

geren bij een ter post aangetekende brief aan de partijen die verstek hebben laten gaan en bij gewone brief, per fax of elektronische post aan de verschenen partijen en hun raadslieden evenals aan de rechter;

Zegt dat de deskundige na de kennisgeving door de griffie van onderhavige beslissing overeenkomstig artikel 972, § 1, tweede lid Ger.W. of, in voorkomend geval, na kennisgeving van de consignatie van het voorschot overeenkomstig artikel 987 Ger.W., over 15 dagen beschikt teneinde de plaats, de dag en het uur van de aanvang van zijn werkzaamheden mee te delen bij een ter post aangetekende brief aan de partijen en bij gewone brief aan de raadslieden, tenzij hij van de partijen en de raadslieden toestemming heeft gekregen om gebruik te maken van een andere oproepingswijze;

Zegt dat de deskundige na de kennisgeving door de griffie van onderhavige beslissing overeenkomstig artikel 972, § 1, tweede lid Ger.W. of, in voorkomend geval, na kennisgeving van de consignatie van het voorschot overeenkomstig artikel 987 Ger.W., over 15 dagen beschikt teneinde de plaats, de dag en het uur van de aanvang van zijn werkzaamheden mee te delen bij gewone brief aan de rechter;

Zegt dat de deskundige in de loop van zijn opdracht zelf zal bepalen of het noodzakelijk is om al dan niet een beroep te doen op technische raadgevers;

Zegt dat de deskundige aan de partijen zelf een raming zal laten worden van de algemene kostprijs van het deskundigenonderzoek of tenminste van de manier waarop zijn/haar kosten en ereloon en de kosten en het ereloon van de eventuele technische raadgevers zullen berekend worden;

Bepaalt het bedrag van het voorschot dat door de BVBA I-Casa moet worden geconsigneerd ter griffie binnen de 15 dagen na de kennisgeving door de griffie van onderhavige

beslissing overeenkomstig artikel 972, § 1, tweede lid Ger.W. op 3.000 EUR (inclusief btw);

Bepaalt het redelijk deel van het voorschot dat kan worden vrijgegeven aan de deskundige op 2.000 EUR;

Zegt dat het eindverslag moet worden *neergelegd ten laatste op 8 februari 2016*.

Roept bij *niet neerlegging* van het verslag de partijen en de deskundige voor een *controlevergadering ter zitting van 26 februari 2016 om 9u in raadkamer*. Dit vonnis geldt als *enige kennisgeving*;

Zegt dat het verloop van het deskundigenonderzoek zal worden opgevolgd, door de voorzitter van de kamer bevoegdheden voorzitters (art. 972, § 2, zesde lid Ger.W.: “De rechter die het deskundigenonderzoek heeft bevolen of met de controle ervan is belast, zit de installatievergadering voor”. Het deskundigenonderzoek wordt opgevolgd door de rechter die het heeft bevolen of de daartoe aangewezen rechter (art. 973, § 1 Ger.W.));

Verzoekt de deskundige de briefwisseling te adresseren aan de voorzitter van de kamer van de bevoegdheden voorzitter met als referentie “AR 14/53275”;

Wijst de deskundige op artikel 509^{quater} Sw. dat luidt: “Met gevangenisstraf van acht dagen tot drie maanden en met geldboete van tweehonderd euro tot vijftienhonderd euro of met een van die straffen alleen wordt gestraft de deskundige die, wetende dat een rechtstreekse betaling niet toegelaten is, deze toch aanvaardt van een partij in het geding”;

Verwijst de zaak voor het overige naar de bijzondere rol;

Houdt de beslissing over de kosten aan.

Note

Quelques réflexions au sujet des actions en exclusion et en retrait: le statut procédural de la société et l'évaluation des titres

*Roman Aydogdu*¹

1. La décision annotée aborde de nombreux aspects des procédures d'exclusion et de retrait.

Elle précise ainsi, pour chacune de ces actions, la place de l'intérêt social et de l'intérêt des associés, ainsi que le rôle de l'imputabilité dans l'appréciation des justes motifs, d'une manière conforme à la jurisprudence de la Cour de cassation

et à la doctrine majoritaire².

Elle s'aventure également à prononcer, à la demande d'un associé agissant en exclusion, le transfert des options sur parts détenues par un non-associé. Si la possibilité d'ordonner le transfert d'options contractuelles détenues par un associé exclu est débattue³, une telle mesure paraît en tout

¹ Maître de conférences H.E.C.-U.Lg., avocat au barreau de Liège.

² Sur l'ensemble de ces points, cons. not. O. CAPRASSE et R. AYDOGDU, *Les conflits entre actionnaires. Prévention et résolution*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 292-297.

³ P.A. FORTIERS, « La solution des litiges entre actionnaires », in *Evolution récente et perspectives du droit des sociétés commerciales et de l'entreprise en difficulté*, Bruxelles, Ed. du Jeune Barreau, 1996, n° 25, pp. 65-66.

cas exclue à l'égard d'un non-associé, puisque l'action en exclusion doit être dirigée contre un associé aux termes des articles 334 et 636 du Code des sociétés⁴. La circonstance que le titulaire de l'option était le conjoint d'un associé dont la décision ordonne également l'exclusion, ne justifie pas la condamnation prononcée contre le premier. Peut-être leur régime matrimonial aurait-il pu conduire, si les options constituaient des biens communs, à ce que l'associé exclu soit également condamné à transférer, outre ses parts⁵, les

options communes aux époux. La décision n'évoque toutefois pas la problématique du régime matrimonial et fait droit à la demande de transfert des options dirigée contre le seul non-associé: elle ne peut donc être approuvée.

Deux autres problématiques retiendront plus particulièrement notre attention: le statut procédural de la société (I.) et l'évaluation des titres (II.).

I. LE STATUT PROCÉDURAL DE LA SOCIÉTÉ

2. Le président du tribunal de commerce néerlandophone de Bruxelles était en l'espèce saisi par le demandeur en retrait⁶ de plusieurs demandes dirigées contre la société, à savoir la désignation d'un administrateur provisoire, l'exécution forcée de son droit d'investigation individuel (art. 166 et 167 C. soc.) et la réalisation d'une expertise de minorité (art. 168 et 169 C. soc.)⁷.

Ces demandes sont rejetées au motif que la société n'est pas partie à part entière à l'action en retrait (voir point 4.) et qu'elles ne relèvent pas de la compétence matérielle restrictive du président statuant comme en référé (voir point 5.).

La décision annotée se réfère notamment à un arrêt récent de la cour d'appel de Gand, dont la publication dans cette revue a donné l'occasion à J. Verlinden de se livrer à une analyse détaillée du statut procédural de la société dans le cadre des actions en exclusion et en retrait⁸.

3. La société doit être citée à comparaître dans les actions en exclusion et en retrait (art. 335, al. 2, 340, al. 2, 367, al. 2 et 342, al. 2, C. soc.).

Initialement prévue comme une cause d'irrecevabilité⁹, cette exigence a évolué, au cours des travaux préparatoires, vers une fin de non-procéder¹⁰: le code dispose ainsi expressément qu'à défaut pour le demandeur d'avoir cité la société, le juge remet l'affaire à une date rapprochée afin de permettre sa mise à la cause¹¹.

4. Cette mise à la cause de la société a été exclusivement conçue, durant les travaux parlementaires, comme un mécanisme d'information de la société, afin que celle-ci puisse, à son tour, assurer l'information des associés non impliqués dans l'acte introductif d'instance et leur permettre d'intervenir volontairement dans la procédure¹².

S'il avait été originairement envisagé, à la manière de ce que prévoit le droit néerlandais¹³, que la société soit informée de la procédure par un courrier lui transmettant une copie de la citation, la mise à la cause de la société a finalement été retenue¹⁴.

La finalité d'information par la société des associés non encore impliqués, exprimée dès les premiers documents parlementaires¹⁵, a été, quant à elle, expressément introduite

⁴ O. CAPRASSE et R. AYDOGDU, *o.c.*, n° 586, p. 306.

⁵ Le défendeur en exclusion peut être titulaire de titres qui appartiennent au patrimoine commun, pour peu qu'il en exerce les droits sur la base de l'art. 1401, 5°, C. civ. (voy. not. Prés. Comm. Leuven, *T.R.V.*, 2004, pp. 380-383; B. WAUTERS, « Geschillenregeling en echtelijke perikelen », in *Vennootschaps- en financieel recht*, Coll. Themis, *Vormingsonderdeel*, n° 11, Bruges, la Chartre, 2002, n° 28, p. 70); la Cour de cassation a par ailleurs récemment confirmé que l'époux titulaire des droits résultant de la qualité d'associé en vertu de l'art. 1401, 5°, C. civ. peut exercer individuellement le droit de demander son retrait conformément aux art. 340 et 341 C. soc. (Cass., 20 février 2015, *T.R.V.*, 2015, p. 222, note R. TAS).

⁶ Et par son époux, intervenant forcé contre lequel le défendeur en retrait avait dirigé une action en exclusion tendant au transfert des options contractuelles sur parts dont il était titulaire (voir point 1.).

⁷ Sur ce que la société est la partie défenderesse dans ces trois actions, voy. not. O. CAPRASSE et R. AYDOGDU, *o.c.*, n° 515, p. 269 (mise sous administration provisoire); n° 313, p. 180 (droit d'investigation individuel); n° 219, p. 130 (expertise de minorité).

⁸ J. VERLINDEN, « Vorderingen door of tegen de vennootschap in procedures tot uitsluiting of uittreding van aandeelhouders » (note sous Gand, 30 juin 2014), *R.D.C.*, 2015, pp. 465 et s.

⁹ Proposition de loi du 13 mai 1993 modifiant les lois sur les sociétés commerciales, coordonnées le 30 novembre 1935, *Doc. parl.*, Ch. Repr., 1992-1993, n° 1005/1, p. 16.

¹⁰ Rapport fait au nom de la commission spéciale (sociétés commerciales) par MM. LAVERGE et STROOBANT, *Doc. parl.*, Sénat, 1994-1995, n° 1086/2, p. 433.

¹¹ Sur les modalités de mise à la cause et les sanctions à défaut de celle-ci, voy. J. VERLINDEN, *o.c.*, n° 2, pp. 465-466.

¹² Rapport fait au nom de la commission chargée des problèmes de droit commercial et économique par M. KNOOPS, *Doc. parl.*, Ch. Repr., 1994-1995, n° 1005/25, p. 9.

¹³ Article 997a du *Wetboek van Burgerlijke rechtsvordering*.

¹⁴ Rapport fait au nom de la commission chargée des problèmes de droit commercial et économique par MM. KNOOPS et DE VLEIGHERE, *Doc. parl.*, Ch. Repr., 1993-1994, n° 1005/19, pp. 122-123.

¹⁵ *Ibid.*

dans le texte légal au sujet des parts et actions nominatives à l'occasion d'un amendement¹⁶.

Le caractère purement instrumental de cette mise à la cause justifie-t-il que l'on dénie à la société la qualité de partie à la procédure à part entière, ainsi que le fait la décision annotée, par référence à des arrêts antérieurs de la cour d'appel de Gand¹⁷?

C'est en tout cas exclu toutefois les fois que la mise à la cause de la société (volontaire ou forcée) peut s'analyser en une intervention conservatoire en vue de lui rendre commune la décision à intervenir: l'intervention, fût-elle conservatoire, confère en effet à l'intervenant la qualité de partie à la procédure (art. 15 C. jud.).

Que, dans le cadre de son intervention, la société ne puisse ni postuler l'exclusion d'un associé (art. 334, al. 2 et 636, al. 2, C. soc.) ni solliciter le rachat forcé de ses propres titres¹⁸, et n'exprimer éventuellement son avis sur la demande mue entre associés, au regard de l'intérêt social, qu'avec la plus grande retenue (eu égard au risque de conflit d'intérêts au sein de son organe de gestion¹⁹), ne change rien à son statut procédural et la décision annotée ne peut donc être approuvée sur ce point²⁰.

5. La seule circonstance que, par son intervention, la société soit partie à la procédure, n'autorise cependant pas le président statuant comme en référé à connaître de toutes demandes qui seraient introduites par ou contre celle-ci.

Sa compétence matérielle est en effet restrictive, de sorte qu'il lui est interdit de connaître des demandes qui ne relèvent pas strictement de sa compétence d'attribution, et ce, même en raison des règles de prorogation de compétence, par le biais de la litispendance, de la connexité ou de l'introduction d'une demande incidente²¹.

Ceci fait notamment obstacle à ce qu'une demande de dommages-intérêts en lien avec les justes motifs soit introduite

devant le président saisi d'une action en exclusion et en retrait²², ce qui s'est révélé particulièrement problématique pour les demandeurs en retrait, contraints de quitter la société en recevant pour leurs titres un prix négativement influencé par les justes motifs reprochés aux défendeurs²³ (voir point 7.).

Le président saisi d'une action en exclusion ou en retrait reçoit néanmoins de la loi la compétence de suspendre, à titre provisoire, les droits attachés aux titres, à l'exception du dividende (art. 336, al. 2, 340, al. 2, 638, al. 2 et 642, al. 2, C. soc.). Ainsi que le relève la décision annotée, d'aucuns considèrent que le président conserve en outre, comme tout juge statuant comme en référé²⁴, le pouvoir de prendre d'autres mesures provisoires, notamment d'instruction, sur le pied de l'article 19, alinéa 3, du Code judiciaire²⁵. Cette position peut d'ailleurs s'autoriser des travaux préparatoires, au cours desquels la phrase « *le juge peut de même ordonner toutes autres mesures provisoires demandées par les parties* » a été retirée des articles 336 et 638 du Code des sociétés au motif qu'elle « *constitu[ait] une redite des règles fixées à l'article 19 du Code judiciaire* »²⁶.

Les demandes dirigées contre la société auraient donc pu, en l'espèce, être analysées à travers le prisme de l'article 19, alinéa 3, du Code judiciaire. Si la demande tendant à l'exécution forcée du droit d'investigation individuel et à la réalisation d'une expertise de minorité ne pouvaient certes, au vu de leur libellé, passer pour des mesures d'instruction relatives à la demande en retrait, la mise sous administration provisoire aurait pu être considérée, le cas échéant, comme une mesure préalable destinée à régler provisoirement la situation des parties, dont le président pouvait donc connaître²⁷.

Quoiqu'il en soit de la situation en instance, la procédure se simplifie considérablement en appel, ainsi que l'a mis en lumière J. Verlinden dans sa contribution précitée. Le caractère restrictif de la compétence comme en référé disparaît en effet puisque la cour d'appel est également la juridiction

¹⁶. Amendement n° 105 déposé par M. DE CLERCK, *Doc. parl.*, Ch. Repr., 1993-1994, n° 1005/18, p. 1.

¹⁷. Gand, 30 juin 2014, *R.D.C.*, 2015, pp. 463 et s., note critique de J. VERLINDEN.

¹⁸. Voy. not. O. CAPRASSE et R. AYDOGDU, *o.c.*, n° 538, p. 282.

¹⁹. *Ibid.*, n° 547, p. 287.

²⁰. Dans ce sens égal., J. VERLINDEN, *o.c.*, n° 3, pp. 466-467.

²¹. H. BOULARBAH et X. TATON, « Les procédures accélérées en droit commercial (référé, comme en référé, avant dire droit, toutes affaires cessantes): principes, conditions et caractéristiques », in *Le tribunal de commerce: procédures particulières et recherche d'efficacité*, Bruxelles, Ed. Jeune Barreau, 2006, nos 63 et s., pp. 44 et s.

²². Cass., 19 février 2009, C.07.0514.F, www.cass.be.

²³. Voy. not. O. CAPRASSE et R. AYDOGDU, *o.c.*, nos 633 et s., pp. 326 et s.

²⁴. Voy. not. H. BOULARBAH et X. TATON, *o.c.*, n° 81, p. 60; *contra*: J. VERLINDEN, *o.c.*, n° 4, p. 468.

²⁵. K. GEENS *et al.*, « Overzicht van rechtspraak. Vennootschappen (1992-1998) », *T.P.R.*, 2000, n° 431, p. 440; J.-M. NELISSEN-GRADE, « De geschillenregeling en de uitkoopregeling », in *De nieuwe vennootschapswetten van 7 en 13 april 1995*, Kalmthout, Biblo, 1995, p. 356; E. POTTIER et A. COIBION, « Le règlement des conflits entre actionnaires: exclusion, retrait et modes alternatifs de résolution des conflits », in *Droit des sociétés commerciales*, 2^e éd., t. II, Livre 24, 2^e partie, Waterloo, Kluwer, 2006, n° 540, p. 1406; R. TAS et W. VAN GAVER, « De geschillenregeling: actuele highlights uit een evergreen », in K. GEENS, M. WYCKAERT et V. COLAERT (éds.), *Vennootschaps- en financieel recht*, Themis-cahier, Bruges, la Charte, 2014, nos 18 et s.; *contra*: I. CORBISIER, « La société et les associés », in *Droit des sociétés: les lois des 7 et 13 avril 1995*, Bruxelles, Bruylant-Academia, 1995, p. 218; P.A. FORIERS, *o.c.*, n° 30, p. 68.

²⁶. Rapport fait au nom de la commission spéciale (sociétés commerciales) par MM. LAVERGE et STROOBANT, *Doc. parl.*, Sénat, 1994-1995, n° 1086/2, p. 437.

²⁷. Voy. O. CAPRASSE et R. AYDOGDU, *o.c.*, n° 614, p. 317; R. TAS et W. VAN GAVER, *o.c.*, n° 20.

d'appel du tribunal de commerce statuant au fond ou de son président statuant en référé²⁸.

Dès lors, par l'effet des articles 643 et 1068, alinéa 1^{er}, du Code judiciaire, toute demande introduite par ou contre la société en instance dans le cadre d'une action en exclusion ou en retrait relève de la compétence de la cour d'appel, même si elle excède celle du président statuant comme en référé²⁹.

Nous ne pouvons par contre suivre J. Verlinden³⁰ lorsqu'il affirme qu'une demande peut être dirigée contre la société pour la première fois en appel à la seule condition qu'elle satisfasse aux conditions de validité, en degré d'appel, d'une demande nouvelle (à savoir qu'elle soit fondée sur un fait ou un acte invoqué dans la citation) ou d'une demande reconventionnelle (à savoir qu'elle soit fondée sur un fait ou un

acte invoqué dans la citation, qu'elle constitue une défense à l'action principale ou tende à la compensation)³¹.

A notre sens, il faut en effet préalablement vérifier s'il s'est formé, au premier degré de juridiction, un lien d'instance entre la société et la partie qui agit contre elle en appel. Si, en effet, par la seule intervention conservatoire de la société en instance, celle-ci devient partie à la procédure (voir point 4.), cela ne signifie pas nécessairement qu'il se crée un lien d'instance entre elle et toutes les parties en cause (p. ex. le défendeur en exclusion ou en retrait, qui n'a pas cité la société ni n'a pris de conclusions contre elle)³². Quand cela n'est pas le cas, la demande formée pour la première fois en degré d'appel constitue, entre ces parties sans lien d'instance au premier degré, une intervention agressive prohibée à ce stade de la procédure (art. 812, al. 2, C. jud.)³³.

II. L'ÉVALUATION DES TITRES

6. Prononçant l'exclusion du demandeur en retrait postulée, à titre reconventionnel, par le défendeur à cette action, le président du tribunal de commerce néerlandophone de Bruxelles rappelle, s'agissant de l'évaluation des titres, les enseignements des deux arrêts prononcés par la Cour de cassation en la matière, les 9 décembre 2010³⁴ et 21 février 2014³⁵. Deux autres arrêts, des 5 octobre 2012³⁶ et 20 février 2015³⁷, complètent toutefois la jurisprudence de la Cour de cassation au sujet de l'évaluation des titres, dont il est difficile, à ce stade, de tirer des conclusions claires en matière d'exclusion.

7. Depuis leur création en 1995, la question de l'évaluation des titres a été très débattue en doctrine et dans la jurisprudence des juridictions de fond³⁸, essentiellement pour des motifs d'équité: le demandeur en retrait, dont l'action est, par hypothèse, fondée sur de justes motifs imputables au défendeur, devrait-il supporter, outre son départ résigné de la société, la moins-value de ses titres causée par le comportement du défendeur? L'action en exclusion peut également soulever des difficultés, quoique de manière moins fréquente: le demandeur devrait-il ainsi payer pour la plus-

value que ses propres activités auraient apportée aux titres? Le défendeur devrait-il, à l'inverse, bénéficier d'une valorisation que son comportement postérieur au transfert aurait fait baisser?

Pour résoudre ces problèmes, juges et auteurs avaient recours à deux expédients, dont la justification théorique était contestable et contestée: neutraliser, dans la valorisation des titres, la plus- ou moins-value que l'équité impose de ne pas retenir ou, plus indirectement, déterminer la valeur des titres à un moment où les causes de sa variation, à la hausse ou à la baisse, ne s'étaient pas encore produites.

8. La Cour de cassation a condamné ces deux procédés dans un premier arrêt du 9 décembre 2010 rendu en matière d'exclusion³⁹.

D'une part, la Cour a décidé, s'agissant des critères d'évaluation des titres, que « l'évaluation doit se faire dans une perspective de continuité, sans que puisse être prise en compte l'incidence du comportement des parties sur la situation qui a mené à l'introduction de la demande et sur le redressement de la société intervenu après celle-ci ».

28. H. BOULARBAH et X. TATON, *o.c.*, n° 75, p. 55.

29. J. VERLINDEN, *o.c.*, n° 4, pp. 468-469.

30. *Ibid.*, n° 4, pp. 469-470.

31. Cass., 4 décembre 1989, *Pas.*, 1990, I, p. 414.

32. L'art. 813, al. 2, C. civ. organise précisément l'intervention forcée formée entre parties en cause mais qui n'ont pas établi de lien d'instance entre elles.

33. G. DE LEVAL, « La demande », in G. DE LEVAL (dir. scient.), *Droit judiciaire*, t. 2, *Manuel de procédure civile*, Bruxelles, Larcier, 2015, n° 2.51, p. 183.

34. Cass., 9 décembre 2010, *R.D.C.*, 2012, p. 22, note A. COIBION; *J.L.M.B.*, 2011, p. 1656, note R. AYDOGDU.

35. Cass., 21 février 2014, *T.R.V.*, 2015, p. 224, note R. TAS; *J.L.M.B.*, 2014, p. 1418, note R. AYDOGDU.

36. Cass., 5 octobre 2012, *T.R.V.*, 2013, p. 469, note F. PARREIN; *J.L.M.B.*, 2014, p. 1418, note R. AYDOGDU.

37. Cass., 20 février 2015, *T.R.V.*, 2015, p. 222, note R. TAS.

38. Pour un exposé des différentes thèses, cons. not. O. CAPRASSE et R. AYDOGDU, *o.c.*, nos 633-640, pp. 326-329.

39. Cass., 9 décembre 2010, *o.c.*

La Cour faisait ainsi sienne l'opinion selon laquelle le prix de transfert doit être déterminé (i) de manière objective, conformément à ce que serait⁴⁰ le prix de marché⁴¹ et donc sans considération pour le comportement des parties⁴², et (ii) en *going concern*, compte tenu de l'objectif poursuivi par les actions en exclusion et en retrait de résoudre les conflits entre associés en vue d'assurer la continuité de la société⁴³.

D'autre part, la Cour a fixé le moment de l'évaluation des titres par référence au droit commun, en jugeant que « dès lors que le droit au paiement du prix des parts naît au moment du transfert de propriété de celles-ci, c'est à la date du transfert ordonné par le juge que les parts doivent être évaluées ».

Ce rappel à l'orthodoxie écartait les autres dates fréquemment utilisées par les juges du fond, comme celle de l'introduction de la demande⁴⁴ ou celle immédiatement antérieure à la survenance des justes motifs de retrait⁴⁵.

En dépit de sa clarté, la portée de l'arrêt n'en posait pas moins question.

La décision attaquée devant la Cour de cassation concernait, en effet, le cas, marginal en pratique, d'une action en exclusion dans laquelle le demandeur prétendait avoir redressé la société après l'introduction de la demande et postulait, par conséquent, que le jugement d'évaluation tînt compte de ses efforts et de sa bonne gestion pour revoir la valeur des titres à la baisse.

D'aucuns contestaient dès lors que les enseignements de la Cour pussent être étendus à l'action en retrait, pour laquelle les juges du fond devaient, selon eux, conserver la possibilité

de fixer la date d'évaluation au moment que l'équité commandait dans chaque cas d'espèce⁴⁶. Cette position se heurtait toutefois à la jurisprudence antérieure de la Cour, qui avait consacré, par ses arrêts des 19 février⁴⁷ et 16 mars⁴⁸ 2009, le caractère non indemnitaire⁴⁹ de l'action en retrait⁵⁰.

9. Dans un deuxième arrêt du 5 octobre 2012⁵¹, la Cour de cassation avait cette fois été saisie d'une action en retrait et se voyait ainsi donner l'occasion de trancher le débat né de sa première décision.

La Cour reproduisait, sur le plan formel, les attendus de son premier arrêt en décidant, d'une part, que « la valeur des actions doit être évaluée (*sic*) au moment où le juge en ordonne le transfert dès lors que le droit d'obtenir le paiement du prix des actions naît au moment du transfert de propriété » et, d'autre part, que « lors de cette évaluation, le juge doit faire abstraction tant des circonstances qui ont donné lieu à la demande de transfert des actions que du comportement des parties à la suite de cette demande ».

L'arrêt poursuivait néanmoins d'une manière apparemment contradictoire⁵² en jugeant que, sur la base des constatations que la société était sous administration provisoire depuis l'introduction de l'action en retrait à l'été 2007, et que les résultats pour l'exercice 2007 n'étaient pas représentatifs et avaient été influencés par les agissements des parties, « l'arrêt [attaqué] justifie légalement sa décision 'qu'en l'espèce', 'il est préférable de procéder à l'évaluation au moment et en fonction de la valeur comptable au moment de l'introduction de la demande de retrait (7 mai 2007)' ».

40. Les actions en exclusion et en retrait ont précisément été introduites en droit belge pour remédier aux conflits entre associés de sociétés privées – SPRL et SA n'ayant pas fait ou ne fait pas publiquement appel à l'épargne (art. 635 C. soc.) –, dans lesquelles, faute de marché et de candidats acquéreurs, les conflits ne peuvent être résolus pas la cession volontaire des titres à un tiers; le prix du marché est donc une référence théorique pour le calcul des titres (J.-M. NELISSEN-GRADE, « De geschillenregeling en de uitkoopregeling », *o.c.*, p. 360).

41. L. CORNELIS et J. WILLEMEN, « Naar keuze: de stock achter de deur of de knupel in het hoenderhok (over de artikelen 190ter, quater en quinques Venn.W.) », in *De gewijzigde vennootschapswet 1995*, Anvers, Kluwer, 1996, p. 334; Gand, 19 octobre 2009, *T.R.V.*, 2011, p. 40.

42. P.A. FORIERS, *o.c.*, n° 35, p. 71; Bruxelles, 7 avril 2006, *R.D.C.*, 2006, pp. 1035-1039; Comm. Charleroi (Prés.), 15 janvier 2001, *R.D.C.*, 2001, pp. 765-766.

43. O. CAPRASSE et R. AYDOGDU, *o.c.*, n° 627, p. 323; Gand, 17 mars 2003, *T.R.V.*, 2004, pp. 367-373.

44. Bruxelles, 13 juin 2005, *T.R.V.*, 2006, pp. 327-330; Bruxelles, 24 novembre 2004, *T.R.V.*, 2006, pp. 334-338; Gand, 16 juin 2003, *T.R.V.*, 2004, pp. 349-357; Bruxelles, 18 février 2002, *R.W.*, 2003-2004, II, pp. 1467-1470; Comm. Charleroi (Prés.), 19 mars 2008, *cette revue*, 2009, p. 328; Comm. Hasselt (Prés.), 2 février 2001, *J.D.S.C.*, 2004, pp. 389-396.

45. Gand, 21 juin 2004, *T.G.R.*, 2004, pp. 310-311; Gand, 16 juin 2003, *J.D.S.C.*, 2005, p. 329, note E. POTTIER et A. COIBION; Gand, 8 novembre 2002, *T.R.V.*, 2004, p. 373; Bruxelles, 14 décembre 2000, *A.J.T.*, 2001-2002, p. 327; Comm. Bruges (Prés.), 13 juin 2001, *J.D.S.C.*, 2004, pp. 386-388, note E. POTTIER et A. COIBION; Comm. Tongres (Prés.), 5 novembre 2002, *T.R.V.*, 2004, pp. 383-386.

46. B. VERKEMPINCK, « Prijsbepaling van aandelen in de geschillenregeling: na vijftien jaar nog steeds een hemelsgend raadsel voor de initiatiefnemende aandeelhouders », *D.A.O.R.*, 2011, pp. 391-392.

47. Cass., 19 février 2009, C.07.0514.F, www.cass.be.

48. Cass., 16 mars 2009, *R.D.C.*, 2009, p. 956, note S. DE GEYTER.

49. A. COIBION, « Du détournement de procédures en matière de retrait forcé. La tentation de donner un caractère indemnitaire à l'article 642 du Code des sociétés », *R.D.C.*, 2005, pp. 412-420; Bruxelles, 21 avril 2006, *R.D.C.*, 2006, pp. 1040-1043; Bruxelles, 13 mai 2004, *R.D.C.*, 2005, pp. 408-412; Comm. Hasselt (Prés.), 19 mai 2000, *T.R.V.*, 2001, pp. 409 et s.

50. R. AYDOGDU, « Les critères et le moment de l'évaluation des titres dans les actions en exclusion et en retrait: le soleil s'est levé à l'ouest » (obs. sous Cass., 9 décembre 2010), *J.L.M.B.*, 2011, pp. 1660-1664.

51. Cass., 5 octobre 2012, *o.c.*

52. R. AYDOGDU, « Les critères et le moment de l'évaluation des titres dans les actions en exclusion et en retrait: Socrate est-il mortel? » (obs. sous Cass., 5 octobre 2012), *J.L.M.B.*, 2014, pp. 1419-1422; K. GEENS, « De geschillenregeling herdacht: als ik nieuw wil zijn, ga ik naar Nederland », *T.R.V.*, 2013, p. 106; F. PARREIN, « Op zoek naar een objectieve peildatum in het kader van de geschillenregeling » (note sous Cass., 5 octobre 2012), *T.R.V.*, 2013, n° 23, p. 477.

Pour effacer cette contradiction, certaine doctrine avançait que si l'évaluation à la date de transfert des titres restait la règle, elle pouvait – voire devait – recevoir exception toutes les fois que le second principe rappelé par la Cour, à savoir que « le juge doit faire abstraction tant des circonstances qui ont donné lieu à la demande de transfert des actions que du comportement des parties à la suite de cette demande », commandait de fixer un autre moment⁵³. C'était alors en application de ce second principe que l'arrêt attaqué avait pu valablement décider, après avoir constaté que la société était sous administration provisoire depuis l'introduction de l'action en retrait à l'été 2007, et que les résultats pour l'exercice 2007 n'étaient pas représentatifs et avaient été influencés par les agissements des parties, de procéder à l'évaluation de titres au moment et en fonction de la valeur comptable au moment de l'introduction de la demande de retrait.

Cette interprétation revenait toutefois à donner à ce second principe, de manière tout à fait assumée⁵⁴, un sens diamétralement opposé à celui retenu dans l'arrêt du 9 décembre 2010: alors que, dans ce premier arrêt, il excluait que la valeur des titres soit corrigée pour tenir compte de l'incidence du comportement des parties, il permettait – voire imposait – au contraire, dans l'arrêt du 5 octobre 2012, de neutraliser cette incidence sur la valeur des titres.

La contradiction interne de l'arrêt du 5 octobre 2012 se trouvait ainsi résolue par la création d'une autre contradiction, cette fois avec l'arrêt du 9 décembre 2010, en faisant d'un même attendu l'expression tantôt du principe de l'évaluation objective des titres, tantôt de celui, opposé, du caractère indemnitaire de l'action en retrait.

10. La confusion resta entretenue par un troisième arrêt, rendu le 21 février 2014⁵⁵.

Celui-ci reproduisait textuellement les attendus de principe des arrêts précédents des 9 décembre 2010 et 5 octobre 2012.

Saisie une nouvelle fois en matière d'exclusion, la Cour de cassation refusa de casser la décision attaquée qui constatait que la perte de valeur des titres postérieure au transfert était liée à un comportement fautif imputé au défendeur et considérait que cette circonstance ne constituait pas un critère objectif d'évaluation des titres.

R. Tas a vu dans ce nouvel arrêt la confirmation que la faculté – voire le devoir – de neutraliser l'incidence du comportement des parties, supposément consacrée par l'arrêt du 5 octobre 2012, était étendue aux actions en exclusion⁵⁶.

⁵³. R. TAS et W. VAN GAVER, *o.c.*, n° 28.

⁵⁴. R. TAS, « De peildatum... », *T.R.V.*, 2015, n° 7, pp. 227-228.

⁵⁵. Cass., 21 février 2014, *o.c.*

⁵⁶. R. TAS, *o.c.*, nos 8-10, pp. 228-229.

⁵⁷. Cass., 20 février 2015, *o.c.*

Certes, il n'était pas tenu compte du comportement fautif postérieur au transfert puisque la valeur des titres était fixée sans considération pour la moins-value qu'il a engendrée. S'agissait-il toutefois là de la correction que les partisans du caractère indemnitaire promeuvent à des fins d'équité, alors que la neutralisation du comportement fautif avait, en l'espèce, pour conséquence de faire payer un prix supérieur au demandeur en exclusion qui en était la victime et qui postulait dès lors, tout au contraire, qu'il fût tenu compte de la moins-value dans le prix de transfert? La Cour de cassation n'aurait-elle opéré ce prétendu revirement de jurisprudence que pour s'assurer que le demandeur en exclusion, qui doit payer pour la plus-value qu'il donne à la société (arrêt du 9 décembre 2010), doit également supporter la moins-value que le défendeur inflige à celle-ci (arrêt du 21 février 2014)?

11. L'arrêt du 20 février 2015⁵⁷ consacre l'interprétation donnée par R. Tas à l'arrêt du 5 octobre 2012 (voir point 9.).

La Cour consomme de manière incontestable la rupture opérée par rapport à l'arrêt du 9 décembre 2010, en décidant que si la valeur des titres doit en règle (il s'agit d'un ajout par rapport aux trois premiers arrêts) être déterminée au moment du transfert, le juge doit neutraliser l'incidence qu'ont eue sur cette valeur les circonstances qui ont donné lieu à la demande de transfert des parts ou le comportement des parties à la suite de cette demande, ce pour quoi il est autorisé à prendre en considération un autre moment à titre de date de référence pour évaluer le prix.

Du principe de l'évaluation objective des titres, excluant toute correction du prix de transfert liée au comportement des parties, la Cour de cassation passe ainsi à celui, diamétralement opposé, du caractère indemnitaire des actions en retrait, qui impose de neutraliser l'incidence que ce comportement a eue sur la valeur des titres.

Si la Cour conserve formellement son enseignement relatif au moment de l'évaluation des titres, qui reste celui de la date du transfert, celui-ci est désormais susceptible d'être écarté, sous l'influence du principe indemnitaire, toutes les fois que la correction du prix peut être réalisée par la fixation d'une autre date.

12. Tout clair qu'il soit, l'arrêt du 20 février 2015 n'est pas insusceptible de critique.

Les circonstances auxquelles la Cour a expressément égard pour autoriser la fixation de l'évaluation des titres à un moment antérieur à la date de leur transfert ne suffisent pas à établir que le (seul) défendeur en retrait avait fautivement causé la moins-value des titres en cours d'instance. La Cour

relève en effet que « les juges d'appel ont constaté que la fin définitive du mariage, s'accompagnant d'une mésentente constante et profonde entre les anciens partenaires, a eu une incidence tant sur les actionnaires individuellement que sur la société en particulier », sans mettre en évidence que le défendeur en retrait aurait adopté un comportement fautif dans ce cadre.

La Cour ne paraît donc pas exiger que les circonstances ou le comportement dont le juge doit neutraliser l'incidence soient fautifs, et ce, dans la droite ligne de sa jurisprudence selon laquelle l'action en retrait (pas plus que l'action en exclusion⁵⁸) n'implique pas de démontrer l'existence d'un comportement fautif ou illicite dans le chef du défendeur⁵⁹. En outre, si les justes motifs de retrait doivent certes être imputables au défendeur, cela n'implique toutefois pas nécessairement l'existence d'un comportement « spécifiquement imputable à l'associé cité en reprise de parts, et auquel l'associé demandeur est étranger »⁶⁰.

Toutefois, si l'équité a conduit le législateur à permettre le retrait d'un associé dont, compte tenu de l'existence de justes motifs, même non fautifs, « il ne peut raisonnablement être souhaité [qu'il] demeure associé »⁶¹, autorise-t-elle également à indemniser ce dernier pour la perte de valeur de ses titres sans que soit établie l'existence, dans le chef du défendeur en retrait, d'une faute en lien causal avec ce préjudice?

Une question aussi délicate mérite assurément une réponse législative. C'est d'ailleurs en ce sens que le droit hollandais, dont la Belgique s'est inspirée en 1995 pour créer ces procédures, a été adapté en 2012 pour organiser les modalités d'indemnisation du demandeur en retrait⁶²: l'article 2:343,

alinéa 4, du *Burgerlijk Wetboek* dispose désormais que « *Lors de la détermination du prix des actions, le juge peut, le cas échéant, appliquer une augmentation équitable en lien avec les comportements de la partie citée, ou d'autres personnes que celle-ci, s'il apparaît que ces comportements ont conduit à une diminution de la valeur des actions à transférer et que cette diminution ne doit pas, en tout ou en partie, être supportée par le demandeur.* »⁶³.

13. Interpellant dans ses conséquences pour les actions en retrait, l'arrêt du 20 février 2015 le serait également pour les actions en exclusion, pour autant que les solutions qu'ils dégagent s'appliquent à celles-ci.

A cet égard, la Cour opère-t-elle réellement un revirement à l'égard de l'arrêt du 9 décembre 2010? L'arrêt vaudrait alors non seulement pour les actions en retrait (sur lesquelles la Cour s'est expressément prononcée) mais aussi pour celles en exclusion. La lecture donnée par R. Tas à l'arrêt du 21 février 2014 (voir point 10) conduit à le penser mais cet arrêt, aux conséquences inéquitables, montre que les contours du principe indemnitaire sont délicats.

Faut-il au contraire considérer qu'à la suite d'une partie de la doctrine⁶⁴, la Cour a finalement adopté des principes différents pour les deux procédures, le retrait étant dominé par le principe indemnitaire (arrêt du 20 février 2015) tandis que l'exclusion resterait soumise au principe d'évaluation objective (arrêt du 9 décembre 2010)?

La décision annotée, qui ne mentionne que les trois premiers arrêts de la Cour de cassation, n'apporte pas de réponse sur ce point.

⁵⁸ Cass., 21 mars 2014, C.13.0248.F, www.cass.be: « [L]es justes motifs doivent être d'une nature telle que le maintien dans la société de l'actionnaire dont l'exclusion est demandée mette en péril les intérêts fondamentaux ou la continuité de l'entreprise. »

⁵⁹ Cass., 19 février 2009, *o.c.*; 16 mars 2009, *o.c.*

⁶⁰ Cass., 16 mars 2009, *o.c.*; la nécessité d'une imputabilité des justes motifs au défendeur en exclusion est quant à elle contestée (voy. Liège, 6 juin 2013, *D.A.O.R.*, 2013, p. 415; O. CAPRASSE et R. AYDOGDU, *o.c.*, n^{os} 569-570, pp. 295-296).

⁶¹ Cass., 16 mars 2009, *o.c.*; la formule est symétrique pour l'action en exclusion (Cass., 21 mars 2014, *o.c.*).

⁶² Voy. à ce sujet F. PARREIN, *o.c.*, n^{os} 26-32, pp. 478-481.

⁶³ Traduction libre de « Bij het bepalen van de prijs van de aandelen kan de rechter desgevorderd een billijke verhoging toepassen in verband met gedragingen van de gedaagde, of van anderen dan de gedaagde, indien aannemelijk is dat die gedragingen hebben geleid tot een vermindering van de waarde van de over te dragen aandelen en deze vermindering niet, of niet volledig, voor rekening van eiser behoort te blijven. »

⁶⁴ Voy. not. B. VERKEMPINCK, *o.c.*, pp. 391-392.