

EXAMEN DE JURISPRUDENCE

(1991-2005) (1)

LES SOCIÉTÉS COMMERCIALES

PAR

XAVIER DIEUX

PROFESSEUR À L'UNIVERSITÉ LIBRE DE BRUXELLES,
AVOCAT AU BARREAU DE BRUXELLES

ET

YVES DE CORDT

PROFESSEUR À L'UNIVERSITÉ CATHOLIQUE DE LOUVAIN

Avertissement

Le présent examen de jurisprudence couvre une période au cours de laquelle la législation belge en matière de sociétés commerciales a continué à connaître de nombreuses modifications. La plus importante d'entre elles, sur le plan formel au moins, résulte de l'entrée en vigueur du Code des sociétés, le 6 février 2001 (2). Nous nous référerons en principe à la numérotation

(1) Les précédents examens sont parus dans les numéros suivants de la présente Revue : J. VAN RYN, (1939 à 1948), 1951, p.129; (1949 à 1953), 1954, p. 203; J. VAN RYN et P. VAN OMMESLAGHE, (1954 à 1956), 1958, p. 59; (1957 à 1960), 1962, p. 359; (1961 à 1965), 1967, p. 277; (1966 à 1971), 1973, pp. 315 et 511; (1972 à 1978), 1981, p. 221; P. VAN OMMESLAGHE et X. DIEUX, (1979 à 1990), 1992, p. 573 et 1993, p. 639.

(2) CENTRE JEAN RENAULD, *Le nouveau code des sociétés*, Bruxelles, Bruylant, 1999; JAN RONSE INSTITUUT, *Knelpunten van dertig jaar vennootschapsrecht*, Kalmthout, Biblio, 1999; X., *Commentaire systématique du Code des sociétés*, Diegem, Kluwer, 2001; JAN RONSE INSTITUUT, *Het Wetboek van vennootschappen en zijn uitvoeringsbesluit*, Kalmthout, Biblio, 2002; J.-M. GOLLIER et Ph. MALHERBE, *Les sociétés commerciales. Des lois coordonnées au Code des sociétés*, 2^e éd. par Ph. MALHERBE, Les dossiers du *Journal des Tribunaux*, Bruxelles, Larcier, 2002.



issue de ce nouveau Code, même à propos des décisions rendues sous l'empire des anciennes lois coordonnées sur les sociétés commerciales, mais en indiquant, lorsque cela paraît nécessaire à une compréhension plus aisée, la disposition de celles-ci à laquelle la décision commentée se rapporte.

A la différence de la précédente livraison de cet examen, qui se rapportait aux années 1979 à 1990, la présente livraison ne couvre pas les rapports de la Commission bancaire et financière, devenue la Commission bancaire, financière et des assurances en 2004. Les prises de position et décisions de cette autorité font désormais l'objet d'un examen de jurisprudence distinct, portant sur le droit financier (cette Revue, 2004, p. 207 à 288 et 2005, p. 331 à 414). Par contre, les décisions de la Cour de Justice des Communautés européennes intéressant l'interprétation du droit des sociétés des Etats membres ou la compatibilité de celui-ci avec le droit européen ont fait l'objet d'une attention plus systématique qu'autrefois.

Le plan du présent examen a également été revu, par rapport à celui des examens antérieurs, de manière à tenir compte de l'apparition, dans le Code des sociétés, d'une partie introductive rassemblant les règles communes aux sociétés dotées de la personnalité juridique (Livre IV). Il est donc traité, dans le chapitre général relatif à ces formes sociales, de toutes les décisions dont l'enseignement est commun à celles-ci, ou à la plupart d'entre elles, parfois — et dans un souci de cohérence de l'ensemble — au-delà même des dispositions formant la partie du Code des sociétés réservée à la personnalité morale, mais à l'exclusion des règles concernant la dissolution et la liquidation qui constituent un autre tout spécifique. Comme il est de tradition, ces dernières clôtureront le présent examen.

L'abondance de la matière abordée, qui s'explique tout à la fois par la période que le présent examen couvre et par les développements considérables de la jurisprudence, m'a déterminé à associer mon collègue et ami, Yves De Cordt, titulaire de la chaire de droit commercial à l'Université catholique de Louvain, à la rédaction du présent examen et de ceux qui y feront suite. Grâce à la collaboration fructueuse que nous avons ainsi engagée et que nous poursuivrons, les prochaines livraisons de cette chro-

nique pourront paraître à un rythme plus soutenu et plus régulier.

X.D.

TABLE DES MATIÈRES

CHAPITRE I^{er}. — Définitions et Règles générales

SECTION 1^{re}. — DÉFINITION DE LA SOCIÉTÉ COMMERCIALE

1. Société et association — Principe de la spécialité légale
2. Activités lucratives des associations
3. Violation du principe de la spécialité légale — Sanctions
4. Sociétés civiles, sociétés commerciales et sociétés civiles à forme commerciale
5. L'objet statutaire comme critère de détermination de la nature de la personne morale
6. Choix de la forme sociale — Contrôle de la Cour d'arbitrage
7. Sociétés d'intérêt public à forme commerciale — Autorité administrative
8. Sociétés d'intérêt public à forme commerciale — Déroptions au droit commun des sociétés

SECTION 2. — LE «CONTRAT» DE SOCIÉTÉ

9. Éléments spécifiques du contrat de société — *Affectio societatis* — Souscription fictive et fraude paulienne
10. Pactes léonins — Opérations de portage

CHAPITRE II. — Les groupements sans personnalité morale

SECTION 1^{re}. — LA SOCIÉTÉ MOMENTANÉE, LA SOCIÉTÉ INTERNE ET LA SOCIÉTÉ DE DROIT COMMUN

11. Preuve de l'existence d'une société momentanée ou d'une société interne
12. Conséquences de l'absence de personnalité morale
13. Solidarité entre les associés
14. Conséquences de la faillite d'un associé
15. La société de droit commun — Divers

SECTION 2. — LES GROUPEMENTS DE FAIT

16. Sociétés et associations de fait



CHAPITRE III. — La personnalité morale

SECTION 1^{re}. — ACQUISITION DE LA PERSONNALITÉ MORALE,
OPPOSABILITÉ AUX TIERS ET NULLITÉ DE LA SOCIÉTÉ,
RESPONSABILITÉ DES FONDATEURS

17. Défaut d'acquisition de la personnalité morale — Conséquences pour les tiers
18. Opposabilité aux tiers de la personnalité morale et des statuts — Mise en liquidation de la société et autres mesures de réorganisation
19. Inscription de la société au registre du commerce (Banque-Carrefour des entreprises)
20. Acquisition rétroactive de la personnalité juridique
21. Nullité de la société — Perte de la personnalité morale — Conséquences pour les tiers
22. Responsabilité des fondateurs — Nullité de la société — Capital insuffisant — Souscription et libération du capital — Inadaptation des statuts aux modifications légales

SECTION 2. — AUTONOMIE ET RELATIVITÉ
DE LA PERSONNE MORALE

23. Division patrimoniale — Principe et conséquences
24. Personnalité morale et responsabilité limitée
25. Personnalité morale et responsabilité illimitée — Faillite de la société — Conséquences pour les associés
26. Patrimoine de la personne morale et parts sociales
27. «*Levée du voile*» de la personnalité morale : 1^o contrôle et engagements de patronage
28. «*Levée du voile*» de la personnalité morale : 2^o Extension de la faillite au «*maître de l'affaire*» et fraude aux droits des tiers
29. Les groupes de sociétés
30. Abus de biens sociaux

SECTION 3. — SPÉCIALITÉ ET CAPACITÉ

31. Principe de la spécialité statutaire : portée et sanctions
32. Spécialité statutaire et droit fiscal — Notion de frais professionnels déductibles des revenus de même nature
33. Capacité des personnes morales — Assimilation aux personnes physiques

SECTION 4. — FONCTIONNEMENT ORGANIQUE DES SOCIÉTÉS
DOTÉES DE LA PERSONNALITÉ MORALE§ 1^{er}. — *Identification et compétences
respectives des organes sociaux*

34. Principe et répartition des compétences entre les organes



35. Immixtion des pouvoirs publics dans le fonctionnement organique des sociétés commerciales — Augmentation de capital par décision d'une autorité administrative

*§ 2. — Représentation de la personne morale
à l'égard des tiers*

36. Représentation organique de la société — Restrictions aux pouvoirs des organes : droit commun et régime dérogoire applicable à certaines formes sociales
37. Représentation apparente — Ratification d'un acte accompli sans pouvoir
38. Mesures de publicité — Expiration des pouvoirs — Nomination irrégulière
39. Expiration et suspension des pouvoirs d'un organe de représentation — Effet de la désignation d'un administrateur provisoire
40. Intervention de l'organe *en cette qualité* — Mentions à porter dans les actes
41. Représentation de la personne morale en justice — Procédures judiciaires — Introduction des actions et recours
42. Représentation de la personne morale en justice — Procédures judiciaires (suite) — Comparution personnelle et mandat *ad litem* de l'avocat
43. Représentation des personnes morales devant le Conseil d'Etat
44. Représentation devant la Cour constitutionnelle
45. Engagements pris au nom d'une société en formation
46. Responsabilité extracontractuelle de la personne morale
47. Responsabilité pénale des personnes morales — Principes
48. Responsabilité pénale des personnes morales (suite) — Droit transitoire
49. Responsabilité pénale des personnes morales (suite) — Cumul avec la responsabilité d'une personne physique identifiée comme auteur de l'infraction
50. Responsabilité pénale des personnes morales — Désignation d'un mandataire *ad hoc*

**CHAPITRE I^{er}. — Définitions
et règles générales**

**SECTION 1^{re}. — DÉFINITION
DE LA SOCIÉTÉ COMMERCIALE**

1. SOCIÉTÉ ET ASSOCIATION — PRINCIPE DE LA SPÉCIALITÉ LÉGALE. — La traditionnelle *summa divisio* entre société et association est remise en cause par une fraction notable de la



doctrine contemporaine (B. GLANSDORFF, «De quelques avatars de la notion de société à la lumière du droit comparé», in *Mélanges P. Van Ommeslaghe* (2000), p. 447, n^{os} 6 et s.). — M. COIPEL, «Pour une nouvelle étape dans la distinction entre association et société», in *Mélanges L. Simont* (2002), p. 449). Le législateur a été tenté de l'abolir à l'occasion de la réforme du 13 avril 1995 (P. VAN OMMESLAGHE, «Le droit commun de la société et la société de droit commun», in *Aspects récents du droit des contrats* (2001), p. 155, n^o 29). Mais il y a finalement renoncé et, dans le système que le Code des sociétés continue à consacrer, une société ne peut valablement se former entre deux ou plusieurs personnes, sans que celles-ci soient animées par un but de lucre, que dans l'hypothèse de la société à finalité sociale (art. 661 et s.). Le principe de la spécialité légale, qui constitue une autre manière d'exprimer la distinction classique entre les deux formes de groupement, conserve ainsi l'essentiel de sa force.

Suivant l'art. 1^{er} du même Code, il suffit toutefois, pour qu'une société puisse être constituée comme telle, que son but soit de «*procurer aux associés un bénéfice patrimonial direct ou indirect*». La recherche d'un profit à travers la distribution entre associés des bénéfices réalisés, le cas échéant, par le groupement (Code, art. 30 à 32) n'est donc plus qu'une variété du but de lucre requis par le droit des sociétés (M. COIPEL, *Introduction au droit des sociétés et des groupements* (2002), p. 52, n^o 430). Il s'ensuit que si l'on a pu autrefois considérer qu'une association aurait pu être constituée dans le but de procurer à ses membres un avantage patrimonial indirect (TILQUIN et SIMONART, *Traité des sociétés*, t. I^{er}, p. 285, n^o 356), pareille proposition ne paraît plus compatible aujourd'hui avec les textes en vigueur.

Par jugement du 17 novembre 1997, le Tribunal de commerce de Mons a considéré que «*la loi 27 juin 1921 (...), qui définit l'A.S.B.L. comme celle qui ne se livre pas à des opérations industrielles ou commerciales (ou) qui ne cherche pas à procurer à ses membres un gain matériel, interdit à cette association de rechercher des gains pécuniaires qui visent à l'enrichissement direct de ses membres mais non de leur procurer des avantages patrimoniaux indirects*» (Comm. Mons (1^{re} ch.),



17 novembre 1997, *R.P.S.*, 1998, p. 296; *J.D.S.C.*, 2000 (sommaire), 21, note M. COIPEL). Déjà discutable sous l'empire de la législation antérieure («Examen», *cette Revue*, 1992, p. 578, n° 1. — Comp. TILQUIN et SIMONART, *op. et loc. cit.*), pareille affirmation serait maintenant incompatible avec l'art. 1^{er} du Code des sociétés.

2. ACTIVITÉS LUCRATIVES DES ASSOCIATIONS. — Toute activité lucrative n'est pas inconditionnellement interdite aux associations et, singulièrement, aux associations sans but lucratif (A.S.B.L.) soumises à la loi du 27 juin 1921, telle que modifiée par une loi du 2 mai 2002. Mais la détermination des critères qui permettent de distinguer les activités lucratives autorisées de celles qui sont proscrites est, de longue date, une source de difficultés et de controverses (M. COIPEL, *Introduction au droit des sociétés et des groupements* (2002), p. 46, n^{os} 390 et s.). Au cours de la période couverte par le présent examen, la jurisprudence a, dans son ensemble, confirmé les enseignements qui se déduisaient des décisions antérieures («Examen», *cette Revue*, 1992, p. 581, n^{os} 1 et 1bis).

Suivant cette conception des choses, une A.S.B.L. ne peut exercer des activités lucratives qu'à titre accessoire et ce caractère suppose que le volume des opérations lucratives soit inférieur à celui des activités non lucratives, que les activités lucratives constituent un moyen, voire un moyen nécessaire à l'exercice de l'activité non lucrative et qu'il existe, sur le plan de leur objet, une certaine relation entre les deux types d'activités (Voy., en ce sens, avec des nuances diverses liées aux particularités du cas d'espèce envisagé: J.P. Ostende (2^e cant.), 23 novembre 1993, *R.W.*, 1994-95, p. 647, note Ph. ERNST, pp. 648 à 651; *T.R.V.*, 1994, p. 361. — Civ. Tongres (4^e ch.), 10 juin 1998, *F.J.F.*, 1998, p. 635; *T.F.R.*, 1999, p. 224, note R. GALLE, pp. 226 à 228; *T.R.V.*, 1999, p. 119, note D. DESCHRIJVER, pp. 121 à 124; *Limb. Rechtsl.*, 1999, p. 176; *Cour. fisc.*, 1998, 421, note S. VERTOMMEN; *Fiscologue*, 1998, 7).



La jurisprudence fiscale (3), souvent inspirée de la conception que nous avons rappelée ci-dessus (Anvers, 27 septembre 1994, *F.J.F.*, 1995, p. 136, *Courr. fisc.*, 1994, p. 573, obs. R. VAN DEN EECKHAUT. — Anvers, 9 janvier 1995, *F.J.F.*, 1995, p. 194., *Courr. fisc.*, 1995, p. 259, note R. VAN DEN EECKHAUT, pp. 260 à 261. — Anvers (6^e ch.), 9 juin 1998, *F.J.F.*, 1998, p. 611; *T.R.V.*, 1999, p. 38, note S. VAN CROMBRUGGE, pp. 40 et 41. — Mons, 30 mai 1997, *F.J.F.*, 1997, p. 489 — Mons, 28 juin 2002, *F.J.F.*, 2003, p. 520 — Gand (25^e ch.), 10 septembre 2002, *T.G.R.*, 2003, p. 57 — Anvers, 10 juin 2003, *F.J.F.*, 2004, p. 359 — Civ. Louvain (12^e ch.), 28 novembre 2003, *T.R.V.*, 2004, p. 180.) n'est cependant pas constante et l'on trouve aussi d'autres décisions, explicables par le seul critère de l'affectation exclusive des profits au but non lucratif du groupement (Anvers, 25 novembre 1991, *F.J.F.*, 1992, p. 102; Liège (2^e ch.), 13 mars 1996, *F.J.F.*, 1996, p. 301; *Courr. fisc.*, 1996, p. 296, note R. VAN DEN EECKHAUT, pp. 297 et 298; *J.L.M.B.*, 1996, p. 1440 — Civ. Mons (2^e ch. fisc.) 7 mai 2003, *J.L.M.B.*, 2004, p. 1289; *F.J.F.*, 2004, p. 43), ou par d'autres considérations liées notamment aux «méthodes» suivant lesquelles les activités lucratives sont conduites et gérées (Mons, 17 mai 1996, *F.J.F.*, 1996, p. 411; Gand, 22 octobre 1998, *T.F.R.*, 1999, p. 200, note R. VAN DEN EECKHAUT, pp. 203 et 204. — Liège, 20 septembre 2000, *F.J.F.*, 2000, p. 748). — Bruxelles, 23 novembre 2000, *F.J.F.*, 2001, p. 227. — Civ. Mons, 30 janvier 2002, *T.F.R.*, 2002, p. 1016. — Anvers, 10 juin 2003, *F.J.F.*, 2004, p. 359).

3. VIOLATION DU PRINCIPE DE LA SPÉCIALITÉ LÉGALE — SANCTIONS. — La violation du principe de la spécialité légale peut se déduire, en premier lieu, des statuts du groupement (Comm. Mons (1^{re} ch.), 17 novembre 1997, *R.P.S.*, 1998, p. 296; *J.D.S.C.* 2000 (sommaire), 21, note COIPEL, M., «Peut-on mettre une A.S.B.L. en faillite?»). Mais elle peut aussi résulter de l'exercice effectif d'une activité contraire à la forme dont le groupement a été revêtu (comp. *infra*, n° 5) (4).

(3) Voy., à ce propos, J. MALHERBE, M. DE WOLF et C. SCHOTTE, *Droit fiscal, L'impôt des sociétés*, Bruxelles, Larcier, 1997, p. 31.

(4) Bruxelles, 10 février 1988, *R.P.S.*, 1988, p. 151 et Liège, 28 novembre 1986, *R.P.S.*, 1988, p. 140). A ce sujet, voyez P. VAN OMMESLAGHE et X. DIEUX, précédent examen, *R.C.J.B.*, 1992, pp. 586 et s.



Statuant sous l'empire de la législation antérieure au 13 avril 1995, à propos d'un cas de violation statutaire du principe de la spécialité légale, le Juge de Paix d'Ostende a considéré que la sanction de pareille violation pouvait se trouver dans la reconnaissance de l'existence d'une société en nom collectif irrégulière entre les membres fondateurs d'une A.S.B.L. (J.P. Ostende (2^e cant.), 23 novembre 1993, *R.W.*, 1994-95, p. 647, note Ph. ERNST, p. 648 à 651; *T.R.V.*, 1994, p. 361. — «Examen», *cette Revue*, 1992, p. 586, n^o 3 et p. 679, n^{os} 46 et s.). La même sanction a été appliquée, par le Tribunal de I^{re} instance de Tongres, aux administrateurs d'une A.S.B.L. reconnus coupables d'avoir, sous le couvert de celle-ci, exploité une activité lucrative contraire à son objet statutaire (Civ. Tongres (4^e ch.), 10 juin 1998, *F.J.F.*, 1998, p. 635; *T.F.R.*, 1999, p. 224, note R. GALLE, pp. 226 à 228; *T.R.V.*, 1999, p. 119, note D. DESCHRIJVER, pp. 121 à 124; *Limb. Rechtsl.*, 1999, p. 176; *Cour. fisc.*, 1998, 421, note S. VERTOMMEN; *Fiscologue*, 1998, 7).

La loi du 27 juin 1921, qui n'a pas été modifiée sur ce point par la loi du 2 mai 2002, implique que lorsqu'une activité lucrative est exploitée par une A.S.B.L. au mépris de son objet statutaire, celle-ci peut-être dissoute, ce qui entraîne sa liquidation (art. 18 et s.) (Comm. Brux. (15^e ch.), 7 novembre 2000, *R.P.S.*, 2000, p. 398, obs.). Avant la réforme du 13 avril 1995, une société en nom collectif irrégulière aurait pu, en outre, être reconnue entre les membres de l'association, coupables d'avoir détourné celle-ci de son but et tenus, à ce titre, de supporter solidairement les dettes contractées par le groupement avant sa dissolution.

En tant que telle, cette sanction supplémentaire n'est plus possible aujourd'hui, eu égard à l'art. 1^{er}, §4, al. 1^{er}, du Code des sociétés (Comm. Brux. (15^e ch.), 7 novembre 2000, *R.P.S.*, 2000, p. 398, obs.; Comp. Comm. Mons 17 novembre 1997, *J.D.S.C.*, 2000 (sommaire), 21, note M. COIPEL; *R.P.S.*, 1998, 296, note. — Comm. Hasselt (3^e ch.) 3 avril 2000, *T.R.V.*, 2001, 112. — Comp. Brux. (8^e ch.), 19 février 1997, *A.J.T.*, 1997-98, p. 55, note M. DALLE, l'arrêt considérant qu'il pourrait aujourd'hui exister une société en nom collectif dépourvue



de personnalité juridique (5)). Mais il reste possible d'atteindre le résultat recherché, par l'effet du renvoi que l'al. 2 de cette dernière disposition fait à l'art. 204 du même Code. Les personnes coupables du détournement considéré encourront ainsi une responsabilité solidaire, analogue à celle d'associés en nom, sans qu'il soit nécessaire de reconnaître qu'une société en nom collectif irrégulière s'est formée entre elles.

Si, par contre, la violation du principe de la spécialité légale résulte des statuts de l'association eux-mêmes, cette dernière est nulle, aujourd'hui par application de l'art. 3bis, 2° de la loi du 27 juin 1921, telle qu'elle a été modifiée par la loi du 2 mai 2002, et cette nullité ne produit que les effets d'une dissolution, en vertu de l'art. 3ter de la même loi. Encore cette sanction spéciale, dont le régime est ainsi organisé par la loi dans le souci de protéger les tiers qui ont traité avec l'association, n'exclut-elle pas que, dans un souci semblable, les membres de l'association, coupables dès l'origine d'un détournement de l'association, soient soumis à une sanction complémentaire identique à celle que nous venons de rappeler ci-dessus. Mais dans un cas comme dans l'autre, la solidarité ne se conçoit, par application de l'art. 204 du Code des sociétés, que si les activités lucratives du groupement sont, en outre, des activités commerciales.

4. SOCIÉTÉS CIVILES, SOCIÉTÉS COMMERCIALES ET SOCIÉTÉS CIVILES À FORME COMMERCIALE. — Même s'il a modifié la présentation du système, le Code des sociétés maintient les solutions traditionnellement acquises à propos de la distinction entre sociétés civiles et sociétés commerciales (P. VAN OMME-SLAGHE, «Le droit commun de la société et la société de droit commun», in *Aspects récents du droit des contrats* (2001), p. 155, n° 26).

Une société est commerciale si elle a pour objet d'accomplir des opérations commerciales au sens des art. 1^{er}, 2 et 3 du Code de commerce (Cass., 23 avril 1999, *Arr. Cass.*, 1999, 554; *Bull.*, 1999, 570; *Bull. ass.*, 2000, 594; *T.R.V.*, 1999, 428,

(5) Sur cette question, voy. K. GEENS, «Tweehonderdjaar vennootschapsrecht in vogelvlucht», *R.D.C.*, 2007, p. 91, n°s 2 à 14. — X. DIEUX, «*De lege lata, de lege ferenda* : Controverses sur la responsabilité des associés», in *Mélanges B. Glansdorff* (2008), p. 137, spéc. pp. 147 et s.



note; *Dr. circ.*, 2000, 91. — Cass. (1^{re} ch.), 24 février 2005, *Bull. ass.*, 2005, 452, note L. VAN GOSSUM; *R.D.C.B.*, 2005, 859 (ces deux arrêts concernent la distinction entre les entreprises d'assurances à primes et les entreprises d'assurances mutuelles). — Comm. Hasselt (1^{re} ch.), 8 novembre 2000, *R.W.*, 2001-02, p. 851; Comm. Gand, 11 janvier 2001, *R.D.C.B.*, 2002, p. 135).

La société est civile, si elle a pour objet d'accomplir, dans un but lucratif au sens de l'art. 1^{er} du Code des sociétés, des opérations qui ne répondent pas à ces critères (Comm. Brux. (10^e ch.), 21 mars 1991, *J.T.*, 1991, p. 641. — Liège (7^e ch.), 27 mai 1999, *R.P.S.*, 1999, p. 355; *Rev. rég. dr.*, 1999, p. 304; *J.D.S.C.*, 2001, 12, note M. COIPEL). Par application de ces principes, une société reste une société commerciale, si elle a pour objet d'accomplir ainsi des actes de commerce, même si elle répond en outre à des préoccupations d'ordre social, idéologique, politique, humanitaire ou culturel (Comm. Bruxelles (10^e ch.), 9 décembre 1999, *T.R.V.*, 1999, p. 590, à propos de la société coopérative à responsabilité limitée CERA Holding).

Les statuts de la société peuvent aussi révéler un objet complexe, impliquant l'accomplissement d'actes de commerce et d'actes qui ne le sont pas. Si aucune des deux activités ne peut être considérée comme l'accessoire de l'autre, la société est mixte (Liège (7^e ch.), 27 mai 1999, *R.P.S.*, 1999, p. 355; *Rev. rég. dr.*, 1999, p. 304; *J.D.S.C.*, 2001, 12, note M. COIPEL. — Liège (7^e ch.), 2 février 1996, *J.L.M.B.*, 1996, p. 87). Elle sera alors soumise, de manière en quelque sorte distributive, au droit civil ou au droit commercial, selon l'opération à propos de laquelle une contestation surgira le cas échéant. Mais les règles du concordat et de la faillite lui seront applicables pour le tout (VAN RYN et HEENEN, t. I^{er}, 2^e éd., n° 355). Dans le cas contraire, la société sera civile ou commerciale, en fonction de la nature de son objet principal, avec toutes les conséquences qui sont susceptibles d'en résulter, notamment quant à l'application du droit de la faillite (Trib. Arrond. Charleroi, 23 janvier 1990, *J.T.*, 1991, p. 69; *Entr. et dr.*, 1991, p. 365, note; *Rev. rég. dr.*, 1990, p. 223. — Bruxelles (9^e ch.), 6 mars 1998, *R.P.S.*, 1999, p. 139).



On sait d'autre part que, depuis une loi du 14 juin 1926, il est possible de constituer une société civile sous la forme d'une société commerciale, l'ancien art. 212 des lois coord. sur les sociétés commerciales ayant été transposé dans l'art. 3, §4 du Code des sociétés. La société reste alors une société civile, *ratione materiae*; mais elle est soumise aux dispositions du Code des sociétés intéressant la forme sociale choisie par les fondateurs. Sous l'empire des anciennes lois coord., pareille société était également soumise aux dispositions générales de celles-ci, telles que l'ancien art. 191 relatif à la désignation d'un expert judiciaire (Civ. Brux. (5^e ch.), 1^{er} septembre 1998, *J.L.M.B.*, 2000, p. 272). Cela reste aujourd'hui d'autant plus vrai que cette disposition a été transposée dans les articles 168 et 169 du Code des sociétés, au titre des dispositions communes aux personnes morales qui sont soumises à celui-ci.

Mais la forme sociale choisie par les fondateurs est évidemment dépourvue de pertinence lorsqu'il s'agit de déterminer si la société est civile ou commerciale. Ainsi la constitution d'une société agricole n'empêche pas l'attribution à celle-ci d'un caractère commercial, dès lors que l'objet statutaire comporte l'exploitation d'une activité commerciale (Anvers, 16 janvier 2003, *R.D.C.B.*, 2003, p. 245; *NjW*, 2003, p. 706). Il se peut aussi qu'une société, constituée comme société civile à forme commerciale, exerce en réalité une activité commerciale. Les règles du droit commercial lui seront alors pareillement applicables. En particulier, si la société n'a pas été inscrite au registre du commerce, les actions qu'elle introduirait en justice, tant devant le juge administratif que devant le juge civil, seraient irrecevables (Cons. État (6^e ch.), 12 février 1990, *R.A.C.E.*, 1990, n^{os} 34025 et 34026; *Pas.*, 1993, IV, 1. — Civ. Bruges (5^e ch.), 1^{er} décembre 1995, *T. Not.*, 1996, p. 296, note J. VERSTAPPEN).

5. L'OBJET STATUTAIRE COMME CRITÈRE DE DÉTERMINATION DE LA NATURE DE LA PERSONNE MORALE. — En principe, c'est sur la base de l'objet du groupement tel qu'il est défini par les statuts qu'il se détermine si l'on se trouve en présence d'une association ou d'une société (Comm. Mons (1^{re} ch.), 17 novembre 1997, *R.P.S.*, 1998, p. 296; *J.D.S.C.* 2000 (sommaire), 21, note M. COIPEL) et, dans ce dernier cas, si la société est civile



ou commerciale (Gand, 17 avril 2002, *NjW*, 2002, p. 538.). Conformément au droit commun des obligations (Code civil, art. 1156 et s.), il est toutefois permis d'avoir égard aux activités effectives du groupement, en cas d'ambiguïté des statuts, en vue d'une interprétation de ces derniers qui soit conforme à la volonté réelle des fondateurs (Liège, 7 avril 2000, *R.D.C.B.*, 2001, p. 735) — situation qui ne doit évidemment pas être confondue avec celle où les activités du groupement ne concordent pas avec la forme qui lui a été donnée (*supra*, n° 4).

Par arrêt du 4 octobre 2001, la Cour de cassation a considéré que «*lorsqu'il ressort de la volonté des fondateurs d'une société civile constituée sous forme de société commerciale que l'objet réel de la société revêt un caractère commercial et que les fondateurs ont mentionné un objet à caractère civil dans les statuts dans un seul esprit de simulation et dans la seule intention d'éviter une loi d'ordre public, la société acquiert la qualité de commerçant et est susceptible d'être déclarée en état de faillite*» (Cass. (1^{re} ch.), 4 octobre 2001; *Arr. Cass.*, 2001, 1634; *J.D.S.C.*, 2003, 4, note M. COIPEL; *Pas.*, 2001, 1576, obs; *R.W.*, 2001-02, 993, note; *R.P.S.*, 2002, 22, note T. DELVAUX; *R.D.C.B.*, 2002, 642, note P. COUSSEMENT; *T.R.V.*, 2002, 147 — cet arrêt rejette un pourvoi contre un arrêt de la Cour d'appel d'Anvers (Anvers 26 octobre 1998, *J.D.S.C.*, 2000, 16, note M. COIPEL; *T.R.V.*, 1999, 110, note M. DENEFF)). Comme nous l'indiquons ci-dessous à propos de l'hypothèse où une société est constituée, ou un apport réalisé, sans *affectio societatis*, on ne se trouve pas en présence d'un véritable cas de simulation mais d'une application du principe *fraus omnia corrumpit* (*infra*, n° 9).

6. CHOIX DE LA FORME SOCIALE — CONTRÔLE DE LA COUR D'ARBITRAGE. — Par arrêt du 20 décembre 1995, la Cour d'arbitrage décide qu'en tant qu'il réserve aux entreprises d'élevage de bétail exploitées sous la forme de société agricole, de société de personnes, de société unipersonnelle ou de société civile, le régime de faveur accordé par lui aux entreprises familiales, le décret flamand du 20 décembre 1995 sur les engrais n'emporte pas un traitement inégalitaire contraire aux art. 10 et 11 de la Constitution (C.A., 14 juillet 1997, *Arr. C.A.*, 1997,



p. 599). Cette décision rappelle un arrêt antérieur aux termes duquel la Cour, traitant d'une différence de traitement semblable à propos du régime juridique des laboratoires médicaux, avait considéré en outre qu'il ne lui appartenait pas de porter une appréciation, relevant à ses yeux de l'opportunité, sur la sélection des formes sociales admises au bénéfice d'un régime de faveur, au regard de l'objectif de «transparence» légitimant en principe une différence de traitement (13 octobre 1989, *J.T.*, 1990, p. 2 et la note D. LAGASSE).

Cette conception restrictive des compétences de la juridiction constitutionnelle était contestable (*Examen, cette Revue*, 1992, p. 590, n° 5) et il est heureux que la Cour s'en soit affranchie. Mais il reste que l'exclusion des formes sociales autres que celles retenues par le décret, du bénéfice reconnu à ces dernières au nom de l'objectif de «transparence», est dépourvue de toute justification sérieuse. Le régime juridique des sociétés mixtes (sociétés privées à responsabilité limitée et sociétés coopératives) permet en effet la même traçabilité et les mêmes restrictions que celui des sociétés de personnes, concernant l'identité des associés et l'intransmissibilité des parts sociales.

7. SOCIÉTÉS D'INTÉRÊT PUBLIC À FORME COMMERCIALE — AUTORITÉ ADMINISTRATIVE. — La Cour de cassation a fixé le critère sur la base duquel il est possible de reconnaître à une société ou à une association, constituée sous une forme de droit privé, la qualité d'autorité administrative, justiciable comme telle du Conseil d'Etat en vertu de l'art. 14 des lois coord. du 12 janvier 1973. Suivant deux arrêts rendus en chambres réunies, respectivement les 14 février 1997 (*Pas.*, 1997, I, 233; *R.P.S.*, 1998, p. 90; *R.D.J.P.*, 1997, p. 284, note F. DELOBBE; *R. Cass.*, 1998, p. 284, note C. BERCKX) et 10 septembre 1999 (*Pas.*, 1999, I, 1126; *Adm. publ. trim.*, 1999, p. 236, concl. av. gén. J.-M. PIRET; *A.J.T.*, 1999-00, p. 504, obs.), de telles personnes morales ne revêtent cette qualité que lorsqu'elles sont investies du pouvoir de prendre des décisions obligatoires pour les tiers ou pour certains tiers (voy. aussi, dans le même sens, J.P. Grâce-Hollogne, 16 mai 2000, *Echos log.*, 2000, p. 152; 29 novembre 2001, *J.L.M.B.*, 2002, p. 1810). Ni la circonstance que la société ou l'association est



soumise à la loi sur les marchés publics ni, plus généralement, le fait qu'elle est investie d'une mission d'intérêt général et qu'elle est, à ce titre, constituée, financée et contrôlée par les pouvoirs publics, ne suffisent pour en faire une autorité administrative (Cons. Etat (6^e ch.), 17 mai 2000, *Rev. dr. communal*, 2002, p. 235. — *Contra* : Cons. Etat (4^e ch.), 1^{er} juin 1993, *Pas.*, 1995, IV, 85).

Encore la reconnaissance de la qualité d'autorité administrative à une entreprise publique, en l'espèce une intercommunale constituée sous forme de société coopérative, n'implique-t-elle évidemment pas que toutes les décisions prises par ses organes puissent faire l'objet d'une requête en annulation devant le Conseil d'Etat. Une décision de l'assemblée générale modifiant les statuts de la société et obligatoire, comme telle, pour tous les associés, ne constitue pas un acte accompli par la société en tant qu'autorité administrative. C'est donc, conformément au droit commun, devant les tribunaux judiciaires que l'associé, désireux d'en poursuivre l'annulation, doit se pourvoir (Cons. Etat (6^e ch.), 29 mars 2002, *Adm. publ. mens.*, 2002, p. 85).

8. SOCIÉTÉS D'INTÉRÊT PUBLIC À FORME COMMERCIALE — DÉROGATIONS AU DROIT COMMUN DES SOCIÉTÉS. — Un pouvoir régional est compétent pour déroger au Code des sociétés, même si celui-ci relève de la compétence du parlement fédéral, dans la mesure où la dérogation en question est édictée par le pouvoir régional en vue de la réalisation d'un objectif entrant dans les compétences de la région. C'est ce qui résulte de deux arrêts de la Cour d'arbitrage, du 17 décembre 1997, le premier à propos d'une ordonnance de la Région de Bruxelles-Capitale organisant une représentation obligatoire des minorités linguistiques au sein des conseils d'administration des sociétés de service public (*Arr. C.A.*, 1997, p. 1205 dans le même sens, voyez *C.A.*, 16 septembre 1998, *Arr. C.A.*, 1998, p. 1205; *T.B.P.*, 1999, p. 56), le second à propos des dispositions du décret de la Région wallonne du 27 juin 1996 relatif aux déchets organisant une tutelle du gouvernement wallon sur les sociétés constituées pour la gestion des déchets (*Arr. C.A.*, 1997, p. 1147; *J.T.*, 1998, p. 333; *Amén.*, 1998, p. 135, note J.-F. NEURAY).



Le même principe inspire un troisième arrêt, du 25 octobre 2000, à propos de dispositions du Code wallon du logement intéressant les sociétés de logement de service public et la société wallonne du logement (C.A., 25 octobre 2000, *Arr. C.A.*, 2000, p. 1365; *T.B.P.*, 2001, p. 501). Ce principe n'a d'ailleurs vocation à s'appliquer qu'à propos de dispositifs régionaux dérogeant véritablement au droit commun des sociétés. Aux termes du second arrêt cité ci-dessus, la Cour d'arbitrage a ainsi précisé qu'«*en disposant, à l'article 20, paragraphe 3, du décret de la Région wallonne relatif aux déchets, que, lorsqu'une personne morale de droit public s'associe avec une personne morale de droit privé, l'entité créée doit être majoritairement publique et être constituée dans la forme de sociétés anonymes ou de sociétés coopératives, le législateur décrétoal n'a nullement réglementé le droit des sociétés. Il a précisé, en fonction des objectifs qu'il poursuit, quelles sont les formes de sociétés existantes qui doivent être choisies par une telle entité, sans toucher aux dispositions des lois coordonnées qui les régissent*».

Par contre, lorsque les statuts d'une intercommunale — personne morale de droit public devant adopter, en vertu de la loi du 22 décembre 1986 relative aux intercommunales, la forme juridique d'une société anonyme, d'une société coopérative, ou d'une A.S.B.L. — ne respectent pas les dispositions légales applicables à la forme juridique choisie, le pouvoir de tutelle — en l'occurrence la Région flamande — doit refuser d'approuver la constitution de la société (C.E. (4^e ch.), 31 mars 1993, *R.A.C.E.*, 1993, n° 42520). En l'espèce, les statuts de la société coopérative prévoyaient l'attribution de parts en contrepartie de l'apport de «*valeurs incorporelles*», qui consistaient en des prestations de services dans le cadre de la gestion journalière (violation des art. 141, §1^{er}, al. 2 et 147*bis*, §3 L.C.S.C.), et l'art. 147*quater* des anciennes lois coordonnées sur les sociétés commerciales, prescrivant l'intervention d'un reviseur d'entreprises avant la création de la société, n'avait pas été respecté.

SECTION 2. — LE «CONTRAT» DE SOCIÉTÉ

9. ÉLÉMENTS SPÉCIFIQUES DU CONTRAT DE SOCIÉTÉ — *AFFECTIO SOCIETATIS* — SOUSCRIPTION FICTIVE ET FRAUDE PAULIENNE. — En dépit des réticences d'une fraction de la

doctrine contemporaine, l'*affectio societatis* ou *jus fraternitatis* continue à être cité par la jurisprudence comme un élément distinctif de toute société, traduisant «*l'esprit de collaboration et d'égalité qui doit régner entre les associés*».

Plus particulièrement, l'*affectio societatis* explique que chaque associé ait le droit de participer à l'administration, au sens le plus large, de la société, dans les conditions que la loi ou les statuts déterminent (Bruxelles (4^e ch.), 8 novembre 1999, *R.P.S.*, 2000, p. 155; Mons, 1^{er} décembre 1995, *F.J.F.*, 1996, p. 137; Mons (7^e ch.), 22 mai 1995, *J.T.*, 1996, p. 29; Comm. Hasselt (3^e ch.), 8 janvier 2001, *T.R.V.*, 2001, p. 115; Comm. Bruxelles, 17 décembre 1997, *V & F*, 1998, p. 57; Mons (1^{re} ch.), 15 mai 1990, *J.T.*, 1991, p. 391, à propos d'une société en nom collectif irrégulière, sous l'empire de la théorie des cadres légaux obligatoires telle qu'elle était conçue avant la loi du 13 avril 1995. — Anvers, 18 février 1991, *Bull. contr.*, 1992, p. 1879, dans un cas où l'*affectio societatis* a servi de critère de distinction entre le contrat de société et un contrat impliquant un lien de subordination). Il n'y a pas de société, lorsque cet élément fait défaut. Tel est le droit commun, sans préjudice des solutions dérogatoires consacrées par la loi à propos de certaines formes sociales (6).

Par contre, suivant un jugement du Tribunal de I^{re} instance de Charleroi, «*la notion d'affectio societatis constitue une synthèse des différents éléments constitutifs de la société et traduit la vocation de chaque associé à participer au fonctionnement de la société dans le respect des statuts*» (Civ. Charleroi, 26 janvier 1996, *Rec. gén. enr. et not.*, 1997, p. 451. — Voir aussi : Civ. Courtrai, 13 octobre 1992, *R.D.C.B.*, 1993, p. 794. — Comp. Comm. Furnes, 9 mars 1994, *T.R.V.*, 1995, p. 203, note). Telle est aussi l'opinion exprimée récemment par plusieurs auteurs, suivant lesquels il serait préférable de s'en tenir à la notion d'*intérêt commun* visée par l'art. 19 du Code des sociétés (P. VAN OMMESLAGHE, «Le droit commun de la société et la société de droit commun», in *Aspects récents du droit des con-*

(6) L'*affectio societatis* n'est évidemment pas une condition d'existence de la société unipersonnelle. D'autre part, dans les sociétés visées par l'ancien art. 13^{ter} des lois coord., reproduit dans les art. 227, 403 et 454 du Code des sociétés, le défaut d'*affectio societatis* n'est pas en soi une cause de nullité de la société. Dans les autres cas où il le reste, la nullité opère d'ailleurs sans effet rétroactif (Code des sociétés, art. 172).



trats, Jeune barreau de Bruxelles, 2001, p. 155, n^{os} 22 et s.). Un arrêt de la Cour de cassation, du 26 octobre 1989 (*Pas.*, 1990, I, 247; *R.W.*, 1990, p. 964, note), est invoqué en ce sens; mais la Cour n'était pas, en l'espèce, véritablement saisie de cette question spécifique, en sorte qu'il paraît téméraire de lui attribuer pareille prise de position.

La controverse paraît assez verbale, dès lors que l'on attribue à la notion d'intérêt commun la même fonction que celle qui est assignée à l'*affectio societatis*. La notion d'*affectio societatis* est d'ailleurs bien plus expressive que celle d'*intérêt commun* à laquelle l'art. 19 du Code des sociétés se réfère. C'est elle, par exemple, qui explique que l'art. 45 du Code des sociétés (ex-article 1871 du Code civil) puisse être appliqué en cas de mésintelligence grave entre les associés, alors que le désaccord peut porter sur les moyens et méthodes de réalisation de l'intérêt commun et n'être nullement lié au fait qu'un ou plusieurs associés voudraient faire prévaloir leurs intérêts personnels sur celui-ci. L'*affectio societatis* permet aussi de graduer l'implication des associés dans la société et de légitimer certaines mesures exceptionnelles, telles que le «*squeeze out*» en matière de sociétés cotées, dès lors que les actionnaires minoritaires se comportent davantage en investisseurs qu'en réels partenaires et se trouvent ainsi animés d'une *affectio societatis* réduite sinon inexistante (X. DIEUX, «*Stakeholdership v. Shareholdership* : Plaidoyer pour l'actionnaire de contrôle», in *Mélanges J.-P. de Bandt* (2004), p. 369).

La notion d'*affectio societatis* permet aussi de caractériser des opérations d'apport «*simulées*». Par jugement du 3 janvier 2001, le Tribunal civil de Hasselt a ainsi décidé que le propriétaire d'un immeuble qui apporte celui-ci à une société, en vue d'une cession immédiate des actions émises en contrepartie, est dépourvu de toute *affectio societatis*, en sorte que l'apport est fictif et que la perception des droits d'enregistrement applicables aux mutations immobilières se justifie (*T. Not.*, 2001, p. 333, note F. BOUCKAERT, pp. 333 à 340). Il en va de la sorte, alors même que le défaut d'*affectio societatis* n'est plus une cause de nullité de toutes les sociétés (Code des sociétés, art. 227, art. 403 et art. 454) et qu'il est possible aujourd'hui de constituer une société unipersonnelle sous la forme d'une

société privée à responsabilité limitée (Code des sociétés, art. 211).

Il faut toutefois se méfier des mots. La transposition en droit des sociétés de la théorie de la simulation, telle qu'elle s'est construite en droit des contrats sur la base de l'art. 1321 du Code civil, fait en effet l'objet de controverses, particulièrement dans la mesure où l'on considère que l'apport en société est le fruit d'un engagement par déclaration unilatérale de volonté («Examen», *cette Revue*, 1993, p. 648, n° 65). Déduire d'un défaut d'*affectio societatis* dans le chef d'un associé que son apport est fictif ou simulé reste donc discutable, si l'on entend par là faire application du concept de simulation au sens propre du droit civil. Mais en vérité, il n'est nul besoin de pareil détour pour justifier la solution recherchée, dans des espèces où il s'agit de sanctionner le comportement de celui qui n'a réalisé un apport en société qu'en vue de porter préjudice à des tiers ou d'échapper à une règle d'ordre public ou impérative. Dès lors que l'*affectio societatis* reste une condition requise pour qu'il puisse y avoir société et que la défaillance de cette condition résulte du mobile particulier qui a animé un apporteur, celui-ci ne peut, en vertu du principe général de droit *fraus omnia corrumpit* (7), se prévaloir des effets qu'il espérait retirer de son apport.

La fraude paulienne, appliquée à l'hypothèse où la constitution d'une société n'avait pas d'autre but que de soustraire le patrimoine ou un élément du patrimoine d'un ou de plusieurs associés à l'action de leurs créanciers, n'est qu'une illustration de cette idée générale — étant bien entendu que la seule recherche du bénéfice de la division patrimoniale attaché à la personnalité morale ne constitue pas en soi un mobile frauduleux (Civ. Charleroi, 18 décembre 1997, *Bull. contr.*, 1999, p. 1869). Par arrêt du 19 mars 2004, la Cour de cassation a d'ailleurs été plus loin, considérant que les tiers peuvent, en

(7) P. VAN OMMESLAGHE, «Un principe général du droit : *fraus omnia corrumpit*», in *Liber Amicorum Paul Martens. L'humanisme dans la résolution des conflits. Utopie ou réalité?*, Bruxelles, Larcier, 2007, pp. 591 et s.; X. DIEUX, «Développements de la maxime '*fraus omnia corrumpit*' dans la jurisprudence de la Cour de cassation de Belgique», in *Actualités du droit des obligations*, Bruylant, Bruxelles, 2005, pp. 125 et s.; J. KIRKPATRICK, «La maxime *fraus omnia corrumpit* et la réparation du dommage causé par un délit intentionnel en concours avec une faute involontaire de la victime. A propos de l'arrêt de la Cour de cassation du 6 novembre 2002», *J.T.*, 2003, pp. 573 et s.



l'absence même de toute action paulienne de la part d'un créancier préjudicié, refuser de reconnaître la personnalité morale d'une société constituée à la seule fin d'échapper aux conséquences d'une saisie pratiquée par ce dernier (Cass. (1^{re} ch.), 19 mars 2004, *J.L.M.B.*, 2005, p. 1664, *Pas.*, I, 2004, p. 476). Il s'agit précisément, selon la Cour, d'une application du principe général de droit «*fraus omnia corrumpit*», auquel nous avons fait ci-dessus allusion.

Au demeurant, les situations que nous venons de décrire sont très différentes de celles — abusivement identifiées comme des cas de *fraude* à la loi (8) — où les parties à un contrat ou, plus généralement, l'auteur d'un acte juridique, éludent une loi d'ordre public ou une règle impérative, en se prévalant du principe de la liberté des conventions et de l'autonomie de la volonté pour concevoir l'opération de manière telle qu'elle échappe à la réglementation en cause. Dans ces autres situations, les protagonistes se soumettent à toutes les contraintes de l'opération en la forme juridique dont ils la revêtent et ils en acceptent toutes les conséquences, en sorte qu'il n'y a pas matière à sanction, fût-ce sous le couvert du principe *fraus omnia corrumpit*. Tel n'est précisément pas le cas dans les hypothèses d'apport sans *affectio societatis*, ce qui justifie l'application de ce principe même si l'on ne se trouve pas en présence d'une simulation au sens propre du droit civil. La constatation, par le juge du fond, de l'absence d'*affectio societatis* est donc indispensable et le fait qu'un ou plusieurs associés détiennent une majorité, même écrasante, des parts sociales ou des actions ne suffit pas, ainsi que la Cour de cassation l'a relevé dans un arrêt du 29 mars 2001, dans une affaire où il était reproché aux fondateurs d'une société d'avoir constitué celle-ci dans le but d'échapper à des dispositions impératives de la loi sur les baux à ferme (*J.L.M.B.*, 2001, p. 806).

La fraude en général et, singulièrement, la fraude paulienne dont la constitution de la société est entachée ne peuvent pas justifier la nullité de la société pour cause illicite, à tout le moins lorsque la société a été constituée sous la forme de

(8) X. DIEUX, «Développements de la maxime '*fraus omnia corrumpit*' dans la jurisprudence de la Cour de cassation de Belgique», in *Actualités du droit des obligations*, Bruylant, Bruxelles, 2005, pp. 125 et s.



société privée à responsabilité limitée (Code des sociétés, art. 227), de société coopérative à responsabilité limitée (art. 403), de société anonyme ou de société en commandite par actions (art. 454) (Gand (7^e ch.), 4 octobre 1995, *R.W.*, 1995-96, p. 1029; *T.R.V.*, 1996, p. 122, note BYTTEBIER). Ces dispositions réservent en effet la nullité des sociétés qu'elles concernent au cas où l'illicéité dénoncée porte sur l'objet de la société et cette restriction, qui tend à la protection des créanciers de la société, exclut toute extension à d'autres cas qui ne sont pas expressément mentionnés par les textes (C.J.C.E. (6^e ch.), 13 novembre 1990, *Rec. jur. C.J.C.E.*, 1990, I, p. 4136; *R.P.S.*, 1992, p. 46; *T.R.V.*, 1991, p. 36, note J. BOECKAERT; *T. Not.*, 1991, p. 110, note). En vertu de ces mêmes dispositions, il faut toutefois réserver l'hypothèse où la fraude aurait pour conséquence que la société ne comporterait plus qu'un associé valablement engagé.

10. PACTES LÉONINS. — OPÉRATIONS DE PORTAGE. — Suivant l'art. 32 du Code des sociétés (ex-art. 1855 du Code civil), la convention qui donnerait à l'un des associés la totalité des bénéfices est nulle et il en est de même de la stipulation qui affranchirait de toute contribution aux pertes «*les sommes ou effets mis dans le fonds de la société par un ou plusieurs des associés*». Cette disposition, qui s'applique aussi aux accords pris entre associés en marge du contrat de société (Civ. Gand, 6 février 1998, *R.W.*, 1998-99, p. 1047), n'interdit pas un traitement inégalitaire des associés en ce qui concerne la répartition des bénéfices ou des pertes (9). Il faut d'autre part, pour que l'on se trouve en présence d'un véritable pacte léonin, que

(9) Voyez cependant une décision du tribunal de I^{ère} instance de Charleroi dans laquelle le juge considère que «*lorsque la dette d'une société est cautionnée par plusieurs associés détenant des fractions inégales du capital social, la répartition de la contribution à la dette principale doit se faire proportionnellement à la quotité de parts sociales détenues par les cautions*» (Civ. Charleroi (2^e ch.), 3 janvier 1991, *Rev. rég. dr.*, 1991, p. 296; *R.G.D.C.*, 1991, p. 291). Dans le même sens, voyez Anvers 21 avril 1997, *R.W.*, 1997-98 (abrégé), 26 : «*lorsque des associés se sont portés cautions pour la société, il serait contraire à la logique et à l'équité de ne pas tenir compte de leurs intérêts respectifs dans la société (pour la détermination du montant de l'obligation de contribution qui leur incombe)*». Encore n'en sera-t-il ainsi qu'à défaut de stipulations contraires des associés. Par ailleurs «*si les associés d'une société de droit commun ont de commun accord partagé le bénéfice en parts égales durant des années, cela ne peut être ultérieurement contesté par un seul associé au motif qu'il a presté davantage d'heures dans le commerce de la société. Il n'y a en effet aucune règle disant que la participation au bénéfice doit être proportionnelle aux prestations fournies*» (Comm. Louvain (4^e ch.), 29 novembre 2001, *T.R.V.*, 2003, 548).



tous les bénéfices soient réservés à un ou plusieurs associés à l'exclusion des autres ou qu'un ou plusieurs associés échappent intégralement aux aléas sociaux en ce qui concerne la restitution de leur apport, ou la responsabilité des passifs sociaux dans les sociétés à responsabilité illimitée («Examen», *cette Revue*, 1992, p. 605, n° 13).

Par application de ces principes, il a été décidé que «*ne constitue pas une clause léonine, la clause prévoyant l'obligation pour une des parties de racheter à une certaine échéance et moyennant un prix déterminé, 50 % des actions détenues par l'autre partie. Dans ce cas, la partie qui bénéficie de l'option de vente continue à assumer pleinement les risques sociaux inhérents à la qualité d'actionnaire à concurrence de la moitié de son apport* (Comm. Bruxelles, 13 mai 1996, *Rev. rég. dr.*, 1996, p. 460; *T.R.V.*, 1997, p. 177, obs). De même, «*la clause attribuant le solde de liquidation à un associé n'a pas de caractère léonin si les autres associés ont droit à un bénéfice durant la vie de la société*» et «*Il en va de même de la clause qui affecte le solde de liquidation à un groupement poursuivant un but analogue ou connexe*» (Comm. Bruxelles (10^e ch.), 9 décembre 1999, *T.R.V.*, 1999, p. 589). Enfin, «*l'engagement, par un des deux associés, de supporter le règlement des soldes débiteurs des comptes à l'égard d'un partenaire essentiel de la société ne suppose pas nécessairement que l'autre associé soit affranchi de toute contribution aux pertes dès lors qu'il a procédé à un apport en jouissance d'une activité*» (Bruxelles (4^e ch.), 8 novembre 1999, *R.P.S.*, 2000, p. 155).

La jurisprudence fiscale est également conforme à ces principes (10). Mais ces derniers ne sont toutefois pas toujours

(10) Ainsi, selon un arrêt de la Cour d'appel de Gand, «*s'il apparaît que la prise à charge des pertes d'une société par un associé n'a pas d'autre but que la conservation de revenus professionnels de la société et la jouissance de l'avantage fiscal prévu par l'article 50, 6^e, du Code de 1964 et qu'il n'apparaît pas non plus que l'entière du gain soit attribué à l'un des associés ou que la perte complète soit supportée par l'un d'entre eux, les articles 1855 du Code civil et 32 du Code des sociétés permettent que le contribuable prenne à charge un montant forfaitaire versé à la société sans qu'il doive être proportionnel au nombre des parts et sans que cela méconnaisse la condition de l'affectio societatis*» (Gand (5^e ch.), 17 septembre 2002, *T.G.R.*, 2003, p. 54; *T.F.R.*, 2003, p. 267, note E. DE BIE). *Contra* un arrêt antérieur de la même cour du 2 décembre 1993 (*F.J.F.*, 1994, 182; *Cour. fisc.*, 1994, 237, note; *T.G.R.*, 1994, 98), selon lequel le montant des pertes sociales prises en charge par un associé qui est déductible comme frais professionnel doit être proportionnel à l'importance de sa participation dans le capital.



compris et appliqués avec l'assurance requise, ainsi qu'en atteste la motivation hésitante d'un jugement rendu le 16 novembre 1992 par le Tribunal de commerce de Nivelles (*T.R.V.*, 1993, p. 253). « *Afin d'apprécier si une clause par laquelle la participation aux pertes d'un associé-société-holding est limitée au maximum à 10 % de son apport montre un caractère léonin, il doit — suivant cette décision — être tenu compte du contexte économique actuel dans lequel les holdings de droit public sont appelés à soutenir des sociétés en difficultés. Il existe, à côté de l'actionnaire classique et du simple bailleur de fonds, une catégorie d'actionnaires animés d'un « animus societatis » provisoire mais réel et dont la participation financière est non seulement utile mais fréquemment indispensable pour l'essor, voire la survie, de l'entreprise. En l'espèce, la S.R.I.W. s'exposait à une perte d'un dixième de l'apport, soit un million, ce qui constitue en soi une participation inégalitaire certes — puisque plafonnée — mais en aucun cas une perte à ce point insignifiante qu'elle soit l'équivalent d'une exonération totale. En outre, l'apport lui-même n'est pas porteur d'intérêts en manière telle que le non-paiement d'un dividende implique un manque à gagner ».* Il aurait suffi de constater que la clause en question n'affranchissait pas la S.R.I.W. de toute contribution aux pertes pour trancher la question dans le sens retenu par le Tribunal.

On se souviendra par ailleurs qu'aux termes d'un retentissant arrêt du 3 décembre 1986, commenté dans une livraison précédente du présent examen de jurisprudence (*cette Revue*, 1992, p. 607, n° 14) et abondamment discuté dans la doctrine (11), la Cour d'appel de Bruxelles avait considéré que l'ancien art. 1855 du Code civil interdisait les opérations de portage, c'est-à-dire les opérations par lesquelles un associé s'engage vis-à-vis d'un autre à racheter à terme à ce dernier ses parts sociales ou ses actions à un prix prédéterminé et indépendant des résultats de la société, éventuellement augmenté d'un intérêt ou d'une com-

(11) M. COIPEL, « Réflexions sur le 'portage' d'actions au regard de l'article 1855 du Code civil. Le porteur et le lion », *R.C.J.B.*, 1989, p. 553; M. FAJTMANN, « La promesse unilatérale d'achat d'actions d'une société anonyme belge au regard des articles 1855 du Code civil et 13ter de la loi sur les sociétés », *R.P.S.*, 1993, p. 77; P.A. FORIERS, « Portage et clause léonine », in *Hommage à Jacques Heenen*, Bruxelles, Bruylant, 1994, p. 154; C. JASSOGNE, « Sociétés léonines, options et portages d'actions », *R.D.C.*, 1994, p. 979.



mission. Par arrêt du 5 novembre 1998, la Cour de cassation a tranché autrement la question, considérant que «*seule est prohibée la clause qui a pour objet de porter atteinte au pacte social, visée à l'art. 1855, al. 2, du Code civil, ou qui, ayant apparemment un autre objet, tend en réalité aux mêmes fins*» et qu'il appartient au juge du fond de vérifier ce qu'il en est effectivement dans la réalité concrète de chaque cas d'espèce (*R.G.D.C.*, 2002, p. 69; *R. Cass.*, 1999, p. 167, note M. WYCKAERT; *R.P.S.*, 1999, p. 79, note M. DUPLAT; *Pas.*, 1998, I, 1099; *J.T.*, 1999, p. 131; *Rev. not.*, 1999, p. 181) (12).

La Cour d'appel de Gand a fait application de ce critère dans un arrêt du 6 janvier 2000 (Gand (7^e ch.), 6 janvier 2000, *R.D.C.B.*, 2000, p. 268, note L. VAN BEVER. — Voy. aussi, pour la période antérieure à l'arrêt précité de la Cour de cassation, une sentence arbitrale du 24 février 1992, *T.R.V.*, 1993, p. 259). Cette position est conforme à celle que la chambre commerciale de la Cour de cassation de France avait adoptée, dès 1986 (Cass. fr. (ch. com.), 20 mai 1986, *Rev. soc.*, 1986, p. 587, note D. RANDOUX; Cass. fr. (ch. com.), 10 janvier 1989, *D.*, 1990, p. 250, note T. FORSCHBACH; Cass. fr. (ch. com.), 19 mai 1992, *Bull. Joly*, 1992, p. 779, note LE CANNU; T.G.I. Lille, 28 octobre 1986, *Rev. soc.*, 1987, 600, note WITZ). D'une manière générale, la jurisprudence de la Chambre commerciale de la Cour de cassation de France a continué à évoluer dans un sens de plus en plus favorable aux opérations de portage au sens large, dans des cas où, bien entendu, celles-ci ne comportent aucune simulation illicite (Cass. fr. (ch. com.), 24 mai 1994, *Rev. soc.*, 1994, p. 708, note Y. REINHARD; Cass. fr. (ch. com.), 12 mars 1996, *J.C.P.*, *Edit. E.*, 1996, Pan, p. 586; Cass. fr. (ch. com.), 19 mai 1998, *Bull. Joly*, 1998, p. 1060, obs. P. SCHOLLER; Cass. fr. (ch. com.), 19 octobre 1999, *J.C.P.*, *Edit. E.*, 1999, p. 2067, note Y. GUYON; Cass. fr. (ch. com.), 16 novembre 1999, *J.C.P.*, *Edit. E.*, 2000, p. 171) (13).

(12) Voy. aussi, dans cette affaire, Liège (7^e ch.), 15 septembre 1995, *R.P.S.*, 1995, p. 416, note C. BERTSCH; *Rev. rég. dr.*, 1995, p. 320; *T.R.V.*, 1995, p. 685 et Comm. Namur (1^{re} ch.), 12 septembre 1994, *J.L.M.B.*, 1995, p. 801, note X. FOSSOUL; *R.D.C.B.*, 1995, p. 67, *Journal des procès*, 1994, n° 267, p. 27.

(13) Sur les divergences entre la chambre civile et la chambre commerciale de la Cour de cassation de France, voy. E. CLAUDEL, «Clauses léonines extra-statutaires : Les voies d'un compromis», in *Mélanges M. Jeantin*, 1999, p. 183.



Un arrêt plus récent, du 16 novembre 2004, confirme nettement cette évolution, conforme à la réalité et aux nécessités de la pratique financière. Il est approuvé par une doctrine qui y voit, à juste titre, l'expression moderne d'un traitement légitimement différencié entre les actionnaires de contrôle et de référence et les investisseurs (Cl. CHAMPAUD et D. DANET, *Chron., R.T.D. Co.*, 2005, p. 111, n° 7. — Sur cette idée générale, voy. X. DIEUX, «Plaidoyer pour l'actionnaire de contrôle», in *Mélanges J.-P. De Bandt*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 369). A notre avis, le droit belge devrait donc lui aussi évoluer en ce sens. En tant qu'elle renvoie à des appréciations, souveraines en fait, du juge du fond quant à la portée réelle des opérations par lesquelles un associé se ménage une faculté de sortie à des conditions prédéterminées, la formule consacrée par l'arrêt précité du 5 novembre 1998 est en effet peu propice à la sécurité juridique et elle continue, en pratique, à entraver la réalisation d'opérations parfaitement légitimes et licites.

Dans le prolongement de la réforme de 1973, dont il a résulté que, dans les formes sociales les plus usitées, le pacte léonin est simplement réputé non écrit (Code des sociétés, art. 228, 404 et 455), ainsi que de la réforme de 1995, mieux vaudrait donc abandonner au droit commun des obligations les situations dans lesquelles un ou plusieurs associés sont victimes des excès d'un ou de plusieurs autres (X. DIEUX, «*De lege lata, de lege ferenda*, Controverses sur la responsabilité des associés», in *Mélanges B. Glansdorff* (2008), p. 138, spéc., pp. 144 et s.). S'agissant plus particulièrement de la réforme de 1995, on sait que l'un de ses apports majeurs aux notions fondamentales du droit des sociétés concerne la définition du profit patrimonial requis pour qu'il puisse y avoir société : au sens de l'art. 1^{er} du Code des sociétés, le but de lucre ne se limite pas au partage des bénéfices visé par les art. 30 et suivants du même Code (P. VAN OMMESLAGHE, «Le droit commun de la société et la société de droit commun», in *Aspects récents du droit des contrats* (2001), p. 155, n^{os} 14 et s.). Il s'ensuit que des clauses qui contredisent l'idée de ce partage ou, par identité de motifs, de partage des pertes, ne heurtent plus comme telles la notion même de société, alors qu'on pouvait autrefois en douter («Examen», *cette Revue*, 1992, p. 607, n° 14)



CHAPITRE II. — Les groupements sans personnalité morale

SECTION 1^{RE}. — LA SOCIÉTÉ MOMENTANÉE, LA SOCIÉTÉ INTERNE ET LA SOCIÉTÉ DE DROIT COMMUN

11. PREUVE DE L'EXISTENCE D'UNE SOCIÉTÉ MOMENTANÉE OU D'UNE SOCIÉTÉ INTERNE. — La constitution d'une société momentanée ou d'une société interne n'est subordonnée au respect d'aucune condition de forme et pareille société, dès lors qu'elle a un objet commercial, se prouve par toutes voies de droit, conformément à l'art. 49 du Code des sociétés (Cass. (1^{re} ch.), 24 février 1994, *R.W.*, 1994-95, p. 253; *Arr. Cass.* 1994, p. 200; *Bull.*, 1994, 203; *Pas.*, 1994, I, 203; *R.P.S.*, 1994, 410; *R.D.C.B.*, 1995, 477. — Voy. aussi Mons (1^{re} ch.), 9 avril 1998, *J.T.*, 1998, p. 603; *J.L.M.B.*, 1999, p. 505; *J.D.S.C.*, 2000, 293, note M. DELVAUX). Il faut bien entendu qu'outre les conditions propres à la société momentanée (Code des sociétés, art. 47), les conditions requises pour qu'il y ait société, au sens de l'art. 1^{er} du Code des sociétés, soient aussi remplies — ce que le juge ne doit pas nécessairement constater de manière expresse dès lors que ces conditions ne font pas l'objet de contestation.

12. CONSÉQUENCES DE L'ABSENCE DE PERSONNALITÉ MORALE. — Dépourvue de personnalité morale, la société momentanée n'est pas comme telle titulaire de droits ou débitrice d'obligations. Les droits et obligations découlant des opérations réalisées sous le couvert de la société se fixent directement dans le patrimoine des associés, sans préjudice de l'opposabilité aux tiers du contrat de société momentanée conformément à l'art. 1165 du Code civil (*infra*, n° 14). Il s'ensuit (i) qu'une taxe, inhérente aux opérations communes, ne peut être enrôlée à charge de la société et doit l'être au nom des associés (Civ. Bruges, 16 mars 2004, *Courr. fisc.*, 2004, p. 480, obs. S. VERTOMMEN) et (ii) que les bénéfices réalisés en société sont directement taxables dans le chef des associés, en proportion de leur répartition entre ces derniers (Liège, 8 mai 2002,

F.J.F., 2002, p. 847) (14). Ce sont aussi les associés, et non la société, qui sont le cas échéant titulaires du droit à une indemnité, en vertu de l'art. 6 de la loi du 12 juillet 1976 relative à la réparation de certains dommages causés à des biens privés par des calamités naturelles (Gand (17^e ch.), 12 mars 2002, *NjW*, 2002, 26, note; *T.G.R.*, 2003, 14). Contrairement à ce qui paraît résulter d'un arrêt du Conseil d'Etat du 26 juin 2003 (C.E. (12^e ch.), 26 juin 2003, *C.D.P.K.*, 2004, 141), c'est aussi dans le chef des associés ou de l'un d'entre eux que s'apprécie l'existence d'un préjudice grave et difficilement réparable au titre des conditions requises pour la suspension d'une décision administrative, selon les règles du référé administratif.

A peine d'irrecevabilité, les procédures intéressant l'activité exercée en société doivent être introduites par, ou contre, les associés directement, ou par ou contre l'un d'entre eux eu égard à la solidarité prévue par l'art. 53 du Code des sociétés (Cons. État (4^e ch.), 22 mai 1990, *R.A.C.E.*, 1990, n° 35002; Cons. État (4^e ch.), 13 septembre 1994, *Entr. et dr.*, 1996, p. 412; Cons. État (4^e ch.), 19 décembre 1989, *Pas.*, 1992, IV, 162; Cons. État (4^e ch.), 10 décembre 1991, *R.A.C.E.*, 1991, n° 38292; Cons. État., 6 décembre 1994, *R.A.C.E.*, 1994, n° 50.584; *T.B.P.*, 1995, 406. — Cons. État, 19 décembre 1997, *T.B.P.*, 1998 (reflet), 303. — Brux. (5^e ch.), 26 juin 1997, *D.A.O.R.*, 1997, n° 44, p. 99; Trib. trav., Anvers 6 mai 1991, *J.T.T.*, 1992, 186; *R.D.S.*, 1991, 442). Mais il faut se garder de tout formalisme excessif, en sorte que si les mentions requises par le Code judiciaire ou par les lois coordonnées sur le Conseil d'Etat figurent dans la citation ou dans la requête et permettent de considérer que celles-ci sont bien introduites par, ou contre, les associés ou l'un d'entre eux, l'exception d'irrecevabilité doit être écartée («Examen», *cette Revue*, 1992, p. 615, n° 18).

Tels sont les principes, qui sont toutefois susceptibles de certains aménagements (voy., pour plus de détails, X. DIEUX, «La représentation des sociétés en justice : questions

(14) A propos de la transparence fiscale de la société interne, voy. Brux., 25 mai 2000, *T.F.R.*, 2000, p. 867, obs. P. HINNEKENS et Civ. Brux., 13 juin 2002, *T.F.R.*, 2002, p. 1005, note J. WERBROUCK.



spéciales», *Mélanges J.-L. Fagnart*, p. 893). Sur la question de savoir si un assuré peut réclamer en son nom sa part dans une créance sociale contre un tiers, en agissant directement contre ce dernier, voy. Bruxelles, 26 juin 1997, *D.A.O.R.*, 1997, p. 99. X. DIEUX, étude citée, spéc. pp. 897 et s.

13. SOLIDARITÉ ENTRE LES ASSOCIÉS. — En vertu de l'article 53 du Code des sociétés, «*les associés d'une société momentanée sont tenus solidairement envers les tiers avec qui ils ont traité. Ils seront assignés directement et individuellement*». Contrairement à ce qu'énonce un arrêt de la Cour d'appel de Liège (Liège, 19 juin 1991, *Bull. contr.*, 1993, 2295), cette solidarité s'applique à des associés personnes physiques comme à des associés personnes morales. La règle postule que la société momentanée est nécessairement une société commerciale. Si une société est constituée avec pour seul objet la réalisation d'une ou de plusieurs opérations déterminées qui ne revêtent pas un caractère commercial, on se trouve en présence d'une société de droit commun. D'autre part, l'art. 53 du Code des sociétés n'est pas d'ordre public. Les parties peuvent donc y déroger (Brux. (4^e ch.), 8 novembre 1999, *R.P.S.*, 2000, p. 155); mais cette dérogation n'est opposable aux créanciers que si ces derniers en ont eu connaissance et l'ont acceptée au moment où ils ont traité avec la société, cette acceptation pouvant être tacite pourvu qu'elle soit certaine : «*il ne suffit pas que l'exclusion de la responsabilité solidaire soit inscrite dans le contrat de société momentanée*» (Mons (1^{re} ch.), 9 avril 1998, *J.T.*, 1998, p. 603; *J.L.M.B.*, 1999, p. 505; *J.D.S.C.*, 2000, 293, note M. DELVAUX).

Conformément au droit commun des sociétés (P. VAN OMMESLAGHE, «Le droit commun de la société et la société de droit commun», in *Aspects récents du droit des contrats* (2001), p. 155, n^{os} 49 et s.), les associés ne sont engagés vis-à-vis des tiers avec lesquels l'un d'entre eux a contracté que si ce dernier disposait du mandat pour le faire, soit en vertu de la procuration à lui donnée par les autres, soit parce qu'il a été désigné comme gérant de la société (Code des sociétés, art. 33 et 34), soit en vertu des pouvoirs que l'art. 36 du Code des sociétés confère à titre supplétif à chaque associé, à défaut de gérant désigné (Comm. Anvers (3^e ch.), 24 octobre 1990,



T.R.V., 1991, 369, note V. CARRON; *Comm. Hasselt*, 9 avril 1997, *R.D.C.B.*, 1997, p. 458, obs. K. TROCH).

En dépit de l'absence de personnalité juridique, la soumission à un marché public par des entrepreneurs ayant formé à cette fin une société momentanée doit s'apprécier en tenant compte de la communauté d'intérêts que pareille société implique. Il n'y a pas autant de soumissions qu'il y a d'associés mais une soumission globale, qui doit être appréciée comme telle à la lumière des contraintes diverses découlant de la réglementation des marchés publics, sauf disposition contraire édictée par celle-ci (Cons. État (4^e ch.), 11 juin 1991, *Entr. et dr.*, 1992, p. 142 C.E., 21 septembre 1994, *R.A.C.E.*, 1994, n^o 49.144). Par contre, le bénéfice d'un contrat d'assurance «Responsabilité Civile Tous Risques Chantier», conclu par un associé en couverture de sa seule responsabilité, ne s'étend évidemment pas aux autres associés (Liège (15^e ch.), 25 juin 1996, *Bull. Ass.*, 1997, p. 273).

14. CONSÉQUENCES DE LA FAILLITE D'UN ASSOCIÉ. — Conformément à un arrêt de la Cour de cassation, abondamment commenté, du 28 février 1985 (15), la Cour d'appel de Liège a considéré que «*la clause d'un contrat d'association momentanée, conclu sans fraude, autorisant, pour permettre la poursuite du chantier malgré la faillite d'un associé, les autres associés à disposer de la totalité des sommes figurant au crédit des comptes bancaires de l'association et des paiements à effectuer par le maître de l'ouvrage et leur permettant d'utiliser, à la même fin, le matériel et les matériaux qui sont la propriété de l'associé failli, et ce sauf à payer une indemnité à celui-ci, ne crée pas une sûreté en faveur des autres associés et est opposable au curateur de l'associé failli*» (Liège (7^e ch.), 22 octobre 1991, *R.P.S.*, 1992, p. 112, obs. Fr. T'KINT; *J.L.M.B.*, 1992, p. 1419).

L'opposabilité aux tiers, en ce compris les créanciers d'un associé en faillite, de pareilles clauses n'est en réalité qu'une expression particulière de la règle générale suivant laquelle les tiers doivent subir l'effet externe du contrat de société momentanée et de la situation que celui-ci engendre du point

(15) Cass., 28 février 1985, *J.T.*, 1986, p. 578, note Fr. T'KINT; *R.C.J.B.*, 1987, p. 571, note A. LIMPENS; *R.W.*, 1985-86, 997, note E. DIRIX; *R.D.C.*, 1985, 377.



de vue de l'affectation des actifs sociaux au paiement des dettes contractées dans le cadre de la réalisation des opérations communes (P. VAN OMMESLAGHE, «Le droit commun de la société et la société de droit commun», in *Aspects récents du droit des contrats*, Jeune barreau de Bruxelles, 2001, p. 155, n^{os} 42 et s.). La «*personnalité comptable*» de la société, en dépit de l'absence de personnalité juridique, est ainsi sous-tendue également par les règles traditionnelles du droit des contrats et il n'est pas nécessaire qu'une clause particulière du contrat de société prévoie une affectation préférentielle des actifs sociaux aux paiements des dettes sociales pour que cet effet se produise, même en cas de faillite d'un associé (Comm. Huy, 22 avril 1998, *D.A.O.R.*, 1999, n^o 50, p. 72, note, injustement critique à nos yeux, de M.O. POELMANS. — Voy. aussi, dans le sens défendu au texte: K. GEENS & al., «Overzicht van rechtspraak — Venootschapsrecht», *T.P.R.*, 2000, p. 140, n^o 21).

15. LA SOCIÉTÉ DE DROIT COMMUN — DIVERS. — En vertu des art. 30 et 31 du Code des sociétés, le partage des bénéfices et des pertes se fait dans les proportions déterminées de commun accord entre les associés et, sous réserve du respect des règles relatives à l'administration de la preuve en droit civil, l'accord peut résulter de la pratique suivie à laquelle les associés se sont ralliés, à défaut de convention expresse. Lorsqu'il est établi de la sorte, l'accord ne peut évidemment pas être remis en cause par un associé sur la base de l'importance de prestations accomplies par lui dans le cadre de l'exploitation de l'objet social (Comm. Louvain (4^e ch.), 29 novembre 2001, *T.R.V.*, 2003, 548).

Le caractère *intuitu personae* de la société civile, telle qu'elle était autrefois organisée par le Code civil et qu'elle l'est aujourd'hui, sous la forme de société de droit commun, par le Code des sociétés, implique l'incessibilité absolue des parts sociales, sauf le consentement unanime de tous les associés. Cette interdiction n'empêche toutefois pas un associé d'«*associer*» un tiers à sa part, auquel cas la société ne continue toutefois à connaître comme associé que l'associé ostensible, ainsi que le rappelle un jugement du Tribunal de Ière instance de Nivelles (4 juin 1993, *J.L.M.B.*, 1993, p. 1155). Il s'agit



d'une application traditionnelle de l'inopposabilité de la convention de croupier à la société (16).

Hors le cas où la société a été constituée pour une durée indéterminée (Code des sociétés, art. 39-5°), la dissolution d'une société de droit commun par la volonté des associés suppose leur accord unanime mais pareille décision se prouve librement lorsque la société a un objet commercial, en vertu du principe de la preuve libre en matière commerciale, dont l'art. 49 du Code des sociétés n'a pas pour objet de restreindre le champ d'application (Bruxelles (4^e ch.), 21 décembre 1999, *A.J.T.*, 2001-02, p. 44, note L. DELBROUCK).

SECTION 2. — LES GROUPEMENTS DE FAIT

16. SOCIÉTÉS ET ASSOCIATIONS DE FAIT. — Bien que l'expression continue à être utilisée, il n'existe pas, à proprement parler, de «*sociétés de fait*» ni davantage d'«*associations de fait*» dans notre droit. Depuis la réforme du 13 avril 1995, on ne peut plus attribuer de force aux sociétés commerciales irrégulières la personnalité juridique sous la forme de société en nom collectif (17). Mais ces sociétés ne sont pas devenues

(16) *R.P.D.B.*, V° *Sociétés en nom collectif*, 1951, p. 881, n° 45; J. MALHERBE, Y. DE CORDT, Ph. LAMBRECHT et Ph. MALHERBE, *Précis de droit des sociétés*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 350. Voyez, dans la jurisprudence française, Trib. Aix, 9 novembre 1972, *Rev. soc.*, 1973, p. 708, obs. SARRADIN; Paris, 19 février 1980, *Rev. soc.*, 1980, p. 283; Paris, 4 avril 1997, *Bull Joly*, 1997, p. 670, obs. J.-J. DAIGRE; Cass. fr. com., 15 décembre 1998, *Rev. soc.*, 1999, p. 350, obs. D. RANDOUX. Voyez également V. SIMONART, «De la possibilité de conclure une convention de croupier relativement aux parts et aux actions détenues dans toute forme de société», *R.P.S.*, 1995, p. 5.

(17) Sur cet aspect de la théorie des cadres légaux obligatoires, dans la doctrine et dans la jurisprudence antérieure à la réforme citée au texte, voy. «Examen», *cette Revue*, 1992, p. 679, n°s 46 et s.

Adde, durant la période couverte par le présent examen, (i) à propos de l'existence de la société en nom collectif irrégulière : Cass. (1^{re} ch.), 22 octobre 1999, *Pas.*, 1999, I, 1377. — Cass., 26 octobre 1989, *Arr. Cass.*, 1989-90, 281; *Bull.*, 1990, 247; *Pas.* 1990, I, 247; *R.W.*, 1990-91, 964 Mons (7^e ch.), 17 septembre 1993, *J.T.*, 1994, p. 127; *La Basoche*, 1995, p. 36, obs. S. MAQUET. — Civ. Arlon (1^{re} ch.), 20 mars 2003, *J.L.M.B.*, 2004, 1005 et Comm. Bruxelles, (11^e ch.), 21 novembre 1997, *Rev. banq.*, 1997, 717, note; *J.D.S.C.*, 2001, 17, note M. COIPEL à propos de «clubs d'investissement» constitués dans les années 80; dans le même sens J.P. Wolvertem, 24 février 1994, *R.W.*, 1994-95, p. 1413 et J.P. Visé, 19 octobre 1992, *J.J.P.*, 1993, p. 165 Comm. Bruxelles (22^e ch.), 15 février 1990, *T.R.V.*, 1990, p. 261, obs. — Comm. Brux., 27 avril 1990, *R.P.S.*, 1990, p. 291, note F. T'KINT; *DA/OR*, 1990, 15, p. 80; *Journ. procès*, 1990, n° 173, p. 26; *T.R.V.*, 1990, p. 317, obs. Gand (17^e ch.), 21 décembre 1993, *Courr. fisc.*, 1994, 249; *R.W.*, 1993-94, 1499; *T.G.R.*, 1995, 207; *T.R.V.*, 1995, 201, et (ii) à propos des conséquences de l'attribution de la personnalité juridique à la société irrégulière : Gand (7^e ch.), 16 novembre 1994, *T.R.V.*, 1995, p. 58, obs.; *A.J.T.*, 1994-95, 535, note F. PETILLION. Civ. Bruges, 17 avril 1987, *T.B.R.*, 1994, 77, note J.P. Visé, 19 octobre 1992, *J.J.P.*, 1993, p. 165



pour autant des «*sociétés de fait*»; elles sont des sociétés de droit commun, auxquelles s'attache le cas échéant une responsabilité solidaire des associés (Code des sociétés, art. 2, §4, al. 2).

Quant aux associations qui ne répondent pas aux conditions requises pour bénéficier de la personnalité juridique, au sens de la loi du 27 juin 1921 telle que modifiée par la loi du 2 mai 2002, ou au sens de toute autre loi particulière, elles relèvent du droit commun des contrats et, faute d'un régime spécifique, il est d'autant plus légitime de leur appliquer, par analogie, les règles de la société de droit commun (18) que, même si la réforme de 1995 n'a pas été jusqu'au bout des intentions premières du législateur à cet égard (*supra*, n° 1), celle-ci a mis au jour que la société peut être vue comme une forme générique (19). Bien sûr, nous ne visons ici que les dispositions du Code des sociétés qui ne sont pas contraires au caractère non lucratif de l'association, à l'exclusion en particulier des art. 30 à 32 de ce Code.

C'est donc à juste titre, à notre avis, que la Cour d'appel de Liège a considéré que l'ancien art. 1859, 1° du Code civil (Code des sociétés, art. 36) était applicable à une «*association de fait*», pour admettre la validité à l'égard de tous les associés d'un acte de gestion accompli par l'un d'entre eux. Par contre, l'application de cette règle à l'endossement d'une facture est plus discutable, dès lors que pareil endossement constitue un acte de disposition prohibé par l'art. 37 du Code des sociétés (ex-art. 1860 du Code civil) (Liège (3^e ch.), 29 janvier 1992, *J.L.M.B.*, 1993, p. 697, note B. HANOTIAU. — *Contra* : Mons

Gand (12^e ch.), 30 mars 1994, *R.W.*, 1994-95, p. 920). Mons (7^e ch.), 17 septembre 1993, *J.T.*, 1994, p. 127; *La Basoche*, 1995, p. 36, obs. S. MAQUET.

A propos des conséquences de la régularisation d'une SNC irrégulière en cours de procédure, voy. Gand (1^{re} ch.), 14 octobre 1988, *T.R.V.*, 1989, p. 209, note L. LIEFSOENS. — Civ. Bruges, 17 avril 1987, *T.B.R.*, 1994, p. 77, note. — Anvers (2^e ch.), 10 avril 1990, *Turnh. Rechtsl.*, 1992, 47.

(18) H. DE PAGE et R. DEKKERS, *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome 5, 2^e édition, Bruxelles, Bruylant, 1975, n° 27, pp. 51 et s. et n°s 35 et s., pp. 61 et s.; P. VAN OMMESLAGHE, «Les sociétés de fait», *J.T.*, 1957, p. 717; P. VAN OMMESLAGHE, «Le droit commun de la société et la société de droit commun», *Aspects récents du droit des contrats*, Bruxelles, Jeune Barreau, 2001, pp. 161 à 165; G. HORSMANS, «La société : notion et codification», in *Droit des sociétés : les lois des 7 et 13 avril 1995*, coll. Centre Jean Renaud, Bruxelles, Bruylant, 1995, pp. 7 et s.

(19) K. GEENS, «Tweehonderdjaar vennootschapsrecht in vogelvlucht», *R.D.C.*, 2007, p. 91, n°s 2 à 14. — X. DIEUX, «*De lege lata, de lege ferenda* : Controverses sur la responsabilité des associés», in *Mélanges B. Glansdorff* (2008), p. 137, spéc. pp. 147 et s.



(1^{re} ch.), 18 janvier 1994, *J.L.M.B.*, 1994, p. 1037; *R.P.S.*, 1994, p. 125, note I. CORBISIER, cet arrêt considérant que les associés ne pourraient être engagés que sur la base d'un mandat, sans préjudice d'une application éventuelle de la théorie de l'apparence à charge de l'associé qui aurait agi sans pouvoir (20). S'il existe un mandat, un associé de fait engage bien entendu les autres dans les limites du mandat (Gand (14^e ch.), 5 septembre 1995, *R.D.J.P.*, 1996, p. 107), sauf s'il a déclaré agir en son nom personnel (Anvers (6^e ch.), 24 octobre 1994, *T.R.V.*, 1995, p. 119, note D. VAN GERVEN) ou, plus généralement, ne déclare pas intervenir au nom des autres associés ((J.P. Merksem, 16 décembre 1993, *T.R.V.*, 1994, p. 212, note D. VAN GERVEN).

Dépourvue de personnalité juridique, une «*association de fait*» reste sans nationalité (Cass. (2^e ch.), 24 septembre 2003, *Pas.*, 2003, p. 1457) (sur le concept de nationalité des sociétés, voy. *infra*, n^o 76) et, pas plus qu'une société momentanée ou une société interne (*supra*, n^o 13), elle ne peut être demanderesse ou défenderesse en justice. Les procédures, tant au contentieux objectif qu'au contentieux subjectif, peuvent et doivent être introduites par les associés ou en leur nom et les actions doivent être dirigées contre les associés, à peine d'irrecevabilité (Cass. (2^e ch.), 19 mai 2004, *Lar. Cass.*, 2004, p. 155). Cons. Etat (6^e ch.), 11 décembre 2002, *Adm. Publ. Mens.*, 2003, p. 6. Cons. Etat (13^e ch. Réf.), 17 septembre 1998, *Adm. Publ. Mens.*, 1998, p. 212. — Gand (21^e ch.), 1^{er} octobre 1999, *T.R.V.*, 2000, p. 179, note J.V; *J.D.S.C.*, 2001, 18, note M. COIPEL. — J.P. Molenbeek-Saint-Jean, 27 octobre 1998, *J.J.P.*, 1999, p. 383. — *Contra*, à tort, Pol. Gand, 29 juin 2000, *R.W.*, 2000-01, 1285). Toutefois, lorsqu'une association sans personnalité juridique est assignée et condamnée, à tort par hypothèse, elle peut interjeter appel et se pourvoir en cassation (Cass. (1^{re} ch.), 13 septembre 1991, *T.R.V.*, 1993, p. 72, note D. VAN GERVEN : X. DIEUX, étude citée, in *Mélanges J.-L. Fagnart*, spéc. p. 895).

Une «*association de fait*» ne peut se transformer en association sans but lucratif dotée de la personnalité juridique. La

(20) Voyez, en ce sens, Cass. fr. (ch. com.), 15 novembre 1994, *R.P.S.*, 1995, p. 274, note J. HONORAT.



notion de transformation n'a de contenu propre qu'au sens des art. 668 et 669, 774 à 788, et 943 à 945 du Code des sociétés (21). Le patrimoine d'une telle association, tant activement que passivement, peut être transféré à une association sans but lucratif, existante ou créée pour les besoins de la cause, mais l'opération suppose une adhésion unanime des associés et le respect des règles du droit civil concernant la transmission des droits, des biens et des obligations (Bruxelles (5^e ch.), 20 décembre 1999, *D.A.O.R.*, 2000, n° 55, p. 228, note J. VANANROYE; Civ. Dinant (3^e ch.), 19 janvier 1999, *J.T.*, 1999, p. 346, note M. DAVAGLE).

CHAPITRE III. — La personnalité morale

SECTION 1^{RE}. — ACQUISITION

DE LA PERSONNALITÉ MORALE, OPPOSABILITÉ AUX TIERS ET NULLITÉ DE LA SOCIÉTÉ, RESPONSABILITÉ DES FONDATEURS

17. DÉFAUT D'ACQUISITION DE LA PERSONNALITÉ MORALE — CONSÉQUENCES POUR LES TIERS. — Il suffisait, avant la réforme du 13 avril 1995, que les fondateurs aient procédé entre eux à la constitution de la société, dans les conditions de fond et de forme requises en fonction de la forme sociale retenue, pour que la société existât en tant que personne morale (VAN RYN, t. I^{er}, 1^{re} éd., n° 357). Les formalités complémentaires, requises par les anciennes lois coord. sur les sociétés commerciales (publication aux annexes du *Moniteur belge* et dépôt au greffe du Tribunal de commerce), avaient seulement pour objet d'assurer l'opposabilité aux tiers de la personnalité ainsi acquise antérieurement (Lois coord., art. 10, §4), ainsi que la recevabilité des actions en justice introduites par la société (Lois coord., art. 11) (22).

(21) P. VAN OMMESLAGHE, «La transformation des sociétés commerciales», *Rev. Banque*, 1968, p. 571.

(22) Pour ce qui concerne les sociétés de droit belge, la sanction prévue par l'art. 11 des anciennes lois coord. sur les sociétés commerciales a été supprimée par le Code des sociétés (J. MALHERBE & al., n° 422). Nous ne citons ici que pour mémoire les décisions y ayant trait et rendues dans la période couverte par le présent examen : Cass., 20 janvier 1994, *Pas.*, 1994, I, 82. — Com. Bruxelles (Ref.), 26 janvier 1990, *R.D.C.*, 1991, p. 51 et la note E. POTTIER.



Suivant la jurisprudence de la Cour de cassation, une société en nom collectif, irrégulière mais dotée néanmoins de la personnalité morale, était aussi susceptible de résulter du seul fait de l'exercice en commun, par deux ou plusieurs personnes, d'une activité commerciale, dès lors que cette communauté d'exercice était ostensible et durable (*supra*, n° 16). La loi du 13 avril 1995 a bouleversé ce système, en subordonnant l'acquisition même de la personnalité morale au dépôt d'un extrait de l'acte constitutif au greffe du Tribunal de commerce (voy. aujourd'hui les art. 2, §4, et 68 du Code des sociétés) (23).

Le système d'acquisition de la personnalité par les sociétés a de la sorte été aligné sur celui qui s'appliquait, antérieurement déjà, aux associations sans but lucratif. Suivant l'interprétation dominante de l'art. 3 de la loi du 27 juin 1921, de telles associations n'acquièrent en effet la personnalité juridique qu'à partir de l'accomplissement d'une formalité complémentaire à la constitution du groupement entre les membres de celui-ci, laquelle consiste dans la publication des statuts et de l'identité des administrateurs aux annexes du *Moniteur Belge* (Cass., 23 janvier 1936, *Pas.*, 1936, I, 127). Dans un cas comme dans l'autre, la formalité requise de la sorte est donc véritablement constitutive de la personnalité morale et elle n'est plus seulement une condition de l'opposabilité de cette personnalité aux tiers. Pas plus que le groupement, les tiers ne peuvent donc se prévaloir à leur profit d'une prétendue personnalité de celui-ci, aussi longtemps que la formalité dont la personnalisation du groupement dépend, n'a pas été accomplie — ainsi que le rappelle la Cour d'appel de Mons, dans un arrêt

(23) P. VAN OMMESLAGHE, «Le droit commun de la société et la société de droit commun», *Aspects récents du droit des contrats*, Bruxelles, Jeune Barreau, 2001, pp. 161-163; V. SIMONART, *La personnalité morale en droit privé comparé*, Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 65; S. GILCART, «Loi de réparation et acquisition de la personnalité morale en droit des sociétés : influences étrangères et impact d'une réforme capitale», *R.P.S.*, 1996, p. 237; K. GEENS, «De fundamentele doorengeschied voor de eeuwwende», in *De nieuwe vennootschapswetten van 7 en 13 april 1995*, Jan Ronse Instituut, Kalmthout, Biblio, 1995, p. 15; G.A. DAL et A.P. ANDRÉ-DUMONT, «La personnalité juridique des sociétés : contours et attributs», in *Le nouveau code des sociétés*, 1999, p. 195. Sur les formalités de publicité en général, voyez J. VAN BAEL, «Voorschriften in verband met de openbaarmaking van de oprichtingsakten van vennootschappen en hun latere wijzigingen», *T.N.*, 2004, p. 194.



savamment motivé du 18 janvier 1994 (*R.P.S.*, 1994, p. 125 et la note I. CORBISIER).

La même sanction s'appliquerait aujourd'hui aux sociétés à propos desquelles le dépôt prévu par l'art. 2, §4, al. 1^{er}, du Code des sociétés n'aurait pas été accompli, ainsi qu'aux tiers qui auraient traité avec celles-ci. Mais, comme l'indique aussi l'arrêt précité, en se référant à la jurisprudence antérieure de la Cour de cassation (Cass., 10 novembre 1979, *Pas.*, 1979, I, 1068. — 6 novembre 1961, *Pas.*, 1962, I, 278), cette situation n'implique pas qu'il faut en rester là. Si le groupement exploite une activité non lucrative, il n'existe pas comme tel; mais il n'en existe pas moins une association entre ses membres et ces derniers peuvent avoir à répondre à l'égard des tiers des engagements contractés à l'égard de ceux-ci, dans le cadre de l'exercice des activités du groupement, sur la base d'un régime inspiré de l'ancienne société civile, devenu celui de la société de droit commun suivant le Code des sociétés (art. 50 à 52). Lorsque cette activité consiste dans l'exploitation d'un commerce, les associés sont tenus solidairement par application des art. 2, §4, al. 2, et 204 du même Code, pour autant qu'ils se soient manifestés aux yeux des tiers par l'emploi d'une dénomination sociale, sans qu'il en résulte pour autant une société en nom collectif (*supra*, n° 16) (24).

18. OPPOSABILITÉ AUX TIERS DE LA PERSONNALITÉ MORALE ET DES STATUTS — MISE EN LIQUIDATION DE LA SOCIÉTÉ ET AUTRES MESURES DE RÉORGANISATION — TRANSFERT DU SIÈGE SOCIAL. — La circonstance que la société acquiert la personnalité juridique par l'effet du dépôt de son acte constitutif ou d'un extrait de celui-ci au greffe du Tribunal de commerce, conformément à l'art. 68 du Code des sociétés, n'implique pas que la société puisse *ipso facto* se prévaloir de cette personnalité et de ses statuts à l'égard des tiers. Après comme avant

(24) L'usage d'une dénomination sociale est, en ce cas, nécessaire, en application de l'art. 2, §4, du Code des sociétés, et de l'art. 204 du même Code auquel il renvoie, alors qu'il ne l'est pas en vertu de l'art. 52 du Code des sociétés. Cette divergence ne s'explique guère et elle est d'autant plus singulière que, dans l'hypothèse envisagée, la société, qui n'a pas déposé ses statuts, reste dépourvue de personnalité juridique. Il semble qu'il s'agit d'une subsistance accidentelle de l'ancienne théorie des cadres légaux obligatoires, qui conduisait à reconnaître dans les groupements de fait exerçant une activité commerciale des sociétés en nom collectif irrégulière (*supra*, n° 16).



l'entrée en vigueur du Code des sociétés, l'opposabilité aux tiers de la personne morale et de ses statuts reste subordonnée à la publication de ces derniers aux annexes du *Moniteur belge*, conformément à l'art. 76 (ex-art. 10, §4, des lois coord. sur les sociétés commerciales) (25).

Il en va de même des modifications aux statuts, ainsi que de la mise en liquidation de la société et des modalités de celle-ci — ce qui constitue en outre une condition de la recevabilité des actions et recours introduits en justice par le liquidateur en cette qualité (Liège, 22 février 2005, *J.L.M.B.*, 2005/38, p. 1672). S'agissant de la liquidation, il faut aussi que les actes émanant de la société dissoute mentionnent l'état de liquidation dans laquelle la société se trouve (Code des sociétés, art. 183, §1^{er}, al. 2); mais l'omission de cette mention donne seulement lieu à des dommages et intérêts s'il y échet (même arrêt).

De même, les fusions et les scissions, les apports d'universalité ou de branche d'activité, ainsi que les cessions d'universalité ou de branche d'activité soumises au régime de l'apport (Code des sociétés, art. 770), ne sont opposables aux tiers que moyennant leur publication conformément à l'art. 76 précité (Code des sociétés, art. 683 et 765). Il en résulte que les actes de procédure se rapportant à des litiges intéressant des droits ou des obligations faisant partie du patrimoine, ou de la partie de patrimoine, transféré par l'effet de l'une de ces opérations, continuent à pouvoir être valablement introduits à l'encontre de l'entité transférante, aussi longtemps que le transfert n'a pas été publié, sauf si l'auteur de ces actes a eu, autrement, connaissance du transfert. La Cour de cassation a dû rappeler cette évidence, aux termes d'un arrêt du 29 octobre 2004 (*Pas.*, 2004, I, 1697. — Comp. Cass., 29 juin 2001, *Pas.*, 2001, I, 1270, à propos de la cession d'un portefeuille d'assurances).

Mais les tiers peuvent se prévaloir des dispositions d'un acte, alors que celui-ci n'a pas encore été publié comme il doit

(25) J. VAN BAEL, «Voorschriften in verband met de openbaarmaking van de oprichtingsakten van vennootschappen en hun latere wijzigingen», *T. Not.*, 2004, p. 194. — S. GILCART, «Publicité et opposabilité de l'acte constitutif», *J.D.C.C.*, 2001, p. 39. — Sur le régime antérieur au Code des sociétés : L. SIMONT, «Les règles relatives à la publicité, aux nullités et aux actes accomplis au nom d'une société en formation», in *Les sociétés commerciales*, (Jeune barreau de Bruxelles, 1985), p. 59, n^{os} 6 et s.



l'être (Code des sociétés, art. 76, al. 2. — Lois coord., art. 10, §4, al. 2). Une signification faite au nouveau siège social, alors que le transfert n'a pas encore fait l'objet de la publicité requise, est donc valable, ainsi que l'a décidé la Cour d'appel d'Anvers par un arrêt du 14 novembre 2000 (*P. & B./R.D.J.P.*, 2002, p. 133 et la note D. DE MAREZ. — Comp. *infra*, n° 81).

19. INSCRIPTION DE LA SOCIÉTÉ AU REGISTRE DU COMMERCE (BANQUE-CARREFOUR DES ENTREPRISES). — La mention, dans l'exploit introductif d'instance, du numéro d'inscription de la société demanderesse est une condition de recevabilité de l'action, qu'il appartenait au juge de soulever d'office, suivant l'art. 41 des anciennes lois coordonnées sur le registre du commerce, dont le régime différait, sur ce point, de celui de l'art. 42 des mêmes lois, lequel concernait l'introduction d'une demande trouvant sa cause dans une activité commerciale autre que celle pour laquelle l'inscription a eu lieu («Examen», *cette Revue*, 1992, p. 687, n° 51). La Cour d'appel d'Anvers a fait une application de cette règle dans un arrêt du 29 avril 1997, rappelant en outre qu'en principe tous les actes accomplis par un commerçant sont, sauf preuve contraire, présumés se rattacher à ses activités commerciales (*T.R.V.*, 1998, p. 441). S'agissant d'une société commerciale, cette présomption est d'ailleurs irréfragable (comp. VAN RYN et HEENEN, t. I^{er}, 2^e éd., n° 394).

Des règles semblables sont énoncées par l'art. 14 de la loi du 16 janvier 2003 portant création d'une Banque-Carrefour des entreprises, en remplacement du registre du commerce, de sorte que les solutions acquises sous l'empire des anciennes lois sur le registre du commerce le restent aujourd'hui, sauf exception spéciale énoncée par une loi particulière (*Doc. Parl.*, Chambre, 2002/2003, n° 50, 2058/001, p. 23) (26). La Cour d'appel de Liège a considéré, à très juste titre, que ce régime s'appliquait bel et bien à la S.N.C.B., en tant qu'entreprise publique autonome dont la loi du 21 mars 1991 répute les actes commerciaux, même s'ils relèvent de la mission de service public confiée à pareille entité (12 mai 2005, *R.P.S.*,

(26) Sur la Banque-Carrefour en général, voy. L. DEMETS, «De Kruispuntbank van Ondernemingen», *R.D.C.*, 2004/3, p. 237. — F. DE MULDER, «De vermelding van het ondernemingsnummer op uitgaande stukken van ondernemingen», *T.R.V.*, 2004, p. 291.



2004, p. 402). L'arrêté royal du 19 octobre 1994, qui réorganise la S.N.C.B. en exécution de la «*loi-programme*» des 22 décembre 2003 et 9 juillet 2004 ne modifie pas cet état de choses.

Bien que l'art. 41 des anciennes lois coordonnées sur le registre du commerce n'exigeait la mention du numéro d'immatriculation que sur les «*exploits d'ajournement*», le Conseil d'Etat a considéré que le défaut de pareille mention dans une requête en annulation d'un acte administratif entraînait aussi l'irrecevabilité de celle-ci (14 février 1990, *Pas.*, 1993, IV, 1. — 25 juin 1996, *R.W.*, 1996-1997, p. 190 et la note W. LAMBRECHTS. — 29 mai 2000, *T.B.P.*, 2001, p. 209). Toutefois, si l'immatriculation a été refusée en raison d'un retrait d'agrément contre lequel la requête en annulation, ou en suspension, est introduite, celle-ci n'est pas irrecevable, pour autant que la partie requérante établisse de manière probante les démarches accomplies par elle en vue de son immatriculation et le motif du refus (13 septembre 2002, *A.P.M.*, 2002, p. 196).

Cette interprétation extensive s'applique à l'art. 14 de la loi du 16 janvier 2003. Elle seule permet en effet de considérer que cette disposition ne viole pas le principe d'égalité consacré par les articles 10 et 11 de la Constitution. Tel est l'enseignement général qui se déduit d'un arrêt de la Cour d'arbitrage du 21 mars 2007, rendu à propos de la conformité d'une demande reconventionnelle, introduite par conclusions, à l'art. 14, al. 4, de la loi précitée (*J.T.*, 2007, liv. 6263, p. 261).

20. ACQUISITION RÉTROACTIVE DE LA PERSONNALITÉ JURIDIQUE. — Il est très généralement admis qu'une société ne peut acquérir rétroactivement la personnalité morale, contrairement à ce que le Conseil d'Etat avait décidé aux termes d'un singulier arrêt du 27 décembre 1960 («*Examen*», *cette Revue*, 1962, p. 297, n° 15). La règle est d'autant plus indiscutable aujourd'hui que cette acquisition est, en tant que telle, subordonnée à la formalité prévue par l'art. 68 du Code des sociétés (*supra*, n° 18).

En matière de fusion ou de scission, même lorsque ces opérations se réalisent par constitution de sociétés nouvelles, le projet de fusion doit mentionner la date à partir de laquelle les



opérations des sociétés dissoutes seront considérées, du point de vue comptable, comme accomplies pour le compte des sociétés nouvelles (Code des sociétés, art. 706 et 743). Il en résulte ce que l'on appelle, par commodité, une «*rétroactivité comptable*» (27), qui devrait normalement pouvoir être opposée au fisc à tout le moins jusqu'à la date de clôture des derniers comptes annuels des sociétés dissoutes (T. TILQUIN, *Traité des fusions et des scissions*, Diegem, Kluwer, 1993, n° 385), encore qu'aux termes d'une pratique administrative discutable, la durée de cette «*rétroactivité*» soit limitée à sept mois.

Depuis l'entrée en vigueur de la loi du 6 mars 1973, transposant dans notre droit la première directive européenne en matière de sociétés, il est d'autre part admis que des engagements puissent être contractés au nom d'une société en formation, c'est-à-dire d'une société qui n'existe pas encore en tant que personne morale, et que ces engagements ne lieront que celle-ci, en cas de constitution et de reprise dans les délais prévus par l'art. 60 du Code des sociétés (*infra*, n° 45). Ici, c'est d'une véritable rétroactivité, sur le plan du droit civil, qu'il s'agit.

Mais cette situation s'explique par une disposition légale spéciale qui déroge ainsi au droit commun et ce régime particulier ne peut être étendu, par analogie, au cas où une société est constituée en vue de la «reprise» d'activités antérieurement exercées, en commun ou séparément, par les fondateurs (J. RONSE, «*Rechtshandelingen ten name van een vennootschap in oprichting*», in *Mélanges R. Victor*, t. II, p. 827, n°s 38 et 39. — S. GILCART, *La société en formation*, Bruxelles, Kluwer, 2004, n° 97. — M. COIPEL, *Dispositions communes à toutes les formes de sociétés commerciales*, Rep. Not., t. XII, p. 155, n° 226).

La même solution nous paraît devoir s'appliquer en droit fiscal (Cass., 16 janvier 1957, *Pas.*, 1957, I, 560. — Gand, 12 septembre 1996, *A.J.T.*, 1996-1997, p. 342. — 22 septembre 1994, *T.R.V.*, 1995, p. 63 et la note S. VAN CROMBRUGGE. — 22 octobre 1991, *Bull. Contr.*, 1993, p. 94). Toutefois, à ce propos également, il existe une certaine tolérance, peu propice, il

(27) P. VAN OMMESLAGHE, «Les principes généraux relatifs à la fusion et à la scission», in *Les fusions et scissions internes en droit des sociétés* [1993], p. 1, spéc. n° 25. — J.-M. NELISSEN GRADE, «La réalisation de la fusion», même ouvrage, p. 71, n° 26.



est vrai, à la sécurité juridique (S. VAN CROMBRUGGE, note précitée). Une circulaire administrative admet ainsi les clauses de «*rétroactivité*», lorsque cette rétroactivité «*correspond à la réalité, porte sur une courte période et n'empêche pas une juste application de la législation fiscale*» (Com. I.R., 340/82). La jurisprudence paraît disposée à en tenir compte (Anvers, 17 février 1992, *Courr. Fisc.*, 1992, p. 92. — 28 novembre 1994, *R.G.F.*, 1995, p. 147. — Civ. Bruxelles, 20 septembre 2002, *T.F.R.*, 2003, p. 611. — Civ. Hasselt, 13 février 2002, *Courr. Fisc.*, 2002, p. 393). Le contribuable ne s'en plaindra pas mais le fondement juridique de cette solution «*adaptée*» est pour le moins incertain. Par arrêt du 20 septembre 2002, la Cour d'appel de Bruxelles a été plus loin, en acceptant de conférer une rétroactivité fiscale à la constitution d'une société sur la base d'une application, par analogie, de l'ancien art. 13bis des lois coord. sur les sociétés commerciales (*F.J.F.*, 2003, p. 357). Comme indiqué ci-dessus, cette analogie est sans fondement.

21. NULLITÉ DE LA SOCIÉTÉ. — PERTE DE LA PERSONNALITÉ MORALE. — CONSÉQUENCES POUR LES TIERS. — Dans le système issu de la 1^{re} directive européenne, que la loi du 6 mars 1973 a transposé dans notre droit, la dissolution de la société est la seule figure juridique qui est susceptible de faire perdre à la société sa personnalité et cette perte ne se produit d'ailleurs qu'à la clôture de la liquidation sur laquelle cette dissolution débouche. La survivance de la personne morale pour les besoins de sa liquidation protège les tiers qui ont traité avec celle-ci, sur la foi de la consistance de son patrimoine propre. Ainsi s'explique-t-il que la nullité de toute société personnifiée ne produise plus que les effets d'une dissolution (Code des sociétés, art. 172 et 175. — Art. 13^{quater} et 13^{quinquies} des anciennes lois coord. sur les sociétés commerciales) (28). La limitation des causes de nullité susceptibles

(28) L. SIMONT, «La loi du 6 mars 1973 modifiant la législation relative aux sociétés commerciales», *R.P.S.*, 1974, p. 218; J.-M. NELISSEN-GRADE, «La loi du 6 mars 1973 et les actions en justice des sociétés irrégulières», obs. sous Liège, 18 juin 1973, *R.P.S.*, 1974, p. 147; A. BENOIT-MOURY, «Nullités et droit des sociétés. Développements récents», in *Les nullités en droit belge — Sanctions du vice et conséquences*, Actes du colloque organisé par le Jeune Barreau de Liège, 7 juin 1991, p. 297; C. MATRAY et F. RINGELHEIM, «Les nullités», in Cl. JASSOGNE (dir.), *Traité pratique de droit commercial*, t. IV, Diegem, Story-Scientia, 1998, p. 760.



d'affecter ainsi, même si ce n'est que pour le futur, la personnalité de la société à l'égard des tiers, s'explique aussi par la volonté de protéger ces derniers.

Par un important arrêt du 13 novembre 1990, la Cour de Justice a interprété, dans cet esprit, l'art. 11, §2, litt. b, de la directive précitée, qui range le caractère illicite ou contraire à l'ordre public de l'objet de la société parmi les causes admissibles de nullité des sociétés anonymes et de certaines autres sociétés à responsabilité limitée (29). Suivant cet arrêt, rendu sur les conclusions de l'avocat général W. VAN GERVEN, l'objet s'entend, et s'entend seulement, de l'objet de la société tel qu'il est défini dans les statuts, à l'exclusion en particulier de toute possibilité d'annuler la société en raison du caractère illicite du but poursuivi par les fondateurs (*Rec.*, 1990, I, p. 4135, *T.R.V.*, 1991, p. 36, *T. Not.*, 1991, p. 36, note J. BOECKAERT).

Une société, constituée dans l'une des formes visées par la directive, en vue de soustraire frauduleusement les biens d'un fondateur à l'action de ses créanciers ou pour permettre à celui-ci d'exercer, sous le couvert de la personne morale ainsi créée avec la complicité de prête-noms, une activité qu'il lui serait interdit d'exercer à titre personnel, n'est donc pas annulable. Cette interprétation s'impose aujourd'hui en droit belge, à propos des art. 227, 403 et 454 du Code des sociétés, comme elle s'imposait autrefois à propos de l'art. 13^{ter} des anciennes lois coord. sur les sociétés commerciales (Gand, 4 octobre 1995, *R.W.*, 1995-1996, p. 1029 (30). — *Contra*, à tort, Com. Hasselt, 28 mai 1990, *T.R.V.*, 1991, p. 421).

(29) Sont également concernées les sociétés privées à responsabilité limitée (Code des sociétés, art. 227), les sociétés coopératives à responsabilité limitée (Code des sociétés, art. 403) et les sociétés en commandite par actions (Code des sociétés, art. 657).

(30) Cet arrêt traite sous cet angle de l'annulation d'une société patrimoniale constituée en vue d'éluider des droits d'enregistrement et des droits de succession et il écarte cette annulation, sur la base de l'interprétation stricte de la notion d'objet social visée par l'ancien art. 13^{ter} des lois coord. sur les sociétés commerciales. Nous ne nous prononçons pas ici sur la question de savoir si un pareil but, de nature fiscale, est illicite ou s'il relève du libre choix de la voie la moins imposée. Sur cette problématique, étrangère à notre propos, J. KIRKPATRICK et D. GARABEDIAN, *Le régime fiscal des sociétés en Belgique*, 3^e éd., pp. 55 et s. — P. FAES, *Het rechtsmisbruik in fiscale zaken of de keuze van de minst belaste weg op het vlak van de inkomstenbelastingen na de Wet van 22 juli 1993*, Mys & Breesch, Gand, 1994; Th. AFSCHRIFT, *L'évitement licite de l'impôt et la réalité juridique*, Bruxelles, Larcier, 2003; J. MALHERBE et I. RICHELLE, «Espaces de liberté en droit fiscal», in *Espaces de liberté en droit des affaires*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 217 et s.;



Par contre, le droit commun des obligations continue à s'appliquer aux sociétés qui ne sont pas visées par la lère directive ni, par ricochet, par les dispositions de droit national qui l'ont transposée. La nullité d'une société en nom collectif peut donc être prononcée si le consentement d'un prétendu fondateur est dépourvu de cause (Com. Gand, 22 janvier 2002, *T.G.R.*, 2002, p. 291).

De même, une convention conclue entre les fondateurs d'une société anonyme, par laquelle ces derniers organisent entre eux le fonctionnement de la société dans des conditions contraires à des règles ou à des principes de droit des sociétés qui relèvent de l'ordre public, peut être annulée, même si la cause de pareille annulation ne correspond à aucune de celles qu'autorisent la directive et la disposition de droit national correspondante — pareille annulation laissant évidemment la société intacte. C'est ce qu'a décidé le Tribunal de commerce de Gand, par jugement du 6 février 1998 (6 février 1998, *R.W.*, 1998-1999, p. 1047), à propos d'un pacte entre fondateurs soumettant toute décision du conseil d'administration à un droit de veto reconnu à l'un des fondateurs, lui-même constitué sous la forme d'une société anonyme, et à l'actionnaire dominant de cette dernière. La distinction entre, d'une part, la société elle-même, son acte de constitution et ses statuts et, d'autre part, d'éventuels (pré)contrats entre actionnaires était déjà mentionnée par l'avocat général W. Van Gerven, dans ses conclusions précédant l'arrêt de la Cour de justice, auquel nous nous sommes référés ci-dessus (*Rec.*, 1990, I, spéc. p. 4149).

22. RESPONSABILITÉ DES FONDATEURS — NULLITÉ DE LA SOCIÉTÉ — CAPITAL INSUFFISANT — SOUSCRIPTION ET LIBÉRATION DU CAPITAL. — Suivant les art. 229, 405 et 456 du Code des sociétés, les fondateurs d'une société à responsabilité limitée, d'une société coopérative à responsabilité limitée ou d'une

B. PHILIPPART DE FOY, «L'arrêt *Derwa*. Une nouvelle limite au libre choix de la voie la moins imposée? Un empiètement du pouvoir judiciaire sur la compétence du pouvoir législatif?», in *Mélanges John Kirkpatrick*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 805 et s.; M. DELVAUX, «Choix de la voie la moins imposée et délai reconnu à l'administration fiscale pour procéder à la requalification», *J.D.S.C.*, 2005, 269-270; S. VAN CROMBRUGGE, «Fusie en vrije keuze van de minst belaste weg», *T.R.V.*, 1990, p. 314. Voyez également Cass., 22 mars 1990 (*S.A. Au Vieux Saint-Martin | Etat Belge*), *F.J.F.*, 1990, 210, note S. VAN CROMBRUGGE; *J.D.F.*, 1990, 110, note M.B.; *J.L.M.B.*, 1990, 700; *Pas.*, 1990, I, 849; *R.W.*, 1990-91 (abrégé), 61, note.



société anonyme sont solidairement responsables envers toute personne intéressée de la réparation du préjudice «*qui est une suite immédiate et directe de la nullité de la société*» (anciens art. 123, 147^{ter} et 35 des lois coord.). Mais la doctrine a généralement considéré que les cas dans lesquels pareil dommage pourrait être établi seraient extrêmement rares, eu égard à la subsistance de la personne morale pour les besoins de sa liquidation («*Examen*», *cette Revue*, 1981, p. 241, n° 9. — J. RONSE, «*De vennootschapswetgeving-1973*, n° 240. — *Overzicht van rechtspraak — Vennootschappen*», *T.P.R.*, 1986, p. 892, n° 36. — L. SIMONT, «*La loi du 6 mars 1973 modifiant la législation relative aux sociétés commerciales*», *R.P.S.*, 1974, p. 225, n° 99).

Le jugement précité du Tribunal de commerce de Hasselt (28 mai 1990, *T.R.V.*, 1991, p. 421) en offre une illustration. Il refuse ainsi le bénéfice de l'art. 123 des anciennes lois coord. à un assureur, subrogé dans les droits de la victime d'un détournement commis à l'intervention d'une société nulle utilisée à cette fin par le vrai maître de l'affaire, au motif que le détournement aurait pu être commis à l'intervention de toute autre société utilisée par ce dernier. Il n'existait donc aucune relation de causalité entre la nullité de la société et le préjudice, découlant du détournement, que l'assureur avait indemnisé. Suivant le même jugement, l'assureur, créancier d'une prime à l'égard de la société annulée, ne subit pas davantage un préjudice en relation de causalité avec la nullité de la société débitrice, puisqu'il conserve ses droits contre cette dernière qui survit, pour les besoins de sa liquidation.

Les cas les plus fréquents où la responsabilité des fondateurs est invoquée concernent les art. 229-5°, 405-5° et 456-4° du Code des sociétés, suivant lesquels le juge de la faillite peut, à la demande du curateur et à la demande du curateur seulement (Anvers, 18 décembre 2000, *R.W.*, 2001-2002, p. 1364. — Gand, 5 octobre 1994, *R.D.C.*, 1996, p. 210), condamner les fondateurs à supporter les dettes sociales dans la proportion qu'il fixe, en cas de faillite prononcée dans les trois ans de la constitution de la société, si le capital était manifestement insuffisant pour assurer l'exercice normal des activités durant deux ans au moins. Encore n'est-il pas nécessaire de démon-



trer que la cause de la faillite se trouve dans l'insuffisance du capital social (Liège, 14 novembre 2000, *J.L.M.B.*, 2002, p. 1341. — Mons, 26 mars 1998, *J.T.*, 1998, p. 577. — Mons, 17 mai 1994, *R.D.C.*, 1996, p. 202. — Com. Hasselt, 15 novembre 1990, *T.R.V.*, 1991, p. 231. — Sur les autres particularités de cette responsabilité, introduite dans notre droit par une loi du 4 août 1978, par rapport au droit commun : « Examen », *cette Revue*, 1993, p. 644, n° 62).

Un arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles rappelle d'autre part qu'avant l'entrée en vigueur des dispositions précitées, il était possible de mettre en cause la responsabilité des fondateurs sur la base des art. 1382 ou 1383 du Code civil, pour autant que les conditions du droit commun soient réalisées (6 novembre 2002, *R.R.D.*, 2003, p. 51). Cette possibilité a d'ailleurs survécu à ces dispositions nouvelles, à tout le moins si l'on s'en tient à l'enseignement qui se déduit d'un ancien arrêt de la Cour de cassation (10 janvier 1929, *Pas.*, I, 55. — VAN RYN, t. I^{er}, 1^{re} éd., n° 505. — *Adde Civ. Gand*, 26 mars 1993, *R.D.C.*, 1993, p. 935. — *Comp. infra*, n° 63, à propos de la responsabilité civile des administrateurs ou gérants à l'égard des tiers).

Pour apprécier si insuffisance manifeste du capital il y a, le juge doit, en s'aidant du plan financier dont la légèreté pourra, le cas échéant, constituer un premier indice, voire un indice déterminant de négligence, se placer à l'époque de la constitution de la société et cette appréciation porte sur l'importance des ressources financières dont la société disposera, outre ses fonds propres, en relation avec son objet (Mons, 25 octobre 2001, *R.D.C.*, 2002, p. 711 et la note A. COIBION. — Gand, 10 octobre 2001, *T.R.V.*, 2002, p. 454 et la note R. TAS. — Gand, 22 mai 2001, *T.G.R.*, 2001, p. 295. — Liège 13 novembre 2000, précité. — Liège, 4 avril 2000, *J.L.M.B.*, 2002, p. 820. — Mons, 26 mars 1998, précité. — Mons, 3 avril 1995, *R.R.D.*, 1995, p. 186. — Gand, 5 octobre 1994, précité. — Mons, 17 mai 1994, précité. — Liège, 5 mai 1995, *J.L.M.B.*, 1997, p. 626. — Com. Charleroi, 30 mars 1999, *J.L.M.B.*, 2000, p. 278. — Com. Termonde, 5 septembre 1997, *T.G.R.*, 1998, p. 24. — Com. Namur, 20 novembre 1995, *R.P.S.*, 1996, p. 349. — Com. Hasselt, 5 novembre 1990, précité).



Cela n'exclut pas absolument que la manière dont les choses se sont passées par la suite puisse, lorsqu'elles sont suffisamment caractérisées, être prise en considération s'il en résulte un faisceau d'indices susceptible de constituer, au sens de l'art. 1353 du Code civil, la preuve de l'insouciance des fondateurs quant au capital de la société au moment de la constitution de celle-ci (Com. Namur, 16 juin 1997, *R.R.D.*, 1997, p. 447. — Com. Charleroi, 30 mai 1995, *J.L.M.B.*, 1997, p. 639. — Com. Hasselt, 5 avril 1990, *R.D.C.*, 1995, p. 171). Encore pareille appréciation «rétrospective» ne peut-elle être portée qu'avec la plus extrême prudence. Mais le fait que les fondateurs ne prévoient pas de moyens spécifiques pour assurer à la société que ses droits seront respectés, notamment par ceux qui lui ont promis du crédit, reste étranger à la responsabilité des fondateurs. Les appels de fonds, qu'il s'agisse de l'exécution des apports ou des conventions de prêt ou de crédit, incombent ensuite aux administrateurs ou gérants de la société (Mons, 26 novembre 1998, *R.R.D.*, 1999, p. 46).

A l'instar du régime propre à l'action en comblement de passif (*infra*, n° 61), le juge qui constate que les conditions de la responsabilité des fondateurs pour insuffisance du capital sont réunies, dispose d'un pouvoir d'appréciation quant au montant de la condamnation. En particulier, il lui est loisible de tempérer celle-ci, sur la base de considérations relevant de l'équité, dans le cas où les fondateurs, ou l'un d'entre eux, sont intervenus personnellement par des concours financiers destinés au sauvetage de la société et au désintéressement de ses créanciers (Liège, 13 novembre 2000, précité. — Liège, 5 mai 1995, précité).

La répartition du capital social entre les fondateurs peut aussi être prise en considération, particulièrement lorsqu'eu égard aux circonstances concrètes de la cause, il apparaît que l'un des fondateurs a pu légitimement se fier à l'autre en ce qui concerne les appréciations à porter quant au niveau du capital social (Mons, 25 octobre 2001, précité). Mais ce pouvoir d'appréciation peut aussi légitimer une condamnation des fondateurs à supporter l'intégralité du passif de la faillite, en cas de désinvolture grave et caractérisée lors de la constitution de la société (Mons, 26 novembre 1998, précité).



Indépendamment des dispositions qui sanctionnent l'insuffisance du capital social, les fondateurs sont aussi responsables du capital souscrit, en ce sens qu'ils répondent de l'intégralité des souscriptions à concurrence du capital ainsi annoncé dans les statuts. Celui-ci ne peut d'ailleurs pas être inférieur au minimum légal et s'il l'était, les fondateurs sont aussi responsables de la différence, de sorte que le capital soit effectivement souscrit et libéré, dès la constitution de la société, à concurrence de ce montant (voy. Gand, 7 octobre 2002, *Tijds. Not.*, 2003, p. 217, à propos de l'art. 456, 1° du Code des sociétés). Un régime semblable s'applique en matière de sociétés privées à responsabilité limitée (Code des sociétés, art. 223), sous réserve que, pour cette variété de forme sociale, le capital minimum de 18.550 euros ne doit être intégralement libéré, lors de la création de la société, qu'à concurrence de 6.200 euros.

En cas de faillite de la société, le curateur ne peut donc agir, sur la base de l'art. 229-2°, en vue de la libération du capital par les fondateurs, au-delà du montant de leurs propres souscriptions, que (i) si le capital, intégralement souscrit à concurrence du montant de 18.550 euros, n'a pas été immédiatement libéré à concurrence de 6.200 euros; ou (ii) si le capital, intégralement souscrit et supérieur à 31.000 euros, n'a pas été immédiatement libéré à concurrence des montants visés par l'art. 223, al. 2 (31). Sur la base de la disposition précitée, on ne peut pas réclamer à des fondateurs, en cette qualité et au-delà de leurs propres souscriptions, la libération de la différence entre le capital minimum, s'il est intégralement souscrit, et le capital effectivement libéré conformément aux exigences de la loi (Gand, 10 octobre 2001, *T.R.V.*, 2002, p. 654 et la note R. TAS. — Com. Gand, 22 mars 2001, *T.G.R.*, 2001, p. 303. — Comp. Bruxelles, 13 novembre 2003, *R.D.C.*, 2004, p. 504, note Chr. KRZEWINSKI). Autre chose est pour le curateur de réclamer à chaque souscripteur la libération du solde de ses apports (Anvers 14 avril 1992, *T.R.V.*, 1992, p. 322 et la note M. WIJCKAERT).

(31) L'hypothèse se présentera rarement en pratique pour ce qui concerne le capital exclusivement souscrit en numéraire, eu égard à l'art. 224 du Code des sociétés: Chr. KRZEWINSKI, note citée au texte, spéc. p. 506, n° 8.



Dans tous les cas, seuls les comparants à l'acte constitutif, qui ont pris à cette occasion la qualité de fondateurs, sont susceptibles d'engager leur responsabilité sur la base des dispositions précitées (O. CAPRASSE, note sous Liège, 14 novembre 2000, *J.L.M.B.*, 2002, p. 1357). Il va de soi qu'un comparant ne peut invoquer le caractère fictif de sa souscription de complaisance pour échapper à ses responsabilités en tant que fondateur ostensible (Mons, 25 octobre 2001, précité. — Liège 14 novembre 2000, précité. — Com. Charleroi, 30 mars 1999, précité. — Com. Bruxelles, 26 avril 1988, *Pas.*, 1988, III, 110). Mais, à la différence de l'extension parfois donnée à la notion de gérant ou d'administrateur pour les besoins de certaines actions en responsabilité (*infra*, n° 52), la loi ne retient pas la notion de «*fondateur de fait*», en sorte que l'influence, même décisive, exercée par un tiers sur la constitution, par d'autres, d'une société ne fait pas de ce tiers un fondateur. C'est ce qu'a rappelé le Tribunal de Ière instance de Gand aux termes d'un jugement du 26 mars 1993, statuant à propos de la réorganisation du groupe Fabelta sous l'impulsion de l'Etat belge et de la G.I.M.V. (*R.D.C.*, 1993, p. 935).

D'autre part, dans les sociétés anonymes, certains comparants peuvent être exonérés des conséquences liées à la qualité de fondateur. Ils sont alors considérés comme de simples souscripteurs. Mais, suivant l'art. 450, al. 2, du Code des sociétés, cette exonération suppose que les autres comparants, qui seront les seuls à subir ces conséquences, possèdent ensemble au moins un tiers du capital social. Si le capital souscrit est inférieur au minimum légal, cette condition ne sera jamais réalisée, en sorte que tous les comparants seront nécessairement fondateurs, ainsi que le rappelle l'arrêt précité de la Cour d'appel de Gand du 7 octobre 2002.

La question de savoir si les fondateurs, ou les gérants (*infra*, n° 62), d'une société coopérative à responsabilité limitée, constituée avant la loi du 20 juillet 1991, pouvaient encourir une responsabilité dans le cas où le montant de la part fixe du capital n'aurait pas été adaptée aux nouvelles exigences légales a donné lieu à des hésitations (voy. not. M.-A. DELVAUX, «Les sociétés coopératives qui n'ont pas adapté leur capital aux nouvelles exigences de la loi du 20 juillet 1991 : quelle pro-



tection pour les tiers», *R.D.C.*, 1998, p. 588. — T. VERHOEST, note sous Com. Bruges, 10 octobre 1996, *T.R.V.*, 1997, p. 172. — H. CULOT, «Fondateurs, associés et gérants : distinguer les fonctions pour déterminer les responsabilités», note sous Civ. Gand, 6 décembre 2001, *Revue générale du contentieux fiscal*, 2003/2, pp. 72 à 77). Depuis celle-ci, la part fixe du capital ne peut être inférieure à 18.550 euros et elle doit être libérée immédiatement à concurrence de 6.200 euros (Code des sociétés, art. 390 et 397. — Lois coord., art. 147bis, §1^{er}, al. 2).

Il résulte du système de droit transitoire applicable à ce nouveau régime que les statuts des sociétés constituées avant le 1^{er} novembre 1991 devaient être adaptés au plus tard, le 1^{er} novembre 1993, à défaut de quoi les clauses statutaires contraires à la loi nouvelle seraient réputées non écrites et ses dispositions impératives, applicables (art. 168 de la loi du 20 juillet 1991). Comme telle, cette question ne présente plus qu'un intérêt historique mais la discussion dont elle a fait l'objet reste intéressante du point de vue des concepts plus généraux dans le cadre desquels elle s'est développée.

Suivant un jugement rendu le 5 septembre 1995 par le Tribunal de commerce de Charleroi (*J.L.M.B.*, 1997, p. 643), les fondateurs auraient pu voir leur responsabilité engagée sur la base de l'ancien art. 147ter-1^o (Code des sociétés, art. 405-1^o), dès lors que la part fixe du capital, telle que souscrite lors de la constitution de la société, serait, faute d'adaptation, restée inférieure au nouveau minimum légal (voy. aussi Gand, 9 mai 1997, *T.R.V.*, 1997, p. 403 et la note T. VERHOEST. — Corr. Gand, 22 janvier 1998, *T.G.R.*, 1998, p. 156, ainsi que les décisions inédites citées par M.-A. DELVAUX, *op. cit.*, spéc. p. 593, n^o 12). Un raisonnement semblable aurait pu conduire aussi à une responsabilité des fondateurs, si la part fixe du capital, égale ou supérieure à ce minimum, n'avait pas été libérée à concurrence de 6.200 euros — ce qui n'était pas le cas en l'espèce.

Au contraire, selon les décisions les plus nombreuses, la responsabilité des fondateurs s'apprécie à la constitution de la société, en sorte que la non-adaptation ultérieure des statuts à de nouvelles contraintes légales ne saurait y donner lieu (Liège, 20 février 2003, *D.A.O.R.*, 2003, p. 65. — Bruxel-



les, 19 juin 2001, *J.L.M.B.*, 2002, p. 1360. — Com. Gand, 25 février 2003, *T.G.R.*, 2003, p. 117. — Com. Hasselt, 9 avril 2002, *R.W.*, 2003-2004, p. 34. — Com. Gand, 29 septembre 2000, *R.W.*, 2001-2002, p. 251. — Com. Charleroi, 16 février 1999, *R.P.S.*, 1999, p. 119. — Com. Dendermonde, 3 novembre 1997, *T.R.V.*, 1998, p. 610). Une responsabilité des associés sur la base du droit commun serait restée possible (Cass, 10 janvier 1929, précité; Civ. Gand (6^e ch.), 6 décembre 2001, *Revue générale du contentieux fiscal*, 2003/2, p. 71); mais elle aurait supposé que les associés disposent du droit de provoquer la convocation d'une assemblée générale (Com. Hasselt, 9 avril 2002, précité), outre la preuve d'une relation de causalité entre le non-exercice de ce droit et le dommage allégué par les tiers (comp. *infra*, n^o 60, à propos de la responsabilité des administrateurs dans cette même situation).

Selon le jugement précité du 5 septembre 1995, la clause des statuts dont découlait la responsabilité limitée des associés ne pouvait pas non plus être déclarée inopposable aux tiers, au motif qu'elle n'avait pas été publiée, pareille publication n'étant pas requise sous le régime antérieur à la réforme de 1991 (ancien art. 7 des lois coord. sur les sociétés commerciales). Par contre, on pouvait se demander si, par l'effet de la non-adaptation des statuts, la clause de ces derniers édictant la responsabilité limitée des associés n'aurait pas dû être déclarée non écrite, sur la base de l'art. 168 précité de la loi du 20 juillet 1991.

Le Tribunal de commerce de Gand a aussi écarté cette sanction, dans son jugement précité du 25 février 2003, au motif que la société coopérative avait été valablement constituée sous l'empire de la loi ancienne et que le non-respect des règles en matière de capital minimum ne serait pas davantage sanctionné, dans le futur, par une déchéance du bénéfice de la responsabilité limitée, mais par la responsabilité particulière prévue par l'art. 147^{ter} nouveau, inapplicable, quant à lui, pour le passé, ainsi que nous venons de le voir (voy. aussi Liège, 20 février 2003, précité. — Liège, 28 avril 2000, *J.L.M.B.*, 2001, p. 816. — Com. Hasselt, 9 avril 2002, *R.W.*, 2003-2004, p. 33. — Corr. Gand, 22 janvier 1998, précité).



A notre avis, ce raisonnement n'est guère convaincant. Dès lors que les exigences nouvelles en matière de capital minimum devenaient une contrepartie ou une condition du bénéfice de la responsabilité limitée, la déchéance de celui-ci pouvait être attachée à la non-adaptation des statuts, précisément parce que la sanction particulière de l'art. 147^{ter} nouveau, relatif aux fondateurs en raison d'une défaillance constatée lors de la constitution de la société, était comme telle nécessairement inapplicable (en ce sens : Com. Liège, 27 mars 1996, *R.D.C.*, 1998, p. 608 et Com. Dinant, 4 mars 1997, *R.D.C.*, 1998, p. 609). Pareille sanction ne contrevenait nullement aux principes généraux de droit transitoire, lesquels impliquent que les dispositions d'ordre public sont immédiatement applicables, même en matière contractuelle (32).

SECTION 2. — AUTONOMIE ET RELATIVITÉ DE LA PERSONNE MORALE

23. DIVISION PATRIMONIALE — PRINCIPE ET CONSÉQUENCES.

— En principe, l'attribution de la personnalité morale à un groupement implique que celui-ci sera titulaire d'un patrimoine propre, distinct comme tel de celui de chacun de ses membres («Examen», *cette Revue*, 1992, p. 679) (33). Il s'ensuit que ces derniers ne peuvent pas exercer personnellement les droits et actions découlant de l'activité du groupement à l'encontre des débiteurs de celui-ci — solution classique que, sous l'empire de la législation antérieure à la réforme du 13 avril 1995, la Cour d'appel de Mons a rappelée à des personnes qui exploitaient une activité commerciale dans des conditions emportant, à l'époque, l'existence d'une société en nom collectif irrégulière, dotée comme telle de la personnalité morale (Mons, 17 septembre 1993, *J.T.*, 1994, p. 127; *La Baso-*

(32) H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome I^{er}, Bruxelles, Bruylant, 1962, n° 231quinquies, pp. 341-342; Cass. (1^{re} ch.), 22 octobre 1970 (*Société coopérative de locataires «Le home familial du Brabant» c/ Kwanten*), *Pas.*, I, 1971, p. 144, sur conclusions conformes du Procureur général GANSHOF VAN DER MEERSCH, pp. 147 et s., spéc. pp. 155-156, *R.C.J.B.*, 1972, p. 283, A. VANWELKENHUIZEN, «Le principe de la non-rétroactivité de la loi et le fonctionnement des services publics», note sous Cass. (1^{re} ch.), 22 octobre 1970, *R.C.J.B.*, 1972, p. 290.

(33) J. MALHERBE, Y. DE CORDT, Ph. LAMBRECHT et Ph. MALHERBE, *Précis de droit des sociétés*, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 215-216.



che, 1995, p. 36, note S. MAQUET) (34). La suppression de la conséquence ainsi attachée à la théorie des cadres légaux obligatoires, par la jurisprudence antérieure à cette réforme, implique que désormais ces droits et actions peuvent être exercés par les associés, en leur nom et/ou pour leur compte, conformément au régime de la société de droit commun (Code des sociétés, art. 2, §4) (35).

Par arrêt du 19 février 1999 (*Pas.*, 1999, I, 235), la Cour de cassation, statuant à propos des obligations découlant du régime matrimonial primaire, a énoncé une autre conséquence du principe de la division patrimoniale normalement inhérent à la personne morale : le juge de paix ne peut comprendre dans les biens d'un époux, pour les besoins de mesures urgentes et provisoires au sens de l'art. 223 du Code civil, un bien mis à la disposition de cet époux par une société dont il est le gérant. C'était, à vrai dire, l'évidence et, sous réserve de circonstances suffisamment caractérisées pour que l'on puisse conclure à une *utilisation* de la personne morale en fraude aux droits d'un époux (36), il ne saurait être dérogé à la règle pour des motifs de pure équité (comp. Y.-H. LELEU, «Examen de jurisprudence — Les régimes matrimoniaux», *cette Revue*, 2006, p. 779, n° 18 et les autres références).

(34) Th. TILQUIN et V. SIMONART, *Traité des sociétés*, t. I, Bruxelles, Kluwer, 1996, pp. 514-516.; A. GOSSELIN, «La réforme du 13 avril 1995 : la fin de la théorie des cadres légaux obligatoires et l'apparition d'une société commerciale à forme civile», *Act. dr.*, 1997, p. 717. P. VAN OMMESLAGHE, «Le droit commun de la société et la société de droit commun», in *Aspects récents du droit des contrats*, Bruxelles, Jeune Barreau, 2001, p. 162; J.-M. GOLLIER et Ph. MALHERBE, *Les sociétés commerciales — Des lois coordonnées au Code des sociétés*, 2^e éd., 2002, p. 29.

(35) J. MALHERBE, Y. DE CORDT, Ph. LAMBRECHT et Ph. MALHERBE, *Précis de droit des sociétés*, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 310 et s.; J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, t. I, 1976, p. 419, n° 446; B. TILLEMANN, *Proceshandelingen van en tegen vennootschappen*, Anvers, Maklu, 1997, p. 37; K. GEENS, «Procesrechtelijke en executieproblemen bij vennootschappen zonder rechtspersoonlijkheid», *T.R.V.*, 1995, p. 351; Comm. Courtrai, 19 janvier 1988, *T.R.V.*, 1989, p. 67; J. LIEVENS et H. LAGA, «Overzicht van rechtspraak (1978-1985) — Vennootschappen», *T.P.R.*, 1986, p. 868.

(36) P. VAN OMMESLAGHE, «Un principe général du droit : *fraus omnia corrumpit*», in *Liber Amicorum Paul Martens. L'humanisme dans la résolution des conflits. Utopie ou réalité?*, Bruxelles, Larcier, 2007, pp. 591 et s.; X. DIEUX, «Développements de la maxime '*fraus omnia corrumpit*' dans la jurisprudence de la Cour de cassation de Belgique», in *Actualités du droit des obligations*, Bruxelles, Bruylant, 2005; J. KIRKPATRICK, «La maxime *fraus omnia corrumpit* et la réparation du dommage causé par un délit intentionnel en concours avec une faute involontaire de la victime. A propos de l'arrêt de la Cour de cassation du 6 novembre 2002», *J.T.*, 2003, pp. 573 et s.



Mais la reconnaissance de la personnalité morale à un groupement n'implique pas nécessairement que le groupement soit doté d'un patrimoine qui, activement, lui appartienne en propriété pleine et entière. D'une manière générale, les attributs de la personnalité morale se déterminent en fonction de la loi qui reconnaît à tel ou tel groupement pareille personnalité (*infra*, n° 76) et il peut parfaitement résulter de cette loi que les actifs détenus par la personne morale le sont pour le compte de l'Etat qui les met à sa disposition. Le régime juridique d'une «*entreprise socialiste*» dotée de la personnalité civile par la loi algérienne, partie à une procédure qui a débouché sur un arrêt de la Cour de cassation du 6 décembre 1996 (*Pas.*, 1996, I, 1244. — Arr. Cass., 1996, p. 1172, avec les conclusions de l'avocat général BRESSELEERS), en offre une illustration remarquable, ainsi qu'il résulte du moyen développé à l'appui du pourvoi. Dans notre pays, une situation semblable se rencontre, suivant la Cour d'arbitrage, à propos de certains actifs détenus par la Banque Nationale de Belgique pour le compte de l'Etat belge (10 décembre 2003, *R.D.C.*, 2004, liv. 2, p. 217) (37).

Que, par ailleurs, le statut d'une pareille entité puisse, le cas échéant, justifier qu'elle ait à répondre de dettes contractées par une ou plusieurs autres entités sœurs soumises au même statut, n'autorise par contre pas que des biens dont elle a été dotée soient saisis, alors qu'aucune condamnation n'a été prononcée à sa charge. Les poursuites introduites en Belgique à cette fin, sur la base d'une condamnation prononcée seulement à charge d'une ou de plusieurs autres entités sœurs, relèvent du droit belge de la procédure et celui-ci implique que «*hormis le cas de simulation, la saisie-arrêt exécution ne peut, en règle, être pratiquée qu'à charge du débiteur et non d'un tiers*» (même arrêt). La même règle s'applique dans le cas où le créancier d'une société à responsabilité illimitée, telle une société en nom collectif, prétend procéder à la saisie d'un bien appartenant à un associé. Un titre exécutoire obtenu à l'encontre de la société ne suffit pas (Gand, 25 octobre 2005, *Le Courrier fis-*

(37) Le statut des ces actifs a été confirmé de la sorte par un jugement inédit du Tribunal de commerce de Bruxelles, du 9 mars 2007, qui fait l'objet d'une procédure d'appel.



cal, 2005, p. 641. — K. GEENS & al., «Overzicht van rechtspraak — Vennootschappen (1992-1998)», *T.P.R.*, 2000, p. 99, n° 159. — *Infra*, n° 84).

Le principe de la division patrimoniale exclut aussi toute confusion des masses, en cas de faillite des associés à la suite de la faillite d'une société à responsabilité illimitée, telle qu'une société en nom collectif ou une société en commandite simple (Liège, 28 novembre 2002, *R.P.S.*, 2003, p. 324). La circonstance que les créanciers de la société peuvent aussi produire leurs créances dans la faillite des associés n'y change rien. Il ne saurait en aller autrement qu'en cas de confusion inextricable du patrimoine de la société et de ceux des associés («Examen», *cette Revue*, 1992, p. 691, n° 52).

24. PERSONNALITÉ MORALE ET RESPONSABILITÉ LIMITÉE. — A l'instar des anciennes lois coord. sur les sociétés commerciales, le Code des sociétés consacre, implicitement au moins, une distinction catégorique entre les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés à responsabilité illimitée. Il s'ensuit que la responsabilité limitée n'est pas un attribut légalement réservé aux sociétés dotées de la personnalité morale et que les membres d'un groupement doté de la personnalité morale peuvent parfaitement être astreints à un régime de responsabilité illimitée (38). Mais le statut des membres d'un groupement doté de la personnalité morale reste incertain, lorsque la loi qui lui octroie cette personnalité ne précise pas le régime de leur responsabilité pour les dettes contractées par le groupement.

Dans un vieil arrêt du 24 avril 1884 (*Pas.*, 1884, I, 158), la Cour de cassation avait considéré que la personnalité morale laissait intacte la responsabilité illimitée des associés, conformément au régime qui s'appliquait alors à la société civile (Code civil, anciens art. 1862 et s.) et qui est aujourd'hui celui de la société de droit commun (Code des sociétés, art. 50 et s.). De Page s'est rallié à cette solution, pour l'appliquer notamment aux «*associations d'assurance*

(38). X. DIEUX, «La responsabilité civile des associés en matière de sociétés commerciales», in *Legal Tracks I — Essays on Contemporary Corporate and Finance Law*, 2003, p. 483. — «*De lege lata, de lege ferenda*: Controverses sur la responsabilité des associés», *Mélanges Bernard Glansdorff*, p. 137.



mutuelle» (t. V, 2^e éd., n^o 38, litt. C). Mais l'idée qu'il existerait en ce domaine un droit commun, dans un sens ou un autre d'ailleurs, a été plus récemment contestée, eu égard à la diversité des situations rencontrées en droit positif (V. SIMONART, *La personnalité morale en droit privé comparé*, Bruxelles, Bruylant, 1995, n^o 494).

A notre avis, il faut résoudre la question en tenant compte du fait que le groupement, doté de la personnalité morale, traite comme tel avec les tiers, à l'intervention de ses représentants. L'observation suffit pour justifier qu'à défaut de dispositions légales ou statutaires contraires, seul le groupement est de la sorte engagé (comp., dans le même sens, les conclusions du Procureur général Ganshof VAN DER MEERSCH, précédant Cass., 17 mai 1968, *Pas.*, 1968, I, 1074, spéc. p. 1077. — H. DE WULF, «Onbeperkte aansprakelijkheid van vennoten impliceert geen toerekening van handelaarshoedanigheid», *T.R.V.*, 2003, p. 679, spéc. p. 681 et la note 13).

Encore que sa motivation ne soit pas très explicite à cet égard, on approuvera, à la lumière de la solution générale qui nous paraît ainsi la plus exacte, un jugement du 19 mai 1993, par lequel le Tribunal de I^{re} instance d'Ypres déclare irrecevable une action introduite contre les membres d'une association d'assurance mutuelle, en vue du règlement d'une indemnité d'assurance (*R.G.D. Civ.*, 1994/3, p. 256). Comme l'indique le Tribunal, pareille action doit être introduite contre l'association, en tant que celle-ci est dotée de la personnalité morale conformément à l'art. 11 de la loi du 9 juillet 1975 sur le contrôle des entreprises d'assurances (*adde*, sur le régime de ces associations : M. FONTAINE, *Droit des assurances* (3^e éd.), n^o 110 et les références).

Même s'il fallait — *quod non*, à notre avis — considérer que les associés demeurent indéfiniment responsables des dettes sociales toutes les fois que la loi ou les statuts n'en disposent pas autrement, cette responsabilité illimitée resterait d'ailleurs subsidiaire, en sorte qu'une action contre les associés postulerait une condamnation préalable de la société (V. SIMONART, *op. cit.*, n^o 405). La règle, exprimée en ce sens par l'art. 203 du Code des sociétés à propos de la société en nom collectif (ancien art. 189 des lois coord. sur les sociétés commerciales),



tient en effet à la nature même des choses («Examen», *cette Revue*, 1992, p. 689, n° 52). Le jugement précité demeure donc justifié, en tout état de cause, étant précisé que pareille subsidiarité n'implique par contre aucun bénéfice de discussion et que le recouvrement des dettes sociales sur le patrimoine des associés ne postule pas que la société soit elle-même insolvable (H. DE WULF, *op. cit.*, p. 680). Telle est la règle. L'exercice injustifié de poursuites à l'encontre des associés serait toutefois constitutif d'abus de droit (39).

25. PERSONNALITÉ MORALE ET RESPONSABILITÉ ILLIMITÉE — FAILLITE DE LA SOCIÉTÉ — CONSÉQUENCES POUR LES ASSOCIÉS (40). — Lorsque la loi prévoit que les associés sont indéfiniment responsables des dettes sociales, en dépit de la personnalité reconnue à la société, pareille responsabilité n'engage en principe les associés qu'à l'égard des tiers créanciers de la société et non pas envers la société elle-même (K. GEENS & J. VANANROYE, «De gradaties in de rechtspersoonlijkheid en het vennootschappelijk vermogen», in *Rechtspersonenrecht — Postuniversitaire cyclus W. Delva* (1999), p. 450, n° 28). Il s'ensuit que le curateur, agissant aux droits de la société faillie, ne peut postuler que les dettes de celle-ci soient mises à charge des associés. Mais il ne peut davantage prétendre agir à cette fin pour le compte de la masse des créanciers, dès lors que cette action n'a pour objet ni de reconstituer le patrimoine de la société faillie ni de réparer un dommage collectif au sens du droit de la faillite (Anvers, 11 septembre 2003, *T.R.V.*, 2005, p. 119 et la note J.V. — Com. Gand, 19 juin 2003, *T.G.R.*, 2003, p. 223). Il n'entre pas en effet dans les pouvoirs du curateur de mettre en œuvre les recours des créanciers du failli à l'encontre de ceux qui sont co-obligés avec celui-ci.

(39) Parmi les innombrables études auxquelles la théorie de l'abus de droit a donné lieu en Belgique, voy., outre l'étude fondatrice de P. VAN OMMESLAGHE, «Abus de droit, fraude aux droits des tiers, fraude à la loi», *cette Revue*, 1976, p. 303, P.-A. FORIERS, «Observations sur le thème de l'abus de droit en matière contractuelle», *cette Revue*, 1994, p. 185. — S. STIJNS, «Abus, mais de quel(s) droit(s)? Réflexions sur l'exécution de bonne foi des contrats et l'abus de droit en matière contractuelle», *J.T.*, 1990, p. 33.

(40) Sur le droit des associés indéfiniment responsables d'exercer des recours contre les condamnations prononcées à charge de la société, voy. *infra*, n° 83 et la note 180.



On sait que par un célèbre arrêt du 15 décembre 1938 (*Pas.*, 1938, I, 383), la Cour de cassation a décidé que la faillite d'une société en nom collectif justifie comme telle la faillite des associés, indéfiniment responsables des dettes sociales par application de l'ancien art. 17 des lois coord. sur les sociétés commerciales (Code des sociétés, art. 204) et censés faire, en leur qualité d'associés en nom, le commerce sous le couvert de la société. Cette jurisprudence a depuis lors été confirmée avec constance («Examen», *cette Revue*, 1992, p. 691, n° 53). Un arrêt du 15 septembre 2000 l'a rappelée encore, durant la période couverte par le présent examen (*R.W.*, 2000/2001, p. 1205. — Voy. aussi Cass., 18 février 1999, *T.R.V.*, 1999, p. 419 et la note B. WINDEY. — Cass., 15 décembre 1995, *Pas.*, 1995, I, 1166. — Cass., 20 décembre 1990, *Pas.*, 1991, I, 390. — Anvers, 18 septembre 2000, *R.W.*, 2000-01, p. 1205. — Anvers, 10 mai 1999, *R.D.C.*, 1999, p. 630 et la note Chr. VAN BUGGENHOUT (41)).

Mais la pertinence de la solution est mise en doute par une fraction de la doctrine moderne, au motif que l'attribution automatique de la qualité de commerçants aux associés en nom, fondée sur l'idée d'une personnalité morale incomplète de cette variété de société, est discutable (V. SIMONART, *op. cit.*, n° 500. — H. DE WULF, *op. cit.*, pp. 683 et s.). Pareille automaticité est d'ailleurs rejetée par les juges du fond, à propos d'autres formes de sociétés à responsabilité illimitée telles que la société coopérative, lorsque les associés ont fait le choix de ce régime de responsabilité (Liège, 18 décembre 2000, *R.P.S.*, 2001, p. 300 et la note W. DERIJCKE. — Com. Tongres, 13 janvier 2003, *T.R.V.*, 2003, p. 678 et la note H. DE WULF, précitée).

Comme le montre M. De Wulf, la responsabilité illimitée des associés ne peut en effet justifier à elle seule que la qualité de commerçant leur soit imputée, pour les besoins du droit de la

(41) Dans cette dernière affaire, la question se posait plus particulièrement de savoir si les associés en nom perdent la qualité de commerçant par l'effet de la mise en liquidation de la société. La cour répond, à juste titre, par la négative, quoique la doctrine classique ait exprimé à ce propos quelques hésitations (VAN RYN, t. I^{er}, 1^{re} éd., n° 103). Si l'on admet que la qualité d'associé en nom implique comme telle la qualité de commerçant, il n'y a aucune raison susceptible de justifier que cette qualité se perde par l'effet d'une dissolution de la société, en dépit de laquelle cette dernière conserve elle-même sa qualité de commerçant (VAN RYN, t. I^{er}, 1^{re} éd., n° 358).



faillite notamment. La circonstance qu'un patrimoine doit répondre de dettes générées par des actes de commerce n'implique pas que le titulaire de ce patrimoine soit l'auteur de ces actes ou puisse être traité comme tel. Quant à la «*raison sociale*» (42), elle a cessé, depuis une loi du 23 janvier 2001 (art. 2-18°), de constituer une condition d'exercice, par la société en nom collectif, de ses activités. L'implication personnelle des associés dans les affaires sociales ou, à tout le moins, l'apparence de pareille implication qui pouvait s'en déduire (Cass., 15 décembre 1938, précité), ne saurait donc plus être invoquée aujourd'hui à l'appui d'une solution pourtant traditionnelle (voy. RIPERT, *Traité élémentaire de droit commercial* (1948), n° 718).

Cette tradition n'est cependant pas arbitraire. Elle procède en réalité d'une volonté de protection des tiers avec lesquels il aura été traité sous le couvert de la société en nom collectif. Sur le plan de la logique juridique, elle peut paraître aujourd'hui peu compatible avec le concept de personnalité morale, eu égard aux développements considérables que celui-ci a connus dans la doctrine et dans la jurisprudence (43). Mais ce concept reste malgré tout une création artificielle et l'on ne peut, sauf à verser dans le dogmatisme, en figer la teneur et les conséquences sur la base de déductions purement abstraites (44).

Dans notre pays, l'attribution de la qualité de commerçants aux associés en nom, ainsi d'ailleurs qu'aux associés commandités, découle en tout cas de l'art. 33, §3, de la loi du 16 janvier 2003 portant création de la Banque-Carrefour des entreprises (ancien art. 5 des lois coord. sur le registre du commerce) — dispositions qui sont sans pertinence pour la

(42) Sur la notion de raison sociale au sens traditionnel du terme : VAN RYN, t. I^{er}, 1^{re} éd., n^{os} 420 et s. — Par arrêt du 17 mars 1988 (*Pas.*, 1988, I, 861), la Cour de cassation avait toutefois adopté une définition de la raison sociale qui ne la distinguait déjà plus de la dénomination sociale.

(43) V. SIMONART, *La personnalité morale en droit comparé*, n^{os} 308 et s. — P. VAN OMMESLAGHE, «Observations sur les limites imposées à l'activité des personnes morales en droit comparé», *cette Revue*, 1958, p. 289. — Cass., 12 juin 1998, *Pas.*, 1998, I, 722. — 13 avril 1989, *Pas.*, 1989, I, 825. — C.E., 14 octobre 1996, *R.D.J.P.*, 1996, p. 216.

(44) A propos des diverses conceptions relatives à la nature de la personnalité juridique, voy. V. SIMONART, *op. cit.*, n^{os} 12 et s. — P. VAN OMMESLAGHE et L. SIMONT, «La notion de l'organe statutaire et la répartition des pouvoirs par le conseil d'administration de la société anonyme», *cette Revue*, 1964, p. 74, spéc. p. 81 et la note 23.



réponse à donner à la question de savoir si les associés, dans les autres personnes morales à responsabilité illimitée, sont ou non des commerçants (H. DE WULF, *op. cit.*, p. 682. — W. DERIJCKE, *op. cit.*, p. 304, n° 3. — *Contra* : DU FAUX, «Les sociétés coopératives», *Rép. Not.*, t. XII, n° 203. — Liège, 18 décembre 2000, précité).

Mais la justification de la tradition à laquelle nous venons de faire allusion, à propos de la société en nom collectif, en fixe aussi la limite. En particulier, si la volonté de protéger les tiers peut légitimer l'attribution, confirmée par la loi belge, de la qualité de commerçant aux associés en nom, de manière à rendre possible la déclaration de leur faillite, cette volonté ne justifie par contre nullement que les conditions de cette faillite puissent être irréfragablement tenues pour réalisées dans leur chef, du seul fait qu'elles le sont dans celui de la société (*contra* : Liège, 9 juin 1994, *R.P.S.*, 1995, p. 135 qui applique la jurisprudence classique). La protection des tiers, par le jeu du droit de la faillite, implique seulement que les associés en nom puissent être déclarés en faillite, s'ils se trouvent eux aussi en état de cessation de paiement et si leur crédit personnel est ébranlé, avec pour conséquence qu'ils ne pourront plus faire face aux obligations découlant pour eux de la responsabilité illimitée caractérisant le régime de la société en nom collectif.

Même si elle peut se réclamer d'une certaine tradition, la règle énoncée par l'arrêt précité du 15 décembre 1938, suivant laquelle «*la déclaration de faillite d'une société en nom collectif implique constatation de la cessation des paiements et de l'ébranlement du crédit de tous les associés*», constitue donc une assertion pour le moins discutable et son maintien se comprendrait d'autant moins que la Cour de cassation a condamné cette assimilation en d'autres occasions comparables (*infra*, n° 28) (45). A juste titre, le Tribunal de commerce de Namur s'en est écarté aux termes d'un jugement du 30 janvier 1992, considérant que la faillite d'un associé commandité à la suite

(45) Ainsi la Cour de cassation a-t-elle, dès 1978, corrigé les excès et inexactitudes de la jurisprudence des juges du fond en matière d'extension de faillite : voy. VAN RYN et VAN OMMESLAGHE, «Examen», *cette Revue*, 1981, p. 276, n°s 32 et s. — «Examen», *cette Revue*, 1992, p. 633, n° 26.



de la faillite de la société en commandite requiert la démonstration que cet associé est personnellement en état de cessation de paiements et que son crédit personnel est ébranlé (*J.T.*, 1992, p. 443) — alors même que la loi traite les commandités comme des associés en nom (Code des sociétés, art. 205. — VAN RYN, t. I^{er}, 1^{re} éd., n° 438).

26. PATRIMOINE DE LA PERSONNE MORALE ET PARTS SOCIALES. — L'attribution de la personnalité morale à un groupement, et la division patrimoniale que cette attribution comporte, implique qu'en principe (comp. *supra*, n° 18), la propriété de parts dans la société a pour seul objet ces dernières, qu'elles soient ou non incorporées dans des titres négociables selon la forme sociale en cause, et non point les actifs sociaux. Comme tels, les droits attachés aux parts sont ainsi traités comme des droits mobiliers, même si le patrimoine social comporte des immeubles (VAN RYN, t. I^{er}, 1^{re} éd., n° 362). La Cour d'appel de Gand a aussi déduit de cette distinction que l'intermédiaire auquel une exclusivité avait été concédée pour la négociation de la cession du fonds de commerce détenu par une société privée à responsabilité limitée ne pouvait prétendre à la méconnaissance de cet engagement et au paiement d'une commission, en cas de cession à un tiers des parts sociales détenues par les associés contrôlant l'entreprise en question (3 novembre 1998, *T.R.V.*, 2000, p. 291).

Cette décision doit être approuvée. Mais la motivation par laquelle elle est justifiée appelle quelques réserves, particulièrement en ce qu'il y est fait référence à un arrêt par lequel la Cour d'appel de Bruxelles a, en 1987, considéré que les garanties dues, en vertu du droit commun (Code civil, art. 1641 et s.), par le vendeur de parts ou d'actions ne concernent que celles-ci et non point le patrimoine social (20 mai 1987, *R.D.C.*, 1988, p. 35 et la note D. DEVOS). D'autres décisions ont, depuis lors, consacré la même thèse (voy., en particulier, Liège, 1^{er} avril 1992, *R.P.S.*, 1993, p. 97). Mais, ainsi qu'on l'a montré, cette conception restrictive ne se justifie pas (X. DIEUX, «Les garanties en matière de cessions d'actions — Pour un retour aux sources», in *Liber Amicorum Commission Droit et Vie des Affaires*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 487). En France, où la question s'est posée en termes identiques, la



doctrine et la jurisprudence restent, semble-t-il, oscillantes (voy., notamment, A. COURET, «Cession de parts sociales : difficultés d'application de la garantie des vices cachés», *Bull. Jolly*, 2000, n° 86).

La distinction entre patrimoine social et parts sociales n'empêche pas que les acquéreurs du contrôle d'une société puissent prétendre à la réparation du préjudice découlant d'une moins-value de la participation acquise ou d'une diminution de la rentabilité attendue de celle-ci, en cas de violation, par le vendeur des parts, d'une clause de non-concurrence stipulée au profit de la société dont le contrôle a été cédé (Gand, 25 juin 1995, *T.R.V.*, 1996, p. 642). Il s'agit d'une application du droit commun des obligations, lequel n'exclut pas que celui qui stipule au profit d'autrui puisse réclamer au promettant réparation du préjudice propre que, le cas échéant, l'inexécution de la promesse lui cause (DE PAGE, t. II, 3^e éd., n° 700-B). On ne confondra pas cette situation avec celle qui se présente lorsqu'un associé entend mettre en œuvre la responsabilité des administrateurs ou gérants auxquels il reproche une faute de gestion à l'origine d'une diminution de la valeur de ses parts (DIEUX, «La responsabilité civile des dirigeants de la société anonyme : questions de principe!», in *Actualités du droit des sociétés* (2006), p. 103, spéc. p. 108).

27. «LEVÉE DU VOILE» DE LA PERSONNALITÉ MORALE : 1° CONTRÔLE ET ENGAGEMENTS DE PATRONAGE. — Le contrôle d'une société, par la détention d'une quantité de parts sociales suffisantes pour exercer une influence décisive sur l'administration de celle-ci, ne justifie évidemment pas que l'on assimile la société et l'associé qui la contrôle, et celui qui acquiert le contrôle d'une société, en acquérant la majorité, voire la totalité des parts sociales, ne devient évidemment pas pour autant partie aux contrats antérieurement conclus par la société (sur la problématique des groupes de sociétés, voy. aussi *infra*, n° 29).

Cette vérité élémentaire a dû être rappelée par la Cour d'appel de Bruxelles, aux termes d'un arrêt du 3 décembre 1992 (*J.T.*, 1994, p. 599), dans une affaire où un concessionnaire prétendait mettre à charge de l'associé contrôlant la société concédante les conséquences de la rupture par cette



dernière du contrat de concession. Cet arrêt est conforme à la jurisprudence antérieure de la même Cour d'appel, qui s'est toujours refusée à lever le voile de la personnalité morale du concédant pour venir en aide au concessionnaire, partie présumée la plus faible dans la réglementation propre au contrat de concession («Examen», *cette Revue*, 1981, p. 261, n° 27, commentant Bruxelles, 17 janvier 1978, *R.P.S.*, 1978, p. 232).

Une clause du contrat de concession, auquel l'acquéreur du contrôle de la société concédante n'est pas partie, prévoyant que le contrat lie «*le concédant et le concessionnaire, ainsi que leurs ayant droits respectifs et cessionnaires d'actions*» ne peut, au demeurant, être opposée à de tels cessionnaires, dès lors qu'aucune adhésion de leur part à la convention ne peut être démontrée (même décision). Mais l'adhésion des actionnaires de contrôle à une convention conclue par la société, à l'intervention de ses organes, peut être tacite et se déduire des circonstances de la cause souverainement appréciées en fait par le juge du fond.

Cette autre vérité première est illustrée par un arrêt de la Cour d'appel de Gand, admettant que les actionnaires de contrôle d'une société familiale avaient pu être engagés par un droit de préférence consenti par les organes de celle-ci à un tiers, sur les actifs sociaux ou sur les actions en mains de ces actionnaires familiaux. En l'espèce, l'arrêt constate en particulier que la convention avait été portée à la connaissance de ces derniers sans protestation de leur part *in tempore non suspecto* (19 mai 1993, *T.R.V.*, 1996, p. 646 et la note M.W.). Les faits de la cause pourraient aussi être révélateurs d'un mandat apparent (46).

Dans une autre affaire intéressant la concurrence au sein du secteur de l'audiovisuel, le Président du Tribunal de commerce de Bruxelles a considéré que la disposition par laquelle une autorisation d'émettre accordée à une chaîne de télévision commerciale avait été subordonnée à la condition que les fondateurs de la société bénéficiaire continuent à contrôler celle-

(46) A propos de la théorie du mandat apparent dans la jurisprudence actuelle, voy. Cass., 20 juin 2000, *R.D.C.B.*, 2000, p. 483 et la note P.-A. FORTIERS. — X. DIEUX, *Tendances générales du droit contemporain des obligations — Réforme et contre-réforme* (J.B.B., 2000), p. 24, n° 17.



ci pendant une durée déterminée, n'avait pas été violée du fait qu'un tiers avait pris indirectement le contrôle de la société, en devenant l'actionnaire majoritaire de l'un des fondateurs, lui-même constitué dès l'origine sous la forme d'une société anonyme (5 décembre 2001, *Journ. Procès*, 2001/427, p. 22 et la note Fr. JONGEN).

Sans prétendre ici remettre en cause une appréciation essentiellement liée aux circonstances de l'espèce, nous croyons qu'aucun enseignement général ne peut être déduit de cette décision. Lorsqu'une clause de maintien de contrôle est insérée dans un acte juridique, la portée de celle-ci, et la question de savoir si l'exigence de pareil maintien concerne aussi le contrôle indirect, dépendent d'une interprétation de la volonté de l'auteur de l'acte, laquelle relève, pour l'essentiel, de l'appréciation souveraine du juge du fond. L'appréciation, sévère pour les demandeurs, portée par l'annotateur de cette décision sur la thèse défendue par ceux-ci paraît donc quelque peu excessive et trop catégorique.

L'imputation des obligations souscrites par la société à un associé, le plus souvent un associé ou un actionnaire de contrôle, peut aussi être justifiée par des déclarations faites par lui à cette fin, aux termes de lettres dites «*de confort*» ou de «*patronage*», voire d'autres engagements de soutien différemment dénommés et de formes diverses («*Examen*», *cette Revue*, 1992, p. 626, n° 24). Il s'agit d'une application du principe de l'autonomie de la volonté (L. DU JARDIN, *Un confort sous-estimé dans la contractualisation des groupes de sociétés : la lettre de patronage*, Bruxelles, Bruylant, 2002, n°s 349 et s.), la portée de ces déclarations dépendant elle aussi essentiellement d'une interprétation, par le juge du fond, de la volonté du déclarant. (Gand, 3 juin 1993, *D.A.O.R.*, 1994, p. 99 (47)). Sauf dans la mesure où il faut apprécier la conformité de pareils engagements avec l'intérêt de la société qui le prend,

(47) Dans cette affaire, la cour d'appel de Gand a considéré qu'en déclarant accepter que ses créances soient subordonnées, une société néerlandaise, qui contrôlait de fait une société belge, s'était engagée à soutenir la liquidation de cette dernière et à faire en sorte que ses autres créanciers soient, dans ce cadre, désintéressés. Sur la base des seules circonstances de fait telles qu'elles sont relatées par la décision, pareille interprétation paraît discutable. La décision confirme en tout cas la sévérité avec laquelle les Cours et Tribunaux ont tendance à apprécier la portée des engagements de soutien («*Examen*», *cette Revue*, 1992, p. 626, n° 24).



singulièrement dans le contexte d'un groupe de sociétés (*infra*, n° 29), le sujet ne présente guère d'intérêt, en définitive, sur le plan du droit des sociétés.

28. «LEVÉE DU VOILE» DE LA PERSONNALITÉ MORALE : 2° EXTENSION DE LA FAILLITE AU «MAÎTRE DE L'AFFAIRE» ET FRAUDE AUX DROITS DES TIERS. — L'érosion de la théorie de l'extension au «*maître de l'affaire*» de la faillite de la société «*maîtrisée*» par celui-ci, amorcée sous l'impulsion de plusieurs arrêts rendus par la Cour de cassation à la fin des années septante et au début des années quatre-vingt (*Examens, cette Revue*, 1992, p. 633, n° 26. — 1981, p. 267, nos 27 et s.), s'est confirmée au cours de la période sous revue, si l'on se réfère au très petit nombre de décisions publiées à ce sujet (Voy., dans le même sens, P. COPPENS et Fr. T'KINT, «Examen de jurisprudence — Faillite, concordat et privilèges», *cette Revue*, 2003, p. 607, n° 8. — 1997, p. 158, n° 3). En particulier, lorsque le prétendu «*maître de l'affaire*» n'a pas exercé de commerce personnel, en marge de la société déclarée en faillite, il faut, pour que cette faillite puisse lui être «*étendue*», démontrer de manière circonstanciée en quoi les conditions de fonctionnement de la société et la méconnaissance des règles inhérentes à la personnalité propre de celle-ci permettent de déduire que le «*maître de l'affaire*» exploitait en réalité un commerce personnel sous le couvert de la société (Liège, 28 mars 1991, *R.P.S.*, 1991, p. 255. — Comp. Com. Liège, 8 mai 2000, *R.D.C.*, 2000, p. 448 (48)).

Il faut aussi que les actes dont il est prétendu que cette réalité se déduit aient continué à être accomplis dans les six mois qui précèdent la déclaration de faillite du maître de l'affaire (Liège, 20 octobre 1994, *R.P.S.*, 1995, p. 131. — Comp. Mons, 10 février 1993, *R.P.S.*, 1993, p. 319). En réalité, après les arrêts de la Cour de cassation auxquels il est fait ci-dessus référence, la notion même de faillite par *extension* est devenue purement verbale, puisque les conditions de la faillite du

(48) Contrairement à ce qu'indique cette dernière décision, la circonstance que le commerce exercé par le maître de l'affaire sous le couvert de la société excède en outre l'objet statutaire de cette dernière n'implique pas nécessairement que les obligations qui découlent de cette activité ne puissent grever le patrimoine de la société, outre celui du maître de l'affaire (*infra*, n° 31).



«*maître de l'affaire*» doivent s'apprécier dans le chef personnel de celui-ci et qu'elles ne découlent pas de la déclaration de faillite de la société, contrairement au régime qui, non sans incohérence, demeure appliqué en cas d'extension aux associés en nom de la faillite d'une société en nom collectif (*supra*, n° 25). De plus, la faillite de la société et celle du «*maître de l'affaire*» doivent être liquidées sur la base de deux masses distinctes, sauf imbrication inextricable des patrimoines (Mons, 10 février 1993, précité).

Quant au fondement susceptible de justifier juridiquement une extension de faillite, il faut distinguer la justification à donner, en premier lieu, à l'exception au principe de la responsabilité limitée que pareille extension postule, laquelle ne conduit pas nécessairement à la faillite de celui qui est déchu de ce principe, et, d'autre part, la déclaration de faillite proprement dite. Ainsi que nous venons de le rappeler, la déclaration de faillite trouve son fondement dans le droit de la faillite, ce qui explique que les conditions de la faillite doivent s'apprécier dans le chef du «*maître de l'affaire*». Quant à l'imputation à ce dernier du passif social, en dépit du régime de responsabilité limitée applicable, par hypothèse, à la société faillie, elle est susceptible de se justifier par la théorie de l'abus de droit, au sens large, la personnalité morale ayant été détournée de son but (Com. Liège, 8 mai 2000, *R.D.C.*, 2000, p. 448) (49).

Dans un autre contexte de fraude aux droits des tiers, un arrêt de la Cour d'appel de Luxembourg, du 29 avril 2004, invoque la notion de simulation, pour valider une saisie-arrêt pratiquée sur un compte bancaire ouvert au nom d'une société dite fictive, en exécution d'une condamnation prononcée à charge du «*maître de l'affaire*» (*D.A.O.R.*, 2005/74, p. 152 et la note A. BERTOLOTTI. — Comp., sur les pouvoirs du juge des saisies aux fins de la constatation de pareille simulation, selon le droit belge : Cass., 11 mai 1995, *Pas.*, 1995, I, 487).

A notre avis, il est préférable, en cas de fraude, assortie ou non de simulation, de faire directement application du principe «*fraus omnia corrumpit*» (comp. *supra*, n° 9), plutôt que

(49) Sur cette variété d'abus de droit, voy. P. VAN OMMESLAGHE, «Abus de droit, fraude aux droits des tiers, fraude à la loi», *cette Revue*, 1976, p. 303, spécialement n°s 2 et 6.



de recourir aux règles propres à la simulation, dont la transposition, en droit des sociétés, reste incertaine («Examen», *cette Revue*, 1981, p. 273, n° 31) : ou bien l'on se trouve dans les conditions d'application de ce principe; ou bien c'est la théorie de l'abus de droit qui s'applique. Celle-ci ne requiert pas nécessairement une intention frauduleuse, mais elle n'en suppose pas moins une méconnaissance suffisamment caractérisée des «règles du jeu» concernant le fonctionnement de la personne morale dont il doit être établi qu'elle a été détournée de son but. En pratique, cette méconnaissance caractérisée se confondra le plus souvent avec une fraude (50).

Ces différents fondements juridiques sont rappelés par un arrêt de la Cour d'appel d'Anvers du 1^{er} février 1994, à propos d'une contestation portant sur la saisie d'un navire appartenant à une «*one ship company*» (*T.R.V.*, 1996, p. 64. — Voy. aussi Anvers, 12 décembre 1995, *T.R.V.*, 1996, p. 62, qui n'évoque, quant à lui, que la notion de société fictive). En l'espèce, la Cour considère que lorsque différentes sociétés, constituées pour l'acquisition et l'exploitation de différents navires, sont logées à la même adresse, financées par un même actionnaire de contrôle et soumise à une même direction, la saisie d'un navire appartenant à une de ces sociétés peut être pratiquée pour la conservation ou l'exécution d'une créance maritime, au sens de l'art. 1468 du Code judiciaire, contre une autre société du même groupe.

A notre avis, les décisions précitées et, en tout cas, la première d'entre elles, ne peuvent être approuvées sans de sérieuses réserves : la circonstance qu'une personne, physique ou morale, constitue autant de sociétés qu'elle exploite d'activités, même si celles-ci se résument à l'exploitation de plusieurs engins déterminés ou, par exemple, à la réalisation de plusieurs chantiers, ainsi logés dans des entités différentes, n'implique aucune dénaturation de la personnalité morale et de la division patrimoniale qui en constitue précisément le but premier.

(50) Comp. P. VAN OMMESLAGHE, «Examen de jurisprudence — Les obligations», *cette Revue*, 1975, p. 523, n° 36, à propos des conditions suivant lesquelles une fraude paulienne peut être établie par présomptions.



Il n'en va pas différemment parce que ces sociétés seraient administrées par un même gérant ou par des administrateurs communs, parce qu'elles auraient leur siège à la même adresse, ou parce qu'elles seraient financées par leur actionnaire de contrôle, pourvu que les organes sociaux se réunissent normalement et que les relations financières internes au groupe fassent l'objet de contrats appropriés. La circonstance qu'une police d'assurance, commune aux diverses sociétés, soit souscrite par l'actionnaire de contrôle n'est pas non plus un indice suffisant de détournement de la personnalité morale des sociétés en cause, dès lors que celles-ci fonctionnent, conformément à leurs statuts et à la loi qui leur est applicable, comme des entités juridiquement distinctes, connues comme telles des tiers qui ont accepté de traiter avec elles. En décider autrement reviendrait à subordonner le bénéfice de la division patrimoniale, et de la responsabilité limitée, à un critère d'appréciation à vrai dire arbitraire et aboutirait à la condamnation de pratiques qui n'ont rien d'illégales, dès lors — répétons-le — que les «*règles du jeu*» ne sont pas violées.

29. LES GROUPES DE SOCIÉTÉS. — Le droit des groupes, même s'il ne fait pas l'objet d'une réglementation d'ensemble en droit belge (51), répond plus généralement à une logique semblable à celle que nous avons rappelée ci-dessus (*supra*, n° 28). D'une part, dans les groupes qui résultent de liens de participation, les sociétés qui font partie d'un groupe ne sont pas absorbées par celui-ci, à travers celles des sociétés qui les contrôlent, directement ou indirectement, en sorte que chaque société doit être gérée dans son intérêt propre. Mais, d'autre part, l'appartenance au groupe est une situation de fait qui ne peut être ignorée, en sorte que se superpose un intérêt de groupe à l'intérêt propre de chaque société membre de celui-ci.

(51) Pour un état de la question, voy. E. WYMEERSCH, «Comment le droit pourrait aborder certains groupes de sociétés», *Mélanges offerts à Pierre Van Ommeslaghe*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 703 et s.; E. WYMEERSCH, «Le droit des groupes de sociétés», in *Liber Amicorum — Commission Droit et Vie des Affaires*, 1998, pp. 615 et s.; E. WYMEERSCH, «The groups of companies in Belgian law», in *Groups of companies in the EEC, A survey report to the European Commission*, de Guyter, Berlin, 1993; A. FRANÇOIS, «Vennootschapsbelang in het Belgische vennootschapsrecht, inhoud en grondslagen», (thèse), Antwerpen; Intersentia Rechtswetenschappen, 1999; A. FRANÇOIS, «Het wankele evenwicht tussen vennootschaps- en groepsbelang», *T.R.V.*, 1994, pp. 221-238; J. HEENEN, «L'intérêt social», in *Liber Amicorum Paul De Vroede*, Kluwer, 1994, pp. 889-899.



Par décision du 17 mai 1995, le Président du Tribunal de commerce de Bruxelles, siégeant comme en référé en application de l'art. 15, §2, al. 3, de la loi du 20 septembre 1948 portant organisation de l'économie, a ainsi considéré qu'un souci d'harmonisation comptable entre les sociétés faisant partie d'un même groupe, dans le cadre d'une stratégie de groupe international, pouvait parfaitement justifier qu'un même cabinet de réviseurs d'entreprise soit appelé aux fonctions de contrôle externe pour l'ensemble des sociétés du groupe (*T.R.V.*, 1996, p. 331. — Dans le même sens : Com. Verviers, 11 décembre 1998, *R.D.C.*, 1999 p. 588. — *Contra* : Anvers (Ref.), 3 mai 1993, *T.R.V.*, 1996, p. 219 et la note B. TILLEMAN. — Com. Charleroi (Ref.), 25 juillet 2003, *J.L.M.B.*, 2005, p. 251).

Dans le même esprit, il est aussi permis de prendre en considération, dans la gestion des sociétés faisant partie d'un groupe, le bénéfice économique, actuel ou futur, qu'elles sont susceptibles de retirer de leur appartenance au groupe, en contrepartie de charges ou de «*sacrifices*» qu'elles peuvent être amenées à supporter, eu égard à cette même appartenance. La balance entre ces avantages et ces charges relève d'appréciations en opportunité qu'il appartient aux organes compétents de porter, sous réserve d'un contrôle marginal par les Cours et tribunaux (52). Les fondements juridiques de ce contrôle sont divers. Sur le plan civil (53), l'abus de majorité et la responsa-

(52) Cass. crim., 4 février 1985, affaire dite «*Rozenblum*», *Rev. soc.*, 1985, p. 648, note B. BOULOC. Voyez, dans la jurisprudence belge, Bruxelles, 16 juin 1981, *R.P.S.*, 1981, p. 145; Comm. Liège, 13 octobre 1981, *R.P.S.*, 1982, p. 45; Bruxelles, 15 septembre 1992, *J.T.*, 1993, p. 312.

(53) Sur le plan pénal, l'infraction d'abus de biens sociaux créée par la loi sur la faillite du 8 août 1997 peut aussi trouver à s'appliquer dans les situations de groupe (E. ROGER FRANCE, «*Abus de biens sociaux, droit fiscal et groupes de sociétés*», *R.G.F.*, 1998, p. 259). Toutefois, suivant l'art. 492*bis* du Code pénal, elle suppose que les dirigeants de droit ou de fait de la société des biens ou du crédit de laquelle il aurait été sciemment abusé aient retiré de l'abus, directement ou indirectement, un avantage personnel, la société mère pouvant elle-même, selon les circonstances, être considérée comme un dirigeant de fait au sens du droit pénal (Sur la responsabilité pénale des personnes morales, voy. *infra*, n° 47. — comp. Fr. ROGGEN, «*L'incrimination nouvelle d'abus de biens sociaux en droit belge*», *Rev. Dr. ULB*, 1997/15, p. 121, spéc. p. 134). Auparavant, une interprétation extensive, et discutable, des conditions de l'infraction d'abus de confiance, particulièrement sous l'angle de l'interversion requise dans les modalités de détention du bien dont il était prétendu que le possesseur avait abusé, avait conduit une fraction de la jurisprudence à sanctionner, sur la base de l'art. 491 du Code pénal, des dirigeants accusés d'avoir fait des actifs sociaux un usage contraire à l'intérêt de la personne morale (Th. AFSCHRIFT et V.-A. DE BRAUWERE, *Manuel de droit pénal financier*, n°s 107 et s.). Encore pareille extension n'impliquait-elle nullement que la prise en considération d'un



bilité des administrateurs (*infra* n^{os} 57 et s.) comptent parmi ceux qui sont le plus fréquemment évoqués à ce propos (54).

La Cour d'appel de Bruxelles a été plus loin, aux termes d'un arrêt du 31 mai 1990 (*J.T.*, 1991, p. 45), dans un cas où il était reproché à une société en difficultés d'avoir, à l'intervention de ses représentants au sein de l'organe d'administration d'une filiale, acquis de celle-ci une participation dans une société tierce, à la seule fin de consentir un gage auquel l'obtention d'un crédit était subordonnée. La vente était

intérêt de groupe dans la gestion des filiales fût inconditionnellement prohibée et passible de sanction pénale (Bruxelles, 29 juin 1999, cité par AFSCHRIFT et DE BRAUWERE, *op. cit.*, n^o 110. — comp., cité par les mêmes auteurs : Cass. 13 janvier 1999, C.97.0363.F).

Sur la question de savoir si la doctrine dite des «*corporate opportunities*» — qui, sous le couvert de l'art. 524 du Code des sociétés, trouve un certain écho en matière de groupe — pourrait aussi être sanctionnée pénalement sur la base de l'art. 492*bis* du Code pénal, voy. not. H. SEELDRAYERS, «Art. 492*bis* SW : Het paard van Troje voor een efficient gesanctioneerde 'corporate opportunity doctrine' naar Belgisch recht?», *T.R.V.*, 1998, p. 3123. Sans pouvoir ici examiner cette question en détail, nous sommes enclins à considérer que la doctrine favorable à cette application extensive de la disposition pénale précitée mérite d'être très sérieusement nuancée. Si on ne peut certes exclure *a priori* qu'une opportunité d'affaire puisse, selon les circonstances, constituer un «*bien*» ou relève du «*crédit*» de la société, il n'en va pas automatiquement de la sorte. L'obligation de «*loyauté*» qu'en cette matière, les promoteurs de cette doctrine entendent faire peser sur les dirigeants de la société à l'égard de celle-ci, n'a pas pour effet de revêtir des qualités réelles caractérisant un «*bien social*» toutes les opportunités qui sont susceptibles de se présenter à tout moment (sur les équilibres délicats que postule la transposition de cette doctrine dans notre droit, voy., plus généralement, D. WILLERMAIN, «Les '*corporate opportunities*' (notamment au sein des groupes de sociétés)», *R.D.C.*, 2005/5, p. 453). Une extension débridée des conditions de l'infraction serait incompatible avec les principes fondamentaux de notre droit pénal et donnerait rétrospectivement raison à ceux qui étaient opposés à la disposition nouvelle en raison de l'insécurité juridique susceptible de résulter d'une définition trop vague (voy., not., à ce sujet : Fr. ROGGEN, «Les dispositions pénales de la loi sur les faillites du 8 août 1997», *R.D.P.*, 1998, p. 394, spéc. pp. 413 et s.).

(54) P. VAN OMMESLAGHE, «Rapport général», in *Droits et devoirs des sociétés-mères et de leurs filiales*, Anvers, Kluwer, 1986, p. 77 et pp. 90 et s.; P. VAN OMMESLAGHE et X. DIEUX, «Les sociétés commerciales, Examen de jurisprudence (1979 à 1990)», *R.C.J.B.*, 1992, p. 629, spéc. p. 631; E. WYMEERSCH, «L'article 60 et le droit belge des groupes de sociétés», in *Hommage à Jacques Heenen*, Bruxelles, Bruylant, 1994, p. 651, n^o 23; A. FRANÇOIS, «Enkele beschouwingen naar geldend en komend recht betreffende het wankel evenwicht tussen het vennootschaps- en het groepsbelang en betreffende het misbruik van vennootschapsgoederen als mogelijke sanctie bij onevenwicht», *T.R.V.*, 1994, p. 221, spéc. p. 232; V. SIMONART, «Le contrat de management. Aspects de droit des obligations et de droit des sociétés», *R.D.C.*, 1991, p. 1058; N. THIRION, «Délocalisation d'une division de l'entreprise et l'intérêt social», *R.P.S.*, 1996, p. 84, n^o 31; M. MARÉCHAL, «Sur l'abus de majorité dans les groupes de sociétés», note sous Bruxelles, 9 octobre 1984, *R.P.S.*, 1986, p. 57; D. NAPOLITANO, «Ondernemingsfinanciering door kredietinstellingen-vennootschapsrechtelijke aandachtspunten: het specialiteitsbeginsel en het vennootschapsbelang», *R.W.*, 1999-2000, p. 425; A. FRANÇOIS, «Het wankel evenwicht tussen vennootschaps- en groepsbelang», *T.R.V.*, 1994, p. 232; L. CORNELIS, «De aansprakelijkheid van bestuurders van vennootschappen in groepsverband», in *Aspects des groupes d'entreprises*, Centre d'études des groupes d'entreprises, Anvers, Kluwer, 1989, pp. 159-160; A. FRANÇOIS, *Het vennootschapsbelang in het Belgische vennootschapsrecht : inhoud en grondslagen*, Anvers, Interscientia, 1999, p. 703.



accompagnée d'un contrat de service entre la société mère et sa filiale, destiné à rendre celle-ci débitrice de commissions égales aux annuités dues en règlement du prix de vente, de sorte qu'en définitive, la filiale serait payée par une simple compensation.

Suivant l'arrêt, pareille construction était de la sorte inspirée par un mobile frauduleux, se traduisant par une spoliation de la filiale pour les seuls besoins de crédit de la société mère. La vente est, pour ce motif, déclarée nulle et la filiale, dégagée de son obligation de payer les premières commissions dues en exécution du contrat de services, lui aussi entaché de fraude, comme un élément de la construction mise en place à l'initiative de la société mère. L'arrêt n'est guère explicite quant aux bases légales de la sanction qu'il attache ainsi au comportement de la société mère et de ses représentants. On peut considérer que, dans les circonstances caractérisées de l'espèce telle qu'elles sont relatées par la Cour, cette sanction repose sur une application implicite des art. 1131 et 1133 du Code civil, combinée avec l'adage «*in pari causa...*» (55).

Dans une autre affaire à rebondissements divers («Examen», *cette Revue*, 1993, p. 723, n° 106), la même Cour d'appel a déchu une banque du bénéfice d'une caution à elle consentie par une autre banque, pour sûreté du remboursement d'un crédit octroyé à une société, dès lors que, suivant les constatations, souveraines en fait, que l'arrêt relate, la banque savait ou ne pouvait ignorer que la caution était contre-garantie par un gage constitué par une filiale, ultérieurement déclarée en faillite, de la société créditée (15 septembre 1992, *T.R.V.*, 1994, p. 275 et la note A. FRANÇOIS).

«*Si l'on peut admettre — énonce l'arrêt — que des sociétés qui composent un groupe puissent mutuellement s'entraider dans l'intérêt même de ce groupe — ce qui se conçoit lors d'un soutien accordé par la société mère à une de ses filiales car il y va de son propre intérêt — il est inadmissible que, pour son seul profit et en sacrifiant les intérêts de sa filiale ainsi que des actionnaires et des créanciers de celle-ci, une société dominante utilise les*

(55) P. VAN OMMESLAGHE, «Examen de jurisprudence — Les obligations», *cette Revue*, 1975, p. 466, n° 28. — *cette Revue*, 1986, p. 103, n° 40.



pouvoirs qu'elle détient dans cette filiale pour se servir de ses avoirs en les engageant comme sûreté de ses propres obligations financières résultant de l'acquisition des titres de cette filiale». Cette dernière circonstance évoque l'interdiction qui sera faite aux sociétés anonymes, à partir de la loi du 5 décembre 1984 transposant dans notre droit la deuxième directive européenne (56), de consentir des sûretés en vue de l'acquisition de leurs actions par un tiers (lois coord., art. 52ter. — Code des sociétés, art. 629 (57)). Mais elle n'est pas une condition nécessaire de la sanction des abus qui sont susceptibles d'être commis dans la gestion des groupes.

Parmi les autres questions que peut poser l'appartenance d'une société à un groupe figure celle de la responsabilité de la société mère vis-à-vis des créanciers contractuels d'une filiale. Il est évident qu'en principe, les tiers, qui ont contracté avec une société à responsabilité limitée, n'ont pas de recours à l'encontre de la société mère, quel que soit d'ailleurs le niveau de la participation de contrôle que cette dernière détient (*supra*, n° 24). Comme indiqué ci-dessus, les sociétés appartenant à un groupe n'en conservent pas moins, en effet, leur personnalité propre. Ce n'est que si la société mère a abusé à son profit, ou au profit d'un tiers, du patrimoine d'une filiale, qu'il peut, le cas échéant, lui être imposé de supporter, en tout ou en partie, les dettes de cette filiale, par les voies de droit appropriées : responsabilité de la société mère en tant qu'administrateur de fait (*infra*, n° 52); comblement de passif en cas d'abus de la personnalité morale par la société mère qui se serait comportée en «*maître de l'affaire*» (*supra*, n° 61).

Vice versa, un soutien apporté par la société mère à une filiale peut, suivant les circonstances, être constitutif d'un crédit fallacieux susceptible de justifier une responsabilité à

(56) M. MASSAGÉ, *L'adaptation du droit des sociétés anonymes aux deuxième et quatrième directives européennes (loi du 5 décembre 1984)*, Bruxelles, Swinnen, 1985; T. TILQUIN et R. PRIoux, «Management buy outs et leveraged management buy outs : considérations de droit des sociétés et de droit fiscal», *Rev. Banq.*, 1989, p. 195; J. MALHERBE, Y. DE CORDT, Ph. LAMBRECHT et Ph. MALHERBE, *Précis de droit des sociétés*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 73 et p. 744.

(57) La directive 2006/68/CE du septembre 2006 (art. 1^{er}, §6) permet aux Etats membres de déserrer l'étau dans lequel la réglementation visée au texte enfermait les opérations ainsi dites «*d'assistance financière*». Cette directive a été transposée en droit belge par l'arrêté royal du 8 octobre 2008.



l'égard des tiers qui pourraient démontrer qu'ils ont été trompés par ce crédit et qu'ils n'ont traité avec la filiale que sur foi de l'apparence trompeuse de solvabilité résultant de celui-ci (Com. Malines, 7 octobre 1999, *T.R.V.*, 2002, p. 151 et la note M. DALLE).

30. ABUS DE BIENS SOCIAUX. — Le législateur a introduit dans notre droit, à la faveur de l'adoption de la nouvelle loi sur la faillite du 8 août 1997, l'infraction d'abus de biens sociaux, inspirée du droit français (58). Conçu comme un complément, en quelque sorte, de l'infraction de détournement et d'abus de confiance (Code pénal, art. 491) (59), le nouvel art. 492*bis* du code pénal a donné lieu, au cours de la période couverte par le présent examen, à deux arrêts de la Cour de cassation, des 17 mars et 26 mai 1999, par lesquels celle-ci a explicité les relations entre les deux dispositions précitées (*J.T.*, 1999, p. 447 et la note Fr. ROGGEN. — *J.T.*, 1999, p. 645).

Suivant ces arrêts, un fait, susceptible de constituer un abus de biens sociaux et un abus de confiance, demeure susceptible de sanction pénale, sur la base de l'art. 491 du Code pénal, dont les conditions d'application sont, en ce qui concerne la qualité du préjudice qui doit résulter de l'infraction, moins strictes que celles de l'infraction d'abus de biens sociaux. Par arrêt du 15 mars 2006, la Cour d'arbitrage a d'autre part décidé que ne viole pas le principe de légalité en matière pénale, garanti par les art. 12 et 14 de la Constitution, l'appréciation que requiert l'application de la condition suivant laquelle l'abus de biens sociaux suppose un comportement que son auteur «*savait significativement préjudiciable aux intérêts patrimoniaux [de la personne morale] et à ceux de ses créanciers ou associés*» (Arr. C.A., 2006, liv. 2, p. 479, *M.B.*, 31 mai 2006, 28525, *J.T.*, 2006, p. 356).

(58) K. GEENS, «Een 'nieuw' strafbaar misbreuk : de vennootschapsgoederen», *Cah. du Jur.*, 1998, p. 1. — Fr. ROGGEN, «Les dispositions pénales de la loi sur les faillites du 8 août 1997», *R.D.P.*, 1998, p. 394. — «L'incrimination nouvelle d'abus de biens sociaux en droit belge», *Rev. Dr. U.L.B.*, 1997/15, p. 121. — Ph. ERNST, «Misbruik van vennootschapsgoederen : enkele bedenkingen vanuit het vennootschapsrecht bij de introductie van een nieuw misdrijf in het rechtspersonenrecht», *T.R.V.*, 1998, p. 63. — L. BIHAIN, «Le délit d'abus de biens sociaux», *R.D.C.*, 1998, p. 93.

(59) Sur les différences entre l'abus de confiance et l'abus de biens sociaux, voy. Th. AFSCHRIFT et A. DE BRAUWERE, *Manuel de droit pénal financier*, n° 135.



SECTION 3. — SPÉCIALITÉ ET CAPACITÉ

31. PRINCIPE DE LA SPÉCIALITÉ STATUTAIRE : PORTÉE ET SANCTIONS. — En principe, la société n'est pas engagée par les actes de ses organes, lorsque ces actes excèdent l'objet social (60) et, pour apprécier si ce principe a été violé, il faut avoir égard à l'objet de la société tel que celui-ci est défini dans les statuts (Gand, 1^{er} février 2001, *T.R.V.*, 2002, p. 385 et la note F. JENNÉ. — Comp., dans la même affaire, Com. Courtrai, 16 septembre 1997, *T.R.V.*, 1998, p. 171, où il est question de transactions «*vallende binnen het geredelijk te aanvaarden doel (en belang) van de N.V.*»). — Com. Mons, 24 mai 2000, *J.L.M.B.*, 2001, p. 837). Dans les sociétés anonymes, les sociétés en commandite par actions, les sociétés privées à responsabilité limitée et les sociétés coopératives à responsabilité limitée, un dépassement de l'objet social n'implique toutefois cette conséquence que si le tiers avec lequel il a été traité était de mauvaise foi, au sens donné à cette expression par le droit des sociétés (61).

Par contre, s'agissant de ces mêmes formes sociales, les tiers, qu'ils soient de bonne ou de mauvaise foi, ne peuvent, en principe, se prévaloir d'un dépassement de l'objet social pour se soustraire à l'exécution de leurs obligations : solution consacrée par un arrêt de la Cour de cassation du 12 novembre 1987 («*Examen*», *cette Revue*, 1992, p. 639, n° 28) et rappelée par deux décisions, au cours de la période couverte par le présent examen (Mons, 14 février 2000, *J.T.*, 2000, p. 468. — Com. Mons, 1^{er} juin 1999, *R.D.C.*, 2002, p. 130). Cette solution s'applique au dépassement de l'objet statutaire et elle est dépourvue de pertinence lorsqu'un organe excède les limites légales de ses pouvoirs. La société peut alors faire valoir ce

(60) 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. 283; A. BENOIT-MOURY, «*Représentation des sociétés de capitaux et limitations relatives à l'objet social*» note sous Cass. 12 novembre 1987, *R.C.J.B.*, 1989, p. 385; Th. TILQUIN et V. SIMONART, *Traité des sociétés*, tome 1, Bruxelles, Kluwer, 1996, pp. 690-691; S. MAQUET et C. DUPONT, «*Au cœur de la société, son objet social*», in *Le droit des sociétés : aspects pratiques et conseils des notaires*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 233; J. MALHERBE, Y. DE CORDT, Ph. LAMBRECHT et Ph. MALHERBE, *Précis de droit des sociétés*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 210.

(61) Il faut que le tiers ait connu le dépassement ou qu'il n'ait pu légitimement l'ignorer sans que l'illégitimité de l'ignorance puisse résulter de la seule publication des statuts : Code des sociétés, art. 258, 407 et 526.



dépassement à l'encontre de tout tiers qui entend se prévaloir à son encontre de l'acte entaché de pareil dépassement.

Vice versa, les tiers peuvent aussi opposer ce dernier à la société, contrairement à ce que suggèrent un arrêt de la Cour d'appel d'Anvers du 10 janvier 1991 (*T.R.V.*, 1991, p. 417 et la note H. LAGA) et un jugement rendu le 24 juillet 2003 par le Tribunal de commerce de Charleroi (*D.A.O.R.*, 2004/69, p. 44), dans deux affaires où il était reproché au délégué à la gestion journalière d'avoir accompli un acte juridique ou réalisé une transaction dépassant les limites de celle-ci (*infra*, n° 51) (62).

Plus explicitement que le jugement précité du Tribunal de commerce de Courtrai, un arrêt rendu par la Cour d'appel de Bruxelles, le 10 avril 2003, paraît assimiler à un dépassement de l'objet social, au sens du principe de la spécialité statutaire, une contrariété de la transaction réalisée par les organes d'une société anonyme à l'intérêt propre de celle-ci (*Rev. Not. b.*, 2003, p. 673 et la note E. MATHELART) (63). En l'espèce, une hypothèque avait été consentie par une société au soutien d'un crédit consenti à une autre société, sans contrepartie susceptible de justifier ce geste, — ce que, constate l'arrêt, le bénéficiaire de la sûreté ne pouvait, dans les circonstances concrètes de la cause, avoir ignoré. Le problème ne se pose toutefois pas dans ces termes et l'on n'aperçoit pas le motif qui justifierait que la notion d'objet social reçoive, à propos des dispositions précitées du Code des sociétés qui y font référence pour les besoins du principe de la spécialité statutaire, un sens différent de celui qui lui est reconnu dans d'autres dispositions, notamment celles qui énumèrent limitativement les causes de nullité des mêmes sociétés (Code des sociétés, art. 227, 403 et 454).

Or, s'agissant de ces autres dispositions, inspirées de l'art. 11 de la 1^{re} directive, la Cour de Justice a décidé que l'objet de la société doit s'entendre de «*l'objet social tel qu'il a été décrit dans les statuts de la société ou dans l'acte de constitution qui*

(62) A. BENOIT MOURY, «Représentation des sociétés de capitaux et limitations relatives à l'objet social», *cette Revue*, 1989, p. 387, spéc. n° 12.

(63) Comp. *infra*, n° 55, à propos de l'hypothèse d'un conflit d'intérêts et Civ. Courtrai, 18 novembre 1988, *T.R.V.*, 1989, p. 1334 et la note H. LAGA. — «Examen», *cette Revue*, 1993, p. 767, n° 123 et la référence à l'opinion de G. HORSMANS, «Le juge et le droit des sociétés commerciales», *R.P.S.*, 1991, p. 64, spéc., n° 26 et la note 51.



ont été publiés, ou tel qu'il apparaît de l'activité effectivement exercée par la société depuis le début» (C.J.C.E., 13 novembre 1990, Aff. C-106/89, *Rec.*, 1990, I, 4135, avec les conclusions de l'avocat général W. VAN GERVEN). Par un autre arrêt du 16 décembre 1997 (Aff. C-104/96, *Rec.*, 1997, p. 7211), la Cour de Justice a confirmé plus directement cette analyse, considérant que les dispositions d'une loi nationale intéressant les conflits d'intérêts n'entrent pas dans le champ d'application de l'art. 9 de cette même directive, en tant que celui-ci consacre le principe de l'inopposabilité aux tiers des limitations, découlant de la définition de l'objet statutaire, aux pouvoirs de représentation des organes.

La question de savoir si la contrariété d'un contrat à l'intérêt social peut être opposée au tiers avec lequel la société a traité ne peut donc pas se résoudre sur la base du régime particulier instauré par les art. 258, 407 et 526 du Code des sociétés, qui ne concernent que le dépassement de l'objet social, c'est-à-dire un excès de pouvoir. Le fait, pour les organes d'une société, d'accomplir des actes contraires à l'intérêt social peut, le cas échéant, être constitutif d'un détournement de pouvoir mais, selon le droit commun du mandat, la notion de détournement de pouvoir suppose une fraude du représentant et le représenté ne peut opposer celle-ci au tiers avec lequel il a été contracté que si la complicité de ce dernier à la fraude est établie, conformément au principe général de droit «*fraus omnia corrumpit*» (DE PAGE, t. V, 3^{ème} éd., n° 443. — P. WÉRY, *Le mandat*, n° 104). Cette conception prudente s'impose d'autant plus en droit des sociétés que la notion d'intérêt social est controversée («*Examen*», *cette Revue*, 1993, p. 772, n^{os} 125 et 126. — Y. DE CORDT, *L'égalité entre actionnaires*, n^{os} 266 et s. — A. FRANÇOIS, *Vennootschapsbelang*, n^{os} 324 et s.) et qu'en pratique, son application appelle, dans une large mesure, des appréciations en opportunité dans lesquelles il n'appartient pas aux tiers de s'immiscer.

On a parfois considéré que la cession du fonds de commerce exploité par la société constituait un acte excédant l'objet social (voy. A. BENOIT-MOURY, «*Représentation des sociétés de capitaux et limitations relatives à l'objet social*», *cette Revue*, p. 387, spéc. n° 8 et la note 98). Comme le relève le Tribunal de com-



merce de Bruxelles, dans un jugement du 18 mai 1990 (*R.D.C.*, 1991, p. 66 et la note E. POTTIER), tout dépend en réalité de la manière dont la clause des statuts définissant l'objet de la société est libellée. Cette approche prudente se justifie d'autant plus que la cession de fonds de commerce, lorsqu'elle se réalise, comme c'était le cas en l'espèce, à titre onéreux, ne fait pas disparaître le fonds social. Au demeurant, la disparition du fonds social n'implique pas comme telle que l'objet social devient inexploitable (P.-A. FORIERS, «Observations sur la caducité des contrats par suite de la disparition de leur objet ou de leur cause», *cette Revue*, 1987, p. 74, n° 12, l'auteur limitant toutefois son observation aux sociétés de capitaux, ce qui ne nous paraît pas se justifier : en ce sens également, M. COIPEL, «Réflexions sur la dissolution d'une société pour extinction de la chose», *cette Revue*, 1993, p. 11, n° 9). Statuant à propos du dépôt, par une société anonyme, d'une requête en concordat par abandon d'actifs, la Cour de cassation a d'ailleurs décidé que l'intervention de l'assemblée générale n'était pas requise dès lors que le fonds social ne se confond pas avec l'objet social (21 septembre 1989, *Pas.*, 1990, I, 81. — *Cette Revue*, 1993, p. 11 et la note COIPEL, précitée).

Par arrêt du 13 avril 1999, la Cour d'appel de Bruxelles a d'autre part consacré la primauté de la règle de l'abstraction cambiaire sur le principe de la spécialité statutaire, considérant que la société ne peut faire valoir que l'acceptation d'une lettre de change n'est pas susceptible de l'engager au motif que l'opération sous-jacente excéderait son objet statutaire (*R.P.S.*, 1999, p. 330. — En ce sens également : VAN RYN et HEENEN, t. III, 2^e éd., n° 287). Par contre, ce principe devrait l'emporter, et la société pourrait, le cas échéant, se dégager de l'obligation cambiaire, dans des conditions variables selon la forme sociale considérée (*supra*, même numéro), si pareille acceptation était, comme telle, exclue des actes entrant dans son objet statutaire — hypothèse dont la pratique n'offre cependant guère d'exemple.

32. SPÉCIALITÉ STATUTAIRE ET DROIT FISCAL — NOTION DE FRAIS PROFESSIONNELS DÉDUCTIBLES DES REVENUS DE MÊME NATURE. — Par trois arrêts des 18 janvier 2001, 3 mai 2001 et 19 juin 2003 (*Pas.*, 2001, I, 106 et 766. — *Pas.*, 2003, I,



1225 avec les conclusions de l'avocat général HENKES), la Cour de cassation a décidé que «*de la circonstance qu'une société commerciale est un être moral créé en vue d'une activité lucrative, il ne se déduit pas que toutes ses dépenses peuvent être déduites de son bénéfice brut; que les dépenses d'une société commerciale peuvent être considérées comme des frais professionnels déductibles lorsqu'elles sont inhérentes à l'exercice de la profession, c'est-à-dire qu'elles se rattachent nécessairement à l'activité sociale*». Dans les trois espèces, la question s'était posée à propos de la déductibilité des frais d'acquisition d'options «*put*» et «*call*» sur un même instrument financier dans le cadre d'opérations, dites de «*stellige*» (64), jugées étrangères à l'objet statutaire des sociétés en cause, dont il avait, en fait, été constaté qu'elles avaient été réalisées dans un but exclusif de destruction de matière imposable.

Ces arrêts ont été critiqués par une fraction notable de la doctrine (65). Il est, en particulier, contradictoire de considérer que tous les revenus d'une société commerciale dotée de la personnalité morale sont des revenus professionnels, taxables comme tels, même s'ils proviennent d'actes excédant l'objet statutaire, mais que les dépenses exposées en vue de l'obtention de ces revenus ne sont pas des dépenses professionnelles, comme telles déductibles de ces revenus. Dans ses conclusions précédant le dernier des arrêts précités (*op. cit.*), l'avocat général Henkes a tenté d'en justifier la doctrine, en faisant valoir que «*si les sociétés commerciales sont imposées sur les revenus bruts des activités qui sont sans rapport avec leur objet social, c'est parce qu'(elles) s'affairent en violation du principe de la spécialité statutaire de la personne morale*». «*Aussi — poursuit le haut magistrat — il existe pour une personne morale commerciale, soumise comme la personne physi-*

(64) B. PHILIPPART DE FOY, «L'arrêt *Derwa* — Une nouvelle limite au libre choix de la voie la moins imposée? Un empiètement du pouvoir judiciaire sur la compétence du pouvoir législatif?», *Mélanges J. Kirkpatrick*, p. 805, spéc. n° 10. — Comp. VAN RYN et HEENEN, t. IV, 2^e éd., n° 282.

(65) J. KIRKPATRICK et D. GARABÉDIAN, *Le régime fiscal des sociétés en Belgique* (3^e éd.), p. 165. — Th. AFSCHRIFT, «Examen critique de quelques arrêts récents de la Cour de cassation», in *Le droit fiscal des entreprises en 2003 — Législation et jurisprudence*, pp. 185 et s. — M. DAUBE, «Des conditions de la déductibilité des frais professionnels tels qu'interprétées par la Cour de cassation», *J.D.F.*, 2004, p. 85. — M. VAN KEIRSBILCK, «Art. 49 WIB 92 : een nieuw algemeen anti-misbruikbepaling?», *T.F.R.*, 2004, p. 223. — B. PHILIPPART DE FOY, *op. cit.*



que assujettie à l'impôt des personnes physiques à l'art. 49, du CIR 92, des dépenses qui ne grèvent pas les revenus professionnels. Il s'agit en l'occurrence des dépenses faites pour l'acquisition de revenus perçus en dehors de l'activité sociale et qui, dès lors, ne sont pas inhérentes à l'exercice de la profession de cette personne morale».

La non-déductibilité des dépenses exposées dans le cadre d'une activité exercée en dehors des statuts est ainsi expliquée par le principe de la spécialité statutaire, qui se voit ainsi doté, pour l'occasion, d'une portée fiscale inattendue, laquelle, en vérité, n'élimine en rien la contradiction que la solution comporte. Car un revenu obtenu dans le cadre d'une activité exercée en dehors de l'objet statutaire reste, au regard du principe de la spécialité statutaire qui ne constitue qu'une limitation aux pouvoirs de représentation des organes sociaux, un revenu de la société, et d'elle seule (66). Le droit fiscal consacrant par ailleurs la règle selon laquelle, du point de vue de l'impôt des sociétés, tous les revenus de la société sont des revenus «*professionnels*» (M. DASSESSE et P. MINNE, *Droit fiscal*, 5^e éd., p. 598), les dépenses exposées en vue de l'obtention de ces revenus sont nécessairement, elles aussi, des dépenses «*professionnelles*», au sens de l'art. 49, du CIR 92, qui ne qualifie pas autrement les «*frais faits ou supportés durant la période imposable en vue d'acquérir ou de conserver les revenus imposables*». Loin de justifier la solution consacrée par les arrêts précités, le principe de la spécialité statutaire paraît donc plutôt la condamner.

33. CAPACITÉ DES PERSONNES MORALES — ASSIMILATION AUX PERSONNES PHYSIQUES. — Suivant une jurisprudence bien établie de la Cour de cassation, les personnes morales jouissent des mêmes droits et sont astreintes aux mêmes obligations que les personnes physiques. Ce principe ne connaît d'exceptions, de plus en plus rarement d'ailleurs, que lorsque la règle de droit considérée est incompatible avec «*la nature d'être moral*» de l'entité en cause ou lorsque la loi en dispose autrement («*Examen*», *cette Revue*, 1992, p. 636, n^o 27. — V. SIMONART,

(66) Sur le régime des sociétés de personnes, voy. M. DASSESSE et P. MINNE, *Droit fiscal*, 5^e éd., p. 799. — J. KIRKPATRICK et D. GARABEDIAN, *Le régime fiscal des sociétés en Belgique* (3^e éd.), p. 102.



La personnalité morale en droit comparé, n^{os} 308 et s., outre l'étude célèbre du Professeur VAN OMMESLAGHE, «Observations sur les limites imposées à l'activité des personnes morales en droit comparé», *cette Revue*, 1958, p. 289). Les personnes morales peuvent donc être titulaires d'un droit d'auteur protégé sur la base de la loi du 30 juin 1994 relative aux droits d'auteur et aux droits voisins (Cass., 12 juin 1998, *Pas.*, 1998, I, 722. — Bruxelles, 10 octobre 1997, *D.A.O.R.*, 1998, n^o 46, p. 64). Elles ont aussi, comme les personnes physiques, le droit de consulter les documents administratifs les concernant, conformément à l'art. 32 de la Constitution et à l'art. 4 de la loi du 11 avril 1994 relative à la publicité de l'administration (Cons. d'Etat, 14 octobre 1996, *R.D.J.P.*, 1996, p. 216).

L'assimilation des personnes morales et des personnes physiques, sous l'angle de leur aptitude à être titulaires de droits et d'obligations, peut d'ailleurs justifier certains accommodements dans l'application de textes conçus pour des personnes physiques, mais dont rien ne justifie rationnellement qu'ils soient réservés à celles-ci. Par exemple, comme l'indiquent deux décisions du Juge de Paix de Gand (19 juin 1998 et 16 juin 2000, *T.G.R.*, 2001, pp. 192 et 193), le «*certificat de domicile*» requis par l'article 1344*bis* du Code, en cas d'introduction par requête d'une action en matière de louage de choses, peut être remplacé par tout document probant révélant le lieu où la société défenderesse est établie, les sociétés n'ayant pas, à proprement parler, de «*domicile*» (*infra*, n^o 81). Encore faut-il bien entendu que la société défenderesse ait pu être atteinte par la notification de la requête à l'adresse ainsi indiquée dans celle-ci, faute de quoi la requête sera nulle, par application des art. 860 et 861 du même Code (J. de P. Gand, 16 juin 2000, précité).

Le principe suivant lequel les personnes morales jouissent des mêmes droits et sont tenues aux mêmes obligations et charges que les personnes physiques n'implique certes pas que les unes et les autres ne formeraient qu'une seule catégorie de sujets de droits et d'obligations, en sorte qu'il serait interdit de les traiter différemment pour les besoins de certaines réglementations. Cette évidence a été rappelée par la Cour d'arbi-



trage, aux termes d'un arrêt du 3 novembre 1993, dans une espèce où il était reproché au législateur d'avoir soumis les sociétés à des modalités de calcul de la cotisation unique destinée au statut social des travailleurs indépendants, différentes des modalités applicables aux personnes physiques. Pareille différence de traitement ne méconnaît pas les principes d'égalité et de proportionnalité au respect desquels la Cour constitutionnelle est chargée de veiller, si elle est objectivement justifiée en rapport avec un objectif dont le législateur apprécie souverainement l'opportunité (*Rec.*, 1993, p. 881).

SECTION 4. — FONCTIONNEMENT ORGANIQUE
DES SOCIÉTÉS DOTÉES
DE LA PERSONNALITÉ MORALE

§1^{er}. — *Identification et compétences
respectives des organes sociaux*

34. PRINCIPE ET RÉPARTITION DES COMPÉTENCES ENTRE LES ORGANES. — L'art. 61 du Code des sociétés (ancien art. 13 des lois coord. sur les sociétés commerciales) confirme, dans son al. 1^{er}, qu'en principe, les sociétés dotées de la personnalité morale agissent par leurs organes. Suivant la même disposition, les pouvoirs des organes sont déterminés par la loi, ainsi que par les statuts dans la mesure où celle-ci ne l'interdit pas («Examen», *cette Revue*, 1992, p. 643, n° 30). Le Code des sociétés fait ainsi apparaître, plus nettement que les anciennes lois coord. sur les sociétés commerciales, la hiérarchie qui s'impose en cette matière. Mais il arrive encore que ces principes demeurent mal compris par les juges du fond ou par les praticiens.

Un arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles, du 5 décembre 2003, énonce ainsi que la volonté d'une S.P.R.L. d'introduire une réclamation fiscale est valablement exprimée par l'ensemble de ses «actionnaires» (*F.J.F.*, 2004/19, p. 494). Outre que cette forme sociale ne permet pas la représentation des parts d'associés par des actions, en sorte que la Cour qualifie improprement les associés d'actionnaires, cette décision est contraire à la règle suivant laquelle les associés, même agissant à l'unanimité, ne peuvent se substituer aux organes sociaux institués



par la loi. Lorsque celle-ci institue une assemblée générale, comme c'est le cas, notamment, en matière de S.P.R.L. et de sociétés anonymes, cette assemblée ne peut pas davantage prendre, à la place des gérants ou du conseil d'administration, les décisions ressortissant, en vertu de la loi (Code des sociétés, art. 257, al. 1^{er} et 522, §1^{er}, al. 1^{er}) à la compétence de ceux-ci, qu'il s'agisse de la représentation de la société à l'égard des tiers, ou, plus généralement, des décisions intéressant la gestion interne de la société («Examen», *cette Revue*, 1992, p. 643, n° 30 et la référence à Cass., 28 janvier 1985, *R.P.S.*, 1986, p. 117, dont l'arrêt ci-dessus commenté méconnaît la doctrine). Une convention d'actionnaires qui soumettrait à l'agrément préalable de ceux-ci toutes les décisions à prendre par le conseil d'administration est nulle, par identité de motifs (Civ. Gand, 6 février 1998, *R.W.*, 1998-1999, p. 1047) (67).

L'exercice, au nom et pour le compte de la société anonyme, d'une action en responsabilité contre les administrateurs, offre une autre illustration particulière de ce système. Suivant l'art. 561 du Code des sociétés, c'est à l'assemblée générale des actionnaires qu'il appartient de décider de pareil exercice, en sorte qu'une action qui n'a pas été décidée par ladite assemblée doit être rejetée (Cass., 25 septembre 2003, *T.R.V.*, 2004, p. 35 et la note J. VANANROYE. — *R.D.C.*, 2005, p. 382 et la note S. GILCART. — Com. Hasselt, 27 mars 2000, *T.R.V.*, 2000, p. 186 et la note B. VAN BRUYSTEGEM). La constatation que l'exercice de pareille action correspond à la volonté unanime, ou majoritaire, des actionnaires ne suffit pas, conformément aux principes rappelés plus haut (Anvers, 1^{er} mars 1999, *R.D.C.*, 2000, p. 615). La même règle s'applique en matière de SPRL et de sociétés coopératives à responsabilité limitée, conformément aux art. 289 et 415 du Code des sociétés et elle vaut pour toute action en responsabilité introduite par la société contre ses administrateurs ou gérants, quel qu'en soit le fondement juridique (J. VANANROYE, *op. cit.*, n° 2, p. 39).

(67) Sur ce problème classique, voy. plus généralement : P. VAN OMMESLAGHE, «Les conventions d'actionnaires en droit belge», *R.P.S.*, 1989, p. 289. — L. SIMONT, «La loi du 6 mars 1973 modifiant la législation relative aux sociétés commerciales», *R.P.S.*, 1974, p. 1, n° 37.



Mais l'assemblée peut valablement ratifier *a posteriori* la décision, prise par un autre organe, d'exercer l'action (Com. Hasselt, 8 mars 2000, *T.R.V.*, 2000, p. 184. — *J.D.S.C.*, 2001, p. 191, obs. M.-A. DELVAUX. — Comp. Anvers, 1^{er} mars 1999, précité (68)), pour autant que la ratification intervienne avant l'expiration du délai de prescription (Comp. P. VAN OMMESLAGHE et L. SIMONT, «La notion de l'organe statutaire et la répartition des pouvoirs par le conseil d'administration de la société anonyme», *cette Revue*, 1964, p. 74, spécialement n° 6. — Cass., 13 janvier 2003, *Pas.*, 2003, I, 112. — Cass., 11 juin 1998, *Pas.*, 1998, I, 301. — Liège 22 janvier 1998, *J.L.M.B.*, 1998, p. 1467). La solution est conforme à l'art. 848 du Code judiciaire concernant le désaveu. Plus généralement, la circonstance que la sanction du défaut de décision par l'assemblée générale consiste dans une irrecevabilité de l'action n'empêche pas pareille ratification (H. BOULARBAH, «La double dimension de la qualité, condition de l'action et condition de la demande en justice», *R.D.C.*, 1997, p. 58, n^{os} 76 et s.).

On sait que suivant la doctrine consacrée par un arrêt du 21 septembre 1989 («Examen», *cette Revue*, 1993, p. 753, n° 120), la circonstance qu'une société se déleste de l'ensemble de ses actifs ne constitue pas, en soi, une cause de dissolution — solution rappelée par le Tribunal de commerce de Mons dans un jugement du 24 mai 2000 (*J.L.M.B.*, 2001, p. 837). C'est donc à tort que, dans son jugement précité du 5 octobre 1992 (*supra*, n° 31. — *T.R.V.* 1994, p. 462), le tribunal de 1^{re} instance de Malines énonce que la cession du fonds de commerce exploité par une société anonyme relève de la compétence de l'assemblée générale des actionnaires (voir *supra*, n° 31 à propos de la portée du principe de la spécialité statutaire). Par contre, pareille opération excède en principe la ges-

(68) Dans cette affaire, il s'agissait, non point d'une ratification par l'assemblée générale, mais de la poursuite de l'action par les curateurs, la faillite de la société ayant été déclarée dans l'intervalle. Sur le principe, très généralement affirmé par la doctrine, suivant lequel, en cas de faillite, le curateur peut exercer l'*actio mandati* sans avoir à recueillir l'autorisation préalable de l'assemblée générale, voy., entre autres, P. VAN OMMESLAGHE, *Le régime des sociétés par actions et leur administration en droit comparé*, n° 315. — P. COPPENS et Fr. T'KINT, «Examen de jurisprudence — Les faillites et les concordats», *cette Revue*, 1979, p. 292, n° 57. — Cl. PARMENTIER, «La responsabilité des dirigeants d'entreprises en cas de faillite», *R.D.C.*, 1986, p. 741, n° 18. Suivant l'arrêt cité au texte, ce principe s'applique en cas d'introduction de l'action par le curateur lui-même. Autre chose est de prétendre poursuivre une action irrégulièrement introduite.



tion journalière, ainsi que le relève le même tribunal, pour considérer ensuite erronément comme une condition de la sanction attachée à pareille violation le fait que le tiers avec lequel l'administrateur délégué avait traité ne pouvait ignorer l'excès de pouvoir commis par celui-ci (*infra*, n^{os} 36 et 37).

35. IMMIXTION DES POUVOIRS PUBLICS DANS LE FONCTIONNEMENT ORGANIQUE DES SOCIÉTÉS COMMERCIALES — AUGMENTATION DE CAPITAL PAR DÉCISION D'UNE AUTORITÉ ADMINISTRATIVE. — Dans toutes les formes sociales, il appartient aux associés de trancher les questions intéressant la composition du fonds social, dès lors que celui-ci est, au moment de la constitution de la société au moins, constitué des apports faits par eux à la société (69) et que cette composition détermine en principe les droits des associés (Code des sociétés, art. 30). Ainsi justifiée, la règle est conforme à la nature des choses et l'article 25 de la deuxième directive européenne, suivant lequel, en matière de sociétés anonymes (70), l'augmentation du capital social relève en principe de l'assemblée générale des actionnaires, ne constitue qu'un rappel de cette vérité première, à laquelle il confère une valeur contraignante pour les Etats membres. Les pouvoirs délégués au conseil d'administration, dans le régime du capital autorisé, ne dérogent qu'en apparence à la règle, puisqu'en tant que tels ces pouvoirs dépendent, eux aussi, des statuts ou de l'assemblée générale.

Ainsi envisagée comme une mesure de protection des associés, au sens de l'art. 44, §2, g, du Traité de Rome (ex-art. 54, §3, g), la règle énoncée par l'art. 25 précité s'oppose à ce qu'un Etat membre soustraie à l'assemblée des actionnaires, pour le confier à une autorité publique, le pouvoir d'augmenter le capital social, cette disposition étant d'ailleurs suffisamment précise pour que les particuliers puissent directement s'en prévaloir, faute de transposition dans le délai requis (71). Telle est

(69) T. TILQUIN et V. SIMONART, *Traité des sociétés*, t. 3, n^{os} 1910 et s.

(70) Le législateur belge a étendu le champ d'application de certaines règles de la directive à d'autres formes de société : Code des sociétés, art. 302 et 418, respectivement pour les sociétés privées à responsabilité limitée et pour les sociétés coopératives à responsabilité limitée.

(71) Sur l'effet direct vertical des directives devant les tribunaux des Etats membres, en tant qu'organes de ces derniers, voy., not., K. LEENAERTS & P. VAN NUFFEL, *Euro-pees recht in hoofdlijnen*, 1995, p. 560, n^{os} 683 et s. — C.J.C.E., 13 novembre 1990, Aff. 106/89, *Rec.*, 1990, p. 4135.



la solution affirmée par plusieurs arrêts de la Cour de Justice, à propos d'une législation grecque qui permettait de confier à une agence administrative le pouvoir de procéder, d'autorité, à des augmentations de capital destinées au sauvetage d'entreprises en difficulté (30 mai 1991, Aff. C-19/90 et C-20/90, *Rec.*, 1991, I, p. 2691. — *T.R.V.*, 1991, p. 409 et la note J. BOUCKAERT. — 24 mars 1992, Aff. C-81/89, *Rec.*, 1992, I, p. 2111. — *R.D.C.*, 1992, p. 932 et la note I. MASELIS. — 12 novembre 1992, Aff. C-134/91 et C-135/91, *Rec.*, 1992, I, p. 5699. — 12 mars 1996, Aff n° C-441/93, *Rev. banq.*, 1996 (abrége), 444, note M. TISON; *J.T. dr. eur.*, 1996 (abrége), 133; *Rec.*, 1996, I, 1347; *T.R.V.*, 1996, 170, note M.W. — 23 mars 2000, Aff. 373/97, *Rec.*, 2000, I, p. 1705) (72).

Comme l'observe la Cour de Justice dans le premier des arrêts précités, le fait que l'augmentation de capital décidée par l'autorité publique restait assortie d'un droit préférentiel de souscription au profit des actionnaires en place, respectant ainsi le prescrit de l'art. 29 de la directive, n'était pas de nature à légitimer le système, au regard de l'art. 25 de celle-ci, puisque les actionnaires étaient ainsi contraints, autrement que par l'effet d'une décision de l'assemblée générale à laquelle ils auraient pu participer, d'exercer leurs droits ou de subir la dilution résultant de la restructuration du capital de leur société (C.J.C.E., 30 mai 1991, précité, attendu n° 26) (73).

Aucune des possibilités de dérogation que la directive laisse ouvertes n'était, d'autre part, susceptible de justifier de telles mesures (C.J.C.E., 30 mai 1991, précité, attendus n°s 27 et 28. — C.J.C.E., 24 mars 1992, précité, attendus n°s 34 et 35). En particulier, si celles-ci pouvaient être accompagnées d'une distribution d'actions aux membres du personnel, pareille distribution ne constituait pas une modalité nécessaire de l'opéra-

(72) Loi hellénique n° 1386/1983 du 5 août 1983. Les dispositions de cette loi, incriminées devant la Cour de Justice, ont finalement été abrogées par une loi n° 1882/1990 du 23 mars 1990 (voy. C.J.C.E., 23 mars 2000, Aff. 373/97, précité).

(73) Sous cet angle, la législation grecque incriminée comportait une distinction entre les augmentations de capital décidées sous un régime d'administration provisoire confiée à une autorité publique, lesquelles restaient effectivement assorties du droit préférentiel de souscription (art. 8 de la loi), et les augmentations de capital décidées, sans que ce droit ait à être respecté, sous le régime d'assainissement définitif (art. 10 de la loi). La mesure était d'autant moins justifiée dans ce dernier cas : C.J.C.E., 24 mars 2002, précité, attendu n° 33.



tion, en sorte que l'art. 41, §1^{er} de la directive ne pouvait être invoqué (C.J.C.E., 30 mai 1991, précité, attendus n^{os} 32 à 36). D'autre part, la circonstance que la législation en cause était destinée à l'assainissement d'entreprises en difficulté ne justifiait pas non plus qu'il fût dérogé aux contraintes de la directive, dès lors que la société continuait «*d'exister avec ses structures propres*», contrairement à la situation qui se rencontre en cas de liquidation avec «*dessaisissement des actionnaires et des organes normaux de la société*» (C.J.C.E., 30 mai 1991, précité, attendus, n^{os} 30 et 31. — C.J.C.E., 24 mars 1992, précité, attendus n^{os} 27 et 28).

Par le quatrième des cinq arrêts précités (C.J.C.E., 12 mars, 1996, précité), la Cour de Justice a étendu sa jurisprudence à une autre loi grecque d'exception, prévoyant un régime semblable dans le cadre spécifique du contrôle des établissements de crédit (74). Les règles composant ce régime de contrôle ne constituent pas, suivant cette décision, un «*système fermé*», c'est-à-dire un système autonome échappant aux contraintes du droit européen des sociétés, dans la mesure où les établissements de crédit sont constitués sous une forme sociale à laquelle ce droit a vocation à s'appliquer, indépendamment de l'objet de la société en cause (attendus n^{os} 18 à 24 et n^{os} 49 à 53). A l'argument selon lequel le régime propre aux établissements de crédit se traduirait, en cas de désignation d'un commissaire spécial, par un véritable dessaisissement de tous les organes sociaux, en ce compris de l'assemblée générale des actionnaires, la Cour réplique que pareil dessaisissement, dicté par un but d'assainissement et destiné comme tel à la survie de la société, diffère ainsi fondamentalement de celui qui accompagne un régime de liquidation (attendus n^{os} 54 à 60).

Ce quatrième arrêt et le cinquième se prononcent aussi sur la question de savoir si, et à quelles conditions, le fait pour un actionnaire de se prévaloir de la contrariété d'une législation nationale à un dispositif contraignant relevant du droit européen des sociétés est susceptible de constituer un abus de droit, selon le droit national applicable au litige dans le contexte duquel cette contrariété est invoquée. La mise en œuvre

(74) Loi hellénique n° 1665/1951 du 27 janvier 1951 et décret présidentiel n° 861/1975 du 5 décembre 1975.



d'une règle sanctionnant l'abus de droit «*ne saurait porter atteinte au plein effet et à l'application uniforme des dispositions communautaires dans les Etats membres*» (C.J.C.E., 12 mars 1996, précité, attendus n^{os} 67 à 70).

L'art. 25 de la directive visant à une protection indistincte des actionnaires, on ne pourrait donc, sans porter atteinte à cette uniformité, reprocher à un actionnaire d'abuser de son droit à pareille protection, au motif que la mesure critiquée est adoptée dans le contexte particulier d'une procédure d'assainissement dont il aurait en outre indirectement profité. Ce principe étant rappelé, toute application de théories correctrices telles que celles de l'abus de droit ou de la fraude n'est cependant pas exclue. L'arrêt du 23 mars 2000 (précité) le rappelle (attendu n^o 33) et précise les conditions suivant lesquelles une prétention fondée sur le droit européen des sociétés peut être tenue en échec, tempérant ainsi l'impression qui pouvait résulter de la décision précédente.

Il faut, en premier lieu, pouvoir constater que la prétention en cause a été formée «*dans le but d'obtenir, au détriment de la société, des avantages illégitimes et manifestement étrangers à l'objectif de la disposition*» de droit communautaire dont le bénéfice est réclamé (attendu n^o 33). Cette appréciation appartient à la juridiction nationale saisie du litige, laquelle doit tenir compte «*d'éléments objectifs*» et veiller «*à ne pas porter atteinte au plein effet et à l'application uniforme du droit communautaire*» (attendu n^o 34).

Toutefois, la Cour se déclare «*compétente pour fournir à la juridiction nationale tous les éléments d'interprétation qui peuvent lui permettre d'apprécier cette compatibilité*» (attendu n^o 35) et énonce que si le retard dans la mise en œuvre d'un droit ne peut en soi être constitutif d'abus (attendu n^o 39), le droit communautaire ne s'oppose pas à l'application d'un principe de droit national sanctionnant l'abus de droit «*si un actionnaire a choisi, parmi les voies de recours disponibles pour remédier à une situation intervenue en violation de la directive, celle qui cause un préjudice tellement grave aux intérêts légitimes d'autrui qu'elle s'avère manifestement disproportionnée*» (attendu n^o 44). Cette terminologie est en

parfait accord avec les critères de l'abus de droit selon le droit belge (75).

Les décisions qui précèdent, et les motifs qui les soutiennent, doivent naturellement se comprendre dans le contexte dans lequel elles ont été rendues et il convient de se garder de toute extrapolation. En droit belge, le régime de la faillite, appliqué aux sociétés dotées de la personnalité morale, implique un dessaisissement des organes sociaux dicté par les nécessités de la liquidation du patrimoine de la société aux fins du désintéressement de ses créanciers (76). En matière de sociétés anonymes, l'assemblée générale ne pourrait donc plus décider, par exemple, de procéder à des répartitions d'actifs entre les actionnaires, sous la forme d'une distribution de dividendes, de réduction de capital ou de rachat d'actions. Mais ce dessaisissement trouve, dans la finalité qui le justifie, ses limites et, dès lors que la loi belge ne retire pas à l'assemblée générale ses pouvoirs en matière d'augmentation de capital, le curateur, en tant que mandataire de Justice, ne pourrait à cet égard se substituer à celle-ci.

§2. — *Représentation de la personne morale
à l'égard des tiers*

36. REPRÉSENTATION ORGANIQUE DE LA SOCIÉTÉ — RESTRICTIONS AUX POUVOIRS DES ORGANES : DROIT COMMUN ET RÉGIME DÉROGATOIRE APPLICABLE À CERTAINES FORMES SOCIALES. — Sauf lorsque la loi en dispose autrement, représentation organique et représentation contractuelle ne se distinguent pas du point de vue de l'opposabilité aux tiers des éventuelles restrictions apportées, par les statuts ou par l'acte de nomination, aux pouvoirs des représentants (77). Le Code des sociétés, reproduisant à cet égard les dispositions des anciennes lois coord. sur les sociétés commerciales, instaure plusieurs exceptions à cette opposabilité de principe, notamment en matière de sociétés anonymes et de sociétés privées à

(75) Parmi les innombrables études auxquelles la théorie de l'abus de droit a donné lieu en Belgique, voy. spécialement celles citées à la note 41.

(76) Article 16 de la loi sur les faillites; FR. T'KINT et W. DERIJCKE, *La faillite*, Bruxelles, Larcier, 2006, n° 214, pp. 212-213.

(77) P.-A. FORIERS, «Aspects de la représentation en matière contractuelle», in *Les obligations contractuelles* (J.B.B., 2000), p. 221.



responsabilité limitée (Code des sociétés, art. 257, 258, 407, 522 et 526) (78). Ces textes, inspirés pour l'essentiel de la 1^{re} directive européenne en matière de sociétés (79), sont libellés de telle façon qu'ils continuent à faire l'objet d'une application parfois hésitante.

Un jugement du Tribunal de commerce de Mons, du 24 mai 2000, paraît ainsi considérer que lorsque le conseil d'administration d'une société anonyme a décidé de procéder à la vente d'actifs immobiliers et a autorisé un de ses membres à signer les compromis moyennant certaines conditions, le dépassement de pouvoir résultant du non-respect de ces conditions par l'administrateur en question n'est pas opposable aux tiers (*J.L.M.B.*, 2000/19, p. 837). Les circonstances de la cause, telles qu'elles sont relatées par le jugement, ne permettent pas de porter sur celui-ci une appréciation complète; mais, prise à la lettre, la règle que le tribunal énonce n'est pas exacte.

Lorsque le conseil d'administration mandate un de ses membres pour l'accomplissement d'un acte juridique, les limites qui sont apportées aux pouvoirs ainsi délégués sont opposables aux tiers, conformément au droit commun du mandat. Pareille délégation n'est pas de celles qui sont visées par l'art. 522, §2, du Code des sociétés (ex-art. 54, al. 4, des lois coord. sur les sociétés commerciales) (L. SIMONT, *op. cit.*, *R.P.S.*, 1974, p. 61, n° 61). Il importe peu que cet administrateur soit aussi le délégué à la gestion journalière. Dans la mesure où la gestion journalière comprend l'exécution des décisions du conseil d'administration (*infra*, n^{os} 41 et 43), elle suppose légalement qu'à ce titre, les conditions auxquelles ces décisions sont subordonnées soient respectées.

Par contre, les limitations qui sont apportées par les statuts aux pouvoirs de représentation qu'ils reconnaissent à un ou plusieurs administrateurs sont inopposables aux tiers et pareille délégation doit être automatiquement étendue à la représentation générale de la société, conformément à l'art. 522, §2, du code des sociétés (L. SIMONT, *op. cit.*, *R.P.S.*,

(78) L. SIMONT, «La loi du 6 mars 1973 modifiant la législation relative aux sociétés commerciales», *R.P.S.*, 1974, p. 1, n^{os} 32 et s.

(79) P. VAN OMMESLAGHE, «La première directive du Conseil du 9 mars 1968 en matière de sociétés», *Cah. Dr. Eur.*, 1969, p. 619.



1974, spéc. p. 45, n° 58). Cette solution a été appliquée par la Cour d'appel de Luxembourg, statuant par application de l'art 53 de la loi luxembourgeoise sur les sociétés commerciales, à une délégation de pouvoirs émanant d'une décision prise par une assemblée générale extraordinaire de la société (3 avril 2003, *D.A.O.R.*, 2003/68, p. 74 et la note O. POELMANS).

L'arrêt ne constate pas que cette délibération avait pour objet de modifier les statuts. En droit belge, l'extension visée ci-dessus suppose en tout cas une délégation statutaire du pouvoir de représentation. De plus, dans le système de répartition des compétences entre l'assemblée générale et le conseil d'administration, que la loi de 1973 a consacrée, l'assemblée générale ne saurait plus s'immiscer, autrement que par une modification des statuts, dans l'organisation de la représentation de la société à l'égard des tiers (80). Seul le conseil d'administration est compétent pour ce faire et les délégations qu'il consent à ce titre restent soumises, quant à elles, au droit commun (L. SIMONT, *op. cit.*, p. 45, n° 46), à l'exception de la délégation de la gestion journalière (*infra*, 41).

Les mêmes principes s'appliquent à la société privée à responsabilité limitée; mais les conditions de cette application sont quelque peu compliquées par la règle suivant laquelle la gestion de la société n'est collégiale, en cas de pluralité de gérants, que si les statuts le prévoient (VAN RYN et HEENEN, t. II, 1^{re} éd, n° 937). Encore que cela ne résulte pas expressément du texte de la loi (Code des sociétés, art. 259 et 260), la restriction au pouvoir général de représentation de chacun des gérants, qui résulte de l'instauration d'un régime collégial, est opposable aux tiers, en sorte que la représentation est alors collégiale elle aussi, à l'instar de la représentation de la société anonyme par son conseil d'administration («Examen», *cette Revue*, 1994, p. 744, n° 157). Les statuts peuvent néanmoins confier la représentation de la société à un ou plusieurs gérants, agissant seuls ou conjointement. En pareil cas, aussi

(80) Dans ce système, l'assemblée générale ne détient plus que les compétences que la loi lui réserve, contrairement à ce que laisse entendre le texte de l'art. 531 du Code des sociétés (ex-art. 70 des lois coord. sur les sociétés commerciales), dont la subsistance est le fruit d'une inadvertance (DIEUX, «L'exercice du pouvoir au sein de la société anonyme — Observations sur quelques incertitudes», in *Legal tracks I, Essays on Contemporary Corporate and Finance Law*, p. 133).



bien qu'en l'absence de collègue, les restrictions apportées, le cas échéant, aux pouvoirs des gérants sont inopposables aux tiers, sans préjudice de l'opposabilité à ces derniers de la clause de représentation conjointe (Code des sociétés, art. 257).

La Cour d'appel de Mons a confirmé la justesse de cette présentation des choses, aux termes d'un arrêt du 16 décembre 1996 (*R.D.C.*, 1997, p. 268), lequel précise, très exactement également, qu'une clause des statuts limitant les pouvoirs des gérants à des engagements inférieurs à un certain montant ne répond pas aux conditions de l'art. 257 précité (ex-art. 130 des lois coord. sur les sociétés commerciales). Cette restriction n'est donc pas opposable aux tiers — solution analogue à celle que nous avons rappelée ci-dessus en matière de sociétés anonymes.

Mais les conditions auxquelles cette disposition subordonne l'opposabilité aux tiers d'une clause de gestion collégiale ou conjointe sont naturellement inapplicables dans l'ordre interne. Un gérant seul est donc en tout cas sans pouvoir pour convoquer une assemblée des associés, si les statuts prévoient que les deux gérants doivent agir conjointement (Bruxelles, 10 février 1998, *R.P.S.*, 1998, p. 402). D'autre part, la généralité des pouvoirs de représentation du ou des gérants n'est pas affectée par une clause des statuts disposant que la société est «administrée par un ou plusieurs mandataires» et les gérants n'ont nullement besoin d'un mandat spécial pour recevoir valablement, pour le compte de la société dont ils sont les organes, une notification requise par la loi sur les baux commerciaux (Cass., 28 octobre 1993, *Pas.*, 1993, I, 906).

37. REPRÉSENTATION APPARENTE — RATIFICATION D'UN ACTE ACCOMPLI SANS POUVOIR. — Conformément au droit commun, un engagement contracté sans pouvoir par un représentant, organique ou contractuel, de la personne morale peut faire l'objet d'une ratification, expresse ou tacite, par un autre représentant disposant des pouvoirs requis à cette fin (sur les limites du caractère rétroactif de la ratification, *supra*, n° 34) (81). Il appartient au juge du fond d'apprécier, en fonc-

(81) S'agissant de la représentation organique, la question n'a évidemment d'intérêt que si la société est en droit d'opposer au tiers l'excès de pouvoir commis par son représentant (*supra*, n° 36).



tion des circonstances de la cause, si les conditions de la ratification sont réunies, lorsque celle-ci ne fait pas l'objet d'une déclaration expresse. L'exécution donnée sans réserve à l'engagement contracté sans pouvoir constitue naturellement un élément justifiant pareille déduction, pour autant que cette exécution soit le fait de représentants agissant dans les limites de leurs pouvoirs (Civ. Neufchâteau, 6 février 1991, *J.L.M.B.*, 191, p. 1134. — Bruxelles, 10 mai 1989, *R.P.S.*, 1991, p. 140. — Comp. Mons, 18 janvier 1994, *R.P.S.*, 1994, p. 125 et la note I. CORBISIER).

Il en va de même, sur le plan des principes en tout cas, en ce qui concerne l'absence de protestation de factures émises sur la base d'un contrat qu'un représentant de la société émettrice a conclu sans pouvoir (82). Le fait, constaté par le juge du fond, que l'émetteur de la facture n'a pas pu légitimement ignorer que celui avec lequel il prétend avoir contracté était sans pouvoir pour le faire, n'exclut pas qu'une ratification puisse être inférée de l'acceptation de factures ou de leur non-protestation (comp. W. DERIJCKE, «Mandat apparent et non-protestation de facture», *R.P.S.*, 1999, p. 251, spéc. p. 259, n° 8). Ce fait conduira sans doute le juge du fond à une particulière prudence quant aux circonstances susceptibles de justifier qu'une acceptation puisse être déduite de l'absence de protestation (Bruxelles, 10 mai 1999, *R.P.S.*, 1999, p. 245 et la note précitée W. DERIJCKE. — Comp. Liège, 7 février 1997, *infra*, n° 45), mais il n'empêche pas, en droit, cette déduction. Cela étant, la théorie de l'apparence peut justifier que la société soit tenue par des engagements souscrits par une personne dépourvue de pouvoirs réels à cette fin, sans qu'il soit nécessaire de prouver une ratification ultérieure de ces engagements.

Encore faut-il que le tiers qui se prévaut de tels engagements puisse établir la légitimité de sa croyance dans la réalité des pouvoirs apparents de celui avec lequel il a ainsi traité (même arrêt) — ce qui implique que l'apparence soit imputable à la société (Cass., 20 janvier 2000, *R.D.C.*, 2000, p. 485

(82) Sur la portée de l'acceptation et de la non-protestation de la facture, en droit commercial, voy. DIEUX, «La preuve en droit commercial belge», in *Legal Tracks II, Essays on International and Domestic Contracts and Torts*, p. 553, spéc. p. 577, n° 7.



et la note P.-A. FORIERS. — Bruxelles, 19 novembre 1999, *R.P.S.*, 2001, p. 394. — Liège, 3 novembre 1993, *Pas.*, 1993, II, 133. — Civ. Bruxelles, 23 septembre 1993, III, 40) (83). Une négligence commise par le tiers dans la vérification des pouvoirs du pseudo-représentant est, comme telle, exclusive de la légitimité requise (Bruxelles, 7 novembre 1999, *R.P.S.*, 2000, p. 345) mais l'absence de pareille négligence ne suffit pas nécessairement pour que cette condition soit satisfaite.

Il appartient au juge du fond d'apprécier, eu égard aux circonstances concrètes de la cause, si toute personne normalement douée de sens commun aurait cru à la réalité des pouvoirs de celui avec lequel il a été traité (Mons, 18 juin 1994, précité. — Com. Charleroi, 24 juillet 2003, *D.A.O.R.*, 2004/69, p. 44. — Comp. aussi, à propos de la représentation dans les sociétés familiales : Gand, 3 septembre 1993, *R.W.*, 1994-1995, p. 1268 et Com. Liège, 25 avril 1997, *T.R.V.*, 1998, p. 113 et la note J. VANANROYE). L'illégalité du contrat au bénéfice duquel le tiers postule ne constitue pas un critère pertinent d'appréciation de cette condition (*contra* : W. DERIJCKE, *op. cit.*, *R.P.S.*, 1999, p. 256 et la référence à Gand, 27 mars 1992, *Tijds. Not.*, 1993, p. 198 et à Bruxelles, 27 mars 1995, *A.J.T.*, 1995-1996, p. 225).

(83) Sur l'imputabilité de l'apparence au pseudo-mandant, voy. aussi G. COLLARD, «De la notion d'imputabilité et de légitimité en matière d'apparence de pouvoir de représentation des sociétés anonymes», *R.P.S.*, 2001, p. 323. — C. VERBRUGGEN, «La théorie de l'apparence — Quelques acquis et beaucoup d'incertitudes», in *Mélanges P. Van Ommeslaghe*, p. 300, n° 18. — M. GRÉGOIRE et M. VON KUEGELGEN, *Le mandat — Aspects controversés*, C.U.P., 1999, vol. 34, p. 189.

La présente chronique n'est pas le lieu de reprendre la discussion sur ce point. On se bornera à constater que les auteurs qui considèrent que l'imputabilité de l'apparence au pseudo-mandant est une condition supplémentaire à l'application de cette théorie sont en désaccord sur le contenu de cette condition (voy. les références citées ci-dessus). La controverse est, à vrai dire, assez verbale : ou bien, en effet, le mandant est coupable d'avoir contribué à la création ou au maintien d'une apparence trompeuse, et l'on retourne au droit de la responsabilité aquilienne; ou bien, il s'agit de refuser au tiers le droit d'agir contre une personne totalement étrangère à la situation qui a permis à quelqu'un de se présenter comme agissant en son nom, et il n'y aura alors même pas d'apparence et, en tous cas, pas de croyance légitime dans l'éventuelle apparence de mandat. Telle est la solution, de bon sens, présentée dès l'origine par l'auteur auquel on doit l'introduction dans notre droit de la théorie de l'apparence dans sa version objective (VAN OMMESLAGHE, «L'apparence comme source autonome d'obligations et le droit belge», *R.D.I.D.C.*, 1983, p. 144, spéc. p. 158). L'arrêt du 20 janvier 2000, s'il exprime la condition d'imputabilité comme telle, n'implique nullement que celle-ci soit autre chose qu'une condition de la légitimité de la croyance du tiers dans les pouvoirs du pseudo-mandataire. La solution est la même, dans une conception des choses comme dans l'autre, ce qui atteste du caractère, à vrai dire, assez byzantin de la discussion (DIEUX, *Le respect dû aux anticipations légitimes d'autrui — Essai sur la genèse d'un principe général de droit*, n° 86).



38. MESURES DE PUBLICITÉ — EXPIRATION DES POUVOIRS — NOMINATION IRRÉGULIÈRE. — Les actes relatifs à la désignation des organes de représentation des sociétés dotées de la personnalité morale ne sont opposables aux tiers qu'à dater de leur publication, sauf s'il est démontré que le tiers en avait antérieurement connaissance (Code des sociétés, art. 76). Il en est de même des actes désignant le ou les liquidateurs (art. 74, 2°, c). Suivant un arrêt rendu par la Cour d'appel d'Anvers le 25 mai 1993, l'administration fiscale contre laquelle une société introduit une réclamation n'est pas un tiers au sens de ces dispositions, en sorte que la réclamation est recevable même si la désignation du liquidateur, à l'intervention duquel la réclamation a été introduite, n'était pas déjà publiée au moment de cette introduction (*F.J.F.*, 1994, p. 50). Seuls sont en effet des tiers, pour les besoins de l'application des dispositions précitées, les «*personnes qui ont traité avec la société*» (L. SIMONT, *op. cit.*, *R.P.S.*, 1974, p. 23, n° 34).

Par arrêt du 3 avril 1990, la Cour d'appel de Bruxelles a d'autre part considéré qu'était inopposable au tiers avec lequel une société coopérative avait traité, à l'intervention d'un administrateur délégué désigné à la suite d'une modification du contrôle de la société, le fait que la cession des parts dont cette modification résultait «*serait nulle*» (*J.L.M.B.*, 1990, p. 1487). La cession, selon la Cour, est en effet une *res inter alios acta* pour le tiers avec lequel il a été traité de la sorte et il en va de même «*en ce qui concerne la nomination de nouveaux administrateurs issus de l'assemblée générale composée des nouveaux sociétaires de la société*». On peut se rallier à la solution consacrée par l'arrêt; mais telle qu'exprimée par celui-ci, la motivation qui la sous-tend n'emporte pas la conviction. La circonstance qu'une convention, et les suites qu'elle comporte entre parties, en ce compris sa nullité éventuelle, constituent des *res inter alios acta* pour les tiers n'implique pas qu'elles ne puissent pas leur être opposées (84).

(84) Sur le principe de l'effet relatif des conventions, ses fondements et sa portée, voy. M. FONTAINE, «Les effets internes et les effets externes des contrats», in *Les effets du contrat à l'égard des tiers* (L.G.D.J., 1992), p. 40. — X. DIEUX, «Nature et limites des droits du titulaire d'une action directe contre un cocontractant de son débiteur», *cette Revue*, 2004, p. 9, n°s 9 et s.



S'agissant des irrégularités susceptibles d'affecter la désignation des organes de représentation, l'art. 77 du Code des sociétés (ex-art. 13, al. 2, des lois coord. sur les sociétés commerciales), dont la Cour de cassation a, par arrêt du 23 septembre 1996, décidé qu'il ne relève pas de l'ordre public (*T.R.V.*, 1998, p. 96 et la note G. VAN LIMBERGHEN), règle spécifiquement la question, en disposant que «*l'accomplissement des formalités de publicité relatives aux personnes qui, en qualité d'organe de la société, ont le pouvoir de l'engager, rend toute irrégularité dans leur nomination inopposable aux tiers, à moins que la société ne prouve que ces tiers en avaient connaissance*».

Encore faut-il déterminer de quoi exactement le tiers doit avoir connaissance pour qu'une irrégularité entachant la nomination d'un organe puisse lui être opposée, en dépit de la publication de l'acte de nomination. A notre avis, il ne suffit pas, si la nomination n'a pas été annulée, de démontrer que le tiers avait connaissance de la cause de nullité dont cet acte était affecté au moment où il a traité avec la société. Conformément au droit commun (85), ainsi qu'aux art. 64 et 178 du Code des sociétés, il faut que l'acte en question ait été annulé (86). Mais s'il est établi que le tiers connaissait la cause de nullité, alors même que celle-ci ne s'est traduite qu'ensuite par l'annulation de la nomination de l'organe à l'intervention duquel la société a traité avec lui, l'irrégularité de cette nomination lui est opposable. Il en va de même, à notre avis, s'il est établi que le tiers ne pouvait légitimement l'ignorer (87).

En principe, et sous réserve de cette même exception, l'expiration des pouvoirs d'un organe de représentation, par suite de l'échéance de leur terme, d'une démission ou d'une révocation, n'est pas davantage opposable aux tiers avant sa publication (Anvers, 18 septembre 2000, *R.W.*, 2001, p. 1205. — Com. Termonde, 6 décembre 1999, *T.R.V.*, 2000, p. 40). Par jugement du 24 juillet 2003, le Tribunal de commerce de Charleroi

(85) DE PAGE, t. I^{er}, 3^e éd., n° 101. — t. II, 3^e éd., n° 781.

(86) Comp. L. SIMONT, «Les administrateurs *de facto* et les enseignements des droits anglais et américain», *cette Revue*, 1966, p. 462, n° 10.

(87) Dans le même sens : P. VAN OMMESLAGHE, «La première directive du conseil du 9 mars 1968 en matière de sociétés», C.D.E., 1969, p. 619, spéc. p. 634. — *Contra* : L. SIMONT, «La loi du 6 mars 1973 modifiant la législation relative aux sociétés commerciales», *R.P.S.*, 1974, spéc. p. 64, n° 62.



a décidé que le curateur à la faillite d'une société, déclarée après sa mise en liquidation, ne pouvait contester l'opposabilité à ladite société d'une cession de créance réalisée par son administrateur délégué, quelques jours après la mise en liquidation et la désignation d'un liquidateur, mais avant la publication de ces décisions, dès lors que le curateur n'établissait pas que le cessionnaire en avait connaissance au moment de la cession (*D.A.O.R.*, 2004/69, p. 45). Le jugement paraît avoir postulé que le curateur agissait de la sorte aux droits de la société cédante, alors qu'il agit aux droits de la masse lorsqu'il conteste l'opposabilité à celle-ci d'un acte accompli par le futur failli (88). Dans le système dont procède l'article 77 du Code des sociétés, il ne paraît toutefois pas se justifier de donner, en cas de conflit entre tiers, la préférence à ceux qui se prévalent d'un acte non publié.

39. EXPIRATION ET SUSPENSION DES POUVOIRS D'UN ORGANE DE REPRÉSENTATION — EFFET DE LA DÉSIGNATION D'UN ADMINISTRATEUR PROVISOIRE. — Un arrêt de la Cour d'appel de Luxembourg du 5 novembre 1993 (*D.A.O.R.*, 2004/72, p. 49 et la note B. GÉRARD), statuant par application de l'art. 51 de la loi luxembourgeoise sur les sociétés (disposition correspondante à l'art. 518 du Code belge), rappelle la solution suivant laquelle, en cas d'expiration de la totalité des mandats d'administrateur, le conseil conserve le pouvoir de représenter la société, jusqu'à ce qu'il ait été pourvu au renouvellement des mandats expirés ou à leur remplacement.

Traditionnellement, le principe de la continuité des fonctions est énoncé à propos des mandats envisagés individuellement, sur la base d'une analogie avec les art. 1991 et 2007 du Code civil (L. SIMONT, *op. cit.*, *cette Revue*, 1966, n° 12). Mais il n'y a pas de raison qui justifie une autre solution dans le cas où l'ensemble des membres d'un collège a perdu ses pouvoirs (Comp. L. SIMONT, *op. cit.*, *cette Revue*, 1966, n° 23 *in fine*). Encore faut-il que l'acte accompli par les représentants *de facto* de la société ait été nécessaire pour préserver ses intérêts légitimes (Bruxelles, 6 mai 1963, *cette Revue*, 1966, p. 460 et la

(88) Fr. T'KINT et W. DERIJCKE, *La faillite*, Bruxelles, Larcier, 2006, n°s 399 et s., pp. 301 et s.



note précitée L. SIMONT). Dans l'espèce tranchée par la Cour d'appel de Luxembourg, il s'agissait de déterminer si de tels représentants avaient pu valablement relever appel d'une décision rejetant des prétentions formées, en première instance, par la société. L'arrêt l'admet, mais de manière un peu expéditive, puisqu'il n'était pas constaté que l'introduction de l'appel s'imposait, eu égard à un délai qu'une signification du jugement entrepris aurait fait courir.

La désignation judiciaire d'un administrateur provisoire entraîne quant à elle, dans les limites des pouvoirs conférés à celui-ci, une sorte de dessaisissement des organes d'administration de la société. Par arrêt du 4 novembre 2004 (*Pas.*, 2004, I, 1733), la Cour de cassation en a déduit que l'appel interjeté, contre une décision rendue à l'encontre de la société, par l'avocat désigné par le conseil d'administration de celle-ci, est irrecevable, si l'acte d'appel est postérieur à la désignation d'un administrateur provisoire, alors même que la décision de relever appel a été prise par le conseil d'administration avant que la désignation de l'administrateur provisoire devienne définitive. La pertinence de cette solution a été, à juste titre, mise en doute (J. VANANROYE, «Voorlopig bewind : onbevoegdheid van de gewone organen of onbekwaamheid van de rechtspersonen», *T.R.V.*, 2005, p. 8).

La désignation d'un administrateur provisoire, sur la base des compétences générales du tribunal de commerce ou du juge des référés, n'a pas comme telle pour effet de rendre caducs les actes, contrats ou décisions de l'organe d'administration, antérieurs à son dessaisissement, sauf dans la mesure où le jugement ou l'ordonnance le prévoirait. La règle s'applique au mandat, antérieurement conféré à un avocat, d'introduire une action ou un recours. D'autre part, l'avocat ainsi mandaté représente non point l'organe de la société, ultérieurement dessaisi, à l'intervention duquel le mandat d'agir en justice lui a été confié, mais la société elle-même et la capacité de celle-ci n'est pas affectée par la désignation d'un administrateur provisoire. L'avocat a donc le droit et l'obligation de donner suite aux instructions de la personne morale, reçues à l'initiative d'un organe compétent au moment où elles ont été formulées, sauf à l'administrateur provisoire à les révoquer (sur les particularités du mandat *ad litem*,



voy. *infra*, n° 42). La solution retenue par la Cour de cassation ne peut donc pas être approuvée.

40. INTERVENTION DE L'ORGANE EN CETTE QUALITÉ. — MENTIONS À PORTER DANS LES ACTES. — Les organes de représentation n'ont pas à répondre personnellement des engagements qu'ils contractent pour le compte de la société. Le principe est aujourd'hui exprimé par l'art. 61, §1^{er}, du Code des sociétés. Mais il faut bien entendu, pour que le principe s'applique, que l'organe ait agi en cette qualité. Si le contrat litigieux est conclu par une personne qui omet de mentionner qu'elle agit en tant que représentant d'une société, cette personne est normalement tenue par les obligations découlant du contrat. Cette évidence est rappelée par un arrêt de la Cour du travail de Liège du 7 octobre 1991 (*R.R.D.*, 1991, p. 474). Mais aucun formalisme particulier ne doit à cet égard être respecté et la preuve que le contrat a été signé par représentation peut être rapportée par toutes voies de droit, en ce compris les conditions suivant lesquelles le contrat a été exécuté — hypothèse que l'arrêt réserve, en l'excluant en l'espèce, au terme d'une appréciation, souveraine en fait, des circonstances de la cause.

La preuve que le contrat a été conclu pour le compte de la société ne met d'ailleurs pas nécessairement le représentant à l'abri de toute responsabilité personnelle. Si la société revêt l'une des formes prévues par l'art. 78 du Code des sociétés, il faut encore que l'acte fasse mention de cette forme, de sorte que l'autre partie connaisse le régime de responsabilité, éventuellement limitée, auquel la société est soumise. A défaut de pareille mention, le représentant pourra avoir à répondre personnellement des obligations découlant du contrat, sur la base de l'art. 80 du Code des sociétés. L'arrêt précité de la Cour du travail de Liège le rappelle aussi, sous l'empire de l'ancien art. 138*bis* des lois coord., relatif aux sociétés privées à responsabilité limitée. Mais la sanction n'est pas automatique. Comme l'indique un arrêt, excellemment motivé, de la Cour d'appel de Bruxelles, il faut que le tiers puisse établir qu'il a été abusé par l'absence de la mention requise et qu'il n'aurait pas traité s'il avait connu le type de la société avec laquelle il contractait (10 septembre 2003, *J.T.*, 2004, p. 600). La sanction est donc très rarement appliquée («Examen», *cette Revue*, 1973, p. 355, n° 18).



41. REPRÉSENTATION DE LA PERSONNE MORALE EN JUSTICE — PROCÉDURES JUDICIAIRES — INTRODUCTION DES ACTIONS ET RECOURS. — La représentation des sociétés dotées de la personnalité juridique devant les Cours et tribunaux de l'ordre judiciaire implique une combinaison de règles relevant du droit des sociétés et du droit judiciaire, qui a continué à susciter des commentaires et des interrogations dans la doctrine contemporaine : (A. DECROËS, «L'action en justice des personnes morales : de la décision d'agir à la comparution», *R.D.C.*, 2003, p. 294. — V. RENARD, «Action et représentation en justice des personnes morales», *J.T.*, 2002, p. 225. — Th. DELVAUX, «Représentation et comparution des sociétés devant les juridictions de l'ordre judiciaire», *Act. Dr.*, 2002, p. 443. — S. VAN DIJCK, «De rechtspersoon als burgerlijke partij in de strafprocedure», *T.R.V.*, 2001, p. 3. — J. VANANROYE, «Voorlopig bewind : onbevoegdheid van de gewone organen of onbekwaamheid van de rechtspersonen», *T.R.V.*, 2005, p. 8, spéc. n° 16. — «Proceshandelingen *qualitate qua*, de bevoegdheid van de advocaat en de vertegenwoordiging van een rechtspersoon», *T.R.V.*, 1998, p. 517. — P. TAELEMAN, «Het optreden in rechte van entiteiten zonder rechtspersoonlijkheid en rechtspersonen voor de judiciële rechtscollèges», in *Rechtspersonenrecht* (1999), p. 34).

Une première question concerne la détermination des représentants de la société qui sont aptes à agir en justice pour le compte de cette dernière. S'agissant de l'introduction, en tant que telle, des actions et recours, doctrine et jurisprudence s'accordent pour considérer que l'organe légal de gestion, qui détient aussi le pouvoir de représentation, a le pouvoir d'agir, sans préjudice — en dépit des termes trompeurs de l'art. 703 du code judiciaire — de la possibilité de désigner des mandataires à cette fin (Bruxelles, 23 juin 2002, *F.J.F.*, 2003/126, p. 477. — Sur cette règle générale, voy. Cass., 25 juin 1968, *Pas.*, 1968, I, 1230. — Th. DELVAUX, *op. cit.*, *Act. Dr.*, 2002, n° 57 et les références) (89). Lorsque l'organe est collégial, les membres de celui-ci sont, comme tels, individuellement sans

(89) Bien entendu, le fait qu'un mandat spécial ait été confié à quelqu'un n'empêche par les organes compétents d'agir eux-mêmes en justice, ainsi que le confirme à juste titre le Conseil d'Etat dans un arrêt du 7 mai 2002, par application d'un principe valable également pour les procédures judiciaires (*Aménagement-Environnement*, 2002/3, p. 259).



pouvoir pour représenter la société et la représentation en justice ne fait évidemment pas exception à cette règle (Gand, 1^{er} juin 2004, *T.G.R.*, 2005, p. 136. — Anvers, 7 octobre 2002, *F.J.F.*, 2003/96, p. 353. — Liège, 16 janvier 2002, *F.J.F./157*, 2002, p. 466) (90).

Il en va autrement, en matière de société anonyme, en cas de délégation statutaire à un ou plusieurs administrateurs agissant seuls ou conjointement, dans les conditions que la loi définit (Code des sociétés, art. 522, §2. — Lois coord., art. 54, al. 4). Encore soutient-on parfois que lorsque l'action est introduite par les organes de représentation que les statuts peuvent ainsi instituer, l'action n'est valablement introduite que si elle est sous-tendue par une décision du conseil d'administration, régulièrement prise avant l'expiration du délai d'introduction de l'action ou du recours (V. RENARD, *op. cit.*, *J.T.*, 2002, p. 229, n° 3.1.1.).

Cette dernière exigence, initialement exprimée par le Conseil d'Etat (*infra*, n° 43), repose sur une conception inexacte de la distinction, consacrée par la 1^{re} directive européenne, entre pouvoir de gestion dans l'ordre interne et pouvoir de représentation dans l'ordre externe (*cette Revue*, 1992, p. 652, n° 34 et les références). Elle revient aussi à priver de l'essentiel de son intérêt pratique la clause statutaire de représentation. Selon l'opinion que nous critiquons, il faut en effet réunir un conseil d'administration à propos de l'intentement de toute action ou recours, alors que le but de l'art. 522, §2 (ex-art. 54, al. 4, des lois coord.) est précisément d'éviter cela.

(90) Dans une curieuse affaire dont l'arrêt, tel que reproduit à la Pasicrisie, ne permet pas de cerner tous les aspects pertinents, la Cour de cassation a aussi décidé que «l'administrateur d'une société ne peut critiquer [par la voie d'une tierce opposition] une décision qui préjudicie aux droits de la société qu'en sa qualité d'administrateur et non en son nom propre et pour son propre compte». Si les administrateurs agissent en leur propre nom et pour leur propre compte, il doivent pouvoir justifier d'un intérêt propre, autre que celui qui peut résulter de leur obligation à rendre compte de leur gestion au titre de la défense des intérêts de la société dont ils ont la charge (Cass., 22 avril 2004, *Pas.*, 2004, I, 690). Par contre, la circonstance que des associés sont indéfiniment responsables des dettes sociales leur confère le droit d'agir à l'encontre de toute décision condamnant la société, soit par la voie de la tierce opposition, soit, en matière fiscale, en introduisant une réclamation contre une décision d'enrôlement à charge de la société, que celle-ci ne contesterait pas à l'intervention de ses organes compétents (Cass., 16 septembre 2004, *Pas.*, 2004, I, 1358. — Civ. Anvers, 18 novembre 2002, *Cour. Fisc.*, 2003, p. 457 et la note S. VERTOMMEN).



En réalité, dans le système mis en place par ces dispositions conformément à la directive précitée, le ou les administrateurs investis du pouvoir de représenter la société tiennent directement ce pouvoir des statuts qui, une fois publiés (*supra*, n° 38) et sauf modification ultérieure suivant les règles spéciales que le Code des sociétés édicte à cet égard, sont l'expression, à l'égard des tiers, de la volonté irrévocable de la personne morale; cette volonté n'a nullement à être, en quelque sorte, réactivée par le conseil d'administration lors de chaque procédure. La clause visée par l'art. 522, §2, du Code des sociétés ne se réduit plus, comme c'était le cas autrefois (91), à consacrer une présomption de délibération conforme préalable du conseil d'administration; la circonstance que les délégataires du pouvoir de représentation auraient agi sans être couverts par une décision du conseil d'administration n'a donc pas pour effet de rendre l'action irrecevable (Com. Gand, 25 février 1994, *R.D.C.*, 1994, p. 50).

En matière de société anonyme encore, le délégué à la gestion journalière, éventuellement désigné conformément à l'art. 525 du Code des sociétés, a, dans les limites de cette gestion, la qualité d'organe. En cette qualité, il détient le pouvoir d'introduire les actions et recours qui se rapportent à celle-ci — ce qui se détermine au cas par cas, en fonction des critères selon lesquels la gestion journalière est définie par la Cour de cassation (Cass., 21 février 2000, *Pas.*, 2000, I, 138. — «Examen», *cette Revue*, 1993, p. 780, n° 127). Quelques décisions le confirment, notamment à propos des recours fiscaux en matière d'impôts sur les revenus (Cass., 24 octobre 2002, *J.L.M.B.*, 2003/21, p. 907. — Bruxelles, 5 décembre 2002, *F.J.F.*, 2003/154, p. 560.) et il en va de même si les statuts contiennent une clause de représentation, conforme à l'art. 522, §2, du code des sociétés, qui n'exclut pas la représentation de la société par le délégué à la gestion journalière (Comp. Bruxelles, 13 juin 2001, *Cour. Fisc.*, 2001, p. 349 et la note S. VERTOMMEN).

(91) P. VAN OMMESLAGHE et L. SIMONT, «La notion de l'organe statutaire et la répartition des pouvoirs au sein du conseil d'administration de la société anonyme», *cette Revue*, 1964, p. 74, n° 6.



On ne saurait par contre suivre la Cour d'appel de Liège, lorsque, sous l'influence d'une jurisprudence également très discutable du Conseil d'Etat (*infra*, n° 43), elle affirme que «*l'introduction d'une action dépasse en principe [le cadre de la délégation de la gestion journalière], sauf circonstances exceptionnelles*» (26 septembre 2001, *F.J.F.*, 2002/60, p. 169). Il n'est en effet nul besoin de circonstances exceptionnelles pour que l'introduction d'une procédure rentre dans la sphère de la gestion journalière, l'importance de l'acte en question s'appréciant notamment à la lumière de l'objet de la société, de ses moyens et de sa politique habituelle en matière de gouvernance.

C'est de manière tout aussi inexacte que ce dernier arrêt énonce qu'une ratification *a posteriori* par l'organe compétent serait impuissante à assurer la recevabilité d'une action ou d'un recours, au motif que leur recevabilité s'apprécie au moment de leur exercice. Cette affirmation méconnaît le caractère rétroactif normalement attaché à la ratification d'un acte, mieux compris par un autre arrêt de la même juridiction, pour autant que la ratification intervienne avant l'expiration du délai dans lequel l'acte en question, en l'occurrence l'introduction d'une action ou d'un recours, devait être introduit à peine de forclusion (Liège, 22 janvier 1998, *J.L.M.B.*, 1998, p. 1467. — Mons 18 juin 2003, *R.G.D. Civ.*, 2005, p. 79. — G. DE LEVAL, *Eléments de procédure civile*, 2^e éd., n° 13 et la note 59).

Par arrêt du 11 juin 1998, la Cour de cassation déclare irrecevable un pourvoi introduit par les liquidateurs d'une société, qui avaient été remplacés au moment de cette introduction, en dépit de la ratification du pourvoi par le nouveau liquidateur, durant la procédure en cassation (*Pas.*, 1998, I, 709). L'arrêt ne constate pas que le délai pour l'introduction d'un pourvoi était expiré au moment de la ratification; mais la solution qu'il retient, qui peut s'expliquer par les particularités de la procédure en cassation ne remet pas en cause celle qui prévaut devant les juridictions de fond.

42. REPRÉSENTATION DE LA PERSONNE MORALE EN JUSTICE
— PROCÉDURES JUDICIAIRES (SUITE) — COMPARUTION PERSONNELLE ET MANDAT *AD LITEM* DE L'AVOCAT. — Autre est la



question de savoir à quelles conditions la personne morale peut prétendre comparaître et plaider en personne, au sens des articles 728 et 758 du Code judiciaire. Si, sauf disposition contraire (92), il est permis d'avoir recours à un mandataire, avocat ou non, pour l'introduction de l'action ou du recours, la personne morale n'est censée être présente en personne à la barre qu'à l'intervention d'un organe dans les pouvoirs duquel entre la représentation en justice (Liège, 4 novembre 1998, *F.J.F.*, 1999/86, p. 697. — Com. Hasselt, 6 octobre 1999, *T.R.V.*, 2000, p. 47). Un mandataire, fût-il aussi un préposé, doit donc à son tour se faire représenter par un avocat, en vertu de l'art. 440 du Code judiciaire (Cass., 17 janvier 2000, *Pas.*, 2000, I, 36. — A propos de cet arrêt, voy. J. KIRKPATRICK, «La comparution en justice sans avocat des établissements publics et de l'Etat», *J.T.*, 2000, p. 561).

Par arrêt du 17 avril 1997 (*Pas.*, 1997, I, 472. — *T.R.V.*, 1998, p. 517 et la note J. VANANROYE), la Cour de cassation a confirmé, à très juste titre, que l'avocat qui déclare intervenir pour le compte d'une société dotée de la personnalité morale est présumé tenir son mandat d'un organe compétent, que cette présomption peut être renversée mais que le renversement de la présomption incombe à la partie adverse, laquelle ne peut se contenter de requérir, en application de l'art. 703, al. 3 du même Code, que l'identité des organes lui soit révélée.

On a prétendu que la Cour confondrait ainsi, d'une part, la question de l'existence et de la régularité du mandat dont l'avocat se prévaut et, d'autre part, la question de savoir si la décision d'agir a été prise par un organe compétent (V. RENARD, *op. cit.*, *J.T.*, 2002, spéc. p. 235. — A. DECROËS, *op. cit.*, *R.D.C.*, 2003, spéc. p. 300). Mais, outre qu'elle paraît incompatible avec l'intention du législateur (Th. DELVAUX, *op. cit.*, *Act. Dr.*, 2002, spéc. p. 483), cette critique procède d'une dissection arbitraire de la présomption édictée par l'art. 440, al. 2 : présumer que l'avocat est bien détenteur du mandat que postule son intervention, c'est en effet présumer que ce man-

(92) Suivant l'art. 378 du CIR 92, dans sa version antérieure à une loi du 15 mars 1999, les requêtes en matière fiscale devaient ainsi être introduites par la personne ou par son avocat. Un mandataire de la personne morale, autre qu'un avocat, ne pouvait donc pas valablement introduire le recours, par dérogation au droit commun (Cass., 9 octobre 2000, *Pas.*, 2000, I, 527).



dat est régulier, cette régularité supposant que les pouvoirs émanent bien d'un organe compétent (Mons, 18 juin 2003, précité. — 21 décembre 1998, *J.T.*, 1999, p. 275. — Civ. Bruges, 24 mars 1997, *R.W.*, 1998-1999, p. 166. — Civ. Nivelles (Réf.), 15 janvier 1991, *J.L.M.B.*, 1991, p. 604).

43. REPRÉSENTATION DES PERSONNES MORALES DEVANT LE CONSEIL D'ÉTAT. — Les principes du droit des sociétés ont continué à être bousculés par la jurisprudence du Conseil d'Etat, au cours de la période couverte par le présent examen (sur la période antérieure : «Examen», *cette Revue*, 1992, p. 652, n° 34). Par un arrêt du 10 décembre 2002 rendu en assemblée générale (*R.P.S.*, 2003, p. 214), la Haute Juridiction administrative a ainsi considéré devoir mettre fin aux tâtonnements de sa doctrine antérieure (comp. Cons. d'Etat, 20 décembre 1996, n° 63.735 — 26 juin 1998, n° 74.700. — 26 mars 2001, n° 94.271. — 23 octobre 2001, *R.P.S.*, 2001, p. 385), en considérant que l'introduction d'une requête en annulation n'est jamais un acte susceptible de relever de la gestion journalière de la société. A l'appui de cette prise de position, l'arrêt énonce que pareille requête «*en raison de son objet, excède les besoins de la vie quotidienne de la société*» et qu'il «*ne s'agit aucunement d'un acte de peu d'importance, puisqu'un tel recours tend à faire disparaître de l'ordonnancement juridique, avec effet rétroactif, un acte exécutoire posé par une autorité publique*» (dans le même sens : 7 juillet 2003, n° 121.433 — 25 février 2004, n° 128.505).

Pareille motivation n'emporte pas la conviction. En droit des sociétés, la question de savoir si un acte, une décision ou une opération correspond aux critères de la gestion journalière s'apprécie au regard de ses effets pour la société et son patrimoine. Que, par ailleurs, un arrêt du Conseil d'Etat, statuant sur une requête en annulation, produise des effets de droit public est, de ce point de vue, sans aucune pertinence et la prévalence d'un critère relevant de cette autre discipline est dépourvue de toute justification, dès lors qu'il s'agit seulement d'apprécier si, au regard des règles qui intéressent son fonctionnement, une société est valablement représentée ou non. Même si la solennité dont le Conseil d'Etat a entendu entourer



sa prise de position ne permet certes pas d'escompter un revirement rapide, on ne peut que le souhaiter néanmoins.

Une autre distorsion, tout aussi injustifiée quoique validée par la Cour d'arbitrage, entre la jurisprudence de la Cour de cassation et celle du Conseil d'Etat s'observe à propos des effets de la présomption attachée par l'art. 440 du Code judiciaire au mandat *ad litem* de l'avocat (*supra*, n° 42). Par arrêt du 22 avril 1998 (*J.T.*, 1998, p. 472), la Haute Juridiction constitutionnelle a en effet décidé qu'eu égard à la «*spécificité du contentieux objectif confié au Conseil d'Etat*», il n'est pas déraisonnable qu'à la différence des juridictions de l'ordre judiciaire, celui-ci exige, même d'office, de l'avocat de la partie requérante, qu'il produise à l'appui de la requête en annulation la preuve qu'un organe, ou d'autres personnes compétentes pour représenter conjointement la société en justice, ont effectivement décidé d'agir en temps utile, à peine d'irrecevabilité du recours.

La circonstance que pareille exigence n'est pas formulée lorsque la requête est introduite au nom d'une personne physique ou d'une personne morale valablement représentée par une personne physique compétente pour agir seule au nom de la société (93) n'implique aucune contrariété au principe d'égalité consacré par les art. 10 et 11 de la Constitution, selon l'arrêt. Pourtant, les spécificités du contentieux objectif ne sont pas plus susceptibles de justifier pareille exigence qu'elles ne justifient la position adoptée à propos de la gestion journalière (en ce sens également : V. RENARD, *op. cit.*, *J.T.*, 2002, spéc. p. 235. — A. DECROËS, *op. cit.*, *R.D.C.*, 2003, spéc. p. 299, n° 12).

Il semble par contre que l'arrêt du 10 décembre 1986, cité dans le précédent examen (*cette Revue*, 1992, p. 692, n° 34) était bien le signe d'un ralliement de la Haute Juridiction administrative à la doctrine suivant laquelle la personne morale requérante agit valablement par ses représentants statutaires, sans qu'il soit nécessaire d'établir, en matière de

(93) Voy., par exemple, Cons. d'Etat, 26 juin 2003, n° 121.056. — 5 septembre 1995, n° 54.919. Autre chose est évidemment d'exiger de la personne qui prétend disposer individuellement du pouvoir de gestion et de représentation la preuve de ce pouvoir (Cons. d'Etat, 2 février 2001, n° 92.995).



société anonyme en particulier, que le conseil d'administration s'est en outre réuni, avant l'expiration du délai prévu pour l'introduction du recours, pour décider collégalement de celle-ci (voy. aussi, dans le même sens, 13 mai 1987, n° 27.898. — 23 novembre 1992, n° 41.125. — 25 janvier 2002, n° 109.927. — 23 octobre 2002, n° 111.796). A notre connaissance, aucune autre décision n'a remis en cause cette prise de position, dont l'exactitude juridique ne nous paraît pas discutable, contrairement à l'opinion plus récemment développée par quelques auteurs (*supra*, n° 41).

En va-t-il autrement lorsque la requête en annulation est introduite à l'initiative d'un mandataire? C'est ce qui paraît résulter d'un arrêt du 28 octobre 1998 (*Droit communal*, 1998/4, p. 266). Encore convient-il de nuancer le propos : si le mandataire a reçu un pouvoir général d'introduire les actions en justice ou d'exercer les recours devant le Conseil d'Etat, il n'est pas nécessaire que le conseil d'administration ou tout autre organe de représentation, selon la forme sociale considérée, prenne, chaque fois qu'un recours est envisagé, la décision d'introduire celui-ci. Une décision du mandataire suffit. Aucune raison ne commande que cette solution, conforme au droit commun de la représentation contractuelle, soit écartée devant le Conseil d'Etat.

A juste titre, la Haute juridiction administrative a par ailleurs considéré que, dans la mesure où il appartenait au conseil d'administration d'une société anonyme de décider de l'introduction d'une requête en annulation, la circonstance que cet organe décide de désigner un mandataire spécial, en l'occurrence l'administrateur délégué, et l'autorise à introduire une telle requête, il y a, implicitement mais certainement, décision par cet organe d'introduire le recours. Aucune formule sacramentelle ne s'impose en effet à ce sujet (26 novembre 2004, *R.P.S.*, 2004, p. 278. — Voy. aussi Cons. d'Etat, 23 novembre 1992, n° 41.125).

On reste par contre perplexe à la lecture d'un autre arrêt, du 25 août 1998 (n° 75.615), suivant lequel un recours dont l'introduction est décidée par l'assemblée générale d'une société privée à responsabilité limitée, à l'unanimité des deux membres présents parmi lesquels le gérant unique, est irrece-



vable, au motif que le gérant unique avait, en cette qualité, le pouvoir de décider seul de l'introduction du recours et que l'assemblée générale n'était pas l'organe compétent à cette fin. S'il est exact que l'assemblée générale est, dans l'ordre externe, incompétente pour prendre ce genre de décision (*supra*, n° 34), le fait, non contesté en l'espèce, que le gérant unique, en sa qualité d'associé, avait voté en faveur de l'introduction du recours attestait à suffisance de sa volonté d'introduire le recours.

44. REPRÉSENTATION DEVANT LA COUR CONSTITUTIONNELLE. — Les règles de droit des sociétés et les principes généraux exprimés par le Code judiciaire concernant la représentation de celles-ci en justice, au contentieux subjectif (*supra*, n°s 41 et 42), ne s'imposent dans les contentieux objectifs que dans la mesure où il n'y est pas dérogé par des dispositions spéciales. Ainsi que nous l'avons vu, de telles dispositions ne figurent pas dans les lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, en sorte que les solutions particulières que celui-ci a cru pouvoir consacrer sont, à notre avis, sans fondement (*supra*, n° 43).

On trouve par contre de telles dispositions dans la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage, devenue la Cour constitutionnelle depuis l'entrée en vigueur de la réforme du 7 mai 2007. En particulier, l'art. 7, al. 3, de cette loi oblige à la production, «à la première demande», de la décision d'introduction du recours, lorsque le recours est introduit par une personne morale, ainsi que d'une copie de la publication de ses statuts, lorsque ceux-ci doivent être publiés. La Cour a fait application de ces dispositions dans un arrêt du 2 mars 1995 (n° 20/95, *Mon. belge*, 17 mars 1995, p. 6041) et dans un arrêt du 8 mai 2002 (n° 77/2002, *Mon. belge*, 2002, p. 22.128).

45. ENGAGEMENTS PRIS AU NOM D'UNE SOCIÉTÉ EN FORMATION (94). — L'art. 60 du Code des sociétés présente le régime des engagements pris au nom d'une société en formation, en tenant compte de l'interprétation dont l'art. 13bis des lois coord. sur les sociétés commerciales avait fait l'objet. En par-

(94) Pour un examen d'ensemble des questions liées à cette situation, voy. la thèse de S. GILCART, *La société en formation — Une étude du mécanisme sui generis de l'article 60 du Code des sociétés* (2004).

ticulier, le texte nouveau fait apparaître, plus clairement que l'ancien, que la reprise par la société, une fois qu'elle a acquis la personnalité juridique, des engagements pris pour son compte par ses promoteurs, est une condition résolutoire, et non point suspensive, en sorte que les contrats conclus sous le bénéfice de ce régime peuvent être exécutés immédiatement à charge des promoteurs, s'ils comprennent des obligations immédiatement exigibles ou dont le terme échoit avant l'expiration des délais légaux dans lesquels leur reprise doit intervenir pour que les promoteurs en soient libérés (en ce sens : «Examen», *cette Revue*, 1992, p. 659, n° 32). La Cour de cassation avait consacré cette analyse aux termes d'un arrêt du 14 septembre 2000 (*T.R.V.*, 2001, p. 90 et la note R. TAS. — *R.D.C.*, 2001, p. 718 et la note S. GILCART. — Voy. aussi J. de P. Gand (1^{er} canton), 5 mai 2000, *T.G.R.*, 2001, p. 53).

Le même arrêt confirme que le régime des engagements pris au nom d'une société en formation s'applique, non seulement à ces engagements, mais aussi aux droits qui en sont la contrepartie, notamment lorsque ces engagements découlent d'un contrat synallagmatique (Anvers, 12 mars 2001, *T.R.V.*, 2004, p. 432 et la note R. TAS. — En ce sens : «Examen», *cette Revue*, 1992, p. 659, n° 32). Il en est ainsi autant durant la période qui précède l'échéance des délais prévus par l'actuel art. 60 qu'après l'expiration de ces derniers, si la société n'acquiert pas la personnalité juridique ou ne reprend pas à temps les contrats conclus pour son compte à une époque où elle était en formation.

Le promoteur, auquel l'exécution du contrat est réclamée, peut donc opposer, le cas échéant, l'exception d'inexécution; encore faut-il évidemment, comme le rappelle un arrêt rendu le 14 janvier 1998 par la Cour d'appel de Bruxelles, que les conditions de cette exception soient réalisées et que le demandeur n'ait pas antérieurement exécuté ses propres obligations (*J.L.M.B.*, 1999/12, p. 490). D'autre part, le promoteur doit, après l'expiration des délais légaux, agir en son nom personnel et ne peut plus prétendre agir en justice au nom de la société en formation, à peine d'irrecevabilité de son action (Gand, 10 novembre 1995, *T.R.V.*, 1996, p. 110).



Les promoteurs sont libérés des obligations dont l'art. 60 les rend responsables, si la société est constituée dans les deux ans de la naissance de celle-ci et si elle les reprend dans les deux mois du dépôt de ses statuts au greffe du tribunal de commerce (*supra*, n° 17. — J. de P. Westerlo, 3 novembre 2000, *A.J.T.*, 2001-2002, p. 511). Cette libération intervient même si les promoteurs, agissant au nom de la société en formation, ont simultanément déclaré s'en porter fort (J. de P. Anderlecht, 14 avril 1997, *R.P.S.*, 1998, p. 126).

Conformément à l'art. 60 (ancien art. 13*bis*, al. 2), elle produit ses effets rétroactivement et cette rétroactivité s'applique aussi aux instances judiciaires introduites avant que la société ait repris les contrats conclus pour son compte, pour autant que cette reprise intervienne dans les délais légaux (Anvers 18 mars 1992, *R.D.C.*, 1995, p. 28). En particulier, si les promoteurs ont été condamnés par un jugement rendu au premier degré et qu'appel de cette condamnation est relevé par eux, alors que la société a été constituée et a repris le contrat dans les délais légaux, l'appel est, comme tel irrecevable, sans préjudice d'une reprise d'instance par la société.

Eu égard à la rétroactivité qui s'attache à la reprise du contrat par la société, cette reprise produit ses effets, le cas échéant, à un moment antérieur à l'introduction de la procédure de première instance. L'arrêt, qui en limite les effets à la procédure d'appel et confirme la condamnation prononcée par le premier juge à l'encontre des promoteurs, au motif que la société n'était pas partie à la procédure de première instance, méconnaît donc l'art. 60 du Code des sociétés (Cass., 10 mai 1996, *T.R.V.*, 1996, p. 565, statuant à l'époque sur la base de l'art. 13*bis* des anciennes lois coord. sur les sociétés commerciales).

La rétroactivité, légalement attachée à la reprise, par la société, des engagements contractés pour son compte, implique aussi que cette reprise n'emporte pas une nouvelle mutation immobilière au regard du régime des droits d'enregistrement, lorsque le contrat portait sur l'acquisition de la propriété d'un immeuble (Com. Charleroi, 14 juin 2000, *F.J.F.*, 2001/236, p. 697). De ce point de vue, une reprise tardive ne permet pas, par contre, de bénéficier du même régime



(*contra* : Civ. Anvers, 30 novembre 2001, *F.J.F.*, 2002, p. 248). Sur le plan du droit civil, elle n'est susceptible de produire un effet que moyennant l'accord du promoteur, devenu le propriétaire de l'immeuble moyennant acquittement de son prix, faute pour la société d'avoir été constituée et d'avoir repris à temps les droits et obligations découlant du contrat de vente. La constitution ultérieure de la société par un tiers — en l'espèce l'ex-concubin de la promotrice — et la déclaration faite, à cette occasion, que la société reprend ces droits et obligations, sont dès lors sans valeur et ne permettent pas à la société de s'emparer unilatéralement de la propriété de l'immeuble. C'est ce qu'a décidé à juste titre le Tribunal civil de Bruxelles, dans une espèce particulièrement caractérisée (7 avril 2003, *R.N.B.*, 2003, p. 264).

La ratification, par la société, des engagements contractés pour son compte n'est soumise à aucun formalisme particulier. Elle peut être expresse et, suivant un jugement rendu, le 14 avril 1997, par le Juge de Paix d'Anderlecht (*R.P.S.*, 1998, p. 126), le gérant est en ce cas seul compétent pour en décider, lorsque les engagements ont été pris pour le compte d'une S.P.R.L. en formation. Mais la ratification peut aussi être tacite (Mons, 29 novembre 1993, *R.D.C.*, 1995, p. 150 et la note S. GILCART. — Com. Charleroi, 14 juin 2000, précité) et se déduire alors de toutes circonstances dont les tiers ont pu légitimement la déduire, sans d'ailleurs qu'en pareil cas, il soit nécessaire de pouvoir imputer à un organe ou à un mandataire, identifié comme tel et investi des pouvoirs nécessaires à cette fin, une volonté de ratification de l'engagement en question (comp. *infra*, n° 37). Suivant un arrêt de la Cour d'appel de Liège du 7 février 1997, la ratification peut ainsi se déduire du fait que des factures adressées au siège de la société n'ont pas été protestées et que la société a utilisé les services s'y rapportant (*R.P.S.*, 1998, p. 199. — comp. Bruxelles, 10 mai 1999, *supra*, n° 37).

Bien entendu, ceci suppose que les engagements, à la ratification desquels il est prétendu, aient été contractés au nom d'une société en formation. L'apport d'un fonds de commerce, même assorti de la reprise des engagements antérieurement souscrits en leur nom par les exploitants du fonds apporté, ne réalise pas



cette condition (Liège, 2 mars 2004, *R.R.D.*, 2004, p. 157. — *Supra*, n° 21). Il faut aussi que la société ultérieurement constituée soit bien celle pour le compte de laquelle les promoteurs ont déclaré agir (Gand, 12 avril 1995, *T.R.V.*, 1996, p. 566 et la note R. TAS); mais cette condition s'apprécie en fait, eu égard à toutes les circonstances pertinentes de l'espèce (Com. Hasselt, 29 janvier 1997, *T.R.V.*, p. 93). La constitution de la société, sous une forme autre que celle initialement annoncée, ne prive donc pas nécessairement les promoteurs du bénéfice de l'art. 60 (Com. Tongres, 5 mai 1995, *T.R.V.*, 1996, p. 568 et la note R. TAS).

46. RESPONSABILITÉ EXTRA-CONTRACTUELLE DE LA PERSONNE MORALE. — Suivant une solution traditionnelle (95), la personne morale est directement responsable, sur la base des art. 1382 et 1383 du Code civil, des délits et des quasi-délits dont les organes se rendent le cas échéant coupables dans l'exercice de leurs fonctions. La Cour de cassation l'a implicitement mais indubitablement confirmé dans ses arrêts concernant la question de savoir si, en outre, les administrateurs ou gérants de la personne morale sont aussi tenus de répondre personnellement de leurs fautes à l'égard des tiers (Cass., 20 juin 2005, *Pas.*, 2005, I, 1354. — 16 février 2001, *Pas.*, 2001, I, 301. — 7 novembre 1997, *Pas.*, 1997, I, 1146).

Pour qu'une condamnation puisse ainsi être prononcée à l'égard de la personne morale, il n'est d'ailleurs pas nécessaire qu'un organe ait commis une faute dans l'exercice de ses fonctions; il faut, mais il suffit, que l'organe puisse être considéré «*comme ayant agi dans les limites de celles-ci par tout homme raisonnable et prudent*» (Cass., 19 décembre 1991, *Pas.*, 1992, I, 316) (96). La règle énoncée à propos d'une personne morale de

(95) B. TILLEMANS, *Proceshandelingen van en tegen vennootschappen*, Anvers, Maklu, 1997; B. TILLEMANS, *Bestuur van vennootschappen — statut, interne werking en vertegenwoordiging*, Jan Ronse Instituut, Kalmthout, Biblo, 1996, p. 509; L. CORNELIS, *Principes du droit belge de la responsabilité extracontractuelle, L'acte illicite*, Bruxelles-Anvers, Bruylant-Maklu-Ced. Samsom, vol. 1, 1991, p. 458 et p. 463; Th. TILQUIN et V. SIMONART, *Traité des sociétés*, Bruxelles, Kluwer, t. I, 1996, p. 759; V. SIMONART, «La théorie de l'organe», in *Liber Amicorum Michel Coipel*, Bruxelles, Kluwer, 2004, pp. 713 et s.; P. VAN OMMESLAGHE, «La théorie de l'organe : évolutions récentes», *Liber Amicorum Michel Coipel*, Bruxelles, Kluwer, pp. 765 et s.; Cass., 24 novembre 1962, *Pas.*, 1963, I, 364; Bruxelles, 30 mars 1983, *R.P.S.*, 1984, p. 31; Liège, 25 juin 1981, *R.P.S.*, 1982, p. 86.

(96) Comp., à propos des préposés : Cass., 11 décembre 2001, *Pas.*, 2001, I, 2076. — 11 mars 1994, *Pas.*, 1994, I, 244. — 4 novembre 1993, *Pas.*, 1993, I, 924.



droit public s'applique aussi aux personnes morales de droit privé (J. VANANROYE, «Toerekening aan rechtspersonen en andere organisaties», *T.P.R.*, 2004, p. 753, n° 9).

Il s'ensuit que le comportement d'un organe peut justifier du caractère abusif d'un licenciement opéré pour le compte de la personne morale. La règle est tout à fait générale et elle n'est nullement réservée à des situations qualifiées par certaines circonstances de fait. C'est donc à tort, à notre avis, qu'un arrêt de la Cour du travail de Mons en justifie l'application par l'observation «*qu'au sein d'une petite entreprise, dont le gérant a opté pour la forme juridique de S.P.R.L., le dirigeant se confond avec la forme juridique [et] exerce en effet les prérogatives de l'employeur, dont l'autorité sur son personnel*» (7 janvier 2005, *J.L.M.B.*, 2005/29, p. 1277).

Les règles ainsi consacrées par la jurisprudence sont expliquées par la théorie de l'organe et de l'organe apparent. En vertu de cette théorie, la faute susceptible de justifier une responsabilité de la personne morale est réputée avoir été commise par cette dernière et elle peut dès lors lui être imputée, parce qu'elle a été commise par un organe, réel ou apparent, avec lequel la personne morale est censée s'identifier (97). Mais, à notre avis, ce serait donner au droit positif une vision incomplète que de présenter cette méthode d'imputation comme exclusive.

Ainsi qu'on le verra, la solution consacrée à propos de la responsabilité pénale des personnes morales est différente, dans la mesure où cette responsabilité n'est pas liée à la démonstration qu'une faute, pénalement sanctionnée en l'occurrence, a été commise par un organe, ni d'ailleurs par un mandataire ou par un préposé identifié (*infra*, n° 47). Il suffit, suivant l'art. 5, §1^{er}, du Code pénal, que l'infraction soit intrinsèquement liée à la réalisation de l'objet de la personne morale ou à la défense de ses intérêts, ou encore que les faits concrets démontrent que l'infraction a été commise pour son compte.

Un mécanisme d'imputabilité directe, comme telle indépendante de la théorie de l'organe ou de celle de la représenta-

(97) V. SIMONART, «La quai-immunité des organes de droit privé», *cette Revue*, 1999, p. 732, n° 25 et la note 88.



tion (98), en résulte, dont l'application en matière de responsabilité civile se justifie par identité de motifs (99), eu égard, notamment, à l'étroite parenté entre faute pénale et faute civile — parenté qui, jadis, a précisément déterminé la Cour de cassation à reconnaître qu'une personne morale puisse être l'auteur d'une infraction (*infra*, n° 47) (100). En particulier, une personne morale ne devrait pas pouvoir échapper, sur le plan du droit civil, aux conséquences d'un dysfonctionnement collectif dommageable pour les tiers, alors qu'elle devrait désormais en répondre pénalement, le cas échéant.

Pourquoi devrait-il en aller autrement lorsque la «*corporatief schuldbegrip*» — selon l'expressive formulation de la langue néerlandaise (101) — est exempte de qualification pénale? On ne l'aperçoit pas. Le principe de l'autonomie du droit pénal, au contenu singulièrement flou, est en tout cas hors de propos en l'occurrence et il existe, en d'autres matières, des solutions qui confirment la reconnaissance par notre droit de la possibilité d'une imputation directe, dont la responsabilité pénale des personnes morales n'est, en définitive, qu'une illustration plus voyante (102).

47. RESPONSABILITÉ PÉNALE DES PERSONNES MORALES (103) — PRINCIPES. — Suivant l'art. 5, al. 1^{er}, du Code pénal, tel

(98) Même étendue aux fautes commises par le représentant dans l'exercice de sa mission, comme une fraction de la doctrine en a défendu l'idée : P.-A. FORIERS, «Aspects de la représentation en matière contractuelle», in *Les obligations contractuelles* (J.B.B., 2000), p. 221, n^{os} 43 et s.

(99) Voy., en ce sens, la brillante démonstration de J. VANANROYE, «Toerekening aan rechtspersonen en andere organisaties», *T.P.R.*, 2004, p. 753.

(100) Conclusions du procureur général HAYOIT DE TERMICOURT avant Cass., 16 décembre 1948, *J.T.*, 1949, p. 148.

(101) J. VANANROYE, *op. cit.*, *T.P.R.*, 2004; spécialement p. 773 et les références à L. TIMMERMAN, «Onderstrommen in het privaatrechtelijk rechtspersonen», in *De ontwikkeling van de rechtspersoon in het publiekrecht en het privaatrecht* (2000), p. 115, spécialement p. 121, ainsi qu'à R. TJJITES, *Toerekening van kennis* (2001), p. 44.

(102) Par exemple, à propos de l'application de la législation sur l'emploi des langues en matière judiciaire, la jurisprudence de la Cour de cassation est fixée en ce sens que la connaissance d'une langue par une personne morale s'apprécie, en fait, en fonction des conditions dans lesquelles ses activités réelles sont exercées. Il en est ainsi, en tout cas, lorsque la personne morale ne comparait pas par un organe (Cass, 6 novembre 1981, *Pas.*, 1982, I, 347. — 13 mars 1978, *Pas.*, 1978, I, 782) et des conclusions récentes du Ministère public près la Cour de cassation font même référence à cette jurisprudence sans en limiter ainsi la portée. (Conclusions de l'avocat général DE KOSTER avant Cass., 21 octobre 2005, *Pas.*, 2005, p. 2007). Pour d'autres exemples, voy. V. SIMONART, *La personnalité morale en droit comparé*, n° 320.

(103) Cette matière a donné lieu à une littérature extrêmement abondante. Outre les articles et ouvrages cités dans la suite du texte, voy. J. VANANROYE & S. VAN DIJCK,



qu'il a été modifié par une loi du 4 mai 1999, «*toute personne morale est pénalement responsable des infractions qui sont intrinsèquement liées à la réalisation de son objet ou à la défense de ses intérêts, ou de celles dont les faits concrets démontrent qu'elles ont été commises pour son compte*». La disposition précitée ne subordonne ni la condamnation de la personne morale ni l'existence de l'infraction à l'imputation préalable ou simultanée de celle-ci à une personne ou à plusieurs personnes physiques agissant en son sein. La doctrine néerlandophone parle à cet égard de «*rechtstreeks daderschap*» (104) et l'apparition de ce concept est le fruit d'une évolution remarquable de la jurisprudence de la Cour de cassation, qui s'est consommée durant la période sous revue et dont il paraît opportun de rendre compte à l'effet de percevoir correctement la portée véritable de la réforme intervenue en 1999.

Après avoir longtemps considéré que les personnes morales ne pouvaient pas, comme telles, commettre d'infraction, notamment en raison de l'impossibilité de leur imputer l'élément moral requis par le droit pénal («*societas delinquere non potest*»), la Cour de cassation a, peu après la deuxième guerre mondiale, rendu deux arrêts emportant un revirement marquant (Cass., 8 avril 1946, *Pas.*, 1946, I, 137. — Cass., 16 décembre 1948, *Pas.*, 1948, I, 723). Suivant ces deux arrêts, une infraction peut être constatée et attribuée à la personne morale. Encore, à ce stade de l'évolution, une peine ne pouvait-elle être prononcée qu'à charge de la personne physique à l'initiative ou à l'intervention de laquelle l'infraction avait été

«Burgerlijke aansprakelijkheid van rechtspersoon en natuurlijke persoon bij de 'decumul' van art. 5 SW», *T.R.V.*, 2003, p. 441. — T. WUYTS, «Strafrechtelijke verantwoordelijkheid van rechtspersonen», *NjW*, 2003, p. 1282. — B. GERVASONI, «La loi du 4 mai 1999 instaurant la responsabilité pénale des personnes morales», *Am. Env.*, 2001/3, p. 204. — I. VERHAERT & P. WATERINCKX, «Strafrechtelijke verantwoordelijkheid, een beheersbaar ondernemingsrecht», *R.W.*, 2001-2002, p. 1009. — E. ROGER FRANCE et M. VAN DEN ABEELE, «Les banques et la responsabilité pénale des personnes morales», *Dr. Banc. et Fin.*, 2003/V, p. 259. — P. WAETERINCK, «Strafbaarheid van rechtspersonen en toerekening van misdrijven», *NjW*, 2004, p. 1298. — L. VANWALE, «De implicaties van de wet op de strafrechtelijke verantwoordelijkheid van de rechtspersoon op de vervolging van milieudelicten», *Tijdschr. Milieurecht*, 2001, p. 116. — L. MONSEREZ, «De cumulatie van de strafrechtelijke verantwoordelijkheid van rechtspersonen en met die natuurlijke personen», *D.A.O.R.*, 2001, p. 259.

(104) M. FAURE, «De strafrechtelijke verantwoordelijkheid in de onderneming», *T.P.R.*, 2000, p. 1293, spécialement p. 1300, n° 4 et la référence aux travaux préparatoires de loi, clairement établis en ce sens.



commise au sein de la personne morale («*societas delinquere potest sed non puniri potest*»), en sorte que l'intention criminelle devait être établie aussi dans le chef de cette personne physique. Le second des deux arrêts précités ne paraissait en outre envisager que l'organe de la personne morale, comme personne physique susceptible d'avoir à répondre pénalement de l'infraction (105).

Tout en confirmant sa jurisprudence, la Cour de cassation l'a par la suite infléchi sur ce point, considérant que la responsabilité pénale attachée à une infraction attribuée à une personne morale pouvait être appliquée, non seulement à un organe, mais aussi à toute autre personne physique, en ce compris les préposés, à l'initiative ou à l'intervention de laquelle l'infraction a été commise, eu égard à la répartition des tâches et des responsabilités que l'organisation des activités de la personne morale est susceptible de comporter (106). Par un arrêt du 23 mai 1990, la Cour de cassation a, dans le même esprit, rappelé que «*les infractions commises dans ou à l'occasion de la gestion d'une société commerciale peuvent avoir comme auteurs pénalement responsables ceux qui, en fait, gèrent cette société, même s'ils n'en sont pas des organes*» (*R.C.J.B.*, 1992, p. 550 et la note DE NAUW).

Comme indiqué ci-dessus, cet arrêt ne s'interprète pas comme limitant la responsabilité pénale en raison d'infractions attribuées à une personne morale à ses organes, de fait ou de droit. Toute personne en charge d'une activité quelconque au sein de la personne morale, fût-ce comme simple agent ou préposé, peut avoir à répondre pénalement des infractions constatées dans la sphère de ladite activité (A. DE NAUW, *op. cit.*, *R.C.J.B.*, 1992, spécialement p. 561).

Mais les choses ont été plus profondément bouleversées par la suite. Aux termes d'un retentissant arrêt du 19 octobre 1992 (*R.C.J.B.*, 1995 p. 229 et note A. DE NAUW), la Cour de cassation a en effet considéré que l'unité d'intention requise comme

(105) Voy., sur ce point particulier, les conclusions précitées du procureur général HAYOIT DE TERMICOURT, avant l'arrêt du 16 décembre 1948, reproduites au *J.T.*, 1949, p. 148. — C. CAMBIER, note sous le même arrêt, *J.T.*, 1949, p. 150.

(106) Voy. les arrêts cités par A. DE NAUW, «La délinquance des personnes morales et l'attribution de l'infraction à une personne physique par le juge», *R.C.J.B.*, 1992, p. 552, spécialement pp. 556 et s. et la note 15.



une condition de l'existence d'une infraction «*continué*» (107) ne doit pas être établie dans le chef d'une ou de plusieurs personnes physiques déterminées. Il faut, mais il suffit, que cette intention unique soit établie au niveau de la personne morale et elle pourra résulter, à ce niveau et à ce seul niveau, d'une répétition «*systématique*» des faits reprochés à la société, sans qu'il soit nécessaire de «*désigner les personnes physiques, organes ou préposés, par lesquelles elle a agi et qui portent la responsabilité pénale*».

L'arrêt ne s'exprime certes qu'à propos de l'unité d'intention requise pour qu'il y ait infraction «*continué*». Mais la doctrine n'a pas manqué d'en souligner la remarquable portée. Admettre en effet que cette intention unique est autonome et indépendante d'une intention semblable qui devrait être recherchée dans le chef d'un ou de plusieurs agents au sein de la personne morale, c'est admettre aussi, implicitement mais nécessairement, que la personne morale peut se voir imputer une intention propre et indépendante de celle de ses organes ou de ses préposés (108).

Cette intention propre, collective et, en quelque sorte, anonyme, puisqu'indépendante de toute intention attribuable à une personne physique identifiée ou identifiable, peut se déduire du dysfonctionnement de la personne morale. Ainsi a-t-on observé, par exemple, que «*dans les cas où des mesures insuffisantes ont été prises pour assurer la sécurité du travail, cet état de choses est souvent dû à l'organisation de l'entreprise même, plutôt qu'à des fautes ou imprudences directement imputables à telle ou telle personne. L'infraction constatée relève en premier lieu du fonctionnement défectueux de la personne morale elle-même. L'état infractionnel laisse apparaître une faute collective, imputable à l'être moral*» (109).

(107) Cette variété d'infraction collective suppose plusieurs infractions distinctes mais unies par une même intention : Fr. TULKENS et M. VAN DER KERCHOVE, *Introduction au droit pénal* (2002), p. 331.

(108) A. DE NAUW, *op. cit.*, *R.C.J.B.*, 1995, spécialement pp. 246 et s. L'auteur démontre, dans ce passage de son étude, que la constatation de l'existence d'une infraction dans le chef de la personne morale supposait nécessairement qu'on lui reconnaisse une volonté propre, même si la sanction de l'infraction prononcée à charge des personnes physiques à l'intervention desquelles l'infraction avait été commise supposait aussi la démonstration d'une intention dans le chef de ces personnes.

(109) A. DE NAUW, *op. cit.*, *R.C.J.B.*, 1995, spécialement p. 253 et la référence à l'étude du professeur J. D'HAENENS, «Sanctions pénales et personnes morales», *R.D.P.*, 1975-1976, p. 731, spécialement p. 740.



Exiger la constatation de l'élément moral d'une infraction dans le chef d'une personne morale n'est pas artificiel, selon la même doctrine : *«bien au contraire, elle correspond à la réalité concrète de l'activité collective puisque c'est souvent à ce niveau et non pas à celui d'un ou de plusieurs comportements individuels que l'infraction a puisé son énergie fondamentale. Il peut s'agir d'une politique générale de l'entreprise, d'une absence de discipline, d'un manque d'adaptation parfaite entre les différentes conduites, d'un climat de rentabilité et de profits, de l'insouciance ou de l'indifférence à l'égard de valeurs fondamentales, par exemple la vie, la santé et la sécurité des travailleurs ou de l'environnement»* (110).

A ce stade de l'évolution, il restait toutefois qu'en principe, les peines ne pouvaient être prononcées qu'à charge des personnes physiques auxquelles il demeurait donc nécessaire d'imputer aussi chacune des infractions constitutives de l'infraction *«continué»*, en ce compris l'élément moral propre à chacune de ces infractions (*«Examen»*, *cette Revue*, 1992, p. 662, n° 38). L'instauration, en 1999, de la responsabilité pénale des personnes morales a, entre autre, mis fin à cette situation boiteuse.

48. RESPONSABILITÉ PÉNALE DES PERSONNES MORALES (SUITE) — DROIT TRANSITOIRE. — L'article 2 du Code pénal prévoit que *«si la peine établie au jour du jugement diffère de celle qui était portée au temps de l'infraction, la peine la moins forte sera appliquée»*. C'est également la loi nouvelle qui s'applique, lorsqu'elle crée, à propos de l'infraction considérée, une cause d'excuse absolutoire, à moins que le législateur ait incontestablement voulu exclure l'application de cette cause d'excuse pour les infractions commises sous l'empire de la loi ancienne. Or, selon le nouvel art. 5 du Code pénal, une personne physique identifiée comme l'auteur d'une infraction commise pour le compte d'une personne morale, ou dans le cadre des activités de celle-ci, ne peut être condamnée que si la faute qu'elle a commise est plus grave que la faute imputable à la personne morale selon la méthode d'imputation directe

(110) A. DE NAUW, *op. cit.*, *R.C.J.B.*, 1995, spécialement p. 247 et la référence à Y. HANNEQUART, *«Imputabilité pénale et dommages survenus aux personnes et aux biens à l'occasion des activités de l'entreprise»*, *R.D.P.*, 1968-1969, p. 409, n° 10 et n° 60.



que nous avons signalée (*supra*, n° 46). D'autre part, si des fautes d'égale gravité sont imputables à la personne morale et une personne physique identifiée, la personne physique ne peut être condamnée avec la personne morale que si elle a commis la faute sciemment et volontairement.

Certains plaideurs, personnes physiques identifiées comme auteurs de l'infraction commise par la personne morale, partant du principe que le nouvel article 5 du Code pénal créait une cause d'excuse dans leur chef lorsqu'ils n'avaient pas agi sciemment et volontairement, ont tenté de soutenir qu'ils ne pouvaient plus être poursuivis dans ce cas, même pour des infractions commises avant l'entrée en vigueur de la loi. Simultanément, la question s'est posée de savoir si la responsabilité pénale de la personne morale pouvait être retenue pour des faits antérieurs à l'entrée en vigueur de la loi. La question a parfois été éludée. Tout en admettant que la nouvelle disposition instituait une peine plus légère au sens de l'article 2 du Code pénal, le Tribunal correctionnel d'Anvers et le Tribunal correctionnel de Gand ont ainsi rejeté l'exception pour le motif que, dans les espèces dont ils étaient saisis, la personne physique avait agi sciemment et volontairement et qu'en outre, rien ne permettait de soutenir que la personne morale avait commis la faute la plus grave (Corr. Gand 14 décembre 1999, *T.M.R.*, 2000, p. 169. — Anvers, 27 juin 2000, *A.J.T.*, 2000-2001, p. 327).

Mais la Cour de cassation est rapidement intervenue pour mettre fin aux hésitations. Suivant un arrêt du 3 octobre 2000 (*Pas.*, 2000, I, 1453), l'art. 5 nouveau du Code pénal lie la cause d'excuse absolutoire qu'il consacre au fait que la personne morale peut être sanctionnée. Dans la mesure où les personnes morales ne peuvent être poursuivies pour des faits antérieurs à l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, la nouvelle cause d'excuse ne peut être appliquée à ces mêmes faits (voy. aussi: Cass 30 avril 2002, *Pas.*, 2002, I, 1041. — Cass, 12 novembre 2002, *Pas.*, 2002, I, 2155. — Cass. 11 décembre 2002, *Pas.*, 2002, I, 2400. — Cass. 19 novembre 2003, *Pas.*, 2003, I, 1840).

Ces décisions ont ainsi, quoique indirectement, résolu du même coup la question de l'application de la loi nouvelle aux



personnes morales, pour des faits commis avant son entrée en vigueur (voy., en ce sens également, Corr. Bruxelles, 8 juin 2000, *Rev. dr. pén.*, 2000, p. 1097. — Anvers 13 septembre 2001, *R.W.*, 2001-2002, p. 1616. — Gand, 21 septembre 2001, *J.D.S.C.*, 2003, p. 291 et la note A. DELVAUX. — Bruxelles 3 décembre 2002, *Am.-Env.*, 2003/2, p. 115). La règle est énoncée explicitement par un arrêt de la Cour de cassation du 16 février 2005 (*Pas.*, 2005, I, 380).

Par identité de motifs, la Cour de cassation a aussi écarté l'idée que l'application de la loi nouvelle à des faits antérieurs à son entrée en vigueur se serait justifiée sur la base de l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme et de l'article 15 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, selon lesquels la loi la plus favorable doit être appliquée (Cass., 26 février 2002, *Pas.*, 2002, I, 1543. — Cass., 12 novembre 2002, *Pas.*, 2002, I, 2155). D'autre part, selon la Cour d'arbitrage, la différence de traitement résultant de la création d'une cause d'excuse pour les infractions commises après l'entrée en vigueur de la loi, à l'exclusion des infractions commises antérieurement, ne viole pas les articles 10 et 11 de la Constitution (Cour d'Arb., 9 avril 2003, *Arr. C.A.*, 2003, p. 539. — Cour d'Arb., 2 juillet 2003, *Arr. C.A.*, 2003, p. 1219. — Cour d'Arb., 5 mai 2004, *J.L.M.B.*, 2004, p. 1748 et la note L. BIHAIN) (111).

49. RESPONSABILITÉ PÉNALE DES PERSONNES MORALES (SUITE) — CUMUL AVEC LA RESPONSABILITÉ D'UNE PERSONNE PHYSIQUE IDENTIFIÉE COMME AUTEUR DE L'INFRACTION. — Les conditions du cumul éventuel entre la responsabilité de la personne morale et de la personne physique à l'intervention de laquelle l'infraction a été commise ont donné lieu, elles aussi, à des difficultés, eu égard à une rédaction des textes assez maladroite. Le cumul doit assurément être écarté lorsqu'aucune personne physique n'est identifiée comme auteur de l'infraction imputée à la personne morale (*supra*,

(111) La plupart des personnes de droit public échappent à la législation nouvelle (article 5, al. 4 nouveau du Code pénal). Nonobstant les critiques soulevées par la doctrine à ce propos, la Cour d'arbitrage, statuant sur une question préjudicielle, a aussi considéré que cette dérogation n'était pas discriminatoire (Cour d'Arb., 10 juillet 2002, *Arr. C.A.*, 2002, p. 1561. — Cour d'Arb., 12 janvier 2005, *Arr. C.A.*, 2005, p. 79.



n° 47). Dans ce cas, la peine ne peut-être prononcée qu'à charge de la seule personne morale uniquement (Corr. Liège, 4 mai 2004, *Am. Env.*, 2005/2, p. 146).

En principe, le cumul doit aussi être écarté si une personne physique est simplement identifiée comme auteur de l'infraction puisque, dans ce cas, seule peut être condamnée celle des personnes, morale ou physique, qui a commis la faute la plus grave, conformément à l'art. 5, al. 2, du Code pénal. Le cumul n'est donc possible que si la personne physique identifiée a agi «*sciemment et volontairement*» (Cass., 10 mars 2004, *Pas.*, 2004, I, 419. — Cass., 3 mars 2004, *Pas.*, 2004, I, 351). Encore cette règle n'exclut-elle d'ailleurs pas que la personne physique identifiée puisse être seule condamnée, la personne morale n'étant pas simultanément poursuivie (Cass., 25 octobre 2005, *Pas.*, 2005, I, 2036. — Cass. 9 novembre 2004, *Pas.*, 2004, I, 1745) (112).

Les notions de «*faute la plus grave*» et de faute commise «*sciemment et volontairement*» sont souvent confondues par la jurisprudence, alors pourtant qu'elles ne coïncident pas et le pouvoir d'appréciation abandonné au juge en cette matière a été critiqué devant la Cour d'arbitrage, au motif que le manque de prévisibilité en résultant aurait été contraire aux exigences de la Convention européenne des droits de l'homme (art. 7). Mais le grief a été écarté (Cour d'Arb., 26 janvier 2005, *Arr. C.A.*, 2005, p. 289).

A notre avis, il faut, en premier lieu, rechercher si la responsabilité de la personne morale est engagée en raison de l'intervention d'une personne physique identifiée puis, dans l'affirmative, rechercher qui a commis la faute la plus grave. Ce n'est qu'en une troisième phase de l'analyse que le juge doit enfin examiner si, à égalité de gravité ou si la personne morale a commis la faute la plus grave, la personne physique peut également être condamnée parce qu'elle a agi sciemment et volontairement (en ce sens : Corr. Liège, 4 mai 2004, *Am. Env.*, 2005/2, p. 148. — Liège, 26 avril 2001, *R.R.D.*, 2001, p. 206. — Corr. Liège, 28 mars 2003, *J.L.M.B.*, 2003/30,

(112) La Cour d'arbitrage a rejeté le grief selon lequel ce système créerait une discrimination injustifiée entre les personnes morales et les personnes physiques (Cour d'Arb., 26 janvier 2005, *Arr. C.A.*, 2005, liv. 1, p. 289, *M.B.*, 11 mars 2005, 10.442).



p. 1331. — Liège, 29 octobre 2003, *J.D.S.C.*, 2005, p. 224. — Corr. Gand, 6 février 2006, *T.M.R.*, 2006, p. 703). Or, très souvent, les tribunaux omettent la phase intermédiaire du raisonnement ou l'inversent avec la troisième, pour examiner directement si la personne physique a agi sciemment et volontairement (113).

La notion de faute commise sciemment et volontairement a prêté en soi à des interprétations divergentes. Cette notion ne s'applique-t-elle que pour les infractions dont la définition exige un élément intentionnel (dol général ou spécial)? Ou cette question doit-elle faire l'objet d'une approche plus générale, *in concreto*, quel que soit le type d'infractions, en considération du comportement de la personne physique?

Nonobstant la confusion résultant à ce propos des travaux préparatoires, les tribunaux ont rapidement estimé que l'approche devait se faire sur la base d'une appréciation *in concreto*, indépendamment de l'existence d'un élément moral précis pour la qualification de l'infraction et de sa définition (Corr. Gand, 1^{er} octobre 2001, *J.D.S.C.*, 2005, p. 261 et la note DELVAUX. — Gand, 7 janvier 2000, *T.M.R.*, 2000, p. 165. — Corr. Anvers 19 novembre 2001, *J.D.S.C.*, 2003, p. 281. — Corr. Anvers, 25 février 2002, *T.M.R.*, 2003, 521. — Corr. Liège, 28 mars 2003, *J.L.M.B.*, 2003/30, p. 1331. — Corr. Termonde, 27 mai 2003, *T.M.R.*, 2004, p. 66. — Gand, 17 octobre 2003, *T.M.R.*, 2004, p. 202. — Corr. Gand, 3 novembre 2003, *T.M.R.*, 2004, p. 591. — Corr. Termonde, 26 janvier 2004, *T.M.R.*, 2004, p. 484). La Cour de cassation a confirmé cette interprétation (Cass., 10 mars 2004, *Pas.*, 2004, I, 419. — Cass., 4 mars 2003, *Pas.*, 2003, I, 457. — Cass. 7 septembre 2004, *Pas.*, 2004, I, 1263).

(113) Corr. Gand, 1^{er} octobre 2001, *J.D.S.C.*, 2005, p. 261 et la note DELVAUX. — Mons, 2 octobre 2001, *J.T.*, 2002, p. 45. — Corr. Anvers 19 novembre 2001, *J.D.S.C.*, 2003, p. 281 et la note DELVAUX. — Corr. Anvers, 25 février 2002, *T.M.R.*, 2003, p. 521. — Corr. Gand, 25 mars 2002, *J.D.S.C.*, 2004, p. 338 et la note LAMBRECHT. — Corr. Gand, 14 janvier 2003, *J.D.S.C.*, 2005, p. 229. — Corr. Gand, 3 mai 2004, *J.D.S.C.*, 2006, p. 194 et la note DELVAUX. — Corr. Gand 3 mai 2004, *T.M.R.*, 2004, p. 728. — Corr. Gand, 3 mai 2004, *T.M.R.*, 2004, p. 730. — Corr. Gand 5 avril 2004, *T.M.R.*, 2004, p. 721. — Corr. Gand, 6 janvier 2003, *T.M.R.*, 2003, p. 734. — Pol. Nivelles, 15 septembre 2004, *J.L.M.B.*, 2004/32, p. 1407. — Corr. Audenarde, 13 janvier 2005, *T.M.R.*, 2005, p. 734. — Corr. Gand, 2 mai 2006, *T.M.R.*, 2006, p. 681. — Corr. Gand, 21 juin 2006, *Tijdschr. Strafr.*, 2006, p. 639. — Corr. Bruxelles, 20 janvier 2004, *C.D.S.*, 2005, p. 455.



50. RESPONSABILITÉ PÉNALE DES PERSONNES MORALES — DÉSIGNATION D'UN MANDATAIRE *AD HOC*. — Un mandataire *ad hoc* doit être désigné lorsque «*les poursuites contre la personne morale et contre la personne habilitée à la représenter sont engagées pour des mêmes faits ou pour des faits connexes*» (article 2bis du Titre préliminaire du Code de procédure pénale). Suivant la Cour d'arbitrage, cette disposition est conforme aux articles 10 et 11 de la Constitution, lus ou non en combinaison avec l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. Il ne prive pas la personne morale de son droit de comparaître et d'être défendue par la personne de son choix (Cour d'Arb., 5 décembre 2006, *M.B.*, 9 février 2007, p. 6658).

Généralement, les tribunaux considèrent que le risque de conflits d'intérêts existe dans tous les cas et doit nécessairement donner lieu à la désignation d'un mandataire spécial (Corr. Gand, 6 mai 2002, *T.G.R.*, 2003, p. 171. — Corr. Gand, 19 octobre 1999, *T.M.R.*, 2000, p. 168. — Corr. Gand, 5 février 2002, *J.D.S.C.*, 2004, p. 341 et la note LAMBRECHT. — Corr. Gand, 24 mai 2004, *NjW*, 2005, p. 95 et la note DEENE). Certaines décisions ajoutent, ce qui paraît conforme au bon sens, que considérer *a priori* qu'il n'y a pas de conflit d'intérêts impliquerait un préjugé sur le fond du litige (Corr. Gand, 6 mai 2002, *T.G.R.*, 2003, p. 171).

D'autres juridictions, en particulier la Cour d'appel de Gand, estiment que la désignation n'est pas obligatoire et ne s'impose que si l'examen du dossier ou de la demande d'une des parties révèlent qu'il y a effectivement des intérêts opposés ou qu'il existe des indices sérieux et concrets que des intérêts opposés puissent apparaître (Gand 1^{er} mars 2002, *J.D.S.C.*, 2004, p. 343 et la note LAMBRECHT. — Gand, 15 janvier 2002, *NjW*, 2002, p. 63). En tous cas, la désignation du mandataire *ad hoc* doit émaner du tribunal et non de la personne morale elle-même (Corr. Gand, 19 octobre 1999, *T.M.R.*, 2000, p. 168).

Mais suivant quelques décisions, la désignation par le Tribunal d'un mandataire *ad hoc* ne s'impose pas si l'assemblée générale de la personne morale a désigné un avocat pour assurer sa défense (Liège, 29 mars 2006, *Tijdschr. Strafr.*, 2006,



p. 274. — Corr. Louvain, 22 février 2006, *Tijdschr. Strafr.*, p. 228). Cette prise de position est discutable, dès lors que l'avocat doit, dans le respect des règles déontologiques et professionnelles qui s'imposent à lui, agir conformément aux instructions de la personne morale et qu'un conflit d'intérêts reste donc possible dans le chef du représentant de celle-ci habilité à formuler pour son compte de telles instructions.

(à suivre)

