

LES SITUATIONS DE BLOCAGE DANS LES SOCIETES ANONYMES

Par Paul Alain FORIERS, Avocat, Maître de Conférence à l' ULB.

PREMIERE PARTIE: LE BLOCAGE DU CONSEIL 9

1. Le blocage de la société par le conseil 9

2. Le blocage du conseil en raison d'un conflit d'intérêts 10

DEUXIEME PARTIE: LE BLOCAGE DE L'ASSEMBLEE
PAR ABSENCE DE MAJORITE 13

3. Du blocage de l'assemblée au blocage de la société - Généralités 13

4. La prévention des conflits dans les filiales communes 21

TROISIEME PARTIE: LE BLOCAGE DE LA SOCIETE
PAR LA MINORITE 27

5. La minorité de blocage et l'abus de minorité 27

6. Le blocage de la société résultant de l'existence même
de minoritaires 28

QUATRIEME PARTIE: LES SOCIETES A L'ABANDON 28

7. Généralités 29

8. Les comptes annuels de la société faillie 29

CONCLUSIONS GENERALES 30

NOTES 32

L'ADMINISTRATEUR PROVISOIRE, UN DERNIER RECOURS

Par B. TILLEMAN, Avocat, Collaborateur scientifique à la K.U.L.

I INTRODUCTION 38

II. LES CAS DANS LESQUELS UNE REQUETE
EN NOMINATION D'UN ADMINISTRATEUR PROVISOIRE
EST ADMISSIBLE 39

A. Généralités: le caractère urgent de la nomination 39

B. Absence de fonctionneemnt ou disfonctionnement
dans les organes de la société 40

C. Situation de blocage résultant de dissensions 41

D. Abus de majorité 43

E. L'administrateur provisoire en tant qu'instrument
de prévention d'une faillite 44

III. QUI PEUT REQUERIR LA NOMINATION
D'UN ADMINISTRATEUR PROVISOIRE? 46

IV. L'OPPORTUNITE DE LA DESIGNATION 48

V. DEFINITION DE LA FONCTION 49

VI. DUREE DE LA FONCTION 50

VII. CONCLUSION 50

NOTES 52

LES SITUATIONS DE BLOCAGE DANS LES SOCIÉTÉS ANONYMES ⁽¹⁾



Par Paul Alain FORIERS,
*Avocat,
Maître de Conférences à l'U.L.B.*

Il serait impossible dans le cadre de ce rapport d'aborder l'ensemble des situations de blocage, ni, a fortiori, l'ensemble des situations de conflit que l'on peut rencontrer dans la vie des sociétés.

Aussi ai-je pris le parti de faire un choix qui présente évidemment un certain degré d'arbitraire.

Mon exposé sera articulé autour de quatre thèmes dont je précise, dès l'abord, que je ne pourrai les traiter entièrement.

Dans une première partie, j'aborderai les blocages au niveau du conseil d'administration. Ceux-ci sont en principe temporaires s'il n'existe pas, par ailleurs, de blocage à l'assemblée.

Le blocage de l'assemblée par absence de majorité constituera, dès lors, naturellement le deuxième thème. C'est dans le cadre de celui-ci que j'examinerai le cas du dissentiment grave entre les deux associés d'une société «fifty-fifty».

La troisième partie sera consacrée au blocage de la société par des actionnaires minoritaires, soit parce qu'ils exercent les droits afférents à une minorité de blocage, soit parce que leur seule présence empêche la réalisation de certaines opérations qui impliquent qu'il soit porté atteinte à leurs droits.

Enfin, il m'a paru intéressant d'évoquer brièvement le problème des sociétés à l'abandon. C'est la question classique des sociétés faillies ou qui ont fait l'objet d'un concordat avec abandon d'actif, sans que des mesures de liquidation n'aient été prises par les organes sociaux compétents. Quid du fonctionnement de ces sociétés pendant la procédure collective? Quid de leur situation après la clôture de ces procédures? La question est peu examinée et la pratique diverge, en cette matière, assez largement du droit.

PREMIERE PARTIE: LE BLOCAGE DU CONSEIL

1. LE BLOCAGE DE LA SOCIETE PAR LE CONSEIL

1.1. Généralités

Il peut arriver en cours de vie sociale que la société soit paralysée en raison d'un blocage au niveau du conseil d'administration. Tel serait le cas où deux groupes d'administrateurs s'opposeraient systématiquement, en sorte qu'aucune majorité ne pourrait se dégager.

Si le conflit se situe au simple niveau de la gestion, donc des administrateurs eux-mêmes, les mécanismes sociaux doivent permettre de le résoudre.

Il suffira normalement à l'assemblée, soit de pourvoir au remplacement du conseil, soit de le compléter pour permettre à la décision collégiale de se former.

Lorsqu'en revanche, le conflit entre administrateurs ne fait que traduire un conflit entre deux groupes paritaires à l'assemblée, la convocation de l'assemblée ne fera que déplacer le différend. On retomberait ainsi dans le deuxième thème de mon exposé.

1.2. Difficultés dans la convocation de l'assemblée

Si la convocation d'une assemblée est le remède normal à la paralysie de la société résultant d'un blocage systématique au conseil, il pourra évidemment arriver que divisé, le conseil s'abstienne de convoquer les actionnaires. Il peut même arriver que fondamentalement opposés les uns aux autres, les administrateurs n'arrêtent pas les comptes annuels et ne convoquent pas l'assemblée appelée à statuer sur ceux-ci.

Les mécanismes légaux de la société anonyme comportent des solutions partielles à cette situation.

Tout d'abord, le conseil et les commissaires *doivent* convoquer l'assemblée à la demande d'actionnaires représentant le cinquième du capital social (art. 73, alinéa 2 des lois coordonnées). A défaut pour le conseil de déférer à la demande, le commissaire devra donc procéder à la convocation.

S'il devait refuser, ou si la société n'avait pas de commissaire, les actionnaires ayant formulé la demande pourraient saisir le juge - le cas échéant, s'il y a urgence, suivant la procédure du référé - aux fins de faire enjoindre au conseil de convoquer l'assemblée ou, à défaut de faire désigner un administrateur «ad hoc» chargé de procéder à la convocation des actionnaires et de veiller au bon déroulement de leur réunion⁽²⁾.

Ensuite, le commissaire pourrait, en vertu de l'article 73, alinéa 2 prendre l'initiative d'une convocation. Il devra cependant faire preuve, à cet égard, de la plus grande prudence. Contrôleur de la gestion, il doit prendre garde à ne pas

s'immiscer dans celle-ci. Il doit donc faire preuve de réserve et d'une certaine neutralité en cas de dissension entre administrateurs.

Le commissaire doit évidemment veiller au respect de la loi et des statuts (art. 64 octies des lois coordonnées). Il devrait, à cet égard, faire part au conseil des difficultés qui résulteraient de la situation de conflit en lui rappelant ses obligations légales, notamment - mais pas exclusivement - en matière de comptes annuels.

Au cas où la division du conseil empêcherait l'arrêt des comptes annuels et la convocation de l'assemblée appelée à statuer sur ceux-ci, il me semble que le commissaire aurait l'obligation de convoquer l'assemblée si ses représentations au conseil n'avaient pas été suivies d'effet.

La tenue de l'assemblée annuelle est en effet imposée par la loi (art. 73, alinéa 1).

Sans doute doit-on admettre que le commissaire tente d'abord de convaincre le conseil de lancer les convocations et qu'il ne se substitue pas à celui-ci sans l'avoir préalablement mis en demeure de s'exécuter pour éviter d'amplifier le conflit et de lui conférer un caractère public qui pourrait porter atteinte au crédit de la société (v. d'ailleurs art. 64 octies), mais en cas de refus du conseil, rien ne saurait dispenser le commissaire de procéder à la convocation de l'assemblée annuelle.

Indépendamment de cette hypothèse, le commissaire devrait, à mon avis, envisager de convoquer une assemblée si le blocage du conseil faisait courir, à l'évidence, à la société un péril grave et imminent qui impliquerait des mesures qui ne puissent être différées jusqu'à la prochaine assemblée annuelle. En convoquant une assemblée dans ce cas, le commissaire ne saurait évidemment se voir formuler de griefs; il n'abuserait, en effet, certainement pas de son droit de convocation. En n'agissant pas, il pourrait d'ailleurs engager sa responsabilité, s'il devait être jugé que tout reviseur normalement diligent et prudent, placé dans les mêmes circonstances, devait nécessairement estimer que la survie de la société était en cause et si, bien évidemment, il était démontré un dommage en relation causale avec cette faute - donc que l'assemblée aurait pu résoudre le conflit.

Le droit du commissaire de convoquer l'assemblée a, en effet, précisément pour but de permettre aux actionnaires d'adopter les mesures qui s'imposent pour la sauvegarde de leurs intérêts dans la société. Ce droit confère donc nécessairement des devoirs à son titulaire.

2. LE BLOCAGE DU CONSEIL EN RAISON D'UN CONFLIT D'INTERETS

2.1. La paralysie du conseil - remèdes

En dehors de tout différend entre administrateurs, le conseil peut être paralysé par suite de l'application de l'article 60 des lois coordonnées sur les sociétés commerciales.

Il se peut, en effet, que tous les administrateurs soient en situation de conflit ou, à tout le moins, que le quorum requis par les statuts ne puisse être atteint en raison du nombre d'administrateurs dans le chef desquels il y aurait conflit.

Cette situation pourrait se présenter, notamment dans des groupes de sociétés familiales administrées par des conseils dont la composition serait identique ou proche.

Sans doute, l'article 60 dispose-t-il dans sa rédaction actuelle que l'interdiction de prendre part aux délibérations ne s'applique pas si la dualité d'intérêts ne résulte que de la présence de l'administrateur en cause dans le conseil d'administration d'une ou de plusieurs sociétés concernées par les opérations ou les décisions⁽³⁾, mais dans les groupes familiaux, les administrateurs auront fréquemment des participations significatives dans les sociétés en cause, de sorte que cette dispense ne leur sera pas applicable.

La loi résout cette difficulté en matière de sociétés privées à responsabilité limitée, lorsque le gérant unique se trouve en conflit avec la société.

L'article 133 § 2 prévoit, dans ce cas, que le gérant s'en référera aux associés et que «la décision ne pourra être prise ou l'opération ne pourra être effectuée pour le compte de la société que par un mandataire *ad hoc*». Ce texte paraît ainsi indiquer, dans sa version actuelle, que les associés auront seulement à se prononcer sur la désignation du mandataire *ad hoc* et non sur le principe de l'opération puisque c'est à ce dernier qu'il appartient, depuis la réforme de 1991, non seulement d'effectuer l'opération⁽⁴⁾, mais encore de prendre la décision. Système à tout le moins compliqué, car on n'imagine pas que les associés procèdent à la désignation d'un mandataire *ad hoc* s'ils ne sont pas d'accord sur la décision à prendre.

En matière de sociétés anonymes, les lois coordonnées sont muettes.

Antérieurement à la loi du 6 mars 1973, il n'était toutefois pas douteux, à mon avis, que la question devait être soumise à l'assemblée qui pouvait, au besoin, prendre la décision. L'assemblée organe souverain de la société disposait en effet d'une plénitude de compétence (art. 70, alinéa 1 des lois coordonnées).

Ce système a cependant été renversé par la loi du 6 mars 1973 au profit du conseil d'administration (art. 54 des lois coordonnées) et l'on tend à admettre, à cet égard, qu'en dépit du maintien de l'article 70, alinéa 1, l'assemblée n'a, en principe, «d'autres pouvoirs que ceux qui lui sont attribués par la loi et les statuts dans les limites de la loi»⁽⁵⁾.

On peut cependant admettre, à mon sens, que si l'adoption du nouvel article 54 est venu limiter les pouvoirs de l'assemblée, cette limitation ne peut opérer que dans la mesure où le conseil d'administration est en mesure, légalement, d'exercer ses compétences. L'article 70, alinéa 1 retrouverait donc sa raison d'être lorsque l'article 60 paralyse les décisions du conseil.

Ronse enseignait, en tout cas, en 1975, qu'en cas de paralysie du conseil par application de l'article 60, la question devait être soumise à l'assemblée⁽⁶⁾. Cet enseignement est repris par J. Lievens sous l'empire de la loi du 18 juillet 1991⁽⁷⁾.

Reste à se demander ce que l'assemblée pourrait faire en pareille hypothèse.

A mon avis, l'assemblée pourrait autoriser le conseil à faire l'opération par application de l'article 70, alinéa 1 qui lui donne le pouvoir de «faire ou de ratifier les actes qui intéressent la société». Dût-on admettre que l'article 70, alinéa 1 ne lui conférerait plus ce pouvoir depuis la loi du 6 mars 1973 - même lorsque le conseil se trouve dans l'incapacité d'agir en vertu de la loi, quod non à mon sens - encore la solution se justifierait-elle par le fait qu'en autorisant l'acte, l'assemblée s'interdirait de le remettre en cause. On admet en effet généralement que l'assemblée puisse renoncer à l'avance à l'*actio mandati* pour un acte déterminé⁽⁸⁾. Et on peut considérer raisonnablement qu'ayant valablement renoncé à mettre en cause la responsabilité des administrateurs sur pied de l'article 60, elle ferme la porte à une action en nullité⁽⁹⁾. Cette dernière n'est, en effet, qu'une forme de réparation en nature de la transgression de l'article 60 par les administrateurs en cause et les tiers complices de celui-ci. La nullité, comme l'action en responsabilité, suppose, en effet, la démonstration que l'opération a procuré à l'administrateur en cause un avantage abusif au détriment de la société⁽¹⁰⁾. Elle ne peut, par ailleurs, porter atteinte aux droits des tiers de bonne foi, ceux-ci n'ayant commis aucune faute⁽¹¹⁾.

La seule objection que l'on pourrait formuler à l'encontre de cette thèse subsidiaire, serait la possibilité d'introduire une action en nullité, par la voie d'une action sociale minoritaire.

Sous cette réserve, la désignation d'un mandataire *ad hoc* ne se justifierait que si après l'adoption d'une décision de principe, des négociations devaient intervenir sur ses modalités.

Le pouvoir de l'assemblée de procéder à la désignation de pareil mandataire ne paraît pas faire de doute.

Si l'on admet la compétence de l'assemblée sur base de l'article 70, alinéa 1, la désignation d'un mandataire *ad hoc* ne soulève évidemment pas de difficulté.

Mais abstraction faite, même de l'article 70, alinéa 1, le pouvoir de l'assemblée semble encore justifié par une application analogique des articles 66 et 66bis relatifs à l'*actio mandati*, que l'on tend précisément en l'espèce à prévenir, et de l'article 133 en matière de S.P.R.L.

Refuser pareille compétence à l'assemblée conduirait d'ailleurs à des solutions incertaines ou excessives.

La première de celles-ci serait de demander la désignation par le tribunal d'un administrateur provisoire (art. 12, § 1, 3^o des lois coordonnées)⁽¹²⁾. Mais le tribunal serait-il compétent pour procéder à cette désignation de manière gracieuse en dehors de tout litige? On peut en douter...

La seconde consisterait, si le quorum statutaire n'était pas atteint, à compléter le conseil par des administrateurs qui ne seraient pas en situation de conflit d'intérêts, ou, si c'était impossible, à révoquer temporairement le conseil et à le remplacer par un conseil *ad hoc*. Mais cette mesure serait à l'évidence excessive.

Tout doit donc conduire à permettre à l'assemblée, en cas de blocage du conseil, en raison d'une dualité d'intérêts à procéder à la désignation d'un mandataire *ad hoc*.

2.2. Intervention du commissaire

En cas de recours préalable à l'assemblée, le commissaire-reviseur - ou, à défaut, un réviseur ou un expert comptable - devrait faire rapport par application de l'article 60 sur l'opération qui est proposée par le conseil. Les formalités prévues par l'article 60 § 1, alinéas 5 et 6 pour l'assemblée à laquelle il doit être fait rapport *a posteriori* sur les opérations réalisées dans le cadre de l'article 60, ont en effet pour but d'éclairer les actionnaires sur les conditions de l'opération. Elles doivent, à l'évidence, être transposées en cas de recours *préalable* à l'assemblée en raison de la paralysie du conseil.

Si un mandataire *ad hoc* était désigné, celui-ci devrait rendre compte de sa mission à la plus prochaine assemblée, par application des règles du mandat. Il y aurait, par ailleurs, lieu, à mon sens, à application analogique de l'article 60 § 1, alinéa 6 relatif au rapport du commissaire-reviseur. En effet, d'une part, le mandataire tient le rôle que le conseil aurait dû jouer s'il n'avait pas été empêché et, d'autre part, le rapport fait lors de l'assemblée appelée à statuer sur le principe de l'opération n'a pas porté sur toutes ses modalités.

DEUXIEME PARTIE: LE BLOCAGE DE L'ASSEMBLEE PAR ABSENCE DE MAJORITE

3. DU BLOCAGE DE L'ASSEMBLEE AU BLOCAGE DE LA SOCIETE - GENERALITES

3.1. Observations liminaires

En cas de parité de voix à l'assemblée, le projet de délibération est rejeté.

Lorsque cette situation se présente de manière occasionnelle, à l'occasion d'une question limitée, on ne saurait évidemment parler d'un blocage de la société, comme on ne saurait parler de blocage du conseil parce que celui-ci est divisé sur un point et rejette dès lors, une opération déterminée.

Il s'agit, tout au contraire, du fonctionnement normal des organes sociaux. Les divergences de vues sur des questions particulières peuvent d'ailleurs avoir un effet bénéfique, pour autant qu'elles ne soient pas l'expression de dissensions ou d'oppositions fondamentales de politiques.

C'est l'opposition systématique qui risque d'aboutir à la paralysie. Dans ce cas, bien souvent, la paralysie de l'assemblée ira de pair avec la paralysie du conseil. Le blocage de ce dernier n'étant que le reflet d'un conflit entre actionnaires.

En pareille occurrence, la situation du reviseur sera assurément délicate, ses moyens d'action légaux (représentations au conseil, rapport à l'assemblée, etc...) seront eux-mêmes paralysés dans leurs effets. Contrôleur neutre et indépendant de la gestion, il se retrouvera au coeur d'un conflit entre associés dans lequel il sera délicat de prendre parti, spécialement si aucune des parties n'a commis d'illégalité, le blocage résultant d'une simple divergence fondamentale de politiques.

C'est donc au cas par cas que le reviseur devra se déterminer et une ligne de conduite générale serait impossible à définir. Le rôle du reviseur dans le déblocage de la situation dépendra essentiellement de sa force de conviction.

Ce sera l'une ou l'autre des parties qui prendra dès lors normalement une initiative judiciaire, ce qui évitera, en pratique au reviseur de se poser la question de l'opportunité de prendre lui-même une initiative judiciaire, ce qu'il ne devrait faire qu'en tout dernier recours.

3.2. La limite du droit de blocage: l'abus d'égalité

3.2.1. Les principes

A la frontière entre l'abus de majorité et l'abus de minorité qui constituent aujourd'hui des figures classiques, se situe l'abus d'égalité.

Un arrêt de la cour d'appel de Dijon du 16 novembre 1983⁽¹³⁾ condamne ainsi à des dommages-intérêts l'un des deux associés d'une société pour s'être systématiquement opposé à toutes les résolutions proposées par son coassocié qui assurait la gestion.

On enseigne traditionnellement que l'abus de majorité ou de minorité doivent être abordés différemment selon qu'il s'agit d'une décision du conseil ou de l'assemblée.

Les administrateurs ne disposent en effet que de «droits-fonction». Ils doivent agir dans l'intérêt exclusif de la société dont ils assument la gestion⁽¹⁴⁾.

Le droit de vote des actionnaires présente en revanche un caractère mixte. Ainsi que l'écrit M. Coppens «le droit de vote apparaît tout à la fois comme un moyen de défense du patrimoine de l'actionnaire et comme un procédé de gestion de la société»⁽¹⁵⁾.

Indépendamment de l'intérêt de cette distinction sur le plan technique, notamment au fondement de la répression de l'abus - détournement de pouvoir ou abus de droit (ou méconnaissance du principe de l'exécution de bonne foi) - ⁽¹⁶⁾⁽¹⁷⁾, celle-ci implique une différence dans l'appréciation concrète de l'existence de pareil abus.

L'administrateur qui exerce un droit de fonction devra logiquement être traité plus sévèrement.

Cette particularité se reflète au demeurant dans la réglementation des conflits d'intérêts.

L'article 60 s'applique aux administrateurs et non aux actionnaires: l'actionnaire peut voter son élection comme administrateur comme il peut voter sa propre décharge.

La divergence tend cependant à se réduire en ce qui concerne l'actionnaire majoritaire qui exerce le contrôle de la gestion. La confusion de fait des rôles a depuis longtemps conduit une partie de la doctrine à émettre l'idée que les actionnaires majoritaires seraient tenus de «devoirs fiduciaires» à l'égard des minoritaires. Cette conception fondée sur une approche comparatiste a été vigoureusement défendue par la Commission bancaire⁽¹⁸⁾; elle était toutefois contestable en droit positif belge.

Elle trouve par contre aujourd'hui une consécration au moins partielle dans la réglementation des cessions de participations de contrôle.

Tous ces principes peuvent évidemment s'appliquer *mutatis mutandis* à l'abus d'égalité. Il échet d'observer à cet égard, que si l'actionnaire minoritaire ne saurait, en principe, se voir imposer de «devoirs fiduciaires» à l'égard du majoritaire, la situation d'égalité est sans doute susceptible d'imposer des devoirs plus étendus. La situation d'égalité - du moins lorsqu'elle est durable - impose une collaboration donc, en fait, un contrôle conjoint⁽¹⁹⁾.

L'intérêt social - certes distinct de celui des actionnaires - impose que chacun des associés ou des groupes d'associés tienne compte des intérêts de l'autre. A défaut, en effet, un conflit majeur risque d'entraîner la paralysie de l'entreprise. Il ne s'agit en réalité que de la transposition aux sociétés dotées de la personnalité du principe de l'exécution de bonne foi applicable au contrat de société.

3.2.2. La mise en oeuvre et les sanctions de l'abus d'égalité

3.2.2.1. Contrôle marginal

L'abus d'égalité, comme l'abus de majorité ou de minorité, ne peut être apprécié que de manière «marginale».

Cette expression signifie, en réalité, que le juge ne peut substituer sa propre appréciation à celle des organes sociaux, mais qu'il lui appartient, en revanche, de rechercher si l'attitude adoptée par l'administrateur ou l'actionnaire en cause a pu, ou n'a pas pu raisonnablement être adoptée par un administrateur ou un actionnaire normalement diligent et prudent, placé dans les mêmes circonstances, étant entendu qu'en présence d'un problème économique donné, plusieurs décisions peuvent le plus souvent être raisonnablement adoptées. Ainsi conçue, l'appréciation «marginale» ne constitue qu'une application des principes généraux relatifs à la définition d'une faute de comportement⁽²⁰⁾.

3.2.2.2. Les sanctions

L'abus étant ainsi caractérisé, il pourra être réparé, soit par équivalent, soit en nature.

La victime de l'abus pourrait donc demander des dommages-intérêts, mais elle pourrait également demander qu'il ne soit pas tenu compte du vote abusif au conseil ou à l'assemblée.

En cas d'abus de majorité, l'annulation de la délibération abusive constitue une application particulière de cette idée.

Certes, la doctrine s'est parfois montrée réticente à admettre - en cas d'abus de minorité - que le juge valide une décision qui n'aurait pas pu réunir la majorité requise⁽²¹⁾. Mais cette réticence n'est pas justifiable. Les principes de la responsabilité contractuelle ou quasi-délictuelle, comme la théorie de l'abus de droit, permettent en effet la réparation en nature ou plus exactement la réparation la mieux adaptée au cas spécifique⁽²²⁾.

Ces principes de droit commun doivent dès lors permettre au juge de ne pas tenir compte ou d'annuler le vote négatif du minoritaire et partant de reconnaître que la délibération a été acquise à la majorité requise⁽²³⁾.

Les mêmes principes peuvent être transposés à l'abus d'égalité.

Ce qui, en revanche, serait plus contestable, serait que le juge enjoigne à une partie d'exercer son vote dans un sens déterminé. Certes, la réparation en nature peut théoriquement consister en une injonction. En l'espèce, cependant les principes relatifs aux organes collégiaux, applicables aux assemblées, impliquent que les votes ne soient émis qu'à l'issue de débats susceptibles de les influencer et dont le juge ne saurait préjuger le contenu. Ainsi que L. Simont l'observe à juste titre, en contraignant une partie à voter dans un sens déterminé, le juge se substituerait aux organes sociaux et interférerait dans le processus normal de fonctionnement de ceux-ci⁽²⁴⁾.

Le contrôle d'un abus de minorité ou d'égalité ne se conçoit donc, en principe, qu'*a posteriori*.

La théorie d'abus d'égalité ainsi décrite, ne constitue cependant qu'un remède partiel aux situations de blocage.

En effet, la société peut être paralysée dans son développement par une divergence fondamentale de politiques à long terme entraînant des votes en sens opposés qui aboutissent à une impasse sans qu'aucun des deux groupes en présence ne puisse se voir imputer un abus, chacune des options étant économiquement défendables. Certes, en pareille hypothèse, le principe de l'exécution de bonne foi⁽²⁵⁾ devrait-il conduire les parties à rechercher des solutions constructives, mais il ne saurait aller jusqu'à imposer à l'une des parties de s'incliner devant l'autre⁽²⁶⁾.

Dans un autre ordre d'idées, les divergences de vues fondamentales entre associés aboutissent souvent à des conflits qui dégénèrent et où il devient difficile d'apprécier laquelle des deux parties abuse de son droit de bloquer les décisions. Tel est spécialement le cas dans les petites sociétés très fermées où les oppositions sur les options économiques ne sont que le reflet de conflits personnels entre associés, dont le caractère émotionnel ou psychologique est évident.

Les torts sont dès lors souvent partagés.

D'autres remèdes s'imposent donc.

3.3. Les autres remèdes judiciaires à la paralysie de la société

3.3.1. *L'administration provisoire*

Depuis longtemps, les juges des référés ont, en cas d'urgence, tenté d'organiser des situations d'attente en cas de blocage des organes sociaux par la désignation d'administrateurs judiciaires⁽²⁷⁾.

Il s'agit là d'une mesure grave qui ne peut être adoptée que pour protéger des intérêts sérieusement menacés. Il faudrait donc soit un abus de majorité manifeste qui risquerait de causer un préjudice irréversible, soit une paralysie des organes sociaux faisant courir des périls graves à la société⁽²⁸⁾.

Le juge des référés devra, évidemment, faire la «balance des intérêts» en présence, en ayant à l'esprit que dans certains cas la désignation d'un administrateur provisoire peut sérieusement porter atteinte au crédit de la société⁽²⁹⁾.

Le juge dispose pour le surplus de pouvoirs étendus pour déterminer la fonction de l'administrateur provisoire⁽³⁰⁾. A cet égard, il devra limiter la mission de l'administrateur à ce qui est strictement nécessaire à la sauvegarde des droits des parties intéressées.

L'administrateur provisoire ne doit donc pas nécessairement être substitué au conseil, il peut simplement y être adjoint, par exemple, pour permettre à une majorité de se dégager. Il peut, par ailleurs, être investi de missions limitées: convoquer et présider une assemblée, prendre certaines mesures conservatoires, accomplir tels ou tels actes déterminés.

3.3.2. *La dissolution pour justes motifs*

L'article 1865, 5° du Code civil prévoit que le contrat de société prend fin «par la volonté qu'un seul ou plusieurs expriment de ne plus être en société». Suivant l'article 1869, la règle ne s'applique cependant qu'à la société à durée illimitée. L'article 1871 dispose toutefois que la dissolution des sociétés à terme peut être demandée par l'un des associés avant le terme convenu, pour autant «qu'il y ait de justes motifs, comme lorsqu'un autre associé manque à ses engagements ou qu'une infirmité habituelle le rende inhabile aux affaires de la société, ou autres cas semblables, dont la légitimité et la gravité sont laissées à l'arbitrage des juges».

Cette disposition, empruntée à Pothier⁽³¹⁾, dépasse la simple application de l'article 1184 du Code civil, elle vise non seulement l'hypothèse d'un manquement au contrat de société ou d'une faute dans l'administration de celle-ci par l'un des associés (art. 1184 du Code civil), mais encore des hypothèses proches de la théorie des risques et tous autres cas jugés légitimes et graves par le juge. Aussi, l'article 1871 est-il appliqué classiquement à la «mésintelligence grave entre associés»⁽³²⁾.

La transposition de l'article 1871 aux sociétés de personnes, dotées de la personnalité juridique n'a guère fait de difficultés. Celles-ci conservent en effet un caractère contractuel marqué. En revanche, l'application de l'article 1871 aux sociétés de capitaux et spécialement aux sociétés anonymes était controversée⁽³³⁾.

La loi du 5 décembre 1984 a saisi l'occasion de la modification du régime de la durée des sociétés anonymes pour trancher la controverse.

Après avoir énoncé le principe de la durée illimitée, sauf disposition contraire des statuts, et prévu la possibilité d'une dissolution anticipée par l'assemblée délibérante dans les conditions requises pour la modification des statuts, elle a disposé que :

«Si aucune durée n'est fixée, les articles 1865, 5° et 1869 du Code civil ne sont pas applicables. La dissolution peut en outre être demandée en justice pour de graves motifs». (art. 102, alinéa 2 des lois coordonnées).

Ce faisant, la loi de 1984, consacrait l'application de l'article 1871 aux sociétés anonymes à durée limitée, mais l'étendait aux sociétés à durée illimitée⁽³⁴⁾.

L'article 102, alinéa 2 constitue dès lors, assurément, une porte de sortie en cas de blocage systématique ou de paralysie du mécanisme sociétaire⁽³⁵⁾.

La jurisprudence actuelle se montre toutefois extrêmement réticente à admettre son application. Elle ne l'utilise que comme mesure ultime et en désespoir de cause. La dissolution de la société est, en effet, de nature à entraîner des conséquences graves, non seulement pour les associés eux-mêmes, mais pour l'entreprise exploitée en société. Les cours et tribunaux considèrent, à juste titre, que les intérêts égoïstes de certains associés ne sauraient porter préjudice aux intérêts du personnel, des fournisseurs et des créanciers. C'est pourquoi, on peut admettre, pour reprendre l'expression du professeur Guyon, que «la dissolution judiciaire a un caractère subsidiaire» et qu'«elle ne doit donc pas être prononcée lorsqu'il existe d'autres moyens permettant la reprise d'une vie sociale normale»⁽³⁶⁾⁽³⁷⁾.

La simple mésentente, la simple commission d'un abus de majorité ou de minorité sont insuffisants pour justifier la dissolution. Des sanctions spécifiques peuvent en effet être appliquées - annulation des décisions abusives, nomination d'un administrateur provisoire, condamnation à des dommages-intérêts etc... -. Il faut donc «que les faits invoqués soient de nature à compromettre définitivement l'avenir de la société, à paralyser de façon durable la vie sociale»⁽³⁸⁾.

On ajoute par ailleurs que la dissolution ne saurait être demandée par celui qui est à l'origine du juste motif⁽³⁹⁾.

Ceci étant l'application de l'article 1871 ou de l'article 102 doit sans doute être modulée en fonction d'une part du caractère plus ou moins institutionnel du type de société envisagé et, d'autre part, du rôle effectivement joué par les associés, donc de l'*affectio societatis* indépendamment de la forme juridique de la société.

Il tombe sous le sens que l'article 1871 pourrait être plus aisément appliqué à la société en nom collectif au caractère contractuel marqué et où les associés sont indéfiniment responsables que l'article 102 à la société anonyme.

Le juge devra, toutefois, tenir compte des réalités. Il n'y aurait pas lieu à cet égard de traiter différemment une S.P.R.L. ou une société anonyme de même taille, ayant le même nombre d'associés. Certes, sur le plan purement technique, la S.P.R.L. constitue un moyen terme entre les sociétés de personnes et de capitaux. La distinction est cependant artificielle, lorsqu'on compare des sociétés de taille et d'actionnariat analogues.

C'est finalement le rôle effectif des associés dans la vie sociale qui est déterminant. Qui ne voit, à cet égard, que dans certains types d'activité, par exemple dans le domaine du conseil, la bonne entente des associés actifs est indispensable à la réussite, voire à la survie de l'entreprise et ce quelle que soit la forme de la société. Dans ce cas, le défaut de collaboration aura une conséquence directe sur l'entreprise et il sera vain de maintenir celle-ci en vie, alors qu'à défaut d'entente, elle est vouée à l'échec, la collaboration entre associés actifs étant en réalité irremplaçable.

Cette dernière observation est à mettre en rapport avec un courant marqué de la jurisprudence française consistant à utiliser l'article 1871, remplacé aujourd'hui par l'article 1844-7 du Code civil français, comme « mesure d'assainissement économique »⁽⁴⁰⁾, « chaque fois qu'il apparaît que la société n'est plus économiquement viable, notamment parce que les pertes s'accumulent sans espoir de retour à nouvelle fortune ou qu'il est impossible de trouver de nouveaux dirigeants ».⁽⁴¹⁾⁽⁴²⁾

Ce courant s'inscrit dans la même logique que la jurisprudence qui fait peser sur les dirigeants sociaux l'obligation de ne pas soutenir artificiellement une activité irrémédiablement compromise.

Quoi qu'il en soit la dissolution de la société pour juste motif a un champ d'application restreint en raison de la gravité de sa conséquence. Si elle peut être l'instrument utile d'une politique d'assainissement économique, elle est une solution généralement peu heureuse des conflits entre actionnaires.

3.3.3. *Le rachat forcé ou l'exclusion judiciaire*

Ce sont les inconvénients de la dissolution pour juste motif qui ont conduit les cours et tribunaux français à envisager des formes de « liquidation partielle » par le biais du « rachat forcé d'un associé », donc de son exclusion, en dehors de toute clause contractuelle ou statutaire⁽⁴³⁾.

Cette formule présente évidemment l'avantage de résoudre le blocage en laissant l'entreprise intacte.

A défaut de texte légal particulier organisant la faculté de rachat, cette jurisprudence est sérieusement controversée.

Ainsi que Th. Tilquin vient de le montrer dans l'intéressant article qu'il a publié à la Revue Pratique des Sociétés les principes généraux peuvent dans certains cas justifier la solution⁽⁴⁴⁾.

Après avoir, à juste titre, écarté l'idée de la résolution partielle du contrat de société pour inexécution fautive, qui est peu conciliable avec l'article 1871 et

difficilement applicable à la société anonyme, Th. Tilquin invoque essentiellement la théorie de l'abus du droit de ne pas contracter.

Le droit de ne pas contracter est incontestablement susceptible d'abus. C'est ainsi que depuis longtemps et indépendamment de l'application de textes légaux spécifiques, la jurisprudence sanctionne certains refus de vendre.

Une fois l'abus établi, on pourrait concevoir que le juge décide d'une réparation en nature des conséquences de celui-ci, en considérant que l'auteur du refus sera tenu de céder le bien litigieux aux conditions offertes.

En vain invoquerait-on à l'encontre de cette thèse qu'aucun contrat ne peut lier l'auteur du refus, à défaut de concours de volontés. En effet, l'auteur du refus serait tenu de céder aux conditions offertes, non en vertu d'un «contrat forcé», mais à titre de réparation en nature des conséquences préjudiciables de sa faute. Son obligation trouve donc sa source dans la théorie de l'abus de droit et l'article 1382 du Code civil.

On observera, à cet égard, que c'est très exactement ce mécanisme qui est à la base de la théorie classique du mandat apparent - qui, comme on le sait, était fondée sur l'article 1382 du Code civil. Ayant laissé développer une apparence trompeuse, le mandant apparent est tenu des actes conclus⁽⁴⁵⁾ en son nom par le mandataire apparent à titre de réparation en nature des conséquences de sa faute. Il est donc bien tenu d'actes conclus sans son consentement.

En soi, la solution proposée par M. Tilquin ne heurte donc aucun principe du droit privé⁽⁴⁶⁾.

Les conditions d'application de cette sanction ne seront cependant que très rarement réunies⁽⁴⁷⁾.

En effet, tout d'abord, elle supposera une offre de rachat par l'un des associés des titres de l'autre. La situation du rachat par la société de ses propres actions tant sur le plan du droit des sociétés que le droit fiscal excluront en effet que l'offre de rachat émane de la société.

Ensuite, un abus de droit devra être commis par le destinataire de l'offre de rachat. Il conviendrait donc d'établir qu'il n'a aucun intérêt légitime à demeurer actionnaire, donc qu'il a refusé de contracter sans réel intérêt, ou à tout le moins que l'intérêt de l'actionnaire opposant est sans proportion avec la gravité des conséquences de son refus pour l'autre partie.

Or, a priori, deux actionnaires en situation d'égalité ont évidemment le même intérêt légitime.

On ne pourrait donc, en pratique, concevoir un abus que dans le chef d'un actionnaire qui entendrait provoquer la dissolution de la société tout en refusant de céder ses actions à son associé qui aurait formulé une offre supérieure à ce qu'il aurait pu obtenir dans le cadre de la liquidation.

Mais encore, dans ce cas, le refus ne serait-il pas nécessairement abusif⁽⁴⁸⁾. On peut, en effet, concevoir qu'un associé ait intérêt à la dissolution pour avoir la possibilité de reprendre certains apports en nature, ou mettre fin à une activité

concurrente des siennes qui n'avait été acceptée que parce qu'il s'agissait d'une entreprise commune, etc...

Refuser la prorogation d'une société constituée pour un terme limité, dans une optique bien précise, n'est pas en soi abusif.

De même en cas de dissolution pour juste motif, le refus d'accepter une offre de rachat émise par le défendeur n'est-il pas nécessairement constitutif d'un abus de droit.

La partie en faute pourrait en effet difficilement faire obstacle à la demande en dissolution, en faisant une offre de rachat à l'autre partie et en prétendant ensuite que la demanderesse en dissolution abuserait de ses droits en refusant son offre. Sans doute, la seule commission d'une faute par la victime d'un abus de droit ne la prive pas du droit d'invoquer cet abus. Mais, il va de soi que les tribunaux refuseront, à juste titre, d'admettre l'existence d'un abus de droit dans de telles conditions dès lors que le demandeur en dissolution exerce à la fois le droit que lui confère l'article 102 à raison de la faute commise par le défendeur et le droit fondamental de refuser de ne pas contracter.

En droit positif belge, le rachat forcé n'apparaît donc que comme une solution extrêmement limitée⁽⁴⁹⁾.

3.3.4. L'exclusion d'un actionnaire ensuite de la résolution pour inexécution fautive d'un pacte d'actionnaires

Ainsi que le souligne Th. Tilquin, on pourrait concevoir des cas de «rachat» d'un actionnaire, qui seraient consécutifs à la résolution pour inexécution fautive d'un accord entre associés relatif à la gestion de la société⁽⁵⁰⁾.

Cette hypothèse devrait toutefois rester exceptionnelle.

En effet, elle suppose, d'une part, un accord entre associés, qui par définition, serait violé. Elle suppose, d'autre part, que la résolution de cet accord affecte la qualité d'actionnaire des parties à celui-ci, ce qui, en général, ne sera pas le cas. La situation pourrait cependant se présenter exceptionnellement dans l'hypothèse où l'associé fautif aurait acquis ses titres de son partenaire dans le cadre d'une convention plus vaste et indivisible, relative à la création d'une entreprise commune par prise de participation. Dans ce cas, effectivement, la résolution de la convention pourrait entraîner la résolution de la vente qui lui est indissociablement liée.

4. LA PREVENTION DES CONFLITS DANS LES FILIALES COMMUNES

En cas de création d'entreprises communes, les parties ont le loisir d'inclure dans leurs accords des mécanismes préventifs des situations de blocage.

Classiquement, deux formules peuvent être envisagées: les clauses de rachat et l'arbitrage d'un tiers.

4.1. Les clauses de rachat

Les clauses de rachat peuvent prendre la forme de clauses statutaires ou de dispositions contractuelles.

4.1.1. Les dispositions statutaires

On admet assez généralement aujourd'hui que le *jus fraternitatis* ne fait pas obstacle à ce que le contrat de société, donc les statuts⁽⁵¹⁾, comporte une clause de rachat ou de cession forcée des droits sociaux dans certaines hypothèses, pour autant que tout risque d'arbitrage soit exclu⁽⁵²⁾. La règle est étendue aux sociétés dotées de la personnalité juridique⁽⁵³⁾.

L'article 52bis des lois coordonnées consacre expressément cette analyse, puisqu'il permet aux statuts de modaliser le rachat par la société de ses propres actions.

L'article 48 § 4 permet, quant à lui, que les statuts organisent le rachat des actions sans droit de vote.

Enfin, on admet de longue date la validité de la clause d'exécution en bourse comme sanction de la non libération⁽⁵⁴⁾.

La licéité des clauses de rachat ou de cession forcée ne fait pas de difficultés lorsqu'elles imposent le respect de l'égalité des actionnaires (rachat proportionnel aux participations détenues ou rachat d'actions tirées au sort)⁽⁵⁵⁾.

Il en va autrement des clauses qui permettent d'exproprier un actionnaire déterminé. Pareilles clauses organisent en effet un mécanisme d'exclusion d'un associé au profit de la société ou d'autres associés.

Il est, à cet égard, admis longtemps que les clauses d'exclusion sont licites lorsqu'elles constituent la sanction d'un manquement par l'associé à ses obligations et qu'elles n'entraînent pas sa spoliation⁽⁵⁶⁾. Il s'agirait dans ce cas d'une modalisation du pacte commissaire exprès pour l'adapter à la société anonyme.

Le rachat par la société, à titre de sanction, est cependant difficilement compatible avec la réglementation des rachats d'actions en vigueur depuis la loi du 5 décembre 1984 (art. 52bis des lois coordonnées modifié aujourd'hui par la loi du 18 juillet 1991).

En effet, l'article 52bis impose que l'offre de rachat soit faite à tous les actionnaires qui doivent être traités également. L'article 48 § 4 exprime la même idée lorsqu'il impose le rachat d'actions sans droit de vote par catégorie entières.

Or, ces dispositions sont impératives - sinon d'ordre public⁽⁵⁷⁾.

On notera, en tout cas, que la réglementation même du rachat d'actions, qui suppose l'intervention des organes sociaux, rend malaisée l'utilisation du système en cas de blocage de la société.

Ces objections seraient évidemment écartées s'agissant de mécanismes permettant un rachat par des associés.

Il semble, à cet égard, qu'aucune disposition légale n'interdise d'organiser un droit d'option statutaire au profit d'une catégorie d'actionnaires sur les actions de l'autre catégorie⁽⁵⁸⁾. Il ne semble pas que ce type de clause tombe sous le coup de l'article 41, § 2 des lois coordonnées, dans la mesure où il n'a pas pour objet de restreindre la cessibilité des actions.

Il faudrait, toutefois, à mon avis, que ce mécanisme n'aboutisse pas à permettre à un groupe d'actionnaires d'exclure discrétionnairement un autre groupe.

Certes, semblables clauses seraient constitutives d'options d'achat, en principe licites. Leur inclusion dans les statuts les rattachent cependant au mécanisme sociétaire. Elles trouvent dès lors une limite dans le *jus fraternitatis*.

Les statuts devraient, dès lors, prévoir les cas dans lesquels l'option pourra être exercée et le prix d'exercice⁽⁵⁹⁾.

Quelles que soient leurs modalités, les clauses statutaires ne sont guère heureuses comme moyen d'éviter un blocage dans une entreprise commune.

Tout d'abord, dans la mesure où elles impliqueraient l'intervention d'organes sociaux, elles risqueraient de voir leur fonctionnement paralysé.

Par ailleurs, leur mise en oeuvre peut être compromise par le contrôle que le juge pourra exercer sur la cause d'exclusion et son caractère plus ou moins discrétionnaire.

Enfin, elles peuvent se révéler inopportunes dans la mesure où elles font apparaître aux tiers un risque de conflit.

Il est dès lors préférable de recourir à des mécanismes conventionnels.

4.1.2. Les dispositions conventionnelles

Il est fréquent, à cet égard, que les pactes d'actionnaires, conclus entre les groupes contrôlant conjointement une filiale commune, organisent «une porte de sortie» sous la forme d'options croisées ou réciproques.

Bien évidemment, ces clauses ne constituent pas toujours une solution parfaite. Il se peut, en effet, que les parties ne souhaitent pas, en cas de désaccord, que l'entreprise passe sous le contrôle exclusif de l'une d'elles, mais veuillent au contraire reprendre leurs apports en nature, par exemple telle ou telle usine ou tel ou tel brevet. Des mécanismes appropriés devraient, dès lors, être prévus, si l'on voulait éviter la dissolution, par exemple, pour des raisons fiscales.

S'inscrivant dans un cadre purement contractuel, ces clauses peuvent être rédigées plus souples que des clauses statutaires, qui, par nature même, doivent prendre la forme de dispositions générales et impersonnelles susceptibles d'être appliquées tant aux actionnaires actuels qu'aux actionnaires futurs.

On peut, par ailleurs, penser que ces conventions échappent aux règles impératives du droit de sociétés dans la mesure où elles seraient exclues des statuts.

Une certaine prudence s'impose cependant sur ce point à la lumière de la jurisprudence relative aux clauses léonines. On sait, en effet, que la jurisprudence belge, à l'instar de certaines décisions françaises, a condamné, au titre de l'arti-

de 1855 du Code civil, des conventions de portage comportant des engagements de rachat ayant pour effet d'exonérer le porteur de pertes⁽⁶⁰⁾. Or, cette jurisprudence ne peut s'expliquer que par l'idée que certains engagements extra-statutaires peuvent tomber sous le régime de la société. Et la solution adoptée en matière de portage pourrait, a fortiori, s'appliquer aux conventions d'actionnaires. En effet, si le portage est une opération financière qui est en réalité étrangère au mécanisme de la société, les pactes d'actionnaires entre fondateurs d'une filiale commune sont, quant à eux, intimement liés à la société et constituent en quelque sorte des arrangements «parastatutaires»⁽⁶¹⁾.

On peut, dès lors, se demander si les conventions qui organisent le retrait ou l'exclusion d'un associé ne devraient pas être soumises aux mêmes principes que les clauses statutaires ayant le même objet.

N'échapperaient à ce système que les options qui seraient liées à une opération de cession de participation et non, à proprement parler, au mécanisme sociétaire.

Il reste cependant que la doctrine actuelle fait une nette distinction entre les pactes d'actionnaires d'origine conventionnelle et les dispositions statutaires⁽⁶²⁾. Cette position est à rapprocher de certains arrêts récents de la Cour de cassation de France, qui limitent l'application de l'article 1855 du Code civil aux dispositions des statuts⁽⁶³⁾.

Cette jurisprudence est certes choquante à première analyse, dans la mesure où elle repose sur une distinction purement formelle. On peut toutefois se demander si elle ne se justifie pas pour les sociétés de capitaux qui présentent un caractère institutionnel marqué. En effet, les arrangements contractuels entre actionnaires présentent une nature juridique radicalement distincte des dispositions statutaires, différence qui ne se retrouve pas dans les sociétés de personnes et, a fortiori, dans les contrats des sociétés.

On pourrait, dès lors, en déduire que, par nature, ces conventions d'actionnaires sont étrangères à la société anonyme qu'elles concernent et dont elles ne peuvent, au demeurant, modifier en tant que tel le fonctionnement légal et statutaire.

Sous le bénéfice de ces observations, les clauses les plus variées se rencontrent en pratique. Les seuls problèmes spécifiques qu'elles suscitent concernent la détermination du prix. Dans la mesure où elles s'analysent en options d'achat ou de vente, elles doivent en effet comporter un prix déterminé ou, à tout le moins, déterminable, fût-ce par l'intervention d'un tiers au sens de l'article 1592 du Code civil.

Certaines clauses peuvent, le cas échéant organiser un système d'enchères. Tel est le cas de la clause dans laquelle une partie peut offrir à l'autre de lui racheter ses titres à un prix fixé et où en cas de refus de vendre, le destinataire de l'offre initiale est obligé de faire offre de racheter son cocontractant à un prix supérieur de 5% et ainsi de suite⁽⁶⁴⁾.

4.1.3. Des clauses de rachat aux accords relatifs à la liquidation

On observera, pour clore cette question, que les clauses de rachat ou de retrait peuvent ne constituer que des mécanismes imparfaits. Ainsi en serait-il s'il était

inconcevable dans l'esprit des parties que l'entreprise commune puisse continuer ses activités sous le contrôle exclusif de l'une d'elle. Dans ce cas, les accords d'actionnaires devraient modaliser la dissolution de la société⁽⁶⁵⁾.

L'examen de ces modalités dépasserait sans conteste l'objet de ce rapport.

4.2. L'arbitrage d'un tiers

4.2.1. *Les insuffisances de l'arbitrage au sens strict - à la recherche de formules d'arbitrage économique*

Les accords entre associés peuvent évidemment prévoir des clauses arbitrales. Celles-ci ne constituent cependant pas un mode de prévention des conflits mais un mode de solution. Par ailleurs, l'arbitrage, sous la forme classique, suppose un litige au sens technique du terme. Il est donc mal adapté à la solution des différends de nature économique. Celle-ci supposera en effet des appréciations de politique économique, en opportunités étrangères à toute règle de droit. Elle nécessitera, par ailleurs, fréquemment une réadaptation des accords des parties⁽⁶⁶⁾⁽⁶⁷⁾.

C'est donc vers d'autres formules qu'il conviendra de se tourner⁽⁶⁸⁾. Celles-ci s'inspireront le plus souvent de la théorie de la « tierce décision obligatoire » (« bindende derden beslissing ») ou « de l'avis contraignant » (« bindend advies »)⁽⁶⁹⁾.

Une première solution consisterait à désigner au conseil d'administration un administrateur tiers, auquel les parties font confiance, et qui serait spécialement chargé de départager celles-ci⁽⁷⁰⁾.

Cette solution demeure cependant imparfaite, dans la mesure où elle ne permet de prévenir les blocages qu'au conseil d'administration et non à l'assemblée. Il convient, dès lors, de compléter ce mécanisme en attribuant au tiers une participation dans le capital de la société ou, à tout le moins, des parts bénéficiaires dotées du droit de vote. Le tiers actionnaire, qui peut cumuler la qualité d'administrateur, intervient ainsi comme fiduciaire des deux parties.

4.2.2. *La fiducie comme technique de règlement des différends*⁽⁷¹⁾

En soi, le mécanisme est simple, chacun des deux associés transmet une action à un tiers - qui peut être une personne physique ou une personne morale.

Ce transfert n'intervient cependant qu'à titre fiduciaire, en ce sens que le tiers n'est investi de la propriété des actions cédées qu'en vue d'assurer la mission qui lui est confiée, à savoir « arbitrer » les divergences de vues entre associés. Au terme de sa mission, il devra donc rétrocéder les actions qui lui ont été cédées, ou le cas échéant, qu'il a directement souscrites.

En l'absence de contrat nommé de fiducie en droit belge,⁽⁷²⁾ l'opération peut se réaliser techniquement par le biais d'une vente d'actions - ou le cas échéant par le biais d'une souscription directe - ⁽⁷³⁾ associée à un mandat irrévocable⁽⁷⁴⁾

consentie conjointement par les deux parties au tiers concerné et à une option d'achat levable, soit à l'expiration d'un certain terme, soit à une date fixée de commun accord entre parties.

Cette opération est en soi licite. Elle pose cependant certaines questions au regard du droit des sociétés.

Tout d'abord, le mandat conjoint implique en réalité un pacte de votation. En effet, le tiers s'oblige, dans l'intérêt de ses mandats, à ne voter qu'en vue de trancher des divergences de vues sans avoir égard à son intérêt personnel.

La loi du 18 juillet 1991 consacre toutefois la validité des pactes de votation dans certaines conditions. Or, celles-ci seront en principe remplies (art. 74ter des lois coordonnées). L'intérêt social commande, en effet, l'intervention du tiers. Par ailleurs, celui-ci prendra sa décision de manière indépendante de la société, de ses filiales et de leurs organes sociaux. L'article 74ter des lois coordonnées aurait, en réalité, pour seul effet de limiter la convention à cinq ans.

Ensuite, se pose la question de l'article 200 des lois coordonnées. En effet, on pourrait songer à soutenir que le tiers n'est pas véritablement propriétaire des actions avec lesquelles il vote.

La portée de l'article 200 doit toutefois être appréciée au regard de la modification de l'article 76 des lois coordonnées par la loi du 18 juillet 1991. L'article 200 était en effet, à l'origine, essentiellement conçu comme une sanction des fraudes aux limitations légales en matière de droit de vote. Il ne faisait pas de doute, à cet égard, qu'un transfert de propriété fiduciaire ayant pour but de tourner l'article 76 devait tomber sous le coup de l'article 200.⁽⁷⁵⁾

Aujourd'hui l'article 200 n'apparaît plus en principe⁽⁷⁶⁾ que comme une technique permettant d'assurer la transparence de l'actionnariat.

Or, il ne fait pas de doute que dans l'opération envisagée, l'intention réelle des parties est bien de transférer effectivement la propriété au tiers pour qu'il exerce le droit de vote, même si certaines restrictions sont apportées conventionnellement à l'exercice de ce droit. En outre, l'opération n'est en rien occulte et n'a nullement pour objet de dissimuler l'identité d'un actionnaire aux autres associés.

Le transfert de propriété des actions n'intervient en réalité que pour renforcer les pouvoirs du tiers. On pourrait en effet concevoir, à la limite, que celui-ci se voie attribuer un mandat irrévocable de voter

avec certaines actions qui resteraient appartenir aux parties et qu'il vote en qualité de mandataire représentatif; mais cette formule poserait la question, controversée en doctrine et en jurisprudence, de l'intervention personnelle du mandant dans l'accomplissement de l'acte qu'il a confié au mandataire⁽⁷⁷⁾.

On peut donc conclure que dans l'état actuel du droit positif, le recours à la fiducie comme mécanisme de prévention ou d'arbitrage des conflits entre actionnaires ne se heurte à aucun principe fondamental⁽⁷⁸⁾.

TROISIEME PARTIE: LE BLOCAGE DE LA SOCIETE PAR LA MINORITE

5. LA MINORITE DE BLOCAGE ET L'ABUS DE MINORITE

5.1. Minorité de blocage légale ou statutaire

La loi prévoit, comme on le sait, des majorités qualifiées à l'assemblée pour réaliser certaines opérations, à savoir essentiellement des opérations impliquant une modification des statuts.

Indépendamment de ces majorités qualifiées, les statuts peuvent dans un but de protection des minorités, prévoir des majorités spéciales tant à l'assemblée qu'au conseil.

Il va de soi que certaines décisions peuvent être bloquées par le jeu normal de ces dispositions légales statutaires.

Soulignons une fois encore qu'en soi ce blocage n'est en rien critiquable. Il est au contraire prévu par la loi sur les statuts afin de sauvegarder les intérêts de la minorité.

5.2. L'abus de minorité

Le droit de la minorité de bloquer les décisions sociales connaît sa limite naturelle dans la théorie de l'abus de minorité que j'ai déjà évoquée largement à propos de l'abus d'égalité⁽⁷⁹⁾.

Rappelons seulement que l'abus doit s'apprécier différemment selon qu'il s'agit d'une décision du conseil ou de l'assemblée et que le juge, loin de pouvoir se substituer au minoritaire, devra rechercher si un administrateur ou un actionnaire minoritaire placé dans les mêmes circonstances a pu ou n'a pas pu raisonnablement adopter l'attitude critiquée.

Pour le surplus indépendamment d'une éventuelle action en dommage-intérêts, la sanction normale de l'abus de minorité sera l'annulation du vote abusif et, par là, la validation de la délibération bloquée.

Ces points étant précisés pourraient constituer un cas d'abus de minorité :

- le fait de s'opposer à la prorogation de la société à des fins de chantage pour valoriser la cession de sa participation;
- le fait de s'opposer à une restructuration à l'évidence indispensable de la société⁽⁸⁰⁾;
- dans un ordre d'idées un peu différent, le fait d'utiliser un droit de présentation statutaire pour obtenir la désignation d'un administrateur objectivement inacceptable par la majorité⁽⁸¹⁾.

Mais rappelons que dans chacun de ces cas, le juge doit examiner la situation *in concreto*. Le fait de s'opposer à la prorogation d'une société, même en présence d'une offre de rachat de sa part n'est pas nécessairement illicite. Elle peut s'expli-

quer par l'insuffisance objective de l'offre comme par l'intérêt légitime à cesser l'exploitation d'une entreprise constituée dès le départ pour un terme bien déterminé - par exemple, une société *ad hoc* constituée pour un groupe d'opérations bien limitées.

Par ailleurs, même en cas de restructuration nécessaire, la minorité pourrait opposer un vote négatif si les modalités de celle-ci lui causaient inutilement un préjudice.

6. LE BLOCAGE DE LA SOCIETE RESULTANT DE L'EXISTENCE MEME DE MINORITAIRES

L'existence d'une minorité peut, dans certains cas, empêcher la réalisation de certaines opérations intéressantes pour la société alors même que les minoritaires ne seraient pas en mesure de s'y opposer parce que ne disposant pas du nombre de voix suffisant.

Le praticien connaît, à cet égard, les inconvénients de conserver dans une société quelques pourcents d'actions réparties «dans le public». Celles-ci peuvent empêcher des opérations utiles à la société par le simple fait qu'elles constitueraient un abus de majorité par rupture d'égalité de traitement⁽⁸²⁾.

C'est pourquoi plusieurs législations étrangères organisent des mécanismes de rachats forcés⁽⁸³⁾.

Dans l'attente d'une pareille législation en Belgique, les moyens d'action de la majorité sont limités: O.P.A. à un prix intéressant assortie, le cas échéant, d'une menace de mise des titres au nominatif ou de retrait de la cote, etc...

Il paraît délicat à cet égard de prétendre que les minoritaires qui s'opposeraient à la cession de leurs titres commettraient un abus de droit.

Le plus souvent, en effet, l'opération envisagée n'est pas indispensable à la survie de la société et, par ailleurs, d'autres solutions pourraient être adoptées. L'offre de rachat n'a donc pour but que de délier les majoritaires de leurs obligations à l'égard des minoritaires.

En dehors de dispositions conventionnelles ou statutaires⁽⁸⁴⁾ et de l'application de l'article 48 § 4 relatif aux actions sans droits de vote⁽⁸⁵⁾ l'exclusion des minoritaires ne saurait dès lors résulter que de l'annulation du capital social résultant de la constatation de la perte totale de celui-ci et de la reconstitution d'un nouveau capital⁽⁸⁶⁾. Dans cette hypothèse, toutes les actions anciennes seraient, en effet, traitées sur pied d'égalité. Mais il va de soi que cette opération ne pourra intervenir que dans un nombre limité de cas.

QUATRIEME PARTIE: LES SOCIETES A L'ABANDON

Le problème des sociétés à l'abandon mériterait sans doute en lui-même une étude complète.

Aussi me bornerai-je ici à quelques observations qui n'ont nullement la prétention d'épuiser un sujet qui n'est guère étudié.

7. GENERALITES

Il est constant que la simple déclaration de faillite d'une société n'entraîne pas sa mise en liquidation.

La Cour de cassation a, par ailleurs, décidé à juste titre qu'il en était de même du dépôt d'une requête en concordat judiciaire, même par abandon d'actif⁽⁸⁷⁾, solution qui, à mon avis, peut être étendue à la clôture d'une faillite par insuffisance d'actif⁽⁸⁸⁾.

L'article 1865, 2° ne pourrait entraîner la dissolution de plein droit de la société anonyme par perte «de la chose» que si la perte du fonds social correspondait à l'objet social.

Aussi de nombreuses sociétés faillies subsistent-elles, abandonnées par leurs organes et leurs associés.

Cette situation est malsaine. Et si la société a un reviseur, il appartient à ce dernier de veiller à ce que la situation juridique soit rendue conforme à la situation économique.

Il est dès lors prudent qu'il invite le conseil à réunir une assemblée aux fins de prononcer la mise en liquidation de la société. La commission juridique de l'Institut avait d'ailleurs souligné qu'il était souhaitable que l'assemblée soit convoquée en cas du dépôt d'une requête en concordat par abandon d'actif dans la mesure où cette procédure impliquait *en fait* une liquidation⁽⁸⁹⁾.

Rappelons qu'il est en tout cas certain que des comptes doivent être établis par le conseil en place pour la période antérieure à la dissolution et que ces comptes doivent être vérifiés par le commissaire⁽⁹⁰⁾. Ce même si l'assemblée, en cas de faillite, ne pourrait pas décharger le conseil de sa responsabilité, l'action social appartenant au curateur.

8. LES COMPTES ANNUELS DE LA SOCIETE FAILLIE

Si la société faillie est mise en liquidation, les comptes annuels de liquidation doivent être établis par le liquidateur (art. 187 des lois coordonnées).

Le dessaisissement de la société résultant de la faillite empêche cependant le liquidateur de rendre compte de sa mission. Les règles d'ordre public de la faillite lui interdisent dès lors d'établir des comptes annuels.

La question est en revanche plus délicate si la société n'est pas dissoute. On n'aperçoit pas en effet pourquoi la société, à l'instar d'une personne physique⁽⁹¹⁾, ne pourrait pas *théoriquement* réentreprendre des activités commerciales.

Le conseil devrait évidemment rendre compte de cette nouvelle activité, comme il devrait rendre compte de la gestion qu'il poursuivrait dans le cadre d'un concordat après faillite.

Si la poursuite des activités est décidée dans le cadre d'un concordat après faillite, la présentation des comptes n'offre guère de difficultés, puisque le failli est remis à la tête de ses affaires⁽⁹²⁾. Il en va autrement si en cours de procédure de faillite, le conseil devait, par extraordinaire, réentreprendre une nouvelle activité. On voit mal comment les comptes pourraient être présentés. La question étant théorique, je ne crois cependant pas devoir m'y étendre.

Mais, c'est précisément ici que la situation devient manifestement malsaine. La société subsiste normalement sans activités nouvelles, à l'abandon. En réalité, les administrateurs qui feraient ce choix devraient proposer la dissolution à l'assemblée. A défaut, il est donc souhaitable que le commissaire convoque l'assemblée à la fois à cet effet (art. 73, alinéa 2) et aux fins de faire acter sa démission, ses réserves une fois faites.

On relèvera, à cet égard, que l'article 104 des lois coordonnées permet à tout intéressé de demander la dissolution d'une société anonyme dont l'actif net est inférieur au capital minimum prévu par l'article 29. A la limite donc le commissaire pourrait assigner en dissolution⁽⁹³⁾.

Il me paraît cependant que, sauf cas exceptionnel, le reviseur ne devrait pas aller jusque là et pourrait, sans commettre de faute, démissionner de ses fonctions (art. 64 quinquies).

CONCLUSIONS GENERALES

Que conclure au terme de ce rapport sommaire sur des situations multiples?

Tout d'abord, c'est l'évidence, que les situations de blocage sont variées et que les solutions à celles-ci sont loin d'être parfaites.

Ensuite, que dans de nombreux cas, le blocage d'une décision sociale résulte du jeu normal des règles légales et statutaires et que, dans cette mesure, il n'appartient pas d'y apporter remède.

Des remèdes ne s'imposent qu'en cas d'abus ou de blocage systématique.

A cet égard, indépendamment des mesures classiques en matière d'abus d'égalité, ou de minorité, et de la dissolution pour justes motifs, la jurisprudence, surtout française, tend à admettre l'idée de l'exclusion judiciaire d'un associé pour permettre la poursuite des activités sociales.

Enfin, le domaine des sociétés à l'abandon reste incertain et une intervention législative à cet égard serait sans conteste souhaitable.

Quant au reviseur, devant des situations aussi diverses, il est impossible de lui définir une ligne de conduite uniforme. C'est d'ailleurs pourquoi dans certaines parties de mon exposé, j'ai volontairement fait abstraction de celui-ci.

C'est en réalité au cas par cas qu'il devra se déterminer.

Je crois cependant devoir attirer l'attention sur deux principes de base.

Certes, neutre en tant que contrôleur, le reviseur doit toutefois prendre ses responsabilités et le cas échéant, faire usage des prérogatives que lui réserve la loi - par exemple en convoquant une assemblée. A défaut, il engagerait sa responsabilité.

Dans les cas extrêmes, il pourra évidemment démissionner. Mais, la démission ne peut être une fuite. Elle ne peut intervenir que comme dernier remède. Investi d'une mission légale qui n'intéresse pas uniquement les associés, le reviseur doit s'efforcer de l'accomplir au mieux. En voulant échapper à ses responsabilités par la démission, il pourrait au contraire l'engager.

NOTES

- 1) Rapport présenté lors du séminaire organisé le 21 novembre 1991 par l'Institut des Reviseurs d'Entreprises à Diegem. Je remercie Me Manuela von Kuegelgen, avocat au barreau de Bruxelles, assistante à l'U.L.B., pour l'aide qu'elle m'a apportée à la réunion de la documentation qui est à la base du présent rapport.
- 2) En revanche, il paraît douteux que les actionnaires puissent être autorisés à convoquer eux-mêmes, la loi ne leur reconnaissant aucun droit à cet égard. Sur la désignation d'un administrateur *ad hoc* chargé notamment de convoquer une assemblée, cons. récemment Comm. Bruxelles (Réf.) 18 octobre 1988, *T.R.V.*, p. 145 et la note BVB et réf. citées p. 156.
- 3) Par contre, les autres formalités de l'article 60 semblent devoir être observées dans ce cas et ce, en dépit des considérations ambiguës du rapport de la Commission du Sénat (*Doc. parl.*, Sénat, 1107-3 (1990-1991), 140; Comp. Exposé des motifs; *Doc. Parl.*, Sénat, 1107-1 (1990-1991), 75. En effet, à l'invitation du conseil d'Etat, le texte finalement adopté indique que l'administrateur commun, qui n'aurait pas un autre intérêt personnel à l'opération, est seulement relevé de son obligation de ne pas prendre part à la délibération (v. texte soumis au conseil d'Etat et avis dudit conseil, *Doc. Parl.*, Sénat, 1107-1 (1990-1991), 141 et 162).
- 4) Pour les sociétés d'une personne, v. art. 133 § 3.
- 5) Simont, L., *La loi du 6 mars 1973 modifiant la législation relative aux sociétés commerciales*, Bruxelles, Bruylant 1975, note (131), p. 35; Ronse, J., *De Vennootschapswetgeving*, 1973, *Story's RV*, 1973, n° 308.
- 6) Ronse, J., *Algemeen Deel van het Vennootschapsrecht*, 1975, p. 405.
- 7) Lievens, J., *De nieuwe Vennootschapswet*, (1991), p. 93.
- 8) Van Ommeslaghe, P., «Développements récents de la responsabilité civile professionnelle en matière économique» in *L'évolution récente du droit commercial et économique*, Bruxelles, éd. J.B., 1978, p. 33; Simont, L., «Le devoir d'information, sanctions et responsabilités», Liège, C.D.V.A., 1979, p. 379; Ronse, J., et autres, *T.P.R.*, 1986, n° 196, p. 1236.
- 9) En ce sens, Lievens, J., o.c., p. 95.
- 10) Du moins telle est la solution qui résulte du texte. Le représentant du Ministre semble cependant avoir considéré devant le Conseil d'Etat que l'action en nullité pouvait sanctionner un simple vice de forme (voy. *Doc. parl.*, Sénat, 1107-1 (1990-91), p. 162).
- 11) On comparera également la situation à la possibilité qu'a le mandant d'autoriser son mandataire à se porter contrepartie et à renoncer à la nullité de l'article 1596 du code civil sur ce point, cons. Foriers, P.A., «Le droit commun des intermédiaires commerciaux: courtiers, commissionnaires, agents», in *Les intermédiaires commerciaux*, Bruxelles, Ed. J.B., 1990, n° 50, p. 66.
- 12) Sur cet article, Simont, L., o. c., p. 17 et suiv.
- 13) *Gaz. Pal.*, 1983, II, 740, note A.P.S.; *D.*, 1984, IR, 394, note Bousquet et Selinsky.
- 14) Simont, L., «Réflexions sur l'abus de majorité», *Liber amicorum Jan Ronse*, n° 14, p. 323 et réf.; Geens, K., «De bescherming tegen de bescherming», *T.R.V.*, 1988, n° spécial *De bescherming van de minderheidsaandeelhouder*, n° 11; Ralet, O., et Kileste, P., «Droit et protection de l'actionnaire minoritaire», *R.D.C.*, 1989, n° 50, p. 860.
- 15) Coppens, P., «L'abus de majorité dans les sociétés anonymes», n° 55 et 56 cons. aussi. Simont, L., o.c., l.c. et réf.
- 16) Comp. Dieux, X., La responsabilité civile des associés en matière de sociétés commerciales. Evolutions récentes in *La Responsabilité des associés, organes et préposés des sociétés*, Bruxelles, Ed. J.B., 1991, p. 57 et s., spéc. n° 5 et s., p. 70 et s. qui rattache de manière générale la matière de l'abus de majorité ou de minorité aux articles 1382 et 1383 du Code civil.
- 17) L'examen de ces fondements dépasserait le cadre de ce rapport.

- 18) Cons. sur cette doctrine contestable Witterwulghe, O.P.A., *L'offre publique d'acquisition, une analyse juridique*, Bruxelles, 1988, p. 193 et s.; Van Ommeslaghe, P., «Rapport général», *Droits et devoirs des sociétés mères à l'égard de leurs filiales*, Anvers, Kluwer, 1985, n° 9 et s., p. 69 et s.; Foriers, P.A.; Maussion, Fr. et Simont, L., *L'abus de pouvoirs ou de fonctions en droit commercial belge*, *Travaux de l'Association Henri Capitant*, T. XXVIII (1977), spéc. p. 189 et réf. citées.
- 19) Le terme est utilisé dans son sens courant.
- 20) Comp. Cornélis, L., «*Principes du droit belge de la responsabilité extracontractuelle, L'acte illicite*», Bruxelles, Bruylant, 1991, n° 35, 36 et 52, qui considère à tort, à mon avis, que la théorie de l'abus de droit est autonome, v. sur ce point n° 53.
- 21) V. Guyon, *Droit des affaires*, 3° éd., 1984, n° 456; Hémard, Terré et Mabilat, *Sociétés commerciales*, T. II, 1974, n° 390.
- 22) Ronse, J., «*Schade en schadeloosstelling*», 2° éd., n° 278.
- 23) Cons. Simont, L., o.c., *Liber Amicorum Jan Ronse*, n° 19, p. 330 et 331, v. plus récemment Tilquin, Th., «Les opérations d'assainissement du capital...» *R.D.C.*, 1991, spéc. n° 21, p. 21 et s., v. en France: Boizard, M., *L'abus de minorité*, *Rev. soc.*, 1988, n° 22, p. 379.
- 24) Simont, L., o.c., *Liber Amicorum Jan Ronse*, n° 20, p. 331 et s. et réf., v. Mons, 23 mars 1989, *T.R.V.*, 1989, p. 343 et la note Neefs et Blommaert, réformant Comm. Tournai (Réf.), 17 février 1989, *R.P.S.*, 1989, p. 75.
- 25) Spécialement dans les filiales communes où les actionnaires sont liés par un réseau de conventions.
- 26) Cons. sur ce point Reymond, Cl., «Filiale commune et Joint Venture - Quelques problèmes spécifiques», in *Modes de rapprochement structurel des entreprises. Tendances actuelles en droit des affaires*, C.D.V.A., XXXVIII séminaire 19-20 novembre 1986, spéc. p. 75
- 27) Parfois par la désignation de «séquestres», ce qui, techniquement, est moins heureux, la mission de ces séquestres dépassant de loin celle d'un simple dépositaire; Comm. Tongres (Réf.) 17 février 1989, *T.R.V.*, 1990, p. 266; Bruges, 5 décembre 1985, *R.D.C.*, 1987, p. 377, cons. Lindemans, D., «Een sekwester als beheerder bij vennootschapsgechillen», *R.D.C.*, 1987, p. 325.
- 28) Cons. notamment, Comm. Bruxelles (réf.), 17 mars 1987, *R.P.S.*, n° 6471, Comm. Bruxelles, 15 janvier 1988, *T.R.V.*, 1988, p. 384, note Tyteca, J., Comm. Bruxelles, 7 mars 1989, *T.R.V.*, 1990, p. 567.
- 29) Pour des cas récents de désignation, Comm. Bruxelles (Réf.), 18 octobre 1988, *T.R.V.*, 1989, p. 145; Comm. Charleroi (Réf.), 11 juillet 1989, *R.P.S.*, 1990, p. 90 confirmé par Mons, *R.P.S.*, 1990, p. 188; Comm. Liège (Réf.), 15 novembre 1990, *R.D.C.*, 1991, p. 915; Comm. Bruxelles (Réf.), 26 février 1991, *R.D.C.*, 1991, p. 922.
- 30) Pour un exemple frappant de modulation des pouvoirs de l'administrateur provisoire, v. Comm. Bruxelles (réf.), 18 octobre 1988, *T.R.V.*, 1989, p. 145 déjà cité.
- 31) *Du contrat de société*, n° 152.
- 32) Van Ryn, T. I, 1° éd., n° 346.
- 33) V. notamment Van Ryn, t. I, 1° éd., n° 346 et réf. citées.
- 34) Sur l'article 102 nouveau, cons. notamment Benoît-Moury, A., «Des justes motifs de dissolution des sociétés commerciales de l'art. 1871 du Code civil à l'art. 102 des L.C.S.C.», *Liber Amicorum Jan Ronse*, p. 147 - 168; Tilquin, Th., *Les conflits dans la société anonyme et l'exclusion d'un associé*, *R.P.S.*, 1991, p. 1 et s., spéc. n° 11 et s., p. 14 et s.
- 35) Benoît-Moury, A., o.c., *l.c.*, p. 161, n° 11.
- 36) Guyon, Y., «*Droit des affaires*», 2° éd., n° 207; cons. aussi Benoît-Moury, A., o.c., *l.c.*, n° 9, p. 158; Martin, D., «L'exclusion d'un actionnaire», *Rev. jur. com.*, 1990 (numéro spécial), p. 100; Tilquin, Th., o.c., *R.P.S.*, 1991, n° 13, p. 17 et réf.

- 37) Cons. Comm. Tongres, 16 novembre 1989, *T.R.V.*, 1990, 263; v. cependant pour l'admission de la dissolution: Comm. Hasselt 8 avril, *T.R.V.*, 1991, 315; Anvers, 15 décembre 1987, *T.R.V.* 1988, p. 453, note MW; plus anciennement cons. Bruxelles, 10 février 1964, *R.P.S.* 1964, p. 153; Comm. Anvers, 3 mars 1962, *R.P.S.* 1964, p. 154; Comm. Bruxelles, 10 novembre 1965, *R.P.S.* 1966, p. 88.
- 38) Benoît Moury, A., o.c., *Liber Amicorum Jan Ronse*, n° 11, p. 161.
- 39) V. Van Ryn, T. I, n° 346; Lehrer, J., La dissolution des sociétés pour justes motifs, *R.P.S.*, 1962, p. 1991; Paris, 29 octobre 1980, D. 1981, *Jur.*, p. 44 et les concl. de M. l'avocat général Jeol. La règle est, en tout cas, certaine si ce motif consiste en une faute (comp. art. 1184 du Code civil). Dans les autres hypothèses, elle est discutable et contraire à la tradition, v. Pothier, o.c., n° 152.
- 40) Benoît-Moury, A., o.c., *Liber Amicorum Jan Ronse*, p. 157.
- 41) C'est moi qui souligne.
- 42) Guyon, Y., o.c., n° 206, *in fine*.
- 43) Cons. Stork, «La continuation d'une société par l'élimination d'un associé», *Rev. soc.*, 1982, p. 233; de Bermond de Vaux, «La mésentente entre associés pourrait-elle devenir un juste motif d'exclusion d'un associé d'une société?», *J.C.P.*, 1990, II, 15921; D. Martin, o.c., *Rev. jur. com.*, 1990 (n° spécial), p. 94, spéc. p. 95 et s.; Cons. Reims, 24 avril 1989, *J.C.P.* 1990, II, 15677, *R.P.S.*, 1991, p. 55
- 44) Cons. Tilquin, Th., o.c., *R.P.S.*, 1991, p. 1 et s.
- 45) Eventuellement la vente d'un de ses biens.
- 46) V. dans le même sens Dieux, X., o.c., *La responsabilité des associés, organes et préposés des sociétés*, Bruxelles, Ed. J.B. 1991, n° 10, p. 93 à 95.
- 47) Comp. dans le même sens Dieux, X., o.c., p. 95.
- 48) V. notamment Liège, 9 novembre 1981, *R.P.S.*, 1981, p. 145 confirmant Comm. Liège, 20 janvier 1981, *R.P.S.*, 1981, p. 292.
- 49) Dans le même sens Dieu, X., o.c., *l.c.*
- 50) O.c., *R.P.S.* 1991, n° 44, p. 50
- 51) Je n'examinerai pas dans le cadre de ce rapport la question de savoir si pareille clause peut être introduite par voie de modification aux statuts, ou doit être prévue dès l'origine, sur ce point, v. Martin, D., o.c., *Rev. jur. com.*, 1990 (n° spécial), p. 107 et s.
- 52) Comp. Van Ryn, T. I, 1° éd., n° 338.
- 53) Cons. Caillaud, B., «*L'exclusion d'un associé dans les sociétés*», Paris, Sirey, 1966.
- 54) Van Ryn, T. I, 1° éd., n° 531 et s.
- 55) L'article 48 § 4 prévoit cependant que les rachats d'actions sans droit de vote doivent porter sur l'intégralité de la catégorie d'actions sans droit de vote à laquelle elles appartiennent.
- 56) Van Ryn, T. I, 1° éd., n° 338.
- 57) Comp. Tilquin, Th., o.c., *R.P.S.*, 1991, n° 30, p. 40.
- 58) Toute autre est la question de savoir si ce type de clause peut être introduite en cours de vie sociale.
- 59) V. en ce sens Martin, D., o.c., *Rev. jur. com.*, 1990 (n° spécial) p. 108 et s. Pareilles modalités ne seraient, en revanche, pas applicables au droit de retrait qui serait organisé par le biais d'une option de vente.
Pareille clause n'implique, en effet, aucun mécanisme d'exclusion. Un droit de retrait inconditionnel serait cependant peu opportun. Il convient, par ailleurs, d'éviter que les modalités du droit de retrait le rende critiquable au regard de l'article 1855 du Code civil.

- 60) Comm. Bruxelles, 6 janvier 1982, *J.C.B.*, 1982, p. 538; *R.P.S.*, 1982, p. 58; Bruxelles, 3 décembre 1986, *R.P.S.*, 1987, p. 45, note van Gerven, D.; sur la problématique du portage en France, cons. notamment Witz, Cl., «Spécialité et validité des opérations de portage de titres de sociétés», note sous Trib. Gde Instance, Lille, 28 octobre 1986; *Rec. Soc.* 1987, p. 602; Schmidt, D., «Les opérations de portage de titres de sociétés», *Les opérations fiduciaires*, p. 29-54.
- 61) Comp. Reymond, Cl., o.c., in «*Modes de rapprochement structurel des entreprises*», précité, p. 72 qui considère en droit comparé que le protocole d'accord entre actionnaires d'une filiale commune «ressortit au contrat de société».
- 62) V. notamment Parléani, G., «Les pactes d'actionnaires», *Rev. soc.*, 1991, n° 40, p. 24, Martin, D., o.c., *Rev. jur. Com.*, 1990, p. 106 et s.
- 63) V. notamment Cass. Fr., 20 mai 1986, *Rev. soc.*, 1986, p. 587, note Randoux; comp. Cass. Fr., 10 janvier 1989, *J.C.P.*, 1989, II, 21256 qui vise le «pacte social».
- 64) La même clause peut être conçue au départ avec une offre initiale de vente. Ce type de clauses posera moins de difficultés que la clause américaine classique par laquelle une partie offre de racheter à un prix déterminé unilatéralement l'autre partie, laquelle ne peut refuser de vendre qu'en rachetant son cocontractant au même prix. Il s'agirait en effet d'une offre combinée avec une option de vente dont le prix serait fixé unilatéralement par une des parties, ce qui n'est pas sans poser de difficultés spécialement en matière de vente; comp. Parléani, o.c., *Rev. soc.*, 1991, note (116), p. 24; sur les clauses habituelles, en matière de filiales communes, v. Brill, J.P., *La filiale commune*, Strasbourg, 1975 (thèse), p. 223 et s.
- 65) Sur cette question, v. Brill, J.P., o.c., p. 216 et s.
- 66) Comp. Reymond, Cl., o.c., in *Mode de rapprochement structurel des entreprises*, précité, p. 75 et réf. et Storme, M., «De bindende derden beslissing of het bindend advies als middel ter voorkoming van gedingen», *T.P.R.*, 1984, p. 1243-1288.
- 67) Aussi la Chambre de Commerce Internationale a-t-elle tenté d'élaborer un «règlement de régulation des relations contractuelles» organisant un mécanisme de réadaptation des conventions par un tiers nommé conformément à celui-ci. Sur ce règlement et les difficultés qu'il soulève, v. Reymond, Cl. o.c., p. 75; Storme, M., o.c., p. 1254 et s.
- 68) Cons. Brill, J.P., o.c., p. 209 et s.
- 69) Cons. sur cette problématique M. Storme, o.c., *T.P.R.* 1984, p. 1243-1288.
- 70) v. Reymond, Cl., o.c., in *Modes de rapprochement structurel des entreprises*, précité, p. 75.
- 71) Cons. sur ce point Schmidt, D., «Les opérations de portage de titres de sociétés» in *Les opérations fiduciaires*, spéc. p. 36; Goossens, Het voorkomen en oplossen van patsituaties in de algemene vergadering van de vennootschap: het creëren van wipaanden, *Jura Falconis*, 1985-1986, p. 156 et s.; cons. aussi Brill, J.P., o.c., *I.c.*, et aux Pays-Bas, Raaijmakers, M.J.G.C., *Joint ventures*, Kluwer Deventer, 1976, nos 105, 152 et 153; Reymond, Cl., o.c., in *Modes de rapprochement structurel des entreprises*, précité, p. 75.
- 72) Sur la fiducie en droit belge, v. notamment Foriers, P.A., «La fiducie en droit belge», in *Les opérations fiduciaires*, p. 263-304.
- 73) Dans ce dernier cas, il conviendra d'éviter de tomber sous le coup de l'article 46 des lois coordonnées.
- 74) Sauf, le cas échéant, accord des deux mandants.
- 75) Cons. Foriers, P.A., o.c., *Les opérations fiduciaires*, p. 286 et 287.
- 76) Sauf pour les sociétés qui auraient introduit des limitations statutaires à la puissance de vote.
- 77) Sur cette question, v. Foriers, P.A., o.c., *Les Intermédiaires commerciaux*, n° 84, p. 90.

- 78) Il suffira d'éviter de tomber sous le coup de l'article 46 des lois coordonnées en cas de souscription directe par le fiduciaire.
Quant au problème de l'article 1855 du Code civil, qui est crucial dans les opérations de portage à des fins de financement, il ne se pose pas en pratique ici, dès lors que le prix d'acquisition des actions serait négligeable et largement couvert par la rémunération du fiduciaire, par exemple, à titre d'administrateur de la société. En effet, le tiers n'exigera pas une option de vente pour la garantie contre le risque de diminution de valeur de ses actions.
- 79) Sur l'abus de minorité, cons. récemment, Simont, L., o.c., *Liber amicorum J. Ronse*, p. 307 et s.; Boizard, M., o.c., *Rev. soc.*, 1988, p. 365; Geens, K., o.c., n° spécial *T.R.V.* 1988; Ralet, O., et Kileste, P., o.c., *R.D.C.* 1989, spéc. p. 856 et s.; Dieux, X., o.c. *La Responsabilité des associés, organes et préposés des sociétés*, spéc., p. 89 et s.
- 80) V. Tilquin, Th., «Les opérations d'assainissement du capital des sociétés et l'abus de droit des actionnaires», *R.D.C.*, 1991, p. 12 et suiv., spéc. n° 18, p. 19 et suiv.
- 81) V. Com. Bruxelles (Réf.), 7 juillet et 2 septembre 1983 et Bruxelles, 31 août et 12 septembre 1983, *J.T.*, 1984, p. 212 à 216.
- 82) V. notamment Tilquin, Th., Management buyouts et leverage management buyouts: considérations de droit des sociétés et de droit fiscal; *Rev. Banque*, 1989, spéc. p. 260, n° 75 et s.
- 83) Cons. Tilquin, Th., o.c., *I.c.*
- 84) Dont la légalité devrait être examinée cas par cas.
- 85) Sur la protection des actionnaires sans droit de vote en France, consultez notamment Hovasse, H., «La protection des associés sans droit de vote lors des opérations de restructuration des sociétés», *R.I.D.E.*, 1990, p. 319 et s. sur le retrait forcé, v. spéc. p. 329 et s.
- 86) Cons. Tilquin, Th., o.c., *R.D.C.*, 1991, n° 6, p. 10.
- 87) Cass., 21 septembre 1989, *Pas.*, 1990, I, n° 45, 8393-8394.
- 88) Foriers, P.A., «Observations sur la caducité des contrats par suite de la disparition de leur objet ou de leur cause», *R.C.J.B.*, 1987, spéc. N° 9 et s., p. 83 et suiv.
- 89) Institut des Reviseurs d'Entreprises, *Rapport annuel*, 1982, p. 59 et s.
- 90) L'exercice antérieur si des comptes n'ont pas encore été déposés et la partie de l'exercice en cours précédent la mise en liquidation; cons. Commission des Normes comptables, avis n° 110/7, *Bull.*, n° 24, sept. 1989; Travaux de la Commission juridique de l'Institut des Reviseurs d'Entreprises, n° 3/1988, p. 31 à 33, voy. aussi Van Ryn et Heenen, T.II, 1ère éd., n° 1074, p. 118; *Les Nouvelles, Droit commercial*, T. III, n° 4816.
- 91) Van Ryn et Heenen, T. IV, 1e éd., n° 2707.
- 92) La société fonctionnera donc normalement.
- 93) Comp. quant à la question de savoir si des tiers pourraient demander la dissolution d'une société pour justes motifs sur base de l'article 102: Benoît-Moury, A., o.c., *Liber Amicorum Jan Ronse*, p. 147; Lievens, J., «De wettelijke bescherming van de minde-rheidsaandeelhouder» in n° spécial *T.R.V.* 1988, déjà cité, n° 59; Ralet O., et Kileste, P., o.c., *R.D.C.* 1989, n° 62, p. 869.

L'ADMINISTRATEUR PROVISOIRE, UN DERNIER RECOURS



par Bernard TILLEMANN

Avocat

Collaborateur scientifique à la K.U.L.

I. INTRODUCTION

1. Lorsque la société traverse une crise grave, le juge peut nommer un administrateur provisoire, qui sera chargé d'assurer la direction de l'entreprise, en lieu et place ou aux côtés, des personnes désignées à cet effet par l'assemblée générale ou par les statuts.

2. La nomination d'un administrateur provisoire n'a pas été réglée de manière explicite dans le droit belge (ni français)⁽¹⁾. L'institution de l'administrateur judiciaire, qui n'est pas réservée exclusivement au droit des sociétés⁽²⁾, est en fait le résultat de la compétence attribuée au juge des référés, en vertu de l'article 584 du Code judiciaire, de prendre toutes mesures pour mettre fin à une situation de blocage ou pour remédier à une absence ou une défaillance dans le fonctionnement des organes de la société⁽³⁾. La solution n'est mentionnée que pour la société en commandite simple à l'article 25 Lois soc.⁽⁴⁾ Par ailleurs, l'article 12, §1er, 3D Lois soc. prescrit le dépôt et la publication d'un extrait des actes relatifs à la nomination et à la cessation des fonctions des administrateurs provisoires. C'est donc incidemment que cette obligation en matière de publication donne une base légale (générale) à une institution qui s'était développée par les décisions du juge des référés⁽⁵⁾.

3. En nommant un administrateur provisoire, le juge s'immisce de manière tout-à-fait fondamentale dans le fonctionnement des organes sociaux. En effet, il confie la direction de la société à une personne qui n'a pas été élue par les associés⁽⁶⁾. Une telle intervention de la part du pouvoir judiciaire ne se justifie que dans des cas exceptionnels. En effet, une intervention du judiciaire dans la politique de la société est fondamentalement contraire au principe de l'autonomie de la société, tel que voulu et confirmé par le législateur. Les règles juridiques qui régissent la vie de la société sont effectivement laissées dans une très large mesure à la libre appréciation des parties, qui disposent d'une très grande liberté dans la définition du contenu du contrat social⁽⁷⁾. Le caractère institutionnel de la société s'oppose d'ailleurs, lui aussi, à une ingérence (trop poussée) du pouvoir judiciaire. Puisque le législateur a déterminé lui-même la structure organique des sociétés, on peut conclure que les parties elles-mêmes doivent résoudre les conflits qui les séparent, en se référant aux lois et aux statuts⁽⁸⁾. L'assemblée générale sera considérée comme l'organe le mieux placé pour trouver une solution aux problèmes opposant les membres de la société entre eux. A juste titre, le tribunal de commerce de Bruxelles refusa de nommer un administrateur provisoire au motif que les parties avaient omis de soumettre d'abord leurs griefs à l'assemblée générale⁽⁹⁾. Il ressort de toutes ces observations qu'en tout état de cause, la nomination d'un administrateur provisoire est par essence exceptionnelle et subsidiaire.

«Ce serait une erreur de croire que la nomination d'un administrateur provisoire pourrait être la pancée susceptible de remédier à tous les maux dont peut souffrir la société» (traduction)⁽¹⁰⁾. Le juge vérifiera donc toujours préalablement si des

circonstances urgentes et particulières existent, qui empêchent de faire fonctionner normalement les principes d'administration du droit des sociétés⁽¹¹⁾. Mais dans la jurisprudence, le nombre de nominations d'un administrateur provisoire n'a cessé de se développer. Depuis quelques temps, il semble que la réticence des juges soit un peu plus grande⁽¹²⁾. Toutefois, le tribunal de commerce de Liège - notamment dans le dossier à sensation de Tonton Tapis - utilise la nomination d'un administrateur provisoire comme un instrument devant éviter la faillite d'une entreprise (n°9)⁽¹³⁾. Dans la présente contribution, nous entendons mettre l'accent sur le caractère exceptionnel de cette mesure. Nous estimons que la nomination d'un administrateur provisoire ne doit être envisagée qu'en dernière extrémité (n°4), à la requête d'un nombre limité de personnes (n°10), et lorsque des mesures moins radicales manquent d'efficacité (n°11). Si le juge décide malgré tout de nommer un administrateur provisoire, il devra, compte tenu du caractère provisoire de la mesure, définir avec précision et de manière restrictive, à la fois l'étendue des compétences de l'administrateur provisoire (n°13) et la durée de son mandat (n°14)⁽¹⁴⁾.

II. LES CAS DANS LESQUELS UNE REQUETE EN NOMINATION D'UN ADMINISTRATEUR PROVISOIRE EST ADMISSIBLE

A. Généralités: le caractère urgent de la nomination

4. L'administrateur provisoire est normalement nommé dans le cadre d'une procédure en référé; dès lors toutes les conditions applicables généralement pour toutes procédures de ce type doivent être rencontrées. Si l'action n'est pas urgente, le juge des référés devra déclarer celle-ci non fondée⁽¹⁵⁾. Un arrêt récent de la Cour de cassation définit l'urgence en termes assez larges comme la circonstance en laquelle une décision immédiate est souhaitable pour éviter que l'affaire ne prenne de l'ampleur ou n'entraîne des inconvénients majeurs⁽¹⁶⁾. La partie requérant la nomination d'un administrateur provisoire devra prouver que ses intérêts sont en danger et que la nomination d'un administrateur provisoire pourrait remédier à ce danger⁽¹⁷⁾. En outre l'urgence de la situation ne peut pas être le fait du requérant⁽¹⁸⁾. C'est ainsi que le président du tribunal de commerce de Gand vient de rejeter une action en nomination d'administrateur provisoire, parce que le requérant par son inaction surprenante, voire intentionnelle, depuis des mois, avait provoqué une situation d'urgence artificielle, si bien que celle-ci, étant le résultat de ses propres agissements sociaux et fiscaux, était de fait inexistante⁽¹⁹⁾. En outre, la décision au référé doit être prise par provision et ne pas nuire à l'affaire. A l'heure actuelle, cette exigence ne constitue qu'une limitation assez vague, plutôt formelle, du pouvoir judiciaire. Il est notamment interdit au juge d'ordonner des mesures qui porteraient atteinte de manière définitive et irrévocable aux droits des parties. Le juge des référés ne peut dire droit par une sentence déclarative ou constitutive⁽²⁰⁾.

5. Quelles sont alors ces circonstances concrètes dans lesquelles le juge considérera que «vu l'urgence», la nomination d'un administrateur provisoire s'impose? L'analyse de la jurisprudence montre qu'au fil des années, cette notion d'urgence est interprétée dans un sens de plus en plus extensif.

B. Absence de fonctionnement ou dysfonctionnement dans les organes de la société

6. Initialement, les tribunaux ne nommaient un administrateur provisoire que dans les seuls cas où les organes de la société étaient paralysés ou faisaient l'objet d'un dysfonctionnement⁽²¹⁾.

Une société peut se retrouver sans direction (juridiquement valable), lorsque la désignation des membres du conseil d'administration fait l'objet d'une contestation juridique⁽²²⁾ ou que les membres du conseil d'administration ne sont pas en nombre, au vu des dispositions statutaires⁽²³⁾ ou légales⁽²⁴⁾. La situation peut avoir diverses origines: il peut y avoir démission (collective) d'administrateurs sans qu'il soit pourvu à leur remplacement⁽²⁵⁾, décès, absence ou incapacité légale d'un ou de plusieurs administrateurs⁽²⁶⁾, l'impossibilité pour ceux-ci d'exercer leurs fonctions⁽²⁷⁾, expiration du délai des pouvoirs des membres du conseil d'administration⁽²⁸⁾, annulation de la décision d'une assemblée générale qui a désigné un ou plusieurs administrateurs⁽²⁹⁾, ou encore co-existence de deux conseils d'administration, chacun s'attribuant la compétence exclusive⁽³⁰⁾.

En l'absence d'un conseil d'administration valablement constitué, c'est normalement le conseil lui-même qui devrait agir pour constituer (faire constituer) un nouveau conseil valable. C'est ainsi que les administrateurs encore en place sont tenus de pourvoir les places vacantes par cooptation dans le cas où le nombre d'administrateurs est inférieur au nombre légalement requis, dans la mesure au moins où les statuts ne leur enlèvent pas ce droit⁽³¹⁾. Les administrateurs qui donnent collectivement leur démission sont tenus de pourvoir à leur remplacement en convoquant une assemblée générale⁽³²⁾. En fait, ils auraient déjà dû y procéder dès avant leur démission⁽³³⁾. De même, les administrateurs qui, par négligence, laissent expirer la durée de leur mandat, sont également tenus de convoquer une assemblée générale qui élira un nouveau conseil d'administration. Ils gardent la compétence juridique pour ladite convocation. Une disposition particulière s'applique à la société en commandite par actions. L'article 115 Lois soc. prévoit en effet que, sauf disposition contraire dans les statuts, les commissaires peuvent, dans le cas de décès, d'incapacité légale ou d'empêchement du gérant, désigner un administrateur, actionnaire ou non, qui accomplira les actes urgents et de simple administration, jusqu'à la réunion de l'assemblée générale.

Un administrateur provisoire ne sera désigné qu'en cas de carence du conseil d'administration (ou des commissaires de la société en commandite par actions, dans une des hypothèses prévues à l'article 115 LCSC)⁽³⁴⁾. Ceci ressort d'ailleurs clairement des mesures ordonnées par le juge, qui nommera un administrateur provisoire sous condition suspensive. L'administrateur provisoire ne pourra agir que dans le cas où le conseil d'administration reste défaillant après l'expira-

tion du délai prévu⁽³⁵⁾. A mon avis, de telles ordonnances conditionnelles de nomination d'un administrateur provisoire mériteraient plus souvent de servir d'exemple. La carence du conseil d'administration peut résulter d'une dissension, d'une négligence ou de l'absence des pouvoirs juridiques requis (par exemple, un conseil d'administration dont la nomination a été annulée, ou encore un nombre insuffisant d'administrateurs, avec des statuts qui excluent la cooptation). Dans de telles situations de crise, la mission principale de l'administrateur provisoire consistera généralement en la convocation d'une assemblée générale⁽³⁶⁾.

Initialement, on entendait par défaut de fonctionnement de conseil d'administration, des actes de mauvaise foi ou de mauvaise gestion⁽³⁷⁾, susceptibles de compromettre la survie de la société⁽³⁸⁾, ou de nuire aux intérêts des actionnaires (minoritaires), des créanciers de la société, des membres de son personnel et/ou d'autres ayants cause (les clients, les fournisseurs) de la société⁽³⁹⁾. Il peut arriver, par exemple, que le conseil d'administration omette, par négligence ou mauvaise foi, de convoquer l'assemblée générale, alors qu'il aurait dû le faire⁽⁴⁰⁾, ou que l'urgence de la situation requérait une telle convocation⁽⁴¹⁾. On considèrerait de même qu'une hypothèse parallèle, à savoir une tentative dans le chef de certains administrateurs, pour empêcher que l'assemblée ne puisse délibérer valablement, était aussi un cas de dysfonctionnement du conseil d'administration⁽⁴²⁾.

Le juge n'interviendra toutefois à titre préventif que dans le cas où le requérant peut apporter la preuve de faits concrets qui démontrent que ses intérêts subiront un préjudice irréparable en cas de non intervention judiciaire⁽⁴³⁾. Le simple fait d'alléguer la crainte d'irrégularités, ne saurait suffire pour justifier la désignation d'un administrateur provisoire⁽⁴⁴⁾. D'aucuns soutiendront probablement qu'une interprétation restrictive des cas où la désignation d'un administrateur provisoire se justifie, aurait pour effet d'empêcher que l'intervention préventive de la justice, ne rende impossible certains actes de mauvaise gestion. C'est oublier que le juge peut toujours intervenir et corriger ultérieurement en annulant de tels actes⁽⁴⁵⁾. Les demandeurs pourront obtenir réparation des dommages éventuellement subis en s'adressant au juge ordinaire⁽⁴⁶⁾. A cet égard, on relèvera l'intérêt d'un considérant extrait d'une ordonnance inédite du tribunal de commerce de Bruxelles: «En ce qui concerne la désignation d'un administrateur provisoire, je constate que la société, en l'état actuel des choses, est administrée, et que le demandeur n'apporte aucune preuve de l'existence d'une mauvaise gestion qui serait de nature à compromettre davantage la survie de société. En l'occurrence, la mesure requise n'est d'aucun recours contre la mauvaise gestion antérieure, quels qu'en aient pu être les coupables» (traduction).⁽⁴⁷⁾

C. Situation de blocage résultant de dissensions

7. A l'occasion d'une première extension de la notion d'urgence, on a assimilé à une carence ou à un dysfonctionnement dans la société, la situation de blocage dans laquelle se trouvaient les organes de la société à la suite de divergences d'opinion⁽⁴⁸⁾.

Il importe ici de définir en termes restrictifs la notion de désaccord. Une simple dissension ne suffit pas; on doit pouvoir parler d'un «désaccord caractérisé». Il ne suffit pas en effet, il faut que l'on puisse parler d'un «désaccord caractérisé». Il ne suffit donc pas d'une simple divergence d'opinion, ni d'un climat détérioré qui ne se traduirait pas dans des conflits concernant tel ou tel point précis⁽⁴⁹⁾. Il faut donc que le désaccord empêche toute décision, paralysant par là même le fonctionnement de la société⁽⁵⁰⁾. Le simple constat qu'il y a désaccord manifeste entre l'ancien président du conseil d'administration et les membres encore en fonction de ce conseil, sans examiner si ce désaccord entrave le fonctionnement normal de la société, ne saurait suffire⁽⁵¹⁾. On pourrait admettre qu'il y a situation de blocage, par exemple, si ce désaccord s'accompagne de pressions sur le personnel pour que celui-ci prenne partie pour l'un des administrateurs en désaccord⁽⁵²⁾.

Par contre, on ne considère pas que la société est paralysée lorsqu'un actionnaire détenant 1% du capital n'approuve pas la politique suivie par l'entreprise et se trouve systématiquement mis en minorité par l'assemblée générale. La nomination d'un administrateur provisoire ne saurait en effet servir à imposer malgré tout la position de la minorité. Il n'y aura situation de blocage que lorsque la société se trouve déchirée entre plusieurs groupes⁽⁵³⁾.

Par ailleurs, ce désaccord ne peut pas être de nature à empêcher toute conciliation. Dans ce cas, la seule issue envisageable est celle de la dissolution judiciaire⁽⁵⁴⁾.

S'il en était autrement, la nomination d'un administrateur se serait qu'une prolongation artificielle de la durée de la société⁽⁵⁵⁾. En cas de conflit fondamental, il est d'ailleurs tout sauf certain que l'administrateur provisoire réussisse à réconcilier les parties en désaccord⁽⁵⁶⁾. Mais au regard des intérêts des travailleurs et des créanciers, les tribunaux sont de plus en plus enclins, en cas de divergence d'opinions fondamentale, à tenter de préserver la survie de l'entreprise en nommant un administrateur provisoire et/ou un liquidateur⁽⁵⁷⁾. Ces personnes auront alors pour mission d'examiner si on ne peut envisager la survie de la société avec une partie des actions, ou encore par le biais d'une liquidation au cours de laquelle les actifs de la société seront transférées à une société nouvelle dans laquelle une partie des anciens actionnaires seront associés⁽⁵⁸⁾. Nous n'évoquons pas ici la question de savoir dans quelle mesure les juges sont habilités à faire prévaloir les intérêts sociaux sur ceux des actionnaires⁽⁵⁹⁾.

Le désaccord visé ici peut surgir aussi bien au sein des organes de la société qu'entre ceux-ci. Les désaccords peuvent opposer plusieurs administrateurs⁽⁶⁰⁾ contre eux, surgir entre des membres du conseil d'administration et des associés, entre le gérant et les associés dans une S.P.R.L., et surtout entre les actionnaires. Ce dernier cas de figure se rencontrera surtout lorsque l'assemblée générale débouche sur une impasse avec deux groupes rivaux dont chacun détient une participation équivalente, ou encore dans les cas où la propriété de la majorité des actions fait l'objet d'une contestation. En cas de contestation sur la propriété ou la détention, le juge peut intervenir pour empêcher que les décisions de

l'assemblée générale ne soient déclarées nulles ultérieurement, celle-ci n'étant pas régulièrement constituée. A cet effet, il peut suspendre les droits attachés aux actions⁽⁶¹⁾, nommer un séquestre qui administrera les actions⁽⁶²⁾, ou encore - même si aujourd'hui cette solution est réservée aux cas tout-à-fait exceptionnels - nommer à la tête de la société un administrateur provisoire⁽⁶³⁾.

D. Abus de majorité

8. Depuis le fameux arrêt Fruehauf⁽⁶⁴⁾, on estime en France, de même qu'en Belgique⁽⁶⁵⁾, qu'un administrateur provisoire peut être nommé même si les organes de la société fonctionnent normalement, dans les cas d'un abus de droit manifeste dans le chef de la majorité des actionnaires, compromet gravement les intérêts des actionnaires minoritaires, de la société⁽⁶⁶⁾, de ses créanciers et/ou de l'entreprise⁽⁶⁷⁾. Il incombe au demandeur de produire les faits qui justifient la crainte immédiate d'un tel abus manifeste⁽⁶⁸⁾.

Cette extension des cas où la nomination d'un administrateur est licite a suscité - à juste prix - beaucoup de critiques⁽⁶⁹⁾. On souligne généralement que le juge, appelé à constater s'il y a abus de majorité ou non, ne dispose que d'une compétence d'appréciation marginale⁽⁷⁰⁾. Philippe Colle, dans son étude consacrée à la prévention des faillites, soutient un autre point de vue. Il considère en cette matière que «Si l'on admet que le critère pour la nomination d'un administrateur provisoire, doit être la sauvegarde des intérêts de la société, il paraît aberrant de limiter ce cas de figure aux quelques rares cas de dysfonctionnement des organes de la société. L'intérêt de la société se trouve aussi gravement menacé s'il a un organe de gestion qui, tout en fonctionnant normalement, est incompetent. L'expérience nous apprend en effet que la mauvaise gestion est la principale cause des faillites» (traduction)⁽⁷¹⁾. L'institution de m'administrateur provisoire donnerait aux actionnaires minoritaires et même aux créanciers de la société la possibilité de remplacer des administrateurs dont l'incompétence est à l'origine de difficultés de l'entreprise⁽⁷²⁾. On peut retrouver une application récente de cette dernière conception dans une ordonnance du tribunal de commerce de Bruxelles du 17 décembre 1990⁽⁷³⁾. La requête de la gérance statutaire en révocation de la nomination d'un administrateur provisoire a été rejetée, sur la base de la considération que l'administration se faisait de manière désordonnée et non professionnelle et que les mesures prises par l'administrateur provisoire avaient déjà permis d'enregistrer les premiers bons résultats. Le juge se meut ici en terrain particulièrement glissant. Si l'on peut constater objectivement le dysfonctionnement de la société, la conclusion concernant la «capacité du dirigeant de l'entreprise» implique, elle, l'appréciation de décision politique, ce qui présuppose à son tour une analyse commerciale et financière. C'est à raison que le tribunal de commerce de Courtrai a observé récemment à ce propos «que, d'une manière générale, il n'appartient pas au juge de s'ingérer dans la politique de la personne morale, ni de se prononcer sur les options économiques. C'est là la compétence des organes de la société. Et plus particulièrement, c'est au conseil d'administration qu'il appartient de peser les avantages et inconvénients, financiers et économiques, de toute décision politique qui relève de l'objet social de la

personne morale» (traduction)⁽⁷⁴⁾. Une intervention judiciaire ne se justifie, à mon sens, que dans le cas de mauvaise gestion manifeste. Les mauvais résultats d'une entreprise ne constituent pas en soi une preuve de mauvaise gestion manifeste. Le requérant est tenu d'apporter des éléments concrets, prouvant qu'il existe un lien de cause à effet entre la mauvaise situation financière et la mauvaise gestion manifeste et/ou les abus manifestes de majorité qui doivent être étayés par des preuves⁽⁷⁵⁾. La mauvaise situation financière, peut contribuer à motiver l'urgence lorsqu'un autre argument dominant justifie la nomination d'un administrateur provisoire⁽⁷⁶⁾. C'est ainsi qu'un administrateur provisoire pourra être désigné lorsque les difficultés financières sont à l'origine - ou résultent - d'un désaccord au sein de l'organe d'administration de la société, désaccord qui paralyse la prise de décision⁽⁷⁷⁾.

En matière d'abus de majorité, les réserves du juge devraient, à mon estime, se traduire également au niveau des mesures qu'il prendra pour empêcher cet abus. La nomination d'un administrateur provisoire constitue la mesure la plus sévère qu'un juge puisse prendre. L'intervention de l'administrateur dans la politique de l'entreprise, sera beaucoup plus décisive dans le cas d'un abus de majorité que dans le cas d'un dysfonctionnement des organes, où il pourra se contenter de reconstituer les organes de la société. La mission de l'administrateur provisoire pourrait se limiter dans ce dernier cas à la convocation d'une assemblée générale et à l'administration de la société pendant le bref intervalle⁽⁷⁸⁾. Si l'on veut s'en tenir au principe qu'un administrateur provisoire doit pouvoir être nommé en cas d'abus de majorité, le juge devra alors, selon moi, vérifier encore beaucoup plus que dans les deux premiers cas cités, s'il ne peut pas envisager une mesure moins radicale⁽⁷⁹⁾.

E. L'administrateur provisoire en tant qu'instrument de prévention d'une faillite

9. Le Tribunal de Commerce de Liège s'est servi de l'institution de l'administrateur provisoire, comme d'un instrument destiné à empêcher la faillite d'une entreprise.

Le Tribunal s'est inspiré manifestement de la jurisprudence française⁽⁸⁰⁾. Lorsque l'entreprise est confrontée à de graves difficultés financières, l'attitude des créanciers sera souvent déterminante pour apprécier l'état de cessation de paiements et d'ébranlement du crédit. La réalisation des actifs, dans le cadre d'une liquidation judiciaire selon la procédure de la faillite, pouvant entraîner des pertes considérables, les créanciers adopteront souvent une attitude attentiste. Il n'est pas rare, en France, de voir que les créanciers de la société n'acceptent de consentir un délai pour le recouvrement de certaines créances, qu'à condition que les administrateurs de leurs débiteurs envisagent de démissionner collectivement. Simultanément les créanciers introduisent une requête en nomination d'administrateur provisoire. Cette requête tire son fondement de la vacance de l'administration et non pas des difficultés financières de l'entreprise⁽⁸¹⁾. Le mandataire judiciaire neutre est alors chargé d'établir un diagnostic financier objectif

qui lui servira de base pour prendre des initiatives ou des mesures visant soit la reprise de l'entreprise par un tiers, soit la réalisation progressive des actifs de la société, soit encore la mise au point, en concertation avec les créanciers, d'un plan de redressement. Dans le cadre de cette procédure telle que nous venons de l'esquisser, il n'est pas exclu que l'on puisse aboutir à un accord à l'amiable. On présume que l'effet psychologique découlant de l'intervention d'un tiers permet de convaincre plus facilement les créanciers. D'ailleurs, la législation française relative à la transaction à l'amiable prévoit de manière explicite que, dans certains cas, le débiteur puisse demander la désignation d'un mandataire judiciaire, que l'on appellera conciliateur, dans l'espoir d'arriver à un accord amiable avec les créanciers⁽⁸²⁾.

Dans la jurisprudence publiée, on trouve deux exemples de décisions dans le sens de la jurisprudence liégeoise précitée. C'est ainsi que dans le dossier de la S.A. Tonton Tapis, un administrateur provisoire a été nommé, la société elle-même ayant requis, en une requête unilatérale, la nomination d'un administrateur provisoire. L'entreprise avait fait valoir la crainte que la prise de certaines mesures provisoires n'étouffent l'entreprise (on visait en fait la cessation de paiement et l'ébranlement du crédit de la société que ces mesures risquaient de provoquer)⁽⁸³⁾. L'administrateur provisoire a eu comme mission de prendre en charge la gestion provisoire de la société, d'assurer la poursuite des activités et d'entamer des négociations en vue de la reprise, de prendre des décisions et des initiatives en vue de la réalisation des actifs de la société.

La désignation d'un administrateur provisoire, dans une tentative ultime pour sauver l'entreprise de la faillite, ne va pas toujours sans risques. On peut se demander si la jurisprudence française mérite d'être suivie. On sera attentif au risque important de responsabilité qu'encourt l'administrateur provisoire si la tentative de sauvetage se solde par un échec⁽⁸⁴⁾. Si l'état de cessation de paiement est déjà pratiquement réalisé, et si le crédit est ébranlé, il faudra généralement déclarer la faillite ou déposer une demande de concordat. La désignation d'un administrateur provisoire, à mon sens, ne devrait pas servir à échapper à cette obligation, sous peine d'encourir diverses sanctions civiles ou pénales. En Belgique, un accord à l'amiable est difficile à réaliser et certainement pas sans risques⁽⁸⁵⁾. La désignation d'un administrateur provisoire, à la demande des créanciers, prolongant artificiellement une société qui n'est plus viable économiquement, pourrait en outre déboucher sur la mise en cause de la responsabilité des créanciers⁽⁸⁶⁾. Par ailleurs, une démission collective des administrateurs pourrait mettre en cause leur responsabilité. On peut très bien imaginer que des administrateurs abdiquent précisément pour détourner, sur l'administrateur provisoire, leur responsabilité pour une mauvaise gestion antérieure. La démission volontaire des administrateurs, qui charge en fait les tribunaux de pourvoir à leur remplacement, méconnaît un des pouvoirs les plus fondamentaux de l'assemblée générale⁽⁸⁷⁾.

Dans l'affaire «S.A. Tonton Tapis», une demande de concordat a été déposée en même temps que la requête en nomination d'un administrateur provisoire. Lorsqu'il s'avère qu'une opération de sauvetage risque d'échouer en raison de

la mauvaise gestion⁽⁸⁸⁾, les procédures concordataires à l'étranger prévoient que le tribunal peut désigner un mandataire judiciaire qui remplacera la direction en place⁽⁸⁹⁾. La loi belge n'offre pas de disposition similaire qui habiliterait le juge, dans le cadre d'une procédure de concordat, à transférer de manière discrétionnaire les pouvoirs d'administration à un mandataire judiciaire⁽⁹⁰⁾. Le remplacement de la direction de l'entreprise peut être prévue parmi les propositions concordataires, mais uniquement sous réserve du respect du droit des sociétés, et en se conformant aux éventuelles clauses statutaires spécifiques⁽⁹¹⁾. Dans l'ordonnance citée, l'administration avait été remplacée, dès avant la demande de concordat par une requête en nomination d'un administrateur provisoire. Comme motif, la requête invoquait les difficultés financières de l'entreprise. Mais une autre voie était possible. J'esstime que, compte tenu du caractère subsidiaire de la désignation d'un administrateur provisoire, le remplacement de la direction devrait passer par l'assemblée générale. Celle-ci aurait pu nommer de nouveaux organes de la société bénéficiant de la confiance des créanciers.

III. QUI PEUT REQUERIR LA NOMINATION D'UN ADMINISTRATEUR PROVISOIRE ?

10. Tout intéressé, dans le sens de l'article 17 du Code judiciaire, peut introduire une requête en nomination d'un administrateur provisoire⁽⁹²⁾.

Les intéressés sont tout d'abord les organes de la société ainsi que les associés⁽⁹³⁾ ou actionnaires individuels⁽⁹⁴⁾. L'admissibilité de l'action des actionnaires et des associés pourra se fonder sur l'intérêt individuel de l'actionnaire, mais aussi sur l'intérêt de la société⁽⁹⁵⁾. Dans le jugement précité, le juge a repoussé l'exception de l'irrecevabilité fondée sur le défaut d'urgence, l'intérêt de la société n'étant pas directement menacé et l'intérêt personnel des actionnaires ne devant pas être retenu. Le juge a estimé que la distinction faite entre, d'une part, les intérêts de la société et d'autre part, ceux des associés individuels n'était pas pertinente, le juge ayant compétence pour connaître des actions en protection de minorité.

La détention d'une seule action peut suffire pour pouvoir en tenter l'action. Le prescrit de l'article 74 Lois soc. - qui prévoit que l'actionnaire doit détenir des actions représentant un cinquième au moins du capital social pour obtenir la convocation d'une assemblée générale - ne s'appliquera pas au cas d'un actionnaire demandant la nomination d'un administrateur provisoire en vue de convoquer une assemblée générale chargée de reconstituer le conseil d'administration (inexistant)⁽⁹⁶⁾.

Dans une SPRL, les propriétaires de parts qui n'auraient pas encore la qualité d'associé⁽⁹⁷⁾, peuvent, dans certains cas, introduire une requête en nomination d'un administrateur provisoire⁽⁹⁸⁾. Dans le jugement cité, il s'agissait d'une SPRL dont le gérant unique était décédé. Les statuts prévoyaient que l'inscription dans le registre des associés était requise pour acquérir la qualité d'associé, à l'égard de tiers ou de la société elle-même. Pour être valable, l'inscription de la cession

des actions dans le registre des associés devait être consignée par un gérant. Le gérant unique étant décédé, les propriétaires des parts ont obtenu la désignation d'un administrateur provisoire ayant pour mission de retranscrire la cession d'actions dans le registre des associés et de nommer un nouveau gérant statutaire⁽⁹⁹⁾.

Le droit d'initiative appartient également aux administrateurs ou aux gérants⁽¹⁰⁰⁾, en raison de la mise en cause éventuelle de leur responsabilité. Ce droit ne cesse pas de leur appartenir sous le prétexte que le conseil d'administration ne serait plus régulièrement constitué. L'hypothèse peut se produire lorsque les membres du conseil ne sont plus en nombre⁽¹⁰¹⁾, aux termes de la loi ou des statuts, ou encore lorsque les administrateurs sont démissionnaires ou que leur mandat est arrivé à expiration⁽¹⁰²⁾.

Bien que le commissaire-reviseur ne soit investi que d'un seul pouvoir de contrôle et ne puisse s'immiscer dans l'administration de la société, ni accomplir des actes d'administration en lieu et place des administrateurs, il peut avoir qualité et intérêt pour demander au juge la nomination d'un administrateur provisoire. Ce sera notamment le cas s'il constate, dans l'exercice de ses fonctions, que les administrateurs en place commettent des fautes graves susceptibles de provoquer la perte de la société, s'il n'est pas intervenu de toute urgence⁽¹⁰³⁾. Il en va de même pour le commissaire spécial désigné par la Commission bancaire et financière auprès d'un établissement financier, si cette personne constate que les administrateurs de l'établissement soumis à son contrôle restent sérieusement en défaut, défaillance qui constitue une menace pour les intérêts des épargnants⁽¹⁰⁴⁾.

L'administrateur provisoire peut solliciter lui-même, auprès du juge, une prolongation de son mandat⁽¹⁰⁵⁾.

Plus délicate est la question de savoir si le créancier de la société peut justifier d'un intérêt pour demander la désignation d'un administrateur provisoire. L'ingérence du juge dans la vie de la société revêt un caractère exceptionnel. Le juge se montrera d'autant plus réticent que la demande d'une intervention judiciaire émane de personnes étrangères à l'entreprise⁽¹⁰⁶⁾.

Une requête en désignation d'un administrateur provisoire émanant des créanciers ne sera recevable que dans le cas où les créanciers se trouvent dans l'impossibilité de faire valoir la créance sur la société en raison de l'absence ou d'un dysfonctionnement dans les organes de la société qui la représentent en droit⁽¹⁰⁷⁾. La nomination d'un administrateur provisoire doit viser en premier lieu la préservation de l'intérêt de la société : « La mesure de désignation d'un administrateur provisoire est essentiellement destinée à assurer le maintien du fonctionnement et la marche de la société, et non pas à garantir ou à renforcer les droits et recours des créanciers qui auraient seulement à se plaindre d'une méconnaissance par la société de certaines de ses obligations contractuelles »⁽¹⁰⁸⁾. Dans l'hypothèse où la société fonctionne normalement, les créanciers ne sauraient se voir reconnaître le droit d'influer, fût-ce indirectement, sur la manière dont il convient d'administrer le patrimoine de la société⁽¹⁰⁹⁾. Pour sau-

vegarder leurs droits face à la société, les créanciers de celle-ci pourraient, dans certains cas, demander au tribunal la désignation d'un tiers revêtu uniquement de pouvoirs de contrôle, celui qu'on appelle l'expert-gardien⁽¹¹⁰⁾. Dans certains cas exceptionnels, une telle mesure d'enquête pourrait même être prononcée en faveur des créanciers d'un actionnaire⁽¹¹¹⁾. Mais cette pratique ne me paraît défendable que dans ces cas tout-à-gait exceptionnels, ces créanciers n'ayant pas de lien direct avec la société. J'estime dès lors que dans des circonstances normales, ils ne pourront justifier d'un intérêt suffisant pour demander la désignation d'un expert-gardien⁽¹¹²⁾.

Et enfin, il importe de signaler deux ordonnances, dans des affaires où la société elle-même avait introduit une requête en désignation d'un administrateur provisoire⁽¹¹³⁾. Dans les deux cas, la requête a été jugée recevable.

IV. L'OPPORTUNITE DE LA DESIGNATION

11. Dès que le juge est arrivé à la conclusion que la désignation d'un administrateur provisoire est possible, il doit encore évaluer l'opportunité de procéder à une telle nomination. Il s'interrogera notamment sur l'existence de mesures moins radicales⁽¹¹⁴⁾. Nous citons ici quelques exemples de la jurisprudence où la nomination d'un administrateur provisoire a été repoussée, le juge adoptant par ailleurs une mesure moins extrême.

Plutôt qu'un administrateur provisoire ayant des pouvoirs d'administrateur, le juge pourra nommer un tiers doté de pouvoirs de contrôle. Si certaines accusations sont proférées, qui ne paraissent pas entièrement dénuées de fondement, mais sans être étayées par des preuves irréfutables, le juge pourra alors nommer un reviseur d'entreprises⁽¹¹⁵⁾ ou un commissaire⁽¹¹⁶⁾.

En faveur des créanciers, un expert-gardien peut être nommé, dont la mission consistera à contrôler la situation financière de l'entreprise et à autoriser les transactions importantes. Cette mesure peut s'avérer utile, notamment dans les cas où l'on redoute des transferts illicites de patrimoine⁽¹¹⁷⁾. Un expert-gardien pourra aussi être nommé dans le cas où les relations entre les associés et/ou les administrateurs sont perturbées et se caractérisent par un climat de suspicion réciproque. La nomination d'une personne indépendante, susceptible de donner des informations objectives, peut être de nature à promouvoir la conciliation⁽¹¹⁸⁾. Le juge peut également contraindre les parties à communiquer certains documents.

12. Les pouvoirs du conseil d'administration peuvent être temporairement limités. Certaines transactions spécifiques peuvent être soumises à autorisation préalable. Cela peut être utile dans les relations au sein du groupe, la filiale invoquant des abus commis par la société-mère⁽¹¹⁹⁾. La clause de la signature unique peut être suspendue de telle manière qu'un administrateur agissant seul ne puisse plus représenter la société⁽¹²⁰⁾.

On peut aussi envisager la consignation de certains fonds⁽¹²¹⁾.

La réunion du conseil d'administration peut être ajournée et des décisions déjà prises (ou projetées) par certains organes peuvent être suspendus.

V. DEFINITION DE LA FONCTION

13. Si le juge décide de désigner un administrateur provisoire, encore faut-il qu'il définisse la mission de ce dernier en termes précis et restrictifs⁽¹²²⁾. Une réforme de l'ordonnance en appel résulterait de la délimitation trop floue de la fonction⁽¹²³⁾. Par ailleurs, en confiant une mission d'administration à un administrateur provisoire, le juge ne peut donner aucune instruction concrète concernant la manière dont celui-ci doit s'acquitter de sa tâche⁽¹²⁴⁾. C'est ce qui ressort de manière évidente dans l'affaire FRUEHAUF où l'ordonnance du premier juge a été réformée sur ce point. Dans ce dossier, une filiale française avait reçu de la société-mère américaine interdiction d'honorer un contrat de livraison en matière de défense. Les dommages et intérêts et la perte de réputation résultant de cette rupture de contrat auraient sans le moindre doute entraîné la fin de la filiale française. Le juge a admis qu'il y avait abus de majorité et a nommé un administrateur provisoire. Celui-ci se vit enjoindre d'exécuter les contrats en cours. En appel, la décision a été réformée sur ce point. C'est à raison que l'avocat général avait souligné, dans ses conclusions: «Autant je juge est en mesure d'apprécier les conséquences fâcheuses d'une situation déterminée, dans le cadre général de l'administration à un moment donné, autant il me semble démuné d'appréciation technique et économique en ce qui concerne l'exécution d'un contrat, à une époque ultérieure à sa décision»⁽¹²⁵⁾.

Concrètement, l'administrateur provisoire pourra être chargé de la totalité de l'administration⁽¹²⁶⁾. Ces pouvoirs d'administration englobent tant l'administration passive qu'active⁽¹²⁷⁾. Même si les pouvoirs de l'administrateur provisoire sont définis en termes généraux, le caractère temporaire de sa mission aura comme conséquence qu'il ne pourra prendre des décisions qui déterminent fondamentalement l'avenir à long terme de la société qu'en tout dernier recours. Il devrait alors solliciter l'autorisation des parties⁽¹²⁸⁾. Certaines ordonnances méconnaissent ce principe essentiel. C'est ainsi qu'à la requête d'un actionnaire minoritaire, un administrateur provisoire a été désigné parce que les investissements qui avaient été décidés n'avaient connu qu'un timide début d'exécution et que la société était gérée à l'avantage exclusif de l'actionnaire majoritaire. L'administrateur provisoire fut chargé de l'exécution d'un plan d'investissements orienté vers le futur, devant assurer la compétitivité de l'entreprise⁽¹²⁹⁾. Dans l'affaire Tonton-Tapis, déjà évoquée, et dans l'affaire de la S.A. LACHAUSSEE, le juge a nommé un administrateur provisoire chargé de commencer les négociations en vue d'une reprise et de prendre des décisions et initiatives en vue de la réalisation des actifs de la société⁽¹³⁰⁾.

Certaines ordonnances limitent les pouvoirs de l'administrateur provisoire aux actes de gestion journalière⁽¹³¹⁾, exemples qui, à mon sens, mériteraient d'être suivis plus souvent. Cette limitation paraîtra certainement opportune au moment de la désignation de l'administrateur provisoire. A mesure que son mandat

s'exerce, on peut toujours envisager (éventuellement) une extension des pouvoirs⁽¹³²⁾. Dans certains cas encore, l'administrateur provisoire n'est habilité qu'à accomplir certains actes d'administration (par exemple, la convocation de l'assemblée générale ou du conseil d'administration), dans d'autres cas, ses pouvoirs seront uniquement des pouvoirs de contrôle⁽¹³³⁾, ou il ne disposera que d'un droit de veto limité⁽¹³⁴⁾. Dans ces hypothèses, les pouvoirs des organes régulièrement élus restent maintenus, dans la mesure où ils sont compatibles avec la mission de l'administrateur provisoire⁽¹³⁵⁾.

VI. DUREE DE LA FONCTION

14. L'ordonnance de nomination d'un administrateur provisoire doit préciser la durée du mandat. C'est à juste titre que la Cour d'appel de Mons considère à ce propos «qu'une mesure de référé consistant à substituer des administrateurs provisoires aux organes d'une société normalement investis du pouvoir de gestion par l'assemblée générale, doit rester aussi limitée que possible dans le temps, et qu'il faut favoriser le retour aux règles normales de fonctionnement d'une personne morale»⁽¹³⁶⁾. Une délimitation non assez précise de la durée de la nomination pourrait donner lieu en appel à une révision de l'ordonnance prise⁽¹³⁷⁾. L'administrateur provisoire peut être nommé pour une durée déterminée et limitée. C'est ainsi que dans un cas de désaccord entre associés, un administrateur provisoire fut nommé «pour une période d'apaisement de deux mois»⁽¹³⁸⁾. Si la fonction est limitée à l'accomplissement de certains actes d'administration - comme la convocation d'une assemblée générale - les pouvoirs conférés deviennent sans objet aussitôt ces actes accomplis⁽¹³⁹⁾. Le plus souvent, toutefois, l'administrateur provisoire sera désigné pour une durée illimitée, par exemple jusqu'à l'épuisement d'une procédure judiciaire⁽¹⁴⁰⁾. Il existe un danger réel que le caractère «provisoire» du mandat devienne alors une limitation purement théorique⁽¹⁴¹⁾.

VII. CONCLUSION

15. Dans la procédure du référé, les mesures provisoires seront, dans une très large mesure, inspirées par des considérations d'opportunité. Pour ces motifs aussi, la désignation d'un administrateur provisoire me paraît être une mesure qui ne se conseillera que dans des circonstances limitées. En fait, l'administrateur provisoire se voit investi d'une mission impossible. Compte tenu du caractère provisoire de son mandat, il lui faudra dans toute la mesure du possible maintenir le statut quo. Mais par ailleurs, il est chargé d'administrer, c'est-à-dire poursuivre une activité dynamique par définition⁽¹⁴²⁾. Dans la pratique, la désignation d'un administrateur provisoire n'apparaît pas comme une panacée. Il arrive assez souvent qu'un expert interne, un avocat ou un expert comptable, soit nommé comme administrateur provisoire. Souvent ces personnes manquent d'une formation suffisante en ce qui concerne la direction d'une entreprise.

Même s'ils ont les capacités en théorie, ils n'auront pas une connaissance suffisante de l'entreprise concernée. Il arrive donc parfois que l'administrateur provisoire doive faire appel à l'une des parties qui se sont opposées à sa désignation⁽¹⁴³⁾ - *Vennootschappen*, T.P.R., 1986, n° 185). C'est la raison pour laquelle on désignera parfois une personne interne à l'entreprise comme administrateur provisoire⁽¹⁴⁴⁾. Mais la désignation d'une des parties au conflit est contraire à l'exigence de neutralité de l'administrateur provisoire⁽¹⁴⁵⁾.

L'inexpérience de l'administrateur provisoire pourra à son tour donner lieu à de nouvelles procédures, concernant notamment les erreurs de sa gestion⁽¹⁴⁶⁾. La nomination d'un administrateur provisoire peut également porter préjudice à la société. Une telle mesure effectivement ne manquera pas de susciter la méfiance de la part des fournisseurs, des clients et des bailleurs de fonds⁽¹⁴⁷⁾.

NOTES

- (1) Voir le régime en droit allemand du Notgeschäftsführer dans le 29 BGB (régime général), les §§ 85 et 104 du AktG (pour les Ag).
- (2) Un administrateur judiciaire peut être également nommé pour les successions en déshérence ou pour les indivisions, de même que les incapables peuvent également en être pourvu. Voir également BLONTROCK, F., «De gerechtelijke bewindvoerder. Analyse van de rechtspraak», *T. not.*, 1991, 2.
- (3) BENOIT-MOURY, A., «Dix ans de jurisprudence en matière de société», *Actualités de droit*, 1991, 123.
- (4) L'article 25.1. Lois soc. vise le cas de la disparition du gérant de la société en commandite simple, à la suite d'un décès, d'une incapacité ou d'un empêchement. Sauf stipulation contraire dans les statuts, cette situation devrait déboucher normalement sur la dissolution de la société en commandite simple. Si les statuts prévoient que même dans le cas où le gérant vient à disparaître, la société continue d'exister, le président du tribunal de commerce peut, à la demande d'un intéressé, nommer comme gérant un associé inactif ou une autre personne comme administrateur pour accomplir les actes de simple gestion, pour un délai qu'il fixera dans sa décision, étant entendu que celui-ci ne pourra être supérieur à un mois.
- (5) RONSE, J., «*De vennootschapswetgeving*», Gent-Leuven, Story Scientia, 1973, n° 88.
- (6) LAPP, C., «La nomination judiciaire des administrateurs de société», *Rev. trim. dr. comm.*, 1952, 778.
- (7) MAEYENS, L., «Voorlopig vermogensbeheer en/of sekwester ener Vennootschap», *R.W.*, 1961-62, 356-357; voir dans ce sens OLG Frankfurt, Beschl., 22 november 1965, *N.J.W.*, 1966, 504.
- (8) MAEYENS, L., o.c., 357; LAPP, C., o.c., p. 778.
- (9) Référé Comm. Bruxelles, 17 mars 1987, *J.L.M.B.*, 1987, 1385; *R.P.S.*, 1988, 68-69; *R.D.C.*, 1987, 1384.
- (10) Référé Comm. Bruxelles, 5 mars 1991, Hubert contre Customsservice e.a., inédit.
- (11) Référé trib. Furnes, 16 octobre 1991, *T.R.V.*, 1991, 532.
- (12) Référé trib. Furnes, 16 octobre 1991, *T.R.V.*, 1991, 532; Référé Comm. Bruxelles, 5 mars 1991, Hubert contre Customsservice e.a., inédit, RK. 59/91; Comm. Bruxelles, 20 juin 1990, *T.R.V.*, 1992, 51, note Tilleman, B., Référé, Comm. Bruxelles, 15 janvier 1988, *T.R.V.*, 1988, 384, note Tyteca, J.; HORSMANS, G., «La protection de l'actionnaire minoritaire en référés», dans «*De bescherming van de minderheidsaandeelhouder*», *T.R.V.*, numéro spécial, III-29, n° 46.
- (13) Référé Comm. Liège, décision sur requête unilatérale n° 211/89 du 22 décembre 1989, inédit; Référé Comm. Liège, 16 août 1991, *T.R.V.*, 1992, 38, note Tilleman, B., «*De voorlopige bewindvoerder als precursor*»; Référé Comm. Liège, 24 décembre 1991, *J.L.M.B.*, 1992, 140.
- (14) HORSMANS, G., «*Le juge dans la vie des sociétés*», Bruxelles, éd., Jeune Barreau, 1985, p. 429.
- (15) Cass. 11 mai 1990, *R.D.C.*, 774, note Lindemans, D.; *R.W.*, 1990-1991, 987; *Pas.*, 1990, I, 1045; *J.T.*, 1971, 725.
- (16) Cass. 11 mai 1990, *R.D.C.*, 1990, 774, note Lindemans, D.; *R.W.*, 1990-1991, 987; *Pas.*, 1990, I, 1045; *J.T.*, 1971, 725; On retrouve une définition identique dans Cass., 21 mai 1987, *Arr. Cass.*, 1986-1987, 1287, commentée dans RAES, S., «*Het kort geding in vennootschapszaken*», *T.R.V.*, 1988, 326 et ss. avec les références citées.
- (17) Référé Comm. Verviers, 13 janvier 1964, *R.P.S.*, 1965, 26.
- (18) Voir le référé récent Comm. Louvain, 25 février 1992, S. Van Acker Tirlemont/Van Acker Jozef, BRK/1561 (inédit). Parmi les considérants: «qu'il n'est nullement prouvé que les requérants sont personnellement à la base de la situation qui confère à l'action son caractère urgent. L'urgence résulte d'une dialectique de faits et d'événements sur lesquels a eu pu avoir autant d'influence ou pas d'influence, au même titre que les deuxième et troisième requérants». (traduction).

- (19) Décision du Président du Tribunal de Commerce à Gand, siégeant en référé, A.R.K., 213/91, non publié
- (20) Voir avec plus de détail, notamment RAES, S., o.c., p. 330 et ss.; HORSMANS, G., «La protection de l'actionnaire minoritaire en référés», o.c., n° 31-33.
- (21) QUYON, Y., note Trib. Comm. Paris (référés), 9 mai 1969, *J.C.P.*, 1969, 16063.
- (22) Trib. Comm. Malines, 2 avril 1955, *R.W.*, 1954-1955, 1822; *R.P.S.*, 1957, p. 160, note T KINT, J.
- (23) Par exemple Référé, Com. Bruxelles, 7 juillet 1983, *R.P.S.*, 1993, 288; Bruxelles, 31 août 1983, *R.P.S.*, 1983, 294.
- (24) Référé, Comm. Gand, 18 mars 1964, *R.P.S.*, 1964, 308.
- (25) Référé, Comm. Bruxelles, 30 juin 1988, *R.D.C.*, 1989, 51.
- (26) Référé, Comm. Bruxelles, 13 octobre 1976, *R.D.C.*, 1977, 67; *R.P.S.*, 1977, p. 276.
- (27) Bruxelles, 4 juin 1915, *Pas.*, 1915-1916, II, 195.
- (28) Référé, Comm. Malines, 4 novembre 1925, *R.P.S.*, 1926, 141, avec note.
- (29) Paris, 17 décembre 1954, *R.P.S.*, 1956, 73.
- (30) Paris, 5 janvier 1939, *R.P.S.*, 1940-1946, 117; Référé, Com. Termonde, 24 octobre 1962, *R.P.S.*, 1963, 130.
- (31) VAN RYN, J., *Principes de droit commercial*, I, Bruxelles, Bruylant, 1954, n° 580; Référé Comm. Gand, 18 mars 1964, *R.P.S.*, 1964, 308.
- (32) Référé Comm. Malines, 4 novembre 1925, *R.P.S.*, 1926, p. 144-145.
- (33) LAPP, C., o.c., 770.
- (34) *Pandectes belges*, V° Société en commandite par actions, n° 59.
- (35) Référé, Comm. Gand, 18 mars 1964, *R.P.S.*, 1964, 308; Référé, Comm. Bruxelles, 9 juin 1964, *R.P.S.*, 1964, 309.
- (36) VIGNES, D., «Les pouvoirs du juge des référés commerciaux», *Rev. Trim. Dr. Comm.*, 1950, 375 et 386.
- (37) Voir dans un autre sens, OLG Frankfurt, Beschluss 5.5.1986, GmbHR, 1986, 432: «Unzweckmässige und selbst treuwürdige Handlungen eines Geschäftsführers bilden nicht die Grundlage der Einsetzung eines Notgeschäftsführers. In solchen Fällen gewährt das Gesetz andere Möglichkeiten, wie die Abberufung des Geschäftsführers, oder gegebenenfalls die Klage auf Schadenersatz oder auf Auflösung der Gesellschaft sofern der Gesellschaftszweck nicht erreicht werden kann».
- (38) Référé, trib. St-Nicolas, 3 juillet 1958, *J.T.*, 1958, 459.
- (39) Référé, Comm. Bruxelles, 13 octobre 1976, *R.P.S.*, 1977, 277; *B.R.H.*, 1977, 67; Dans cette décision, le juge motive la nomination d'un administrateur provisoire en invoquant notamment que la société concernée construit des logements pour des personnes socialement défavorisées, ce qui explique qu'une mauvaise gestion de la société pourrait avoir des conséquences très graves sur le plan social; Référé, Comm. Bruxelles, 17 mars 1987, *R.D.C.*, 1987, 1384; Référé Comm. Bruxelles, 15 janvier 1988, *T.R.V.*, 384, avec note Van Bruysteghem, B.
- (40) Référé, Comm. Liège, 2 avril 1917, *Pas.*, 1917, III, 295; Référé, Anvers, 11 mars 1963, *R.P.S.*, 1963, 282; Référé, Comm. Tongres, 17 février 1989, *T.R.V.*, 1990, 266.
- (41) Référé, Comm. Courtrai, 24 juin 1968, *R.W.*, 1969-1970, 530 (il n'y a pas urgence, puisque l'assemblée générale se tiendra dans un délai raisonnable); Référé, Comm. Liège, 22 décembre 1964, *R.P.S.*, 1965, 26 (il n'y a pas urgence, le point à inscrire à l'ordre du jour à l'assemblée générale ne revêtant qu'un intérêt secondaire).
- (42) Chambéry, 1er mars 1937, *J.C.P.*, 1937, II, 292, cité dans le *Rép. Dalloz*, V° administrateur provisoire, n°6.
- (43) Référé, Comm. Courtrai, 2 janvier 1964, *R.P.S.*, 198, Référé, Comm. Bruxelles, 20 juin 1990, *T.R.V.*, 1991, 51, avec note Tillemans, B.; les demandeurs peuvent obtenir réparation des dommages éventuels en s'adressant au juge ordinaire; Référé, Comm. Furnes, 16 octobre 1912, *T.R.V.*, 1991, 533.
- (44) Référé, Comm. Furnes, 16 octobre 1991, *T.R.V.*, 1991, 532.

- (45) VIANDIER, A., *J.C.P.*, Ed. G., 1990, n° 21561.
- (46) Référé, Comm. Bruxelles, 20 juin, *T.R.V.*, 1991, 51, note de Tilleman, B.
- (47) Référé, Comm. Bruxelles, 5 mars 1991, en cause Hubert contre Customsservice e.a., inédit, *RCh.* 59/91.
- (48) Comparer OLG Frankfurt, *N.J.W.*, 1966, p. 504: «Differenzen zwischen Geschäftsführern können nicht im Wege der Bestellung eines Notgeschäftsführers ausgestaltet werden. Damit verlöre eine vertragliche Regelung der gemeinschaftlichen Vertretung jeden Sinn».
- (49) GUYON, Y., *Droit des Affaires*, I, «*Droit commercial général et sociétés*», 1986, p. 449.
- (50) Bruxelles, 24 juin 1959, *R.P.S.*, 61, 104; Cass. Fr., 3 juillet 1984, *Bull. Cass. Chambres civiles*, 1984, II, n° 210; Comparer dans un autre sens, un certain nombre de décisions récentes dans la jurisprudence française, qui nomment déjà un administrateur provisoire dès que le processus de décision risque de se bloquer où à la suite d'un dysfonctionnement dans la société à la suite d'un désaccord. Voir VIANDIER, A., *J.C.P.*, éd. G., 1990, n° 21561.
- (51) Référé, Comm. Bruxelles, 17 mars 1987, *J.L.M.B.*, 1987, 1385; *R.P.S.*, 1988, 68-69; *T.B.H.*, 1987, 1384.
- (52) Référé, Comm. Mons, 10 juillet 1979, *R.P.S.*, 1979, 256.
- (53) Référé, Comm. Bruxelles, 9 novembre 1972, *R.P.S.*, 1974; Ce n'est pas davantage le cas lorsqu'un actionnaire minoritaire détenant 3% des actions conteste une décision majoritaire, voir Référé, Comm. Bruxelles, 20 juin 1990, *T.R.V.*, 1991, 51, note Tilleman, B.
- (54) LAPP, C., o.c., 783; LEFEBVRE, F., *Memento pratique Francis Lefebvre, Sociétés commerciales*, 1984-1985, Paris, éd. jur. Lefebvre, 1984, n° 1496; en sens contraire, Référé, Comm. Bruges, 24 mars 1983, *T.B.R.*, 1984, 36; pour la dissolution judiciaire, voir TILLEMANS, B., «De gerechtelijke ontbinding, een laatste redmiddel», *T.R.V.*, 1992, 491-509.
- (55) GUYON, A., *Droit des affaires*, o.c., p. 450; LAPP, C. o.c., 783.
- (56) CLARCK, C., *Corporate Law*, Boston, Little Brown Company, 1986, 18, 4.4.
- (57) Par exemple, référé, Comm. Anvers, 17 juillet 1958, *Jur. Anvers*, 1958, 445; *R.P.S.* 1960, 168, note de DEMEUR, P.; *R.C.J.B.*, 1959, p. 359, note DE BERSAQUES, A., «Le droit du chef d'entreprise de mettre fin à celle-ci est-elle susceptible d'abus?»; Référé, Comm. Mons, 10 juillet 1979, *R.P.S.*, 1979, 254; Référé, Comm. Bruxelles, 24 décembre 1981, en cause Dupuis et consorts, inédit, cité dans STRANART, A.M., «Les référés commerciaux et le rôle préventif du tribunal de commerce», dans: «*L'évolution du droit judiciaire au travers des contentieux économiques, social et familial*», Bruxelles, Bruylant, 1984, 584; Référé, Comm. Bruxelles, 19 mai 1983, en cause Bindio/Pollet, inédit, cité dans HORSMANS, G., «Le juge dans la vie des sociétés», o.c., p. 441; Référé, Comm. Bruxelles, 5 janvier 1984, en cause Rezette/Schol et la S.P.R.L. Femmes fatales, inédit, *ibidem*, p. 442.
- (58) Référé, Comm. Anvers, 17 juillet 1958, *I.c.*
- (59) Voir notamment, HORSMANS, G., «La protection de l'actionnaire minoritaire en référés», dans «*De bescherming van de minderheidsaandeelhouder*», o.c., n° 13-14.
- (60) Voir, par exemple, Référé, Comm. Mons, 10 juillet 1979, 254; Référé, Comm. Bruges, 24 mars 1983, *T.B.R.*, 1984, p. 36; Référé, Comm. Bruxelles, 25 juillet 1992, en cause s.a. Van Acker Tirlemont contre Van Acker Jozef, BRK 1561, (inédit).
- (61) Référé, Comm. Bruxelles, 6 février 1958, *R.P.S.*, 1958, 284.
- (62) Référé, Comm. Bruxelles, 24 juin 1959, *R.P.S.*, 1961, 103; Référé, Comm. Namur, 12 août 1982, *R.P.S.*, 1982, 184; Référé, Comm. Bruxelles, 24 mai 1983, en cause S.A. Frère Bourgeois Commerciale/Servais, inédit, cité dans HORSMANS, G., «Le juge dans la vie des sociétés, o.c., n° 26; Référé, Comm. Gand, A.R.K., 213/91, inédit; LINDEMANS, D., «Een sekwester als beheerder bij vennootschaps geschillen», *R.D.C.*, 1987, p. 328-329.

- (63) Référé, Comm. Courtrai, 3 juin 1948, en cause Speyer/Tisamex, inédit, commenté par MAEYERS, L., o.c., col. 356 et les références citées; Référé Comm. Malines, 2 avril 1955, *R.W.*, 1954-55, 1822; *R.P.S.*, 1957, p. 161, note J. 'T KINT, J., (il s'agissait en l'occurrence d'une contestation sur la propriété, et d'une contestation sur le fait de savoir si le conseil d'administration était constitué valablement, conformément aux statuts); Pour la notion de «circonstances exceptionnelles» voir dans le détail, LAPP, C., o.c. note 7.
- (64) Paris, 22 mai 1965, *J.C.P.*, 1965, II, 14274bis; *R.P.S.*, 1967, 244.
- (65) Comparer en sens contraire: référé, Comm. Anvers, 13 juillet 1977, *R.D.C.*, 1979, 384, note; *R.P.S.*, 1979, 64.
- (66) Paris, 15 mars 1968, *R.P.S.*, 1969, 63.
- (67) Référé, Comm. Bruxelles, 21 février 1972, *R.P.S.*, 1973, 329. Le juge considère que l'abus d'une position majoritaire mérite d'autant plus d'être critiqué s'il s'accompagne de conséquences économiques et sociales.
- (68) Référé, Comm. Courtrai, 2 janvier 1964, *R.P.S.*, 1964, 190.
- (69) GUYON, Y., *J.C.P.*, 1969, 16063; HORSMANS, G., «Le juge de référés et le droit des sociétés», *R.P.S.*, 1969, 59-60.
- (70) L'affaire «UCO» est un exemple récent: Référé Comm. Gand, 18 mai 1988, *T.R.V.*, 1988, 300; *R.P.S.*, 1988, 248, note COPPENS, P., *R.D.C.*, 1989, 186, note; *T.G.R.*, 1988, 79; Dans le même sens, FORIERS, P.A., «Les situations de blocage dans les S.A.», (ailleurs dans cette brochure); HORSMANS, G., «La protection de l'actionnaire minoritaire en référés», o.c., n° 52-58; BENOIT-MOURY, A., *I.c.*, 124-125.
- (71) COLLE, P., o.c., n° 271.
- (72) HAEHL, J.P., o.c., 157-161.
- (73) Référé, Comm. Bruxelles, 17 décembre 1990, *R.D.C.*, 1991, 919.
- (74) Référé, Comm. Courtrai, 14 mars 1988, *R.D.C.*, 1988, 580.
- (75) Référé, Comm. Verviers, 9 avril 1971, *R.P.S.*, 1971, 253; Référé, Comm. Bruxelles, 7 mars 1988, *T.R.V.*, 1990 (567), 570.
- (76) Référé, Comm. Bruxelles, 8 décembre 1978, *R.P.S.*, 1979, 248; la nomination d'un expert-dépositaire est motivée en invoquant la mauvaise situation financière de l'entreprise; Référé, Comm. Bruges, *Tijdschrift voor Brugse rechtspraak*, 1984, (32), 34; parmi les considérants motivant la nomination d'un expert-dépositaire, il y a la situation financière préoccupante de l'un des actionnaires; Comm. Bruxelles, 17 mars 1987, *R.D.C.*, 1987, 1384; la requête en nomination d'un administrateur provisoire est déboutée, notamment sur la base du fait qu'il est établi que la société honore tous ses engagements; référé, Comm. Bruxelles, 15 janvier 1988, *T.R.V.*, 1988, 389; Le rejet de la requête en nomination d'un administrateur provisoire s'accompagne d'une analyse détaillée de la situation financière de l'entreprise concernée.
- (77) Voir un exemple Référé, Comm. Liège, 15 novembre 1990, *R.D.C.*, 1991, 915.
- (78) HORSMANS, G., «Le juge de référés et le droit des sociétés», o.c., p. 60.
- (79) Exemple: Référé Comm. Bruxelles, 21 février 1972, *R.P.S.*, 1973, 327; Référé, Comm. Bruxelles, 27 avril 1978, *R.P.S.*, 1978, 236.
- (80) Voir notamment GUYON, Y., *Droit des affaires*, II, Paris, Economica, 1987, 1987, n° 1075; GUYON, Y., *Jurisclasseurs, Sociétés*, n° 33-35; HAEHL, J.P., o.c., Paris, Librairies techniques, 1981, n° 190-206; RAVALEC, J.P., «L'administrateur judiciaire près le tribunal de commerce», Paris, Dalloz, 1972, 166 et ss.
- (81) Référé, Comm. Paris, 23 octobre 1968, en cause Société des métaux non ferreux Dumas et Tible, inédit, mais commenté dans RAVALEC, o.c., 169-171, voir de manière détaillée, GUYON, Y., *Jurisclasseurs, Sociétés*, fasc. 37, n° 33-35; HAEHL, J.P., o.c., n° 195-198; RAVALEC, J.P., o.c., 168 et ss.
- (82) GUYON, Y., *Droit des affaires*, n° 1085.

- (83) Référé, Comm. Liège, 16 août 1991, (SA Tonton Tapis), *T.R.V.*, 1992, 38, note de TILLEMANN, B. La société avait fait valoir qu'elle souhaitait sauvegarder la sérénité des négociations de reprise, ainsi que la poursuite des activités afin de garantir les droits de tous les intéressés. La bâtonnier est intervenu volontairement en cours d'audience pour soutenir la demande de la société au nom d'une dizaine d'actionnaires. Une décision similaire avait déjà été prononcée, notamment dans le dossier de deux maisons d'édition liégeoises de livres d'art, la S.A. Soledi et la S.A. Gogedi, (Référé, Comm. Liège, décision sur requête unilatérale n° 211/89 du 22 décembre 1989, inédit); un autre exemple: Référé, Comm. Liège, 24 décembre 1991, *J.L.M.B.*, 1992, 140.
- (84) Voir par exemple, Paris, 22 avril 1976, *J.C.P.*; 1976, II, 18433, note de CHAPUT, Y., en l'occurrence, les négociations entre l'administrateur provisoire et les créanciers avaient échoué.
- (85) VAN OMMESLAGHE, P., «Les liquidations volontaires et les concordats», dans, «*L'entreprise en difficultés*», Bruxelles, édit. du Jeune Barreau, 1981, 440-442.
- (86) Voir CORNELIS, L., «De aansprakelijkheid van de bankier bij kredietverlening», *T.P.R.*, 1986, 349; VAN OMMESLAGHE, P., «La responsabilité du banquier dispensateur de crédit en droit belge», *Rev. banque*, 1979, 2-40.
- (87) GUYON, Y., *Jurisclasseurs*, Société, fasc. 37, 1991, n° 34.
- (88) L'on constate aussi parfois que les administrateurs concernés ne sont pas toujours capables de se distancier de l'entreprise. Parfois il vaut mieux confier l'établissement d'un diagnostic correct des difficultés financières à un expert externe (COLLE, P., «*Het juridisch kader van de faillissementsvoorkoming*», Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 1989, 221.
- (89) Art. 23, France Loi faill. et 11 U.S.C., par 119 (a) (5).
- (90) Des initiatives législatives en ce sens ont cependant été prises antérieurement, l'article 28 2, projet de loi relatif à la gestion avec assistance, doc. parl. Chambre (1975-1976), n° 937/1, comparer aussi l'arrêté devenu caduc depuis le 15 octobre 1934 relatif à la gestion contrôlée; commentaires dans VAN DER GUCHT, J., «*Voorkoming van faillissementen*», *R.W.*, 1974, 1196.
- (91) Comm. Bruxelles, 3 décembre 1981, *R.P.S.*, 1981, (301), 311.
- (92) HORSMANS, G., «La protection de l'actionnaire minoritaire en référé», dans «*De bescherming van de minderheidsaandeelhouder*», *T.R.V.*, numéro spécial, 1988, n° 18, VAN HILLE, «*La société anonyme*», complément, 1992, 176.
- (93) Référé, Comm. Bruxelles, 31 mai 1968, *R.P.S.*, 1969, 71; Comm. Anvers, 17 juillet 1958, *R.P.S.*, 1960, 168.
- (94) Bruxelles, 20 décembre 1972, *R.P.S.*, 1974, 162; Référé, Anvers, 11 mars 1963, *R.P.S.*, 1963, 282; tribunal Malines, 2 avril 1955, *R.P.S.*, 1957, 161; tribunal Bruxelles, 13 janvier 1927, *Bj* 216; en sens contraire Comm. Liège, 18 février 1930, *R.P.S.*; 1935, 155.
- (95) Comm. Bruges, 28 février 1983, *Tijdschrift voor Brugse rechtspraak*, 1984, 33.
- (96) X, note pour tribunal Malines, *R.P.S.*, 4 novembre 1925, 144.
- (97) Application des articles 124-126 LCSC.
- (98) Comm. Bruxelles, 24 avril 1975, *R.P.S.*, 1975, 101.
- (99) Comp. un cas similaire, Comm. Bruxelles, 23 décembre 1983, *Rev. not.* 1984, note DEVALKENEER, R.
- (100) Comm. Bruxelles, 17 mars 1987, *R.P.S.*, 1982, 68.
- (101) Référé Comm. Gand, 18 mars 1964, *R.P.S.*, 1964, 308.
- (102) X, note tribunal Malines, *R.P.S.*, 4 novembre 1925, 14.
- (103) Référé, Comm. Bruges, 15 janvier 1982, *R.W.*, 1982-1983, 2784; Voir dans le même sens, France, Trib. comm. Paris, Paris, réf. 16 juillet 1975, Palioano, inédit, cité dans GUYON, Y., «*L'administration judiciaire*», 1991, n° 96: Ord. sur requête du prés. trib. comm. Seine, 4 février 1954, Soc. de mines d'Orbagnoux, inédit, cité dans CHASSAGNON, A., et DESMOTTES, P., *Repertoire Dalloz*, n° 21.

- (104) Référé, Comm. Bruges, 15 janvier 1982, *R.W.*, 1982-1983, 2784.
- (105) Cela s'est déjà produit, à plusieurs reprises, dans les affaires citées de la SA Soledi et de la SA Cogedi.
- (106) LAPP, C., «La nomination judiciaire des administrateurs de sociétés», *Rev. trim. Dr. comm.* 1952, 780.
- (107) Cass. France, civ., 12 janvier 1927, *Gaz Pal.*, 1927, 1, 525; Cass. Fr. civ, 1er août 1938, *Sem. jur.*, 1938, II, 843; Cass. Fr. comm. 11 juillet 1988, *Rev. soc.*, 1988, 521, note GUYON, Y.; GUYON, Y., *Jurisclasseurs*, Société, V° Administrateur judiciaire, fasc. 37; RANDOUX, D., note à Cass., Fr. comm. 14 février 1989, *Rev. soc.*, 1989, 637; en sens contraire: HAEHL, JP., «*Les techniques de renflouement des entreprises en difficultés*», Librairies techniques, 1981, 204. HAEHL plaide en faveur d'un droit d'action reconnu aux travailleurs comme aux créanciers, lorsque des difficultés économiques menacent la survie de l'entreprise. Et en Allemagne, le droit d'action du conseil d'entreprise est admis sans contestation. Il est vrai que l'Institut du «Not-geschäftsführer» se limite aux cas dans lesquels la société se trouve paralysée du fait de l'absence d'organes sociaux.
- (108) Amiens, 14 mars 1977, *J.C.P.*, 1978, II, 18955, note CHARTIER.
- (109) Cass. Fr., Comm., 14 février 1989, *Rev. soc.* 1989, 637: «Les créanciers ne sauraient se faire juge des intérêts de la société et de ses associés et agir en leur nom pour les préserver». Aussi COLLE, P. et DE WOLF, P., «La protection financière des tiers, moyen de contrôle et d'action», *Journées Dabin*, p. 67-70.
- (110) Référé, Comm. Bruxelles, 13 mars 1980, *R.P.S.*, 1980, 201.
- (111) Référé, Bruxelles, 27 décembre 1977, *R.P.S.*, 1979, 250, confirmé par Bruxelles, 8 décembre 1978, *R.P.S.*, 1979, 246, il s'agissait d'un vendeur d'actions non indemnisé, la saisie conservatoire n'offrant pas par ailleurs une sécurité suffisante; Lyon, 30 mars 1978, *Rev. soc.*, 1979, 320, note critique de MERLE, P.; Cass. comm., 19 décembre 1989, *Droit des sociétés*, juin 1990, n° 157, note E.L., en l'occurrence, cette action avait été introduite par un créancier-gagiste d'un des actionnaires de la société.
- (112) E.L., note Cass. comm. 19 décembre 1989, *Droit des sociétés*, juin 1990, n° 157; en sens contraire: Référé, Comm. Bruxelles, 14 mai 1991, *Rev. not.*, 1991, 607. En cette affaire, un administrateur provisoire a été désigné à la requête de l'épouse d'un associé d'une SPRL qui négligeait de verser la pension alimentaire. Les actions de ce dernier dans la SPRL ont été saisies. Lorsqu'il a essayé, en collaboration avec son (unique) associé actif, de céder les actions à un tiers, pour soustraire son patrimoine à la bénéficiaire des aliments, le juge a nommé un administrateur provisoire.
- (113) Référé, comm. Liège, 16 août 1991, *T.R.V.*, 1992, 38, note TILLEMANN, B., Référé, comm. Louvain, 25 février 1992 en cause S.A. VAN ACKER Tirlemont, contre Jozef VAN ACKER, BRK 1561 (inédit). En cette affaire, l'instance a été introduite par un administrateur au nom de la société, et l'action en nomination d'un administrateur provisoire était dirigée contre l'administrateur délégué. Le défenseur plaide l'irrecevabilité de l'action, celle-ci n'étant pas dirigée contre la société. Le juge répliqua dans les termes suivants à ce moyen: «L'action ne doit pas nécessairement être déposée en intimant la société: dans l'abstrait, la société peut être supposée estimer cette mesure nécessaire ou souhaitable, (comparer la société intimée se conforme à la sagesse de la justice). Sur la base du fait que le défendeur continue à se considérer comme l'administrateur délégué et l'organe représentatif de la société, l'action introduite contre lui doit en outre être considérée comme introduite comme la société» (traduction). Dans sa sentence, le juge s'est fondé sur l'arrêt de cassation du 22 décembre 1977, *R.W.*, 1978-1979, 805. La Cour de cassation avait considéré (à l'égard d'un liquidateur) «qu'un recours introduit contre un ou plusieurs organes d'une personne morale, en leur qualité d'organes, doit être considéré comme un appel dirigé directement contre la personne morale» (traduction). Le Président du tribunal de commerce conclut: «Ceci débouche d'une part sur le constat paradoxal, que la société s'est citée elle-même, ce qui est de trop, mais n'empêche pas par ailleurs (une fois de plus, et certainement en l'occurrence) qu'elle puisse faire l'objet d'une mesure» (traduction); référé, Comm. Liège, 24 décembre 1991, *J.L.M.B.*, 1992, 140.

- (114) HORMANS, G., «La protection de l'actionnaire minoritaire en référé», o.c., n° 46: «Le juge dans la vie des sociétés», o.c., 427.
- (115) Référé, Comm. Verviers, 9 avril 1971, *R.P.S.*, 1971, 253.
- (116) Référé, Comm. Bruges, 28 février 1983, *R.D.C.*, 1984, 32.
- (117) Référé, Comm. Bruxelles, 13 mars 1980, *R.P.S.*, 1980, 201; Référé, Comm. Bruxelles, 17 juillet 1984, en cause FRESSON et consorts contre MAXWELL's PLUM, cité par HORMANS, G., «Le juge dans la vie des sociétés», o.c. 427.
- (118) Comm. Bruxelles, 16 juin 1988, *R.P.S.*, 1988, 279.
- (119) Référé, Comm. Bruxelles, 27 avril 1978, *R.P.S.*, 1978, 237.
- (120) Référé Comm. Bruxelles, 31 mars 1983, un cause de GRASSIN et consorts, cité par HORMANS, G., «Le juge dans la vie des sociétés», o.c., 427; Référé Comm. Bruxelles, 19 novembre 1983, en cause de ROBBERECHTS/ROBBERECHTS, *ibidem*.
- (121) Référé, Comm. Verviers, 10 juin 1964, *R.P.S.*, 1965, 28.
- (122) FORIERS, P.A., *I.c.*, 4, 7, 7.
- (123) Référé, Comm. Bruxelles, 9 mars 1984 et 3 avril 1984, en cause La petite ferme en Bozanic contre Balta et Van der Haegen, inédit, cité dans HORMANS, G., «Le rôle du juge dans la vie des sociétés», o.c., 429.
- (124) *Rép. Dalloz*, V° Administrateur provisoire, n° 45.
- (125) Paris, 22 mai 1965, *J.C.P.*, 1965, II, 14274bis, conclusions de l'avocat général NEPVEU.
- (126) Paris, 17 décembre 1954, *Gaz. Pal.*, 1955, I, 149; *R.P.S.*, 1956, 73 - les pouvoirs les plus étendus - Bruxelles, 15 juillet 1983, *R.P.S.*, 1983, 279 - tous les pouvoirs dévolus au conseil d'administration par les statuts de la société - ; Référé, Comm. Louvain, 25 février 1992, en cause S.A. VAN ACKER Tirlemont contre Jozef VAN ACKER, BRK 1561. Un administrateur provisoire est nommé avec pour mission «d'exercer seul tous les pouvoirs du conseil d'administration» (traduction). VAN HILLE soutient qu'en l'absence d'une définition des pouvoirs de l'administrateur provisoire, celui-ci disposera en principe de tous les pouvoirs d'administration: «Une telle disposition met - safu disposition contraire de l'ordonnance du président du tribunal de commerce - le conseil d'administration sans pouvoir aucun».
- (127) Voir LAGARDE, G., *Droit commercial*, I, «Sociétés, Groupements d'intérêts économiques, Entreprises publiques, notamment les références citées à la note 306.
- (128) Ord. Prés. Comm. Seine, 22 mars 1949, *J.C.P.*, 1949, II, 4980, note BASTIAN, D.; *Rép. Dalloz*, o.c., n° 50; SEIGNOLLE, J., dans «La juridiction du président du tribunal» dans Les référés, I, CEZAR-BRU, C., et HERBRAUD, P. (éd.), Paris, Librairies techniques, 1957, p. 540.
- (129) Référé, Comm. Charleroi, 11 juillet 1989, *T.R.V.*, 1990, 321, note TILLEMANN, B.; *J.T.*, 1989, p. 679; *J.L.M.B.*, 1989, p. 959, *R.P.S.*, 1990, p. 180; L'ordonnance a été confirmée en appel, Mons, 25 juin 1990, *T.R.V.*, 1990, 382; *R.P.S.*, 1990, p. 188.
- (130) Référé, Comm. Liège, 16 août 1991, *T.R.V.*, 1992, 38, note TILLEMANN, B.; Référé, Comm. Liège, 24 août 1991, *J.L.M.B.*, 1992, 140.
- (131) Référé, Comm. Anvers, 17 juillet 1958, *R.C.J.B.*, 1959, note DE BERSAQUES; *R.P.S.*, 1960, n° 4901, 171 - les actes de gestion journalière à l'exclusion de ceux relatifs aux immeubles -; (Référé, Comm. Bruxelles, 30 juin 1988, *R.D.C.*, 1989, 51 - l'administrateur étant investi des pouvoirs les plus étendus en matière de la gestion journalière.
- (132) On trouvera un exemple dans Référé, Comm. Bruxelles, 26 février 1991, *T.B.H.*, 1991, 922. Un administrateur provisoire avait été nommé dans une première ordonnance, avec préservation des droits de vote des administrateurs en place. Une partie des administrateurs ayant bloqué la décision de l'administrateur provisoire, une ordonnance postérieure avait supprimé le droit de vote d'un des administrateurs étant établi que celui-ci pouvait instant bloquer la mission de l'administrateur provisoire.

- (133) Référé, Comm. Bruxelles, 14 mai 1991, *T.R.V.*, 1992, note PEETERS, I., p. 45; *Rev. not.*, 1991, 607. Dans ce dossier, le juge a nommé un administrateur provisoire intervenant aux côtés du gérant en place. Ce dernier a continué à assurer la gestion commerciale, sous le contrôle de l'administrateur, puisque pour ce qui est de l'exploitation commerciale, l'administration était normale et acceptable. (En cette affaire, un administrateur provisoire a été désigné à la requête de l'épouse d'un associé d'une SPRL qui négligeait de verser la pension alimentaire. Les actions de ce dernier dans la SPRL ont été saisies. Lorsqu'il a essayé, en collaboration avec son (unique) associé actif, de céder les actions à un titre, pour soustraire son patrimoine à la bénéficiaire des aliments, le juge a nommé un administrateur provisoire).
- (134) Référé, Comm. Bruxelles, *T.R.V.*, 1989, 155, note B.V.B. En l'occurrence, l'administrateur provisoire n'était habilité à intervenir que dans le cas où le conseil d'administration prendrait des mesures qui seraient contraires à l'essentiel de l'ordonnance prise. Celle-ci prévoyait d'une part que le conseil d'administration, pour l'établissement des comptes annuels, ne pouvait tenir compte de l'action introduite contre la société par l'un des administrateurs. Et d'autre part, il devait partir des hypothèses que des marques contestées restaient jusqu'à nouvel ordre la propriété de l'entreprise.
- (135) LAPP, C., o.c., p. 793.
- (136) Mons, 25 juin 1990, *T.R.V.*, 1990, 382; *R.P.S.*, 1990, p. 188.
- (137) Référé; Comm. Bruxelles, 9 mars 1984, en cause la SPRL La petite ferme contre Balta et VAN DER HAEGHEN inédit, cité dans HORMANS, G., «Le rôle du juge dans la vie des sociétés», o.c., 429.
- (138) Référé, Comm. Mons, 10 juillet 1979, *R.P.S.*, 1979, 256.
- (139) HOUIN, R., «Chronique de législation et jurisprudence française - les sociétés commerciales», *Rev. Trim. Dr. Comm.*, 1968, 79.
- (140) Par exemple, Référé Comm. Bruxelles, 13 octobre 1976, *B.R.H.*, 1977, 67; *R.P.S.* 1977, p. 276.
- (141) Référé, Comm. Bruxelles, 21 février 1972, *R.P.S.*, 1973, 329; en l'occurrence le juge a considéré que l'abus de majorité est d'autant plus critiquable s'il s'accompagne de conséquences sociales et économiques.
- (142) HORMANS, G., «Le rôle du juge dans la vie des sociétés», o.c., 426.
- (143) RONSE, J.; NELISSEN GRADE, J.M.; VAN HULLE, K.; LIEVENS, J. en LAGAE, H., «Vennootschappen. Overzicht van rechtspraak (1978-1985)», *T.P.R.*, 1986, nr. 185.
- (144) Référé Comm. Anvers, 17 juillet 1958, *R.C.J.B.*, 1959, note DE BERSAQUES; *R.P.S.*, 1960, nr. 4901, 170, «attendu qu'il serait déraisonnable de désigner un juriste ou un expert comptable pour assurer la continuation de cette entreprise, que pareilles personnes ne possèdent pas la compétence nécessaire et que la seule personne capable de gérer l'affaire d'après sa tradition est...».
- (145) Référé, Comm. Bruxelles, 24 avril 1975, *R.P.S.*, 1975, 101 - le candidat proposé par le demandeur comme administrateur provisoire est récusé, parce que le défendeur ne pouvait l'accepter. Une autre personne a été désigné, mieux à même de jouer un rôle d'intermédiaire -; Bruxelles, 21 septembre 1983, *R.P.S.*, 1983; *J.T.*, 1984, 215 - le tribunal considère notamment que «l'administrateur provisoire doit pouvoir exercer son mandat avec l'impartialité et le désintéressement propres à tout mandataire de justice».
- (146) Paris, 28 janvier 1966, inédit, commenté par HOUIN, R., o.c., 80; CASS. Fr., 10 janvier 1977, *R.P.S.*, 1979, 258, note BAUDUIN, F.
- (147) Référé, Comm. Bruxelles, 4 octobre 1983, en cause Ziegler et consorts contre HALBART et consorts, inédit, cité dans HORMANS, G., «Le rôle du juge dans la vie des sociétés», o.c., p. 427.