

**TRANSCRIPTION PAR "LA LIBRE BELGIQUE"
DE L'AVIS RENDU LE 1ER DÉCEMBRE 2008
PAR LE MINISTERE PUBLIC REPRESENTÉ PAR L'AVOCAT GENERAL PIERRE
MORLET DANS L'AFFAIRE ACTIONNAIRES C/ FORTIS / SFPI / BNP PARIBAS**

(Texte tel que transmis aux avocats)

PARQUET PRES LA COUR d'APPEL de BRUXELLES

COUR D'APPEL DE BRUXELLES
18^e chambre
R.G. n°2008/KR/350

AVIS DU MINISTERE PUBLIC

En cause de : ANDRE Jean-Patrick et crts c. FORTIS S.A. et crts.

I. RECEVABILITE DE L'ACTION

1. Les intimés, appelants sur incident, ont soulevé devant le premier juge cinq exceptions d'irrecevabilité, à savoir :

- le défaut d'intérêt des appelants, demandeurs originaires, tenant à ce que les opérations dont ils postulent la suspension ont déjà été conclues ou réalisées
- leur défaut de qualité tenant à ce qu'ils ne sont pas actionnaires des sociétés qui ont conclu les opérations litigieuses
- leur défaut d'intérêt personnel et direct à la suspension des délibérations et opérations dont ils invoquent le caractère lésionnaire pour FORTIS SA/NV
- leur défaut de qualité à réclamer l'annulation et, partant, la suspension de conventions conclues par une société avec des tiers
- l'exception tirée de la circonstance que la demande est dirigée - partiellement - contre des personnes non parties à la cause.

Ils font grief au premier juge d'avoir rejeté les deux premières exceptions aux termes d'une motivation fondée essentiellement sur l'indivisibilité qui existerait entre la cession par FORTIS Brussels à la SFPI du solde des actions de FORTIS Banque et l'apport d'actions de FORTIS Banque par la SFPI à BNP Paribas ; de la circonstance que cette seconde transaction reste soumise à certaines conditions suspensives, le premier juge a déduit que la première ne serait pas

parfaite.

Les intimés relèvent en outre que le premier juge ne s'est pas prononcé sur les trois autres exceptions.

2. Tant les quatre premières exceptions soulevées par les intimés que la motivation - fort succincte - qui sous-tend le rejet, par le premier juge, des deux premières nous paraissent procéder d'un déplacement - que nous estimons excessif - de la frontière qui sépare la recevabilité de l'action et son fondement.

Il est constant que l'intérêt à agir, au sens des articles 17 et 18 du Code judiciaire, s'entend comme tout avantage matériel ou moral effectif que le demandeur peut retirer de la demande au moment où il la forme (VAN REEPINGHEN, rapport sur la réforme judiciaire, Bruylant, 320.)

Quant à la qualité, dont l'article 17 du Code judiciaire fait une condition de recevabilité de l'action, celle-ci constitue une notion malaisée à circonscrire, dans la mesure où elle est en général très voisine de celle d'intérêt. Le plus souvent, elle coïncidera avec la justification d'un intérêt personnel et direct.

La qualité ne prend une véritable autonomie que soit dans les cas où l'action est intentée soit par une personne distincte du titulaire du droit - notamment, un représentant - soit en contentieux objectif (A. FETTWEIS, Manuel de procédure civile, éd. de la Faculté de droit de Liège, 1987, n°35 et 36.) On peut y assimiler les cas dans lesquels une disposition légale réserve limitativement une action à une personne ou à une catégorie de personnes déterminées.

Son droit fût-il contesté, la partie qui se prétend titulaire d'un droit subjectif a l'intérêt et la qualité requis pour introduire une demande en justice, l'examen de l'existence ou de la portée dudit droit relevant, non de la recevabilité, mais du bien-fondé de la demande (Cass., 26 février 2004, C.01.0402.N.)

Le point de savoir si l'intérêt à agir doit être apprécié selon des critères spécifiques lorsque l'action est portée devant le juge des référés ne paraît guère avoir été examiné de manière claire par la doctrine et il serait vain, à notre avis, de rechercher des éléments de réponse dans la

jurisprudence.

Il semble permis de penser qu'en référé, l'existence de l'intérêt à agir dépendra de la mesure ou de chacune des mesures postulées. Le juge aura donc à vérifier si le demandeur invoque, pour justifier la mesure, la protection ou la lésion d'un droit subjectif. Dans l'affirmative, l'intérêt à agir est indéniable ; l'existence effective et l'étendue du droit allégué, ainsi que l'adéquation des mesures demandées, relèveront de l'appréciation du fondement de la demande.

Cette approche de l'intérêt rejoint celle de l'urgence au sens de l'article 584 du Code judiciaire. L'existence ou l'absence de l'urgence - dès lors qu'elle qu'elle est alléguée - concerne le bien-fondé de la demande, et non sa recevabilité ou la compétence de la juridiction des référés (cons. notamment Cass., 11 mai 1990, Pas., I, p. 1050 et 10 avril 2003, C 02.0229 F.)

En l'espèce, les appelants postulent un certain nombre de mesures qui, à leur estime, auraient pour but et pour effet soit de remédier - tout au moins provisoirement et de manière partielle - au préjudice qu'ils invoquent et qui découle de la dépréciation des actions de la SA/NV FORTIS, dont ils sont titulaires, soit de prévenir une aggravation de ce préjudice.

Dès lors que les appelants se prétendent titulaires d'un droit subjectif à la limitation ou à la prévention de l'aggravation d'un préjudice personnel, il convient de leur reconnaître un intérêt à agir.

Relèvent, à notre avis, de l'examen du fondement des demandes les questions de savoir, notamment, si les mesures postulées excèdent ou non les droits des actionnaires d'une société anonyme ou le pouvoir du juge des référés.

3. La cinquième exception n'a nullement été rencontrée par l'ordonnance dont appel.

Certaines demandes concernent, à des degrés divers, des personnes qui ne sont pas parties à la cause.

Il s'agit tout d'abord de l'Etat néerlandais, auquel il devrait être interdit, sous peine d'astreinte, de céder les actions FORTIS BANK NEDERLAND et FORTIS INSURANCE NEDERLAND.

Cette demande est irrecevable pour deux motifs.

Tout d'abord, l'Etat Néerlandais n'est pas partie à la cause. Lui imposer une interdiction violerait le principe général des

droits de la défense (Cass., 19 juin 1992, Pas., I, 931) et le principe du contradictoire.

En outre, l'injonction que les appelants entendent lui voir imposer serait incompatible avec l'immunité de juridiction des Etats étrangers garantie par l'article 15 de la Convention de Bâle (Convention européenne du 16 mai 1972 sur l'immunité des Etats, annexe et protocole additionnel, approuvés par la loi du 19 juillet 1975), aucune des exceptions apportées à cette immunité par les articles 1^{er} à 14 de la Convention n'ayant vocation à s'appliquer en l'espèce.

C'est également le cas des filiales ou sous-filiales de la SA/NV FORTIS, dans la mesure où les appelants postulent la suspension des résolutions et décisions prises par leurs organes à la suite des résolutions du conseil d'administration de FORTIS SA/NV des 3 et 5-6 octobre 2008. Le juge des référés ne saurait déclarer recevable la demande tendant à suspendre les décisions et des résolutions de ces filiales et sous-filiales, tiers à la cause, sans violer le principe général des droits de la défense.

La même irrecevabilité s'attache à la demande de suspendre, pour l'assemblée générale dont la convocation est sollicitée, les droits de vote de tout actionnaire agissant de concert avec (ou sur instruction de) l'Etat Néerlandais et de l'Etat Belge, celui-ci n'étant pas non plus à la cause.

4. Il s'ensuit que doivent être déclarées **non recevables** les demandes tendant

- à suspendre les résolutions et décisions des filiales et sous filiales ou sociétés liées à FORTIS prises en exécution des résolutions des 3 et 5-6 octobre 2008 du conseil d'administration de FORTIS SA (conclusions des appelants, dispositif, point 1)
- à suspendre les droits de vote de certains actionnaires, (ib., point 4) en ce que cette mesure concernerait des actionnaires agissant sur instruction de l'Etat Néerlandais ou de l'Etat Belge
- à interdire à l'Etat Néerlandais de céder les actions FORTIS BANK NEDERLAND et FORTIS INSURANCE NEDERLAND et interdire tout processus d'intégration d'ABN AMRO et FORTIS BANK NEDERLAND (ib., point 7)

les demandes devant être déclarées **recevables pour le surplus.**

B. FONDEMENT

5. Eu égard au bref délai imparti au ministère public pour rendre le présent avis, celui-ci portera exclusivement sur deux des demandes originaires des appelants, à savoir :

- la demande de suspension
- la demande de nomination d'un collège d'experts vérificateurs.

I. LA DEMANDE DE SUSPENSION.

6. Sous réserve de ce qui a été dit précédemment en ce qui concerne la recevabilité de la demande de suspension en ce qu'elle vise des décisions prises par les organes de personnes morales qui ne sont pas à la cause, les appelants postulent que soient suspendues les résolutions, décisions et conventions suivantes.

1° Décision du conseil d'administration de FORTIS SA/NV du 3 octobre 2008 acceptant le *Term Sheet agreement* qui, notamment, transfère à l'Etat Néerlandais l'ensemble des activités néerlandaises du groupe (acquisition par cet Etat des actions de FORTIS BANK NEDERLAND HOLDING NV et de ses filiales, de FORTIS VERZEKERING NEDERLAND NV et de sa filiale FORTIS ASR NV, et de FORTIS CORPORATE INSURANCE NV.

2° Décisions des conseils d'administration de FORTIS BANK NEDERLAND HOLDING NV et de FORTIS CORPORATE INSURANCE NV approuvant ces cessions pour ce qui les concerne.

3° Décision du conseil d'administration de FORTIS SA/NV des 5/6 octobre 2008 approuvant notamment:

- le rachat par la SFPI du solde de la participation de FORTIS BRUSSELS SA dans la SA FORTIS BANQUE
 - la création d'une SA NEWCO à financer par FORTIS SA/NV, la SFBI et BNP PARIBAS, ayant pour objet l'acquisition d'un portefeuille de crédits structurés de FORTIS BANQUE
 - la conclusion par FORTIS SA/NV, la SFPI et BNP PARIBAS d'un protocole d'accord aux termes duquel la SFPI apportera à BNP PARIBAS 75% des actions de FORTIS BANQUE et deviendra en contrepartie actionnaire de BNP PARIBAS à concurrence de 11%
 - la vente par FORTIS INSURANCE NV à BNP PARIBAS de 100% des actions de FORTIS INSURANCE BELGIUM
- ces deux dernières transactions étant assorties de plusieurs conditions suspensives

4° Convention de cession de 50% (+1) actions de FORTIS BANQUE,

conclue le 10 octobre 2008 entre FORTIS SA/NV et la SFPI

5° Protocole d'accord conclu le 10 octobre entre FORTIS SA/NV et la SFPI, réglant les modalités de l'apport par la SFPI de sa participation dans FORTIS BANQUE à BNP PARIBAS et la cession à BNP PARIBAS des actions de FORTIS SA/NV dans FORTIS INSURANCE BELGIUM.

Il importe de constater que certaines de ces opérations ont déjà été exécutées. C'est le cas :

- du rachat par la SFPI du solde de la participation de FORTIS BRUSSELS SA dans la SA FORTIS BANQUE (inscription dans le registre des actionnaires et paiement du prix)
- de la cession à l'Etat Néerlandais des activités néerlandaises du groupe (actes authentiques et paiement du prix.)

7. La suspension, par le juge des référés, d'une décision prise par un organe d'une société anonyme est en soi concevable et la jurisprudence en fournit plusieurs exemples. Nous devons toutefois souligner qu'il s'agit essentiellement de décisions internes à la société telles que

- la suspension des effets d'une décision de révocation d'un administrateur lorsqu'un examen sommaire des faits de la cause fait apparaître que l'assemblée générale pourrait avoir été irrégulière (comm ; Bruxelles - réf.- 8 mars 1994, R.P.S., 1994, p. 197)
- la suspension provisoire des décisions adoptées par une assemblée générale extraordinaire lorsqu'une cession d'actions intervenue avant l'assemblée (et de ce fait l'exercice du droit de vote lié à ces actions) est contestée par la majorité (comm. Bruxelles, -réf.- 20 janvier 1987, R.D.C., 1988, p. 73)
- l'injonction d'interrompre les négociations relatives à une cession de participation majoritaire lorsqu'il paraît établi que les cédants seraient déjà liés à d'autres acquéreurs (comm. Bruxelles, 27 novembre 1984, R.P.S., 1985, p. 81) : on notera que cette décision qui relève plus du droit des contrats que du droit des sociétés, ne concernait pas une opération déjà conclue, mais de simples actes préparatoires.

Sous réserve de la troisième ordonnance citée, ces différents cas s'inscrivent dans le cadre juridique défini par l'article 179, §1^{er} du Code des sociétés, qui a trait exclusivement à la suspension des décisions de l'assemblée générale - et non du conseil d'administration - dont la nullité est demandée au fond. Il est évident que cette disposition n'a pas vocation à s'appliquer en l'espèce.

D'autres cas, cités par les appelants dans leurs conclusions, visent (sous une seule exception) des actes d'un conseil

d'administration qui se rapportent exclusivement au fonctionnement interne des organes sociaux et ne concernent pas, du moins dans l'immédiat, des engagements contractés par la société à l'égard de tiers.

8. Suspendre, comme il est demandé, des décisions d'un conseil d'administration qui ont donné lieu à des conventions conclues avec des tiers apparaît dès lors comme un acte qui, tout en n'étant pas formellement interdit au juge des référés, exige de la part de celui-ci une appréciation particulièrement rigoureuse de deux conditions du référé :

- *le caractère provisoire de la décision* : le juge des référés peut examiner les droits des parties, à condition qu'il n'ordonne aucune mesure susceptible de porter définitivement et irrémédiablement atteinte à ceux-ci (cass., 9 septembre 1982, Pas., 1983, I, p.48 ; 14 juin 1991, Pas., 1991, I, p. 899 ; 31 janvier 1997, Pas., 1997, p. 148) ; par ailleurs, il ne peut octroyer à une partie, même à titre provisoire, le bénéfice d'une sanction à laquelle elle ne pourrait pas prétendre devant le juge du fond (X. DIEUX, La formation, l'exécution et la dissolution des contrats devant le juge des référés, R.C.J.B., 1987, pp. 265 et 270.)
- *l'urgence, en relation avec la balance des intérêts en présence.*

Le caractère provisoire de la décision

9. Si l'on met en relation ce qui a été dit ci-dessus en ce qui concerne l'irrecevabilité de certaines demandes de suspension, force est de constater que faire droit au surplus de celles-ci aboutirait - en dehors même des conséquences économiques qui seront examinées sous l'angle de la balance des intérêts - à un véritable imbroglio juridique.

Ainsi,

- la suspension de la décision du conseil d'administration de FORTIS SA/NV du 3 octobre 2008 et des décisions et conventions subséquentes relatives à la cession des activités néerlandaises de banque et d'assurance serait en toute hypothèse inopposable tant à l'Etat néerlandais qu'aux filiales acquises par celui-ci ; les décisions et conventions par hypothèse suspendues continueraient donc, paradoxalement, à produire leurs effets ;
- la suspension de la décision du conseil d'administration des 5/6 octobre 2008 et des conventions subséquentes serait inopposable à la SA FORTIS BRUSSELS (non partie à la cause) pour ce qui a trait à la cession par celle-ci à la SFPI du solde de sa participation dans la SA

FORTIS BANQUE - on observera en outre que dans un tel cas, les cocontractants seront confrontés à une véritable aporie sur le plan juridique dès lors que la suspension serait opposable à l'autre partie à cette convention, soit la SFPI, s'agissant en outre d'une convention déjà exécutée..

- la suspension de la décision des 5/6 octobre 2008 ne serait pas davantage opposable à FORTIS INSURANCE NV (qui n'est pas d'avantage partie à la cause) pour ce qui se rapporte à la vente à BNP PARIBAS de 100% des actions de FORTIS INSURANCE BELGIUM ; ici aussi, on se trouverait dans une situation aberrante, puisque la suspension judiciaire de l'exécution de la convention (indépendamment de la réalisation ou non des conditions suspensives prévues par le contrat) s'imposerait à l'acquéreur, mais non au vendeur.

Une telle situation pourrait aboutir à des conflits entre les parties à ces conventions, certaines se trouvant dans l'impossibilité, tout au moins provisoire, d'exécuter les obligations qui en découlent. En outre, la suspension des conventions déjà exécutées impliquerait des restitutions ou des rétrocessions dont les effets pourraient se révéler, en fait, irréversible.

10. Abordons maintenant les décisions et conventions qui lient exclusivement les parties qui sont à la cause.

On pourrait à la limite admettre que le droit, pour des actionnaires de FORTIS SA/NV d'obtenir la suspension de la décision du conseil d'administration de cette société des 5-6 octobre 2008 serait le corollaire d'un droit (dont le fondement juridique prête au demeurant à controverse) de poursuivre l'annulation par le juge du fond de cette décision.

Mais tel n'est manifestement pas le cas des conventions subséquentes.

Ces conventions, même si elles sont intervenues à la suite d'une décision du conseil d'administration de FORTIS SA/NV, ont été conclues entre des sociétés distinctes de celle-ci. Sur le plan de l'appréciation, par le juge des référés, des droits apparents des parties, on aperçoit mal sur quelle base juridique un actionnaire d'une société anonyme pourrait postuler l'annulation ou l'inopposabilité d'actes juridiques posés par des sociétés tierces, sauf, le cas échéant, d'établir une simulation ou un abus de la forme sociale, ce qui n'est nullement allégué par les appelants.

La circonstance que la SA FORTIS et ses filiales ou sous-filiales impliquées constitueraient un même ensemble

économique est, à cet égard, irrelevante, dans la mesure où il s'agit de personnes morales distinctes ayant chacune leur fonctionnement propre et des organes sociaux séparés. Les liens économiques unissant des sociétés composant un groupe n'entraînent pas une disparition de leur identité juridique propre (v. notamment en ce sens E. WYMEERSCH, *Enkele technieken van concernrechtelijke aansprakelijkheid*, in *Liber amicorum Frédéric Dumon*, 1983, p. 316.)

11. Il s'ensuit que :

- la suspension d'actes impliquant des personnes non parties à la cause - et auxquelles, partant, cette suspension serait inopposable - serait soit dépourvue d'effet, soit de nature à placer les intimés dans une situation d'insécurité juridique de nature à compromettre irrémédiablement les droits qu'ils tirent des conventions conclues avec des tiers
- suspendre les conventions intervenues à la suite de la décision du conseil d'administration des 5-6 octobre 2008 aboutirait à accorder aux appelants, à titre provisoire, le bénéfice d'une sanction (équipollente, quant à ses effets, à une annulation *ex tunc*) qu'ils ne pourraient pas obtenir du juge du fond

Dans ces conditions, la seule suspension de la décision des 5-6 octobre 2008 (pour étant qu'elle soit sous-tendue par un droit des appelants à en demander l'annulation) serait dépourvue de toute portée réelle sur le plan juridique, encore que ses conséquences de fait doivent être prises en compte dans l'appréciation de la balance des intérêts (v. infra)

L'urgence et la balance des intérêts en présence.

12. Il s'agit de deux notions souvent liées (v. notamment comm. Bruxelles, réf., 9 février 1988, J.T., 1988, p. 222) encore que ce lien ne soit pas évident (sur cette question, v. P. MARCHAL, *Les référés*, Répertoire Notarial, T.XV, Larcier, 1992, p. 47 ; G. de LEVAL, *Le référé en droit judiciaire privé*, *Actualités de Droit de Liège*, 1992, p. 866 ; S. RAES, *Het kortgeding in vennootschapszaken*, T.R.V., 1988, p. 327.)

Nous examinerons donc ces deux points séparément, tout en estimant que dans la présente affaire, l'urgence est étroitement conditionnée par l'appréciation des intérêts en

présence et même, dans une large mesure, par celle des intérêts propres aux appelants.

13. Il y a urgence dès que la crainte d'un préjudice d'une certaine gravité, voire d'inconvénients sérieux, rend une décision immédiate souhaitable (cass., 13 septembre 1990, Pas., 1991, p. 41.)

En l'espèce, l'urgence alléguée est sérieusement contestable. Le préjudice encouru par les appelants, qui constitue le fondement de leur intérêt à agir, est - comme le relève le premier juge - purement pécuniaire et, par conséquent, toujours réparable par la voie de dommages-intérêts accordés par le juge du fond.

Les appelants, en leur qualité d'actionnaires, ne pourraient poursuivre au fond la réparation d'une éventuelle lésion des intérêts de la SA/NV FORTIS, si ce n'est en invoquant un préjudice «par ricochet» qui ne saurait également être réparé que par l'allocation de dommages-intérêts.

La demande de suspension ne présentera dès lors un caractère d'urgence que pour autant qu'elle apparaisse de nature à réduire le préjudice des appelants ou à prévenir une aggravation de ce préjudice, en tenant compte des autres intérêts en présence.

14. A cet égard - et donc sous l'angle de la balance des intérêts - la remise en cause, même temporaire, des opérations susvisées par la voie d'une suspension provisoire, **dont au reste la durée n'est pas déterminée de manière précise par les appelants**, remettrait gravement et sans doute irrémédiablement en cause les mesures de sauvetage destinées à prévenir une discontinuité des activités de FORTIS BANQUE.

Cette suspension rendrait aléatoire, aux yeux du marché, l'effectivité de ces mesures ; il existe de ce fait des raisons sérieuses de croire qu'elle générerait précisément une discontinuité des activités bancaires et provoquerait une crise systémique hautement préjudiciable non seulement aux épargnants, aux déposants, au personnel de FORTIS BANQUE, aux entreprises et aux particuliers auxquels celle-ci a ouvert un crédit, mais encore, par voie de conséquence, à l'ensemble de l'économie belge.

Un retour, même limité dans le temps, à la situation antérieure au 3 octobre 2008 ou au 5 octobre 2008 n'apparaît pas de nature à remédier à ce risque de discontinuité, puisque la seule présence de l'Etat Belge dans FORTIS BANQUE et la

garantie de l'Etat, réalisés dans la première phase de l'opération de sauvetage, n'ont pas suffi à rétablir la confiance du marché.

En outre, un recours prolongé à l'E.L.A. n'apparaît pas comme un moyen efficace de remédier à la situation, s'agissant d'un appui essentiellement précaire et temporaire dont la poursuite pour une durée indéfinie aggraverait sensiblement l'exposition de l'Etat.

Enfin, il n'est nullement probable que la mesure de suspension postulée serait de nature à limiter le préjudice subi par les actionnaires de la SA/NV FORTIS, dans la mesure où une discontinuité dans les activités de FORTIS BANQUE aurait nécessairement des répercussions capitales sur la situation des sociétés mères et parachèverait la dépréciation de leurs actions.

15. En conséquence :

- la mesure de suspension postulée apparaît comme de nature à compromettre de manière irrémédiable les droits des parties aux conventions conclues à la suite des décisions critiquées du conseil d'administration de FORTIS SA/NV, dans la mesure où cette suspension leur serait opposable ; elle serait par ailleurs dépourvue d'effet en ce qui concerne des actes accomplis par l'Etat Néerlandais et les personnes morales non parties à la cause ;
- sur le plan de l'urgence et de la balance des intérêts en cause, la suspension ne se révèle pas une mesure adéquate pour limiter le préjudice pécuniaire des appelants (seul préjudice pouvant être pris en considération) tout en présentant un risque particulièrement grave pour l'intérêt général.

Il n'y a donc pas lieu à référé quant à ce.

16. Les considérations exposées ci-dessus impliquent que la Cour n'aurait pas à examiner plus avant les moyens invoqués par les appelants concernant le rôle de l'Etat dans les négociations qui ont précédé les décisions litigieuses du conseil d'administration, le pouvoir du conseil d'administration de prendre ces décisions, le caractère prétendument lésionnaire de celles-ci et des opérations qui en ont été la suite, ainsi que la constitution projetée de NEWCO.

Il nous paraît toutefois utile d'examiner, à titre tout à fait subsidiaire, la question de l'intervention de l'Etat belge (par l'organe du gouvernement fédéral) et celle des pouvoirs

du conseil d'administration de FORTIS SA/NV.

L'intervention du gouvernement fédéral.

17. Sur le plan de l'intervention du juge des référés, la qualification juridique de l'intervention du gouvernement fédéral dans les négociations qui ont précédé les décisions litigieuses du conseil d'administration de FORTIS SA/NV est sans incidence réelle, dès lors que ces décisions elles-mêmes ont été prises par l'organe compétent de cette société.

L'allégation selon laquelle le gouvernement aurait *imposé* ces décisions au conseil d'administration est, à notre estime, tout aussi irrelevante, dès lors que rien ne permet de considérer que ces décisions auraient été surprises par fraude, violence ou dol. D'ailleurs, si tel avait été le cas - quod non - seule FORTIS SA/NV aurait le pouvoir d'invoquer ces vices du consentement.

Par ailleurs, les décisions dont il s'agit n'ont pas été imposées au conseil d'administration par un acte contraignant de la puissance publique (tel qu'un arrêté royal ou un arrêté ministériel) par lequel l'exécutif se serait substitué, par voie d'autorité, aux organes de la société.

Les pouvoirs du conseil d'administration.

18. Les appelants soutiennent que ces décisions, en ce qu'elles portent sur des cessions d'actifs, seraient entachées d'excès de pouvoir, car elles auraient dû être soumises à l'approbation de l'assemblée générale.

Ils se fondent sur le renvoi fait par l'article 14a) des statuts au *Corporate Governance Statement* dont le point II.3.2 prévoit notamment que seront soumis à l'approbation d'une assemblée générale le transfert à un tiers des activités de banque ou d'assurance et la cession d'une participation dans le capital d'une société modifiant de plus de 33% le montant des capitaux propres de FORTIS.

La solution de la question réside dans le point de savoir si cette prescription du *Corporate Government Statement* déroge au droit commun de l'article 522 du Code des sociétés - constitue une disposition statutaire, limitant les pouvoirs légaux du conseil d'administration.

Le premier juge a estimé que le renvoi dans les statuts de FORTIS SA/NV au texte précité n'a pas pour effet d'incorporer ce texte aux statuts et de lui conférer par voie de

conséquence la force obligatoire d'une disposition statutaire.

Il nous paraît que l'appréciation du premier juge sur ce point, encore que formulée de manière excessivement succincte, doit être approuvée.

En effet, le *Statement* est un document rédigé par le conseil d'administration, qui aux termes mêmes dudit document, a le pouvoir de le modifier sans l'approbation de l'assemblée générale, cette dernière devant seulement être informée des modifications.

Par ailleurs, le point III.1.2 du *Statement* donne au conseil d'administration le pouvoir général de soumettre des décisions à l'assemblée générale.

On concevrait mal, dans ces conditions, qu'un document pouvant être amendé discrétionnairement par le seul conseil d'administration ait une force équivalente aux statuts, dont la modification exige nécessairement une décision de l'assemblée générale par application de l'article 558 du Code des sociétés.

En outre, si le point II.3.2 du *Statement* avait la force d'une norme statutaire, réglant de manière contraignante les pouvoirs respectifs du conseil d'administration et de l'assemblée générale, on n'apercevrait pas pourquoi, de manière générale, le point III.1.2. du même texte donnerait compétence au seul conseil d'administration pour apprécier s'il y a lieu ou non de mettre en œuvre cette prescription.

Enfin, il paraît inconcevable qu'une disposition qui, si elle devait avoir un caractère obligatoire, modifierait de manière déterminante - tout au moins au regard du droit belge - les compétences respectives des organes de la société, ne soit pas insérée purement et simplement dans les statuts. Le fait qu'elle ne l'ait pas été implique, à notre avis, que FORTIS n'entendait pas lui donner une valeur statutaire.

Il serait tout aussi excessif d'assimiler ce texte à un règlement d'ordre intérieur qui, par nature, s'impose aux organes de la société. Pareil règlement ne comporte en effet que des règles de procédure interne, comme, par exemple, les modalités de convocation de l'assemblée générale, et non la répartition des compétences entre les organes de la société.

Il est raisonnable de considérer le *Corporate Government Statement* comme une charte de bonne gouvernance destinée notamment à servir à titre indicatif, de guide à l'action du conseil d'administration. Celui-ci pourrait tout au plus engager sa responsabilité sur le plan interne au cas où il y

dérogerait de manière arbitraire ou injustifiée. En aucun cas, on ne saurait considérer que son non-respect - imposé au reste par les circonstances dans lesquelles les décisions litigieuses ont dû être adoptées - serait générateur d'un excès de pouvoir dans le chef du conseil d'administration.

19. Les griefs qui, selon la thèse des appelants, touchent à l'ordre public, méritent cependant une attention particulière, dès lors que leur réalité pourrait même remettre en cause les considérations développées ci-dessus en relation avec la balance des intérêts.

Ces griefs ont trait :

- à une prétendue violation des règles en matière d'aides d'Etat
- à une prétendue illégalité des arrêtés royaux habilitant la SFPI à conclure les conventions du 10 octobre 2008 portant respectivement sur l'achat de 50% (+ 1) des actions de FORTIS BANQUE et sur l'apport de 74,94 % des actions de FORTIS BANQUE à BNP PARIBAS.

a. Aides d'Etat

La Commission européenne n'ayant pas encore définitivement statué sur le point de savoir si les cessions à BNP PARIBAS constituent des aides d'Etat au sens de l'article 87(1) du Traité instituant la Communauté européenne, la décision appartient actuellement à la Cour, dans le cadre du présent référé.

Au niveau de l'appréciation d'une apparence de droit, il n'est nullement établi que les quatre critères déterminants de l'existence d'une aide d'Etat soient cumulativement réunis, notamment en ce qui concerne l'avantage qui serait conféré à un opérateur économique.

En toute hypothèse, à supposer même que les cessions dont il s'agit comportent une aide d'Etat, le protocole d'accord du 10 octobre 2008 contient à cet égard une condition suspensive, ce qui rend une suspension judiciaire de ce protocole totalement dépourvue d'objet.

b. Les arrêtés royaux

La preuve de la délibération d'un arrêté royal en conseil des ministres (exigée en l'occurrence par l'article 2, §3 de la loi du 2 avril 1962 relative à la Société fédérale de participations et d'investissement et aux sociétés régionales

d'investissement) résulte suffisamment de la constatation qui en est faite dans le préambule de l'arrêté (cass., 8 décembre 1947, Pas., 1947, I, p. 527.) Tel est le cas des arrêtés royaux du 12 décembre 2008.

Par ailleurs, la rétroactivité conférée à ces arrêtés royaux n'est en soi nullement irrégulière, s'agissant d'actes individuels (v ; notamment cass ;, 19 octobre 1989, Pas., 1990, I, p. 207.)

De ce même caractère d'acte individuel, il résulte que seul l'administré concerné (à savoir la SFPI elle-même) pourrait, en toute hypothèse, invoquer la violation d'une formalité substantielle. Cette faculté n'est pas ouverte aux appelants et l'irrégularité alléguée, à la supposer établie, ne saurait non plus être constatée d'office dans le cadre de la présente affaire.

Il ressort de ce qui précède que les moyens qualifiés d'ordre public par les appelants ne sont nullement fondés, en ce qu'ils constituent le soutènement de la demande de suspension.

II. LA DEMANDE DE NOMINATION D'UN COLLEGE D'EXPERTS VERIFICATEURS

20. Toutes les parties relèvent à bon droit qu'en ordonnant une expertise judiciaire sur pied des articles 962 et suivants du Code judiciaire, alors que les appelants, demandeurs originaires, postulaient la désignation d'experts vérificateurs par application de l'article 168 du Code des sociétés, le premier juge a modifié l'objet et la cause de la demande, violant ainsi le principe dispositif et le droit de défense des intimés, défendeurs originaires.

Cette disposition de l'ordonnance doit donc être mise à néant.

21. Il y a donc lieu pour la Cour de statuer sur la demande de désignation d'experts vérificateurs qui a été formée en première instance par les demandeurs et que ceux-ci ont reproduite en degré d'appel.

L'article 168 du Code des sociétés permet au président du tribunal de commerce, s'il existe des indices d'atteinte grave ou de risque d'atteinte grave aux intérêts de la société, de nommer un ou plusieurs experts ayant pour mission de vérifier les livres et comptes de la société ainsi que les opérations accomplies par ses organes.

Encore que la disposition précitée ne l'exige pas

expressément, il ressort de son économie que la compétence dévolue au président du tribunal de commerce suppose que l'urgence de la mission soit démontrée. L'urgence implique que cette mission ne pourrait pas être mise en œuvre aussi efficacement par le juge du fond.

La mission postulée par les appelants concerne :

- la situation financière de FORTIS en terme de solvabilité ou de liquidité, du 1^{er} septembre 2008 au 31 octobre 2008.
- l'établissement de la valeur de FORTIS BANQUE SA lors de l'augmentation de capital du 28 septembre 2008 et la valeur de marché des actifs cédés aux Pays-Bas, à la SFPI et à BNP PARIBAS
- l'établissement de la situation des filiales bancaires de Fortis aux Pays-Bas entre le 29 septembre et le 3 octobre 2008.

Force est de constater, tout d'abord, que l'exécution complète du troisième point de cette mission risquerait d'être affectée par la circonstance que les filiales bancaires de FORTIS SA/NV aux Pays-Bas ne sont pas parties à la présente cause.

Même compte non tenu de cette réserve, d'autres raisons militent contre la nomination d'experts vérificateurs par la Cour de céans.

Tout d'abord, l'établissement de la valeur de marché des actifs cédés n'entre pas dans le champ d'application de l'article 168 du Code des sociétés, cette disposition n'ayant pas pour but de permettre à un associé - et, a fortiori, à un actionnaire - de provoquer à charge de la société une expertise sur la valeur intrinsèque de celle-ci (Bruxelles, 16 juin 2000, R.D.C., 2001, p.737.) Ceci paraît de nature à justifier le rejet du deuxième point de la mission.

Ensuite, et de manière plus générale, les appelants n'apportent aucun élément qui permettrait raisonnablement de craindre que les pièces nécessaires à l'accomplissement des diligences confiées aux experts vérificateurs seraient exposées à un risque immédiat de disparition ou de dissimulation, de sorte que la désignation de ces experts présenteraient une urgence telle qu'elle ne pourrait être efficacement ordonnée par le juge du fond.

Il résulte de ce qui précède que les conditions d'application de l'article 168 du Code des sociétés ne sont pas réunies. Il n'y a pas lieu de faire droit à la demande des appelants tendant à la désignation d'experts vérificateurs.

CONCLUSION

En ce qui concerne les points examinés, nous émettons l'avis qu'il appartiendrait à la Cour

- de confirmer l'ordonnance dont appel en ce qui concerne la demande de suspension des décisions et opérations indiquées par les appelants, sous les émendations relatives à la recevabilité de certaines demandes ; toutefois, les considérations exposées à ce propos nous paraissent devoir justifier également la confirmation de ladite ordonnance pour ce qui a trait aux demandes qui concernent la convocation d'une assemblée générale et les modalités de celle-ci, telles que la nomination d'un mandataire ad hoc et les restrictions apportées au droit de vote de certains actionnaires

- de mettre à néant ladite ordonnance en ce qu'elle ordonne une mesure d'expertise et, statuant par voie de disposition nouvelle, de dire n'y avoir lieu à la désignation d'experts vérificateurs sur pied de l'article 168 du Code des sociétés.

Bruxelles, le 01/12/2008

Pour le procureur général,
Le premier avocat général,

P. MORLET.