatoires y font référence afin de solutionner les ennuis posés par le changement de circonstances<sup>191</sup>.

**129.** Malgré cette critique, les auteurs postulent que cet argument leur permet de légitimer que la transmission universelle du patrimoine de la société dissoute au profit de la société

---

<sup>186</sup> P. HAINAUT-HAMENDE, *op. cit.*, p. 438.

<sup>187</sup> Projet de loi modifiant, en ce qui concerne les fusions et les scissions de sociétés, les lois sur les sociétés commerciales coordonnées le 30 novembre 1935, Exposé des motifs, *Doc. Parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1989-1990, n<sup>o</sup> 1214/1, p. 4.

<sup>188</sup> T. TILQUIN, *op. cit.*, p. 789

<sup>189</sup> P. HAINAUT-HAMENDE, *op. cit.*, p. 438.

<sup>190</sup> F. T'KINKT et I. CORBISIER, *op. cit.*, p. 181.

<sup>191</sup> *Ibid.*, p. 184

bénéficiaire absorbe le transfert des contrats, y compris ceux *intuitu personae*. En effet, il s'agirait « d'une atteinte législative à l'*intuitu personae* justifiée par des considérations d'efficacité de l'opération envisagée et dont l'admissibilité est du reste renforcée par l'organisation d'un régime de protection des créanciers »<sup>192</sup>.

Cette explication permet de justifier l'établissement d'un régime particulier par la loi de 1993, mais surtout d'éviter deux inconvénients.

Premièrement, celui posé par l'argument du concept d'*intuitu personae* permettant d'influer sur l'évolution du droit des obligations en modifiant son contenu afin de supprimer la barrière que celui-ci établit dans le but d'atteindre ce que l'on souhaite<sup>193</sup>.

Deuxièmement, celui tiré de l'argument d'autorité découlant du silence du législateur européen et permettant une certaine marge de manœuvre dans la transposition d'une directive en législation nationale<sup>194</sup>.

#### E. Volonté d'asseoir le principe de transmission universelle

**130.** Au-delà de toutes ces raisons avancées par la doctrine, le transfert des contrats *intuitu personae* lors d'une fusion pourrait aussi s'expliquer d'une manière plus simple. En n'excluant pas le transfert des contrats *intuitu personae* du principe de transmission universelle, le législateur belge s'est contenté d'apporter une transposition conforme aux désirs affichés par le législateur communautaire à savoir d'harmoniser les règles en matière de fusions et par là permettre aux sociétés européennes d'être plus compétitives sur le plan national et international. Qui plus est, ne pourrions-nous pas y déceler le souhait du législateur belge d'asseoir de manière pleine et effective le principe de transmission universelle ainsi qu'une volonté de préserver la liberté contractuelle des parties en leur laissant, le cas échéant, le choix de stipuler expressément qu'elles ne souhaitent pas que leurs contrats soient transmis ensuite d'une opération de fusion<sup>195</sup> ?

---

<sup>192</sup> F. T'KINKT et I. CORBISIER, *op. cit.*, p. 184.

<sup>193</sup> *Ibid.*

<sup>194</sup> *Ibid.*

<sup>195</sup> A. ALBORTCHIRE, *op.cit.*, p. 170. Qui explique pour les mêmes raisons le silence du législateur français en la matière

## Section 4. Clauses de changement de contrôle

**131.** *A priori*, dans la vie des affaires, lorsque les parties sont un tant soit peu attentives à la rédaction de leur contrat, en vertu du principe de la convention *in personam*, celles-ci insèrent le plus souvent une clause énonçant que la convention est *intuitu personae*. L'objectif d'une telle clause, appelée clause de changement de contrôle, est de permettre à l'une des parties de mettre fin au contrat en cas de changement dans la personne du cocontractant. Son objet correspond donc à savoir ce qu'il advient du contrat une fois que l'état de départ a changé, mais sans substitution du destinataire à la différence des clauses de cession<sup>196</sup>. C'est pourquoi certains auteurs qualifient ces clauses d'instruments de gestion des risques contractuelles<sup>197</sup> et de clauses d'adaptation<sup>198</sup>.

**132.** A cette fin, il est intéressant de s'attarder en premier lieu sur la nature juridique d'une telle clause, et d'ensuite analyser ses différentes conditions de mise en œuvre pour finalement étudier sa mise en application dans le cadre d'une opération de fusion.

### *§1. Nature juridique*

#### A. Clauses de fin de contrat

**133.** Les clauses de changement de contrôle peuvent être définies comme des clauses qui « prévoient que si l'un des contractants fait l'objet d'une prise de contrôle par un tiers, l'autre contractant aura le droit de mettre fin au contrat »<sup>199</sup>. Les contrats les plus courants où l'on trouve ce genre de clauses sont les contrats relatifs aux relations entre actionnaires, les contrats de propriété intellectuelle, les contrats de financement et les contrats de travail<sup>200</sup>.

**134.** A noter qu'il est parfaitement possible pour les parties de prévoir dans leurs clauses de changement de contrôle une procédure d'information et de renégociation préalablement à la résiliation du contrat, et qu'en cas de manquement à cette obligation d'information du changement de contrôle, des dommages et intérêts pourront être dus<sup>201</sup>.

---

<sup>196</sup> P. BLANCHARD, « Les clauses de changement de contrôle, instruments de stabilisation et de sauvegarde », *R.D.A.I./I.B.L.J.*, 2006, p. 160.

<sup>197</sup> M. MOUSSERON, « La gestion des risques par le contrat », *RTD Civ.* 1988, p. 481.

<sup>198</sup> P. BLANCHARD, *op. cit.*, p. 160.

<sup>199</sup> G. RUE, « Les clauses de changement de contrôle », *B.S.J.*, 2011/459, p. 15.

<sup>200</sup> H. DUBOUT, *op. cit.*, p. 325.

<sup>201</sup> P. BLANCHARD, *op. cit.*, pp. 178-179.

**135.** L'on peut prendre comme exemple un pacte d'actionnaire. Deux sociétés (A et B) sont actionnaires d'une troisième société (C) et sont liées par un pacte d'actionnaires qui prévoit que B a un droit de préemption sur les titres de A dans C. Si A décide de vendre ses actions de C à un tiers (T), B peut préempter et donc racheter les parts de A dans C. Dans cette hypothèse la clause de changement de contrôle prévoira que si A ne vend pas ses actions à T mais passe sous le contrôle de celui-ci, il faudra y voir une vente à T, permettant à B d'exercer son droit de préemption. L'objectif étant d'éviter que A n'éluide le droit de préemption en vendant ses actions de son propre capital et non celles qu'il détient dans C<sup>202</sup>.

*A priori* l'on pourrait croire que nous ne sommes pas face à une clause de fin de contrat. Néanmoins, la clause de changement de contrôle est dans cet exemple, une clause permettant, via le droit de préemption, de mettre fin au contrat. Par conséquent, la mise en œuvre du droit de préemption sur la totalité des actions entraîne la caducité du pacte d'actionnaires par disparition de son objet en raison du fait que l'autre actionnaire se retire de la société<sup>203</sup>.

#### B. Clauses d'*intuitu personae*

**136.** Les clauses de changement de contrôle sont des clauses dites d'*intuitu personae* fabriqué. En effet, malgré l'arrêt de la Cour de cassation de 1957 qui reconnaît la même capacité aux personnes morales que les personnes physiques, aucun *intuitu personae* n'existe de manière automatique dans les contrats passés avec les personnes morales au contraire des personnes physiques. Les clauses de changement de contrôle répondent donc à un besoin de pallier à cette absence<sup>204</sup>.

**137.** L'exemple le plus typique est celui de la commande d'un tableau à un peintre. Si celui-ci meurt pendant le cours du contrat, le contrat ne sera pas transmis à ses héritiers et il prendra fin de plein droit. Dans cette hypothèse, l'*intuitu personae* est intrinsèque à la personnalité du peintre et une clause contractuelle stipulant que le contrat prendra fin en cas de changement relatif à la personnalité du peintre n'est pas nécessaire<sup>205</sup>.

**138.** La personne morale n'étant qu'une construction intellectuelle, elle ne se confond pas avec les personnes physiques qui la dirigent ou la possèdent en tant qu'actionnaires. Les engagements qui ont été pris par ces personnes physiques au nom de la personne morale sont

---

<sup>202</sup> G. RUE, *op. cit.*, p. 15.

<sup>203</sup> H. DUBOUT, *op. cit.*, p. 327.

<sup>204</sup> *Ibid.*, p. 330.

<sup>205</sup> *Ibid.*

totallement indépendants de ces personnes physiques. Par conséquent, si ces personnes disparaissent, l'engagement subsiste<sup>206</sup>.

Dans cette hypothèse, l'*intuitu personae* attaché à l'engagement peut être, parfois, difficilement concevable. Dès lors, les clauses de changement de contrôle permettent de capturer l'identité des personnes physiques qui contrôlent ou dirigent la personne morale et de mettre fin au contrat en cas de changement d'identité de ces personnes physiques<sup>207</sup>. Certains auteurs vont encore plus loin et considèrent que la forme d'organisation, les objectifs sociaux, les alliances et les stratégies et méthodes de gestion sont autant d'éléments déterminants pour le cocontractant et dont des changements pourraient justifier la résiliation du contrat<sup>208</sup>.

**139.** Dans tous les cas, l'*intuitu personae* est donc, ici, effectivement fabriqué contractuellement pour remédier à son absence naturelle dans les engagements contractés par la personne morale et s'assurer que ce caractère *intuitu personae* est maintenu<sup>209</sup>.

**140.** Outre la volonté de mettre fin au contrat, les clauses de changement de contrôle répondent à des motivations diverses. Par exemple, dans le cadre d'un pacte d'actionnaires, elles répondent à un souhait de maintenir l'équilibre politique en place entre les actionnaires d'une société. Dans un contrat de propriété intellectuelle, elles sont insérées le plus souvent pour répondre à un souci de concurrence et de confidentialité<sup>210</sup>.

**141.** De plus, dans l'hypothèse de sociétés cotées, les clauses de changement de contrôle plutôt que de mettre fin au contrat deviennent un obstacle au changement de contrôle et s'apparentent à des « poison pill ». L'exercice du droit de préemption d'un associé sur une participation stratégique ou encore une perte d'une licence éventuelle en raison d'un changement de contrôle de la société cotée sont des éléments décourageant une acquisition par offre publique<sup>211</sup>.

---

<sup>206</sup> H. DUBOUT, *op. cit.*, p. 330.

<sup>207</sup> *Ibid.*, pp. 330-331.

<sup>208</sup> P. BLANCHARD, *op. cit.*, p. 161.

<sup>209</sup> G. RUE, *op. cit.*, p. 15.

<sup>210</sup> H. DUBOUT, *op. cit.*, pp. 331-334.

<sup>211</sup> *Ibid.*

## §2. Conditions de mise en œuvre

### A. Conditions d'existence

#### 1. Définitions à caractère objectif

**142.** Les définitions à caractère objectif « *consistent à définir in abstracto les changements de contrôle essentiellement au travers du critère mathématique de majorité* »<sup>212</sup>.

Cela peut s'appliquer au capital de la société possédant le droit de vote. De telles clauses peuvent aussi faire référence au contrôle de la majorité du conseil. Dans cette situation, le contrôle est toujours évalué mathématiquement et celui qui contrôle la majorité du conseil contrôle la société même s'il possède moins de 50 % des actions avec droit de vote. Il peut aussi s'agir d'une référence aux obligations légales de lancer une offre publique d'achat sur les titres d'une société cotée dans le cas où une personne agissant seule ou de concert possède une partie du capital<sup>213</sup>.

**143.** Les définitions à caractères objectifs du changement de contrôle peuvent aussi faire référence à des critères objectifs comme la nationalité ou la nature publique ou privée du capital, le changement de contrôle étant dans cette hypothèse la nationalisation ou la privatisation de la personne morale<sup>214</sup>.

**144.** L'avantage d'une telle définition est qu'elle élude tout débat entre les parties sur l'existence même du changement de contrôle. L'inconvénient réside quant à lui dans sa rigidité et dans le droit de résiliation qui est donné au cocontractant nonobstant l'absence d'effet négatif pour celui-ci<sup>215</sup>.

#### 2. Définitions à caractère subjectif

**145.** Les définitions à caractère subjectif consistent « *à définir in concreto le changement de contrôle en prenant compte de l'importance qualitative de ce changement ou même son impact sur le contrat. Le degré de subjectivité peut varier selon le type de clauses* »<sup>216</sup>.

---

<sup>212</sup> H. DUBOUT, *op. cit.*, p. 335.

<sup>213</sup> *Ibid.*

<sup>214</sup> P. BLANCHARD, *op. cit.*, p. 173.

<sup>215</sup> H. DUBOUT, *op. cit.*, p. 336.

<sup>216</sup> *Ibid.*, p. 337.

C'est ainsi que l'on peut retrouver des clauses élargissant la notion de contrôle à la notion d'influence<sup>217</sup>, ou encore limitant l'effet de la clause dans l'hypothèse où le changement de contrôle bénéficie à un concurrent et ayant un impact sur les activités de l'entreprise<sup>218</sup>.

**146.** L'incertitude de telles clauses est leur inconvénient majeur. A cet égard, il est important de rappeler que les clauses de changement de contrôle ont pour principal objectif de mettre fin à un contrat. Or, ce type de rédaction ne permet pas aux parties de se mettre à l'abri de la naissance de difficultés<sup>219</sup>.

### 3. Preuve de changement de contrôle

**147.** Qu'une clause de changement de contrôle définisse celui-ci de manière objective ou subjective, il se posera toujours des problèmes en ce qui concerne la preuve de l'existence d'un tel changement. Quoiqu'il en soit, la charge de la preuve incombe à la partie qui se prévaut d'un changement de circonstances et qui veut mettre fin au contrat<sup>220</sup>.

**148.** Néanmoins, excepté les cas de sociétés cotées où le changement de contrôle est rendu public par la publication de l'offre publique d'achat, la preuve pourra être compliquée à amener. En effet, dans certaines situations, le changement de contrôle se trouvera très loin de l'actionnariat et portera sur des actionnaires peu identifiables. En d'autres termes, plus le changement de contrôle sera indirect, plus il sera compliqué à prouver. En outre, certaines techniques juridiques permettent de rendre les actionnaires anonymes, notamment les structures de types « trust ». Par ailleurs, le contrôle d'une société peut s'acquérir via une action de concert confidentielle<sup>221</sup>.

**149.** Toutes ces raisons font que les clauses de changement de contrôle prévoient, le plus souvent, que la personne morale faisant l'objet d'un changement de contrôle doit en avvertir son cocontractant. Attention cependant, qu'une telle obligation n'équivaut pas un renversement de la charge de la preuve. La meilleure preuve d'un changement de contrôle réside donc dans le changement de composition du conseil d'administration de la société sujette à un tel changement<sup>222</sup>.

---

<sup>217</sup> P. BLANCHARD, *op. cit.*, p. 174.

<sup>218</sup> H. DUBOUT, *op. cit.*, p. 337.

<sup>219</sup> *Ibid.*

<sup>220</sup> *Ibid.*, p. 338.

<sup>221</sup> *Ibid.*

<sup>222</sup> *Ibid.*, p. 339.

## B. Conditions de validité

### 1. Conditions de fond

**150.** Hormis l'absence de fraude, les clauses de changement de contrôle ne sont soumises à aucune condition de fond, mais doivent être exécutées de bonne foi. En cas d'abus de droit, la sanction constituera en des dommages et intérêts et non en une nullité de la clause<sup>223</sup>.

**151.** En vertu du principe de liberté contractuelle qui prévaut en la matière, ces clauses ont force obligatoire pour les parties qui les ont librement négociées. En d'autres termes, les parties ont le droit d'insérer ce type de clause dans leur contrat sans qu'aucun principe d'ordre public ne s'y oppose<sup>224</sup>.

**152.** A la suite d'une décision de la cour d'appel de Paris se prononçant sur la validité d'une clause de changement de contrôle<sup>225</sup>, trois critères : légitimité, nécessité et proportionnalité, relatifs à l'efficacité de la clause de changement de contrôle ont été avancés par certains auteurs<sup>226</sup>. A cette époque s'est posée la question de savoir si ces critères devaient être considérés comme des conditions de validité des clauses de changement de contrôle. En effet, les critères employés par la Cour d'appel se rapprochaient très fortement de ceux employés par la Cour de cassation française en matière de clause de non-concurrence qui constituaient dans cette hypothèse des conditions de validité, à peine de nullité pour ce type de clauses<sup>227</sup>.

Cependant, il n'y a pas lieu ici de faire un parallélisme entre ces deux types de clauses. Effectivement, dans le cadre des clauses de non-concurrence, deux conflits s'opposent : celui de la liberté contractuelle et celui de la liberté de commerce et de l'industrie. Des conditions étaient donc nécessaires pour concilier le respect de ces deux principes et la validité de telles clauses. Or, dans le cadre des clauses de changement de contrôle, le principe de liberté de commerce et de l'industrie est absent et le conflit de principe ainsi que des conditions pour en assurer le respect et la validité ne sont pas utiles<sup>228</sup>.

**153.** Par contre, en vertu du principe d'exécution de bonne foi, la cour d'appel de Paris, sans annuler la clause a considéré qu'il était abusif de résilier le contrat pour cause de changement

---

<sup>223</sup> G. RUE, *op. cit.*, p. 15.

<sup>224</sup> H. DUBOUT, *op. cit.*, p. 340.

<sup>225</sup> C.A. Paris, 25 janvier 1995, *Bulletin Joly*, mai 1995, n° 141.

<sup>226</sup> A. COURET, Note sous l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 25 janvier 1995, *Bulletin Joly*, mai 1995, n° 141. – J. MESTRE, Commentaires de l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 25 janvier 1995, *R.T.D.C.*, 1996, p. 158.

<sup>227</sup> F. LEFEBVRE, *Contrats et droit de l'entreprise*, Francis Lefebvre, 2004, n° 1952.

<sup>228</sup> H. DUBOUT, *op. cit.*, p. 341.

de contrôle et qu'un droit de réparation était alors possible<sup>229</sup>. Néanmoins, cet arrêt fut cassé par la Cour de cassation française<sup>230</sup>. A cet égard, Mestre disait : « *à quoi bon stipuler une faculté de résiliation unilatérale en cas de changement substantiel dans la composition du capital de la société contractante s'il faut, en plus, établir que ce changement est commercialement dangereux et donc que la résiliation est économiquement opportune* »<sup>231</sup>.

**154.** A noter que malgré que les clauses de changement de contrôle soient extrêmement fréquentes en droit anglais, leur validité est encore moins remise en cause par les juges anglais, car les contrats y sont interprétés de manière purement littérale<sup>232</sup>.

## 2. Conditions de forme

**155.** Le système juridique belge contient ici une disposition intéressante, à savoir l'article 556 du code des sociétés, qui ne se limite pas aux sociétés cotées, et qui dit ceci : « *Seule l'assemblée générale peut conférer à des tiers des droits affectant le patrimoine de la société ou donnant naissance à une dette ou à un engagement à sa charge lorsque l'exercice de ces droits dépend du lancement d'une offre publique d'acquisition sur les actions de la société ou d'un changement de contrôle exercé sur elle. A peine de nullité, la décision fait l'objet d'un dépôt au greffe...* »

**156.** Les clauses de changement de contrôle sont donc soumises à une double condition formelle, à peine de nullité, à savoir une décision de l'assemblée générale et un dépôt au greffe<sup>233</sup>.

Néanmoins, d'autres auteurs considèrent que l'article 556 n'est pas applicable aux clauses de changement de contrôle car il répond à une préoccupation particulière à savoir d'éviter que le conseil d'administration d'une société faisant l'objet d'une O.P.A. puisse rendre la société moins attrayante et priver par là les actionnaires d'une possible plus value<sup>234</sup>.

**157.** Selon nous, ce formalisme bien que contraignant présente pourtant un triple avantage. Premièrement, les actionnaires peuvent prendre position de manière claire sur l'opportunité et

---

<sup>229</sup> H. DUBOUT, *op. cit.*, p. 341.

<sup>230</sup> C. Cass., 14 janvier 1997, *R.J.D.A.*, 8-9/97, n°1006.

<sup>231</sup> J. MESTRE, Commentaires de l'arrêt de la Cour de Cassation du 14 janvier 1997, *R.T.D.C.*, 1997, p. 427.

<sup>232</sup> M. FONTAINE et F. DE LY, *Droits des contrats internationaux*, 2<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Bruylant, 2003, pp. 118 et s.

<sup>233</sup> M. DALLE, « Artikel 556 van het Wetboek van Vennootschappen is toepasselijk op elk beding inzake controlewijziging (change of control clause) ten laste van een naamloze vennootschap », *T.R.V.*, 2004, livr. 2, 87, p. 102 ; G. JAKHIAN, *Les offres publiques d'acquisition. Chronique de jurisprudence 1989-2000*, Bruxelles, Larcier, 2001, p. 59.

<sup>234</sup> X. DIEUX, « Examen de Jurisprudence (1990-2003) - Droit financier », *R.C.J.B.*, 2005, pp. 369-370.

l'intérêt d'une telle clause. Deuxièmement, les tiers sont informés de l'existence de la clause<sup>235</sup>. Enfin, les dirigeants sont protégés contre le risque de voir leur responsabilité soulevée vis-à-vis des actionnaires qui ont approuvé la clause<sup>236</sup>. Par conséquent, le principe de liberté contractuelle est préservé et un contrôle *a priori* de l'opportunité de la clause ainsi qu'une information *a posteriori* sur son existence est possible<sup>237</sup>.

### 3. Responsabilité des dirigeants

#### a) Vis-à-vis de la société et de ses actionnaires

**158.** Le dirigeant souhaitant insérer une clause de changement de contrôle doit vérifier l'opportunité d'une telle clause notamment au regard de l'intérêt social, de l'importance et de la nature du contrat. A cet égard, Dubout considère que les trois critères dégagés par la cour d'appel de Paris - légitimité, nécessité, proportionnalité - sont utiles non pas pour juger de la validité de la clause, mais bien pour apprécier la responsabilité des dirigeants ayant adopté une telle clause<sup>238</sup>.

Cela revient donc à dire que les dirigeants se prêtant à un tel exercice devront « *se demander si la clause a une cause légitime, est nécessaire pour sauvegarder l'intérêt de l'entreprise et est proportionnée* »<sup>239</sup>.

#### b) Vis-à-vis des tiers

**159.** Si les dirigeants ne divulguent pas l'existence d'une clause de changement de contrôle aux tiers, leurs responsabilités peuvent être engagées. Si cela paraît évident pour les sociétés cotées, notamment à travers la publication du rapport annuel permettant de faire état des contrats qui ont été passés et donc des clauses y afférent, cela peut être plus délicat pour les sociétés non cotées. L'on ne peut donc que conseiller à ces sociétés d'en faire référence aux actionnaires dans le rapport de gestion ainsi qu'aux commissaires aux comptes<sup>240</sup>.

---

<sup>235</sup> G. RUE *op. cit.*, p. 15.

<sup>236</sup> H. DUBOUT, *op. cit.*, p. 343.

<sup>237</sup> *Ibid.*

<sup>238</sup> *Ibid.*, p. 344.

<sup>239</sup> *Ibid.*

<sup>240</sup> *Ibid.*

### §3. Mise en œuvre dans le cadre d'une opération de fusion

**160.** La doctrine<sup>241</sup> ainsi que les travaux préparatoires<sup>242</sup> s'accordent pour dire de manière quasiment unanime que l'intransmissibilité conventionnelle des contrats en cas de fusion est parfaitement possible. Les contrats contenant de telles clauses ne seront dès lors pas transmis, mais bien dissous en raison de l'opération de fusion. Ce principe d'intransmissibilité conventionnelle n'est toutefois admissible que dans l'hypothèse où le législateur n'y a pas dérogé pour prévoir la nullité de telles clauses. A cet égard, la loi de 1993 ne prévoit rien allant à l'encontre de ce principe<sup>243</sup>.

**161.** Force est de constater que les clauses de changement de contrôle insérées dans un contrat ne visent pas toujours le cas de la fusion. Dans cette situation, il convient d'avoir égard à l'intention des parties pour déterminer l'intransmissibilité du contrat. Le cas échéant, la frontière entre *intuitu personae* par nature et *intuitu personae* par convention « s'amenuise » dès que le juge aurait la possibilité, en cas de non-stipulation expresse dans la clause de changement de contrôle de l'hypothèse de fusion, de considérer, en vertu de la volonté des parties, que le contrat est *intuitu personae* et donc intransmissible en cas de fusion. Afin d'éviter tout malentendu, il suffira d'indiquer clairement dans la clause de changement de contrôle que le contrat sera dissous en cas de fusion du cocontractant<sup>244</sup>.

**162.** En outre, il convient de reproduire un extrait particulièrement pertinent de Hainaut Hamende qui s'interroge de la sorte : « *La licéité de ce type de clauses, qui a d'ailleurs généralement vocation à s'appliquer dans toutes séries d'hypothèses de changement dans la situation juridique d'un des partenaires à la convention ou de modification du contexte économique, n'est-elle pas un argument supplémentaire en faveur de l'intransmissibilité des contrats intuitu personae? S'il est permis de faire en sorte qu'un contrat rendu intuitu personae par convention soit intransmissible en cas de fusion, pourquoi ceux qui le sont de par leur nature, ou par la volonté évidente des parties devraient-ils être transmis?* »<sup>245</sup>.

---

<sup>241</sup> P. VAN OMMESLAGHE, « La réforme des fusions et des scissions de sociétés en droit belge », *op. cit.*, p. 100.

<sup>242</sup> Projet de loi modifiant, en ce qui concerne les fusions et les scissions de sociétés, les lois sur les sociétés commerciales coordonnées le 30 novembre 1935, Rapport fait au nom de la commission de la Justice par M. CEREXHE, *Doc. parl.*, Sénat, sess. 1992-1993, n° 494-2, p. 20.

<sup>243</sup> P. HAINAUT-HAMENDE, *op. cit.*, p. 438.

<sup>244</sup> *Ibid.*, p. 439.

<sup>245</sup> *Ibid.*

## Section 5. Quelques remèdes face au changement de la relation contractuelle

**163.** Cette section a pour objectif de rendre compte de certaines techniques juridiques qui sont à la disposition des parties pour faire face au changement de circonstances qu'entraîne l'opération de fusion. Il sera question du principe d'exécution de bonne foi des contrats, de la théorie de l'abus de droit, de la résolution judiciaire, de la caducité, de la résiliation et finalement des clauses de *hardship*.

### *§1. Préalables*

**164.** La doctrine ainsi que les travaux préparatoires de la loi de 1993 considèrent que la société bénéficiaire et les cocontractants de la société dissoute doivent se référer au droit commun pour faire face au changement de circonstances qu'entraîne la fusion à leur rencontre<sup>246</sup>. C'est d'ailleurs le représentant du ministre qui, après avoir commenté des dispositions allemandes et néerlandaises, en arrive à cette conclusion<sup>247</sup>.

En l'occurrence, en vertu des articles 322 du N.B.W. et 346 alinéa 3 du A.Ktg, les parties à une opération de fusion ont le droit de saisir le juge, une fois l'opération réalisée, lorsque des problèmes relatifs à la transmission des contrats surgissent. Les juges allemands et néerlandais ont la possibilité soit de modifier le contrat soit de le dissoudre<sup>248</sup>.

**165.** Ces dispositions ont donc pour objectifs de pallier à deux types de situations<sup>249</sup>.

Premièrement, l'hypothèse est celle dans laquelle les obligations transmises par la société dissoute à la suite de l'opération de fusion sont en fait inconciliables avec celles déjà exercées par la société bénéficiaire. L'on peut citer comme exemple, le cas où les deux sociétés ont toutes deux des obligations d'approvisionnement exclusif auprès de fournisseurs différents<sup>250</sup>.

Deuxièmement, l'hypothèse est celle dans laquelle si la relation contractuelle est prolongée dans l'état actuel des choses, elle serait contraire à l'équité. De surcroît, malgré que le changement de circonstances soit imputable à la société bénéficiaire en raison du caractère

---

<sup>246</sup> F. T'KINKT et I. CORBISIER, *op. cit.*, p 191.

<sup>247</sup> Projet de loi modifiant, en ce qui concerne les fusions et les scissions de sociétés, les lois sur les sociétés commerciales coordonnées le 30 novembre 1935, Rapport fait au nom de la commission de la Justice par M. CEREXHE, *Doc. parl.*, Sénat, sess. 1992-1993, n° 494-2, p. 22.

<sup>248</sup> P. HAINAUT-HAMENDE, *op. cit.*, p. 436.

<sup>249</sup> A noter que ces situations ne concernent pas uniquement les contrats *intuitu personae*.

<sup>250</sup> F. T'KINKT et I. CORBISIER, *op. cit.*, p. 193.

volontaire de l'opération de fusion, celle-ci bénéficie de la même protection que les cocontractants de la société dissoute<sup>251</sup>.

**166.** Toutefois, ces deux dispositions sont en fait des applications de la théorie de l'imprévision<sup>252</sup>. L'imprévision « *autorise la révision ou la résiliation du contrat lorsque surviennent, postérieurement à la conclusion du contrat, des circonstances imprévisibles, non imputables à la partie qui l'invoque et qui bouleversent l'économie contractuelle* »<sup>253</sup>. Or, cette théorie n'est pas applicable en Belgique de même que les deux conséquences qui y sont attachées à savoir l'adaptation judiciaire<sup>254</sup> et la résiliation unilatérale et anticipée par la partie lésée par le changement de circonstances<sup>255</sup>. A noter que l'on peut néanmoins citer l'arrêt de la Cour de cassation du 14 octobre 2010 dans lequel la cour admet sur base de la théorie de l'abus de droit qu'en cas de changement de circonstances une pension alimentaire pourra être revue<sup>256</sup>.

**167.** La déclaration du représentant du ministre manque donc, peut-être de cohérence. Selon T'Kint et Corbisier, il faudrait y voir une volonté de se rattacher à une certaine doctrine, « *selon laquelle la théorie de l'imprévision serait inutile, les institutions existantes suffisant à répondre aux besoins* »<sup>257</sup>. D'ailleurs, si l'on regarde la jurisprudence belge de plus près, bien souvent lorsque le juge refuse d'appliquer la théorie de l'imprévision, il se prête à une interprétation extensive d'autres principes afin de rendre le litige dont il est saisi le plus juste possible<sup>258</sup>.

**168.** Qui plus est, il est important de préciser que la notion d'équité ne bénéficie pas en droit belge de la même étendue que dans d'autres systèmes juridiques. En effet, nonobstant qu'elle soit utilisée pour définir les effets des contrats en fonction de leur nature<sup>259</sup>, elle est la plupart du temps confondue avec la notion de bonne foi découlant de l'alinéa 3 de l'article 1134 du

---

<sup>251</sup> F. T'KINKT et I. CORBISIER, *op. cit.*, p. 194.

<sup>252</sup> P. HAINAUT-HAMENDE, *op. cit.*, p. 436.

<sup>253</sup> D. PHILIPPE, « Les clauses relatives aux changements de circonstances dans les contrats à long terme », in *La rédaction des contrats internationaux. Conseils aux praticiens & approche de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 144.

<sup>254</sup> Cass. civ., 6 mars 1876, *De Galifet c./ Commune de Pélissanne*, D., 1876, I, 193, note Giboulot.

<sup>255</sup> P. ACCAOUI LORFING, « L'obligation de renégociation du contrat », *R.D.I.D.C.*, 2015, pp. 235-237.

<sup>256</sup> Cass., 14 octobre 2010, R.G. n°09.0608.F

<sup>257</sup> F. T'KINKT et I. CORBISIER, *op. cit.*, p. 193.

<sup>258</sup> D. PHILIPPE, « Les clauses relatives aux changements de circonstances dans les contrats à long terme », *op. cit.*, pp. 145-146.

<sup>259</sup> X. DIEUX, *Droit, moral et marché*, *op. cit.*, p. 657.

Code civil<sup>260</sup>. De plus, le juge belge n'est en principe pas autorisé à modifier un contrat en vertu du principe de convention loi reconnu, cette fois, à l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 1134. Néanmoins, en pratique, il n'est pas rare que le juge se prête à cet exercice lors de la survenance de certains événements juridiques comme par exemple lorsqu'il réduit un droit à son usage normal en cas d'abus de celui-ci<sup>261</sup>.

**169.** Il peut donc être utile, voir nécessaire, pour les parties au contrat d'insérer des clauses contractuelles permettant de faire face à ce changement de circonstances<sup>262</sup>. A cet égard, R. Fabre disait : « *si le droit maintient [...] le principe de la force obligatoire du contrat, ce n'est point qu'il ignore le déséquilibre dans la convention, qu'il nie le temps et ses effets ou qu'il refuse le principe d'adaptation du contrat aux circonstances économiques* » il faut y voir « *une invite aux parties à prendre en charge dans leurs contrats ces fluctuations* »<sup>263</sup>.

**170.** Dès lors, quelles sont ces institutions prévues par le droit belge permettant aux différentes parties de faire face au changement de circonstances qu'entraîne l'opération de fusion ?

## §2. Bonne foi et abus de droit

**171.** Le principe de bonne foi implique une obligation de loyauté, de pondération et de collaboration dans l'exécution du contrat<sup>264</sup>. Par ailleurs, il postule que les parties cocontractantes ont l'obligation d'exécuter le contrat en prenant compte de l'intérêt de la partie opposé<sup>265</sup>.

**172.** La théorie de l'abus de droit découle de la prise en compte des intérêts de son cocontractant et n'est qu'une application en matière contractuelle du principe de bonne foi<sup>266</sup>. La sanction de l'abus de droit est soit la réduction du droit à son usage normal soit la réparation du dommage en lien causal avec l'abus<sup>267</sup>. Le juge pour fixer l'usage normal du

---

<sup>260</sup> S. STIJNS, « Abus, mais de quel(s) droit(s) ? Réflexions sur l'exécution de bonne foi des contrats et de l'abus de droits contractuels », *J.T.*, 1990, pp. 33-44.

<sup>261</sup> F. T'KINKT et I. CORBISIER, *op. cit.*, p. 195.

<sup>262</sup> D. PHILIPPE, « Les clauses relatives aux changements de circonstances dans les contrats à long terme », *op. cit.*, p. 143.

<sup>263</sup> R. FABRE, « Les clauses d'adaptation dans les contrats », *Rev. trim. dr. civ.*, 1983, p. 4.

<sup>264</sup> P. VAN OMMESLAGHE, « Examen de jurisprudence (1968-1973) - Les obligations », *R.C.J.B.*, 1975, p. 434, n° 4bis.

<sup>265</sup> M.E. STORME, « De invloed van de goede trouw op de contractuele schuldvordering », *R.W.*, 1989-1990, pp. 137-138.

<sup>266</sup> Cass. 19 septembre 1983, *Pas.*, 1984, I, p. 55.

<sup>267</sup> Cass. 16 décembre 1982, *Pas.*, 1983, I, p. 472.

droit en cause devra prendre en compte des éléments externes au contrat, comme par exemple une opération de fusion. Dès lors, cette sanction peut être assimilée à une adaptation du contrat par le juge<sup>268</sup>.

### §3. Résolution

**173.** La loi du 29 juillet 1993 contient implicitement en son sein une volonté de consacrer une tendance courante à l'époque selon laquelle le législateur souhaitait une intervention plus grande du juge sur base de l'article 1184 du Code civil. Par conséquent, le législateur pensait, à juste titre, que le juge lorsqu'il était saisi pour interdire une clause résolutoire expresse prenait sa décision, en vertu du pouvoir d'appréciation qui lui est reconnu par l'article 1184, non seulement au regard de la position réelle des parties, mais aussi en fonction de la protection du débiteur<sup>269</sup>.

**174.** D'ailleurs, le représentant du ministre a déclaré lors des travaux préparatoires qu'il « *est d'avis qu'en ce qui concerne le droit belge, au cas où par suite de la fusion l'exécution d'une convention conclue par la société absorbée deviendrait impossible à exécuter ou serait contraire à l'article 1134, alinéa 3 du Code civil, l'article 1184 du même Code serait applicable. Il en résulte que pour ces sociétés la fusion ne constitue pas un cas de force majeure ; par conséquent si par suite de la fusion les sociétés se mettaient dans l'impossibilité d'exécuter une convention transférée par l'effet de la transmission universelle, par exemple en raison de l'existence dans le chef de la société absorbante d'une convention incompatible avec la première, la résolution du contrat pourrait être selon le droit commun demandée en justice* »<sup>270</sup>.

**175.** Cette déclaration s'inspire de la proposition qui avait été faite par H. Laga afin de résoudre la situation créée par l'absorption d'une société partie à une association en participation. En effet, l'auteur considère que dans une telle situation la société absorbante a l'obligation de proposer à son ou ses cocontractants ou une adaptation du contrat ou une

---

<sup>268</sup> F. T'KINKT et I. CORBISIER, *op. cit.*, pp. 196-197.

<sup>269</sup> *Ibid.*, p. 197.

<sup>270</sup> Projet de loi modifiant, en ce qui concerne les fusions et les scissions de sociétés, les lois sur les sociétés commerciales coordonnées le 30 novembre 1935, Rapport fait au nom de la commission de la Justice par M. CEREXHE, *Doc. parl.*, Sénat, sess. 1992-1993, n° 494-2, p. 22.

dissolution de celui-ci en vertu du principe d'exécution de bonne foi. A défaut de quoi, le ou les cocontractants auraient le droit d'introduire une action en résolution<sup>271</sup>.

**176.** La résolution du contrat par le juge en vertu de l'article 1184 du Code civil est donc un moyen juridique à disposition des parties pour faire face au changement de circonstances qu'entraîne la fusion.

#### §4. Caducité

**177.** La caducité d'un acte juridique correspond à sa dissolution en raison de la disparition d'un de ses éléments essentiels postérieurement à sa conclusion<sup>272</sup>. En d'autres termes, un acte juridique pourrait devenir caduc en raison de la disparition de son objet ou de sa cause au sens objectif - cause étant égale à la contrepartie -, ou au sens subjectif - cause étant égale aux motifs déterminants rentrés dans le champ contractuel<sup>273</sup>.

**178.** *A priori*, l'on serait tenté de croire qu'en matière de fusion, la caducité permettrait de légitimer l'extinction d'un contrat *intuitu personae* en raison de la disparition de la personne de la société dissoute, mobile déterminant, en considération de laquelle le cocontractant s'était engagé<sup>274</sup>. Néanmoins, il n'en est rien. Effectivement, en ce qui concerne les contrats à titre onéreux, la Cour de cassation a considéré que la caducité ne s'exerçait qu'en cas de disparition de l'objet<sup>275</sup>. Le cocontractant à titre onéreux ayant contracté *intuitu personae* avec la société dissoute devra donc argumenter que l'*intuitu personae* se situe dans l'objet du contrat et non dans sa cause pour obtenir sa caducité.

#### §5. Résiliation unilatérale

**179.** La résiliation unilatérale d'un contrat peut être demandée suite, notamment, à la rupture de la relation de confiance établie entre les parties au contrat. Dans l'hypothèse où cette relation de confiance constitue un élément essentiel du contrat, l'opération de fusion pourrait engendrer une rupture de cette relation et ainsi conférer à la partie dont la confiance est mise à mal un droit de résiliation unilatérale<sup>276</sup>.

---

<sup>271</sup> H. LAGA, *op. cit.*, p. 262.

<sup>272</sup> X. DIEUX, *Droit, moral et marché, op. cit.*, p. 662.

<sup>273</sup> D. PHILIPPE, « Bouleversement de l'économie contractuelle et contrats multipartites » *Meerpartijenovereenkomsten - Contrats multipartites*, Die Keure – la Charte, 2013, pp. 93-112.

<sup>274</sup> P. HAINAUT-HAMENDE, *op. cit.*, p. 440.

<sup>275</sup> Cass., 21 janvier 2000, *Pas.*, 2000, I, p. 165.

<sup>276</sup> F. T'KINKT et I. CORBISIER, *op. cit.*, p. 199.

**180.** De plus, face à un contrat à durée illimitée, toute personne a le droit de résilier cette convention en vertu de la liberté humaine qui s'oppose à l'engagement perpétuel<sup>277</sup>. C'est pourquoi la Cour de cassation a considéré que le droit de rupture unilatérale s'incorpore dans n'importe quel contrat à durée indéterminée<sup>278</sup>.

## §6. *Clauses de hardship*

### A. Notion

**181.** Le terme *hardship* n'est rien d'autre qu'un synonyme d'imprévision et renvoie à une modification des circonstances du contrat au cours de sa vie et entraînant un bouleversement de l'équilibre des forces en présence. En d'autres termes, cette notion se réfère à une situation rendant l'exécution du contrat trop onéreuse voire inutile ou entraînant une perte d'intérêt du contrat et ayant comme conséquence d'adapter ou de réviser le contrat. Elle se différencie donc de la force majeure qui renvoie à une situation empêchant temporairement ou définitivement l'exécution du contrat et ayant pour conséquence la suspension ou la résiliation du contrat<sup>279</sup>.

**182.** Les clauses de *hardship* rencontrent un succès relativement important dans les contrats internationaux. En effet, elles sont fréquentes dans les contrats de l'industrie pétrolière, du gaz ou de l'informatique. Elles permettent aux parties de prévoir le processus à suivre dans le cas où l'équilibre du contrat auquel elles avaient convenu venait à être bouleversé pendant le cours de son exécution<sup>280</sup>. Elles y sont tellement populaires qu'elles sont parfois considérées comme un usage de commerce international<sup>281</sup>.

**183.** Chacune des parties, hormis hypothèses exceptionnelles, peut demander la tenue de nouvelles négociations lorsque les circonstances détaillées dans la clause surviennent. En outre, en vertu du principe de liberté contractuelle, les parties sont libres de les rédiger comme bon leur semble puisqu'elles n'intéressent pas l'ordre public<sup>282</sup>.

---

<sup>277</sup> X. DIEUX, *Droit, moral et marché*, *op. cit.*, p. 661.

<sup>278</sup> Cass., 22 novembre 1973, *Pas.*, 1974, I, p. 312.

<sup>279</sup> D. MATRAY et F. VIDTS, « Les clauses d'adaptation de contrats », in *Les grandes clauses des contrats internationaux*, 55<sup>e</sup> Séminaire de la Commission Droit et Vie des Affaires, Bruxelles, Bruylant, Paris, Forum européen de la Communication, 2005, pp. 104-106.

<sup>280</sup> *Ibid.*, p. 107.

<sup>281</sup> D. PHILIPPE, « L'imprévision », *J.T.*, 2007, p. 740.

<sup>282</sup> P. WÉRY, *op. cit.*, p. 649.

**184.** Cependant, la rédaction de telles clauses n'est pas une mince affaire car leur objectif étant de prévoir l'imprévisible, il est facile d'omettre certains événements pouvant donner lieu à un changement de circonstances. C'est pourquoi certains considèrent qu'il vaut mieux ne pas introduire ce genre de clauses dans les contrats aux risques que celles-ci soient mal rédigées voir insuffisantes. Néanmoins, deux éléments constitutifs sont presque tout le temps présent<sup>283</sup>.

**185.** Une analyse détaillée de ces différentes hypothèses n'est, hélas, pas possible dans le cadre de ce mémoire étant donné la place qui nous est impartie. Une exposition sommaire y sera donc consacrée.

## B. Éléments constitutifs

### 1. Définition de l'élément déclencheur

**186.** Les parties définissent, en règle général l'élément déclencheur soit via une définition générale soit via une liste exhaustive de circonstances soit via une combinaison des deux formules<sup>284</sup>. Quoiqu'il en soit, l'événement déclencheur entraîne une modification des circonstances en vigueur au moment du contrat. Les parties peuvent tenir compte des circonstances d'ordre économique, social, financier, politique, etc. à la condition que celles-ci soient imprévisibles, bouleversent l'équilibre économique du contrat et exemptent de toutes fautes de l'une des parties<sup>285</sup>.

### 2. Conséquences

**187.** Déterminer les conséquences attachées à la survenance de l'événement déclencheur et donc à la situation de *hardship* est un passage obligé pour les parties si elles veulent conférer une utilité à leur clause<sup>286</sup>.

**188.** Dans cette optique deux grandes variantes sont généralement à la disposition des parties.

Premièrement, la clause peut inviter les parties à renégocier les termes du contrat afin de rétablir l'équilibre économique<sup>287</sup>. Dans cette hypothèse, les parties ont l'obligation de se retrouver à la table des négociations et de proposer des solutions sérieuses qui soient « *en*

---

<sup>283</sup> A. NICOLAS, « Hardship, prévoir l'imprévisible », *Cah. Jur.* 2013/3, p. 93.

<sup>284</sup> D. MATRAY et F. VIDTS, *op. cit.*, p. 112.

<sup>285</sup> A. NICOLAS, « Hardship, prévoir l'imprévisible », *Cah. Jur.* 2013/3, pp. 93-94.

<sup>286</sup> D. MATRAY et F. VIDTS, *op. cit.*, p. 123.

<sup>287</sup> *Ibid.*

*rapport avec le contrat passé, les circonstances actuelles, et l'économie du contrat* »<sup>288</sup>. En cas d'échec des négociations, la clause peut soit être silencieuse au sort à réserver au contrat soit donner le droit à l'une des parties de mettre fin à celui-ci<sup>289</sup>.

Deuxièmement, la clause peut prévoir l'intervention d'un tiers indépendant ayant pour mission soit d'aider les parties à trouver une solution à leur litige soit de leur imposer une décision<sup>290</sup>.

### C. Intérêt

**189.** La théorie de l'imprévision n'étant pas reconnue dans le système juridique belge, les clauses de *hardship* peuvent jouer un rôle prépondérant dans le cadre des opérations de fusion. En effet, si une telle clause est insérée dans un contrat, elle n'aura pas la même incidence qu'une clause de changement de contrôle à savoir donner un caractère *intuitu personae* à celui-ci, mais pourront trouver à s'appliquer si l'hypothèse de fusion est expressément visée parmi les événements déclencheurs pouvant entraîner un bouleversement dans les circonstances en vigueur au moment de la conclusion du contrat<sup>291</sup>. Dès lors, le cocontractant ayant conclu un contrat *intuitu personae* avec une société, en cas de dissolution à la suite d'une fusion de cette société, pourra y voir une perte d'intérêt dans le contrat qui emporte un bouleversement de l'économie contractuelle.

**190.** Dans une telle hypothèse, le contrat ne serait dès lors pas transféré automatiquement, mais les parties à savoir la société bénéficiaire de l'opération de fusion et le cocontractant de la société dissoute suite à la fusion auront la possibilité de renégocier les conditions du contrat. En outre, en cas d'échec de ces négociations et si la clause est correctement rédigée, les parties auront chacune la possibilité de mettre fin unilatéralement au contrat.

---

<sup>288</sup> R. KRUIHOF, « La modification conventionnelle du contrat », *R.I.D.C.*, 1985, p. 118.

<sup>289</sup> D. MATRAY et F. VIDTS, *op. cit.*, p. 123.

<sup>290</sup> *Ibid.*

<sup>291</sup> P. HAINAUT-HAMENDE, *op. cit.*, p. 440.

## Conclusion

**191.** A la suite de ce tour d'horizon global du sort des contrats *intuitu personae* en cas de fusion, après avoir posé dans un premier temps les bases juridiques de notre sujet à travers les différents grands principes s'appliquant en la matière, notamment les principes de transmission universelle et ses fondements ainsi que le principe de continuation contractuelle, nous nous sommes attardés plus longuement sur la problématique à proprement parler de la transmissibilité des contrats *intuitu personae* en cas de fusion, siège de notre exposé.

**192.** En effet, les opérations de fusions ne peuvent être considérées comme de véritables cessions au sens du droit civil. Les fusions se caractérisent par le principe de transmission universelle ayant pour conséquence le transfert de l'ensemble du patrimoine actif et passif de la société dissoute à la société bénéficiaire de l'opération sans qu'il ne soit nécessaire de se conformer aux différentes modalités de la cession. Ce principe se fonde sur un désir de continuer le contrat de société et la vie de l'entreprise, la société bénéficiaire devant être considérée, en vertu de la théorie de la cession des droits successifs comme l'ayant cause à titre universel de la société dissoute, mais ne continuant pas la personnalité de celle-ci.

**193.** Ce principe de transmission universelle constitue le fondement d'un second principe, celui de la continuation de l'ensemble des contrats en cours de la société dissoute. Cette règle engendre le transfert de tous les contrats, quels qu'ils soient, de la société dissoute à la société bénéficiaire. Néanmoins, les contrats *intuitu personae* sont en principe intransmissibles car dans la tradition juridique classique, sur base de l'article 1122 du Code civil, il existe une double exception au principe de transmission des contrats. L'une d'entre elles est tirée de la nature même du contrat et permet de légitimer l'intransmissibilité des contrats *intuitu personae*. Etant donné la dureté de cette exception, il a été énoncé qu'il existe en réalité deux types d'*intuitu personae* : l'*intuitu personae sensu stricto* et l'*intuitu personae sensu lato* ou *intuitu firmae*. Dans la première hypothèse, la personne du cocontractant est à ce point un élément essentiel du contrat qu'il n'est jamais transmissible. Dans la deuxième hypothèse, la personne du contractant n'est pas un élément essentiel du contrat et partant, celui-ci est parfaitement cessible.

**194.** Qui plus est, il a été énoncé qu'une clause d'agrément était un cas particulier d'*intuitu personae* en raison du fait qu'une cession d'action affectée d'une clause d'agrément peut être comparée à une cession de contrat *intuitu personae*. Cette comparaison étant effectuée dans

l'hypothèse d'une cession à titre isolé, il nous a paru opportun de la pousser dans l'hypothèse d'un transfert universel. A cet égard, nous nous sommes basés sur la situation dans laquelle la clause d'agrément se trouve dans les statuts d'une société tierce dont les titres se trouvent dans le patrimoine de la société dissoute. Dans un tel cas, il est reconnu que la clause d'agrément est applicable, la société tierce pouvant s'en prévaloir et ainsi mettre à mal le principe de transmission universel. Nous nous sommes donc interrogés sur la possibilité qu'aurait le cocontractant, de la même manière que la société tierce peut se prévaloir de sa clause d'agrément, de revendiquer l'*intuitu personae* de son contrat et donner son consentement non pas à la fusion, mais au transfert de son contrat lors une telle opération. Cependant, nous avons doublement nuancé cette comparaison et l'argument que l'on y tire. D'abord, étant donné les différents objectifs de ces concepts ainsi que les conséquences respectives qui en découlent, la portée de l'agrément et de l'*intuitu personae* n'est pas là même. Deuxièmement, la comparaison ne nous semble pas suffisante pour légitimer à elle seule l'intransmissibilité des contrats *intuitu personae* lors d'une opération de fusion.

**195.** Avant l'adoption de la loi du 26 juin 1993 transposant la troisième directive européenne concernant les fusions de sociétés anonymes, les contrats conclus en considération de la personne du cocontractant constituaient une exception au principe de transmission universelle et n'étaient pas transférés à la suite d'une fusion. Assurément, la doctrine et la jurisprudence de l'époque ont appliqué aux fusions les enseignements de l'article 1122 du Code civil, en raison du changement dans la personne du cocontractant qu'entraîne cette opération.

**196.** Force est de constater que lors de la consécration législative des opérations de fusions, tant le législateur communautaire que le législateur national se sont bornés à reconnaître comme effet à la fusion le principe de transmission universelle sans donner plus de précisions quant à l'étendue de celui-ci notamment à l'égard des contrats teintés d' *intuitu personae*.

**197.** A cet égard, le mutisme du législateur communautaire a été perçu comme une réelle volonté de ne pas concrétiser légalement l'exception reconnue en pratique antérieurement. En outre, rappelons qu'initialement, une disposition excluant ses contrats de ce principe était prévue dans le cadre de la troisième directive, mais a finalement été supprimée en raison de disparités voir de l'inexistence du concept d'*intuitu personae* pour les personnes morales dans les systèmes juridiques de certains Etats membres de l'Union européenne.

**198.** Les travaux préparatoires de la loi de 1993 sont quant à eux bien plus éloquents face à notre problématique. Ceux-ci disposent expressément que les contrats *intuitu personae* seront transmis ensuite d'une opération de fusion en raison des nouveaux développements relatifs à la notion d'*intuitu personae* et en raison de l'absence d'exception à ce sujet dans la troisième directive. Néanmoins, ce type de contrat étant par nature intransmissible, nous nous posons la question de savoir si la force des travaux préparatoires est suffisamment importante pour justifier une règle si lourde de conséquences.

**199.** En l'absence de précisions émises par le législateur, c'est la doctrine qui a tenté de dégager des solutions en l'espèce. En effet, différents arguments ont été avancés par les auteurs de doctrine au cours des années, et ce avec plus ou moins de succès, pour pallier au silence du législateur belge et justifier la transmissibilité des contrats *intuitu personae* dans le cadre d'une opération de fusion

Premièrement, en raison de l'absence de disposition claire excluant les contrats *intuitu personae* du principe de transmission universelle dans la troisième directive, le législateur belge s'est comporté correctement en suivant le prescrit de cette directive. Le contraire aurait entraîné une dérogation au droit commun sans légitimation par un texte supérieur dans la hiérarchie des normes. Pourtant, face à une directive d'harmonisation minimale, le législateur national est en droit de rendre plus stricte la matière en la transposant. De plus, le paragraphe 3 de l'article 19 en prévoyant expressément que la directive ne peut pas porter atteinte aux différentes législations nationales qui requièrent des formalités d'opposabilité pour certains droits ou obligations, reconnaît explicitement la possibilité pour les législateurs nationaux d'adopter des exceptions au principe de transmission universelle.

Ensuite, de la nouvelle distinction faite de la notion d'*intuitu personae*, certains ont pu tirer un argument en faveur de la transmissibilité des contrats *intuitu personae* en cas de fusion. Effectivement, il a été expliqué que lors de la conclusion d'un contrat *intuitu personae* avec une personne morale, nous étions nécessairement en présence d'un *intuitu firmae* et que par conséquent un contrat conclu en considération de la personne de la société dissoute est toujours transférable. Nonobstant la tentation de donner à cet argument une force certaine, il ne suffit pas à lui seul pour trancher tout débat. Il est important de ne pas oublier les enseignements de la Cour de cassation dans son arrêt du 1957 lorsqu'elle énonce qu'une personne morale dispose de la même capacité qu'une personne physique si la loi ne l'a pas

restreinte. Cela signifie qu'il est tout à fait possible d'adopter un contrat *intuitu personae sensu stricto* avec une personne morale et que celui-ci sera dès lors intransmissible.

Troisièmement, à l'époque de l'adoption de la loi de juin 1993, l'idée était que la fusion devait être entendue comme une transformation de structure et que partant, les contrats *intuitu personae* étaient transférés de plein droit en raison de l'absence de transmission universelle. Rappelons que dans cette hypothèse, la société bénéficiaire prolonge la personnalité de la société dissoute et devient titulaire des droits et obligations de celle-ci, dont font partie les contrats *intuitu personae*. Néanmoins, à l'heure actuelle, cette analyse est unanimement rejetée en raison du fait qu'elle ne rend pas compte d'un des éléments caractéristiques d'une opération de fusion à savoir la transmission des droits. Cette caractéristique propre à la fusion permet en réalité de distinguer la fusion de la transformation, mais ne permet pas d'éluder la problématique du transfert des contrats *intuitu personae*.

Finalement, il a été avancé que les contrats *intuitu personae* devaient être transmis ensuite d'une opération de fusion en raison de la complexité du droit commun. *A priori*, une telle affirmation paraît complètement aberrante. Elle n'est cependant pas dénuée de toute utilité. En effet, la complexité du droit commun et la nécessité de réussite de l'opération de fusion permettent de légitimer le principe selon lequel la fusion entraîne la transmission universelle du patrimoine y compris les contrats *intuitu personae*.

**200.** Selon nous, ces auteurs omettent une raison primordiale quoique évidente qui aurait pu pousser tant le législateur communautaire que le législateur belge à ne pas prévoir d'exception au principe de transmission universelle en la qualité des contrats *intuitu personae*. Le but affiché lors de l'adoption de la troisième directive était clairement de permettre aux sociétés de pouvoir fusionner selon des règles plus souples leur permettant d'être plus compétitives tant sur le plan national que sur le plan international. Partant de cet objectif, il est dès lors logique que le législateur communautaire n'ait pas prévu d'exception pour les contrats *intuitu personae* lors de la transmission universelle du patrimoine. Une telle exception aurait été indubitablement à l'encontre du but recherché. De notre point de vue, il s'agit d'une simple volonté de concrétiser la plénitude du principe en cause malgré la réserve de l'article 19. Si les législateurs communautaire et belge avaient réellement voulu excepter du principe de transmission universelle les contrats *intuitu personae*, ils leur auraient suffi de le mentionner expressément.

**201.** Suite à ces développements, la question s'est posée de savoir que peuvent faire les parties au contrat pour s'assurer que celui-ci ne soit pas transmis à la suite de la fusion. Le remède le plus logique consiste en l'insertion d'une clause dite de changement de contrôle dans le contrat moyennant le respect de certaines conditions de forme et de fond. En vertu de cette clause, reconnue licite tant par la doctrine que la jurisprudence, en cas dissolution suite à une fusion de la société en considération de laquelle le cocontractant s'est engagé, celui-ci pourra s'opposer au transfert du contrat qui sera dissout de plein droit.

**202.** Qui plus est, l'on ne peut que conseiller aux parties qui ne veulent absolument pas poursuivre l'exécution de leur contrat en cas de fusion de l'une d'entre elles de viser expressément l'hypothèse de fusion dans leur clause de changement de contrôle afin d'éviter toute controverse et tout éventuel conflit en raison d'une telle opération. Effectivement, en cas d'oubli par les parties de l'hypothèse de fusion dans leur clause de changement de contrôle, il faut avoir égard à la volonté réelle des parties en présence. Celle-ci pourrait être comprise, malgré la lacune de la clause, comme voulant conférer un caractère *intuitu personae* au contrat et rendre donc celui-ci incessible, mais pourrait aussi être comprise comme s'appliquant aux autres hypothèses envisagées mais non à celle de la fusion.

Il a été tiré de cet enseignement un argument postulant qu'à partir du moment où un contrat *intuitu personae* est rendu intransmissible en cas de fusion en vertu d'une clause, pourquoi n'en serait-il pas de même pour les contrats *intuitu personae* par nature ou par volonté des parties. Or, selon nous, nonobstant la pertinence d'une telle interpellation, nous y répondons d'une manière simple, mais sans équivoque. En effet, comme il l'a déjà été énoncé, lors de la transposition législative de la troisième directive par le législateur belge dans la loi de 1993, celui-ci ne reconnaît aucune exception pour les contrats *intuitu personae*. Nous y voyons donc une volonté de consacrer pleinement le principe de transmission universelle dans le cas d'une fusion ainsi qu'une volonté de préserver la liberté contractuelle des parties en leur laissant, le cas échéant, le choix de stipuler expressément qu'elles ne souhaitent pas que leur contrat soit transmis ensuite d'une opération de fusion. Une telle conception de la volonté du législateur belge permet de comprendre pourquoi les contrats *intuitu personae* par nature ou par volonté des parties sont transmis ensuite d'une fusion à la différence des contrats rendus *intuitu personae* par une clause contractuelle.

**203.** A côté de la clause de changement de contrôle, les parties ont également la possibilité d'avoir recours au droit commun pour faire face au changement de circonstances qu'entraîne

la fusion. Etant donné que la théorie de l'imprévision n'existe pas en droit belge, de même que la notion d'équité ne dispose pas de la même étendue en Belgique que dans d'autres systèmes juridiques, le juge belge tend à interpréter plus largement d'autres principes pour faire face au changement de circonstances dans une relation contractuelle. Premièrement, le cocontractant peut avoir recours à la bonne foi et l'abus de droit en vertu desquels le juge pour fixer l'usage normal du droit pourra prendre en compte l'opération de fusion. De plus, les parties peuvent demander à la fois la résolution du contrat en justice si en raison de l'opération de fusion, les sociétés se trouvent dans l'impossibilité de poursuivre l'exécution du contrat, mais elles disposent aussi d'un droit de résiliation unilatérale qui se trouve dans n'importe quels contrats à durée illimitée, y compris ceux *intuitu personae*. Par ailleurs, elles disposent aussi d'un droit de résiliation unilatérale dans l'hypothèse où la relation de confiance constitue un élément essentiel du contrat. Une dernière possibilité à la disposition des parties est d'insérer dans leur contrat une clause de *hardship* permettant, dans l'hypothèse où la fusion est expressément visée comme une cause pouvant entraîner un bouleversement dans les circonstances en vigueur au moment de la conclusion du contrat, une renégociation du contrat entre les parties avec une possibilité, le cas échéant, de résiliation de celui-ci.

**204.** L'on peut donc constater que face à une lacune législative, la doctrine a étayé plusieurs solutions en tentant de justifier le transfert des contrats *intuitu personae* mais cela sans grande conviction. Quasi chaque argument énoncé, bien qu'opportun, n'est suffisant en lui-même et d'après nous ne peut emporter de conviction définitive en faveur d'une transmissibilité totale. Malgré les différents remèdes à la disposition des parties, une intervention du législateur semble être primordiale à l'heure actuelle pour mettre fin à l'insécurité juridique qu'engendre notre problématique.

# **Bibliographie**

## **Européenne**

### Législation

Troisième Directive du Conseil, du 9 octobre 1978, fondée sur l'article 54, paragraphe 3 sous g du Traité et concernant les fusions des sociétés anonymes, *J.O.C.E.*, L 295, du 20 octobre 1978, p. 36.

Dir. (CE) n° 56/2005 du Parlement européen et du Conseil du 26 octobre 2005 sur les fusions transfrontalières des sociétés de capitaux, *J.O.U.E.*, L 310, du 25 novembre 2005, p. 1.

### Jurisprudence

C.J.C.E., 11 mai 1989 (Commission c. Belgique), C-46/88, *Rec. C.J.C.E.*, 1989, p. 1133.

## **Belge**

### Législation

#### A. Textes légaux

Code des impôts sur les revenus du 10 avril 1992, *M.B.*, 30 juillet 1992, p. 17120.

Code des sociétés du 7 mai 1999, *M.B.*, 6 août 1999, p. 29440.

Loi du 29 juin 1993 modifiant, en ce qui concerne les fusions et les scissions de sociétés, les lois sur les sociétés commerciales coordonnées le 30 novembre 1935, *M.B.*, 21 juillet 1993, p. 17176.

Loi du 8 juin 2008 portant dispositions diverses, *M. B.*, 16 juin 2008, p. 30529.

Loi du 25 avril 2014 relative au statut et au contrôle des établissements de crédits, *M.B.*, 7 mai 2014, p. 36794.

## B. Documents parlementaires

Projet de loi modifiant, en ce qui concerne les fusions et les scissions de sociétés, les lois sur les sociétés commerciales coordonnées le 30 novembre 1935, Exposé des motifs, *Doc. Parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1989-1990, n°1214/1.

Projet de loi modifiant les lois sur les sociétés commerciales coordonnées le 30 novembre 1935 dans le cadre de l'organisation transparente du marché des entreprises et des offres publiques d'acquisition, Rapport fait au nom de la commission « Ad Hoc » Sociétés commerciales par MM. VERHAEGEN et BAYENET, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 1990-1991, n° 1107/3.

Projet de loi modifiant en ce qui concerne les fusions et les scissions de sociétés, les lois sur les sociétés commerciales coordonnées le 30 novembre 1935, Rapport fait au nom de la commission chargée des problèmes de droit commercial et économique par M. POTY, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 1991-1992, n° 491/5.

Projet de loi modifiant, en ce qui concerne les fusions et les scissions de sociétés, les lois sur les sociétés commerciales coordonnées le 30 novembre 1935, Rapport fait au nom de la commission de la Justice par M. CEREXHE, *Doc. parl.*, Sénat, sess. 1992-1993, n° 494-2.

## Jurisprudence

Cass., 31 mai 1957, *Rev. prat. soc.*, 1957, p. 189.

Cass., 17 mai 1962, *Rev. prat. soc.*, 1962, p. 253.

Cass., 30 avril 1970, *Pas.*, 1970, I, p. 749.

Cass., 22 novembre 1973, *Pas.*, 1974, I, p. 312.

Cass., 4 mars 1982, *R.C.J.B.*, 1984, p. 175.

Cass., 16 décembre 1982, *Pas.*, 1983, I, p. 472.

Cass., 19 septembre 1983, *Pas.*, 1984, I, p. 55.

Cass., 21 janvier 2000, *Pas.*, 2000, I, p. 165.

Cass., 26 septembre 2003, R.G. no C.02.0292.F.

Liège, 31 mars 1939, *Rev. Prat. Soc.*, 1939, p. 294.

Anvers, 6 mai 1975, *R.P.S.*, 1976, p. 206.

Bruxelles, 5 oct. 1988, *R.D.C.*, 1989, p. 883.

Comm. Bruxelles, 30 mars 1932, *Rev. Prat. Soc.*, 1932, p. 190.

Civ. Huy, 9 juillet 1936, *Rev. Prat. Soc.*, 1936, p. 315 et obs.

## Doctrine

### A. Ouvrages

BAPTISTA L-O. et DURAND-BARTHEZ P., *Les joint venture dans le commerce international*, Bruxelles, Bruylant, 2012.

BIHAIN L., « Transfert sous autorité de justice. Procédure de réorganisation judiciaire », in *La cession d'entreprise : les aspects sociaux*, Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 215-250.

BRULARD Y., « Les différents contrats et actes juridiques nécessaires à la réalisation d'une opération d'acquisition d'une société belge », in *L'acquisition d'une société en pratique : Aspects économiques, juridiques et fiscaux*, Collection Les Ateliers des FUCaM, Louvain-la-Neuve, Anthémis, 2008, pp. 133-276.

COIBON A., *Les conventions d'actionnaires en pratiques*, Bruxelles, Larcier, 2010.

COPPENS P. et Fr. T'KINT, « Le transfert des créances, des dettes et des contrats dans les fusions de sociétés », in *La transmission des obligations, IX<sup>e</sup> Journées d'études juridiques Jean Dabin*, Bruxelles, Bruylant, 1980, p. 423 et s.

COPPENS P., « L'éthique et le droit des contrats internationaux », in *Contrats internationaux et arbitrage*, Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 103-133.

DE CORDT Y., « Commentaires des articles 670 à 676 et 678 à 727 », in *Commentaire systématique du Code des sociétés*, Bruxelles, Kluwer, 2007, pp. 77-230.

DE CORDT Y. (e.a), *Société anonyme*, Bruxelles, Bruylant, 2014.

DE PAGE H., *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, 3<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Bruylant, 1964.

DIEUX X., *Droit, moral et marché*, Bruxelles, Bruylant, 2013.

DIRIX E., *Obligatoire verhoudingen tussen contracanten en derden*, Antwerpen-Apeldoorn, Kluwer, 1984.

DUBOUT H., « Les clauses de changement de contrôle », in *Les grandes clauses des contrats internationaux*, 55<sup>e</sup> Séminaire de la Commission Droit et Vie des Affaires, Bruxelles, Bruylant, Paris, Forum européen de la Communication, 2005, pp. 323-347.

ERNST Ph. et VERSTRAELEN J., « Réorganisations juridiques de sociétés », coll. Etudes pratiques de droit fiscal, n° 16, Bruxelles, Kluwer, 2002.

FONTAINE M. et DE LY F., *Droits des contrats internationaux*, 2<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Bruylant, 2003.

FRÉDÉRICQ L., *Traité de droit commercial belge*, t. V, Les sociétés commerciales en droit belge, Gand, Fecheyr, 1950.

HAINAUT-HAMENDE, P., « La société anonyme. Deuxième partie : Opérations sur le capital. Emissions publiques. Transformation. Fusion - Scission », *Rép. not.*, t. XII, Droit commercial et économique, liv. 3/2, Bruxelles, Larcier, 2009.

JAKHIAN G., *Les offres publiques d'acquisition. Chronique de jurisprudence 1989-2000*, Bruxelles, Larcier, 2001.

KEUTGEN G. « Le nouveau régime des Directives européennes en matière de fusion et opérations assimilées », in *Modes de rapprochement structurel des entreprises — Tendances actuelles en droit des affaires*, XXXVIII<sup>e</sup> séminaire C.D.V.A., 19-20 nov. 1986, Bruxelles, Story-Scientia, 1988, pp. 87 et s.

KEUTGEN G. et TOSSENS. J-Fr., « La situation des actionnaires et leurs recours », in *Le nouveau droit des fusions et des scissions de sociétés*, Bruxelles, Bruylant, 1994, pp. 119 et s.

LAGA H., « Enige bedenkingen omtrent fusie en de overgang van intuitu personae-overeenkomsten », in *Liber amicorum Jan Ronse*, Bruxelles, Story-Scientia, 1986, pp. 237-264.

LECLERCQ D., « Article 5 - Obligations préalables au Transfert (« Pre-Closing Obligations ») », in *Les conventions de cession d'actions*, Bruxelles, Larcier, 2009, pp. 327-344.

MALHERBE J., DE CORDT Y., LAMBRECHT P. et MALHERBE P., *Droit des sociétés. Précis*, Bruxelles, Bruylant, 2011.

MARCHANDISE Ph., « Le changement de cocontractant dans les contrats à prestations successives », in *La vie des contrats à prestations successives*, Conférence du Jeune Barreau, Bruxelles, éd. Jeune Barreau, 1991.

MATRAY D. et VIDTS F., « Les clauses d'adaptation de contrats », in *Les grandes clauses des contrats internationaux*, 55e Séminaire de la Commission Droit et Vie des Affaires, Bruxelles, Bruylant, Paris, Forum européen de la Communication, 2005, pp. 93-165.

MERTENS DE WILMARS J., « Arguments de raison et arguments d'autorité dans la jurisprudence de la cour de justice des communautés européennes », in *Arguments d'autorité et arguments de raison en droit*, Travaux du Centre National de recherche de logique, Bruxelles, Nemesis, 1988, pp. 71-92.

PATTYN J., *Aandeelhoudersovereenkomsten – Overdrachtsbeperkingen en stemafspraken in een niet-publieke NV.*, Gent, Larcier, 2012.

PHILIPPE D., « Les clauses relatives aux changements de circonstances dans les contrats à long terme », in *La rédaction des contrats internationaux. Conseils aux praticiens & approche de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 143-192.

PHILIPPE D., « Bouleversement de l'économie contractuelle et contrats multipartites », in *Meerpartijenovereenkomsten - Contrats multipartites*, Die Keure – la Charte, 2013, pp. 93-112.

RESTEAU C., *Traité*, t. II, 3<sup>ème</sup> éd., n°1306quater.

SIMONART V., *L'unité du concept de personnalité morale en droit privé comparé*, Thèse dactyl., U.L.B., 1993.

TILQUIN T., *Traité des fusions et des scissions*, Bruxelles, Kluwer, 1993.

TKINKT F. et CORBISIER I., « La transmission des contrats et la protection des créanciers », in *Le nouveau droit des fusions et des scissions de sociétés*, Bruxelles, Bruylant, 1994, pp. 161-202.

VAN DEN BERGHE O., *Gérer la durée et la fin des contrats commerciaux*, Bruxelles, Larcier, 2009.

VAN OMMESLAGHE P., « La proposition de troisième Directive sur l'harmonisation des fusions de sociétés anonymes », in *Quo vadis ius societatum — Liber amicorum Pieter Sanders 's Gravenhage*, Kluwer, Martinus-Nijhoff, 1973, pp. 123-150.

VAN OMMESLAGHE P., « La transmission des obligations en droit positif belge », in *La transmission des obligations, Travaux des IX<sup>e</sup> Journées d'études juridiques Jean Dabin*, Bruxelles, Bruylant, 1980, pp. 81-192.

VAN OMMESLAGHE P., « La réforme des fusions et des scissions de sociétés en droit belge », in *Le droit des affaires en évolution*, A.B.J.E., Bruxelles, Bruylant, 1992, pp. 94 et s.

VAN OMMESLAGHE P., « Les principes généraux relatifs à la fusion et à la scission selon les directives et selon la loi nouvelle », in *Les fusions et scissions internes de sociétés en droit commercial et en droit fiscal*, Bruxelles, Editions du jeune barreau de Bruxelles, 1993, pp. 1-69.

VAN OMMESLAGHE P., *Traité de droit civil belge*, t. II, Les obligations, Bruxelles, Bruylant, 2013.

WERY P., « La théorie générale du contrat », *Rép. not.*, t. IV, Les obligations, Liv. 1/1, Bruxelles, Larcier, 2010.

#### B. Articles de périodiques et chroniques ou examens de jurisprudence

ACCAOUI LORFING, « L'obligation de renégociation du contrat », *R.D.I.D.C.*, 2015, pp. 233-277.

BLANCHARD P., « Les clauses de changement de contrôle, instruments de stabilisation et de sauvegarde », *R.D.A.I./I.B.L.J.*, 2006, pp. 159-194.

DAL G. et VAN DEN ABEELE M. « Les fusions et les scissions de sociétés commerciales », *Rev. prat. soc.*, 1993, pp. 189 et s.

DALLE M., « Artikel 556 van het Wetboek van Vennootschappen is toepasselijk op elk beding inzake controle wijziging (change of control clause) ten laste van een naamloze vennootschap », *T.R.V.*, 2004, pp. 87 et s.

DIEUX X., « Réflexions sur la force obligatoire des contrats et sur la théorie de l'imprévision en droit privé », *R.C.J.B.*, 1983, pp. 386-409.

DIEUX X., « Examen de Jurisprudence (1990-2003) - Droit financier », *R.C.J.B.*, 2005, pp. 331-411.

FERON B., « Les conventions d'actionnaires après la loi du 13 avril 1995 », *R.D.C.B.*, 1996, pp. 674-709.

GEENS K., « Quelques aspects de la clause d'agrément dans la société anonyme », *R.P.S.*, 1989, pp. 323-342.

GEENS K., « De nieuwe wet inzake fusies en splistingen », *TRV*, 1993, pp. 53-71.

KRUIHOF R., « La modification conventionnelle du contrat », *R.I.D.C.*, 1985, pp. 97 et s.

LIFSOENS L., « Een toepassing van de schijnleer op fusie door opslorping en het lot van overeenkomsten intuitu personae », note sous Bruxelles, 5 oct. 1988, *R.D.C.*, 1989, pp. 887-902.

NICOLAS A., « Hardship, prévoir l'imprévisible », *Cah. Jur.* 2013/3, pp. 92-94.

PHILIPPE D., « L'imprévision », *J.T.*, 2007, pp. 738-741.

RUE G., « Les clauses de changement de contrôle », *B.S.J.*, 2011/459, p. 15.

STIJNS S., « Abus, mais de quel(s) droit(s) ? Réflexions sur l'exécution de bonne foi des contrats et de l'abus de droits contractuels », *J.T.*, 1990, pp. 33-44.

STORME M.E., « De invloed van de goede trouw op de contractuele schuldvordering », *R.W.*, 1989-1990.

VAN GERVEN D. et WYCKAERT M., « Kroniek Vennootschapsrecht 2003-2004 », *T.R.V.*, 2004, pp. 554 et s.

VAN OMMESLAGHE P., « Observations sur les limites imposées à l'activité des personnes morales en droit comparé », note sous Cass., 31 mai 1957, *R.C.J.B.*, 1958, p. 286 et s.

VAN OMMESLAGHE P., « Examen de jurisprudence (1968-1973) - Les obligations », *R.C.J.B.*, 1975, pp. 423 et s.

VAN OMMESLAGHE P., « La Cour de cassation et le droit des obligations conventionnelles », *J.T.*, 2007, pp. 656 et s.

## **Française**

### Jurisprudence

Cass. civ., 6 mars 1876, *D.*, 1876, I, 193, note Giboulot.

Cass. fr., 12 avril 1972, *D.*, 1972, p. 538.

Cass. fr., 3 juin 1986, *D.*, 1987, p. 95.

Cass. com., 7 janvier 1992, *J.C.P.*, 1992, éd. G, IV, n°692

Cass. com., 1<sup>er</sup> juin 1993 : *RJDA* 7/93, n° 622.

C. Cass., 14 janvier 1997, *R.J.D.A.*, 8-9/97, n°1006.

C.A. Paris, 25 janvier 1995, *Bulletin Joly*, mai 1995, n° 141.

CA Paris, 18 février 2000, 25<sup>ème</sup> ch., sect. B, *RTD com.*, 2000, p. 390, note Y. REINHARD.

### Doctrine

#### A. Ouvrages

ALBORTCHIRE A., *Le sort des contrats dans les opérations de fusions et de scissions de sociétés commerciales*, Law, Université d'Auvergne – Clermond-Ferrand I, 2005.

AYNES L., *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes*, Paris, Economica, 1984.

BOULOUIS J., « Interprétation (méthodes) », *Encyclopédie Dalloz. Répertoire de droit communautaire*, n°7 et 17

COQUELET M.-L., *La transmission universelle du patrimoine en droit des sociétés*, thèse, Paris X, 1994.

COZIAN M., VIANDIER A. et DEBOISSY Fl., *Droit des sociétés*, 15<sup>ème</sup> éd., Litec, 2009.

GUIHO P., *Dictionnaire: droit, science politique, économie, gestion, comptabilité, fiscalité*, 1<sup>ère</sup> éd., L'Hermès, 1994.

LEFEBVRE F., *Contrats et droit de l'entreprise*, Francis Lefebvre, 2004.

MERCADAL B. et JANIN Ph., *Sociétés commerciales*, Francis Lefebvre, 2003.

THOMAS P., *Fusions-acquisitions*, Paris, RB édition, 2011.

#### B. Articles de périodiques et chroniques ou examens de jurisprudence

BERTREL J.-P., « Fusions-acquisitions: une clause d'agrément est-elle applicable en cas de fusion ou de scission ? », *Droit & Patrimoine*, 2003, pp. 33-36.

CHEMINADE Y., « Nature juridique de la fusion des sociétés », *Rev. trim.. dr. com.*, 1970, pp. 15 et s.

COURET A., Note sous l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 25 janvier 1995, *Bull. Joly*, 1995, n° 141

FABRE R., « Les clauses d'adaptation dans les contrats », *Rev. trim. dr. civ.*, 1983, pp. 1 et s.

JASPAR X. et METAIS N., « Les limites à la transmission universelle du patrimoine. Les contrats *intuitu personæ* et les contraintes afférentes à certains biens », *Bull. Joly*, 1988, pp. 447 et s.

JEANTIN M., « Clauses d'agrément et fusion de sociétés commerciales », *Dr. Soc.*, 1988, p. 2.

MARTIN G.J., « La notion de fusion », *Rev. trim.. dr. com.*, 1978, pp. 269 et s.

MESTRE J., Commentaires de l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 25 janvier 1995, *R.T.D.C.*, 1996, p. 158.

MESTRE J., Commentaires de l'arrêt de la Cour de Cassation du 14 janvier 1997, *R.T.D.C.*, 1997, p. 427.

MOURY J., « Des clauses restrictives de la libre négociabilité des actions », *R.T.D.C.*, 1989, pp. 187-210.

MOUSSERON M., « La gestion des risques par le contrat », *Rev. trim. dr. civ.*, 1988, pp. 481 et s.

PACLOT Y., « Fusion et clause d'agrément », note sous Cass. Com., 3 juin 1986, *J.C.P.*, 1987, II, p. 15083.

SCHIMDT D., obs. ss Cass. com., 19 avril 1972, D. 1972.54





Place Montesquieu, 2 bte L2.07.01, 1348 Louvain-la-Neuve, Belgique [www.uclouvain.be/drt](http://www.uclouvain.be/drt)

