

EXAMEN DE JURISPRUDENCE**(2010-2013)****LES SOCIÉTÉS COMMERCIALES (DEUXIÈME PARTIE)**

SOUS LA COORDINATION DE

**XAVIER DIEUX, PHILIPPE LAMBRECHT
ET OLIVIER CAPRASSE**

AVEC

**ALEXIA AUTENNE, ROMAN AYDOGDU,
MATTHIEU DUPLAT, ALICE HANNOUILLE,
DIDIER LECLERCQ, LAURA LÉONARD (1),
ERIC POTTIER, RENAUD THUNGEN, EDITH WEEMAELS,
DIDIER WILLERMAIN****TABLE DES MATIÈRES**

CHAPITRE IV. — LES SOCIÉTÉS DE PERSONNES

Section I. — *La société en nom collectif* n^{os} 63 à 64Section II. — *La société en commandite simple* n^{os} 65 à 67

CHAPITRE V. — LES SOCIÉTÉS PAR ACTION

Section I. — *Capital social — Titres* n^{os} 68 à 82§ 1^{er}. — *Formation du capital — Opérations sur le capital* n^{os} 68 à 70§ 2. — *Les cessions d'actions* n^{os} 71 à 82Section II. — *Administration* n^{os} 83 à 85Section III. — *Assemblée générale des actionnaires* n^o 86

(1) Auteur et responsable de la coordination éditoriale.



Section IV. — <i>Assemblée générale des obligataires</i>	n° 87
CHAPITRE VI. — LES SOCIÉTÉS MIXTES	
Section I. — <i>Sociétés privées à responsabilité limitée</i>	n°s 88 à 102
Section II. — <i>Sociétés coopératives</i>	n°s 103 à 109
CHAPITRE VII. — DISSOLUTION, LIQUIDATION, RESTRUCTURATION	
Section I. — <i>Dissolution</i>	n°s 110 à 125
§ 1 ^{er} . — <i>Dissolution de plein droit</i>	n°s 110 à 113
§ 2. — <i>Dissolution judiciaire</i>	n°s 114 à 124
A. — <i>Dissolution pour justes motifs</i>	n°s 114 à 117
B. — <i>Dissolution pour non-dépôt des comptes annuels</i>	n° 118
C. — <i>Dissolution pour perte du capital</i>	n°s 119 à 121
D. — <i>Aspects procéduraux</i>	n°s 122 à 124
§ 3. — <i>Dissolution volontaire</i>	n° 125
Section II. — <i>Liquidation</i>	n°s 126 à 149
§ 1 ^{er} . — <i>Personne du liquidateur</i>	n°s 126 à 128
§ 2. — <i>Pouvoirs du liquidateur</i>	n°s 129 à 130
§ 3. — <i>Honoraires du liquidateur</i>	n°s 131 à 132
§ 4. — <i>Responsabilité du liquidateur</i>	n°s 133 à 137
§ 5. — <i>Remplacement du liquidateur</i>	n° 138
§ 6. — <i>Concours</i>	n°s 139 à 140
§ 7. — <i>Plan de répartition</i>	n° 141
§ 8. — <i>Effets de la clôture de la liquidation</i>	n°s 142 à 147
§ 9. — <i>Faillite d'une société en liquidation</i>	n°s 148 à 149
Section III. — <i>Restructuration — Fusions — Scissions — Apports de branche d'activités</i>	n°s 150 à 157
§ 1 ^{er} . — <i>Fusions</i>	n°s 150 à 154
§ 2. — <i>Scissions</i>	n°s 155 à 156
§ 3. — <i>Apports d'universalité</i>	n° 157

CHAPITRE IV. — Les sociétés de personnes

SECTION I. — LA SOCIÉTÉ EN NOM COLLECTIF (2)

63. — Statut des associés en nom collectif. — Décisions judiciaires rendues à l'encontre de la société et des associés. — L'article 203 du Code des sociétés, en vertu duquel « aucun jugement à raison d'engagements de la société, portant condamnation personnelle des associés en nom collectif ou en commandite simple, ne peut être rendu avant qu'il y ait condamnation contre la société », ne porte pas atteinte à l'obligation solidaire des associés. Elle tend à éviter que les décisions judiciaires rendues à l'égard des associés soient contraires aux décisions rendues à l'égard de la société en nom collectif; l'article ne déroge pas à l'engagement propre et direct des associés d'une société en nom collectif et n'exclut pas que la société en nom collectif et les associés soient condamnés par une même décision judiciaire; il n'empêche pas davantage la condamnation solidaire de la société et de ses associés (Cass., 6 octobre 2011, *Pas.*, 2011, I, p. 2142; *Lar. Cass.*, 2012, p. 46; *R.P.S.*, 2011, n° 7053, p. 220 et la note Z. GALLEZ; *R.D.C.*, 2012, p. 97 et la note D. HAEX; *infra*, n° 103).

La demande en déclaration de faillite d'une société en nom collectif et de ses associés constitue un litige indivisible; la tierce opposition formée contre la déclaration de faillite de la société doit, dès lors, être dirigée contre le curateur et contre la société et les associés (Cass., 15 avril 2011, C.10.0544.N., *Lar. Cass.*, 2011, p. 180).

64. — Action en dissolution. — Clause de continuation. — En tant que litige concernant une société, l'action en dissolution d'une société civile en nom collectif ressort de la compétence du tribunal de commerce. L'action en dissolution d'une société en nom collectif appartient en exclusivité aux associés, sans qu'un seuil de participation minimal soit imposé, de sorte que la possession d'une seule part peut déjà s'avérer suffisante.

Puisque la société en nom collectif est une société de personnes, les parts dans une telle société ne sont, en principe, pas cessibles et il n'est pas possible d'en hériter en tant que telles. La société étant *intuitu personae*, cela implique que le contrat est lié à la personne des associés et à leurs qualités (J. DU MONGH, *De erfovergang van*

(2) Rédigé par Philippe Lambrecht.

aandelen, Anvers, Oxford, Intersentia, 2003, p. 15). Les héritiers de l'associé décédé ne peuvent donc en principe prétendre qu'aux droits patrimoniaux, à l'exclusion des droits sociétaires. En principe, la société en nom collectif prend fin de plein droit par la mort des associés (art. 39, 3^o, C. soc.). Cette règle est de droit supplétif, de sorte que l'on peut y déroger dans les statuts, le cas échéant même de manière implicite ou tacite. Une telle clause de continuation peut être prévue dans les statuts de manière implicite et ne constitue pas un pacte relatif à une succession future, si elle s'applique à tous les héritiers (M. PUELINCKX-COENE, *Erfrecht*, Anvers, Kluwer, 1996, p. 271; J. DU MONGH, « Vennootschapsclausules en erf-recht », in *Liber amicorum Jozef Van den Heuvel*, Anvers, Kluwer, 1999, pp. 717-747; J. VERSTRAETE, « Overeenkomsten over nietopengevallen nalatenschappen », *T. Not.*, 1990, pp. 260-261). La clause dans les statuts qui énonce que les héritiers d'un associé décédé ne peuvent pas se prévaloir de leur droit de sortir de l'indivision constitue une clause de continuation implicite, puisqu'elle n'a de sens que si la société ne se trouve pas dissoute de plein droit par le décès d'un associé. Par leur acceptation de l'héritage, les héritiers ont acquis la qualité d'associé et ils peuvent donc intenter l'action en dissolution (Comm. Termonde, 28 juin 2012, *D.A.O.R.*, 2012, n^o 103, p. 344; *T. Not.*, 2013, p. 58; *T.R.V.*, 2013, p. 811; *infra*, n^{os} 112, 114, 117, 122 et 207).

SECTION II. — LA SOCIÉTÉ EN COMMANDITE SIMPLE (3)

65. — Responsabilité des associés. — Qualité de commerçant. — Par son arrêt du 19 décembre 2008, la Cour de cassation confirme la solution traditionnelle qui attribue la qualité de commerçant aux associés d'une société en nom collectif et aux commandités d'une société en commandite simple. Cette solution, critiquée notamment par Michel Coipel et Dirk Van Gerven (Cass., 19 décembre 2008, *R.D.C.*, 2009, pp. 938-940 et la note M. COIPEL; *cette Revue*, 2013, pp. 399-406 et la note D. VAN GERVEN; *Pas.*, 2008, p. 3035; *supra*, n^o 16 et *infra*, n^{os} 89 et 130), a été suivie par la cour d'appel de Gand dans un arrêt du 14 mars 2011 confirmant la faillite de l'associé gérant de la société en commandite simple constatée par le jugement du 8 février 2005 (D. HAEX, « Sociétés en commandite simple », commentaire sous Gand, 14 mars 2011, *R.D.C.*, 2011, pp. 730-731).

(3) Rédigé par Philippe Lambrecht.

Les commandités d'une société en commandite simple sont tenus solidairement et de manière illimitée au respect des obligations de la société, quels que soient leur cause ou le moment où elles sont nées; le recouvrement d'une dette fiscale auprès des commandités ne requiert dès lors pas que cette dette était née au moment où ils étaient commandités (Cass., 24 mai 2012, *Pas.*, 2012, p. 1178).

66. — Distinction gérant-associé. — Il ne peut être déduit de la nomination d'une personne en qualité de gérant d'une société en commandite que cette personne est également devenue associée de cette société (et donc solidairement tenue des dettes, entre autres fiscales, de la société). Pour pouvoir parler de société, il faut en effet un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent de mettre quelque chose en commun. Les personnes qui participent à une société sans y faire le moindre apport, ne peuvent, sans plus, être considérées comme associés ou actionnaires. En conséquence, l'appelant ne peut, en sa qualité de gérant de la société en commandite, être poursuivi en tant qu'associé tenu des dettes, entre autres fiscales, de la société sur la base de l'article 51*bis*, § 4, CTVA (Anvers, 6 septembre 2011, *F.J.F.*, 2012, p. 247).

67. — Recouvrement. — Société en commandite simple. — Gérant. — Qualité d'associé. — Responsabilité solidaire pour les obligations de la société. — Anvers, 6 septembre 2011, *Courr. Fisc.*, 2011, p. 520 (commentaire S. VERTOMMEN).

CHAPITRE V. — Les sociétés par action

SECTION I. — CAPITAL SOCIAL — TITRES

§ 1^{er}. — *Formation du capital — Opérations sur le capital* (4)

68. — Augmentation de capital. — Exécution en nature. — Requalification des fonds qui ont été ajoutés au capital de la société. — Les actionnaires d'une société anonyme étaient convenus d'apporter les fonds nécessaires à celle-ci par la voie d'une augmentation de capital, dans le cas où elle ne pourrait

(4) Rédigé par Matthieu Duplat.

les obtenir par emprunt (bancaire ou autre). Las, lors de l'assemblée générale extraordinaire qui doit décider de cette augmentation de capital, un actionnaire minoritaire (représentant 30,2 % du capital) s'y oppose, estimant notamment que les alternatives à l'augmentation de capital n'ont pas été sérieusement étudiées. L'actionnaire majoritaire (68,42 %) l'assigne pour abus de minorité et violation de leur pacte d'actionnaires. En première instance, le tribunal de commerce déclare la demande de l'actionnaire majoritaire partiellement fondée et, dans la foulée, dit que le jugement vaut décision d'augmenter le capital sur la base d'un nombre d'actions et d'un prix d'émission « provisoires », à confirmer ultérieurement par expert.

Dans un arrêt du 6 décembre 2011, la cour d'appel de Bruxelles réforme le jugement du tribunal de commerce. Elle estime que, si l'exécution en nature constitue le mode normal de l'exécution forcée d'une obligation de faire ou de ne pas faire, la réparation en nature visée ne peut cependant avoir pour effet que le juge se mette à la place de l'assemblée générale en faisant valoir son jugement comme décision d'augmenter le capital. Cette décision est regrettable dans la mesure où, si l'actionnaire avait respecté ses obligations contractuelles, il ne fait aucun doute qu'elle eût été adoptée par l'assemblée générale. La Cour préconise qu'il aurait plutôt fallu neutraliser l'exercice illicite des droits de vote par l'actionnaire minoritaire, en ne prenant pas en compte leur poids lors de la phase délibérante d'une assemblée générale à réunir ou en confiant leur exercice à un mandataire spécial — une demande qui n'avait toutefois pas été formulée par le requérant (Bruxelles, 6 décembre 2011, *D.A.O.R.*, 2012, p. 442 et la note J. BOSSUYT; *supra*, n^{os} 33 et 43).

69. — Augmentation de capital. — Versements à un compte spécial. — Restitution aux actionnaires souscripteurs en cas d'absence d'assemblée générale. — Lors de l'assemblée générale ordinaire d'une société anonyme en difficulté tenue en mai 2004, ses trois actionnaires expriment l'intention de procéder à une augmentation de capital à concurrence de 30.000 EUR, à concrétiser lors d'une assemblée générale extraordinaire à tenir ultérieurement devant notaire. Les fonds sont versés entre le 20 août et le 23 septembre 2004 sur le compte spécial visé à l'article 600 du Code des sociétés. Cet article précise que « [s]i l'augmentation n'est pas réalisée dans les trois mois de l'ouverture du compte spécial, les fonds seront restitués à leur demande, à ceux

qui les ont déposés ». L'assemblée générale extraordinaire n'aura jamais lieu. Aucune demande de remboursement n'est formulée par les actionnaires mais, le 8 novembre 2004, les montants sont remboursés aux actionnaires à partir du compte spécial, avec la mention « Annulation augmentation de capital ». Le 16 novembre 2004, la société fait aveu de faillite, laquelle est prononcée deux jours plus tard.

La cour d'appel de Liège décide, dans un arrêt du 4 septembre 2009, que le remboursement aux actionnaires, peu avant la faillite, des fonds qu'ils avaient versés constitue un paiement fait en fraude des droits des créanciers et donc inopposable à la masse. La Cour estime en effet que les montants versés sur le compte spécial n'appartenaient plus aux actionnaires et sont bien entrés dans le patrimoine de la société. L'article 600 précise en effet que ce compte est « à la disposition exclusive de la société ». Les actionnaires se retrouvaient ainsi créanciers de la société à concurrence des montants versés sur le compte spécial. Le remboursement de ces fonds n'était donc pas une opération « blanche », comme le soutenaient les actionnaires. Dès lors que ceux-ci connaissaient le triste état des affaires de la société, ce remboursement *in extremis* constituait un acte anormal au sens de l'article 20 de la loi sur les faillites (Liège, 4 septembre 2009, *J.L.M.B.*, 2010, p. 949).

70. — Rachat d'actions propres. — Financement de l'acquisition d'actions de la société par un tiers. — Dans sa version originale, l'article 629 du Code des sociétés interdisait les avances de fonds, prêts ou sûretés accordés par une société anonyme en vue de l'acquisition de ses actions ou parts bénéficiaires, sous réserve de quelques exceptions limitativement énumérées. Ce régime sévère a toutefois été assoupli par l'arrêté royal du 8 octobre 2008 constituant la transposition de la directive 2006/68/CE (modifiant la deuxième directive d'harmonisation du droit des sociétés) (voy. A. COIBION et G. DE PIERPONT, « Assistance financière, rachat d'actions propres et apports en nature : assouplissement nécessaire ou coup d'épée dans l'eau ? », in *Droit des sociétés : Millésime 2011*, Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 20 et s.).

L'arrêt de la cour d'appel d'Anvers du 3 mai 2012 concernait certes des faits s'étant produits en 2003, soit à une époque où la version ancienne de l'article 629 s'appliquait, mais celui-ci n'en reste pas moins pertinent sous le nouveau régime. Dans cette affaire, toutes les actions d'une société détenues conjointement par une personne physique et la société contrôlée par celle-ci,

furent cédées à une autre personne physique et la société que cette dernière contrôle. En marge de la convention de cession d'actions, une convention de services est également signée, portant sur des prestations diverses à fournir sur une période de dix ans. Néanmoins, les cédants et cessionnaires décident, dans une contre-lettre, qu'il n'y aura aucune exécution concrète de ces prestations. La société cédée ayant fait faillite quelques années plus tard, les curateurs demandent l'annulation de cette convention de services sur pied de l'article 629 du Code des sociétés, en soutenant, sur la base de cette contre-lettre et des circonstances de l'espèce, qu'il n'existait en réalité aucune intention de rémunérer les services prestés. Au contraire, l'objectif sous-jacent de la convention de services était de contourner l'article 629, cette convention ayant *in fine* pour finalité de financer de manière étalée le prix des actions. La cour d'appel d'Anvers en conclut que, en raison des rémunérations payées par la société, la convention de services constituait bien une avance sur fonds en vue de l'acquisition de ses propres actions. Le fait que le paiement ne fasse pas expressément mention d'une avance de fonds est sans pertinence dès lors que la construction a été mise sur pied en vue d'éluider la disposition impérative de l'article 629 du Code des sociétés. Les curateurs étaient dès lors en droit de demander la nullité de la convention et d'obtenir le remboursement des montants versés par la société aux cédants (Anvers, 3 mai 2012, *Dr. banc. fin.*, 2012, p. 341 et la note D. BRULOOT).

Enfin, il convient de rappeler que le non-respect de cette disposition législative constitue une infraction pénale au sens de l'article 648 du Code des sociétés. Le champ d'application personnel de cette infraction ne se limite d'ailleurs pas aux seuls administrateurs de la société en cause mais vise également tout individu ayant bénéficié de cette aide financière pourtant interdite, en tant qu'auteur, co-auteur ou complice (Corr. Anvers, 24 novembre 2011, *R.D.C.*, 2012, p. 729).

§ 2. — *Les cessions d'actions* (5)

71. — Absence d'un prix déterminé ou déterminable. — Inexistence de la convention de cession d'actions. — Comme tout contrat de vente, une convention de cession d'actions ne peut être valablement conclue que si le prix d'achat des actions est

(5) Rédigé par Didier Leclercq.

déterminé ou, à tout le moins, déterminable (art. 1591 C. civ.). Pour que le prix soit déterminable, la convention doit contenir suffisamment d'éléments objectifs, soustraits à la volonté des parties, sur la base desquels le prix peut être fixé sans qu'un nouvel accord de ces dernières ne soit nécessaire (Gand, 25 juin 2012, *D.A.O.R.*, 2012, p. 328).

Faisant application de ces principes, la cour d'appel de Gand décide à juste titre que l'on ne se trouve pas en présence d'une convention de cession liant les parties lorsque cette convention mentionne certains critères généraux pour la fixation du prix d'achat des actions et qu'elle indique par ailleurs que la valeur exacte des actions sera déterminée après l'établissement du bilan de la société à une certaine date en tenant compte des critères en question. Dans le cas d'espèce, l'actionnaire était donc libre de céder ses actions à un tiers.

72. — Détermination du prix d'achat des actions par un tiers. — Si la détermination du prix ne peut pas être laissée à l'appréciation d'une des parties ni dépendre d'accords postérieurs à la signature de la convention de cession, les parties peuvent toutefois confier cette tâche à un tiers (art. 1592 C. civ.).

Dans la pratique, les parties ont recours au mécanisme de la détermination du prix par un tiers notamment lorsqu'elles conviennent que le prix fera l'objet d'un ajustement postérieur à la signature de la convention. En pareil cas, la convention de cession mentionnera généralement l'identité du tiers ou elle prévoira que celui-ci sera désigné par une autorité que les parties chargent de procéder à cette désignation. En outre, elle fixera bien souvent les critères sur la base desquels le tiers sera appelé à déterminer le prix de cession des actions ou le montant de l'ajustement de celui-ci (sur la problématique de la désignation du tiers et de la nécessité ou non de préciser dans la convention quels sont les critères en fonction desquels l'expert devra déterminer le prix, voy. L. SIMONT, « Contribution à l'étude de l'article 1592 du Code civil », in *Mélanges offerts à Pierre Van Ommeslaghe*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 261-282 ; S. MARYSSE, « Over (bindende) prijsbepaling door een derdebeslissen en schending van de bindende kracht van de overeenkomst (door de rechter) », note sous Cass., 31 octobre 2008, *R.G.D.C.*, 2010, pp. 338-352).

Le prix fixé par le tiers lie en principe les parties. Il s'agit d'une application du principe de la convention-loi. Il s'ensuit que, sous

réserve de certaines exceptions (voy. les études citées au paragraphe précédent), ni les parties ni le juge ne peuvent modifier le prix déterminé par le tiers (Cass., 30 juin 1966, *Pas.*, 1966, I, p. 1400).

Le respect du principe de la convention-loi implique également que lorsque les parties fixent dans leur convention les critères sur la base desquels il appartiendra au tiers de déterminer la valeur des actions, le juge, qui constate que le tiers s'est fondé sur d'autres critères, ne peut pas se substituer à ce dernier en déterminant lui-même la valeur des actions sur la base des critères conventionnels (Cass., 31 octobre 2008, *R.G.D.C.*, 2010, p. 336 et la note S. MARYSSE; *Pas.*, 2008, p. 2432).

73. — Phase précontractuelle. — Information de l'acheteur et obligation pour celui-ci de s'informer. — *Culpa in contrahendo*. — Dol du vendeur. — La conclusion d'une opération de cession d'actions est généralement précédée d'une période plus ou moins longue au cours de laquelle le vendeur fournit à l'acheteur un grand nombre d'informations et de documents relatifs à la société dont la vente des actions est envisagée. Ces informations et documents portant sur les différentes composantes de la société (comptes, situations juridique, financière, patrimoniale, opérationnelle, fiscale, etc.) font habituellement l'objet d'audits (appelés communément «*due diligence*») réalisés par l'acheteur et ses différents conseils (avocats, conseillers fiscaux, réviseurs d'entreprises, comptables, experts techniques, etc.) (pour un aperçu de l'ensemble de cette question, voy. Y. VERLEINSDONK, E. JANSSENS et M. WILKENHUYSEN, *Due Diligence*, 2^e éd., Gand, Larcier, 2011).

Si les exigences de la bonne foi auxquelles les parties sont tenues de se conformer au cours de la période des négociations impliquent notamment un devoir de loyauté et d'information, le vendeur n'est toutefois pas tenu d'une obligation générale de renseigner l'acheteur sur tout élément qui pourrait présenter un intérêt pour lui dans le cadre de l'opération d'acquisition. Trois conditions doivent être réunies pour que l'on puisse conclure à l'existence d'une obligation d'information à charge du vendeur: (1) le vendeur doit connaître ou être censé connaître les informations en question, (2) le vendeur doit connaître ou être censé connaître l'importance de ces informations pour l'acheteur et (3) l'acheteur doit pouvoir légitimement ignorer ces informations (D. LECLERCQ, *Les conventions de cession d'actions. Analyse juridique et conseils pratiques de rédaction*, Bruxelles, Larcier, 2009, pp. 61-63, n^o 41).

La troisième condition renvoie à l'obligation incombant à l'acheteur de s'informer lui-même sur les éléments qui présentent un intérêt pour lui. En d'autres termes, l'acheteur ne peut reprocher au vendeur d'avoir commis une faute précontractuelle (*culpa in contrahendo*) en ne l'informant pas de certains éléments, si l'ignorance de l'acheteur est due exclusivement à sa propre négligence. Pour apprécier le comportement de l'acheteur, il sera notamment tenu compte de ses qualités, de son expérience en matière d'acquisition d'entreprises et du fait qu'il ait fait appel ou non à des conseillers ou des experts pour l'assister. Sur la base de ces principes, les cours et tribunaux rejettent fréquemment les demandes en dommages et intérêts formulées par les acheteurs à l'encontre de vendeurs auxquels ils reprochent de leur avoir fourni des informations inexactes ou incomplètes pendant la phase précontractuelle (Gand, 27 octobre 2008, *T.R.V.*, 2011, p. 571 et la note B. BELLEN et J. STEVENS; Comm. Bruxelles, 15 octobre 2008, *T.R.V.*, 2011, p. 587; Comm. Bruxelles, 25 août 2005, *T.R.V.*, 2011, p. 593 et la note B. BELLEN et N. WATZEELS).

S'il fournit des informations inexactes ou incomplètes à l'acheteur, le vendeur peut également se rendre coupable de dol, auquel cas l'acheteur pourra poursuivre l'annulation de la convention de cession ou réclamer l'octroi de dommages et intérêts (art. 1116 C. civ.).

Pour pouvoir obtenir l'annulation de la convention de cession pour cause de dol, l'acheteur doit établir que le vendeur a eu recours à des manœuvres dans l'intention de le tromper. En outre, ces manœuvres doivent avoir eu une influence déterminante sur le consentement de l'acheteur, de telle sorte qu'en l'absence de celles-ci, ce dernier n'aurait pas conclu la convention. Lorsqu'elles ont simplement conduit l'acheteur à conclure la convention à des conditions différentes, les manœuvres du vendeur n'entraînent pas la nullité de la convention de cession mais elles peuvent donner lieu à l'octroi de dommages et intérêts (dol incident par opposition au dol principal) (A. COIBION, «Le dol en matière de conventions de cession d'actions. La revanche de l'ingénu», note sous Comm. Gand, 2 mars 1999, *R.D.C.*, 2001, pp. 49-57; B. BELLEN et J. STEVENS, «Bedrog bij de totstandkoming van een overnameovereenkomst en de verhouding met de precontractuele informatieplicht», note sous Gand, 27 octobre 2008, *T.R.V.*, 2011, pp. 577-581, précitée).

Les manœuvres peuvent consister soit en des actes positifs (comme la communication d'informations inexactes), soit en une

réticence, c'est-à-dire dans le fait de volontairement conserver le silence alors qu'on était tenu d'une « obligation de parler » (« Examen », *cette Revue*, 1993, p. 708, n° 99).

Les acheteurs qui estiment avoir été trompés par le vendeur sur la situation financière ou la consistance du patrimoine de la société — spécialement lorsque celle-ci est déclarée en faillite quelque temps après l'acquisition — invoquent fréquemment le dol pour réclamer l'annulation de la vente ou l'octroi de dommages et intérêts.

Un nombre important d'actions fondées sur le dol du vendeur sont toutefois rejetées par les cours et tribunaux, à défaut pour l'acheteur de pouvoir établir que tous les éléments constitutifs de ce dernier sont réunis, en particulier lorsque l'acheteur est expérimenté en matière d'acquisitions d'entreprises et qu'il a fait appel à des conseils professionnels pour l'assister dans le cadre de sa « *due diligence* » et des négociations de la convention. Le tribunal de commerce de Bruxelles a ainsi rejeté le dol invoqué par l'acheteur dans une espèce où ce dernier prétendait avoir été trompé par une note de présentation de la société (Comm. Bruxelles, 15 octobre 2008, précité). Le tribunal a estimé en effet que, quand bien même devrait-on reconnaître que celle-ci embellissait la situation de la société, on ne pouvait pas sérieusement admettre que l'acheteur — qui appartenait à un groupe spécialisé dans les prises de participations dans des sociétés non cotées et qui s'était fait assister par des conseils professionnels — ait été induit en erreur par cette note, qui ne contenait que des informations de base sur la société. Le tribunal relève aussi que le refus de l'acheteur de produire le rapport d'audit de l'un de ses conseils peut laisser présumer que ce rapport infirmait les allégations de dol. Dans une autre espèce, le dol du vendeur n'a pas non plus été retenu, à défaut pour l'acheteur d'en rapporter la preuve (Gand, 27 octobre 2008, précité).

En revanche, le dol du vendeur a été retenu dans une affaire où l'acheteur poursuivait l'annulation de la convention de cession à titre de demande reconventionnelle formulée à l'encontre du vendeur qui l'avait assigné en paiement du solde du prix d'achat. Confirmant le jugement de première instance, la cour d'appel de Gand rejette les allégations de dol fondées sur des présentations inexactes des perspectives commerciales et financières de la société ainsi que sur le caractère irréaliste des hypothèses de départ utilisées dans le business plan de cette dernière, mais elle retient le dol résultant de la présentation erronée et trompeuse de

la situation financière de la société (surévaluation de l'actif net, surfacturation de services...) qui a eu une sérieuse incidence sur la détermination du prix des actions alors que l'accord des parties sur celui-ci constituait un élément essentiel de la convention de cession (Gand, 6 octobre 2008, *T.R.V.*, 2011, p. 581).

74. — Les clauses de déclarations et de garanties dans les conventions de cession d'actions. — Le droit commun offre assurément une protection insuffisante à l'acheteur des actions d'une société qui découvrirait, postérieurement à l'acquisition, que la situation financière ou patrimoniale réelle de cette dernière ne correspond pas à ce à quoi il s'attendait (J. MALHERBE, Y. DE CORDT, Ph. LAMBRECHT et Ph. MALHERBE, *Droit des sociétés. Précis*, 4^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 583-587, n^{os} 935 et 936).

Le régime des vices de consentement, et plus spécialement le dol, ne peuvent être invoqués avec succès que dans des circonstances spécifiques. Par ailleurs, suivant la doctrine et la jurisprudence actuellement majoritaires, un passif occulte ou un déficit de valeur du patrimoine de la société ne sont pas constitutifs de vices cachés, dès lors que la vente a pour objet les actions de la société et non pas les éléments d'actif et de passif composant le patrimoine de cette dernière. Il s'ensuit, dans cette optique, que la garantie des vices cachés (art. 1641 C. civ.) ne trouve pas à s'appliquer dans une telle situation (Liège, 1^{er} avril 1992, *R.P.S.*, 1993, p. 97, obs. I. CORBISIER; comp. X. DIEUX, « Les garanties en matière de cessions d'actions — Pour un retour au droit commun ! », in *Liber Amicorum Commission Droit et Vie des Affaires*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 492-493).

La plupart des conventions de cession d'actions contiennent dès lors toute une série de clauses constituant ce que l'on appelle habituellement les « déclarations et garanties » du vendeur, qui s'inspirent des « *representations and warranties* » figurant dans les conventions de cession d'actions de droit anglais ou américain (« Examen », *cette Revue*, 1993, p. 711, n^o 100). Bien que les notions de déclarations et de garantie soient généralement assimilées l'une à l'autre dans la pratique, elles se distinguent pourtant, en ce sens que les déclarations ont pour objet de décrire de façon formelle la situation de la société (notamment sur les plans juridique, patrimonial, financier et opérationnel), tandis que la garantie du vendeur est destinée à permettre à l'acheteur de se retourner contre celui-ci au cas où il s'avérerait, après la réalisation de la vente (« *closing* »), que la situation réelle de la société ne correspond

pas à la description qu'en a donnée le vendeur dans ses déclarations, ou en cas de réalisation, après le «*closing*», d'un certain nombre de risques spécifiquement identifiés dans la convention (D. LECLERCQ, *Les conventions de cession d'actions. Analyse juridique et conseils pratiques de rédaction*, Bruxelles, Larcier, 2009, spéc. pp. 153-155, n^{os} 123 et 124, et pp. 192-194, n^{os} 151 et 152; D. PHILIPPE, «Warranties & representations-material adverse change. Faux amis et innovation», *D.A.O.R.*, 2011, pp. 255-274; pour un inventaire empirique des catégories de clauses figurant habituellement dans les conventions de cession d'actions en Belgique, voy. B. BELLEN et F. WIJCKMANS, «De nieuwe Belgische M&A-index», *T.R.V.*, 2013, pp. 211-232).

Les dispositions contractuelles relatives à la garantie du vendeur organisent généralement les modalités de mise en œuvre de celle-ci, en soumettant notamment les appels à la garantie au respect d'un certain formalisme et de certains délais.

En cas de non-respect des conditions d'appel à la garantie, l'acheteur s'expose donc à ne pas pouvoir se prévaloir de celle-ci («*Examen*», *cette Revue*, 1993, p. 711, n^o 100). Le tribunal de commerce de Bruxelles a ainsi déclaré irrecevable la demande en dommages et intérêts d'un acheteur fondée sur la violation des déclarations et garanties en matière d'environnement figurant dans la convention de cession, aux motifs que celui-ci n'avait pas notifié son appel à la garantie au vendeur dans le délai contractuellement prévu et qu'il n'avait pas respecté certaines autres conditions de mise en œuvre de la garantie (Comm. Bruxelles, 25 août 2005, *T.R.V.*, 2011, p. 593 et la note B. BELLEN et N. WATZEELS, précité).

Les conventions de cession d'actions prévoient assez fréquemment, outre les formes et délais dans lesquels la garantie du vendeur doit être mise en œuvre, que l'acheteur sera tenu d'informer le vendeur de la survenance d'événements susceptibles de déclencher un appel à la garantie et ce, dans un certain délai à compter de la date à laquelle l'acheteur en a eu connaissance. Ces clauses ont naturellement pour objectif essentiel de permettre au vendeur de prendre toute mesure utile à la défense de ses intérêts dans la perspective d'un éventuel appel ultérieur à sa garantie (D. LECLERCQ, *Les conventions de cession d'actions*, *op. cit.*, p. 462, n^o 346).

Deux arrêts rendus par la Cour de cassation française mettent en lumière la problématique de l'incidence du non-respect de ce

devoir d'information sur la mise en œuvre de la garantie (à propos de cette problématique, voy. O. CLEVENBERGH, « La sanction du non-respect des formes et délais prévus pour la mise en œuvre des déclarations et garanties dans les cessions d'actions. Une "incombance" conventionnelle », *R.D.C.*, 2013, pp. 838-872).

Une convention de cession d'actions prévoyait que « sous peine de déchéance, et afin que le cédant puisse faire valoir ses droits », le cessionnaire s'engageait à prévenir les cédants par lettre recommandée de tout avis de vérification comptable, dans un délai de quinze jours suivant la réception de cet avis. Dans le cas d'espèce, le cessionnaire avait informé les cédants de l'envoi d'un avis de vérification de la comptabilité par l'administration fiscale en dehors de ce délai et il avait ensuite fait appel à la garantie de ces derniers. Bien que le cessionnaire n'ait pas respecté le délai d'information de quinze jours, la cour d'appel de Versailles avait condamné les cédants à lui payer une indemnité au titre de l'appel à la garantie — fondé sur le redressement fiscal qui était intervenu à la suite de ce contrôle —, au motif que ceux-ci ne pouvaient soutenir qu'ils avaient été privés de toute possibilité de contestation ou de discussion avec l'administration fiscale, dès lors que les opérations de vérification de la comptabilité de la société s'étaient poursuivies bien au-delà de la date à laquelle ils en avaient été informés par le cessionnaire. La cour d'appel se basait ainsi sur le principe de l'exécution de bonne foi des contrats. Par son arrêt du 15 mars 2011, la Cour de cassation française casse toutefois cette décision pour violation de l'article 1134, alinéas 1^{er} et 3, du Code civil, au motif que « si la règle selon laquelle les conventions doivent être exécutées de bonne foi permet au juge de sanctionner l'usage déloyal d'une prérogative contractuelle, elle ne l'autorise pas à porter atteinte à la substance même des droits et obligations légalement convenus entre les parties » (Cass. Fr. (com.), 15 mars 2011, publié dans la revue française *Dr. Sociétés*, 2011, comm. 126 et la note M.-L. COQUELET — le sommaire de cet arrêt est publié dans la *R.D.C.*, 2013, p. 873, mais il est à noter que l'arrêt publié à la suite de ce sommaire est celui qui a été rendu par la Cour de cassation française le 14 mai 2013).

Dans une espèce similaire, la convention de cession prévoyait que l'acquéreur devait informer le vendeur de tout préjudice susceptible de donner lieu à indemnisation au titre de la garantie de passif, mais elle n'assortissait d'aucune sanction le non-respect par le cessionnaire de ce délai d'information. L'acquéreur avait

fait appel à la garantie du vendeur sans avoir respecté ce délai d'information et le vendeur invoquait la fin de non-recevoir tirée de la forclusion. La cour d'appel de Paris avait néanmoins fait droit à la demande de l'acquéreur et avait condamné le vendeur à lui payer une indemnité, aux motifs que la convention de cession ne prévoyait pas que le respect du délai d'information constituait une condition de mise en œuvre de la garantie et que le non-respect de ce délai n'avait pas causé de préjudice au vendeur. Le pourvoi formé contre cet arrêt est rejeté par la Cour de cassation française, qui décide, par son arrêt du 14 mai 2013, « qu'ayant constaté que le contrat ne prévoyait aucune sanction en cas de non-respect par le cessionnaire du délai d'information de trente jours et estimé, dans l'exercice de son pouvoir souverain d'interprétation de la volonté des parties, que le respect de ce délai n'était pas une condition de mise en œuvre de la garantie, la cour d'appel a pu, par ces seuls motifs (...) statuer comme elle a fait » (Cass. Fr. (com.), 14 mai 2013, *R.D.C.*, 2013, p. 873 — on observera que l'intitulé de cette publication désigne erronément cet arrêt comme étant celui du 15 mars 2011).

L'acheteur peut également être privé du recours à la garantie conventionnelle du vendeur lorsqu'il avait connaissance ou aurait dû avoir connaissance, préalablement à la cession, des éléments sur lesquels est fondé son appel à la garantie.

À la suite d'un contrôle effectué par l'administration fiscale en 2001, une société reçoit un avis de rectification relatif à l'exercice d'imposition 2001 indiquant que les pertes au 31 décembre 1995 n'étaient plus récupérables fiscalement, car un bénéfice taxable avait été retenu pour cet exercice via un avis d'imposition d'office qui n'avait pas fait l'objet d'une contestation, ce qui avait pour conséquence d'exclure une future « récupération » fiscale des pertes reportées de la société existant à cette date. L'acheteur des actions de la société, qui avait acquis celles-ci en 1999, réclamait au vendeur l'indemnisation d'un dommage correspondant au montant de l'impôt que la société aurait épargné si cette perte avait pu être récupérée et ce, au motif qu'il n'avait pas été informé des conséquences de cet avis d'imposition d'office.

Cette demande a été rejetée tant en première instance qu'en degré d'appel. Après avoir constaté que l'acheteur ne contestait pas avoir été informé par le vendeur du dépôt tardif de la déclaration fiscale de la société pour l'exercice d'imposition 1996 et qu'il ne pouvait ignorer l'existence de l'avis d'imposition d'office,

la Cour a considéré que le vendeur n'était tenu ni sur la base de la convention de cession ni sur la base d'un devoir précontractuel de renseignement de fournir à l'acheteur des informations sur les conséquences éventuelles d'un avis d'imposition d'office (Bruxelles, 7 avril 2009, *D.A.O.R.*, 2010, p. 395).

On observera que la Cour relève que l'acheteur disposait de toutes les informations nécessaires pour évaluer les conséquences de l'avis de rectification d'office et qu'il n'était pas établi que le vendeur savait ou était censé savoir que l'acheteur avait acquis la société à des fins spéculatives et en vue d'é luder les impôts.

Cette affaire illustre l'importance du rôle de ce que l'on appelle dans le jargon des acquisitions les « *disclosures* », c'est-à-dire les informations et documents fournis par le vendeur à l'acheteur préalablement à la signature de la convention de cession et dont les parties conviennent qu'ils constituent des exceptions aux déclarations du vendeur (D. LECLERCQ, *Les conventions de cession d'actions*, *op. cit.*, pp. 167 et 168, n° 134). Dans le cas d'espèce, la correspondance relative au dépôt tardif de la déclaration fiscale de la société figurait dans l'inventaire des documents remis à l'acheteur.

Elle démontre également que l'acheteur a tout intérêt à ce que les déclarations du vendeur soient rédigées de façon suffisamment précise s'il entend couvrir un risque bien déterminé. Or, en l'espèce, comme le relève la Cour, le vendeur n'avait pas fait de déclaration relative à la récupération fiscale des pertes comptables du passé. Les déclarations figurant dans la convention de cession ne contraignaient pas le vendeur, pour que celles-ci soient exactes, à faire des « *disclosures* » complémentaires à l'acheteur à propos des conséquences de l'avis d'imposition d'office. Il s'ensuit que l'acheteur ne rapportait pas la preuve d'une inexactitude d'une quelconque déclaration.

En outre, la Cour constate que l'acheteur restait également en défaut d'établir que la société avait subi un préjudice actuel, certain et stable, car aucun élément n'indiquait avec suffisamment de certitude que la société avait réalisé ou réaliserait des bénéfices avec lesquels les pertes auraient pu ou pourraient être compensées. Le dommage invoqué par l'acheteur était donc purement hypothétique et ne pouvait dès lors donner lieu à indemnisation.

On observera enfin que la Cour précise, à titre surabondant, que l'existence du prétendu dommage de la société — à savoir une

prétendue perte d'économie fiscale — n'établissait pas en soi que l'acheteur, actionnaire de la société, avait subi un dommage. Notons à ce propos qu'il est parfaitement concevable que la convention de cession dispense l'acheteur de l'obligation de rapporter l'existence d'un préjudice propre (*infra*, n° 90) (sur la problématique des bénéficiaires des garanties conventionnelles, voy. S. VERVERKEN, « De begunstigde van contractuele garantieclausules bij de overdracht van aandelen », *D.A.O.R.*, 2010, pp. 365-394).

75. — Les clauses de non-concurrence dans les conventions de cession d'actions. — Critères de validité. — Non-réduction de la clause par le juge — Preuve du dommage de l'acheteur. — La garantie du fait personnel (art. 1626 C. civ.) n'implique pas en soi, pour les vendeurs, une obligation de non-concurrence à l'égard de la société après la cession (D. VAN GERVEN, « Gezamenlijke vennootschappen : vennootschapsrechtelijke aspecten van de joint-venture », *R.D.C.*, 1995, p. 124, n° 48; J. MALHERBE, Y. DE CORDT, Ph. LAMBRECHT et Ph. MALHERBE, *Droit des sociétés. Précis*, 4^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 586, n° 936). Ce principe a été rappelé dans une sentence arbitrale rendue le 1^{er} septembre 2007 à propos de la vente des parts d'une S.P.R.L. (*infra*, n° 91).

Afin de se protéger contre le risque que les vendeurs exercent, après la cession des actions, des activités concurrentes à celles de la société ou détournent à leur profit la clientèle de cette dernière, les acheteurs exigent généralement que la convention de cession impose une obligation de non-concurrence à charge des vendeurs, laquelle est souvent complétée par une clause de non-débauchage des clients et employés de la société.

Pour être valable, une clause de non-concurrence doit être limitée dans le temps, dans l'espace et quant aux activités visées (N. ULBURGHS, « Het niet-concurrentiebeding in overnameovereenkomsten », *Venn. & Fisc.*, 1998, pp. 102-104; C. GUYOT, « Les clauses de non-concurrence et de confidentialité dans les cessions d'actifs et d'actions », *D.A.O.R.*, 2001, pp. 17 et 18, n^{os} 61-64; pour un relevé empirique des limitations usuellement retenues dans la pratique en Belgique, voy. B. BELLEN et F. WIJCKMANS, « De nieuwe Belgische M&A-index », *T.R.V.*, 2013, pp. 228 et 229). À défaut, elle est frappée de nullité pour contravention au principe de la liberté de commerce et d'industrie (Décret d'Allarde des 2-17 mars 1791). En l'absence de dispositions légales définissant ces trois critères, la jurisprudence s'inspire des principes énoncés dans la commu-

nication de la Commission européenne relative aux restrictions directement liées et nécessaires à la réalisation des opérations de concentration (*J.O.*, C 56/03 du 5 mars 2005, pp. 24 et s.) pour apprécier si ces critères sont respectés.

S'agissant de la durée des clauses de non-concurrence, la Commission estime que celles-ci se justifient pour des périodes n'excédant pas trois ans « lorsque la cession de l'entreprise inclut la fidélisation de la clientèle sous la forme à la fois du fonds commercial et du savoir-faire ». Cette durée est réduite à deux ans « lorsque seul le fonds commercial est inclus ».

Quant à la portée géographique, elle doit être limitée à « la zone où le vendeur offrait les produits ou les services en cause avant la cession, puisque l'acquéreur n'a pas besoin d'être protégé de la concurrence du vendeur dans les territoires où ce dernier n'était pas présent auparavant ». La Commission précise toutefois que cette portée géographique peut être étendue « aux territoires dans lesquels le vendeur envisageait de pénétrer au moment de la réalisation de l'opération, pour autant qu'il ait déjà investi en préparation de ce projet ».

Enfin, les clauses de non-concurrence doivent être limitées aux produits et aux services « qui constituaient l'activité économique de l'entreprise cédée ».

Aux termes d'une clause de non-concurrence figurant dans une convention de cession d'actions d'une société, dont l'objet social consistait en l'exploitation d'ateliers de mécanique générale et la fabrication d'articles en fer, le vendeur s'engageait à n'exercer directement ou indirectement « aucune activité d'exploitation, de gestion ou de consultance qui soit en concurrence avec les activités de la société ». La clause prévoyait qu'elle s'appliquait pendant une durée de trois ans « en Belgique et à l'étranger ». Réformant le jugement rendu en première instance qui avait admis la licéité de cette clause, la cour d'appel de Liège décide que celle-ci n'est pas valable et qu'elle ne peut en conséquence être appliquée (Liège, 13 décembre 2012, *Entr. et dr.*, 2013, p. 324 (somm.)).

La Cour considère tout d'abord que la condition relative aux activités visées n'est pas remplie, au motif que la clause est imprécise et que si elle devait être interprétée comme le suggèrent les acheteurs, c'est-à-dire comme couvrant toute activité dans le secteur de la ferronnerie, même celles exercées en dehors d'un atelier de construction et de réparation mécanique, elle devrait



être tenue pour déraisonnable et disproportionnée. Selon la Cour, la clause priverait en effet le vendeur de la possibilité de réaliser, même en dehors de l'exploitation d'un tel atelier, des prestations que la société avait décidé de ne plus exercer.

Elle estime en outre que la clause est abusive, dans la mesure où son champ territorial porte sur le territoire belge et «l'étranger», sans la moindre restriction, alors qu'il ressortait de la liste des anciens clients de la société que celle-ci comptait 641 clients belges et seulement 7 clients étrangers.

On relèvera enfin que, conformément à la jurisprudence de la Cour de cassation (3 février 1971, *Pas.*, 1971, I, p. 512), suivant laquelle «il n'appartient pas au juge de donner un effet limité à une clause de non-concurrence qu'il estime en partie illicite», la cour d'appel de Liège rejette l'argument des acheteurs qui soutenaient que les effets de cette clause devraient être restreints au territoire sur lequel la société exerçait ses activités au jour de la cession des actions (6).

Un arrêt rendu par la cour d'appel de Bruxelles illustre les difficultés auxquelles l'acheteur peut être confronté lorsqu'il s'agit de quantifier le montant du préjudice résultant de la violation d'une clause de non-concurrence (Bruxelles, 17 novembre 2008, *T.R.V.*, 2011, p. 300). En l'espèce, la validité de la clause de non-concurrence n'était plus débattue et la violation de celle-ci par le vendeur était établie. Il restait donc seulement à déterminer le montant du dommage.

La Cour relève tout d'abord qu'étant donné que la société n'était partie ni à la convention de cession d'actions ni à la procédure, l'indemnisation de la perte de bénéfices subie par celle-ci ne faisait pas l'objet de l'action des acheteurs et que seul le dommage subi personnellement par ces derniers entrait en ligne de compte. S'agissant du dommage invoqué par les acheteurs, celui-ci comportait deux volets: ils réclamaient, d'une part, un montant d'environ 110.000 EUR au titre d'une moins-value sur

(6) Après la période couverte par le présent Examen, la Cour de cassation a opéré un revirement de jurisprudence en décidant à deux reprises que le juge peut limiter la nullité d'une clause imposant une limitation excessive de la concurrence à la partie de la clause qui est contraire à l'ordre public, pour autant que le maintien de la clause partiellement annulée réponde à l'intention des parties (Cass., 23 janvier 2015, *J.T.*, 2015, p. 734 et Cass., 25 juin 2015, *J.T.*, 2015, p. 727). Notons incidemment que ce second arrêt a cassé l'arrêt précité de la cour d'appel de Liège du 13 décembre 2012.

leurs actions et, d'autre part, un montant d'environ 100.000 EUR au titre d'une perte de bénéfices.

Concernant le premier volet, les acheteurs prétendaient qu'ils avaient payé un prix trop élevé pour les actions et qu'une partie de celui-ci correspondait à un *goodwill* dont ils avaient été privés à la suite de la violation de la clause de non-concurrence. La Cour constate toutefois que les acheteurs ne rapportaient pas la preuve que la perte de bénéfices de la société — qui était établie à la lumière d'un rapport d'expertise — avait affecté la valeur de leurs actions. Elle déclare dès lors leur demande infondée sur ce plan.

S'agissant du second volet, les acheteurs soutenaient qu'en leur qualité de seuls actionnaires de la société ils pouvaient prétendre à la distribution des bénéfices de la société sous la forme de dividendes et que leur dommage s'élevait dès lors au montant de la perte de bénéfices après déduction de l'impôt des sociétés. Les vendeurs objectaient pour leur part qu'un bénéfice réalisé par la société n'impliquait pas automatiquement l'octroi de dividendes aux actionnaires, car celui-ci présupposait une décision de l'assemblée générale et le respect de certaines conditions (en particulier l'existence de bénéfices distribuables). Se ralliant à la thèse défendue par les vendeurs, la Cour constate qu'il ne peut pas être établi avec certitude que le dommage (à savoir l'absence de dividendes) ne se serait pas produit en l'absence de la faute commise par les vendeurs. Elle octroie toutefois aux acheteurs une indemnité fixée «*ex aequo et bono*» à 10.000 EUR au titre de la perte d'une chance de l'octroi de dividendes.

Cette affaire démontre l'intérêt qu'il peut y avoir pour l'acheteur à assortir la clause de non-concurrence d'une clause pénale en cas de violation par le vendeur de ses engagements, ou encore à prévoir, par exemple, que la société sera également bénéficiaire de la clause de non-concurrence (B. BELLEN, «*Niet-concurrentiebedingen in overnameovereenkomsten*», note sous Sent. arb, 1^{er} septembre 2007, *T.R.V.*, 2011, pp. 319-326).

76. — Vente d'actions en violation d'une clause de préemption. — Annulation de la vente. — Refus d'attribuer les actions au bénéficiaire de la clause. — Les actions des sociétés anonymes sont en principe librement cessibles. Il est toutefois possible de restreindre la libre cessibilité de celles-ci notamment par des clauses statutaires ou des conventions d'actionnaires (art. 510, al. 1^{er}, C. soc.). Les clauses que l'on rencontre



le plus fréquemment dans la pratique sont les clauses d'agrément, les clauses de préemption et les clauses d'inaliénabilité (sur le régime juridique de ces clauses, voy. not. E. POTTIER, « Les cessions d'actions ou de parts au sein des sociétés anonymes, des sociétés privées à responsabilité limitée et des coopératives », in *Le statut des actionnaires (S.A., S.P.R.L., S.C.) — questions spéciales*, CUP, vol. 89, Bruxelles, Larcier, 2006, pp. 9-65 ; J. MALHERBE, Y. DE CORDT, Ph. LAMBRECHT et Ph. MALHERBE, *Droit des sociétés. Précis*, 4^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 551-580, n^{os} 894-933).

Les conséquences qui s'attachent à la violation de ce type de dispositions font l'objet d'un certain nombre de controverses, selon qu'il est question de clauses d'agrément ou de préemption et selon que celles-ci figurent dans les statuts de la société ou bien dans une convention d'actionnaires (au sujet de ces controverses, voy. E. POTTIER, « Les cessions d'actions ou de parts au sein des sociétés anonymes, des sociétés privées à responsabilité limitée et des coopératives », *op. cit.*, pp. 48-55, n^{os} 73-83).

En cas de violation d'une clause de préemption — que celle-ci figure dans les statuts de la société ou dans une convention d'actionnaires — commise avec la tierce complicité du cessionnaire, on admet que le juge peut annuler la cession à titre de réparation en nature du préjudice subi par les bénéficiaires de cette clause, avec pour conséquence que les actions retournent alors dans le patrimoine du cédant (« Examen », *cette Revue*, 1993, pp. 716-718, n^o 103). En revanche, il existe une controverse sur la question de savoir si, dans ce cas, le juge peut attribuer les actions aux bénéficiaires du droit de préemption, moyennant bien entendu le paiement du prix par ces derniers (E. POTTIER, « Les cessions d'actions ou de parts au sein des sociétés anonymes, des sociétés privées à responsabilité limitée et des coopératives », *op. cit.*, pp. 53 et 54, n^o 81).

La cour d'appel de Liège a eu à connaître d'une affaire dans laquelle cette problématique se posait.

Un actionnaire avait cédé ses actions à un tiers sans respecter la clause de préemption figurant dans les statuts de la société. Il était établi que l'acquéreur des actions était tiers complice du non-respect par le cédant de la clause statutaire de préemption. L'autre actionnaire de la société, bénéficiaire du droit de préemption, poursuivait l'annulation de la cession et réclamait qu'on lui reconnaisse le droit d'exercer son droit de préemption sur les actions en question.

Confirmant sur ce point la décision du premier juge, la cour d'appel prononce la nullité de la convention de cession. En revanche, elle décide qu'il n'y a pas lieu, dans les circonstances concrètes de la cause, d'aller au-delà et d'ordonner le transfert des actions au profit du demandeur moyennant le paiement par celui-ci du prix convenu entre le cédant et le tiers acquéreur (Liège, 7 juin 2012, *J.L.M.B.*, 2013, p. 1495).

Les circonstances de l'espèce étaient assez particulières, car la cession était en réalité une opération de complaisance destinée à mettre les actions à l'abri des revendications de l'épouse du cédant à l'issue du divorce qui s'annonçait : de fait, très rapidement après la cession, le cessionnaire a rétrocédé au cédant, au moyen d'un don manuel, les actions qu'il avait acquises pour un prix d'un euro par action.

Comme le relève la Cour, il était non seulement permis de douter de la véritable intention du cédant de vendre ses actions, mais, en outre, il s'agissait de réparer le dommage subi par le co-actionnaire du cédant (bénéficiaire du droit de préemption) et non de lui permettre de s'enrichir — ce qui aurait été le cas si la vente avait été ordonnée à son profit au prix d'un euro l'action.

77. — Clause de préemption assortie d'une clause pénale. — Pouvoir modérateur du juge. — Une convention d'actionnaires peut prévoir que le non-respect des clauses limitant la libre cessibilité des actions sera sanctionné par une clause pénale. Dans ce cas, le juge peut toutefois faire usage du pouvoir modérateur qui lui est reconnu par l'article 1231 du Code civil (à propos du régime de la réduction des clauses pénales, voy. P. WÉRY, *Droit des obligations*, 2^e éd., vol. 1, Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 701-712, n^{os} 710-724).

Tel a été le cas dans une affaire soumise à la cour d'appel de Liège.

Un actionnaire réclamait à ses anciens co-actionnaires, qui avaient cédé leurs actions à un tiers sans respecter la procédure de préemption figurant dans une convention de blocage, le paiement de l'indemnité prévue par cette dernière. Cette convention stipulait en l'occurrence qu'en cas de cession faite en contravention avec le mécanisme conventionnel de préemption, le cédant serait tenu de payer à ses co-actionnaires une indemnité irréductible et forfaitaire pour chaque action irrégulièrement cédée.

La cour d'appel a réduit ce montant en estimant que, dès lors que la clause est susceptible de s'appliquer non seulement dans l'hypothèse de la cession de quelques actions mais également en cas de cession de pratiquement toutes les actions de la société, « le montant auquel son application peut conduire est, à l'évidence, sans rapport avec celui qu'aurait fixé tout homme raisonnable et équitable placé dans les mêmes circonstances au moment de la signature de la convention de blocage des parts sociales » (Liège, 10 février 2011, *J.L.M.B.*, 2012, p. 215).

78. — Les cessions d'actions non entièrement libérées. — Le Code des sociétés contient des règles spécifiques régissant les cessions d'actions non entièrement libérées d'une société anonyme. Tel n'est pas le cas en revanche pour les cessions de parts d'une S.P.R.L. (*infra*, n° 96) ou d'une société coopérative (*infra*, n° 105).

Comme tout transfert d'actions nominatives, les cessions d'actions non entièrement libérées sont opposables à la société à compter de leur inscription dans le registre des actions nominatives (art. 504 C. soc.). En revanche, elles ne sont opposables aux tiers qu'après la publication aux annexes du *Moniteur belge* de la mention du dépôt de la liste des actionnaires qui n'ont pas entièrement libéré leurs actions (art. 506 C. soc.). On rappellera que cette liste, sur laquelle seront indiqués les montants dont ces actionnaires sont redevables, doit être déposée à la Banque nationale de Belgique en même temps que les comptes annuels (art. 479, al. 2, 3°, C. soc.).

En outre, l'article 507 du Code des sociétés stipule ce qui suit : « La cession des actions non libérées ne peut affranchir leurs souscripteurs de contribuer, à concurrence du montant non libéré, aux dettes antérieures à la publication. L'ancien propriétaire a un recours solidaire contre celui à qui il a cédé son titre et contre les cessionnaires ultérieurs ».

Il s'ensuit qu'après l'inscription de la cession dans le registre des actions nominatives, le cédant reste malgré tout tenu, à concurrence du montant non libéré de ses actions, de répondre aux appels de libération pour autant que ceux-ci soient destinés à apurer les dettes contractées par la société avant la publication de la liste précitée. Il est bien entendu que le cessionnaire, en sa qualité de nouvel actionnaire, est obligé quant à lui de répondre à tout appel de fonds (quelle que soit la destination de ceux-ci). Par ailleurs, le cédant peut se retourner contre le cessionnaire.

Cette problématique se pose tout particulièrement lorsque la société tombe en faillite. En pareil cas, le curateur, qui exige la libération de la totalité du capital, s'adressera non seulement au cessionnaire, mais également au cédant, si les conditions d'application de l'article 507 du Code des sociétés sont réunies.

Les litiges liés aux appels de libération du capital dirigés contre les cédants d'actions ou de parts non entièrement libérées surgissent essentiellement à propos des cessions de parts de S.P.R.L. (*infra*, n° 96) ou de sociétés coopératives à responsabilité limitée (*infra*, n° 105).

Une affaire soumise à la cour d'appel de Liège offre néanmoins l'occasion de rappeler que les actions à l'encontre d'un actionnaire se prescrivent par cinq ans à compter de la publication de sa retraite de la société (art. 198, § 1^{er}, premier tiret, C. soc.). Constatant que la prescription quinquennale était acquise, la Cour déboute le curateur d'une société anonyme qui réclamait à un cédant la libération du solde des actions cédées (Liège, 27 avril 2009, *J.D.S.C.*, 2011, p. 102 et les obs. M. COIPEL; *J.L.M.B.*, 2010, p. 944)(7).

79. — Convention de cession d'actions assortie d'une clause résolutoire. — Incidence sur les cessions ultérieures des actions concernées. — Aux termes d'une convention de cession datée du 27 mars 2001, une partie A cède ses actions dans la société X à une partie B, sous la condition résolutoire de la faillite de la société X. Le prix d'achat des actions ne devait être payé qu'après la vente de celles-ci à un tiers, au moyen du prix que la partie B percevrait à cette occasion. Le 22 août 2001, la partie B vend les actions à une partie C. Ces mêmes actions sont revendues le 24 août 2001 par la partie C à une partie D. Le 27 novembre 2002, la société X est déclarée en faillite.

Deux actions en justice sont introduites : d'une part, la partie B exige le paiement du prix par la partie C en application de la

(7) Il est toutefois difficile de tirer un quelconque enseignement de cet arrêt — notamment sur la détermination du point de départ du délai de prescription — car, à l'époque des faits soumis à la Cour, l'inscription de la cession des actions dans le registre — qui faisait défaut en l'espèce — n'était pas déterminante pour opposer celle-ci à la société, étant donné que l'article 46, alinéa 3, L.C.S.C. (devenu l'article 504 du Code des sociétés) renvoyait aux formalités de l'article 1690 du Code civil, avec toutes les difficultés d'interprétation qui en découlaient. En l'espèce, la Cour a admis que le retrait du cédant de la société était acquis à la date de la publication aux annexes du *Moniteur belge* du procès-verbal d'une assemblée générale extraordinaire dont il ressortait que la totalité du capital de la société était détenue par deux autres actionnaires.

convention de cession du 22 août 2001 et, d'autre part, la partie A réclame à la partie B le paiement du prix dû en vertu de la convention de cession du 27 mars 2001.

Par un arrêt du 16 février 2009, la cour d'appel de Gand décide, premièrement, qu'à la suite de la faillite de la société X, la convention de cession du 27 mars 2001 est résolue de plein droit avec effet rétroactif, en sorte que la partie B n'est plus tenue de son obligation de paiement du prix. La Cour ne fait toutefois pas droit à la demande de la partie A qui postulait, à titre subsidiaire, la restitution de la valeur des actions de la société X. Elle décide, deuxièmement, que la résolution de la convention de cession du 27 mars 2001 n'emporte pas la résolution ou l'annulation de la convention de cession du 22 août 2001, car celle-ci présentait un lien étroit avec la convention de cession du 24 août 2001, laquelle est valable et a été exécutée bien avant la faillite de la société X. Il s'ensuit, selon la Cour, que la partie B est en droit de réclamer le paiement du prix dû par la partie C en vertu de la convention de cession du 22 août 2001 puisque la partie C a, quant à elle, perçu le prix payé par la partie D en application de la convention de cession du 24 août 2001 (Gand, 16 février 2009, *T.R.V.*, 2012, p. 632 ; pour comprendre le contexte assez particulier dans lequel s'inscrit cette affaire, voy. B. BELLEN et R. VLEUGELS, «De vers-trekkende gevolgen van de ontbindende voorwaarde opgenomen in een overeenkomst tot overdracht van aandelen — Verificatie van eigendom bij overdracht van aandelen», note sous Cass., 24 janvier 2011, *T.R.V.*, 2012, pp. 628-631).

Cet arrêt a été cassé tant sur le plan des conséquences de la résolution de la convention de cession du 27 mars 2001 que sur celui de la validité de la convention de cession du 22 août 2001 (Cass., 24 janvier 2011, *T.R.V.*, 2012, p. 627 et la note précitée B. BELLEN et R. VLEUGELS).

La Cour décide, d'une part, qu'en cas de dissolution d'une convention de cession par l'effet de la survenance d'une condition résolutoire, l'acheteur est tenu de restituer au vendeur les actions vendues soit en nature, soit par équivalent lorsque la restitution en nature n'est plus possible. Il s'agit là de la conséquence du caractère rétroactif de la réalisation de la condition résolutoire (art. 1183 C. civ.).

Elle décide, d'autre part, que suite à la dissolution avec effet rétroactif de la (première) convention de cession, le vendeur est



censé être resté propriétaire des actions et qu'il s'ensuit que, sous réserve des règles protégeant les tiers, les actes de disposition accomplis par l'acheteur sont caducs. La partie C ne pouvait donc pas être condamnée à exécuter ses obligations découlant de la deuxième convention de cession, à savoir payer le prix d'achat des actions à la partie B.

Cet arrêt applique les principes classiquement admis concernant les effets de la réalisation d'une condition résolutoire (note B. BELLEN et R. VLEUGELS, *op. cit.*, p. 629 — sur le régime juridique des conditions résolutoires, voy. P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, t. II, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 1001-1013, n^{os} 672-681 et t. III, pp. 1752-1754, n^{os} 1222 et 1223).

80. — Résolution judiciaire d'une convention de cession d'actions aux torts de l'acheteur. — Vente à un nouvel acheteur. — Refus d'octroi de dommages et intérêts au vendeur. — En cas de résolution judiciaire d'une convention de cession d'actions, le vendeur recouvre la libre disposition de ses actions et est donc libre de vendre à nouveau celles-ci. Par ailleurs, le juge peut accorder des dommages et intérêts à la partie qui poursuit la résolution de la convention, s'il subsiste pour elle un préjudice malgré la dissolution de cette dernière et les restitutions qui en découlent (art. 1184, al. 2, C. civ.) (P. WÉRY, *Droit des obligations*, 2^e éd., vol. 1, Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 640 et 641, n^o 681 ; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, t. I^{er}, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 909, n^o 594).

Un actionnaire qui avait cédé les actions d'une société pour un prix de 300.000 EUR et qui avait ensuite vendu celles-ci à un nouvel acheteur pour un prix de 175.000 EUR après avoir obtenu la résolution de la première convention de cession aux torts de l'acheteur initial, réclamait à ce dernier des dommages et intérêts d'un montant de 125.000 EUR correspondant à la différence entre le prix convenu lors de la première vente et celui auquel le nouvel acheteur avait acheté les actions.

Réformant le jugement rendu en première instance, la cour d'appel d'Anvers déclare la demande en dommages et intérêts du vendeur infondée au motif que, lors de la seconde vente, la détermination du prix des actions était libre et que le vendeur n'était donc pas obligé de donner suite à l'offre d'un tiers acquéreur qui était inférieure au prix convenu avec l'acheteur initial. En d'autres termes, la vente des actions à ce prix constituait une expression du

libre consentement du vendeur, qui ne pouvait dès lors pas récupérer la différence de prix au titre de dommages et intérêts à charge de l'acheteur initial (Anvers, 11 février 2010, *R.P.S.*, 2011, p. 459).

Le pourvoi en cassation introduit par le vendeur est rejeté (Cass., 13 octobre 2011, *R.P.S.*, 2011, p. 444 et les obs. D. LECLERCQ; *Pas.*, 2011, p. 2237). La Cour rappelle tout d'abord (a) qu'en cas de résolution judiciaire d'une convention pour inexécution fautive, l'octroi de dommages et intérêts a pour but de placer le créancier (en l'occurrence le vendeur) dans la situation dans laquelle il se trouverait si le débiteur (en l'occurrence l'acheteur initial) avait exécuté son obligation, (b) qu'il appartient au créancier de prouver l'existence du dommage supplémentaire qu'il invoque et (c) que celui-ci est apprécié par le juge du fond. Or, en l'espèce, le juge d'appel avait constaté qu'il n'était pas prouvé que la valeur des actions, dont le vendeur disposait à nouveau à la suite de la résolution de la convention de cession, était inférieure au prix négocié avec l'acheteur initial. La décision de la cour d'appel de ne pas attribuer au titre de dommages et intérêts complémentaires la différence de prix entre les deux ventes était donc légalement justifiée.

81. — Responsabilité des actionnaires cédants en leur qualité d'anciens administrateurs. — En cas de découverte, postérieurement à la vente des actions, d'éléments de passif — non connus de l'acheteur — dont la cause ou l'origine est antérieure à la date de la cession, le vendeur peut engager sa responsabilité contractuelle à l'égard de l'acheteur, au titre des clauses de déclarations et de garanties (*supra*, n° 74). L'acheteur peut aussi lui reprocher d'avoir commis un dol ou d'avoir manqué à ses obligations précontractuelles (*supra*, n° 73). Mais la responsabilité du vendeur peut être engagée sur un autre plan.

Dans une affaire soumise à la cour d'appel de Bruxelles, la société dont les actions avaient été cédées avait assigné les vendeurs en leur qualité d'anciens administrateurs, sur la base des articles 527 et 528 du Code des sociétés (8) ainsi que de l'article 1382 du Code

(8) Nous rappellerons que l'article 527 du Code des sociétés dispose que «les administrateurs (...) sont responsables, conformément au droit commun, de l'exécution du mandat qu'ils ont reçu et des fautes commises dans leur gestion». Quant à l'article 528 du même Code, il prévoit en son premier alinéa que «les administrateurs sont solidairement responsables, soit envers la société, soit envers les tiers, de tous dommages et intérêts résultant d'infractions aux dispositions du présent Code ou des statuts sociaux».

civil (Bruxelles, 8 septembre 2011, *R.P.S.*, 2011, p. 563 et les obs. D. LECLERCQ ; *supra*, n° 47) (9).

Il était reproché aux vendeurs d'avoir commis des irrégularités en matière comptable et fiscale à l'époque où ils étaient encore administrateurs de la société. Après avoir constaté que les vendeurs avaient commis des fautes dans l'exercice de leurs mandats d'administrateurs et que les dommages invoqués par la société — à savoir les montants payés par celle-ci aux administrations fiscales et sociales — étaient bien en relation causale avec le comportement fautif des vendeurs (en leur qualité d'administrateurs), la Cour condamne ces derniers à payer des dommages et intérêts à la société.

Afin de se prémunir contre le risque que leur responsabilité en tant qu'anciens administrateurs de la société soit engagée après la cession de leurs actions, les vendeurs exigent habituellement que l'acheteur s'engage dans la convention de cession à voter en faveur de leur décharge à l'occasion de la prochaine assemblée générale ordinaire ou d'une assemblée générale tenue le jour du « *closing* » (à propos de cette problématique, voy. D. LECLERCQ, *Les conventions de cession d'actions. Analyse juridique et conseils pratiques de rédaction*, Bruxelles, Larcier, 2009, pp. 473-475, n° 355). Rappelons que la décharge n'est valable que « si les comptes annuels ne contiennent ni omission, ni indication fausse dissimulant la situation réelle de la société » (art. 554 C. soc.). On peut présumer que, dans le cas d'espèce, l'acheteur n'avait pas octroyé la décharge aux vendeurs. Cela étant dit, compte tenu des circonstances, la validité d'une telle décharge aurait certainement pu être contestée.

82. — Clauses d'arbitrage dans les conventions de cession d'actions. — Bon nombre de conventions de cession d'actions — en particulier lorsqu'elles portent sur des montants importants (pour une analyse empirique des clauses rencontrées dans la pratique en Belgique, voy. B. BELLEN et F. WIJCKMANS, « De nieuwe Belgische M&A-index », *T.R.V.*, 2013, pp. 229-231) — prévoient que tout litige découlant de celles-ci ou en relation avec elles seront tranchés par la voie d'un arbitrage.

(9) En l'espèce, la cour d'appel avait constaté que l'acheteur ne justifiait pas de la réalité d'un préjudice personnel. Il ne pouvait donc pas prétendre à l'octroi de dommages et intérêts au titre de dol incident — lequel était pourtant établi — ni au titre d'une éventuelle violation par les vendeurs des obligations de garantie figurant dans la convention de cession. À propos de l'établissement d'un dommage propre par l'acheteur, voy. *infra*, n° 90.

En pareil cas, toute demande de dommages et intérêts formulée par l'acheteur à l'encontre du vendeur, qu'elle soit fondée sur un manquement à son obligation précontractuelle d'information ou sur une violation des clauses de déclarations et de garanties figurant dans la convention de cession, doit être portée devant l'arbitre ou le collège arbitral. En revanche, seul le juge ordinaire peut connaître des demandes introduites contre toute personne qui n'est pas partie à la convention de cession et qui n'est pas donc pas liée par la clause d'arbitrage (Gand, 28 octobre 2010, *T.G.R.*, 2011, p. 120 ; *supra*, n° 59).

SECTION II. — ADMINISTRATION (10)

83. — Révocation *ad nutum* des administrateurs de sociétés anonymes. — En vertu de l'article 518, § 3, du Code des sociétés, les administrateurs de sociétés anonymes « sont toujours révocables par l'assemblée générale ». Il s'en déduit que les administrateurs sont révocables *ad nutum* et, selon la Cour de cassation, ce principe toucherait à l'ordre public (Cass., 13 avril 1989, *cette Revue*, 1991, p. 205). La situation de l'administrateur d'une société anonyme se distingue à cet égard de celle des gérants et administrateurs des autres formes de sociétés dans lesquelles le principe de la révocabilité *ad nutum* n'est que supplétif. Elle se distingue également de celle des autres dirigeants de la société anonyme, tels le délégué à la gestion journalière ou les membres du comité de direction, qui ne sont révocables *ad nutum* que sous réserve de stipulations statutaires ou contractuelles contraires.

En réponse à un (ancien) administrateur qui soutenait qu'il aurait dû être entendu par l'assemblée générale avant d'être révoqué et que, ne l'ayant pas été, la décision de l'assemblée de le révoquer était abusive, la cour d'appel de Bruxelles estime que l'assemblée « *is sovereign in haar beoorrdeling van het behoud of het ontslag van een bestuurder* », ce qui signifie, selon la Cour, que l'assemblée ne doit pas motiver sa décision et que l'administrateur dont la révocation est à l'ordre du jour ne doit pas être entendu (Bruxelles, 7 décembre 2010, *D.A.O.R.*, 2011, p. 97 ; *J.D.S.C.*, 2012, p. 123 ; *supra*, n° 39). Telle est également l'opinion de la doctrine majoritaire (B. TILLEMAN, *L'administrateur de sociétés*, Bruxelles, la Charte, 2005, n° 452, p. 288 et les très

(10) Rédigé par Didier Willermain.

nombreuses références citées ; P. HAINAUT-HAMENDE et G. RAUCQ, « Les sociétés anonymes : constitution et fonctionnement », *tiré à part du Rép. not.*, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 467, n° 367 ; P. VAN OMMESLAGHE, « La cessation des fonctions des administrateurs, des gérants et des membres du comité de direction », in *Les conflits au sein des sociétés commerciales ou à forme commerciale*, Bruxelles, éd. Jeune Barreau de Bruxelles, 2004, p. 110).

La cour d'appel ajoute, de manière également classique, que : « *De algemene vergadering dient zich echter wel correct te gedragen en mag niet onrechtmatig handelen in het kader van dit ontslag* ». Dans le cas contraire, la société pourrait voir sa responsabilité engagée, sans que la décision de révocation puisse néanmoins être remise en cause.

Le principe de la révocabilité *ad nutum* des administrateurs et son caractère d'ordre public ont pour conséquence « que serait donc illicite toute clause qui supprimerait ou limiterait le droit de révocation des administrateurs par l'assemblée générale » (Cass., 13 avril 1989, *cette Revue*, 1991, p. 205). Tel serait le cas d'une clause qui stipulerait que le mandat d'administrateur est irrévocable ou seulement révocable pour certains motifs ou moyennant le paiement d'une indemnité ou le respect d'un délai de préavis. Il en irait ainsi également des clauses subordonnant la décision de l'assemblée de révoquer un administrateur à un quorum particulier ou à une majorité renforcée (V. SIMONART, « Les conventions avec un administrateur prévoyant une indemnité de départ », *R.P.S.*, 2012, p. 344, n° 15).

Indépendamment des interrogations que suscite l'opportunité de la révocation *ad nutum* des administrateurs — ou, plus spécifiquement, du caractère d'ordre public et non simplement supplétif de la règle —, on peut se demander si cette opinion traditionnelle quant à la nullité des clauses prévoyant le paiement d'une indemnité de départ en cas de cessation du mandat d'administrateur ne devrait pas être nuancée et s'il ne faudrait pas admettre, comme l'a fait la cour d'appel de Luxembourg dans un arrêt du 21 mai 2008 (*D.A.O.R.*, 2011, p. 99), les clauses prévoyant une indemnité raisonnable qui ne seraient « pas de nature à entraver la libre révocabilité » de l'administrateur (en ce sens : V. SIMONART, « Les conventions avec un administrateur prévoyant une indemnité de départ », *op. cit.*, n° 16).

Si la société ne peut s'engager à maintenir un administrateur en fonction, la cour d'appel de Gand décide, dans un arrêt déjà

commenté à propos des engagements de vote, qu'« un actionnaire individuel peut s'obliger à utiliser son droit de vote afin de voter pour le (maintien du) mandat d'administrateur d'une personne déterminée (personne physique ou morale) » (Gand, 7 novembre 2011, *R.P.S.*, 2012, p. 329; *supra*, n° 36). La solution, qui avait déjà été consacrée par la Cour de cassation dans son arrêt précité du 13 avril 1989, doit être approuvée. L'engagement, qui s'analyse en un engagement de vote, devra répondre aux conditions de validité de l'article 551 du Code, et notamment être justifié par l'intérêt social (sur cette notion, voy. *supra*, n° 22). La cour d'appel ne nous semble donc pas pouvoir être suivie sur ce point quand elle décide que cette disposition n'était pas applicable à l'engagement dont elle avait à connaître au motif que celui-ci n'était pas un « accord entre actionnaires » mais un accord entre un actionnaire et un (ancien) administrateur. Sur cette base, la cour d'appel fait droit à la demande de l'administrateur révoqué au paiement par l'actionnaire de l'indemnité convenue en cas de révocation avant terme.

84. — Délégation à la gestion journalière. — Étendue. — Jurisprudence du Conseil d'État. — En vertu de l'article 525 du Code des sociétés, « [l]a gestion journalière des affaires de la société, ainsi que la représentation de la société en ce qui concerne cette gestion, peuvent être déléguées à une ou plusieurs personnes, actionnaires ou non, agissant seules ou conjointement ». La même disposition ajoute que (i) la nomination, la révocation et les attributions du délégué à la gestion journalière sont réglées par les statuts, les restrictions apportées au pouvoir de représentation du délégué à la gestion journalière étant néanmoins inopposables aux tiers, et que (ii) la « clause en vertu de laquelle la gestion journalière est déléguée à une ou plusieurs personnes agissant soit seules, soit conjointement est opposable aux tiers dans les conditions prévues par l'article 76 » (*supra*, n° 29). Dans le silence des statuts, c'est au conseil d'administration ou, lorsqu'un comité de direction a été mis en place, à ce comité, de désigner le délégué à la gestion journalière.

La Cour de cassation définit traditionnellement la notion de gestion journalière comme comprenant, d'une part, les actes commandés par les « besoins quotidiens de la société » et, d'autre part, les actes qui « tant en raison de leur peu d'importance que de la nécessité d'une prompt solution ne justifient pas l'intervention du conseil d'administration lui-même » (Cass., 17 septembre 1968,

Pas., 1969, I, p. 61 ; Cass., 21 février 2000, *Pas.*, 2000, I, p. 437). La doctrine a, de longue date, critiqué le caractère désuet et inapproprié de cette définition (voy. « Examen », *cette Revue*, 1993, n° 127) : de nos jours, dans la plupart des sociétés, la personne en charge de la gestion journalière ne se limite en effet pas à accomplir des actes récurrents ou de « peu d'importance ».

Cette définition de la gestion journalière a cependant été confirmée par la Cour de cassation, qui en a même donné une interprétation encore plus restrictive que celle suggérée par la doctrine. Dans un arrêt du 26 février 2009, la Cour de cassation a en effet cassé un arrêt de la cour d'appel de Bruxelles qui avait considéré comme relevant de la gestion journalière l'introduction d'un recours fiscal, au motif que, si la cour d'appel a constaté qu'un tel recours « était de peu d'importance », elle n'a pas examiné « si cet acte nécessitait une solution d'une promptitude telle qu'il ne pouvait attendre une réunion du conseil d'administration » (Cass., 26 février 2009, F.07.0043.F/8, *Pas.*, 2009, p. 592 ; *T.R.V.*, 2009, p. 444 et la note C. CLOTTENS ; *R.P.S.*, 2010 (sommaire), p. 299 et la note V. SIMONART).

Il résulte de cette jurisprudence qu'un acte « de peu d'importance » n'est pas de la compétence du délégué à la gestion journalière, sauf si cet acte est urgent ou s'il est « commandé par les besoins quotidiens de la société » (première des deux catégories d'actes entrant, selon la Cour, dans la notion de gestion journalière). Faut-il en déduire également qu'un acte urgent n'entre pas dans la gestion journalière sauf s'il est « de peu d'importance » ou « commandé par les besoins quotidiens de la société » ? Certes, la Cour ne s'est pas prononcée expressément sur cette question mais elle casse l'arrêt de la cour d'appel en faisant droit à un moyen qui soutenait que les critères de l'importance limitée de l'opération, d'une part, et de la nécessité d'une prompte solution, d'autre part, sont cumulatifs. En consacrant une interprétation aussi restrictive de la notion de gestion journalière, la Cour de cassation s'oppose à la doctrine qui, au nom d'un certain pragmatisme, avait cru pouvoir considérer que les actes urgents sont toujours de la compétence du délégué à la gestion journalière, quelle que soit leur importance économique (en ce sens, B. TILLEMANS, *L'administrateur de sociétés*, Bruxelles, la Charte, 2005, p. 658, n° 1057). La Cour de cassation persiste ainsi à méconnaître les réalités de la vie des sociétés.

La solution retenue par la Cour de cassation est, en outre, difficilement compatible avec les évolutions législatives récentes. Le législateur a considéré le délégué à la gestion journalière comme un administrateur exécutif (art. 526bis, 526ter et 526quater C. soc.). À ce titre, il participe activement à la conduite de la société, au-delà des actes « qui sont commandés par les besoins de la vie quotidienne de la société et ceux qui, en raison tant de leur peu d'importance que de la nécessité d'une prompt solution, ne justifient pas l'intervention du conseil d'administration lui-même » (V. SIMONART, « Le délégué à la gestion journalière, le *chief executive officer* et les administrateurs exécutifs », note précitée, *R.P.S.*, 2010, p. 313).

Se référant à l'enseignement de la doctrine, la cour du travail de Liège décide, dans son arrêt du 7 décembre 2009 déjà cité (*supra*, n° 27), que « le recrutement et le licenciement de personnel peu qualifié (...) sont en général considérés comme des actes de gestion journalière tandis que le recrutement et le licenciement du personnel hautement qualifié ne sont pas considérés, quant à eux, comme des actes de gestion journalière » (*J.T.T.*, 2010, p. 91 ; *J.D.S.C.*, 2011, p. 169). Faisant application de cet enseignement, la Cour considère que, dans une « jeune société au personnel encore réduit », le licenciement du « directeur commercial chargé de l'importante fonction définie à son contrat de travail » excède la gestion journalière, « d'autant plus qu'il s'agissait d'un licenciement pour motif grave ».

De son côté, le Conseil d'État continue de décider, de manière constante, que le délégué à la gestion journalière n'a pas le pouvoir d'introduire un recours en suspension ou en annulation d'un acte administratif sans faire application des critères dégagés par la Cour de cassation et vérifier *in concreto* si, eu égard notamment à la taille et aux activités de la société requérante, un tel acte justifie « l'intervention du conseil d'administration lui-même » (C.E., 10 décembre 2002, n° 113.490 ; C.E., 18 juin 2009, n° 194.336 ; C.E., 25 mars 2009, n° 186.377, *R.D.C.*, 2010, p. 346).

85. — Conflits d'intérêts. — Sanctions. — Le Code des sociétés édicte une procédure particulière applicable si un administrateur (art. 523) ou un membre du comité de direction (art. 524ter) d'une société anonyme a « directement ou indirectement, un intérêt opposé de nature patrimoniale à une décision ou à une opération » relevant du conseil d'administration ou, selon

le cas, du comité de direction. Des règles similaires sont applicables dans les S.P.R.L. qui sont gérées par un collège de gestion (art. 259 C. soc. ; *infra*, n° 102).

Pour que la procédure s'applique, il ne suffit pas, comme c'était le cas dans l'ancienne version de l'article 60 L.C.S.C., issue de la loi du 18 juillet 1991, que l'administrateur ou le membre du comité de direction ait un intérêt personnel, dans l'opération ou la décision soumise au conseil d'administration ou au comité de direction. Il faut, en outre, (i) que cet intérêt, direct ou indirect, soit « de nature patrimoniale » et (ii) qu'il soit « opposé » à celui de la société. Même si cette précision ne résulte pas expressément du texte de l'article 523, il faut également que cet intérêt soit susceptible d'influencer l'appréciation et la décision d'un administrateur normalement prudent et diligent placé dans les mêmes circonstances (E. WYMEERSCH, « L'article 60 et le droit des groupes de sociétés », in *Hommage à Jacques Heenen*, Bruxelles, Bruylant, 1994, p. 644, n° 13 ; X. DIEUX, « Observations complémentaires sur le régime des conflits d'intérêts au sein du conseil d'administration de la société anonyme », in *Legal Tracks*, I, Bruxelles, Bruylant, 2003, pp. 175 et 177 ; M. MOORTGAT, « De managementovereenkomst en het belangconflict binnen de raad van bestuur », note sous Anvers, 13 septembre 2007, *Jura Faconis*, 2008-2009, p. 457, n° 25 ; D. WILLERMAIN, « Le fonctionnement des organes et la représentation des sociétés — Questions spéciales », in *Droit des affaires et sociétés. Actualités et nouveaux enjeux*, Limal, Anthemis, 2013, n° 13, p. 138). Un intérêt marginal ou purement hypothétique, même opposé, ne suffit pas.

Un arrêt déjà cité de la cour d'appel d'Anvers du 13 septembre 2007 (*T.R.V.*, 2010, p. 550 ; *supra*, n° 25) paraît décider, à propos de la conclusion par une société anonyme d'un contrat de management, que l'article 523 ne serait pas applicable au motif que le contrat a été signé, au nom de la société, par un administrateur-délégué qui n'était pas en situation de conflit d'intérêt. Il est en effet admis que les décisions relevant de la compétence du délégué à la gestion journalière (même si ce délégué est également administrateur) ne tombent pas dans le champ d'application de l'article 523. La lecture de l'arrêt ne permet cependant pas de comprendre comment la conclusion d'un contrat de management pourrait rentrer dans les limites de la gestion journalière (*supra*, n° 84). Par contre, la circonstance qu'un acte est accompli par un ou plusieurs administrateur(s) disposant du pouvoir général de

représentation ne permet évidemment pas d'échapper à l'application de l'article 523 dans l'ordre interne: dans ce cas en effet, la décision relève, dans l'ordre interne, de la compétence du conseil d'administration qui doit respecter la procédure prévue par cette disposition (D. WILLERMAIN, « Le fonctionnement des organes et la représentation des sociétés — Questions spéciales », *op. cit.*, n° 13, p. 138).

Le non-respect de l'article 523 est susceptible d'une double sanction. D'une part, « la société peut agir en nullité des décisions prises ou des opérations accomplies » en violation de la procédure « si l'autre partie à ces décisions ou opérations avait ou devait avoir connaissance de cette violation ». L'initiative d'une telle action appartient en principe au conseil d'administration lui-même, à défaut de disposition octroyant un tel pouvoir à l'assemblée générale (J. MALHERBE, Y. DE CORDT, Ph. LAMBRECHT et Ph. MALHERBE, *Droit des sociétés. Précis*, 4^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2011, n° 978, p. 640). Cette solution est confirmée par le tribunal de commerce de Termonde dans un jugement du 15 septembre 2011 (*R.W.*, 2012-2013, p. 589) à propos de l'article 259 du Code.

Littéralement, toute violation, fût-elle minime et purement formelle, de la procédure prévue par l'article 523 est susceptible d'entraîner la nullité de la décision prise, même si la violation n'a eu aucune incidence sur celle-ci. Les formalités imposées par l'article 523 seraient donc « substantielles » et prescrites à peine de nullité. Une telle rigueur ne se justifie pas et on peut se demander si l'intention du législateur a bien été de déroger ainsi au droit commun qui consacre, en matière de nullité, la théorie dite « appréciative » (voy. art. 64 C. soc.).

La jurisprudence fait heureusement du texte une application raisonnable. Ainsi, la cour d'appel de Bruxelles, dans un arrêt du 15 mai 2007 (*T.R.V.*, 2010, p. 560) refuse d'appliquer la sanction de nullité dans une espèce où tous les administrateurs étaient en conflit d'intérêts et s'étaient abstenus de le déclarer au conseil mais avaient correctement informé l'assemblée générale. L'arrêt relève que les administrateurs « n'ont pas déclaré formellement ce conflit d'intérêt au conseil d'administration mais ils étaient les seuls administrateurs de la société de sorte qu'une telle déclaration n'avait pas de sens ». L'assemblée générale avait cependant été informée de la transaction, ce qui a amené la Cour à considérer que l'article 523 (à l'époque art. 60 L.C.S.C.) « a donc bien été respecté en ce qui concerne l'information de l'assemblée générale ».

Dans le même sens, le tribunal de commerce de Termonde, dans sa décision précitée du 15 septembre 2011 considère que seules des violations substantielles doivent donner lieu à nullité.

Le non-respect de l'article 523 est, d'autre part, susceptible d'engager la responsabilité des administrateurs sur la base de l'article 528 du Code. La preuve du lien de causalité entre la faute et le dommage est cependant difficile à rapporter. En outre, « les administrateurs sont personnellement et solidairement responsables du préjudice subi par la société ou les tiers à la suite de décisions prises ou d'opérations accomplies conformément à l'article 523, si la décision ou l'opération leur a procuré ou a procuré à l'un d'eux un avantage financier abusif au détriment de la société ». Fort curieusement, la responsabilité des administrateurs est ainsi plus lourde lorsqu'ils respectent l'article 523.

SECTION III. — ASSEMBLÉE GÉNÉRALE DES ACTIONNAIRES (11)

86. — Absence de convocation. — Réduction de l'actif net à la moitié du capital social (art. 633 C. soc.). — Présomption que le dommage des tiers résulte de l'absence de convocation. — Dans le cas où l'actif net de la société devient inférieur à la moitié de son capital social, le conseil d'administration doit convoquer l'assemblée générale des actionnaires afin de délibérer sur la dissolution éventuelle de la société. Si le conseil d'administration manque à cette obligation, l'article 633, alinéa 5, du Code des sociétés dispose qu'il sera présumé que le dommage que le tiers subi résulte de l'absence de convocation. Dans son arrêt du 27 juin 2008, la Cour de cassation rappelle que la présomption dont question est réfragable et rejette le pourvoi dirigé contre un arrêt de la cour d'appel de Mons qui avait condamné les administrateurs d'une société n'ayant pas respecté l'article 633 du Code des sociétés au motif qu'il ressortait des éléments au dossier que « l'on peut très bien imaginer que si ladite assemblée convoquée en temps utile, elle aurait décidé la dissolution de la société anonyme (...) parce que les pertes étaient moindres à l'époque ». De l'avis de la Cour de cassation, ce disant, la cour d'appel de Mons ne viole pas le caractère réfragable de la présomption de l'article 633 du Code des sociétés mais constate, en fait, qu'il était possible que

(11) Rédigé par Edith Weemaels.



l'assemblée fut dissoute à l'époque (*J.L.M.B.*, 2009, p. 39; *Pas.*, 2008, p. 1723; *supra*, n° 53).

SECTION IV. — ASSEMBLÉE GÉNÉRALE DES OBLIGATAIRES (12)

87. — Rôle et compétences de l'assemblée générale des obligataires. — L'assemblée générale des obligataires est une institution créée par la loi visant à permettre à la société émettrice d'avoir un interlocuteur unique dans ses relations avec les obligataires (Ph. LAMBRECHT et M. DUPLAT, *L'emprunt obligataire*, tiré à part du livre 48.4 du *Guide juridique de l'entreprise*, Kluwer, 2013, p. 77, n° 910). Elle est organisée par les articles 568 et suivants du Code des sociétés. Son existence se justifie par l'impossibilité de fait qu'il y aurait de réunir la totalité des créanciers obligataires pour entériner une modification des conditions d'emprunt (Ch. RESTEAU, *Traité des sociétés anonymes*, t. III, 3^e éd. par A. BENOIT-MOURY et A. GRÉGOIRE, Bruxelles, Swinnen, 1985, p. 356, n° 1658).

Une décision rendue le 23 mars 2012 par le tribunal de commerce de Bruxelles (*R.D.C.*, 2012/7, p. 714) est particulièrement intéressante, en ce qu'elle précise le rôle et les compétences de l'assemblée générale des obligataires. L'affaire concernait un groupe financier belge, émetteur en décembre 2007 d'obligations subordonnées obligatoirement convertibles (« *Mandatory Convertible Securities* » ou « MCS »), porteuses d'un coupon annuel de 8,75 % jusqu'à leur conversion automatique en actions de la maison mère. Les conditions d'émission stipulaient que la conversion interviendrait le 7 décembre 2010, soit trois ans après leur émission, sur la base d'une parité déterminée à l'avance. Les vicissitudes de l'histoire firent qu'une conversion en 2010 sur la base d'une parité fixée en 2007 en vint à offrir nettement moins d'attraits aux yeux de certains investisseurs que la perspective de la prolongation d'un coupon annuel généreux. Aussi, prenant appui sur une ambiguïté rédactionnelle du *Trust Deed*, un groupe d'investisseurs demanda la convocation d'une assemblée générale des obligataires avec à son ordre du jour le report de la conversion automatique au 7 décembre 2010. L'assemblée fut convoquée par le *Trustee* pour le 8 novembre 2010. Saisi en référé par la société émettrice, le président du tribunal de commerce de Bruxelles en autorisa la tenue mais suspendit ses

(12) Rédigé par Matthieu Duplat.

effets jusqu'au prononcé d'un jugement définitif au fond (Comm. Bruxelles (réf.), 8 novembre 2010, *T.R.V.*, 2011, p. 108 et la note M. MONARD; *R.D.C.*, 2011 et la note D. HAEX).

Dans son jugement au fond, le tribunal de commerce rappelle la nature exacte de cette institution. Même si l'assemblée générale des obligataires est qualifiée d'«organe» dans le Code des sociétés, elle n'en a pas les attributs: elle n'a pas vocation à représenter la société émettrice mais seulement l'ensemble des obligataires. Ses décisions collectives, par lesquelles la majorité lie la minorité (P. WAUWERMANS, *Manuel pratique des sociétés anonymes*, 7^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1933, p. 504, n^o 808), ne lient que les obligataires, et pas la société émettrice. Elle n'a donc pas le droit d'imposer des modifications des conditions de l'emprunt obligataire sans l'approbation de la société émettrice.

Cette décision est toutefois frappée d'appel.

CHAPITRE VI. — Les sociétés mixtes

SECTION I. — SOCIÉTÉS PRIVÉES À RESPONSABILITÉ LIMITÉE

88. — Constitution. — Libération du capital. — Société unipersonnelle (13). — Le capital des sociétés privées à responsabilité limitée doit être souscrit pour un minimum de 18.550 EUR (art. 214 C. soc.) et doit être libéré à concurrence de 6.200 EUR au moins dès la constitution de la société. La loi du 14 juin 2004 (modifiant les articles 213 et 223 du Code des sociétés, *M.B.*, 2 août 2004 — entrée en vigueur le 2 août 2004) a toutefois doublé le montant minimum du capital à libérer dans les sociétés privées à responsabilité limitée unipersonnelles, pour le porter à 12.400 EUR. Ce seuil s'applique tant aux sociétés unipersonnelles dès la constitution (art. 223 C. soc.) qu'à celles constituées par une pluralité d'associés, mais dont toutes les parts se trouvent réunies en une main en cours de vie sociale (art. 213 C. soc.). Dans ce dernier cas, le montant libéré du capital doit, dans un délai d'un an, atteindre 12.400 EUR, à moins que, pendant ce délai, un nouvel associé entre dans la société ou que celle-ci soit dissoute. À défaut, l'associé unique est réputé caution solidaire de toutes les obligations de la société nées depuis que la société est devenue unipersonnelle. La même sanction est appliquée, sur la base du

(13) Rédigé par Laura Léonard et Roman Aydogdu.

droit transitoire, à l'associé unique d'une société unipersonnelle existant avant l'entrée en vigueur de la loi du 14 juin 2004 qui n'a pas satisfait à l'obligation d'augmenter la libération minimale du capital dans l'année de cette entrée en vigueur (art. 4 de la loi).

Cette obligation de libération majorée et la lourde sanction qui s'y attache créent-elles une différence de traitement injustifiée entre les associés des sociétés privées à responsabilité limitée selon qu'elles comptent un ou plusieurs associés, comme l'a soutenu la doctrine (voy. Ph. MALHERBE, «Le capital libéré des sociétés unipersonnelles selon les nouveaux articles 213 et 223 du Code des sociétés : inefficace, discriminatoire et illégal ?», *R.P.S.*, 2004, n° 8, p. 146 ; F. VERSPREEUWEN, «Bedenkingen bij de verhoging van het minimum volgestort kapitaal van een EBVBA», *T.R.V.*, 2004, n° 4, p. 628) ? La question a été soumise à la Cour constitutionnelle par la cour d'appel de Liège (4 mars 2010, *J.L.M.B.*, 2010, p. 1375 ; *J.D.S.C.*, 2011, p. 69).

Par un arrêt du 16 décembre 2010, la Cour constitutionnelle a répondu par la négative et a validé l'exigence légale de libération du capital d'une société unipersonnelle jusqu'à concurrence de 12.400 EUR, à peine pour l'associé unique d'être tenu caution personnelle et solidaire «de toutes les obligations de la société». La Cour a considéré que la différence de traitement, en ce qui concerne le capital minimum à libérer, entre les sociétés privées à responsabilité limitée, selon qu'elles sont ordinaires ou unipersonnelles, repose sur un critère objectif, à savoir l'existence, pour la société unipersonnelle, d'un associé unique pouvant exercer seul les pouvoirs de gestion et de décision au sein de la société. La mesure en cause est donc justifiée par le constat que cette forme de société peut présenter, par son caractère unipersonnel, davantage de risques au regard des objectifs légitimes poursuivis par la mesure en cause, de lutte contre la fraude fiscale, d'une meilleure perception de l'impôt et de prévention des faillites. La sanction du cautionnement solidaire n'est pas disproportionnée, compte tenu de la volonté d'assurer l'effectivité de l'augmentation du capital minimum libéré, conclut la Cour (*J.D.S.C.*, 2011, p. 43 et la note critique M. COIPEL).

Ce constat de constitutionnalité est critiqué par Michel Coipel dans ses observations publiées sous l'arrêt. L'auteur souligne que la loi du 14 juin 2004 devrait conduire à un phénomène de recrudescence des sociétés privées à responsabilité limitée quasi-unipersonnelles — c'est-à-dire des sociétés qui, *de facto*, fonctionnent

comme une société unipersonnelle car un seul associé détient la quasi-totalité des parts et exerce la fonction de gérant — dans le seul but d'éviter la majoration du capital à libérer que cette loi instaure à l'égard des sociétés unipersonnelles. La loi du 14 juin 2004 devrait par conséquent manquer son objectif, puisque la nécessité de lutter contre la fraude fiscale existe tout autant dans les sociétés unipersonnelles que dans les sociétés comptant plusieurs associés. Il existait, selon l'auteur, une meilleure façon d'atteindre le but, poursuivi par la loi du 14 juin 2004, de lutte contre la fraude fiscale. En effet, celle-ci constitue une faute grave et caractérisée qui permet, en cas de faillite, une action en comblement de passif social en vertu de l'article 265, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, du Code des sociétés. L'abandon de l'exception, prévue à l'alinéa 2 de cette disposition, au profit des « petites » sociétés privées à responsabilité limitée aurait constitué *de lege ferenda* une mesure plus appropriée pour lutter contre la fraude fiscale, conclut l'auteur (en ce sens également : Ph. MALHERBE, « Le capital libéré des sociétés unipersonnelles selon les nouveaux articles 213 et 223 du Code des sociétés : inefficace, discriminatoire et illégal ? », *op. cit.*, n° 7, p. 145).

89. — Réunion de toutes les parts en une main. —
Personne morale (14). — La personne morale qui réunit entre ses mains toutes les parts d'une société privée à responsabilité limitée dispose, en vertu de l'article 213, § 2, du Code des sociétés, d'un délai d'un an pour régulariser la situation par l'entrée d'un nouvel associé ou par la dissolution de la société. Passé ce délai, elle est réputée caution solidaire de toutes les obligations de la société nées après la réunion des parts entre ses mains (Anvers, 18 décembre 2008, *T.R.V.*, 2010, p. 57; Gand, 20 octobre 2008, *J.D.S.C.*, 2010, p. 19 et la note M. COIPEL).

Dans ces deux affaires, c'est le curateur qui a diligenté l'action en paiement à l'encontre de la personne morale devenue associée unique d'une société privée à responsabilité limitée plus d'un an avant la faillite de cette dernière société. Si l'argument tiré du défaut de qualité du curateur pour introduire pareille action ne semble pas avoir été invoqué devant la cour d'appel d'Anvers, il a en revanche été soumis aux juridictions de Gand. Réformant la décision présidentielle qui avait déclaré la demande du curateur irrecevable à défaut de qualité (Comm. Gand, 8 septembre 2006,

(14) Rédigé par Laura Léonard et Roman Aydogdu.

T.G.R.-T.W.V.R., 2008, p. 131), la cour d'appel de Gand décide d'accueillir la demande, au motif qu'«il s'agit d'un cautionnement général au profit de tous les créanciers de la faillite» (traduction libre). L'arrêt de la cour d'appel de Gand, sur ce point, est conforme à la solution qu'a retenue la Cour de cassation dans plusieurs arrêts prononcés en matière de sociétés en nom collectif. Dans ces arrêts, la Cour de cassation considère que «la nécessité d'un règlement efficace de la faillite et l'égalité de traitement des créanciers impliquent que le curateur puisse agir contre un tiers [associé en nom collectif de la société faillie] qui doit répondre des dettes du failli lorsque cette obligation existe à l'égard de tous les créanciers, même si ce droit n'appartient pas au failli». Elle précise que «l'engagement à l'égard de tous les créanciers existe même si l'étendue de cet engagement est différent» (Cass., 7 novembre 2013, *Pas.*, 2013, p. 2186; *D.A.O.R.*, 2014, p. 226; *T.R.V.*, 2014, p. 43; Cass., 19 décembre 2008, *R.P.S.*, 2008, p. 491 et la note V. SIMONART; *cette Revue*, 2013 et la note D. VAN GERVEN; *supra*, n^{os} 16 et 65, et *infra*, n^o 103; pour une solution identique en matière de sociétés coopératives à responsabilité illimitée: Cass., 6 décembre 2012, *Pas.*, 2012, p. 2436, concl. J. M. GENICOT; *J.L.M.B.*, 2013, p. 280; *R.W.*, 2013-2014, p. 1425; *T.R.V.*, 2013, p. 710 et la note D. VAN GERVEN; *infra*, n^o 103). De manière analogue à la personne morale associée unique, en effet, les associés en nom collectif sont solidairement tenus, en vertu de la loi (art. 204 C. soc.), de tous les engagements de la société. Cette responsabilité solidaire des associés en nom collectif est également limitée *ratione temporis*, dès lors qu'ils ne sont responsables que des engagements antérieurs à leur départ, et non pour le futur (art. 209 C. soc.).

Reste à déterminer le moment de la réunion des parts sociales entre les mains de l'associé unique. Dans l'espèce soumise à l'arrêt précité de la cour d'appel d'Anvers du 18 décembre 2008, le registre des parts indiquait, immédiatement après l'inscription des trois fondateurs datée du 23 mai 2005, l'acquisition de l'ensemble des parts par l'associé-personne morale.

Bien qu'aucune date distincte n'était inscrite en marge de cette dernière opération, elle était signée tant par le cédant que par la personne morale cessionnaire. Le curateur se prévalait du registre des parts pour soutenir que la personne morale était l'associée unique de la société privée à responsabilité limitée depuis le 23 mai 2005, soit depuis plus d'un an avant le prononcé de la faillite de cette dernière société par jugement du 15 mai 2007. Faisant

une application stricte de l'article 250 du Code des sociétés, l'arrêt décide que la cession de l'ensemble des parts au profit de la personne morale est intervenue le 23 mai 2005, date de son inscription dans le registre des parts (en ce sens : M. COIPEL, « Les freins dans l'accès à la S.P.R.L. unipersonnelle », in *La S.P.R.L. unipersonnelle*, Bruxelles, Bruylant, 1988, n° 225, p. 120). Le fait que la convention de cession est intervenue ultérieurement, que le prix de la cession a été payé en décembre 2006 et que les cédants sont restés au service de la société jusqu'en décembre 2008 est sans incidence, selon l'arrêt.

90. — Les clauses de déclarations et de garanties dans les conventions de cession de parts (15). — Les clauses conventionnelles de déclarations et de garanties accroissent assurément les obligations des vendeurs par rapport à celles qui résultent du droit commun des obligations et des contrats. La problématique se présente dans les mêmes termes pour la cession des parts d'une S.P.R.L. que pour la cession des actions d'une société anonyme (*supra*, n° 74).

On rencontre dans les conventions de cession de droit belge une grande variété de clauses souvent inspirées de la pratique anglo-américaine ou de la pratique française (sur ces clauses, voy. D. LECLERCQ, *Les conventions de cession d'actions. Analyse juridique et conseils pratiques de rédaction*, Bruxelles, Larcier, 2009, pp. 127-150, n°s 102-122 ; D. PHILIPPE, « Warranties & representations-material adverse change. Faux amis et innovation », *D.A.O.R.*, 2011, pp. 255-274).

Ces clauses peuvent viser à organiser un mécanisme de protection de l'acheteur qui déroge au droit commun de la responsabilité civile, lequel présuppose l'établissement d'une faute, d'un dommage et d'un lien de causalité entre la faute et le dommage (à propos des distinctions entre le régime de la responsabilité civile et le régime des garanties conventionnelles en matière de cessions d'actions ou de parts, voy. D. LECLERCQ, *Les conventions de cession d'actions, op. cit.*, pp. 201-215, n°s 157-165).

À cet effet, les clauses de déclarations et de garanties peuvent notamment dispenser l'acheteur de l'obligation d'établir l'existence d'un préjudice propre. Réformant le jugement rendu par le tribunal de première instance de Liège, qui avait déclaré non

(15) Rédigé par Didier Leclercq.

fondée la demande de l'acheteur réclamant l'indemnisation « d'un préjudice qu'[il] ne prouve pas avoir subi », la cour d'appel de Liège a ainsi décidé que « par le jeu de (...) dispositions qui constituent la loi des parties et par lesquelles elles ont entendu déroger au droit commun de la responsabilité civile, le cessionnaire [n'avait] pas l'obligation d'établir l'existence d'un préjudice propre, distinct de celui subi par la société » (Liège, 17 janvier 2012, *J.L.M.B.*, 2013, p. 1488).

Dans l'espèce soumise à la Cour, la société avait fait l'objet de rectifications fiscales concernant une période antérieure à la cession des parts. La convention de cession contenait :

- des clauses inspirées de la pratique anglo-américaine, à savoir des déclarations, notamment en matière fiscale (art. 5.9), assorties d'une clause « d'indemnisation » aux termes de laquelle les vendeurs reconnaissaient être « responsables pour tout dommage causé par la violation des garanties et déclarations » (art. 6) ;
- une clause de garantie de passif tirée de la pratique française — insérée parmi les dispositions de la clause « d'indemnisation » — stipulant que « par rapport à la situation de la société au 31 décembre 2007, toute apparition d'un passif (...) non comptabilisé ou (...) non provisionné (...), trouvant son origine avant la date de signature de la présente convention, donnera lieu à indemnisation pour dommage à concurrence du paiement effectif des cessionnaires ou de la société » (art. 6.1.2) ; et
- une clause énonçant que tout montant payé par les vendeurs aux acheteurs par application de la clause « d'indemnisation » « constituera une réduction du prix d'achat » (art. 6.1.4).

Cette affaire illustre les difficultés d'interprétation auxquelles peut conduire une convention de cession dont la rédaction manque de rigueur et de cohérence. Pour faire droit à la demande d'indemnisation de l'acheteur pour les paiements effectués par la société au titre de rectifications fiscales, la Cour constate, d'une part, qu'il ressort de la combinaison des articles 6.1.2 et 6.1.4 que l'acheteur a notamment droit à une indemnisation « à concurrence du paiement effectif (...) de la société » « limité en toute hypothèse à la restitution du prix de la cession » et, d'autre part, qu'il est acquis que ces rectifications « engagent la garantie » des vendeurs puisqu'ils ont déclaré sous l'article 5.9 que la société avait toujours

respecté ses obligations en matière d'impôts, ce qui s'est avéré inexact au vu des rectifications en question.

Ce faisant, la Cour déduit d'une clause (art. 6.1.4), qui a en principe un but fiscal (sur l'objet de ce type de clause, voy. D. LECLERCQ, *Les conventions de cession d'actions*, *op. cit.*, pp. 418 et 419, n° 316), et de la formulation de la clause de garantie de passif (art. 6.1.2), que la commune intention réelle des parties était de permettre à l'acheteur de réclamer aux vendeurs une réduction de prix correspondant aux montants payés par la société au fisc, dès lors que les déclarations faites par les vendeurs étaient inexactes. Si l'on doit approuver le principe suivant lequel une convention de cession peut déroger au régime de la responsabilité civile en prévoyant que l'acheteur n'a pas à prouver un préjudice propre pour réclamer le paiement d'un montant au vendeur, force est de constater que, si telle était effectivement l'intention des parties dans le cas d'espèce, la convention aurait pu être rédigée de façon beaucoup plus précise et rigoureuse à cet égard.

91. — Les clauses de non-concurrence dans les conventions de cession de parts. — Critères de validité(16). — Le régime des clauses de non-concurrence est identique en matière de cession des actions d'une société anonyme et de cession des parts d'une S.P.R.L. (*supra*, n° 75).

Une clause de non-concurrence interdisant au vendeur d'une société d'agence immobilière d'exercer toute activité de courtage immobilier sur tout le territoire de la Belgique pendant une durée de huit ans a été annulée par le tribunal de commerce d'Hasselt au motif qu'elle violait le principe de la liberté de commerce et d'industrie et mettait en péril de façon illicite les possibilités dont disposait le vendeur de convenablement gagner sa vie (Comm. Hasselt, 30 janvier 2008, *T.R.V.*, 2011, p. 313).

Dans une autre affaire portant également sur la vente des parts d'une société active dans le secteur du courtage immobilier, la convention de cession contenait une clause de non-concurrence d'une durée de dix ans non limitée dans l'espace. Saisi par l'acheteur d'une demande en dommages et intérêts pour violation de la clause de non-concurrence, le tribunal arbitral annule celle-ci et rejette par conséquent la demande de l'acheteur en décidant qu'une période de dix ans excédait largement la durée nécessaire

(16) Rédigé par Didier Leclercq.



pour constituer et fidéliser la clientèle de la société (Sent. arb., 1^{er} septembre 2007, *T.R.V.*, 2011, p. 315 et la note B. BELLEN).

92. — Faillite de la société après la cession des parts. — N'éteint pas l'obligation de payer le prix d'achat(17). — Conformément au droit commun, le transfert de la propriété des parts et des risques y afférents s'opère *solo consensu* entre les parties dès qu'il y a accord sur la chose et sur le prix (art. 1583 C. civ.) ainsi que, le cas échéant, sur les autres éléments substantiels(18) de la vente. Les parties peuvent toutefois retarder le transfert de propriété en affectant celui-ci d'un terme ou en le soumettant à la réalisation d'une ou plusieurs conditions suspensives(19).

Aucune formalité n'est donc requise pour opérer la cession entre les parties. En particulier, il n'est pas nécessaire d'inscrire la cession dans le registre des parts, car cette inscription a pour seul effet de rendre la cession opposable à la société et aux tiers (art. 250 C. soc.).

Il s'ensuit qu'en cas de déclaration de faillite de la société après la conclusion d'une convention de cession des parts de cette dernière, qui n'assortissait leur transfert d'aucun terme ni condition suspensive, l'acheteur reste tenu de payer le prix d'achat au vendeur, même si la cession n'a pas été régulièrement inscrite dans le registre des parts (Anvers, 3 décembre 2009, *T.R.V.*, 2011, p. 679 et la note D. VAN GERVEN).

La faillite de la société n'y change rien. Comme la Cour le décide à juste titre, celle-ci n'entraîne pas la résolution de la convention de cession. Elle ne fait donc pas obstacle à l'exécution de la convention ni, partant, au paiement du prix d'achat.

93. — Transmission des parts à cause de mort. — Distinction entre les droits patrimoniaux et les droits d'associé. — Absence de violation d'un droit de préemption statutaire(20). — Les héritiers ou légataires d'un associé

(17) Rédigé par Didier Leclercq.

(18) On entend par là les éléments que les parties « ont jugé *in concreto* indispensables à leur convention » (L. SIMONT, J. DE GAVRE et P.-A. FORIERS, « Examen de jurisprudence (1981 à 1991) — Les contrats spéciaux », *cette Revue*, 1995, p. 113, n° 2).

(19) Tel est le cas lorsque le « *signing* » et le « *closing* » n'ont pas lieu simultanément. Notons que dans une telle hypothèse les parties dérogent habituellement au principe de l'effet rétroactif qui s'attache à l'accomplissement des conditions suspensives (art. 1179 C. civ.). Voy. D. LECLERCQ, *Les conventions de cession d'actions. Analyse juridique et conseils pratiques de rédaction*, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 349, n° 272 et pp. 350-352, n° 274.

(20) Rédigé par Didier Leclercq.

deviennent propriétaires des parts par l'effet du décès de leur auteur (art. 724 et 1014 C. civ.). Ils ne peuvent toutefois exercer les droits d'associé attachés aux parts qu'après avoir reçu l'agrément des autres associés (art. 249 C. soc.).

Une dichotomie temporaire se produit ainsi entre, d'une part, la qualité de propriétaire des parts acquises en vertu du droit des successions et, d'autre part, la qualité d'associé qui n'est obtenue que par l'agrément prévu par le droit des sociétés (Cass., 15 mai 1970, *Pas.*, 1970, I, 810 ; M. COIPEL, « Les sociétés privées à responsabilité limitée », *tiré à part du Rép. not.*, Bruxelles, Larcier, 2008, pp. 379 et 380, n° 234).

Cette distinction classique a été rappelée par le tribunal de commerce de Termonde dans une espèce où un associé, qui bénéficiait d'un droit de préemption statutaire, poursuivait l'annulation du « transfert » des parts de son co-associé décédé à deux héritiers de ce dernier et réclamait que ces parts lui soient attribuées moyennant le paiement d'un prix.

Le tribunal déboute le demandeur en décidant qu'il ne saurait être question d'une quelconque violation du droit de préemption tant que les associés ne se sont pas prononcés sur l'agrément des deux héritiers de l'associé défunt. Une transmission des parts à cause de mort ne constitue pas un « transfert » de celles-ci, à savoir un acte de disposition — lequel ne peut par la force des choses être accompli par un défunt. Le mécanisme de préemption ne peut dès lors trouver à s'appliquer que dans l'hypothèse où l'agrément serait refusé aux héritiers, auquel cas ceux-ci peuvent exiger l'achat de leurs parts, conformément aux dispositions de l'article 252 du Code des sociétés (Comm. Termonde, 25 octobre 2012, *T. Not.*, 2013, p. 65 et la note L. WEYTS).

94. — Décès de l'associé unique(21). — En cas de décès de l'associé unique, et sauf disposition contraire des statuts, les droits d'associés afférents aux parts sociales sont exercés par les héritiers et légataires régulièrement saisis ou envoyés en possession proportionnellement à leurs droits successoraux jusqu'au partage desdites parts ou jusqu'à la délivrance des legs portant sur celles-ci (art. 237, al. 1^{er}, C. soc.), tandis que la valeur patrimoniale des parts reste en indivision. Cette disposition, qui vise exclusivement les droits d'associés, ne permet pas de considérer que les

(21) Rédigé par Laura Léonard et Roman Aydogdu.



pouvoirs de gestion seraient directement attribués aux héritiers et légataires, lorsque l'associé unique décédé était également le gérant. Dans cette hypothèse, il revient aux héritiers et légataires de nommer un nouveau gérant (M. COIPEL, « Les sociétés privées à responsabilité limitée », *tiré à part du Rép. not.*, Bruxelles, Larcier, 2008, n^{os} 7-13, p. 127). C'est dès lors de manière erronée que le juge de paix de Fontaine-l'Évêque semble s'appuyer sur l'article 237 du Code des sociétés, outre les articles 378, § 1^{er}, et 410, 12^o, du Code civil, pour autoriser le représentant légal de l'enfant mineur, seul héritier de l'associé et gérant unique, à exercer la gérance de la société (8 août 2011, *J.J.P.*, 2013, p. 423).

95. — Cession des parts sociales. — Clause d'évaluation des parts (22). — Lorsque le cessionnaire des parts sociales ou les ayants cause d'un associé prédécédé se voient — arbitrairement pour le premier — refuser l'agrément des associés déjà en place, ces derniers doivent se porter acquéreurs ou trouver acquéreur pour les parts sociales aux prix et conditions fixés dans les statuts. À défaut de disposition statutaire, et sauf accord des parties sur ce point, le prix et les modalités de rachat seront fixés par le tribunal compétent, qui s'entourera au besoin de l'avis d'un expert (art. 251, al. 3, et 252, al. 3, C. soc.).

La pratique recourt fréquemment à la possibilité de déterminer, par des dispositions statutaires, la valeur de rachat des parts sociales du cédant dont le cessionnaire a été arbitrairement refusé et des ayants cause non agréés d'un associé prédécédé. On rencontre en particulier deux types de clauses : soit que la fixation de la valeur de rachat des parts sociales soit confiée à une décision annuelle de l'assemblée générale, soit qu'elle soit déterminée par référence au bilan. La question s'est néanmoins posée de savoir si cette évaluation statutaire des parts sociales s'impose au cédant et aux ayants cause non agréés, ou s'ils peuvent la contester au motif que l'application des statuts n'aboutirait pas à un « juste prix ».

Par une décision du 4 novembre 1969, le tribunal civil de Charleroi avait substitué à la valeur des parts sociales déterminée par une décision de l'assemblée générale en vertu d'une habilitation statutaire, leur valeur « réelle » à déterminer par l'expert qu'il avait désigné, au motif que, sur la base des circonstances de l'espèce — notamment le rapport dressé par le conseil technique des ayants

(22) Rédigé par Laura Léonard et Roman Aydogdu.

cause de l'associé prédécédé et le refus de justifier les circonstances exceptionnelles auxquelles s'était référée l'assemblée générale pour la fixation du prix —, il était raisonnable de penser que la clause statutaire d'estimation n'avait pas été appliquée «de bonne foi». Cette approche a été critiquée par les professeurs Van Ryn et Van Ommeslaghe qui ont rappelé qu'en principe, la valeur de rachat des parts sociales telle que déterminée par application des statuts s'impose aux associés et à leurs ayants cause, et les tribunaux ne pourraient pas y substituer leur propre appréciation. L'intervention judiciaire n'apparaît, selon eux, justifiée que lorsque la clause d'évaluation a été appliquée de manière erronée ou dans une intention frauduleuse, circonstances non relevées par le tribunal civil de Charleroi («Examen», *cette Revue*, 1973, n° 59, p. 522).

Saisie en appel de la question, la cour d'appel de Bruxelles a tout d'abord relevé que la validité de la clause statutaire d'évaluation des parts sociales n'est pas contestée, de sorte que cette clause lie les associés et leurs ayants cause en application du principe de la convention-loi. La cour d'appel a ensuite considéré que, sur la base des circonstances relevées par le premier juge, il est vraisemblable que la clause statutaire d'estimation n'a pas été appliquée exactement et de bonne foi. Elle a dès lors désigné un expert dont la mission est non pas d'estimer la valeur réelle des parts qui se substituera à la valeur statutaire, mais bien de rechercher tous éléments de nature à permettre à la Cour d'apprécier si l'évaluation des parts sociales a été faite de bonne foi et avec exactitude (21 juin 1974, *R.P.S.*, 1974, p. 263). Cette jurisprudence, qui fait une juste application des principes rappelés par les professeurs Van Ryn et Van Ommeslaghe, doit être approuvée (en ce sens : J. RONSE et K. VAN HULLE, «Vennootschappen — Overzicht van rechtspraak (1968-1977)», *T.P.R.*, 1978, p. 890, n° 283).

La même cour d'appel de Bruxelles semble cependant s'être écartée de cette jurisprudence dans un arrêt prononcé près de trente ans plus tard (17 mars 2004, inédit). Dans cette affaire, deux associées de la S.P.R.L. Chocolaterie H., une mère et sa fille, avaient refusé, à la suite du décès de leur mari et père respectif en mars 1986, d'agréeer la fille et la seconde épouse de leur fils/frère prédécédé ainsi que la troisième fille/sœur en tant qu'associées. Les deux associées en place soutenaient que le prix de rachat des parts sociales devait être fixé sur la base de l'actif net de la société, diminué de 25 %, tel que cet actif net résulte du bilan de l'exercice précédant le décès du co-associé, comme stipulé dans les statuts.

Cette évaluation statutaire, qui fixait la valeur unitaire des parts sociales à 560 EUR, ne satisfaisait cependant pas les héritiers. Ces derniers relevaient en effet que, lors du rachat de la Chocolaterie par la société holding G. en 1988, chaque part avait été valorisée à 3.284,86 EUR. Après avoir rappelé que la clause statutaire d'évaluation doit être appliquée de bonne foi, la Cour relève qu'« il ressort des éléments de la cause que certains postes, comme les valeurs immatérielles, n'ont pas été évalués à leur juste valeur (...) ».

Un pourvoi en cassation a été introduit à l'encontre de cet arrêt. Ce pourvoi fait notamment valoir qu'en ne relevant pas que la valorisation unitaire des parts sociales à 560 EUR ne correspondrait pas à 75 % de l'actif net résultant du bilan dressé à l'issue de l'exercice social précédant le décès du co-associé, seule base légale et contractuelle qui pouvait déterminer la valeur des parts sociales, l'arrêt de la cour d'appel de Bruxelles méconnaît la force obligatoire que l'article 1134 du Code civil reconnaît entre parties aux statuts de la Chocolaterie.

Par un arrêt du 27 juin 2008, la Cour de cassation a refusé de censurer l'arrêt de la cour d'appel de Bruxelles, considérant que « la valeur de rachat des parts sociales doit être déterminée de bonne foi et que, en déduisant d'une appréciation qui gît en fait, que tel ne serait pas le cas si l'on se référait au bilan où "certains postes (...) n'ont pas été évalués à leur juste valeur", l'arrêt ne méconnaît pas la force obligatoire que, dans l'interprétation qu'il en donne, les clauses statutaires susdites ont légalement entre parties » (*Pas.*, 2008, p. 1710 ; *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, p. 583).

96. — Les cessions de parts non entièrement libérées(23). — Le Code des sociétés ne traite pas des cessions de parts non entièrement libérées d'une S.P.R.L. En d'autres termes, il n'existe pas, pour cette forme de société, de dispositions analogues aux articles 506 et 507 (*supra*, n° 78). En l'absence de dispositions légales régissant la matière, la question de savoir dans quelle mesure le cédant peut être tenu des appels de libération du capital fait l'objet de controverses en doctrine et en jurisprudence (pour une synthèse de ces controverses, voy. M. COIPEL, « Les sociétés privées à responsabilité limitée », *tiré à part du Rép. not.*, Bruxelles, Larcier, 2008, pp. 329-333, n^{os} 176-176-4).

(23) Rédigé par Didier Leclercq.

Une distinction est opérée selon que la cession a fait ou non l'objet d'une inscription dans le registre des parts.

Lorsque la cession a été inscrite dans le registre des parts, la majorité de la doctrine et de la jurisprudence considère que le cédant n'est pas tenu de répondre aux appels de fonds postérieurs à cette inscription, même en l'absence de décharge expresse par la société (M. COIPEL, « Les sociétés privées à responsabilité limitée », *op. cit.*, p. 330, n° 176-2). En d'autres termes, l'article 250 du Code des sociétés — aux termes duquel l'inscription dans le registre a pour effet de rendre la cession opposable à la société et aux tiers — conduit à déroger au droit commun de la cession de dettes suivant lequel une telle cession ne libère le cédant que s'il a été expressément déchargé par le créancier (à savoir la société) (Bruxelles, 24 avril 2009, *R.D.C.*, 2009, p. 970 et la note K. MARESCEAU; *J.D.S.C.*, 2011, p. 107 et les obs. M. COIPEL).

Certains estiment qu'en pareil cas le cédant resterait néanmoins tenu de contribuer, à concurrence du montant non libéré des parts cédées, aux dettes sociales antérieures à l'inscription de la cession dans le registre (à propos de cette thèse, voy. M. COIPEL, « Les sociétés privées à responsabilité limitée », *op. cit.*, pp. 330-331, n° 176-2). Cette thèse, fondée sur une application analogique de l'article 507 du Code des sociétés est, à juste titre, de plus en plus rejetée en doctrine et en jurisprudence. À l'appui du rejet de cette thèse, on peut invoquer le fait que le Code des sociétés opère une distinction très nette entre le régime juridique des sociétés anonymes et celui des S.P.R.L. (Gand, 29 octobre 2007, *T.R.V.*, 2008, p. 137, note; *J.D.S.C.*, 2011, p. 108 et les obs. M. COIPEL), contrairement aux anciennes L.C.S.C. qui contenaient de multiples renvois, dans le régime des S.P.R.L., aux dispositions applicables aux sociétés anonymes. Un autre argument déforce la thèse de l'analogie: le Code des sociétés ne prévoit pas, pour les S.P.R.L., de publication similaire à celle qui est imposée aux sociétés anonymes, à savoir la publication aux annexes du *Moniteur belge* d'une mention du dépôt de la liste des actionnaires qui n'ont pas encore entièrement libéré leurs actions (art. 479, al. 2, 3°, C. soc.) (en ce sens: M. COIPEL, « La cession de parts non entièrement libérées en S.P.R.L. lorsqu'elle est inscrite dans le registre des parts », obs. précitées sous Gand, 29 octobre 2007, *J.D.S.C.*, 2011, p. 112).

Lorsque la cession n'a pas été inscrite dans le registre des parts, la solution généralement admise est que la libération des

fonds peut être réclamée tant au cédant qu'au cessionnaire (Comm. Hasselt, 22 septembre 2009, *J.D.S.C.*, 2011, p. 112 et la note M. COIPEL ; *R.W.*, 2010-2011, p. 502 ; M. COIPEL, « Les sociétés privées à responsabilité limitée », *op. cit.*, p. 332, n° 176-3).

Rappelons que seule la société est créancière de la dette de libération (VAN RYN, t. I, 1^{re} éd., 1954, pp. 358 et 359, n° 534). Par conséquent, c'est à l'organe compétent de la société qu'il incombe d'exiger de la part de l'associé cédant ou du cessionnaire qu'il libère tout ou partie du solde des apports.

Les créanciers ne sont toutefois pas démunis en cas d'inaction de la société. Si la société s'abstient de procéder à un appel de fonds, les créanciers peuvent en effet rendre exigibles les versements nécessaires à la conservation de leurs droits en les faisant décréter par décision de justice (art. 199, al. 1^{er}, C. soc.). En outre, si la société néglige de réclamer à l'associé cédant ou au cessionnaire les versements devenus exigibles, les créanciers peuvent se substituer à la société en intentant l'action oblique prévue par l'article 1166 du Code civil (art. 199, al. 3, C. soc.).

97. — Rachat de parts propres. — Financement de l'acquisition de titres par un tiers(24). — L'article 329 ancien du Code des sociétés interdisait en principe aux sociétés privées à responsabilité limitée d'accorder des avances de fonds, des prêts ou des sûretés à un tiers, en vue de l'acquisition des titres de la société par ce tiers. Des exceptions étaient toutefois prévues dans certaines hypothèses. Ce régime, relativement sévère, a été largement assoupli à l'occasion de la réforme de l'autofinancement par l'arrêté royal du 8 octobre 2008, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2009, déjà envisagée ci-dessus (*supra*, n° 70 ; pour un exposé du nouveau régime, voy. not. E. POTTIER et L. CULOT, « Nouveautés dans le capital ; rachat d'actions propres, assistance financière, apport en nature », in *Le point sur le droit des sociétés*, coll. C.R.D.V.A., Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 301 et s.). Bien que les décisions prononcées en cette matière au cours de la période couverte par le présent Examen l'ont été sous le régime ancien, ces décisions conservent toute leur pertinence et méritent dès lors attention.

Par un arrêt du 2 avril 2009, la cour d'appel de Liège considère que l'article 329 du Code des sociétés vise, de manière générale,

(24) Rédigé par Laura Léonard et Roman Aydogdu.

les avances de fonds, sans qu'il y ait lieu de distinguer selon l'origine desdits fonds, qu'il s'agisse d'apports des associés ou de fonds provenant eux-mêmes d'une ouverture de crédit consentie à la société. En l'espèce, une société privée à responsabilité limitée avait emprunté des fonds auprès d'une banque en vue d'apporter, après le transfert des parts, un soutien financier à l'acquéreur de celles-ci, qui avait également contracté un crédit-pont dans l'attente du soutien financier de la société (*J.D.S.C.*, 2010, p. 197 et la note G. DE PIERPONT).

Selon le même arrêt, la prohibition légale vise toutes avances de fonds consenties dans le but de financer l'acquisition des parts, et la finalité de l'avance prime sur la chronologie des opérations. La Cour décide par conséquent qu'une avance consentie après le transfert des parts tombe sous le coup de l'interdiction dès lors qu'il peut être établi que le soutien de la société cible a, dès le départ, été conçu comme un élément de l'opération. Tel est, selon la Cour, le cas en l'espèce, ce qu'elle déduit notamment des éléments suivants: le défaut d'analyse du crédit-pont par la banque alors que ce crédit est consenti à des personnes physiques sans la moindre garantie; la longue durée de l'ouverture de ce crédit pour lequel la banque renonce, sans aucune explication, à l'indemnité de remploi habituelle en cas de remboursement anticipé du crédit; les garanties imposées à la société cible pour une ouverture de crédit du même montant, sans renonciation à l'indemnité de remploi; les contradictions que contient le dossier de crédit en ce qui concerne les buts déclarés de celui-ci (soit le besoin en fonds de roulement, d'une part, et le remboursement du crédit-pont antérieurement contracté par les acquéreurs, d'autre part).

La cour d'appel de Mons a statué dans le même sens dans un arrêt du 16 avril 2012, considérant que l'article 329 du Code des sociétés s'applique non seulement aux financements et sûretés concomitants à l'acquisition des parts, mais aussi aux financements ultérieurs, s'ils étaient prévus dès l'origine en vue de faciliter le financement de l'acquisition (*Dr. banc. fin.*, 2012, p. 336 et la note D. BRULOOT; *R.D.C.*, 2013, p. 650 et la note A.-P. ANDRÉ-DUMONT; en ce sens également: T. TILQUIN et R. PRIoux, « Management buyouts et leveraged management buyouts. Considérations de droit des sociétés et de droit fiscal », *Rev. Banque*, 1989, n° 33, p. 204; M. VERPLANCKE, « Artikel 629 W. Venn. », in *Vennootschap-srecht, artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Anvers, Kluwer, 2000, n° 8; J.-M. NELISSEN-GRADE,

« Le crédit bancaire et le droit des sociétés », in *Le crédit aux entreprises, aux collectivités publiques et aux particuliers*, Bruxelles, éd. Jeune Barreau de Bruxelles, 2002, p. 397; J.-P. BUYLE et M. DELIERNEUX, obs. sous Comm. Bruxelles, 3 avril 2001, *R.D.C.*, 2003, p. 28; Gand, 11 avril 2005, *T.R.V.*, 2008, p. 311; *contra*: Comm. Bruxelles, 3 avril 2001, *R.D.C.*, 2003, p. 21 et les obs. J.-P. BUYLE et M. DELIERNEUX). Dans l'espèce soumise à la cour d'appel de Mons, si le crédit d'investissement contracté par la société cible devait expressément servir, « par première utilisation, à rembourser le crédit » à court terme préalablement consenti, par la même banque, et pour un montant équivalent, aux acquéreurs, ce crédit d'investissement n'avait cependant pas été utilisé à cette fin. Il avait en réalité permis à la société cible de financer une distribution de dividendes dont la légalité n'était pas remise en cause, permettant ainsi aux acquéreurs des parts sociales de rembourser, au moyen des dividendes perçus, le crédit à court terme qu'ils avaient souscrit.

La Cour relève à cet égard que l'article 329 du Code ne s'oppose pas à la conclusion d'un emprunt par la société cible, en vue de financer une distribution de dividendes, dans la mesure des bénéfices distribuables. Le fait que cette distribution de dividendes a précisément permis aux acquéreurs de rembourser le crédit ayant servi à l'acquisition des parts sociales est sans incidence sur la validité de l'opération, conclut la Cour, conformément à la doctrine majoritaire. Suivant la majorité des auteurs, en effet, cette disposition légale doit s'interpréter restrictivement et seules les formes d'assistance financière qui y sont expressément visées sont interdites (voy. not. J.P. BLUMBERG et R. NIEUWDORP, « Juridische aspecten van de (leveraged) management buy-out », *R.D.C.*, 1989, p. 123; T. TILQUIN et R. PRIoux, « Management buyouts et leveraged management buyouts. Considérations de droit des sociétés et de droit fiscal », *op. cit.*, p. 204; M. VERPLANCKE, « Artikel 629 W. Venn. », *op. cit.*, n° 29; J.-M. NELISSEN-GRADE, « Le crédit bancaire et le droit des sociétés », *op. cit.*, n° 44, p. 394; Y. NERINCKX, « Les financements d'acquisition d'entreprises: descente de dettes et assistance financières », in *La banque dans la vie de l'entreprise*, Bruxelles, éd. Jeune Barreau de Bruxelles, 2005, n° 48, p. 298; comp. X. DIEUX, « L'acquisition de l'entreprise par des cadres — Actualisation des contraintes applicables à ce type d'opération, au regard du droit des sociétés commerciales », in *Legal Tracks I — Essays on contemporary corporate and finance*

law, Bruxelles, Bruylant, 2003, pp. 333 et s.). Dès lors que les prêts et avances de fonds s'entendent, de l'avis général, de toute mise à disposition temporaire de fonds par la société qui devront être remboursés par l'acquéreur (M. VERPLANCKE, « Artikel 629 W. Venn. », *op. cit.*, n° 29; K. TROCH, *Ondernemingsfinanciering bij de overname van vennootschappen. Een praktische commentaar op artikel 629 Wetboek van Vennootschappen*, Bruxelles, Larcier, 2004, n° 8, p. 15) et qu'aucune obligation de remboursement n'est générée par une distribution de dividendes, pareille opération est autorisée.

À défaut de sanction spécifique prévue par le Code des sociétés, et conformément au droit commun, toute assistance financière accordée en violation de l'article 329 du Code des sociétés peut être frappée de nullité. S'agissant d'une réglementation d'ordre public, la nullité revêt un caractère absolu et peut donc être demandée par tout intéressé. La nullité opère rétroactivement; il s'ensuit que les parties doivent être remises dans leur *pristin état*. Le juge a toutefois la faculté de modérer la restitution en application de l'adage « *in pari causa turpitudinis cessat repetitio* », soit parce qu'il considère que l'avantage ainsi reconnu à l'un des cocontractants risque de compromettre le rôle préventif de la sanction de nullité, soit parce qu'il estime que l'ordre social exige que l'un des cocontractants soit plus sévèrement frappé.

La cour d'appel de Liège a fait usage de ce pouvoir d'appréciation dans son arrêt précité du 2 avril 2009. Considérant que le professionnel du crédit doit apporter une attention particulière au respect de cette réglementation d'ordre public, la Cour rejette la demande de restitution de la banque.

98. — Engagements de souscrire à une augmentation de capital. — Stipulation au profit de la société. — Terme. — Exécution (25). — Dans un arrêt du 20 novembre 2007, la cour d'appel de Bruxelles souligne qu'un accord entre les associés d'une S.P.R.L. par lequel ceux-ci s'engagent à souscrire à une augmentation de capital s'analyse en une stipulation au profit d'un tiers, en l'occurrence la société. Celle-ci peut donc s'en prévaloir à condition — même si la Cour ne le précise pas — que les parties aient eu l'intention de lui conférer un tel droit. En l'espèce, l'engagement de souscrire à l'augmentation de capital était assorti d'un terme et la faillite ultérieure de la société, avant ce terme, avait rendu

(25) Rédigé par Matthieu Duplat.

impossible la réalisation de cette augmentation de capital. Par conséquent, le curateur n'avait plus la possibilité de demander aux actionnaires l'exécution de leur engagement (*T.R.V.*, 2010, p. 678 et la note).

99. — Statut du gérant. — Gérant statutaire. — Nomination dans l'acte constitutif(26). — Dans la société privée à responsabilité limitée, le gérant statutaire jouit d'un statut particulier, en ce que l'article 256, alinéa 2, du Code des sociétés lui reconnaît une protection spécifique en matière de révocation, fondée sur le fait que sa désignation n'est pas intervenue par une décision ordinaire de l'assemblée générale, mais dans l'acte de société lui-même (Comm. Termonde, 13 décembre 2012, *D.A.O.R.*, 2013, p. 146; *R.W.*, 2013-2014, p. 1433; *T.R.V.*, 2014, p. 415 et la note D. VAN GERVEN). Il s'ensuit qu'à défaut de disposition statutaire contraire ou de l'accord unanime des associés, le gérant statutaire ne peut être révoqué que pour des motifs graves dans les conditions requises pour la modification des statuts. Le Code des sociétés définit cependant la gérance statutaire de manière ambiguë, comme étant « les gérants, associés ou non, nommés par les associés dans l'acte de société sans limitation de durée ». Que faut-il entendre par nomination dans l'« acte de société » ?

Comme le rappelle, à juste titre, la décision précitée du tribunal de commerce de Termonde, la nomination d'un gérant dans l'acte de société n'est pas déterminante, dès lors que cet acte contient d'autres dispositions que les statuts proprement dits; il s'agit néanmoins d'une présomption importante de la volonté des fondateurs d'exclure la révocabilité *ad nutum* et d'accorder un mandat d'administration irrévocable. Selon le tribunal, en cas d'incertitude sur la qualité statutaire d'un gérant, il appartient au juge d'interpréter l'acte constitutif de la société et de rechercher si la commune intention des parties comparantes était de voir le contrat de mandat faire ou non partie intégrante de l'acte de société, sans pouvoir toutefois méconnaître les termes et le contenu de cet acte. Sur la base des circonstances de l'espèce, et notamment du fait que le gérant avait été nommé par les fondateurs directement, pour une durée indéterminée, dans la rubrique « Nominations » et non dans la rubrique « Dispositions transitoires » de l'acte constitutif, le tribunal considère que les fondateurs ont eu la volonté d'accorder au gérant un mandat d'administration irrévocable.

(26) Rédigé par Laura Léonard et Roman Aydogdu.



La décision du tribunal sur ce dernier point n'emporte pas l'adhésion. Il est admis, en effet, que le mandataire nommé dans la rubrique «Nominations» revêt, au même titre que celui nommé dans la rubrique «Dispositions transitoires», la qualité de gérant ordinaire. Le gérant statutaire, quant à lui, est nommé dans le «corps des statuts», qui constitue la seule partie normative de l'acte de société (en ce sens: B. TILLEMAN, *L'administrateur de sociétés*, Bruxelles, la Charte, 2005, n^{os} 522-523, pp. 324-325; J. RONSE et cons., «Overzicht van rechtspraak. Vennootschappen (1968-1977)», *T.P.R.*, 1978, n^o 278, p. 882). Comme le fait d'ailleurs observer l'annotateur de la décision: «[i]n de notariële praktijk zijn oprichtingsakten van vennootschappen gestandaardiseerd. De rubriek statuten maakt een vast onderdeel uit van deze akten. Wanneer nu de oprichters een zaakvoerder benoemen in een andere rubriek van de oprichtingsakte, zoals als deel van de benoemingen, dan bedoelen ze in wezen dat ze hem niet in de statuten benoemen. De notaris zal wel uitleggen wat de gevolgen hiervan zijn; dit is zijn opdracht; daarom ook wordt de akte voor notaris verleden. Bijgevolg is de benoeming in elke andere rubriek van de oprichtingsakte, er één van een gewone zaakvoerder die afzetbaar is zonder statutenwijziging».

100. — Statut du gérant. — Présomption de rémunération. — Champ d'application(27). — Le mandat de gérant peut être rémunéré ou non (art. 255 C. soc.). Selon la doctrine et la jurisprudence majoritaires, à défaut de convention contraire, le mandat de gérant est présumé être rémunéré (B. TILLEMAN, *L'administrateur de sociétés*, Bruxelles, la Charte, 2005, p. 427, notes n^{os} 13 et 14). Cette présomption ne s'applique que dans le silence des statuts. C'est dès lors à juste titre que le tribunal de commerce de Termonde refuse de faire application de cette présomption de rémunération dans une espèce où les statuts de la société prévoyaient expressément le caractère non rémunéré du mandat de gérant, à moins que l'assemblée générale n'en décide autrement. Il s'ensuit qu'en l'espèce l'assemblée générale était seule compétente pour décider si le gérant avait droit à une rémunération et, le cas échéant, quel en était le montant (30 avril 2009, *J.D.S.C.*, 2010, p. 49 et la note P. KILESTE et C. STAUDT).

Aucune décision expresse de l'assemblée générale sur la rémunération du gérant n'était, cependant, soumise au tribunal de

(27) Rédigé par Laura Léonard et Roman Aydogdu.

commerce de Termonde pour l'exercice social litigieux, mais uniquement pour les exercices antérieurs. De l'avis du tribunal, le gérant ne peut tirer aucun argument du fait que l'assemblée générale avait décidé, année après année, de lui accorder une rémunération pour les exercices précédents. Il est requis, selon le tribunal, qu'une décision soit prise périodiquement (annuellement) quant à l'octroi ou non d'une rémunération au gérant.

Le tribunal de commerce de Termonde considère par ailleurs que, sauf stipulation contraire, la rémunération du gérant ne lui est due qu'à partir du moment où il a obtenu la décharge et relève, qu'en l'espèce, la décharge avait été expressément refusée au gérant par une décision de l'assemblée générale devenue définitive. Le tribunal nous paraît cependant manquer de nuance lorsqu'il décide, pour cet autre motif, qu'aucune rémunération ne serait due au gérant (dans le même sens, voy. Ch. RESTEAU, *Traité des sociétés anonymes*, t. II, 3^e éd. par A. BENOIT-MOURY et A. GRÉGOIRE, Bruxelles, Swinnen, 1982, n^o 934, p. 180, auquel se réfère expressément la décision examinée). S'il est exact qu'en droit commun du mandat, le mandataire n'a droit à son salaire qu'après avoir rendu compte de sa gestion, et s'il n'a pas commis de faute, la faute du mandataire ne dispense pas, par elle-même, le mandant de son obligation de payer la rémunération (P. WÉRY, « Le mandat », in *Rép. not.*, t. IX, Bruxelles, Larcier, 2000, n^o 171, p. 215). Elle permet seulement au mandant d'ajourner le paiement jusqu'à ce qu'il soit statué sur la responsabilité du mandataire. Si le gérant est reconnu responsable, sa créance de salaire entrera en compensation avec sa dette de dommages et intérêts à l'égard de la société (B. TILLEMAN, *L'administrateur de sociétés*, *op. cit.*, n^o 722, p. 436).

Enfin, le tribunal rappelle que si la décision de l'assemblée générale de ne pas accorder de rémunération au gérant peut faire l'objet d'une décision formelle et explicite de la part de cette assemblée, elle peut aussi ressortir implicitement de l'approbation des comptes annuels n'accordant pas de rémunération (en ce sens : B. TILLEMAN, *L'administrateur de sociétés*, *op. cit.*, n^o 706, p. 428 ; comp. en dehors de la période sous revue, Comm. Hasselt, 16 mars 2006, *R.W.*, 2006-2007, p. 1771 qui déduit la décision de l'assemblée générale sur la rémunération des deux gérants d'un plan de redressement dressé par ces gérants, également associés, dans le cadre de l'ancienne procédure de concordat judiciaire).

101. — Tantièmes. — Qualification. — Répartition en cas de résiliation anticipée du mandat de gérant(28). — La rémunération des gérants — et administrateurs — peut revêtir différentes formes; elle peut notamment consister en un montant forfaitaire, indépendant des résultats de la société, ou en un montant variable, fonction des bénéfices réalisés au cours de l'exercice social et appelé «tantième». Pour être régulière, l'allocation de tantièmes aux gérants doit se réaliser dans le respect des conditions minimales de l'article 320 du Code des sociétés, applicable aux bénéfices distribuables, ce qui rend leur qualification — rémunération ou bénéfice — délicate (sur cette difficulté, voy. Y. DERWAEL, «Les tantièmes, rémunérations ou bénéfices?», note sous Civ. Anvers, 3 janvier 2005, *Act. Fisc.*, 2005, n° 34). La cour d'appel de Gand a rappelé cette limitation légale dans un arrêt du 9 janvier 2012 (*T.R.V.*, 2012, p. 226 et la note S. COOLS).

Dans l'espèce ayant donné lieu à cet arrêt, suite à la cession de l'intégralité des parts qu'ils détenaient dans la société privée à responsabilité limitée concernée avec effet au 30 mars 2006, les cédants avaient présenté leur démission en qualité de gérant de la société, tandis qu'un nouveau gérant avait été nommé par les cessionnaires. Lors de l'assemblée générale ordinaire du 24 avril 2006, il avait été constaté que l'exercice social clôturé au 31 décembre 2005 présentait un résultat bénéficiaire et décidé d'allouer des tantièmes «au gérant». Les cédants soutenaient que cette distribution de bénéfices leur revenait, dès lors qu'ils avaient géré la société durant tout l'exercice social 2005. Réformant le jugement d'instance, la cour d'appel de Gand a fait droit à ce moyen, considérant qu'il n'y a pas de raison d'allouer une partie des bénéfices au gérant nouvellement nommé, lequel n'a pas effectué la moindre prestation au cours de l'exercice social écoulé.

Sur le fond, la solution retenue par la cour d'appel de Gand nous semble devoir être approuvée. En effet, lorsqu'un mandat de gérant donne lieu à indemnisation, cette indemnisation doit lui être payée *pro rata temporis*, en fonction de la période d'exercice effectif de son mandat (B. TILLEMANS, *L'administrateur de sociétés*, Bruxelles, la Charte, 2005, p. 433, n° 715 et les références citées en note subpaginale n° 40). Par conséquent, lorsqu'il est décidé d'allouer des tantièmes sur la base des bénéfices réalisés au cours de l'exercice social écoulé, ces tantièmes doivent être payés à ceux

(28) Rédigé par Laura Léonard et Roman Aydogdu.

qui ont réellement assumé la gestion de la société au cours de cet exercice et qui ont permis — ou, à tout le moins, facilité — la réalisation de ces résultats bénéficiaires.

Saisie du pourvoi à l'encontre de cet arrêt formé par les cessionnaires, la Cour de cassation déduit des articles 32, alinéa 2, 1^o, du Code des impôts sur les revenus 1992 et 320 du Code des sociétés que « les tantièmes, fussent-ils assimilés fiscalement à des rémunérations, doivent être considérés, en vertu du droit des sociétés, comme une indemnité variable qui est fonction des bénéfices et non comme une rémunération ». La Cour de cassation considère, ensuite, que « lors du partage des bénéfices, il appartient à l'assemblée générale de distribuer, le cas échéant, des tantièmes en respectant [l'article 320 du Code des sociétés] » et « sauf limitation de ce droit dans les statuts, de fixer les modalités de cette distribution aux administrateurs », de telle manière qu'« il est, en principe, loisible à l'assemblée générale de n'accorder cette allocation qu'aux administrateurs qui ont contribué par leurs prestations au résultat de l'exercice concerné, même si ceux-ci ne sont plus administrateurs de la société au moment de la décision de l'assemblée générale ». La Cour rejette par conséquent le pourvoi (Cass., 24 octobre 2013, *Pas.*, 2013, p. 2032).

102. — Conflits d'intérêts. — Sanctions (29). — Dans les S.P.R.L. qui sont gérées par un collège de gestion, l'article 259 du Code des sociétés soumet les membres de ce collège qui ont « directement ou indirectement, un intérêt opposé de nature patrimoniale à une décision ou à une opération soumise au collège » à une procédure particulière de transparence et d'information, similaire à celle applicable aux administrateurs de sociétés anonymes (*supra*, n^o 85).

En cas de non-respect de cette procédure particulière, « la société peut agir en nullité des décisions prises ou des opérations accomplies », « si l'autre partie à ces décisions ou opérations avait ou devait avoir connaissance de cette violation » (art. 259, § 2, C. soc.). Par un arrêt du 15 septembre 2011, le tribunal de commerce de Termonde rappelle qu'il s'agit d'une nullité relative, qui ne peut être invoquée que par la société elle-même, les intérêts de cette dernière étant les seuls protégés par la règle transgressée (*R.W.*, 2012-2013, p. 589).

(29) Rédigé par Laura Léonard et Roman Aydogdu.

Dans une application stricte, toute violation de la procédure prévue par l'article 259 est susceptible d'entraîner la nullité de la décision prise ou de l'opération accomplie, même s'il n'en résulte aucun dommage pour la société. Une certaine doctrine défend néanmoins une application raisonnable des dispositions relatives aux conflits d'intérêts, en ce sens que seules les violations substantielles seraient sanctionnées par la nullité (E. WYMEERSCH, *De belangenconflicten-regeling in de vennootschappen*, Anvers, Maklu, 1996, pp. 78-79, n° 71 ; D. WILLERMAIN, « Le fonctionnement des organes et la représentation des sociétés », in *Droit des affaires et sociétés*, Limal, Anthémis, 2013, n° 16, p. 141). Sont substantielles, de l'avis de ces auteurs, les violations qui ont eu une incidence sur la décision prise ou l'opération accomplie, c'est-à-dire les violations de prescriptions dont le respect aurait mené au rejet de l'opération ou de la décision ou l'accomplissement de celle-ci à des conditions très différentes.

Le tribunal de commerce de Termonde s'est rallié à cette doctrine dans sa décision précitée du 15 septembre 2011. Dans une espèce où la société créditée était gérée par deux ex-époux, le tribunal a en effet rejeté l'action en nullité introduite à l'encontre du prêt sans intérêt consenti par la nouvelle compagne de l'un des gérants, par la société créditée représentée par l'autre gérant, ex-épouse du premier. Le tribunal relève, en l'espèce, que l'opération litigieuse a été conclue à des conditions très avantageuses pour la société créditée — s'agissant d'un prêt sans intérêt consenti à un moment où celle-ci se trouvait dans une situation financière précaire qui justifiait le recours à des sources de financement externes —, de sorte que la société n'est nullement lésée par cette opération.

En revanche, il ne paraît pas exact d'affirmer, comme l'a fait le tribunal de commerce de Termonde, que l'opération litigieuse constitue en outre une opération habituelle conclue dans les conditions normales du marché au sens de l'article 259, § 3, alinéa 2, du Code des sociétés, de sorte que la réglementation des conflits d'intérêts ne trouverait même pas à s'appliquer. Un prêt sans intérêt ne rencontre pas, à tout le moins, les conditions normales du marché pour des opérations de même nature. Il n'est pas fréquent cependant que, comme dans l'espèce soumise au tribunal, la société stigmatise un conflit d'intérêts dans le chef de l'un de ses gérants, alors que l'opération a été conclue à des conditions tout à fait favorables pour elle.

À défaut d'un collège de gestion, l'article 260 du Code impose au gérant placé dans une situation d'opposition d'intérêts d'en référer aux associés. Ceux-ci décideront de l'opportunité d'adopter la décision ou d'accomplir l'opération envisagée et désigneront un mandataire *ad hoc* aux fins d'agir pour le compte de la société.

Dans le cadre de cet article 260, cependant, le Code des sociétés ne prévoit pas une exception identique à celle stipulée par l'article 259, § 3, alinéa 2, « lorsque les décisions du collège de gestion concernent des opérations habituelles conclues dans des conditions et sous les garanties normales du marché pour des opérations de même nature ». Nonobstant cette lacune de texte (M. COIPEL, « Les sociétés privées à responsabilité limitée », *tiré à part du Rép. not.*, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 463, n° 288), le tribunal de commerce de Turnhout a fait une application analogique de cette disposition dans une espèce où la société était administrée par un gérant unique. La vente et la location de camions par et à une société de transport relèvent, selon le tribunal, des opérations habituelles conclues par une telle société, faisant exception à la réglementation sur les conflits d'intérêts (24 octobre 2011, *R.A.B.G.*, 2012, p. 599).

SECTION II. — SOCIÉTÉS COOPÉRATIVES

103. — Qualité et responsabilité des associés d'une société coopérative à responsabilité illimitée(30). — Les sociétés coopératives peuvent se constituer en tant que société à responsabilité limitée ou à responsabilité illimitée. Lorsqu'il est opté pour la responsabilité illimitée, les coopérateurs sont alors personnellement et solidairement tenus des dettes de la société (art. 352, al. 2, C. soc.). Afin de s'assurer que les nouveaux associés ont bien conscience de l'étendue de leurs obligations, il est exigé que, sur les documents servant à l'inscription dans le registre des parts, la signature du nouveau coopérateur soit précédée de la mention manuscrite « bon pour un engagement illimité et solidaire » (art. 357, § 3, al. 2, C. soc.). À défaut, la responsabilité du signataire ne serait pas engagée et, pour certains, sa qualité d'associé serait même affectée (pour un exposé des thèses en présence, voy. Th. DELAHAYE, *La société coopérative à responsabilité illi-*

(30) Rédigé par Laura Léonard et Roman Aydogdu.

mitée en droit commercial belge, Bruxelles, Bruylant, 1994, n° 332, pp. 226-227).

Selon la Cour de cassation, il ressort de l'article 357 du Code des sociétés et de ses travaux préparatoires que la mention « bon pour... » n'est exigée que pour l'inscription dans le registre des nouveaux associés et que son absence ne peut affecter la validité des engagements pris par les fondateurs dans l'acte constitutif d'une telle société. Admettre le contraire reviendrait, selon la Cour de cassation, à ajouter une condition de forme non prévue par l'article 355 du même Code, qui énumère les mentions obligatoires de l'acte constitutif et qui ne fait aucune référence à la mention du « bon pour... » (Cass., 18 novembre 2010, *Pas.*, 2010, p. 2975; *J.L.M.B.*, 2012, p. 886; *T.R.V.*, 2011, p. 517 et la note favorable D. VAN GERVEN). La solution retenue par la Cour de cassation doit être approuvée. Depuis la loi du 20 juillet 1991, en effet, les statuts doivent préciser si la responsabilité des associés est limitée ou illimitée (art. 352, al. 1^{er}, C. soc.). Comme le fait observer l'annotateur de l'arrêt, on peut légitimement supposer que les fondateurs ont pris connaissance de l'acte constitutif avant d'y apposer leur signature, de telle manière qu'ils sont parfaitement conscients de l'ampleur de leurs engagements, sans qu'une formalité supplémentaire soit requise.

La responsabilité solidaire et personnelle à laquelle sont tenus les associés d'une société coopérative à responsabilité illimitée à l'égard des dettes sociales s'applique au profit des tiers créanciers de la société uniquement, et non au profit de la société elle-même. Il s'ensuit que le curateur, agissant aux droits de la société faillie, ne peut assigner les associés en paiement des dettes de celle-ci. 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 (« Examen », *cette Revue*, 2008, n° 25, p. 460). Faisant application de ces principes, la cour d'appel de Bruxelles a déclaré irrecevable l'action introduite par le curateur, au motif que les recours contre les associés sont des recours individuels des créanciers, régis par l'article 1203 du Code civil, et nullement des droits collectifs faisant partie de la masse dont la gestion est confiée au curateur (18 novembre 2010, *T.R.V.*, 2013, p. 712 et la note D. VAN GERVEN).

Saisie d'un pourvoi formé par le curateur à la faillite de la société coopérative à responsabilité illimitée, la Cour de cassa-



tion a censuré l'arrêt de la cour d'appel de Bruxelles. Selon la Cour de cassation, la nécessité d'un règlement efficace de la faillite et l'égalité de traitement des créanciers permettent de justifier que le curateur puisse agir contre un tiers qui doit répondre des dettes du failli lorsque cette obligation existe à l'égard de tous les créanciers, et même si ce droit d'agir n'appartient pas au failli (Cass., 6 décembre 2012, *Pas.*, 2012, p. 2436, concl. J. M. GENICOT; *J.L.M.B.*, 2013, p. 280; *R.W.*, 2013-2014, p. 1425; *T.R.V.*, 2013, p. 710 et la note D. VAN GERVEN). La Cour de cassation s'est prononcée de manière identique relativement aux associés en nom collectif (Cass., 7 novembre 2013, *Pas.*, 2013, p. 2186; *D.A.O.R.*, 2014, p. 226 et *T.R.V.*, 2014, p. 43; Cass., 19 décembre 2008, *Pas.*, 2008, p. 3035; *R.P.S.*, 2008, p. 491 et la note V. SIMONART; *cette Revue*, 2013 et la note D. VAN GERVEN; *supra*, n^{os} 16, 65 et 89).

Avant d'entendre prononcer la condamnation des coopérateurs à responsabilité illimitée au paiement des dettes sociales, les créanciers doivent obtenir la condamnation de la société (VAN RYN, t. I, 1^{re} éd., 1954, n^o 309, pp. 214-215; Ch. RESTEAU, *Traité des sociétés coopératives*, Bruxelles, Larcier, 1926, n^o 379, pp. 325-326; *contra*: J. T'KINT et M. GODIN, *Les sociétés coopératives*, Bruxelles, Larcier, 1968, n^o 331, p. 116), fût-ce par une même décision judiciaire (en matière de sociétés en nom collectif: Cass., 6 octobre 2011, *Pas.*, 2011, I, p. 2142; *supra*, n^o 63). L'étendue du titre exécutoire sur la base duquel le receveur des contributions est autorisé à poursuivre le paiement des dettes fiscales d'une société coopérative à responsabilité illimitée à charge de ses associés a cependant fait l'objet d'une controverse jurisprudentielle.

Réformant une décision du juge des saisies qui avait validé deux saisies-arrêts pratiquées par le receveur à charge d'un des associés à responsabilité illimitée sur la base du rôle établi au nom de la société, la cour d'appel de Bruxelles rappelle qu'«en principe, le rôle qui a été rendu exécutoire à charge d'un contribuable déterminé ne confère pas au receveur le droit de poursuivre, sans autre titre, le recouvrement du même impôt sur les biens d'un tiers, mais seulement à charge du contribuable au nom duquel le rôle est libellé». Selon la cour d'appel, le fait qu'il existe des dispositions spéciales, dérogoires au droit commun, qui instituent des exceptions à ce principe, ne fait que le confirmer. La cour d'appel relève cependant qu'«aucune disposition du Code des impôts sur les revenus 1992 ne prévoit la possibilité de recouvrer l'impôt des sociétés sur la base d'un rôle exécutoire établi au nom de la société coopérative

contribuable, à charge d'un tiers personne physique, en l'espèce un débiteur solidaire en vertu du droit des sociétés». La cour d'appel fait dès lors droit à la demande de mainlevée des saisies-arrêts, et va même jusqu'à allouer une indemnité de 650 EUR à titre de réparation du dommage moral subi par le coopérateur à la suite des saisies pratiquées à sa charge de manière téméraire et vexatoire (5 octobre 2005, R.G. n° 03/AR/2790, www.fiscalnet.be). Sur la base de cette jurisprudence, le receveur qui entend poursuivre le recouvrement de l'impôt enrôlé au nom d'une société coopérative à responsabilité illimitée à charge de ses associés, doit donc solliciter un titre exécutoire par la voie judiciaire.

La Cour de cassation a censuré cet arrêt de la cour d'appel de Bruxelles, par un arrêt du 14 juin 2007. Par des motifs très succincts, notre Cour suprême a considéré qu'«étant tenus personnellement de payer l'impôt établi au nom de la société coopérative à responsabilité illimitée, ses associés sont redevables de l'impôt, de sorte que l'administration peut exercer à leur charge les droits que la loi lui confère en vue de recouvrer l'impôt» (Cass., 14 juin 2007, *Pas.*, 2007, p. 1221 et les conclusions du ministère public; *R.P.S.*, 2010, p. 244 (sommaire) et la note B. GRIBOMONT). La Cour consacre ainsi le pouvoir du receveur des contributions directes de poursuivre, sur la base du rôle établi au nom d'une société coopérative à responsabilité illimitée, le recouvrement de l'impôt sur le patrimoine de ses associés. Elle a confirmé cette jurisprudence dans l'arrêt déjà cité du 18 novembre 2010, aux termes de motifs exactement identiques.

À la lecture des conclusions conformes de l'avocat général Henkes précédant l'arrêt du 14 juin 2007, il semble que la motivation de la Cour soit principalement fondée sur l'actualité législative issue de la loi-programme du 27 avril 2007 (31), modifiant comme suit le second paragraphe de l'article 393 du Code des impôts sur les revenus 1992: «Le rôle est exécutoire contre les personnes qui n'y sont pas reprises dans la mesure où elles sont tenues au paiement de la dette fiscale sur la base du droit commun ou sur la base des dispositions du présent Code». De l'avis des annotateurs respectifs de cet arrêt et de l'arrêt subséquent du 18 novembre 2010 (J.-P. BOURS, «L'extension aux tiers des titres exécutoires», note sous Cass., 18 novembre 2010, *R.G.C.F.*, 2011,

(31) En effet, dans ses conclusions, l'avocat général Henkes écrit: «Ensuite et surtout, il convient de se pencher sur l'actualité législative et sur les conséquences que le législateur a estimé devoir donner à la jurisprudence de la Cour».

p. 222; M. DAUBE, « De la possibilité, dans le chef du receveur des contributions directes, de recouvrer l'impôt enrôlé au nom d'une société coopérative à responsabilité illimitée sur le patrimoine d'un associé », *R.G.C.F.*, 2009, p. 37), cette modification législative, qui est entrée en vigueur le 18 mai 2007, n'était pas applicable *ratione temporis* lorsque le receveur a mis en œuvre la procédure de recouvrement à charge des associés de la société coopérative à responsabilité illimitée redevable. La motivation de la Cour de cassation est, partant, incompréhensible pour ces auteurs.

L'article 393, § 2, nouveau du Code des impôts sur les revenus 1992 fait par ailleurs l'objet d'une critique sévère de la part du Conseil d'État (*Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2006-2007, n° 3058/001, pp. 150 et s.) et de la doctrine (J.-P. BOURS, « L'extension aux tiers des titres exécutoires », *op. cit.*, p. 222), J.-P. Bours ayant même été jusqu'à qualifier cette disposition de « véritable nœud gordien de discriminations ».

Aux termes d'une décision du 15 décembre 2011, la chambre fiscale du tribunal de première instance de Liège s'est précisément interrogée sur la constitutionnalité du nouvel article 393, § 2, du Code des impôts sur les revenus 1992 et de la jurisprudence précitée de la Cour de cassation, et a soumis la question à la Cour constitutionnelle (*R.G.C.F.*, 2012/6, p. 454). Était contestée, dans cette affaire, une cotisation spéciale sur commissions secrètes enrôlée au nom d'une société coopérative à responsabilité illimitée dont le recouvrement était, sur la base de ce rôle, poursuivi à charge de ses associés. La Cour constitutionnelle a conclu au défaut d'utilité de la question préjudicielle, après avoir relevé que la contestation relative à la cotisation spéciale, dont était saisi le juge *a quo*, concerne l'application d'une loi d'impôt, tandis que l'article 393, § 2, du Code des impôts sur les revenus 1992 porte sur le recouvrement de l'impôt qui, ne s'agissant pas d'une contestation relative à l'application d'une loi d'impôt, ne relève pas de la compétence du juge *a quo* fondée sur l'article 569, alinéa 1^{er}, 32^o, du Code judiciaire (32) (20 décembre 2012, *M.B.*, 11 février 2013, p. 7760; *T.R.F.*, 2013, p. 776).

(32) Par un arrêt du 1^{er} décembre 2005, en effet, la Cour de cassation a jugé que les contestations relatives au recouvrement de l'impôt ne sont pas des contestations relatives à l'application d'une loi d'impôt au sens de la disposition précitée. C'est le juge des saisies qui est compétent, en vertu des articles 1395, alinéa 1^{er}, et 1498 du Code judiciaire, pour les demandes concernant les voies d'exécution sur les biens du débiteur (Cass., 1^{er} décembre 2005, *Pas.*, 2005, p. 2394; *Arr. Cass.*, 2005, p. 2403; *F.J.F.*, 2007, p. 496).

On ne peut dès lors que regretter que la cour d'appel d'Anvers, saisie sur appel d'une décision du juge des saisies, ait fait une application stricte de l'article 393, § 2, du Code des impôts sur les revenus 1992 et de la jurisprudence de la Cour de cassation, sans soumettre la constitutionnalité de ceux-ci à la Cour constitutionnelle (26 juin 2012, *F.J.F.*, 2013, p. 442; *T.R.F.*, 2013, p. 170 et la note D. BRUNEEL; *Fiscologue*, 2014, p. 10).

104. — Capital minimum(33). — Le montant minimum de la part fixe du capital des sociétés coopératives à responsabilité limitée a été porté de 100.000 à 750.000 anciens francs (soit à 18.550 EUR) par la loi du 20 juillet 1991. Selon le droit transitoire applicable à ce nouveau régime, les statuts des sociétés coopératives existantes devaient être adaptés au plus tard le 1^{er} novembre 1993; à défaut, les clauses statutaires contraires à la loi nouvelle étaient réputées non écrites et ses dispositions impératives s'appliquaient de plein droit (art. 168 de la loi).

La question de savoir qui des associés ou des dirigeants devaient être tenus responsables, faute d'adaptation du capital fixe de la société aux nouvelles exigences légales, a été maintes fois soumise à la jurisprudence des cours et tribunaux, qui faisait preuve d'une hésitation certaine quant à la réponse à y apporter (« Examen », *cette Revue*, 2008, n° 22, pp. 452 et s.; et les nombreuses décisions inédites citées par M.-A. DELVAUX, « Les sociétés coopératives qui n'ont pas adapté leur capital aux nouvelles exigences de la loi du 20 juillet 1991 : quelles protections pour les tiers ? », *R.D.C.*, 1998, pp. 588 et s., spéc. note subpaginale n° 51).

À propos de cette délicate question, la Cour de cassation a considéré qu'il ne résulte pas de la loi du 20 juillet 1991 que le défaut d'adaptation des statuts d'une société coopérative à responsabilité limitée existante au montant minimum de la part fixe du capital social requis pour une telle société depuis la loi du 20 juillet 1991 entraîne la perte du bénéfice de la responsabilité limitée (18 mai 2009, *Pas.*, 2009, p. 1222; *R.P.S.*, 2009, p. 301).

C'est donc vers la responsabilité des dirigeants qu'il faut se tourner, le défaut d'adaptation du capital social pouvant assurément entrer en compte dans l'appréciation d'une faute grave et caractérisée pour l'action en comblement de passif social de l'article 409 du Code des sociétés (Liège, 28 mai 2009, *R.P.S.*,

(33) Rédigé par Laura Léonard et Roman Aydogdu.

2010, p. 421 et obs.; *supra*, n^{os} 48, 53, 54 et 59; Liège, 21 mai 2010, *J.L.M.B.*, 2011, p. 180; *J.D.S.C.*, 2011, p. 183 et la note M.-A. DELVAUX; *supra*, n^{os} 54 et 59).

105. — Les cessions de parts non entièrement libérées(34). — La problématique de la cession de parts non entièrement libérées d'une société coopérative à responsabilité limitée se pose dans les mêmes termes que pour les parts d'une S.P.R.L. (*supra*, n^o 96).

Deux décisions apportent une réponse différente à la question de savoir si le cédant de parts non entièrement libérées peut rendre la cession opposable à la société malgré l'absence d'inscription dans le registre des parts (prévue par l'article 365 du Code des sociétés).

Dans les deux espèces, une cession de parts non entièrement libérées d'une société coopérative à responsabilité limitée n'avait pas fait l'objet d'une inscription dans le registre et le curateur poursuivait la libération des fonds à l'encontre du cédant.

La cour d'appel de Liège confirme la décision du premier juge qui avait condamné le cédant à libérer les fonds, au motif que « puisque le Code des sociétés organise un formalisme spécifique, soit l'inscription dans le registre des parts, le cédant ne peut suppléer à son absence en invoquant que la preuve de la cession doit être admise par toute voie de droit » (Liège, 29 octobre 2009, *R.P.S.*, 2010, p. 431; *J.D.S.C.*, 2011, p. 115 et obs. M. COIPEL).

Réformant le jugement de première instance qui avait condamné le cédant à libérer les fonds, la cour d'appel de Bruxelles décide au contraire que l'absence d'inscription de la cession dans le registre des parts ne fait pas obstacle à ce que celle-ci puisse être opposable à la société lorsqu'il est établi que la société en avait connaissance. Or, cet élément n'était pas contesté par le curateur. Ce faisant, la Cour se rallie à la thèse minoritaire défendue en matière de S.P.R.L., suivant laquelle la connaissance de la cession par la société peut être assimilée à une inscription dans le registre (M. COIPEL, obs. sous Bruxelles, 3 juillet 2009, *J.D.S.C.*, 2011, p. 118). Par ailleurs, la Cour rejette la thèse de l'application par analogie de l'article 507 du Code des sociétés soutenue à titre subsidiaire par le curateur, au motif que le Code des sociétés contient des règles distinctes pour chaque forme de société et qu'il

(34) Rédigé par Didier Leclercq.

n'est prévu nulle part que les règles régissant une forme de société s'appliquent de manière analogique aux autres formes de sociétés (Bruxelles, 3 juillet 2009, *R.A.B.G.*, 2010, p. 483 ; *J.D.S.C.*, 2011, p. 117 et obs. M. COIPEL).

106. — Démission d'un associé(35). — Les associés d'une société coopérative ont le droit de démissionner, sauf disposition contraire des statuts. Ils ne peuvent cependant donner leur démission que dans les six premiers mois de l'année sociale (art. 367 C. soc.). Les statuts ne peuvent déroger à cette limitation du droit de démissionner dans le temps, que dans un sens encore plus restrictif (Cass., 9 juin 1938, *Pas.*, 1938, I, p. 212). Il est admis que si la démission est donnée dans les six derniers mois de l'année sociale, ses effets sont reportés à l'année sociale suivante (J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, t. II, Bruxelles, Bruylant, 1957, n° 1000, p. 77). Par un arrêt du 5 mai 2009, la cour d'appel de Bruxelles décide dès lors à juste titre, après avoir relevé que le coopérateur a manifesté sa volonté de démissionner à la fin de l'exercice social, que cette démission ne peut sortir ses effets qu'à compter du premier jour de l'année sociale suivante. Ce coopérateur doit donc payer la cotisation annuelle correspondant à la période pendant laquelle il était encore associé et ce, nonobstant le fait qu'il avait déjà manifesté sa volonté de se retirer (*R.A.B.G.*, 2010, p. 179 ; *R.D.C.*, 2010, p. 364).

107. — Exclusion d'un associé(36). — Tout associé de société coopérative peut être exclu pour justes motifs ou pour toute autre cause indiquée dans les statuts (art. 370, § 1^{er}, al. 1^{er}, C. soc.). Les statuts peuvent ainsi contenir une énumération limitative des causes pour lesquelles un associé peut être exclu. Il est traditionnellement admis que cette disposition n'empêche pas que les statuts renvoient au règlement d'ordre intérieur pour la détermination des causes d'exclusion (Ch. RESTEAU, *Traité des sociétés coopératives*, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 1936, n° 182, p. 188 ; J. T'KINT et M. GODIN, *Les sociétés coopératives*, Bruxelles, Larcier, 1968, n° 359, p. 126). Le tribunal de commerce de Bruxelles, dans son jugement du 17 décembre 2007, nous paraît dès lors manquer de nuance lorsqu'il annule la décision d'exclusion d'un coopérateur fondée sur une cause mentionnée dans le règlement d'ordre intérieur, considérant que ce règlement ne peut créer aucune norme

(35) Rédigé par Laura Léonard et Roman Aydogdu.

(36) Rédigé par Laura Léonard et Roman Aydogdu.

sociale essentielle, ni contenir des dispositions que la loi ou les statuts réservent aux statuts eux-mêmes (*J.L.M.B.*, 2009, p. 326 et la note approbative (à tort) P. KILESTE et C. STAUDT).

À côté des éventuelles causes d'exclusion statutaires, les associés pourront toujours être exclus pour de justes motifs. Par justes motifs, il faut entendre une violation de la loi ou des statuts ainsi que tout fait à ce point grave que le maintien de la personne concernée en tant qu'associé est raisonnablement impensable. L'intérêt social occupe une place centrale dans l'appréciation des justes motifs. Il doit dès lors être question d'un comportement affectant sérieusement les intérêts de la société; des querelles internes ne suffisent pas (Comm. Termonde, 24 juin 2010, *T.R.V.*, 2011, p. 522 et la note D. VAN GERVEN; *supra*, n° 42). Durant la période sous revue, a ainsi été considéré comme un juste motif d'exclusion le manquement grave commis par une partie à ses obligations — notamment de non-concurrence — contenues dans un accord de coopération conclu avec la société coopérative, dont elle était également l'associé, dès lors qu'il ressort des statuts de la société et de cet accord de coopération que ce dernier était inextricablement lié à l'acquisition de la qualité d'associé par cette partie (Gand, 10 novembre 2008, *T.R.V.*, 2013, p. 527 et la note B. SAMYN).

L'assemblée générale est en principe compétente pour prononcer l'exclusion d'un coopérateur, à moins que les statuts aient attribué ce pouvoir à un autre organe (art. 370, § 1^{er}, al. 2, C. soc.). L'arrêt précité de la cour d'appel de Gand énonce qu'une telle délégation de pouvoir n'est pas exclusive de la compétence d'exclusion de l'assemblée générale. La Cour refuse dès lors de censurer la décision d'exclusion prise par cette assemblée, nonobstant la clause statutaire qui stipule que: «*een vennoot kan uitgesloten worden door de zaakvoerder*». La Cour fonde ce refus sur un double motif: d'une part, la formulation de la clause statutaire de délégation qui n'a, selon la Cour, pour effet que d'offrir au gérant la possibilité de prononcer l'exclusion et, d'autre part, la compétence résiduaire de principe de l'assemblée générale dans les sociétés coopératives (Gand, 10 novembre 2008, précité). Cet arrêt ne convainc pas entièrement. À considérer que la clause statutaire de délégation se voulait non exclusive de compétence, et même s'il est exact que, dans les sociétés coopératives, et contrairement aux sociétés anonymes ou aux sociétés privées à responsabilité limitée (*supra*, n° 23), la compétence résiduaire revient à l'assemblée

générale, cette compétence résiduaire ne concerne que les actes pour lesquels aucun organe n'est compétent en vertu des statuts (J. T'KINT et M. GODIN, *Les sociétés coopératives*, Bruxelles, Larcier, n° 625, p. 212; H. DU FAUX, « Les sociétés coopératives », *Rép. Not.*, t. XII, l. V, et tiré à part, Bruxelles, Larcier, 1994, n° 121, p. 109; J.-P. BOURS et O. CAPRASSE, « La société coopérative », in *Traité pratique de droit commercial*, t. IV, Diegem, Kluwer, 1998, n° 997, p. 720), *quod non* en l'espèce.

Depuis la loi du 20 juillet 1991, toute décision d'exclusion doit être motivée. Cela implique que des faits concrets doivent être invoqués au soutien de l'exclusion d'un coopérateur, lesquels doivent pouvoir être contredits et réfutés, et doivent en outre présenter une certaine gravité. Une motivation de pur style, vague et vide de sens ne suffit assurément pas (Comm. Termonde, 24 juin 2010, précité).

La décision d'exclusion est soumise au contrôle judiciaire, de la même manière que toute autre décision sociale. Elle peut être contestée soit pour non-respect des règles de forme, tenant notamment à la compétence de l'organe qui a décidé l'exclusion (Gand, 10 novembre 2008, précité), soit pour violation des règles de fond, qui requièrent la démonstration d'un juste motif d'exclusion (Gand, 10 novembre 2008, précité; Comm. Termonde, 24 juin 2010, précité).

S'agissant de la sanction qui frappe une décision irrégulière d'exclusion, la doctrine considère classiquement que cette décision est entachée de nullité (Ch. RESTEAU, *Traité des sociétés coopératives*, *op. cit.*, n° 184, p. 190; J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, t. II, 1^{re} éd., Bruxelles, Bruylant, 1957, n° 1003, p. 78). Faisant application de cette doctrine classique, le tribunal de commerce de Termonde prononce la nullité de la décision d'exclusion à défaut de justes motifs, et considère que cette nullité emporte la réintégration de l'exclu dans son statut d'associé (Comm. Termonde, 24 juin 2010, précité). D'aucuns estiment en revanche que l'article 1142 du Code civil s'oppose à la réintégration et que l'irrégularité de l'exclusion doit se résoudre en dommages et intérêts (J. T'KINT et M. GODIN, *Les sociétés coopératives*, *op. cit.*, n° 380, p. 132; pour une critique de cette dernière opinion, et une sanction plus nuancée, voy. O. CAPRASSE et R. AYDOGDU, *Les conflits entre actionnaires. Prévention et résolution*, Bruxelles, Larcier, 2010, n° 134, pp. 75-76).

108. — Remboursement des parts(37). — L'exclusion et la démission impliquent une dissolution partielle de la société coopérative. Conceptuellement, la société est en liquidation à l'égard de l'associé sortant. Les parts représentatives de son apport disparaissent, ce qui emporte une diminution du capital, rendue possible par l'existence d'une part variable du capital dans les sociétés coopératives. Il s'ensuit que l'article 374 du Code des sociétés reconnaît à l'associé démissionnaire, exclu ou qui a retiré une partie de ses parts le droit à recevoir la valeur de ses parts telle qu'elle résultera du bilan de l'année sociale pendant laquelle ces faits ont eu lieu.

La portée — impérative ou supplétive — de cette disposition fait cependant débat, s'agissant en particulier de la possibilité de restreindre, voire de supprimer, le droit du coopérateur à la restitution (pour un exposé approfondi des thèses en présence, voy. O. CAPRASSE et R. AYDOGDU, *Les conflits entre actionnaires. Prévention et résolution*, Bruxelles, Larcier, 2010, n° 142, pp. 82 et s.). Citant H. Du Faux («Les sociétés coopératives», *Rép. not.*, t. XII, l. V, et tiré à part, Bruxelles, Larcier, 1994, n° 81, p. 85), la cour d'appel de Liège souligne que «la doctrine dominante attribue en principe à l'article 374 du Code des sociétés un caractère supplétif, tant en ce qui concerne la fixation de la valeur (p. ex. limitée à la valeur nominale ou à un montant même inférieur à cette valeur) que les modalités de paiement, et admet que les statuts peuvent même priver l'associé exclu de toute restitution» (18 avril 2013, R.G. 2012/RG/174, inédit à ce jour; dans le même sens: Liège, 23 mars 2000, *R.D.C.*, 2001, p. 733). Cette doctrine dominante (voy. A.-P. ANDRÉ-DUMONT, «L'exclusion d'associés dans les sociétés coopératives», in *Les conflits au sein des sociétés commerciales ou à forme commerciale*, Bruxelles, éd. Jeune Barreau de Bruxelles, 2004, n° 45, p. 227; J. T'KINT et M. GODIN, *Les sociétés coopératives*, Bruxelles, Larcier, 1968, nos 397-403, pp. 137-138; A. et K. VAN HULLE, *De cooperative vennootschap*, Anvers, Kluwer, 1996, n° 185, p. 132), suivie par la jurisprudence, peut s'autoriser de l'article 355, 2°, du Code des sociétés qui consacre la liberté de déterminer, dans les statuts, les conditions auxquelles un coopérateur peut démissionner ou être exclu. On ne peut que regretter l'insécurité résultant des travaux préparatoires de la loi du 20 juillet 1991, qui imposent qu'une telle exclu-

(37) Rédigé par Laura Léonard et Roman Aydogdu.

sion «trouve sa contrepartie dans un remboursement adéquat» (*Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 1990-1991, n° 1374/1, p. 73).

Le remboursement des associés ne peut, en tout cas, avoir pour conséquence que l'actif net de la société deviendrait inférieur à la part fixe du capital social (art. 427 C. soc.). Durant la période sous revue, la Cour de cassation a été amenée à préciser la portée de cette disposition, qui suscitait l'interrogation de la doctrine : «Faut-il décider que c'est la démission ou l'exclusion qui sont suspendues ou ces opérations doivent-elles être considérées comme réalisées, avec seulement une suspension du droit à obtenir le remboursement de la part ? » (P. VAN OMMESLAGHE, « Les sociétés coopératives, les sociétés civiles professionnelles et interprofessionnelles et les sociétés de moyens », in *Les sociétés commerciales*, Bruxelles, éd. Jeune Barreau de Bruxelles, 1985, n° 15, p. 34 ; pour un examen approfondi des réponses que la doctrine a réservées à cette question, voy. A.-P. ANDRÉ-DUMONT, « L'exclusion d'associés dans les sociétés coopératives », *op. cit.*, n°s 38 et s., pp. 221 et s.). La Cour décide que seule l'exigibilité du remboursement est suspendue, à due concurrence, lorsque la différence entre l'actif net et la part fixe du capital n'est pas suffisante pour effectuer un tel remboursement (18 novembre 2011, *J.L.M.B.*, 2012, p. 162). La démission et l'exclusion sont donc toujours possibles, quelle que soit la situation financière de la société.

109. — Conflits d'intérêts. — Absence de réglementation dans les sociétés coopératives (38). — Par un jugement du 17 janvier 2013, le tribunal de commerce de Termonde souligne que le Code des sociétés ne comporte aucune réglementation spécifique aux conflits d'intérêts dans le chef des administrateurs de sociétés coopératives (*D.A.O.R.*, 2014, p. 58 et la note O. CAPRASSE et L. LÉONARD ; *supra*, n°s 23, 41 et 42). Pour ces sociétés, il n'existe en effet aucune disposition semblable à celles des articles 523 et 259 du Code des sociétés, qui gouvernent la matière des conflits d'intérêts dans les S.A. et les S.P.R.L. (sur ces deux dispositions, voy. *supra*, respectivement n°s 85 et 102).

Selon la meilleure doctrine, cette absence de réglementation ne peut, à défaut de disposition statutaire, être palliée par une application analogique de l'article 523 du Code aux sociétés coopératives (Ph. ERNST, *Belangenconflicten in naamloze vennootschappen*, Anvers, Intersentia, 1997, p. 334, n° 364 et les nombreuses référé-

(38) Rédigé par Laura Léonard et Roman Aydogdu.

rences citées en note 1475). La cour d'appel de Bruxelles a par ailleurs estimé qu'il demeurerait hasardeux de considérer — comme d'aucuns l'ont fait (voy. J. RONSE, «Overzicht van rechtspraak (1964-1967). Vennootschappen», *T.P.R.*, 1967, n° 211, p. 740; Comm. Saint-Nicolas, 9 octobre 1962, *R.P.S.*, 1967, n° 5373, p. 172 et la note critique) — que l'article 523 du Code des sociétés serait l'expression d'un principe général de droit qui imposerait un devoir d'abstention chaque fois qu'une personne serait en présence d'intérêts contradictoires résultant de ce qu'elle traiterait de la même opération en différentes qualités (Bruxelles, 19 janvier 2001, *Dr. banc. fin.*, 2001, p. 121; réformant Comm. Bruxelles (réf.), 26 octobre 1999, *Rev. banq.*, 1999, p. 478).

CHAPITRE VII. — Dissolution, liquidation, restructuration

SECTION I. — DISSOLUTION (39)

§ 1^{er}. — *Dissolution de plein droit*

110. — Extinction de la chose (art. 39, 2°, C. soc.). — La disparition, matérielle ou juridique, de la chose exploitée par la société n'entraîne la dissolution de celle-ci que lorsqu'elle en forme l'unique objet social (Bruxelles, 22 février 1922, *R.P.S.*, 1926, p. 92, obs. P. DEMEUR). La cour d'appel de Gand le rappelle dans une affaire où, saisie d'une action en responsabilité contre le gérant d'une société en nom collectif qui lui avait fait concurrence, celui-ci opposait que la société, active dans le secteur des assurances, était dissoute depuis qu'elle avait manqué, en contrariété avec la loi du 27 mars 1995 relative à l'intermédiation en assurance et en réassurances et à la distribution d'assurances, de solliciter son inscription dans le registre des intermédiaires d'assurances. La Cour rejette la défense du gérant au motif que l'objet social statutaire n'était pas limité à la seule activité d'intermédiation et de courtage en assurances (Gand, 21 septembre 2009, *T.R.V.*, 2010, p. 418; *supra*, n^{os} 4 et 59).

111. — Perte de l'*affectio societatis*. — Dans cette même affaire, le gérant faisait également valoir que la société était dissoute par la perte de toute *affectio societatis* entre les associés.

(39) Rédigé par Roman Aydogdu.

L'argument était manifestement non fondé, dès lors que la perte de l'*affectio societatis* ne constitue pas, aux termes de l'article 39 du Code des sociétés, une cause de dissolution de plein droit.

La cour d'appel de Gand ne s'en tint cependant pas là : examinant la question, très polémique, du statut de l'*affectio societatis* en droit des sociétés (pour une synthèse de ce débat, voy. D. VAN GERVEN, « *Affectio societatis* als constitutief bestanddeel », note sous Gand, 21 septembre 2009, *T.R.V.*, 2010, p. 427), elle adopte la position défendue par de nombreux auteurs contemporains, selon lesquels elle n'est qu'une synthèse des autres éléments constitutifs du contrat de société (voy. récemment X. DIEUX, « La trahison des images », *J.T.*, 2011, n° 16, p. 191, et les nombreuses réf. citées), et en conclut que sa disparition ne peut entraîner la dissolution de la société. Cette motivation, surabondante, doit être nuancée : si la perte de l'*affectio societatis*, entendue comme la volonté de collaboration des associés, n'est certes pas une cause de dissolution de plein droit, elle se trouve cependant au fondement de la dissolution par résiliation unilatérale des sociétés de personnes à durée illimitée (art. 39, 5°, 43 et 44, C. soc.) ainsi que de la dissolution judiciaire pour mésintelligence grave (art. 45, 343, 386 et 645 C. soc.) (« Examen », *cette Revue*, 2008, p. 422, n° 9).

112. — Décès d'un associé (art. 39, 3°, C. soc.). — Si les sociétés de personnes sont en principe dissoutes par le décès d'un de leurs associés, les statuts peuvent organiser la poursuite de la société entre les associés survivants ou avec les héritiers (art. 42 C. soc.). Le tribunal de commerce de Termonde a ainsi décidé que la poursuite d'une société en nom collectif pouvait résulter de manière implicite de la clause statutaire faisant interdiction aux héritiers d'un associé décédé d'exercer leur droit de sortir de l'indivision, cette clause n'ayant de sens que si la société n'était pas dissoute en suite du décès et que les parts sociales subsistaient donc dans l'actif successoral (Comm. Termonde, 28 juin 2012, *T.R.V.*, 2013, p. 811 ; *supra*, n° 64 et *infra*, n°s 114, 117, 122 et 207).

113. — Clôture de la faillite (loi du 8 août 1997 sur les faillites, art. 73, al. 2, et 83, al. 1^{er}). — Depuis que le bénéfice de l'excusabilité a été retiré aux sociétés par la loi de réparation du 4 septembre 2002, la clôture des opérations de faillite emporte dissolution de la société faillie et clôture immédiate de sa liquidation (Gand, 10 janvier 2012, *T.F.R.*, 2012, p. 718 et la note D. BRUNEEL ; *infra*, n° 143 ; J.P. Oudenaarde, 26 mars 2009, *J.J.P.*,

2011, p. 425 ; *infra*, n° 143). M. le Président Verougstraete a défendu l'idée que cette dissolution était une exception au principe que la faillite est sans impact sur l'existence des sociétés (« De ontbinding van de rechtspersoon bij sluiting van het faillissement na een gewone vereffening », note sous Comm. Gand, 12 décembre 2005, *R.D.C.*, 2006, p. 886). La dissolution des sociétés devrait donc être interprétée strictement et appliquée aux seuls cas, certes extrêmement majoritaires, de clôture de la faillite pour défaut d'actif. Par contre, la dissolution ne se justifierait pas lorsque la faillite est, de manière exceptionnelle (pour des exemples récents, voy. Cass., 13 octobre 2011, *Pas.*, 2011, p. 2229 ; *R.D.C.*, 2012, p. 450 et Gand, 23 février 2009, *R.A.B.G.*, 2012, p. 158 ; *infra*, n°s 128 et 146), clôturée pour défaut de passif (Comm. Bruxelles, 14 octobre 2003, inédit, cité par I. VEROUGSTRAETE ; *contra* : Comm. Charleroi, 9 janvier 2007, *R.R.D.*, 2007, p. 153 ; *infra*, n° 128) ; la société pourrait ainsi reprendre ses activités, sans que son actif soit transféré aux associés. Le caractère automatique de la dissolution empêcherait en effet, de manière inutile, la reprise de l'activité après faillite dans le cadre de la société et dissuaderait ainsi la contestation des créances douteuses ou encore le refinancement de la société en cours de faillite. Cette dernière hypothèse, très rare, ne peut être exclue : dans une espèce dont avait à connaître le tribunal de commerce de Gand, un administrateur de la société faillie avait offert de reprendre le passif et un créancier étranger avait accepté de convertir sa créance pour partie en capital et pour partie en prêt subordonné (Comm. Gand, 12 décembre 2005, précité).

§ 2. — *Dissolution judiciaire*

A. — *Dissolution pour justes motifs*

114. — Sociétés concernées. — La dissolution pour justes motifs figurait initialement à l'article 1871 du Code civil, actuel article 45 du Code des sociétés. Elle constituait, pour les sociétés à terme, le pendant de la résiliation unilatérale des sociétés à durée illimitée (art. 39, 5°, et 43, C. soc.). Son application aux S.P.R.L., S.C. et S.A. fut discutée (J. LEHRER, « La dissolution des sociétés pour justes motifs », *R.P.S.*, 1962, p. 181) jusqu'à l'adoption de la loi du 5 décembre 1984 qui conférait à ces sociétés une durée illimitée, sauf disposition contraire des statuts. Cette réforme aurait logiquement dû conduire à reconnaître une faculté de résiliation unilatérale dans ces sociétés également. Inacceptable sur le plan

économique au regard de l'impératif de pérennité des entreprises, l'application des articles 39, 5^o, et 43 fut expressément exclue au profit de la dissolution pour justes motifs (art. 343, 386 et 645 C. soc.). La dissolution pour justes motifs est dès lors aujourd'hui applicable à toutes les formes de sociétés, que la demande soit fondée sur l'article 45 du Code des sociétés (Comm. Termonde, 28 juin 2012, *T.R.V.*, 2013, p. 811; *supra*, n^{os} 64 et 112, et *infra*, n^{os} 117, 122 et 207) ou sur les dispositions propres aux S.P.R.L., S.C. et S.A. (Gand, 7 février 2011, *T.R.V.*, 2012, p. 229; *infra*, n^o 117).

115. — Notion de justes motifs. — L'extension de la dissolution pour justes motifs aux S.P.R.L., S.C. et S.A. portait, dans sa genèse, les germes de son déclin: instituée comme un pis-aller pour préserver la société de la résiliation unilatérale d'un associé, la dissolution judiciaire devait, elle aussi, s'effacer devant la protection de l'entreprise. Ainsi, les justes motifs de dissolution ont-ils cessé d'être appréciés sur la base de critères subjectifs, tenant à l'intérêt des associés, pour être évalués au regard du critère objectif de l'entreprise (O. CAPRASSE et R. AYDOGDU, «La dissolution des sociétés pour justes motifs: quel avenir?», note sous Liège, 21 avril 2005, *R.P.S.*, 2005, p. 435). Les justes motifs traditionnels, comme la mésentente grave et persistante entre associés ou l'abus de droit, ne sont dès lors plus retenus en jurisprudence que s'ils ont eu des conséquences inéluctables sur la société (voy. par exemple Liège, 21 avril 2005, *R.P.S.*, 2005, p. 417) ou lorsqu'il n'est plus possible de réaliser son objet social, par exemple en raison de la cession d'actifs indispensables (Comm. Anvers, 16 septembre 2011, *T.R.V.*, 2013, p. 175 et la note J. MARIEN; *supra*, n^o 42 et *infra*, n^o 117).

116. — Subsidiarité de la dissolution. — Cette marginalisation de l'action en dissolution laissait de nombreux conflits irrésolus et a dès lors précipité l'introduction de l'exclusion et du retrait judiciaires dans les S.P.R.L. et les S.A. privées, qui peuvent être prononcés sans menacer l'entreprise (T. TILQUIN, «Exclusion, retrait, reprise et dissolution dans le projet 1005», in *Le projet de loi modifiant les lois coordonnées sur les sociétés commerciales, quels changements dans la vie des entreprises?*, numéro spécial de la *R.P.S.*, 1994, p. 74; *infra*, n^{os} 158 et s.). Si la dissolution se présente depuis lors comme une solution subsidiaire par rapport aux procédures de résolution des conflits internes, elle conserve

néanmoins tout son intérêt lorsque ces actions ne présentent pas de plus-value au regard de l'entreprise, comme dans le cas où la société ne développe plus aucune activité économique et n'a pas de personnel à son service (Prés. Comm. Termonde, 27 mars 2013, *R.W.*, 2013-2014, p. 714). Un arrêt de la cour d'appel de Mons illustre l'approche nuancée qui s'impose en la matière: saisie d'une demande en dissolution pour justes motifs d'une société qui, selon le demandeur, n'avait plus d'activités depuis 5 ans, la Cour confirme le jugement *a quo* qui avait décidé de surseoir à statuer dans l'attente de l'issue de l'action en exclusion introduite contre le demandeur en dissolution, au motif que son associé avait, par l'action en exclusion, démontré sa confiance dans la pérennité des activités de l'entreprise et sa volonté de poursuivre l'objet social (Mons, 29 juin 2011, *J.L.M.B.*, 2011, p. 1666; *infra*, n° 120).

117. — Titulaires de l'action. — La dissolution pour justes motifs s'est ainsi détachée de son origine contractuelle, à tout le moins dans les S.C.R.L., S.P.R.L. et S.A., pour se rapprocher d'une mesure d'assainissement économique (A. BENOÎT-MOURY, « Des justes motifs de dissolution des sociétés commerciales de l'article 1871 du Code civil à l'article 102 des lois coordonnées sur les sociétés commerciales », in *Liber amicorum Jan Ronse*, Bruxelles, Story-Scientia, 1986, p. 157; R. LINDEMANS, « Kan een schuldeiser een beroep doen op de vordering tot gerechtelijke ontbinding om wettige redenen wanneer een dagvaarding in faillissement niet mogelijk is? », note sous Gand, 7 février 2011, *R.W.*, 2011-2012, p. 1562).

Faut-il en tirer la conclusion, logique si l'on accepte cette prémisse (T. TILQUIN, « Les conflits dans les sociétés anonymes et l'exclusion d'un associé », *R.P.S.*, 1991, p. 19; R. LINDEMANS, *op. cit.*, *loc. cit.*), que le droit d'action appartient désormais à tout tiers intéressé et plus aux seuls associés? La rédaction actuelle des articles 343, 386 et 645 du Code des sociétés le permet, à la différence de l'article 45 du Code des sociétés qui vise exclusivement les associés (Comm. Termonde, 28 juin 2012, *T.R.V.*, 2013, p. 811; *supra*, n°s 64, 112 et 114, et *infra*, n°s 122 et 207). Une solution différenciée ne serait pas inacceptable, dès lors qu'elle se fonde sur la distinction, objectivement justifiée, entre les sociétés de personnes, dont la nature contractuelle est indiscutable, et les S.C.R.L., S.P.R.L. et S.A., taillées pour les réalités de l'entreprise.

Le tribunal de commerce d'Anvers semble l'admettre, en prononçant la dissolution à la demande du titulaire d'un gage sur des actions et parts bénéficiaires d'une société anonyme (Comm. Anvers, 16 septembre 2011, *T.R.V.*, 2013, p. 175; *supra*, n^{os} 42 et 115). Conformément à la doctrine majoritaire (voy. la synthèse de J. MARIEN, « Het begin van het einde : van analogie bij nietigheid van bestuurbesluiten tot de belanghebbenden bij de gerechtelijke ontbinding », note sous Comm. Anvers, 16 septembre 2011, *T.R.V.*, 2013, p. 192), les juridictions de fond y restent cependant généralement défavorables : la cour d'appel de Gand a ainsi jugé irrecevable l'action en dissolution judiciaire d'une S.C.R.L. introduite par l'O.N.S.S., en faisant dériver la solution, par analogie, de l'article 45 du Code des sociétés (Gand, 7 février 2011, *T.R.V.*, 2012, p. 229 et la note D. VAN GERVEN; *supra*, n^o 114). La Cour de cassation a confirmé l'arrêt et sa motivation, mettant ainsi un terme (provisoire ?) au débat (Cass., 23 septembre 2013, *Pas.*, 2013, p. 1758; *T.R.V.*, 2013, p. 778).

B. — *Dissolution pour non-dépôt des comptes annuels*

118. — Régularisation. — Contesté en matière de justes motifs, le caractère d'ordre public économique de la dissolution judiciaire est évident lorsqu'elle frappe les sociétés visées à l'article 182 du Code des sociétés : le non-dépôt des comptes annuels de trois exercices sociaux successifs fait présumer l'absence d'activités de sociétés dont il convient dès lors de « purger » le monde économique (*Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 1993-1994, n^o 1086/2, pp. 395 et s.).

La dissolution n'est toutefois pas prononcée lorsqu'une régularisation est possible : si tel n'est pas le cas lorsque l'absence d'activités n'est pas seulement présumée mais établie en fait (Bruxelles, 12 septembre 2003, *J.L.M.B.*, 2005, p. 232), le juge ne peut par contre rejeter la régularisation opérée par les administrateurs faisant tierce opposition au motif que la société aurait, avant sa dissolution, déposé à l'administration de la TVA une déclaration de cessation d'activités (Bruxelles, 29 octobre 2009, *R.D.C.*, 2012, p. 34).

La régularisation doit intervenir avant qu'il soit statué sur le fond, soit qu'elle soit effectuée spontanément en cours d'instance, soit que le juge octroie un délai à cette fin. En cas de recours contre une décision de dissolution, la régularisation peut être réalisée,

jusqu'au prononcé de la décision rendue sur recours (Cass., 23 mars 2006, *T.R.V.*, 2006, p. 417 et la note M. VANMEENEN; *Pas.*, 2006, p. 680), par les gérants ou administrateurs de la société dissoute, en dépit de leur dessaisissement au profit du liquidateur (Bruxelles, 29 octobre 2009, précité).

La régularisation doit être appréciée de manière purement formelle: la dissolution ne peut donc plus être prononcée dès que la société a déposé ses comptes manquants, sans considération pour l'irrégularité, même manifeste, de ceux-ci, laquelle ouvre la voie à d'autres actions (Bruxelles, 29 octobre 2009, précité; Comm. Liège, 6 juin 2008, *J.D.S.C.*, 2011, p. 25).

C. — *Dissolution pour perte du capital*

119. — Notion de perte du capital. — Le tribunal de commerce prononce, sur le pied des articles 333, 432 et 634 du Code des sociétés, la dissolution judiciaire des sociétés dont l'actif net est réduit à un montant inférieur au seuil fixé par la loi (6.200 EUR dans les S.P.R.L. et les S.C.R.L., et 61.500 EUR dans les S.A.), sauf à accorder à la société un délai de régularisation.

L'approche du juge doit être mathématique et non économique, et il ne doit pas apprécier si la société est rentable (Comm. Liège, 25 mai 1998, *R.P.S.*, 1998, p. 458 et la note W. DERIJCKE), si elle a cessé ses paiements ou si son crédit est ébranlé (Comm. Liège, 27 janvier 1998, *R.D.C.*, 1999, p. 52 et la note B. DEBOECK) ou si elle est économiquement viable (Bruxelles, 20 janvier 2009, *T.R.V.*, 2011, p. 289; *infra*, n° 121). Ces éléments peuvent toutefois être pris en compte par le tribunal pour apprécier l'opportunité d'octroyer un délai de régularisation (Bruxelles, 20 janvier 2009, précité).

Même dans cette approche mathématique, le juge n'est pas privé de toute marge d'appréciation: ainsi la cour d'appel d'Anvers a-t-elle décidé que des avances d'associés octroyées à titre de prêt subordonné constituaient un prolongement des fonds propres de la société et qu'il n'y avait donc pas lieu de dissoudre une société dont l'actif net *sensu stricto* était pourtant négatif (Anvers, 23 avril 2012, *D.A.O.R.*, 2012, p. 322; *infra*, n° 121).

120. — Subsidiarité de la dissolution. — Au regard de ces principes, la cour d'appel de Mons ne peut qu'étonner lorsque, saisie d'une demande en dissolution pour justes motifs et pour perte du capital fondée sur l'article 333 du Code des sociétés, elle

décide de surseoir à statuer dans l'attente de l'issue de l'action en exclusion introduite contre le demandeur en dissolution, au motif qu'«en cas de naissance de conflits internes, le choix d'une procédure alternative à la dissolution judiciaire s'impose de manière naturelle lorsque le défendeur à une action en dissolution, fût-elle fondée sur l'article 333 du Code des sociétés, introduit en réplique une demande d'exclusion» (Mons, 29 juin 2011, *J.L.M.B.*, 2011, p. 1666; *supra*, n° 116).

La subsidiarité de la dissolution pour justes motifs au regard des actions en exclusion et en retrait (*infra*, n°s 158 et s.) se justifie techniquement par le fait que ces procédures visent toutes trois à résoudre l'existence de «justes motifs» qui, certes variables en termes de degré, présentent une nature identique (O. CAPRASSE et R. AYDOGDU, *Les conflits entre actionnaires*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 289, n°s 552 et s.).

La référence à la subsidiarité de la dissolution judiciaire par rapport aux procédures de résolution des conflits internes est dès lors inadéquate lorsque la dissolution se fonde sur le critère, purement arithmétique, de la perte du capital. La Cour aurait pu, de manière moins contestable à notre sens, justifier sa décision de surseoir à statuer par la circonstance qu'elle ne pouvait décider de l'éventuel octroi d'un délai de régularisation à la société, d'ailleurs sollicité par le demandeur en exclusion, que si ce dernier triomphait préalablement dans son action.

121. — Titulaires de l'action. — Le Code ouvre l'action en dissolution à tout intéressé. L'intérêt à agir en dissolution s'apprécie, par principe, au regard des articles 17 et 18 du Code judiciaire, ainsi que le rappelle la cour d'appel de Gand (Gand, 28 juin 2010, *R.D.C.*, 2012, p. 60 et la note Y. DE CORDT).

La Cour considère, sur cette base, qu'un bailleur, bien que régulièrement payé, a intérêt à agir en dissolution de son locataire qui sollicite le renouvellement de son bail commercial (contesté par ailleurs devant le juge de paix), dès lors qu'il peut raisonnablement craindre de devoir poursuivre le bail avec un locataire dont la situation patrimoniale laisse présager qu'il ne sera pas en mesure de respecter ses engagements. La Cour juge en outre qu'il n'est nullement requis, pour que l'action soit recevable, que la dissolution soit l'unique moyen pour le demandeur d'assurer la préservation de ses droits; il était donc indifférent, en l'espèce,

que le bailleur poursuive en outre une procédure portant sur le non-renouvellement du bail.

Dans une affaire où elle était saisie par un débiteur condamné en première instance qui avait exercé sa faculté de cantonnement, la cour d'appel d'Anvers a, en se référant à l'arrêt précité de la cour d'appel de Gand, jugé recevable la demande en dissolution soulevée à titre reconventionnel par le créancier intimé, au motif que celui-ci postulait, indépendamment du montant cantonné, des dépens d'appel contre l'appelant (Anvers, 23 avril 2012, *D.A.O.R.*, 2012, p. 322 ; *supra*, n° 119).

La cour d'appel de Bruxelles s'est, quant à elle, prononcée sur l'intérêt à agir d'un concurrent et a considéré, dans la ligne des travaux préparatoires (*Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1981-1982, n° 210/9, p. 67) et d'une jurisprudence bien établie (Gand, 28 juin 2010, précité ; Comm. Anvers, 26 juin 2001, *T.R.V.*, 2003, p. 609 ; Comm. Hasselt, 7 juin 1999, *R.W.*, 2002-2003, p. 429 ; Comm. Liège, 27 janvier 1998, *R.D.C.*, 1999, p. 52 et la note B. DEBOECK), que sa demande était recevable dès lors qu'il a intérêt à écarter de la vie des affaires une société qui n'en respecte pas les règles (Bruxelles, 20 janvier 2009, *T.R.V.*, 2011, p. 289 et la note R. NAUDTS ; *supra*, n° 119). La doctrine est cependant divisée sur cette question : si certains considèrent que ce serait ajouter à la loi que d'exiger du concurrent qu'il démontre l'existence d'un préjudice concret qui découlerait de la perte du capital social par la société dont il demande la dissolution (Y. DE CORDT, « Dissolution des sociétés pour pertes prononcées du capital social », note sous Gand, 28 juin 2010, *R.D.C.*, 2012, p. 61 ; R. TAS, *Winstuitkering, kapitaalvermindering en verlies in NV en BVBA*, Kalmthout, Biblo, 2003, n° 913), d'autres considèrent à l'inverse qu'il doit justifier d'un intérêt concret distinct de la seule élimination de la société en perte, sans quoi la dissolution dégènerait en une action populaire (R. NAUDTS, « De concurrent als belanghebbende », note sous Bruxelles, 20 janvier 2009, *T.R.V.*, 2011, p. 293). Ce dernier courant doctrinal met en réalité l'accent, de manière plus pertinente, sur le risque d'abus de droit dans le chef du concurrent et rejoint sous cet angle la position adoptée par les autres auteurs, qui évoquent « l'intérêt légitime [du demandeur] à obtenir une mesure nécessaire et proportionnée » (Y. DE CORDT, *op. cit.*, *loc. cit.*). Le juge est ainsi amené à appliquer à la demande introduite par un concurrent le test — désormais très répandu — de proportionnalité, qu'il pourra combiner avec son pouvoir

discrétionnaire d'octroyer un délai de régularisation (R. NAUDTS, *op. cit.*, *loc. cit.*).

La problématique de l'action populaire trouve écho dans le débat sur l'intérêt à agir du ministère public. Naguère controversée en doctrine, la recevabilité de l'action du parquet est désormais admise par la jurisprudence (Gand, 20 février 2012, *T.G.R.-T.W.V.R.*, 2012, p. 265; Anvers, 4 novembre 2010, *Limb. Rechtsl.*, 2011, p. 238; *supra*, n° 10; Comm. Termonde, 12 août 2010, *J.D.S.C.*, 2012, p. 55 et la note C. BROCAL; *supra*, n° 10), au motif que la protection du capital relève de l'ordre public économique dont le ministère public est le garant (art. 138*bis* C. jud.; voy. J. DU JARDIN, «Le ministère public dans ses fonctions non pénales», *J.T.*, 2004, pp. 729-730).

D. — *Aspects procéduraux*

122. — Compétence. — Le tribunal d'arrondissement de Liège (27 octobre 2011, *J.L.M.B.*, 2012, p. 852; *infra*, n° 207) et le tribunal de commerce de Termonde (28 juin 2012, *T.R.V.*, 2013, p. 811; *supra*, n°s 64, 112, 114 et 117, et *infra*, n° 207) confirment que l'action en dissolution ressortit au tribunal de commerce tant pour les sociétés commerciales que pour les sociétés civiles, depuis l'entrée en vigueur de la loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises qui a modifié l'article 574, 1°, du Code judiciaire.

123. — Recours. — Délai de tierce opposition. — La demande en dissolution doit être dirigée contre la société puisqu'elle met en péril l'existence même de la société en tant qu'être juridique et présente, dès lors, un caractère personnel à celle-ci (Cass., 2 février 1973, *Pas.*, 1973, I, p. 529).

La décision de dissolution est susceptible d'appel et d'opposition. Elle peut également être frappée de tierce opposition par les tiers intéressés, comme les associés ou les membres de l'organe de gestion. Le délai trentenaire de la tierce opposition (art. 1128, al. 1^{er}, C. jud.) étant tout à fait inadéquat en droit des sociétés, marqué par une accélération du temps judiciaire (arg. art. 198, § 2, C. soc.), il est ramené à 6 mois à compter de la publication de la décision de dissolution aux annexes du *Moniteur belge* par l'article 1128, alinéa 3, du Code judiciaire (Bruxelles, 8 septembre 2009, *T.R.V.*, 2011, p. 106).

124. — Recours. — Indivisibilité. — Le liquidateur judiciaire doit-il être appelé à la cause lorsqu'il est relevé appel du jugement de dissolution ? Considérant que l'exécution conjointe du premier jugement et d'un arrêt de réformation serait matériellement impossible, la cour d'appel de Liège a jugé le litige indivisible au sens de l'article 31 du Code judiciaire et décidé que le liquidateur devait donc être appelé à la cause à peine d'irrecevabilité de l'appel (Liège, 29 octobre 2009, *J.L.M.B.*, 2010, p. 420).

L'arrêt soulève la délicate question de l'interprétation de l'article 1053 du Code judiciaire qui impose, en cas de litige indivisible, de diriger l'appel contre toutes les parties dont l'intérêt est opposé à l'appelant (al. 1^{er}) et, en outre, de mettre en cause les autres parties non appelantes ni déjà intimées ou appelées (al. 2). Dans le cas similaire de l'appel contre un jugement de dissolution d'une A.S.B.L., la meilleure doctrine a considéré, s'agissant du liquidateur judiciaire, que « sa situation procédurale ne peut en faire un intimé [au sens de l'article 1053, alinéa 1^{er}], mais tout au plus un "appelé à la cause" [au sens de l'article 1053, alinéa 2] tout en soulignant que cette qualification n'est qu'approximative, car le mandataire judiciaire n'est pas assimilable à une partie satisfaisant aux conditions d'intérêt et de qualité », pour conclure que « tant les règles de procédure équitable que l'article 1053, alinéa 2, du Code judiciaire (...) ne justifient pas d'imposer à l'appelant (...) de mettre à la cause le mandataire judiciaire dans le délai de recours (...) la procédure (...) pouvant toujours être régularisée jusqu'à la clôture des débats » (J. VAN COMPERNOLLE et G. DE LEVAL, « L'appel du jugement en matière d'indivisibilité », *J.T.*, 2011, pp. 87-88). La possibilité d'appeler le liquidateur à la cause après le délai d'appel et jusqu'à la clôture des débats reposait sur une interprétation contestée de l'article 1053, alinéa 2, qui n'a pas été retenue par la Cour constitutionnelle (C. const., 16 janvier 2014, *J.T.*, 2014, p. 306, critiqué par J. VAN COMPERNOLLE et G. DE LEVAL, « L'appel du jugement en matière d'indivisibilité et l'équité de la procédure — Quand la Cour constitutionnelle souffle le chaud et le froid », *J.T.*, 2014, p. 293).

Saisie d'un pourvoi prenant pour moyen que le liquidateur n'était pas une partie à la cause en première instance mais un tiers, la Cour de cassation a, sur conclusions contraires du ministère public, cassé l'arrêt de la cour d'appel de Liège au motif que « le liquidateur désigné par le tribunal, qui n'était pas partie à l'instance devant le premier juge et qui, à la suite de sa désignation,

représente la société dissoute citée à comparaître dans le cadre d'un appel de la société, [ne doit pas] être appelé à la cause» (Cass., 2 septembre 2011, *T.R.V.*, 2012, p. 52 et la note J. DE WOLF; *Pas.*, 2011, p. 1863; *infra*, n^{os} 129 et 193).

Si cette solution diverge de celle retenue par la Cour de cassation en matière de règlement collectif de dettes (Cass., 14 mai 2009, *Pas.*, 2009, p. 172) et par les juridictions de fond en matière de faillite (Anvers, 16 novembre 2006, *R.D.C.*, 2006, p. 1062; Bruxelles, 29 juin 2006, *J.L.M.B.*, 2007, p. 1221; Mons, 15 mars 2004, *R.D.C.*, 2005, p. 272), elle est néanmoins conforme à l'article 1053 du Code judiciaire et au droit au procès équitable; elle permet en outre, en soulignant que la société est représentée en appel par le liquidateur dont la désignation est querellée, de rencontrer le souci pratique que le liquidateur participe à la procédure et éclaire le juge sur les intérêts de la société dissoute.

§ 3. — *Dissolution volontaire*

125. — Liquidation simulée. — La liquidation de société a longtemps été, jusqu'aux réformes fiscales qui ont suivi la crise financière de 2008, une méthode d'optimisation fiscale permettant de partager sous la forme d'un *boni* de liquidation des bénéfices dont la distribution à titre de dividendes aurait été imposée de manière moins favorable. L'État belge a donc tenté de mettre en cause le procédé en vue d'augmenter le niveau de ses prélèvements.

Saisie d'une affaire dans laquelle les activités (et les actifs et passifs y afférents) d'une société en liquidation avaient été reprises au sein d'une nouvelle société détenue par un actionnariat identique, qui avait pu parallèlement se partager les bénéfices réservés de la société dissoute, la Cour de cassation a rappelé, dans la droite ligne de sa jurisprudence dégagée en matière de simulation à des fins fiscales, qu'«il n'y a ni simulation prohibée à l'égard du fisc ni, partant, fraude fiscale lorsque, en vue de bénéficier d'un régime fiscal plus favorable, les parties, usant de la liberté des conventions, sans toutefois violer aucune obligation légale, établissent des actes dont elles acceptent toutes les conséquences, même si ces actes sont accomplis à seule fin de réduire la charge fiscale» et décidé que «ni les considérations que la mise en liquidation n'était pas justifiée par sa situation financière ou par un manque de collaboration entre les associés, tel qu'il eût rendu impossible

la poursuite de l'activité sociale, mais par l'intention d'éviter le précompte mobilier sur la distribution des bénéfices réservés, ni les considérations relatives aux modalités de la mise en œuvre de la liquidation et aux négligences du demandeur à cet égard, sans que l'arrêt constate un manquement de sa part à des obligations légales déterminées, ne sont de nature à justifier que la liquidation revêtait un caractère simulé» (Cass., 14 septembre 2007, *J.L.M.B.*, 2013 et les notes A. LAAOUEDJ et H. EW BANK DE WESPIN; *Pas.*, 2007, p. 1504 et les conclusions du ministère public).

L'enseignement de la Cour de cassation a été appliqué par la cour d'appel de Liège dans un arrêt du 22 février 2012, relatif à la dissolution d'une société exploitant une officine pharmaceutique qui avait cédé sa clientèle à titre gratuit (Liège, 22 février 2012, *F.J.F.*, 2013, p. 360), ainsi que par le tribunal civil de Liège dans un jugement du 31 mai 2010, rendu au sujet de la liquidation d'une société d'exercice de la profession médicale qui avait été dissoute sous la condition suspensive que ses activités puissent être poursuivies, sans solution de continuité, au sein d'une nouvelle société (Civ. Liège, 31 mai 2010, *F.J.F.*, 2011, p. 933; *infra*, n^{os} 142 et 143).

SECTION II. — LIQUIDATION (40)

§ 1^{er}. — *Personne du liquidateur*

126. — Liquidateur personne morale. — Une personne morale peut exercer un mandat de liquidateur si celui-ci rentre dans son objet social (M. LEMAL, *Manuel de la liquidation*, 2013, n^o 290, p. 211). Le tribunal de commerce d'Anvers a jugé, à cet égard, qu'une S.A. qui a pour objet social, entre autres, l'administration de société («*bedrijfsbeheer*») ne peut exercer un mandat de liquidateur, aux motifs que l'administration de société en continuité a une toute autre finalité que la liquidation de société en discontinuité, que la première ne peut comprendre implicitement la seconde et que le mandat de liquidateur devait donc être explicitement mentionné dans l'objet social (Comm. Anvers, 16 février 2010, *R.W.*, 2010, p. 552). La solution est critiquable. La S.A. peut en effet accomplir tous les actes nécessaires ou utiles à la réalisation de l'objet social (art. 522, § 1^{er}, al. 1^{er}, C. soc.), ce qui fait l'objet d'une appréciation marginale du juge (B. TILLEMANN, *Bestuur van vennootschappen*, 2005, n^o 1008, p. 633): il est ainsi admis en juris-

(40) Rédigé par Roman Aydogdu.

prudence qu'une société peut réaliser des opérations qui contribuent à son objet social même si le lien entre ces opérations et l'objet n'est qu'indirect (Bruxelles, 13 avril 1999, *R.P.S.*, 1999, p. 330). Cette extension est d'ailleurs généralement renforcée par la clause statutaire — parfaitement licite — selon laquelle la société peut accomplir toutes opérations généralement quelconques se rapportant directement ou indirectement à son objet (P. HAINAUT-HAMENDE et G. RAUCQ, « Les sociétés anonymes : constitution et fonctionnement », *tiré à part du Rép. not.*, Bruxelles, Larcier, 2005, n° 207, p. 290). En l'espèce, le tribunal aurait pu raisonnablement considérer que la liquidation constituait un prolongement implicite mais certain de l'objet social exprès de la société, considération qui aurait pu être renforcée si, ce que le jugement ne dit pas, la S.A. désignée liquidateur était actionnaire ou administrateur de la société liquidée. Il en aurait été *a fortiori* ainsi si les statuts de la S.A. comprenaient la clause statutaire habituelle d'extension de l'objet, ce que la décision publiée ne permet pas non plus de savoir.

127. — Confirmation judiciaire de la nomination du liquidateur. — Depuis la réforme de la liquidation par les lois des 2 juin 2006 et 19 mars 2012, le président du tribunal de commerce doit confirmer la nomination du liquidateur choisi par l'assemblée générale, dont il vérifie qu'il offre toutes les garanties de probité pour l'exercice de son mandat (art. 184, § 2, C. soc.). Dans un jugement du 3 avril 2009, le tribunal de commerce (alors compétent sous l'empire de la loi du 2 juin 2006) de Hasselt rappelle, dans la ligne des travaux préparatoires (*Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2005-2006, n° 51-1906/005, p. 102), que la procédure de confirmation ne confère au juge aucun pouvoir d'appréciation sur l'opportunité du choix du liquidateur (Comm. Hasselt, 3 avril 2009, *R.W.*, 2010-2011, p. 159). Le jugement, comme d'autres décisions antérieures (Bruxelles, 16 mars 2007, *T.R.V.*, 2008, p. 523 et Comm. Hasselt, 19 janvier 2007, *T.R.V.*, 2008, p. 207), considère que la probité est présumée et ne doit pas être prouvée par le liquidateur, de sorte que la nomination doit être confirmée si le juge ne dispose pas d'éléments en sens contraire. En l'espèce, le fait que le liquidateur a antérieurement pris part, en qualité d'administrateur, à la décision de refuser à un actionnaire minoritaire l'accès à différentes pièces relatives aux activités de la société, ne peut entraîner le rejet de la demande de confirmation, d'autant que les propres actionnaires de cet actionnaire minoritaire exercent des



activités concurrentes à celles de la société et que la décision n'a pas, à l'époque, été contestée en justice.

128. — Liquidateur *ad hoc*. — La clôture de la faillite emporte la dissolution de plein droit de la société faillie, avec clôture immédiate de sa liquidation (*supra*, n° 113). Les personnes qui étaient membres de l'organe de gestion au moment de la déclaration de faillite sont alors réputées, conformément à l'article 185 du Code des sociétés, liquidateurs de plein droit de la société au profit des tiers. Ceux-ci peuvent ainsi diriger contre eux, dans le cadre de la survie passive de la société (*infra*, n° 142 et s.), les actions qu'ils ont contre la société (Gand, 23 novembre 2009, *T.R.V.*, 2011, p. 681 et la note D. VAN GERVEN).

Une telle action peut notamment avoir un intérêt pour les créanciers lorsque de nouveaux actifs apparaissent postérieurement à la clôture d'une faillite déficitaire (arrêté royal du 25 mai 1999 portant exécution des articles 73 et 83 de la loi du 8 août 1997 sur les faillites, art. 2). Dans une affaire où le bénéficiaire d'une police d'assurance venue à échéance après la clôture de la faillite avait été déposé à la Caisse des dépôts et consignations, un créancier intéressé avait directement agi contre l'agent de la Caisse, faisant valoir qu'il avait par ailleurs été désigné liquidateur «de plein droit» et ne pouvait dès lors pas diriger une demande contre lui-même. La cour d'appel d'Anvers a rejeté cet argument, eu égard à la possibilité de désigner un liquidateur *ad hoc* (Anvers, 1^{er} octobre 2009, *R.P.S.*, 2009, p. 344). La Cour ne précise toutefois pas le fondement d'une telle désignation. Or, celle-ci ne peut *a priori* s'autoriser ni de l'arrêté royal du 25 mai 1999, qui n'organise la désignation d'un «curateur» *ad hoc* que pour la réalisation d'actifs en nature apparus postérieurement à la clôture, ni de l'article 191 du Code des sociétés, qui ne prévoit la désignation d'un «mandataire» *ad hoc* en cas de conflit d'intérêts dans le chef d'un liquidateur qu'en cours de liquidation et à l'initiative de l'assemblée générale.

La survie passive de la société permettrait également aux créanciers de réclamer le paiement des intérêts de leurs créances lorsque la faillite est clôturée *in bonis*, selon l'arrêt précité de la cour d'appel de Gand du 23 novembre 2009 (*T.R.V.*, 2011, p. 681 et la note D. VAN GERVEN). Ainsi, dans une autre affaire dont cette Cour a été saisie (Gand, 23 février 2009, *R.A.B.G.*, 2010, p. 158; *supra*, n° 113 et *infra*, n° 146), deux créanciers avaient exprimé, à l'assemblée de clôture (loi du 8 août 1997 sur les faillites, art. 79), leur opposition

à l'attribution du solde aux actionnaires et formulé la demande qu'un liquidateur judiciaire soit désigné pour procéder au paiement des intérêts de leur créance. Le tribunal de commerce avait néanmoins clôturé la faillite, prononcé la dissolution de la société avec clôture immédiate de sa liquidation, désigné l'ancien administrateur-délégué comme liquidateur « de plein droit » et attribué le *boni* de liquidation aux actionnaires. Sur tierce opposition dirigée par les créanciers contre le liquidateur « de plein droit », le premier jugement avait été mis à néant et un liquidateur *ad hoc* avait été désigné pour payer les deux créanciers opposants et déposer à la Caisse des dépôts et consignations l'éventuel solde qui resterait à la disposition des actionnaires. Saisie de l'appel formé par le liquidateur « de plein droit » *qualitate qua*, la cour d'appel de Gand a jugé l'appel irrecevable (*infra*, n° 146) et ne s'est pas prononcée sur le fond. La désignation d'un liquidateur *ad hoc* a également été décidée, dans une espèce similaire, par le tribunal de commerce de Charleroi (Comm. Charleroi, 9 janvier 2007, *R.R.D.*, 2007, p. 153 ; *supra*, n° 113).

Le fondement légal de ces décisions est problématique. L'article 2 de l'arrêté royal du 25 mai 1999 dispose en effet qu'« en cas d'action introduite (...) contre les personnes réputées liquidateurs de la personne morale déclarée en faillite en vertu de l'article [185 du Code des sociétés], le tribunal peut ordonner un prélèvement au bénéfice du demandeur, à concurrence de ce qui lui reste dû au jour de la clôture de la faillite, sur les actifs qui seraient encore consignés au profit du failli au jour du jugement à prononcer, afin de les affecter au remboursement du solde de sa créance ». Au-delà de la possibilité pour les créanciers d'obtenir un jugement contre le liquidateur « de plein droit » *qualitate qua* et de se faire payer sur les fonds déposés à la Caisse des dépôts et consignations, l'arrêté royal du 25 mai 1999, pas plus qu'aucun autre texte, ne prévoit la désignation d'un liquidateur *ad hoc*, dont la mission excède manifestement celle attribuée au liquidateur « de plein droit » dans le cadre de la survie passive d'une société dont la liquidation a été clôturée. La difficulté peut toutefois être résolue si le tribunal de commerce qui surveille les opérations de faillite charge le curateur, au-delà de sa mission légale, du paiement des intérêts des créances dans la masse au moyen du *boni* de liquidation de la faillite (Cass., 13 octobre 2011, *Pas.*, 2011, p. 2229 ; *R.D.C.*, 2012, p. 450).

§ 2. — *Pouvoirs du liquidateur*

129. — Actions en justice. — Parmi les pouvoirs attribués au liquidateur par le Code des sociétés figure celui d'intenter et soutenir toutes actions (art. 186).

Le liquidateur représente ainsi la société dans le cadre de l'appel introduit contre la décision qui a prononcé la dissolution judiciaire de la société (Cass., 2 septembre 2011, *T.R.V.*, 2012, p. 52 et la note J. DE WOLF; *Pas.*, 2011, p. 1863; *supra*, n° 124 et *infra*, n° 193).

Le tribunal de commerce de Gand rappelle que lorsque le liquidateur poursuit une procédure en cours au moment de la dissolution de la société, une reprise d'instance n'est pas nécessaire : la dissolution n'implique en effet aucun changement dans la personnalité juridique de la société, qui est maintenue sans solution de continuité, mais seulement dans la représentation de la société, l'organe de gestion cédant le relais au liquidateur (19 juin 2008, *T.R.V.*, 2010, p. 174; *supra*, n° 42 et *infra*, n°s 144 et 145; voy. égal. Bruxelles, 16 novembre 2007, *R.D.J.P.*, 2008, p. 123).

Si toutes les pièces émanant d'une société en liquidation doivent mentionner qu'elle est en liquidation (art. 183, § 1^{er}, al. 2, C. soc.), cette disposition n'est assortie d'aucune sanction spécifique, de sorte que l'omission de cette mention dans une citation en justice n'entraîne pas l'irrecevabilité de l'action (Bruxelles, 8 mai 2012, *R.D.C.*, 2013, p. 915 et la note J. VANWIJNGAERDEN).

130. — *Actio mandati.* — La question se pose toutefois de savoir si le liquidateur peut également introduire cette action particulière qu'est l'*actio mandati*, mettant en cause la responsabilité des administrateurs/gérants et des commissaires, sans que l'assemblée générale lui en ait confié le mandat (art. 289, 415 et 561 C. soc.).

Dans un arrêt du 28 février 2011, la cour d'appel de Gand y répond favorablement (*R.A.B.G.*, 2012, p. 585 et la note P. KORTBEEK; *supra*, n°s 20, 47 et 58, et *infra*, n° 140). La doctrine majoritaire adopte également ce point de vue (voy. not. J. VANANROYE, « De bekrachtiging van eenzijdige vertegenwoordigingshandelingen, in het bijzonder van de *actio mandati* ingesteld zonder beslissing van de AV », note sous Cass., 25 septembre 2003, *T.R.V.*, 2004, p. 38; *supra*, n° 58; VAN RYN, t. I, 1^{re} éd., p. 397, n° 611; *R.P.D.B.*, v° Sociétés anonymes, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 417, n° 574;

contra : Ph. JEHASSE, *Manuel de la liquidation*, Bruxelles, Kluwer, 2007, 213, n° 360), en mettant en avant la nécessité d'une administration efficace de la liquidation et en faisant le parallèle avec le droit d'action individuel du curateur en cas de faillite. Ce dernier argument ne convainc pas dès lors que l'assemblée générale est maintenue, fût-ce avec des pouvoirs réduits, dans une société en liquidation, à la différence d'une société faillie. Le parallèle avec la faillite pourrait plus utilement s'appuyer sur la nature de la mission du liquidateur qui, quoiqu'organe de la société, exerce sa mission non seulement dans l'intérêt de celle-ci (et de ses associés) mais également dans l'intérêt des créanciers, à l'égard desquels il répond d'ailleurs de l'exécution de son mandat (art. 192 C. soc.) : il se justifierait dès lors que le liquidateur ne dépende pas d'une décision de l'assemblée générale (souvent composée d'anciens administrateurs, dans les sociétés privées) pour mener à bien sa mission de réalisation de l'actif social — en ce compris par l'exercice d'actions en responsabilité — en vue de l'apurement du passif.

§ 3. — *Honoraires du liquidateur*

131. — Honoraires du liquidateur. — Contestation. — La question de savoir si et comment le liquidateur conventionnel est rémunéré est réglée par les statuts, l'assemblée générale ou, à défaut, les usages. À cet égard, le mandat de liquidateur est généralement présumé comme rémunéré lorsqu'il est confié à un professionnel (M. LEMAL, *Manuel de la liquidation des sociétés commerciales*, Waterloo, Kluwer, 2013, p. 239, n° 348). Les honoraires et frais du liquidateur judiciaire sont, quant à eux, taxés par le tribunal. Confirmant un jugement du tribunal de commerce de Tongres, la cour d'appel d'Anvers a considéré, dans une affaire où le tribunal avait refusé de confirmer la nomination du liquidateur désigné par l'assemblée générale et lui avait nommé un remplaçant (art. 184, § 2, C. soc.), qu'en cas de rejet par l'assemblée générale de l'état de frais et honoraires du liquidateur, le tribunal était compétent pour taxer ceux-ci (Anvers, 3 juin 2010, *R.W.*, 2010-2011, p. 1603 ; Comm. Tongres, 9 février 2009, *R.W.*, 2010-2011, p. 1606 et la note H. BRAECKMANS ; *infra*, n° 138).

132. — Honoraires du liquidateur. — Rang en cas de concours. — Les frais et honoraires du liquidateur constituent des dettes de la masse en liquidation (Cass., 16 juin 1988, *cette Revue*, 1990, p. 5 et la note I. VEROUGSTRAETE) mais ils perdent ce

caractère en cas de faillite subséquente (Gand, 15 juin 2009, *NjW*, 2009, p. 907 et la note M. TISON). Ils peuvent en outre être privilégiés comme frais de conservation de la chose (loi hypothécaire, art. 20, 4°) ou comme frais de justice (loi hypothécaire, art. 17 et 19, 1°) aux conditions prévues par ces articles.

À cet égard, les cours d'appel de Gand (Gand, 9 janvier 2012, *R.W.*, 2012-2013, p. 548 ; *infra*, n° 134) et de Liège (Liège, 12 octobre 2007, *J.D.S.C.*, 2010, p. 224 et la note P. JEHASSE) décident à juste titre que le privilège des frais de justice, qui doivent avoir été exposés sous l'autorité de la justice ou par des auxiliaires de justice, ne bénéficie qu'aux frais et honoraires du liquidateur judiciaire, et non du liquidateur conventionnel.

L'arrêt de la cour d'appel de Liège mérite une attention particulière. En l'espèce, les liquidateurs, dont l'assemblée générale de liquidation avait fixé le mode de rémunération par référence à l'arrêté royal du 10 août 1998 établissant les règles et les barèmes relatifs à la fixation des honoraires et frais des curateurs, s'étaient vu confier par le créancier hypothécaire la réalisation des immeubles grevés, dont le prix de vente s'était révélé insuffisant pour assurer le paiement des frais et honoraires des liquidateurs et le désintéressement du créancier hypothécaire. Celui-ci s'était alors opposé au paiement prioritaire des liquidateurs, aux motifs, d'une part, que le mode de calcul de leurs honoraires et frais ne lui était pas opposable et, d'autre part, que l'arrêté royal du 10 août 1998 ne leur conférait en tout état de cause aucune cause de préférence. La cour d'appel de Liège considère tout d'abord qu'en ayant investi les liquidateurs du mandat de vendre les immeubles, alors qu'il aurait pu réaliser par d'autres voies ces biens hors masse, le créancier hypothécaire avait accepté que leurs frais et honoraires soient fixés à son égard conformément au mode de rémunération prévu par la décision de l'assemblée générale de liquidation, laquelle avait été non seulement publiée aux annexes du *Moniteur belge* mais encore communiquée au créancier à sa demande. La cour d'appel décide cependant que ces frais et honoraires ne peuvent être payés par priorité sur la créance hypothécaire puisque l'arrêté royal du 10 août 1998 n'a pas pour effet de modifier l'ordre des privilèges et que les liquidateurs conventionnels ne peuvent se prévaloir du privilège des frais de justice.

Ce second volet de la décision liégeoise ne peut être approuvé. Les frais et honoraires du liquidateur, conventionnel ou judiciaire, constituent en effet des dettes de masse et peuvent dès lors être

payés par priorité sur des biens hors masse, qu'ils soient grevés d'hypothèque ou d'un privilège spécial, lorsqu'il est établi qu'ils en ont permis la conservation ou la réalisation (Cass., 18 décembre 2008, *R.G.D.C.*, 2010, p. 414 et la note K. SWINNEN; *Pas.*, 2008, p. 3019; voy. égal. M. LEMAL, *Manuel de la liquidation des sociétés commerciales*, Waterloo, Kluwer, 2013, p. 247, n° 362). En tout état de cause, dès lors que la cour d'appel avait constaté que le créancier hypothécaire avait choisi de confier aux liquidateurs le mandat de vendre des biens hors masse, il nous paraît que le créancier hypothécaire était contractuellement tenu de payer aux liquidateurs les honoraires et frais dont le mode de calcul lui avait été reconnu opposable.

§ 4. — *Responsabilité du liquidateur*

133. — Responsabilité du liquidateur. — Principe. — Les liquidateurs sont responsables de l'exécution de leur mandat et des fautes commises dans leur gestion tant envers leur mandant, la société, que, de manière exorbitante du droit commun, à l'égard des créanciers, pourtant tiers au mandat. Cette responsabilité, consacrée par l'article 192 du Code des sociétés, implique que le liquidateur agit tant dans l'intérêt de la société que, sur une base quasi-contractuelle, dans l'intérêt des créanciers sociaux (M. LEMAL, *Manuel de la liquidation des sociétés commerciales*, Waterloo, Kluwer, 2013, p. 270, n° 400; J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, t. II, Bruxelles, Bruylant, 1957, p. 136, n° 1111). La responsabilité du liquidateur peut en outre être engagée en vertu de l'article 1382 du Code civil à l'égard des tiers et, aux conditions du cumul des responsabilités, à l'égard de la société.

134. — Responsabilité du liquidateur. — Faute. — Au regard de la définition de la liquidation comme l'ensemble des opérations qui tendent au paiement des créanciers à l'aide de l'actif social et à la répartition du reliquat éventuel entre associés (Cass., 8 novembre 1930, *Pas.*, 1930, I, p. 202), le liquidateur engage sa responsabilité s'il commet une faute soit dans la réalisation de l'actif, soit dans l'apurement du passif.

Le liquidateur ne peut ainsi négliger, en présence des dettes impayées (fussent-elles contestées), de recouvrer les créances de la société à l'égard de ses associés (Cass., 6 novembre 2009, *R.P.S.*, 2009, p. 317) ou de tiers (Gand, 16 mars 2010, *J.D.S.C.*, 2011,

p. 231; *infra*, n° 135). La preuve d'un manquement du liquidateur incombe toutefois au demandeur, comme le rappelle la cour d'appel de Liège dans une affaire où elle jugea que la diminution substantielle du passif social en cours de liquidation indiquait au contraire que le liquidateur avait pu recouvrer une partie des créances et n'avait donc pas manqué de diligence (Liège, 2 octobre 2007, *R.P.S.*, 2009, p. 250; *infra*, n°s 135 et 137).

Le tribunal de commerce de Termonde a eu à connaître d'un autre cas, tout à fait singulier, de faute de liquidateurs dans la réalisation de l'actif (Comm. Termonde, 25 avril 2008, *T. Not.*, 2010, p. 147). Ces liquidateurs, dont un avocat inscrit à la liste des curateurs, avaient conclu un compromis de vente relatif à deux immeubles sociaux entre la signification d'une citation en faillite et l'audience d'introduction. Ils en avaient averti les notaires et l'acheteur mais, affichant leur confiance dans le rejet de la demande en faillite, ils avaient refusé tout report de la date de signature du compromis chez les notaires et rejeté la demande de l'acheteur que l'acompte soit déposé sur un compte rubriqué. La société fut néanmoins déclarée en faillite, les liquidateurs ayant cependant eu soin, entretemps, d'encaisser le chèque relatif à l'acompte, de se payer leurs honoraires sur la vente et de verser le solde sur le compte de la société en liquidation. Le curateur, quant à lui, invoqua l'inopposabilité à la masse d'une vente non transcrite et se fit autoriser par le tribunal de commerce à vendre les biens de gré à gré à un prix plus élevé que celui convenu dans le compromis de vente. Le signataire du compromis se retrouva ainsi privé des immeubles et de son acompte, pour lequel il déposa une déclaration de créance à la faillite, et mit en cause la responsabilité du curateur, des notaires et des liquidateurs. Le tribunal retint la responsabilité de ces derniers au motif qu'ils n'avaient pas adopté le comportement de liquidateurs normalement prudents et diligents qui, au regard du risque imposé au cocontractant sans avantage évident pour la société en liquidation, auraient dû attendre le rejet de la demande en faillite avant de signer le compromis et en tout cas accepter que l'acompte soit déposé sur un compte rubriqué.

La faute des liquidateurs peut également avoir été commise dans l'apurement du passif. Il en va ainsi lorsque le liquidateur rembourse les créanciers en violation de l'ordre de préférence établi par la loi (art. 190, § 1^{er}, al. 1^{er}, C. soc.), par exemple en négligeant le privilège général du fisc (Anvers, 13 décembre 2007, *R.W.*,

2009-2010, p. 1005; *infra*, n° 136) ou en donnant au paiement de ses frais et honoraires un rang supérieur à celui prévu par la loi (Gand, 9 janvier 2012, *R.W.*, 2012-2013, p. 548; *supra*, n° 132). Le liquidateur engage également sa responsabilité lorsqu'il procède à l'attribution d'un *boni* de liquidation aux associés sans avoir procédé au paiement des dettes sociales ou, à tout le moins, à la consignation des sommes nécessaires à ce paiement (art. 190, § 2, al. 1^{er}, C. soc.): une telle consignation s'impose lorsqu'au moment de la distribution aux associés, le liquidateur est informé de contrôles fiscaux en cours qui pourraient aboutir à un enrôlement à charge de la société (Mons, 30 juin 2010, *R.G.C.F.*, 2011, p. 127; Mons, 4 mars 2009, *J.L.M.B.*, 2010, p. 179).

135. — Responsabilité du liquidateur. — Lien causal. — Que ce soit sur la base de l'article 192 du Code des sociétés ou de l'article 1382 du Code civil, le liquidateur ne doit indemniser que le dommage en lien causal avec les fautes qu'il a commises. Ainsi la cour d'appel de Gand a-t-elle rejeté l'action en dommages-intérêts du fisc fondée sur l'inertie totale du liquidateur dans le recouvrement des créances sociales, au motif que le fisc n'établissait pas que si le liquidateur avait fait diligence, il aurait pu recouvrer un actif suffisant pour apurer les dettes fiscales de la société (Gand, 16 mars 2010, *J.D.S.C.*, 2011, p. 231; *supra*, n° 134). La cour d'appel de Liège, quant à elle, a jugé qu'il n'y avait aucun lien causal entre la tenue irrégulière de la comptabilité et le dommage invoqué, à savoir l'absence (du reste non établie) de récupération de créances mentionnées dans les derniers comptes (Liège, 2 octobre 2007, *R.P.S.*, 2009, p. 250; *supra*, n° 134 et *infra*, n° 137).

136. — Responsabilité du liquidateur. — Dommage propre à un créancier. — Dans sa jurisprudence développée depuis l'arrêt *Unac* du 12 février 1981 (Cass., 12 février 1981, *cette Revue*, 1983, p. 5 et la note J. HEENEN; 2 mars 1995, *Pas.*, 1995, I, p. 250; 5 décembre 1997, *R.D.C.*, 1998, p. 523; 19 octobre 1999, *Pas.*, 1999, I, p. 544; 24 octobre 2002, *R.W.*, 2002-2003, p. 902; 29 octobre 2004, *R.P.S.*, 2005, p. 152 et la note W. DERIJCKE; 17 janvier 2008, *Pas.*, 2008, I, p. 130; 10 décembre 2008, *J.L.M.B.*, 2009, p. 724; 19 décembre 2008, *R.D.C.*, 2009, p. 928 et la note M. COIPEL; 4 février 2011, C.09.0420.N; 6 décembre 2012, C.11.0654.F, *Pas.*, 2012, p. 2436; 7 novembre 2013, C.12.0570.N, *Pas.*, 2013, p. 2186; 28 mars 2014, C.13.0163.F, *Pas.*, 2014, p. 833), la Cour de cassation a tracé la frontière entre les demandes qui,

fondées sur des droits communs à l'ensemble des créanciers, relèvent du monopole d'action du curateur et celles pour lesquelles les créanciers du failli conservent un droit d'action propre.

Faisant application de cet enseignement, la cour d'appel d'Anvers décide, dans un arrêt du 13 décembre 2007, que le curateur ne pouvait obtenir la réparation de la faute du liquidateur consistant à avoir apuré le passif en violation de l'ordre de préférence légal et qu'il appartenait aux créanciers lésés de réclamer au liquidateur l'indemnisation du préjudice propre à chacun d'eux (Anvers, 13 décembre 2007, *R.W.*, 2009-2010, p. 1005 ; *supra*, n° 134).

137. — Responsabilité du liquidateur. — Prescription. — En vertu de l'article 198, § 1^{er}, al. 4, du Code des sociétés, toutes les actions contre les liquidateurs pour fait de leurs fonctions se prescrivent par cinq ans à compter du jour où la faute a été commise (Cass., 21 octobre 2005, *Pas.*, 2005, p. 1999 ; *R.D.C.*, 2006, p. 781). La cour d'appel de Liège rappelle toutefois, conformément au droit commun et à la jurisprudence de la Cour de cassation en matière de responsabilité des administrateurs et gérants (Cass., 17 janvier 2014, *J.L.M.B.*, 2014, p. 1413 ; *Pas.*, 2014, p. 145 ; *supra*, n° 59), que la prescription de l'action fondée sur une faute résultant de plusieurs faits indivisibles, comme la tenue irrégulière de la comptabilité, ne prend cours qu'à partir du jour où le dernier fait a été commis (Liège, 2 octobre 2007, *R.P.S.*, 2009, p. 250 ; *supra*, n°s 134 et 135).

§ 5. — *Remplacement du liquidateur*

138. — Depuis la réforme de la procédure de liquidation par la loi du 2 juin 2006, le président du tribunal de commerce peut, sur requête du ministère public ou de tout tiers intéressé, pourvoir au remplacement du liquidateur dans les cas prévus par l'article 184, § 4, du Code des sociétés. Le remplacement peut être décidé en cas d'irrégularité dans la nomination du liquidateur, de non-dépôt des états détaillés de la liquidation ou du plan de répartition de l'actif préalablement à la clôture (M. LEMAL, *Manuel de la liquidation des sociétés commerciales*, Waterloo, Kluwer, 2013, p. 260, n° 381). Confirmant un jugement du tribunal de commerce de Tongres, la cour d'appel d'Anvers a dès lors rejeté une demande de remplacement formulée par l'associé unique de la société en liquidation, pour la raison qu'elle n'était fondée que sur le rejet de l'état de frais et honoraires du liquidateur soumis à l'assemblée

générale de clôture et qu'aucun motif pertinent de remplacement n'avait été invoqué en cours de liquidation (Anvers, 3 juin 2010, *R.W.*, 2010-2011, p. 1603; Comm. Tongres, 9 février 2009, *R.W.*, 2010-2011, p. 1606 et la note H. BRAECKMANS; *supra*, n° 131).

§ 6. — *Concours*

139. — Concours des créanciers. — Limitation aux voies d'exécution. — Il résulte d'une jurisprudence ancienne et patiemment affinée de la Cour de cassation que la liquidation d'une société donne naissance à une situation de concours, laquelle implique que les créanciers ont un droit acquis à ce qu'un créancier isolé qui n'exerce pas un privilège ne soit pas payé dans une proportion plus forte qu'eux-mêmes (voy. les arrêts fondateurs des 23 novembre 1939, *Pas.*, 1939, I, p. 486, et 31 janvier 1964, *cette Revue*, 1965, p. 99 et la note J. RENAULD et P. COPPENS, et les nombreux arrêts qui se sont succédés depuis lors).

Une telle rupture de l'égalité des créanciers n'est cependant présente que dans les liquidations déficitaires, qui ne permettent pas le désintéressement intégral des créanciers. Si le législateur a présumé le caractère déficitaire des faillites et, partant, supprimé le droit d'action individuel des créanciers dans le cadre de celles-ci, une telle présomption n'existe pas pour les sociétés en liquidation (Bruxelles, 4 avril 2000, *A.J.T.*, 2000-2001, p. 34 et la note B. DE VUYST; Ph. GÉRARD, « À propos de la suspension du droit d'exécution individuelle des créanciers d'une société en liquidation », note sous Cass., 8 décembre 1988, *cette Revue*, 1993, pp. 613-616, n°s 14 et 15).

Par conséquent, les actes d'exécution individuelle ne sont pas rendus sans objet par la liquidation (Cass., 4 janvier 2001, *Pas.*, 2001, I, p. 18) mais simplement subordonnés à la condition de ne pas léser *in concreto* les droits des autres créanciers. La Cour de cassation a ainsi jugé, depuis un arrêt du 24 mars 1977, qu'il appartient au juge saisi de l'opposition (d'un créancier ou du liquidateur) d'une société en liquidation à des actes d'exécution, faits par un créancier chirographaire (ou muni d'un privilège général) dont la créance est née avant la mise en liquidation, de rechercher si ces actes avaient pour effet de léser les droits des autres créanciers (Cass., 24 mars 1977, *cette Revue*, 1977, p. 628 et la note Ph. GÉRARD, « La règle de l'égalité entre les créanciers d'une société commerciale en liquidation »; voy. égal. Cass. 22 septembre

2006, *T.R.V.*, 2007, p. 41 et la note F. PARREIN; Cass., 23 janvier 1992, *cette Revue*, 1994 et la note M. GRÉGOIRE).

Le créancier qui dispose d'un titre exécutoire pourra donc en poursuivre l'exécution, même s'il ne dispose pas d'un privilège spécial, d'une hypothèque ou d'une autre sûreté réelle. Toutefois, le liquidateur ou les autres créanciers sociaux pourront s'opposer à la mesure en démontrant qu'elle met en péril l'égalité entre les créanciers. Le juge des saisies près le tribunal de première instance de Gand a ainsi levé une saisie-arrêt exécution à la demande du liquidateur, au motif que la société avait apparemment d'autres dettes importantes, notamment des dettes fiscales privilégiées, dont le paiement était mis en péril par le saisissant (Civ. Gand, 26 juin 2012, *T.G.R.*, 2012, p. 323).

140. — Concours des créanciers. — Action oblique. — En l'absence de dessaisissement de la société en liquidation et de suspension des poursuites individuelles des créanciers, ceux-ci sont autorisés à exercer les droits de la société dans le cadre d'une action oblique, laquelle profite au patrimoine en liquidation et ne porte donc pas atteinte à l'égalité entre les créanciers (Gand, 28 février 2011, *T.G.R.*, 2011, p. 277; *supra*, n^{os} 20, 47, 58 et 130; Anvers, 19 janvier 2011, *J.D.S.C.*, 2013, p. 286).

§ 7. — *Plan de répartition*

141. — Plan de répartition. — Contrôle du tribunal. — Le renforcement du suivi judiciaire des liquidations par la loi du 2 juin 2006 s'est traduit, au stade de la clôture, par un contrôle du tribunal de commerce sur le plan de répartition de l'actif entre les différentes catégories de créanciers (art. 190, § 1^{er}, al. 3, C. soc.). Ainsi que le rappelle la cour d'appel de Liège, il s'agit d'une procédure préalable à la tenue de l'assemblée générale de clôture, à l'occasion de laquelle le tribunal vérifie le sort réservé aux actifs découverts lors de l'ouverture de la liquidation et le respect de l'ordre des privilèges des différents créanciers (Liège, 10 janvier 2011, *D.A.O.R.*, 2011, p. 513). Saisi d'un plan de répartition qui n'intégrait pas l'imposition qui découlerait pour la société de l'abandon de créance consenti par son unique créancier, le tribunal de commerce d'Anvers conditionna l'approbation du plan à un accord de l'administration fiscale ou à une modification du plan pour tenir compte de la latence fiscale (Comm. Anvers, 15 novembre 2007, *R.W.*, 2010-2011, p. 726 et la note H. BRAECKMANS).

§ 8. — *Effets de la clôture de la liquidation*

142. — Survie passive de la société. — Principe. — De l'article 198, § 1^{er}, 3^e tiret, du Code des sociétés, selon lequel les actions contre les liquidateurs se prescrivent 5 ans après la publication de la clôture de la liquidation, la Cour de cassation a de longue date déduit que si « la clôture de la liquidation d'une société conformément aux articles 194 et 195 du Code des sociétés met en principe fin à l'existence et à la personnalité juridique de cette société », « la disparition de la personne juridique n'est toutefois pas absolue » puisque « la société liquidée est censée continuer à exister pour se défendre contre les actions intentées contre elle en temps utile par les créanciers » (Cass., 17 avril 2008, *Pas.*, 2008, p. 926; *T.R.V.*, 2010, p. 150 et la note C. CLOTTENS; *infra*, n° 144; voy. déjà Cass., 22 mars 1962, *Pas.* 1962, I, p. 806).

La poursuite de cette existence passive est une fiction qui a pour seul effet de permettre aux créanciers, après la clôture, d'agir contre la société comme si, sur le plan procédural, elle était toujours en liquidation. Elle vise à assurer la protection de l'intérêt des créanciers sociaux, le législateur ayant jugé que la clôture de la liquidation, qui résulte d'une simple décision des associés, ne pouvait pas priver les créanciers du droit de poursuivre la société, par exemple par l'enrôlement d'une dette d'impôt (Civ. Liège, 31 mai 2010, *F.J.F.*, 2011, p. 933; *supra*, n° 125 et *infra*, n° 143; voy. déjà Cass., 8 novembre 1960, *Pas.*, 1960, I, p. 22).

Poursuivie en la personne de son liquidateur *qualitate qua*, la société exerce sa défense par son liquidateur, à l'exclusion des associés qui sont sans qualité pour reprendre l'instance (Liège, 2 décembre 2009, *F.J.F.*, 2010, p. 295; *infra*, n° 144).

143. — Survie passive. — Notion de « défense ». — Eu égard à sa finalité de protection des créanciers, la survie passive est limitée à un rôle de défense procédurale.

La société peut ainsi soulever tous moyens de défense et exceptions dans le cadre des procédures introduites par ses créanciers mais elle ne peut, par contre, introduire une demande en justice, comme une constitution de partie civile (Cass., 14 février 2012, *R.P.S.*, 2012, p. 85 et la note W. DERIJCKE; *Pas.*, 2012, p. 335) ou une demande d'expulsion pour occupation sans titre ni droit (J.P. Oudenaarde, 26 mars 2009, *J.J.P.*, 2011, p. 425; *supra*, n° 113),

ni poursuivre une demande déjà introduite (Gand, 5 mars 2007, *T.R.V.*, 2010, p. 172 et la note C. CLOTTENS).

Il est par contre admis que la notion de défense ne doit pas être entendue de manière strictement procédurale et que l'introduction d'une action peut constituer, pour une société demanderesse sur un plan formel, une défense au sens matériel : tel est par exemple le cas du recours, administratif ou judiciaire, contre une décision de l'administration fiscale (Gand, 10 janvier 2012, *T.F.R.*, 2012, p. 718 ; *supra*, n° 113 ; Civ. Liège, 31 mai 2010, *F.J.F.*, 2011, p. 933 ; *supra*, n°s 125 et 142 ; voy. déjà Cass., 8 novembre 1960, *Pas.*, 1960, I, p. 22 ; Bruxelles, 19 octobre 2006, *F.J.F.*, 2007, p. 245).

La société pourrait en outre, dans une acception large de la « défense » défendue par certains auteurs, introduire tout recours contre une décision obtenue par un créancier et toute demande en intervention ou reconventionnelle, étant entendu, dans ce dernier cas, que si la demande principale dirigée contre la société échoue mais que celle-ci triomphe dans son action reconventionnelle, elle ne pourra obtenir l'exécution du jugement (C. CLOTTENS, « Het lot van lopende gerechtelijke procedures na afsluiting van de vereffening van een vennootschap met rechtspersoonlijkheid », note sous Cass., 17 avril 2008, *T.R.V.*, 2010, p. 158, n° 3, et p. 161, n° 6 ; R. TAS, « De rechtsbekwaamheid van een handelsvennootschap na de sluiting van haar vereffening », *T.R.V.*, 1995, p. 602, n° 16 ; B. TILLEMANS, *Proceshandeling van en tegen vennootschappen*, Anvers, Maklu, 1997, p. 81, n° 136). Cette vision extensive de la survie passive n'est toutefois pas partagée par la cour d'appel de Gand qui considère, par référence à une décision antérieure du tribunal civil d'Anvers (Civ. Anvers, 15 janvier 2007, *R.W.*, 2007-2008, p. 1084), qu'une demande en intervention et garantie contre un tiers n'est pas une défense et ne peut donc plus être introduite après la clôture de la liquidation (Gand, 8 décembre 2008, *T.R.V.*, 2010, p. 164 et la note C. CLOTTENS ; *infra*, n° 147).

144. — Survie passive. — Actions en cours au moment de la clôture. — Une interprétation littérale de l'article 198, § 1^{er}, 3^o tiret, du Code des sociétés aurait pu conduire à limiter la survie passive de la société aux actions introduites *après* la clôture de la liquidation, privant ainsi les créanciers qui ont introduit leur action avant celle-ci du droit de poursuivre la procédure. Une telle solution aurait assurément été contraire à l'objectif de la survie passive, qui consiste à protéger les créanciers sociaux de la déci-

sion des associés de clôturer la liquidation, et ouvert la voie à des clôtures anticipées à des fins frauduleuses.

La question était néanmoins débattue (pour une limitation de la survie passive aux actions intentées après la clôture : Cour trav. Anvers, 29 octobre 2007, *R.W.*, 2009-2010, p. 38 ; B. TILLEMANS, *Proceshandeling van en tegen vennootschappen*, Anvers, Maklu, 1997, p. 82, n° 138 ; *contra* : J. RONSE, « Overzicht van rechtspraak (1964-1967) », *T.P.R.*, 1967, p. 764, n° 255 ; R. TAS, « De procesrechtelijke gevolgen van de sluiting van de vereffening », *T.R.V.*, 1997, p. 497, n° 7).

Mettant fin à la controverse, la Cour de cassation a confirmé, dans son arrêt déjà cité du 17 avril 2008, que : « La poursuite de cette existence passive, qui vise à assurer la protection des créanciers de la société, vaut non seulement à l'égard des actions intentées dans le délai de cinq ans après la publication de la clôture de la liquidation, mais également à l'égard des actions déjà formées contre la société avant la clôture de la liquidation. La clôture de la liquidation n'a pas pour conséquence d'empêcher la poursuite des procédures en cours contre la société en la personne de ses liquidateurs » (Cass., 17 avril 2008, *Pas.*, 2008, p. 926 ; *T.R.V.*, 2010, p. 150 et la note C. CLOTTENS ; *supra*, n° 142). Diverses juridictions de fond ont depuis lors fait application de cet enseignement (Gand, 5 octobre 2009, *R.A.B.G.*, 2010, p. 170 ; Mons, 1^{er} décembre 2008, *J.L.M.B.*, 2009, p. 1839 ; Comm. Gand, 19 juin 2008, *T.R.V.*, 2010, p. 174 ; *supra*, n°s 42 et 129, et *infra*, n° 145).

Si, ce faisant, la Cour de cassation reconnaît le droit pour les créanciers de poursuivre une procédure contre la société débitrice dont la liquidation a entretemps été clôturée, elle ne résout pas la question de savoir si la société peut, quant à elle, poursuivre sa défense, en dépit de la clôture de sa liquidation, dans une procédure en cours au moment de celle-ci.

Certaines juridictions considèrent qu'en ayant procédé à la clôture de sa liquidation, la société a renoncé à sa défense, qu'il s'agisse de poursuivre un recours introduit par la société contre une décision de l'administration fiscale antérieure à la clôture (Bruxelles, 14 mai 2009, *T.F.R.*, 2009, p. 889 et la note C. HOTTERBEEKX ; Bruxelles, 4 mars 2010, *J.D.F.*, 2010, p. 209) ou d'interjeter appel contre une décision d'instance, rendue avant (Cour trav. Anvers, 29 octobre 2007, précité) ou après la clôture (Mons, 1^{er} décembre 2008, précité). D'autres estiment, au contraire, que la clôture de la liquidation ne fait pas obstacle à ce que la société,

représentée par son liquidateur, exerce sa défense, par exemple en introduisant un recours contre une décision de l'administration fiscale prise avant la clôture de la liquidation (Liège, 2 décembre 2009, *F.J.F.*, 2010, p. 295 ; *supra*, n° 142).

Cette question trouve, selon nous, sa solution dans l'enseignement constant de la Cour de cassation en vertu duquel la renonciation tacite ne se présume pas et ne peut être déduite que de faits qui ne sont susceptibles d'aucune autre interprétation (voy. récemment Cass., 28 janvier 2008, S.07.0097.N, *Pas.*, 2008, p. 266). Dès lors que la clôture de la liquidation n'empêche pas la société, dans le cadre de sa survie passive, de se défendre contre les actions dirigées contre elle, en ce compris les actions en cours au jour de la clôture, il ne nous paraît pas possible d'interpréter celle-ci comme une renonciation tacite de la société à poursuivre sa défense. Des réserves expresses dans l'acte de clôture pourraient utilement éteindre toute contestation (Mons, 1^{er} décembre 2008, précité).

145. — Survie passive. — Intérêt à agir des créanciers et annulation de la clôture. — Le caractère fictif de la survie passive n'est pas sans conséquence : si elle permet certes, comme technique procédurale, d'encore agir contre le liquidateur *qualitate qua*, elle n'offre, en principe, aucune assiette d'exécution au créancier qui aurait obtenu la condamnation de la société. Celle-ci a en effet cessé d'exister et n'a plus de personnalité juridique ni, partant, de patrimoine, sous réserve des fonds qui auraient été consignés à la clôture de la liquidation sur la base de l'article 190, § 2, du Code des sociétés ou après la clôture de la faillite sur la base de l'arrêté royal du 25 mai 1999 portant exécution des articles 73 et 83 de la loi du 8 août 1997 sur les faillites (*supra*, n° 134).

La cour d'appel de Liège a, sur cette base, déclaré irrecevable la demande dirigée contre le liquidateur après la clôture de la liquidation, au motif que la société n'avait plus d'actif au moment de l'introduction de l'action et que le demandeur n'avait donc aucun intérêt à agir (Liège, 3 mars 2011, *D.A.O.R.*, 2011, p. 516).

La solution retenue par la cour d'appel de Liège ne peut être approuvée. Le demandeur contestait en effet simultanément la clôture de la liquidation, qui avait selon lui été décidée en fraude des droits des créanciers, et mettait dès lors en cause la responsabilité personnelle du liquidateur. Or, le caractère frauduleux de la clôture de la liquidation peut également fonder une annulation de la clôture (Cass., 22 mars 1962, *cette Revue*, 1963 et la

note J.-G. RENAULD), laquelle a pour conséquence que la société recouvre sa personnalité juridique et redevient propriétaire des actifs attribués frauduleusement (M. LEMAL, *Manuel de la liquidation des sociétés commerciales*, Waterloo, Kluwer, 2013, pp. 556-557, n^{os} 823-824). Même si, en l'espèce, la Cour a considéré, contrairement au premier juge, que la clôture de la liquidation n'était pas frauduleuse, il s'agit là d'une appréciation du fondement de la demande que la Cour ne pouvait anticiper au stade de la recevabilité : elle aurait donc dû, selon nous, tenir compte de l'éventualité d'une (demande en) annulation de la clôture et, dès lors, accueillir la demande dirigée contre le liquidateur *qualitate qua*.

L'annulation de la clôture d'une liquidation a par contre été prononcée par le tribunal de commerce de Gand, dans une affaire où la clôture avait été décidée sur la base d'une comptabilité falsifiée qui n'intégrait pas le risque relatif à un litige pendant, auquel le liquidateur avait précisément cherché à soustraire la société en faisant procéder de manière précipitée à la clôture de la liquidation (Comm. Gand, 19 juin 2008, *T.R.V.*, 2010, p. 174 et la note C. CLOTTENS ; *supra*, n^{os} 42, 129 et 144).

146. — Survie passive. — Intérêt à agir du liquidateur *qualitate qua*. — La cour d'appel de Gand, quant à elle, s'est prononcée sur l'intérêt de la société à se défendre dans le cas particulier d'une liquidation après clôture de faillite (Gand, 23 février 2009, *R.A.B.G.*, 2010, p. 158). En l'espèce, à l'issue d'une procédure de faillite bénéficiaire, deux créanciers avaient exprimé, à l'assemblée de clôture (loi du 8 août 1997 sur les faillites, art. 79), leur opposition à l'attribution du solde aux actionnaires, compte tenu du fait qu'ils réclamaient le paiement des intérêts de leurs créances. Le tribunal de commerce avait néanmoins clôturé la faillite, prononcé la dissolution de la société avec clôture immédiate de sa liquidation (*supra*, n^o 113), désigné l'ancien administrateur-délégué comme liquidateur « de plein droit » (*supra*, n^o 128) et attribué le *boni* de liquidation aux actionnaires. Sur la tierce opposition dirigée par les créanciers contre le liquidateur « de plein droit », le tribunal avait mis à néant le premier jugement et désigné un liquidateur *ad hoc* pour payer les deux créanciers opposants et déposer à la Caisse des dépôts et consignations l'éventuel solde, qui resterait à la disposition des actionnaires. Le liquidateur « de plein droit » interjeta appel de la décision devant la cour d'appel de Gand. La Cour jugea l'appel irrecevable pour défaut d'intérêt du liquidateur *qualitate qua*, au motif que le sort du *boni* de liquidation concernait uniquement les créanciers et

les actionnaires, à l'exclusion de la société dont la liquidation avait été clôturée. Cette décision ne peut être approuvée : dans la mesure où le litige portait sur le paiement d'intérêts réclamés par les créanciers de la société, celle-ci avait intérêt à contester, par son liquidateur « de plein droit », la demande de ses créanciers.

147. — Droit d'action des associés après la clôture. —

Dès lors que la clôture de la liquidation fait obstacle à l'introduction ou à la poursuite d'actions par la société, la question se pose de savoir si ces actions, qui constituent autant d'éléments d'actif, pourraient être exercées par les associés.

Durant la période étudiée, la cour d'appel de Gand a rendu à cet égard deux arrêts aux solutions diamétralement opposées. Dans un arrêt du 20 juin 2007, la Cour décide que même dans le silence de l'acte de clôture, les associés (en l'espèce, il s'agit de l'associé unique d'une S.P.R.L.U.) peuvent diligenter toutes actions appartenant à la société et qui n'ont pas été exercées avant la clôture de la liquidation (Gand, 20 juin 2007, *T.R.V.*, 2010, p. 169). La Cour juge au contraire, dans un arrêt du 8 décembre 2008, que les associés sont, comme le liquidateur « de plein droit », sans qualité pour reprendre une demande en intervention et garantie contre un tiers, au motif qu'ils ne sont pas les ayants cause (à titre) universel de la société (Gand, 8 décembre 2008, *T.R.V.*, 2010, p. 164 ; *supra*, n° 143).

Le premier arrêt doit être approuvé. S'il est vrai que les associés ne sont pas les ayants cause (à titre) universel de la société (Anvers, 9 juin 1997, *R.G.F.*, 1998, p. 191 ; Bruxelles, 28 avril 1993, *T.R.V.*, 1993, p. 419 et la note D. D'HOOGHE ; Liège, 20 mars 1991, *J.T.*, 1992, p. 16 ; J. HEENEN, « Nature des droits de l'associé sur l'actif d'une société commerciale avant et après la dissolution. Persistance de la personnalité morale après la dissolution », note sous Cass., 2 décembre 1952, *cette Revue*, 1953, p. 297, n° 10), c'est parce qu'ils n'en recueillent que l'actif subsistant à la clôture, à l'exclusion du passif social non encore apuré (Cass., 2 décembre 1952, *Pas.*, 1953, I, p. 212 ; H. BRAECKMANS, *Vereffening van vennootschappen buiten faillissement*, Anvers, Intersentia, 2008, pp. 134-135, n°^{os} 237-239). Cette qualité d'ayants cause à titre particulier relativement à l'actif suffit cependant à conférer aux associés la qualité requise pour introduire ou poursuivre les actions qui faisaient partie du patrimoine social (C. CLOTTENS, « Het lot van lopende gerechtelijke procedures na afsluiting van de vereffening van een vennootschap met

rechtspersoonlijkheid», note sous Cass., 17 avril 2008, *T.R.V.*, 2010, p. 156; B. TILLEMANS, *Proceshandeling van en tegen vennootschappen*, Anvers, Maklu, 1997, pp. 184-185, n° 144).

§ 9. — *Faillite d'une société en liquidation*

148. — Conditions de mise en faillite d'une société en liquidation. — Les rapports entre liquidation et faillite ont longtemps été controversés en doctrine et jurisprudence, partagées entre deux thèses : l'une selon laquelle le droit de la faillite rendait la liquidation déficitaire illégale et l'autre suivant laquelle la liquidation faisait obstacle à la déclaration de faillite (voy. R. AYDOGDU, « Actualités en matière de liquidation (déficitaire) », in *Réorganisation judiciaire, faillite, liquidation déficitaire*, CUP, vol. 120, Liège, Anthémis, 2010, pp. 35-39, n°s 59-66). La Cour de cassation a élaboré, par une série d'arrêts, une solution claire et équilibrée : la liquidation déficitaire est légale mais n'empêche pas une mise en faillite (Cass., 17 juin 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 624; *R.P.S.*, 1994, p. 415 et la note W. DERIJCKE), qui doit toutefois s'apprécier de façon spécifique eu égard à la situation de concours créée par la liquidation (Cass., 18 février 2005, *R.A.B.G.*, 2006, p. 625 et la note S. LOOSVELD; Cass., 14 janvier 2005, *Pas.*, 2005, p. 81; *T.R.V.*, 2005, p. 27 et la note M. WYCKAERT; Cass., 6 mars 2003, *Pas.*, 2003, p. 475 et les conclusions du ministère public; *J.L.M.B.*, 2004, p. 48). Ainsi, l'ébranlement du crédit réside-t-il soit dans le fait que la société a cessé de jouir de la confiance d'une majorité suffisante des créanciers, soit dans celui qu'un ou plusieurs créanciers retirent leur confiance à une liquidation entamée ou réalisée de manière préjudiciable pour les créanciers, négligente ou opaque. Plusieurs juridictions de fond ont fait application de ces principes durant la période examinée. Saisie d'une demande de faillite introduite par le fisc et l'O.N.S.S. contre une société qui avait transféré, en cours de liquidation, son fonds de commerce à une société appartenant aux mêmes actionnaires (opération qualifiée d'auto-cession ou de « *sterfhuisconstructie* » — à ce sujet, voy. F. ROZENBERG et R. AYDOGDU, « Auto-cessions et *sterfhuisconstructies* dans les procédures collectives », in *La cession d'une entreprise en difficulté*, CUP, vol. 159, Bruxelles, Larcier, 2015, n° 54, pp. 226-227), la cour d'appel de Liège a rejeté la demande aux motifs que la liquidation n'avait pas été décidée ni réalisée en fraude des droits des créanciers, que les liquidateurs (avocats inscrits à la liste des curateurs) avaient opéré en toute transpa-



rence et qu'il n'était pas démontré qu'une majorité suffisante des créanciers avait retiré sa confiance à la liquidation, les créances du fisc et de l'O.N.S.S. ne représentant qu'un peu plus de 27 % du total des créances (Liège, 30 juin 2011, *J.L.M.B.*, 2011, p. 1683). Dans le même sens, le tribunal de commerce de Bruges a jugé que le seul fait que le fondateur de la société en liquidation avait une créance en compte courant ne permettait pas de conclure que la liquidation avait été entamée ou serait opérée en fraude des droits des créanciers, dès lors que les liquidateurs réalisaient leur mission en toute transparence, que la majorité des créanciers maintenaient leur confiance dans la liquidation et que l'action, introduite par le quatrième plus important créancier de la société, paraissait uniquement motivée par la volonté de ce dernier, simple chirographaire, d'obtenir un paiement plus rapide que celui prévu par les liquidateurs pour les créanciers de son rang (Comm. Bruges, 6 mai 2013, *R.W.*, 2013-2014, p. 392). La cour d'appel de Mons a, au contraire, prononcé la faillite d'une société en liquidation après avoir constaté que le liquidateur négligeait d'établir et de publier les comptes annuels, de réclamer la libération du capital (dont il était débiteur en qualité d'associé) et que l'État belge, un des principaux créanciers, n'avait plus confiance dans la liquidation (Mons, 12 janvier 2011, *J.L.M.B.*, 2011, p. 1681).

149. — Report de la date de cessation de paiement d'une société en liquidation. — Alors que la date de cessation de paiement ne peut, en principe, être reportée plus de six mois avant le jugement déclaratif de faillite, l'article 12, alinéa 6, de la loi du 8 août 1997 sur les faillites permet toutefois, en cas de liquidation d'une personne morale menée dans l'intention de nuire aux créanciers, de fixer la date de cessation de paiement au jour de la décision de dissolution, fût-il antérieur de plus de six mois à la déclaration de faillite. La Cour de cassation a précisé que cette possibilité existait également pour les sociétés qui réalisent une liquidation de fait de leur patrimoine, sans qu'une décision de dissolution ait été formellement adoptée (Cass., 19 janvier 2006, *T.R.V.*, 2006, p. 424 et la note R. HOUBEN; *Pas.*, 2006, p. 183). Ce report exceptionnel au-delà de six mois n'existait pas sous l'empire de la loi du 18 avril 1851 sur les faillites, banqueroutes et sursis. La Cour de cassation a dès lors décidé que le principe de non-rétroactivité des lois (art. 2 C. civ.) empêchait que le juge qui déclare en faillite une société sous le régime de la loi du 8 août 1997 puisse, conformément à cette loi, fixer le moment de la cessation de paiement

à une date antérieure de plus de six mois à l'entrée en vigueur de la loi nouvelle et, partant, ouvrir la voie à d'éventuelles contestations d'actes accomplis en période suspecte avec des tiers (Cass., 1^{er} octobre 2009, *Pas.*, 2009, p. 2055 ; *R.D.C.*, 2010, p. 631).

SECTION III. — RESTRUCTURATION — FUSIONS —
SCISSIONS — APPORTS DE BRANCHE D'ACTIVITÉS (41)

§ 1^{er}. — *Fusions*

150. — Fusion par absorption. — Absence de personnalité juridique passive de la société absorbée. — Aux termes de l'article 671 du Code des sociétés, « la fusion par absorption est l'opération par laquelle une ou plusieurs sociétés transfèrent à une autre société, par suite d'une dissolution sans liquidation, l'intégralité de leur patrimoine, activement et passivement, moyennant l'attribution à leurs associés d'actions ou de parts de la société absorbante et, le cas échéant, d'une soulte en espèces ne dépassant pas le dixième de la valeur nominale des actions ou parts attribuées, ou à défaut de valeur nominale, de leur pair comptable ». La ou les société(s) absorbée(s) cesse(nt) immédiatement et de plein droit d'exister (art. 682, 1^o, C. soc.). Ainsi, la société absorbée ne conserve aucune personnalité juridique passive après la fusion (voy. p. ex. K. GEENS, « Les effets de la fusion », in *Les fusions et scissions internes de sociétés en droit commercial et en droit fiscal*, Bruxelles, éd. Jeune Barreau de Bruxelles, 1993, n^o 2, p. 134 ; K. GEENS, « Fusie en splitsing als constitutieve rechtshandelingen — Discontinuïteit van de ontbonden rechtspersoon en continuïteit van zijn aandeelhouders », in JAN RONSE INSTITUUT (ed), *De nieuwe fusiewetgeving 1993 — Vennootschapsrechtelijke en fiscale aspecten*, Leuven, Biblo, 1994, n^o 12, p. 21 et n^o 15, p. 23 ; T. TILQUIN, *Traité des fusions et scissions*, Anvers, Kluwer, 1993, n^o 61, p. 53.).

Cette absence de personnalité passive après la fusion a notamment des implications en matière fiscale. Plusieurs décisions soulignent qu'aucune disposition légale fiscale ou de droit commun ne prévoit un fondement juridique autorisant l'enrôlement d'une imposition au nom d'une société qui a cessé d'exister à la suite de la fusion.

(41) Rédigé par Eric Pottier.

Par jugement du 31 janvier 2007, le tribunal de première instance d'Hasselt avait permis l'enrôlement de cotisations fiscales subsidiaires au nom de la NV P. c/o NV N.B. après fusion par absorption de la première par la seconde avec effet au 1^{er} juillet 1997. Faisant application des principes énoncés ci-dessus, la cour d'appel d'Anvers a réformé cette décision et a annulé les enrôlements litigieux (Anvers, 3 novembre 2009, *F.J.F.*, 2011/260, p. 978). En effet, la NV P. a cessé d'exister dès le moment de la fusion de sorte que la cotisation litigieuse a été enrôlée au nom d'une société qui n'existait plus. Un raisonnement identique avait été suivi par la Cour de cassation dans un arrêt du 18 juin 2009 (Cass., 18 juin 2009, *Pas.*, 2009, I, p. 1586; *R.A.B.G.*, 2012, p. 630 et la note M. DELANOTE; *T.F.R.*, 2010, p. 653), auquel la cour d'appel se réfère expressément (voy. également dans le même sens: Anvers, 15 septembre 2009, *T.F.R.*, 2010, p. 655 et la note A. KIEKENS).

151. — Fusion par absorption. — Transfert du patrimoine actif et passif de la société absorbée à la société absorbante. — La fusion entraîne de plein droit la disparition de la société absorbée et le transfert de tous les éléments actifs et passifs de son patrimoine à la société absorbante (art. 682, 3^o, C. soc.). Les effets de la fusion sont opposables aux tiers dès l'accomplissement des formalités prescrites par l'article 683 du Code des sociétés; les créanciers de la société absorbée doivent donc s'adresser, lorsque la fusion leur est opposable, à la société absorbante.

Dans un arrêt du 9 février 2000, la Cour de cassation en a conclu qu'un pourvoi introduit par une société commerciale qui était partie à la procédure devant les juges du fond mais qui, à la suite d'une décision de fusion, avait été absorbée par une autre société avant l'instance en cassation, était irrecevable pour défaut d'intérêt et qualité du demandeur; le pourvoi ne pouvait être introduit que par la société absorbante puisque c'est contre elle que la décision attaquée pourrait constituer un titre (Cass., 9 février 2000, *Pas.*, 2000, p. 366; *R.D.C.*, 2000, p. 614).

Par application des mêmes principes, la société absorbante peut valablement interjeter appel d'une décision judiciaire à laquelle la société absorbée était partie, si cet appel est interjeté après que la fusion ait été rendue opposable aux tiers conformément à l'article 683 du Code des sociétés. C'est ce que la cour d'appel de Bruxelles a rappelé dans un arrêt du 26 novembre 2008 en soulignant qu'était recevable l'appel interjeté par la NV F., après publication aux annexes du *Moniteur belge* de la fusion par absorption de

la NV V. ; la NV F., société absorbante, n'a par hypothèse pas été liquidée et n'a donc jamais cessé d'exister (Bruxelles, 26 novembre 2008, *R.D.C.*, 2009, p. 1054).

De même, la signification d'un jugement faite à la demande d'une société commerciale qui a été absorbée postérieurement au prononcé de la décision ne peut produire d'effets juridiques dans la mesure où elle a perdu toute capacité d'agir personnellement en justice suite à cette absorption (Cass., 15 juin 2000, *J.T.*, 2001, p. 755 ; *Pas.*, 2000, p. 1097).

Dans les décisions évoquées ci-dessus, c'est la validité d'un acte introductif d'instance ou d'exécution d'une décision judiciaire qui est en cause.

La Cour de cassation a dû se prononcer dans une situation différente, à savoir celle du changement d'une partie à laquelle succède une autre, par suite d'une fusion par absorption, au cours de la même instance. Dans un litige qui a donné lieu à un arrêt du 8 février 2010, la cour d'appel de Mons avait autorisé le dépôt de conclusions au mois de septembre 2008 pour la partie appelante au nom de la société anonyme W. et la représentation de cette société à l'audience de plaidoiries du 30 novembre 2009 et l'arrêt avait mentionné cette personne morale comme partie appelante, alors que cette société avait été absorbée par la société A. au cours de l'instance d'appel, que cette fusion avait été publiée aux annexes du *Moniteur belge* dès le 7 février 2008 et que cette personne morale avait donc cessé d'exister dès cette date. La partie intimée s'est pourvue en cassation et a notamment fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir méconnu les règles légales relatives aux effets de la fusion ainsi que l'article 815 du Code judiciaire. La Cour de cassation a rejeté ces griefs comme manquant en droit dans un arrêt du 26 mai 2011 (Cass., 26 mai 2011, *Pas.*, 2011, I, p. 1488, concl. av. gén. HENKES)(42). La Cour rappelle qu'aux termes de l'article 815 du Code judiciaire, dans les causes où la clôture des débats n'a pas été prononcée, le décès d'une partie, son change-

(42) Comme le souligne T. Tilquin, la fusion ou la scission n'entraîne pas une modification de qualité donnant lieu à une reprise de l'instance (T. TILQUIN, *Traité des fusions et scissions*, Anvers, Kluwer, 1993, n° 440, p. 299 ; voy. également G.A. DAL et M. VAN DEN ABEELE, « Les fusions et scissions de sociétés commerciales », *R.P.S.*, 1993, pp. 247 et 248 ; K. GEENS, « Les effets de la fusion », in *Les fusions et scissions internes de sociétés en droit commercial et en droit fiscal*, Bruxelles, éd. Jeune Barreau de Bruxelles, 1993, n° 3, p. 135) — voy. *a contrario* pour un apport d'universalité : Cass., 4 janvier 2008, *T.R.V.*, 2009, p. 281 et la note D. VAN GERVEN, « Inbreng van een algemeenheid vereist een gedinghervatting ; fusie niet ».

ment d'état ou la modification de la qualité en laquelle elle a agi, demeurent sans effet tant que la notification n'en a pas été faite. Elle énonce ensuite que la fusion de deux sociétés par absorption de l'une d'entre elles n'affecte pas le cours d'une instance à laquelle la société absorbée est partie. La fusion par absorption ne provoque pas automatiquement l'interruption de l'instance ; la procédure suit son cours entre les parties initialement à la cause, même si l'une d'elles a cessé d'exister par effet de la fusion ; la décision rendue contre une société ayant cessé d'exister reste parfaitement valable (voy. les conclusions de l'avocat général HENKES, *Pas.*, 2011, I, pp. 1484 et s., citant not. G. BLOCK, « Transmission d'entreprises et transmission du procès », in *Actualités du droit*, 1995, pp. 293 et s. ; voy. égal. G. CLOSSET-MARCHAL, « Examen de jurisprudence, Droit judiciaire privé, 2002-2012 – Introduction et incidents de l'instance », *cette Revue*, 2014, n° 216, p. 243).

152. — Fusions. — Assouplissement des formalités. —

La loi du 8 janvier 2012 a transposé en droit belge la directive 2009/109/CE (du Parlement européen et du Conseil du 16 septembre 2009 modifiant les directives 77/91/CEE, 78/855/CEE et 82/891/CEE du Conseil ainsi que la directive 2005/56/CE en ce qui concerne les obligations en matière de rapports et de documentation en cas de fusions ou de scissions, *J.O.*, n° L 259, du 2 octobre 2009) en ce qui concerne les obligations en matière de rapports et de documentation en cas de fusions ou de scissions (43). L'article 693, dernier alinéa, du Code des sociétés, tel que modifié par l'article 4 de cette loi, dispose que : « six semaines au moins avant l'assemblée générale appelée à se prononcer sur la fusion, le projet de fusion doit être déposé par chacune des sociétés appelées à fusionner au greffe du tribunal de commerce du lieu d'établissement de son siège social respectif et publié soit par extrait conformément à l'article 74 soit par mention conformément à l'article 75, laquelle comporte un lien hypertexte vers un site Internet propre ». La doctrine s'est alors interrogée sur le point de départ de ce délai de

(43) Pour un commentaire de ces dispositions, voy. not. : A. TILLEUX et E. WEEMAELS, « Les nouvelles obligations en matière de fusions et de scissions — Le droit des sociétés se prépare à entrer dans le XXI^e siècle », *J.T.*, 2013, p. 145 ; P. VANDENDRIESSCHE et A. HERMANS, « Verslaggevings- en documentatieverplichtingen bij fusies en splitsingen anno 2012 », *R.D.C.*, 2012, pp. 663 et s. ; J. VERMEYLEN et A. DAUWE, « De binnenlandse en de grensoverschrijdende fusie- en splitsinsprocedures na de wet van 8 januari 2012: een kritische analyse », *R.W.*, 2012-2013, pp. 962 et s. ; Ph. MALHERBE, « Allègements et développements en matière de fusions », in *Droit des sociétés — Millésime 2011*, Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 341 et s.

six semaines : le jour du dépôt au greffe ou celui de la publication ? Répondant à une question parlementaire, la ministre de la Justice a indiqué qu'il s'agissait du dépôt. Elle a ainsi mis un terme à une incertitude dans la pratique des notaires lesquels, compte tenu du contrôle de légalité de l'acte qu'ils doivent effectuer conformément à l'article 700 du Code des sociétés, adoptaient une interprétation restrictive et considéraient que la publication constituait le point de départ du délai (Réponse du ministre de la Justice à la question de M. Kristof WATERSCHOOT sur la modification du Code des sociétés (n° 12567), www.dekamer.be, Rapport de la Commission de la Justice du 19 juin 2012, p. 17 ; D. HAEX, *R.D.C.*, 2012, p. 729).

153. — Fusion. — Légalité du projet de fusion. — Rapport d'échange. — Contrôle par le juge des référés. — Le juge des référés peut suspendre la tenue de l'assemblée générale appelée à se prononcer sur un projet de fusion lorsqu'il estime que ce dernier est entaché d'illégalité. Les intercommunales A. et T. étaient engagées dans un processus de fusion par absorption de la première par la seconde. La commune de L., détentrice de parts non entièrement libérées de l'intercommunale A., s'estimait lésée par le rapport d'échange proposé. Celui-ci était en effet établi en tenant compte du degré de libération des parts et non en fonction du capital souscrit. De ce fait, la commune devait recevoir 3.790 parts de T. entièrement libérées, alors qu'elle en aurait reçu 6.881 non entièrement libérées si le rapport d'échange avait tenu compte du capital souscrit. La commune voyait donc sa participation réduite à concurrence de la partie du capital non appelée, alors que les titulaires de parts entièrement libérées ne subissaient aucune réduction. Le président du tribunal de commerce de Liège considéra que ce rapport d'échange violait le principe d'égalité des actionnaires (Comm. Liège (réf.), 13 décembre 2010, *J.T.*, 2011, p. 887 ; *J.D.S.C.*, 2012, p. 57 et la note C. BROCAL ; *supra*, n^{os} 12 et 44, et *infra*, n^o 179). Le président rappela qu'une action souscrite comportait pour chaque actionnaire une part d'obligations, dont la mise à disposition de son apport en cas d'appel du capital non libéré, et de droits, à savoir prendre part au vote et percevoir les dividendes. La libération partielle n'a, en principe, lorsque le capital non libéré n'a pas été appelé, pas pour conséquence de diminuer les droits de l'actionnaire, sauf lorsque celui-ci y consent. La libération du capital ne peut donc, en aucun cas, constituer un critère autorisant le traitement différencié des actionnaires. Raisonner de la sorte revient en effet à considérer

l'action partiellement libérée comme une fraction d'action alors qu'elle représente une action entière à laquelle doivent être attachés les mêmes droits et les mêmes obligations.

L'ordonnance fait à cet égard référence à la position défendue par la Commission bancaire (*Rapport annuel*, 1978, p. 125 et *Rapport annuel*, 1981-1982, pp. 92-93). Selon la Commission bancaire, pour respecter l'égalité entre actionnaires, il convient soit de libérer le solde des actions avant l'établissement du rapport d'échange, soit de procéder à une réduction de capital dans le respect des dispositions légales, soit d'intégrer dans la structure de la société absorbante la créance de la société absorbée sur les actionnaires qui n'ont pas encore libéré la totalité du capital (voy. égal. P. HAINAUT-HAMENDE, « Les sociétés anonymes », *tiré à part du Rép. not.*, Bruxelles, Larcier, 2009, n° 870, p. 474; Y. DE CORDT, *L'égalité entre actionnaires*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 803; J.M. NELISSEN GRADE, « La réalisation de la fusion — Les opérations conduisant à la fusion », in *Les fusions et scissions internes de sociétés en droit commercial et en droit fiscal*, Bruxelles, éd. Jeune Barreau de Bruxelles, 1993, n° 9, p. 84; T. TILQUIN, *Traité des fusions et scissions*, Anvers, Kluwer, 1993, n° 221, p. 170).

Le président décide ensuite que cette rupture de l'égalité de traitement ne peut être motivée par la poursuite de l'intérêt social. En effet, la réduction implicite du capital de la société absorbée empêche la société absorbante d'appeler ultérieurement le capital non encore libéré, la privant ainsi de moyens financiers additionnels. Il en conclut que le projet de fusion est entaché d'illégalité, de sorte qu'il y a lieu de suspendre la convocation de l'assemblée générale appelée à se prononcer sur la fusion.

Cette décision a toutefois été réformée par un arrêt de la cour d'appel de Liège du 21 décembre 2010 (*J.T.*, 2011, p. 891; *supra*, n°s 12 et 44, et *infra*, n° 179). Les juges d'appel ont tout d'abord considéré qu'il n'y avait pas de principe contraignant selon lequel le rapport d'échange ne pourrait être établi que sur la base du capital souscrit et qu'il n'était pas exact que seule cette manière de procéder respecterait le principe d'égalité de traitement des actionnaires. Ensuite, s'inspirant de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle en matière d'égalité de traitement et de non-discrimination, la Cour décide que le fait de traiter de façon inégale des situations différentes ne constitue pas une discrimination interdite si ce traitement est justifié de manière objective et raisonnable. En l'espèce, tel était bien le cas. Une branche de

la société T., active dans le domaine de la télédistribution, enregistré de fortes pertes financières. C'est précisément pour éviter que la partie non libérée du capital des communes associées au sein de l'intercommunale A. ne puisse être appelée pour satisfaire les besoins de financement de T., que la méthode des parts en équivalent entièrement libérées avait été retenue pour l'établissement du rapport d'échange. Certes, cette méthode conduit à une réduction implicite du capital souscrit de la société A. et entraîne une dilution de ses actionnaires, mais ces derniers sont libérés de toutes les obligations de libération complémentaire du capital au sein de l'entité fusionnée; de plus, cette dilution est la conséquence de la décision que les associés prendront librement à l'assemblée générale dans le respect des conditions légales et statutaires de vote.

Cette décision a été, à juste titre, critiquée par la doctrine. Comme le relève le professeur Thirion, transposer en droit des sociétés le critère du caractère objectif et raisonnable emprunté au droit constitutionnel pour justifier une dérogation au principe d'égalité entre actionnaires est inapproprié; «l'intérêt social en tant que critère d'appréciation apparaît comme bien plus vague et flexible que le critère de la justification objective en droit public; le juge devra se limiter à une appréciation marginale, ne pouvant sanctionner une discrimination opérée par l'organe que lorsqu'elle apparaît comme manifestement contraire à l'intérêt social et dès lors arbitraire» (N. THIRION, «La protection de l'égalité des associés par le juge des référés», *J.T.*, 2011, n^{os} 9 et s., p. 882; C. BROCAL, «L'égalité des actionnaires selon le droit constitutionnel et l'égalité des actionnaires selon le droit des sociétés: le choix habile du bon critère», *J.D.S.C.*, 2012, pp. 69 et s.). On relèvera que le fait pour la société absorbante de ne pas pouvoir demander la libération du capital non appelé de la société absorbée est présenté comme la justification objective de la discrimination par la cour d'appel, alors que le premier juge l'avait précisément considéré comme contraire à l'intérêt social. Enfin, l'arrêt peut également être critiqué en ce qu'il semble admettre qu'une fusion par absorption puisse implicitement conduire à une réduction de capital de la société absorbée sans que les formalités légales aient été respectées à cet effet.

Une autre commune tentera, sans succès, d'obtenir en référé la suspension des effets des décisions prises en assemblée générale et approuvant la fusion (Comm. Liège (réf.), 18 janvier 2011, *J.T.*, 2011, p. 892; *supra*, n^o 44; voy. à ce sujet: N. THIRION, «La protec-

tion de l'égalité des associés par le juge des référés», *J.T.*, 2011, p. 883, n^{os} 12 et s).

154. — Fusion transfrontalière. — Possibilité d'établir un rapport unique par un commissaire désigné conjointement par les deux sociétés appelées à fusionner. — Les articles 772/1 et suivants du Code des sociétés, introduits par la loi du 8 juin 2008, ont transposé en droit belge la directive 2005/56/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 octobre 2005 sur les fusions transfrontalières des sociétés de capitaux (*J.O.*, n^o L 310/1, du 25 novembre 2005) (44).

Aux termes de l'article 772/9, § 1^{er}, du Code des sociétés, un rapport écrit sur le projet de fusion transfrontalière est établi dans chaque société, soit par le commissaire, soit, lorsqu'il n'y pas de commissaire, par un réviseur d'entreprise ou un expert-comptable externe désigné par les administrateurs ou les gérants. L'article 772/9, § 2, du Code permet toutefois la désignation d'un ou de plusieurs commissaires, réviseurs d'entreprises ou experts-comptables externes, sur demande conjointe des sociétés appelées à fusionner, pour examiner le projet de fusion transfrontalière et établir un rapport écrit unique destiné à l'ensemble des associés. Le président du tribunal de commerce doit approuver cette désignation conformément à l'article 588, 17^o, du Code judiciaire. La loi ne prévoyant aucune règle particulière relative à la compétence territoriale, il y a lieu de considérer que l'article 627 du Code judiciaire relatif à la confirmation de la nomination d'un expert indépendant désigné sur demande conjointe des sociétés qui fusionnent en vue de constituer une société européenne s'applique par analogie; c'est donc le président du tribunal de commerce du siège statutaire de la société belge qui est appelée à fusionner avec une société étrangère qui pourra être saisi par voie de requête (pour un cas d'application, Comm. Bruxelles (réf.), 4 octobre 2012, *T.R.V.*, 2013, p. 270 et la note F. DOBBELAERE « Aanstelling van een

(44) Pour un commentaire de ces dispositions, voy. not. J.P. SMEETS et R. FELTKAMP, « Transposition de la réglementation européenne concernant les fusions transfrontalières », *R.D.C.*, 2008, pp. 928 et s.; J.A. DELCORDE et T. TILQUIN, « La fusion transfrontalière de sociétés de capitaux en droit belge après la transposition de la directive 2005/56/CE », *R.P.S.*, 2009, pp. 7 et s.; D. WILLERMAIN, « Les fusions transfrontalières de sociétés », *J.T.*, 2009, pp. 581 et s.; S. MAQUET, « Les fusions transfrontalières en droit belge des sociétés », in *Actualités en droit des sociétés*, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 29 et s.; F. PARREIN, « De wet van 8 juni 2008 en de grensoverschrijdende fusie », *R.W.*, 2010-2011, pp. 306 et s.; F. DOBBELAERE et E. POTTIER, « A practical guide to cross-border mergers in Belgium », in *European Company Law Review*, 2013, vol. 10, n^o 6, pp. 187 et s.

gezamenlijke deskundige in het kader van grens-overschrijdende fusies »).

§ 2. — *Scissions*

155. — Scission. — Absence de personnalité juridique passive de la société scindée. — Aux termes de l'article 673 du Code des sociétés, « la scission par absorption est l'opération par laquelle une société transfère à plusieurs sociétés, par suite de sa dissolution sans liquidation, l'intégralité de son patrimoine, activement et passivement, moyennant l'attribution aux associés de la société dissoute d'actions ou de parts des sociétés bénéficiaires des apports résultant de la scission et, le cas échéant, d'une soulte en espèces ne dépassant pas le dixième de la valeur nominale des actions ou parts attribuées ou, à défaut de valeur nominale, de leur pair comptable ». La société scindée cesse immédiatement et de plein droit d'exister (art. 682, 1^o, C. soc.). Elle ne conserve aucune personnalité juridique passive après la scission (voy. par ex. K. GEENS, « Les effets de la fusion », in *Les fusions et scissions internes de sociétés en droit commercial et en droit fiscal*, Bruxelles, éd. Jeune Barreau de Bruxelles, 1993, n^o 2, p. 134; K. GEENS, « Fusie en splitsing als constitutieve rechtshandelingen — Continuïteit van de ontbonden rechtspersoon en continuïteit van zijn aandeelhouders », in JAN RONSE INSTITUUT (ed), *De nieuwe fusiewetgeving 1993 — Vennootschapsrechtelijke en fiscalerechtelijke aspecten*, Leuven, Biblo, 1994, n^o 12, p. 21 et n^o 15, p. 23; T. TILQUIN, *Traité des fusions et scissions*, Anvers, Kluwer, 1993, n^o 61, p. 53).

Ces principes s'appliquent notamment en matière fiscale: aucune imposition ne peut être enrôlée dans le chef de la société scindée, laquelle a cessé d'exister. Par conséquent, la décision du tribunal de première instance d'Anvers qui valide une telle imposition au motif que la société scindée est réputée avoir conservé une personnalité juridique passive durant une période de cinq ans après la scission ne peut être approuvée (Civ. Anvers, 15 juin 2009, *Cour. fisc.*, 2009, p. 672 et la note critique S. VERTOMMEN).

156. — Scission. — Protection des créanciers. — La société anonyme D. a été condamnée en première instance à payer une indemnité de plus de quatre millions de francs belges à la société anonyme S. Elle a interjeté appel de cette décision, qui n'était pas assortie de l'exécution provisoire. La société D. a ensuite

été scindée, ses actifs étant répartis de la manière suivante : des dettes garanties par des hypothèques (en ce compris les immeubles grevés) ont été transférées à une société existante (S.A. M.), tous les autres actifs et passifs étant transférés à une nouvelle société (S.A. De.). La dette à l'égard de la société S. a donc été transférée à cette nouvelle entité, qui a ensuite été déclarée en faillite.

Devant la cour d'appel de Mons, la société S. a postulé la condamnation solidaire des sociétés M. et De. au paiement de l'indemnité précitée. Les juges d'appel rejettent la solidarité et ne condamnent que la seule société De. en faillite.

La société S. a introduit un pourvoi en cassation contre cette décision, pour violation de l'article 174/38, § 3, L.C.S.C. (actuellement art. 686 C. soc.)(45). Le moyen invoqué à l'appui du pourvoi invitait la Cour à interpréter la notion de « dette certaine et exigible » figurant dans cette disposition de manière large, à la lumière de l'interprétation qui lui est donnée dans les articles 1414 et 1415 du Code judiciaire en matière de saisies conservatoires. Ainsi, toute dette dont l'existence est constatée et le montant déterminé par un jugement présenterait en principe ce caractère certain et déterminé, même si le jugement n'est pas exécutoire par provision ; le moyen s'appuyait à cet égard sur la nécessité d'assurer une protection particulière des créanciers en matière de scission qui se déduisait de l'article 12 de la directive 82/891/CEE du Conseil du 17 décembre 1982.

Par un arrêt du 14 octobre 2011, la Cour de cassation rejette le moyen. La Cour rappelle que la protection des créanciers titulaires d'une créance antérieure à la publication du projet de scission est assurée, si cette créance n'est pas échue, par la possibilité d'obtenir une sûreté à titre conservatoire et, une fois échue, par un mécanisme de solidarité qui en assure l'exécution. Elle considère ensuite que la directive 82/891/CEE du Conseil du 17 décembre 1982 n'impose pas aux États membres de prévoir un mécanisme de solidarité des sociétés bénéficiaires pour les obligations de la société scindée qui ne sont pas échues ; cette directive ne saurait, dès lors, justifier de donner des termes « certaines et exigibles » dont use l'article 174/38, § 3, L.C.S.C., une interprétation s'écarter-

(45) L'article 174/38, § 3, L.C.S.C. disposait que « les sociétés bénéficiaires demeurent solidairement tenues des dettes certaines et exigibles au jour de la publication aux annexes du *Moniteur belge* des actes constatant la décision de participation à une opération de scission, qui sont transférées à une autre société issue de cette scission. Cette responsabilité est limitée à l'actif net attribué à chacune de ces sociétés ».

tant du droit commun et, en particulier, de les entendre au sens qu'ils ont dans l'article 1415 du Code judiciaire qui, ne permettant d'obtenir que le bénéfice d'une mesure conservatoire, peut recevoir une plus large portée. Elle en conclut qu'une obligation qui résulte d'un jugement susceptible d'appel et non assorti de l'exécution provisoire ne peut être considérée comme certaine et exigible au sens de l'article 174/38, § 3, L.C.S.C. (Cass., 14 octobre 2011, *J.L.M.B.*, 2012, p. 155; *R.W.*, 2012-2013, p. 1032 et la note K. RENIERS; *T.R.V.*, 2012, p. 215 et la note T. BOEDTS et R. VANDER EECKT; *Pas.*, 2011, p. 2249).

Cette interprétation a été critiquée par une partie de la doctrine (voy. not., outre les notes critiques publiées sous l'arrêt, les critiques de R. TAS en matière de réduction de capital: *Winstuitering, kapitaalvermindering en -verlies in NV en BVBA*, Kalmthout, Biblo, 2003, n° 628, p. 432).

Partant du constat que les garanties des créanciers devaient être renforcées en cas de réorganisation du capital, des parlementaires ont déposé une proposition de loi visant, notamment, à amender l'article 686 du Code des sociétés (proposition de loi modifiant le Code des sociétés concernant les garanties des créanciers en cas de réorganisation du capital, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2012-2013, n° 532800/001). Cette proposition a donné lieu à la loi du 22 novembre 2013 (*M.B.*, 2013, p. 98.849). L'article 686 du Code des sociétés est désormais rédigé comme suit: «en cas de scission, les sociétés bénéficiaires demeurent solidairement tenues des dettes certaines et exigibles au jour de la publication aux annexes du *Moniteur belge* des actes constatant la décision de participation à une opération de scission, qui sont transférées à une autre société issue de la scission, ainsi que des dettes faisant l'objet d'une réclamation contre la société scindée, introduite en justice ou par voie d'arbitrage avant l'assemblée générale appelée à se prononcer sur la scission. Cette responsabilité est limitée à l'actif net attribué à chacune de ces sociétés» (pour un commentaire des modifications apportées par cette loi, voy. J. VAN RIEL, «De nieuwe positie van schuldeisers bij vermogens-herschikkingen na de wet van 22 november 2013», *T.R.V.*, 2014, pp. 21 et s.; D. HAEX, «De waarborgen van schuldeisers bij een kapitaal-herschikking», *Cah. Jur.*, 2014, pp. 42 et s.).

§ 3. — *Apports d'universalité*

157. — Apport d'universalité. — Opposabilité. — La S.A. C. a effectué en 2006 des apports de branches d'activité aux sociétés H. et T. Un actionnaire, qui n'était par ailleurs pas créancier de la société, a demandé qu'il soit dit pour droit que ces apports ne lui étaient pas opposables au motif qu'ils constituaient en fait un apport d'universalité non approuvé par l'assemblée générale conformément à l'article 761, § 1^{er}, du Code des sociétés. Son action était fondée sur l'article 769 du même Code en vertu duquel « tout tiers intéressé peut se prévaloir de l'inopposabilité à son égard des effets de l'apport réalisé en violation des articles 760 à 762 et 764 à 766 ». Réformant la décision du premier juge, la cour d'appel de Gand a considéré que la demande était irrecevable au motif que le demandeur, qui n'était pas créancier, ne pouvait être considéré comme un tiers intéressé au sens de cette disposition (Gand, 30 mai 2011, *NjW*, 2012, p. 181 et la note SDG). Cette décision doit être approuvée : l'article 761 du Code des sociétés a en effet pour objectif d'assurer la protection des créanciers et non des actionnaires (T. TILQUIN, « Le transfert d'une universalité ou d'une branche d'activité », *J.T.*, 1996, n° 51, p. 506 ; J. LIEVENS, *De reparatiewet Vennootschapsrecht — Een commentaar bij de wet van 13 april 1995*, Gent, Mys & Breesch, 1995, n° 353, p. 157 ; K. SELLESLAGS, *Inbreng en overdracht van bedrijfstak en algemeenheid — Aspecten van vennootschapsrecht*, Bruxelles, Larcier, 2004, n° 304, p. 185).

(À suivre)