

TRANSCRIPTION PAR "LA LIBRE BELGIQUE"
DE L'AVIS RENDU LE 6 NOVEMBRE 2008
AU TRIBUNAL DE COMMERCE DE BRUXELLES SIEGEANT EN REFERE
PAR LE MINISTERE PUBLIC REPRESENTE PAR PAUL DHAEYER (*)
DANS L'AFFAIRE ACTIONNAIRES C/ FORTIS / SFPI / BNP PARIBAS
(*): *Chef de la section financière du parquet de Bruxelles*

CECI N'EST PAS UN DOCUMENT OFFICIEL

*
* *

PARQUET DE BRUXELLES

Avis du ministère public sur pied de l'article 764, second alinéa du code judiciaire

Audience des référés du tribunal de commerce de Bruxelles du 30 octobre 2008

En la cause, portée devant Madame la Présidente du tribunal de commerce statuant en référé opposant :

André Jean-Patrick et consorts, agissant en leur qualité d'actionnaires de la S.A. FORTIS

contre

1. FORTIS S.A.
2. La SFPI, société de droit public
3. BNP PARIBAS S.A.

I. OBJET DE L'ACTION

L'action en référé tend à obtenir trois mesures urgentes et provisoires :

1. La suspension des résolutions des 3, 5 et 6 octobre 2008 prises par le conseil d'administration de FORTIS S.A. visant à la cession des actifs de FORTIS aux PAYS-BAS, à la SFPI et à BNP PARIBAS, suspendre tout acte juridique en ce compris les résolutions et décisions des filiales et sous-filiales ou sociétés liées de FORTIS et toute convention prise en exécution de ces résolutions;
2. Nommer un mandataire ad hoc avec pour mission de convoquer et présider une assemblée générale de FORTIS S.A. (et de FORTIS N.V.) dans les six semaines avec pour ordre du jour l'approbation ou la non-approbation des transactions des 3, 5 et 6 octobre 2008; dire que le mandataire ad hoc devra rechercher, par des contacts avec les tiers intéressés, une solution négociée et la présenter à l'assemblée générale avec l'assistance de représentants des actionnaires, dont les conseils des concluant; dire que les frais et honoraires du mandataire ad hoc seront supportés par FORTIS;

3. Suspendre pour cette assemblée les droits de vote de tout actionnaire agissant de concert ou sur instruction de l'ÉTAT NÉERLANDAIS, BNP PARIBAS, la SFPI et/ou l'ÉTAT BELGE;
4. Interdire à l'ÉTAT HOLLANDAIS de céder les actions FORTIS BANQUE NEDERLAND et FORTIS INSURANCE NEDERLAND sous peine d'une astreinte de 5 milliards d'euros; interdire tout processus d'intégration d'ABN AMRO et FORTIS BANK NEDERLAND;
5. Interdire à la SFPI de se départir des actions FORTIS BANK sous peine d'une astreinte de 5 milliards d'euros; alternativement placer les actions FORTIS BANQUE sous le séquestre du mandataire ad hoc;
6. Dire que les mesures 4 et 5 seront maintenues jusqu'à 10 jours après le vote de l'assemblée générale des actionnaires de FORTIS et en cas de rejet par l'assemblée jusqu'à une décision coulée en force de chose jugée statuant sur la demande d'annulation de ces transactions;

II. QUANT A LA RECEVABILITÉ DE L'ACTION

A. L'INTERET A AGIR

L'intérêt à agir des requérants est contesté, par la SFPI, par FORTIS et par la BNP PARIBAS. Selon ces parties la suspension des délibérations des conseils d'administration de FORTIS S.A. n'aurait plus à ce stade d'effet sur la réalisation ultérieure de la vente des titres de la FORTIS BANK S.A., que la SFPI détient actuellement, à la BNP PARIBAS, puisque la cession préalable de ces titres par FORTIS S.A. à la SFPI serait désormais parfaite.

FORTIS et SFPI soutiennent que la suspension postulée ne pourrait plus avoir pour effet d'empêcher l'acquisition par BNP PARIBAS des titres FORTIS BANQUE détenue par la SFPI.

Nous relevons, à l'étude des pièces, que la convention du 10 octobre 2008 par laquelle la société cédante FORTIS BRUSSELS cède les titres FORTIS BANQUE à la SFPI est, d'après les termes mêmes de la convention, indissociablement liée à la convention conclue et reprise nommément dans le même instrument entre la SFPI et la BNP PARIBAS (voir à cet égard l'article 10.4.1 de la convention du 10 octobre 2008).

En réalité, la dite convention doit être considérée comme un tout, à laquelle préside une même rationalité économique.

La convention ne peut se concevoir que comme une cession simultanée des 50,1 % des titres FORTIS BANQUE détenus par FORTIS BRUSSELS S.A. et des 49,93 % des titres FORTIS BANQUE détenues par la SFPI au même acquéreur final BNP PARIBAS. En d'autres termes, la cession des titres à la SFPI n'est opérée que dans le but d'une cession de ces titres à la BNP PARIBAS.

La volonté des co-contractants n'a jamais été de céder définitivement et en pleine propriété les

titres FORTIS BANQUE à la SFPI ou à l'ÉTAT BELGE, mais de céder ces titres à la BNP PARIBAS. Dans le cas contraire, le conseil d'administration de FORTIS eut consenti à une nationalisation de la banque, ce qui des termes mêmes des délibérations querellées à été formellement exclu par l'ensemble des parties à commencer par l'État pour le compte duquel la SFPI agit en mission déléguée.

La décision du conseil d'administration du 5/6 octobre 2008 ne disant d'ailleurs pas autre chose.

En outre, la convention ne sera pleinement exécutée que dans la mesure où la création et la capitalisation de la société NEWCO seront réalisés conformément aux termes de la convention, qui contient par ailleurs un certain nombre de conditions résolutoires et ou suspensives à ce sujet.

Il ressort de ce qui précède que la vente des 50,1 % restants entre FORTIS BRUSSELS S.A. et la SFPI n'apparaît pas comme une convention de vente parfaite destinée à sortir ses pleins effets indépendamment de la réalisation des autres aspects de la convention conclue le 10 octobre 2008, portant notamment sur la création de la société NEWCO.

Il paraît donc inexact de dire que la vente était parfaite au 10 octobre 2008 et que la société FORTIS aurait été un tiers à cette convention. Au demeurant, il n'est pas contesté que le closing final de la vente n'aura lieu qu'en février 2009.

S'il n'est pas contesté par les parties à la cause que la SFPI détient valablement 49,93 % des parts en vertu de l'entrée de l'État dans le capital de FORTIS BANK, il reste à déterminer si FORTIS BRUSSELS peut valablement céder les 50,01 % aux termes de la convention du 10 octobre 2008 dont nous pensons qu'elle n'est pas parfaite à ce jour.

A cet égard, FORTIS BRUSSELS S.A. a été autorisée à céder les titres en vertu d'une décision du conseil d'administration de FORTIS S.A., dont elle est une filiale à 100 %.

La suspension éventuelle à l'issue de cette procédure de la délibération autorisant la vente des titres entraînerait immédiatement la suspension de l'exécution de la convention, en ce qu'une partie essentielle de celle-ci serait légalement impossible à exécuter.

La question de savoir si l'irrégularité éventuelle des décisions du conseil d'administration de FORTIS est opposable à BNP PARIBAS est sans incidence sur l'intérêt à agir dans le cadre de la présente procédure. En effet, à supposer que la BNP PARIBAS soit en droit d'opposer la convention du 10 octobre 2008 à la société FORTIS BRUSSELS S.A., l'exécution par la société BNP PARIBAS de ladite convention pourrait se poursuivre, conformément à la théorie générale des conventions, par une action en responsabilité contractuelle si l'exécution de la convention est impossible pour un motif de fait ou de droit.

Il en serait particulièrement ainsi si le tribunal suspendait les délibérations des conseils d'administration ratifiant la cession des titres, puisque FORTIS BRUSSELS S.A. ne pourrait plus valablement céder les titres qu'elle possède.

La demande en suspension des délibérations et les demandes annexes qui en découlent présentent dès lors incontestablement un intérêt pour les actionnaires de FORTIS.

Par contre en ce qui concerne l'intérêt des demandeurs à demander en référé une suspension des délibérations du conseil d'administration du 3 octobre 2008 relative à la vente des actifs néerlandais du groupe à l'État néerlandais, le ministère public émet un avis plus réservé, sans pour autant se prononcer sur la régularité de ces conventions.

Ces ventes ont fait l'objet d'un acte authentique et sont indépendantes économiquement et juridiquement des autres transactions non encore finalisées.

Toutefois, la suspension la décision de répartition du prix de vente de 16,8 milliards prise lors du conseil d'administration du 8 octobre 2008 entre la société-mère FORTIS et ses filiales, dont FORTIS BANK S.A. présente incontestablement un intérêt puisqu'elle serait de nature à modifier la situation à venir des fonds propres tant de FORTIS S.A. que de FORTIS Bank S.A.

B. LA QUALITE DES REQUERANTS

La qualité des demandeurs est contestée aux motifs que ceux-ci ne seraient pas actionnaires de la société FORTIS BRUSSELS S.A., société cédante des actifs belges du groupe et que la société FORTIS S.A., dont ils sont actionnaires, serait un tiers par rapport aux opérations querellées.

Nous observons d'abord que seule la S.A. FORTIS fait l'objet d'une cotation et que seuls ses titres sont distribués dans le public. Il en découle que les actionnaires de FORTIS S.A. sont les seuls susceptibles d'agir, puisque les sous-holdings sont détenues en totalité par les sociétés-mères.

En outre, nous relevons à la lecture du procès-verbal du conseil d'administration de FORTIS BRUSSELS S.A. du 6 octobre 2008, que celle-ci est effectivement contrôlée entièrement par la S.A. FORTIS, dont le conseil d'administration est en grande partie composé des mêmes personnes.

Ce conseil d'administration n'apparaît d'ailleurs que comme une chambre d'entérinement des décisions prises par les organes de la S.A. FORTIS. Nous citons : "After a brief exchange of opinions, it was stated that given the parent Structure of the Fortis Group (described in the Fortis Governance Statement), the (corporate) interest of Fortis Brussels and Fortis Utrecht N.V. are fully aligned to the interests of the Fortis Topco 's (Fortis S.A./N.V. and FORTIS N.V.)".

L'intérêt économique de la S.A. FORTIS et de S.A. FORTIS BRUSSELS et FORTIS UTRECHT se confondent dès lors totalement. Affirmer le contraire reviendrait à installer un écran entre le conseil d'administration et les actionnaires et en outre à exonérer les administrateurs de toutes leurs responsabilités.

Les actionnaires de FORTIS S.A. ont donc qualité pour introduire la présente action, en ce qu'elle porte sur les décisions prises ont induites directement par la S.A. FORTIS.

III. QUANT AU FOND : L'APPARENCE DE DROIT

1. La régularité des délibérations du conseil d'administration de FORTIS des 3 et 6 octobre 2008

1.1. La décision du conseil d'administration de FORTIS au cours de la nuit du 5 au 6 octobre 2008

Pour rappel les délibérations des conseils d'administration des 3 et 6 octobre 2008 de la S.A. FORTIS dont les requérants demandent la suspension portait sur la cession des titres détenus par la S.A. FORTIS BRUSSELS à la Banque BNP PARIBAS, par le biais d'une vente simultanée, qui pour le ministère public s'analyse comme une opération de portage de ces titres à la SFPI.

Les décisions ratifiées par le conseil d'administration du 5/6 octobre 2008 comportent les points suivants :

Premièrement, le rachat par la SFPI du solde de la participation de FORTIS BRUSSELS (filiale à 100 % des sociétés-mères, FORTIS S.A., partie à la cause et FORTIS N.V.) dans FORTIS Banque, (50 % plus une action) pour un montant en cash de 4,7 milliards d'euros.

Deuxièmement la création d'une nouvelle société à financer à concurrence de 66 % par FORTIS, 24 % par la SFPI et 10 % par BNP PARIBAS, ayant pour objet l'acquisition d'un portefeuille de crédits structurés de FORTIS Banque pour un montant de 10,4 milliards d'euros.

Troisièmement, la conclusion par la SFPI, FORTIS et BNP PARIBAS d'un protocole d'accord au terme duquel la SFPI apporterait à BNP PARIBAS 75 % des actions de FORTIS Banque, tout en conservant le solde de 25 %. En contrepartie de cet apport, la SFPI deviendrait actionnaire de BNP PARIBAS à hauteur de 11 %. L'exécution de cet accord est soumise à la réalisation de diverses conditions suspensives.

Quatrièmement, la vente directe par FORTIS INSURANCE N.V. à BNP PARIBAS de 100 % des actions de FORTIS INSURANCE BELGIUM S.A. pour un prix de 5,5 milliards d'euros en cash, sous réserve d'ajustement au *closing* avec un maximum de 225 millions d'euros (pièce 5 déposée par FORTIS : article 1.6 du Protocole d'accord avec BNP PARIBAS).

Cette vente est soumise aux mêmes conditions suspensives que l'apport des actions de FORTIS BANQUE à BNP PARIBAS par la SFPI.

Cinquièmement, l'acquisition par BNP PARIBAS (directement ou indirectement) de 67 % des actions de FORTIS BANQUE Luxembourg, l'Etat luxembourgeois se portant acquéreur du

solde.

Le conseil d'administration de FORTIS ratifia lors du conseil d'administration de la nuit du 5 au 6 octobre 2008 à 2 h du matin la décision annoncée par le gouvernement.

1.2. La négociation ayant mené à la décision litigieuse

Il convient à notre estime de distinguer entre la phase de négociation et la phase de ratification de l'opération querellée, ce qui n'est au demeurant contesté par aucune des parties.

Il ressort clairement des pièces (et notamment du procès-verbal du conseil d'administration de FORTIS, pièce déposée sous le n°13 de FORTIS, du 5 au 6 octobre 2008) que le conseil d'administration de FORTIS ne négocia pas l'accord litigieux. Au demeurant il n'est pas contesté que ce même organe de FORTIS ne fut pas ou si peu impliqué dans la dite négociation, le procès-verbal du conseil d'administration du 5 au 6 octobre 2008 indiquant en version anglaise que : "At the CBFA negotiations, took place directly between the Belgian Government and BNP Paribas, with little involvement of the Fortis Management".

En outre, la partie FORTIS qui ne conteste pas n'avoir joué de rôle déterminant dans la négociation de l'opération querellée, soutient avoir ratifié néanmoins celle-ci.

Il n'est pas davantage contesté qu'à tout le moins la négociation avec la partie BNP a été menée par les fonctionnaires de l'État belge, qui ne disposaient pas de mandat statutaire au sein de FORTIS et qui n'en étaient pas davantage actionnaires.

Il convient dès lors d'examiner si le conseil d'administration de FORTIS pouvait valablement déléguer la négociation de l'accord tel qu'il se présente à un tiers et le cas échéant dans quelles conditions une telle délégation pouvait s'opérer.

a) La délégation des pouvoirs du conseil d'administration

En principe, le conseil d'administration de la S.A. a tous les pouvoirs de gestion et de représentation.

Néanmoins, en vertu de l'article 525 du Code des sociétés, la gestion journalière des affaires de la société, ainsi que la représentation de la société en ce qui concerne cette gestion, peuvent être déléguées à une ou plusieurs personnes, actionnaires ou non, agissant seules ou conjointement (Répertoire notarial, tome XII, Droit commercial, livre 4, pp. 501 et suivants, M. COIPEL, Droit des sociétés commerciales : S.A., S.P.R.L. et S.C.R.L., Kluwer, 3ème éd., 2006, tome I).

- L'acte querellé relève-t-il de la gestion journalière ?

La gestion journalière n'est pas définie par la loi. La doctrine, définit habituellement les actes de gestion journalière comme ceux qui ne sont que l'exécution de la ligne de conduite tracée par le conseil et ceux qu'il est nécessaire d'accomplir au jour le jour pour assurer la marche

des affaires. La gestion journalière ne s'étend pas aux actes qui, par leur importance ou par les conséquences qu'ils entraînent pour la société, présentent un caractère exceptionnel.

Il est de jurisprudence constante que la notion de gestion journalière s'analyse de manière restrictive. Ainsi, la Cour de cassation dans son arrêt du 17 septembre 1968 (Pas., 1969, I, p. 61) la définit comme étant tous les actes soit commandés par les besoins de la vie quotidienne de la société, soit ceux qui, tant en raison de leur peu d'importance que de la nécessité d'une prompt solution, ne justifient pas l'intervention du conseil d'administration lui-même.

Elle confirme cette position dans son arrêt du 21/02/2000 (Pas., 2000, I, p. 138) en précisant que la gestion journalière ne peut être confondue avec des actes matériels d'exécution comme la vente, la réparation ou l'entretien des produits.

La notion de gestion journalière s'apprécie donc in concreto en fonction de la nature de l'activité, du caractère normal ou non de l'opération envisagée, de l'impact financier,... (C. BERTSCH, obs. Sous Bruxelles, 14 février 2000, J.D.S.C., 2002, p. 133).

En conséquence, la jurisprudence exclut de la gestion journalière la passation de contrats d'achat et de vente sans aucune restriction quant à leurs montants et modalités (Cass., 28 septembre 1965, Pas., 1966, I, p. 129) ainsi que la vente de l'ensemble des actifs sociaux. Il s'agit d'un acte exceptionnel de disposition du patrimoine de la société qui relève de la compétence de l'AG des actionnaires lorsqu'il signifie la dissolution virtuelle de la société (Civ. Malines, 5 octobre 1992, J.D.S.C., 1999, p. 105).

A ce stade de la procédure, il apparaît que la transaction querellée revient à céder la quasi totalité des actifs de la société mère FORTIS à la partie BNP puisqu'il n'est pas contesté que la société anonyme FORTIS BANQUE, dont les sociétés mères belges et hollandaises détenaient la totalité des parts sociales, constituait non seulement l'actif principal, mais également le seul actif susceptible de générer des profits pour la maison-mère. Il ressort ainsi du procès-verbal du conseil d'administration de FORTIS du 5 au 6 octobre 2008 que c'est bien l'ensemble des activités bancaires et d'assurance belges du groupe qui sont cédés à la partie BNP PARIBAS, tandis que subsistent au sein du groupe les seules activités d'assurances internationales. Dans ces conditions, il paraît évident que ni la négociation d'un tel acte de disposition, ni a fortiori sa ratification ne relèvent de la gestion journalière.

b) Délégations spéciales de pouvoir du conseil d'administration

En conséquence, il convient d'examiner les conditions de délégation par le conseil d'administration à l'État belge de la négociation de la convention querellée.

La jurisprudence et la doctrine considèrent traditionnellement que le conseil d'administration, en vertu de la plénitude de ses pouvoirs, peut déléguer l'exécution de certaines missions à des personnes qu'il désigne et qui auront, dans le cadre de ce mandat, le pouvoir de représenter la société.

Notons que, dans cette hypothèse, le délégué spécial est un mandataire et non un organe. En

conséquence, la société ne sera engagée que s'il reste dans les limites de la délégation qui lui a été accordée et ce, peu importe que celle-ci ait été concédée en violation de l'objet social.

La délégation ne peut être que spéciale, elle doit porter sur une transaction déterminée ou une catégorie d'actes. Les pouvoirs spéciaux ne concernent pas nécessairement la gestion journalière. Ils peuvent dépasser le cadre de celle-ci et englober à titre d'exemple toutes les opérations, quelles que soient leur importance ou leur fréquence, relevant de la compétence d'un département particulier de la société.

La délégation spéciale peut être conférée indifféremment à un tiers ou à un membre du conseil d'administration.

Toutefois, étant donné que le délégué spécial est un mandataire, il doit disposer d'une procuration spéciale, c'est-à-dire l'acte qui établit les pouvoirs qui lui ont été conférés par la société.

Or il ne ressort pas des pièces mises à la disposition du tribunal et du ministère public par la partie FORTIS et par la partie BNP que le conseil d'administration de FORTIS ait donné mandat au gouvernement belge pour négocier les termes de l'accord querellé.

Au contraire, il ressort de la lettre envoyée par le conseil d'administration de FORTIS au Premier ministre et au ministre des Finances que le conseil d'administration se désolidarise des options déjà prises par le gouvernement, sans évoquer un mandat qu'il n'a manifestement pas confié à l'origine, ni même déterminé de manière claire et précise, le mandat de négociation qui pèserait sur le gouvernement belge.

En outre, il ressort des délibérations du conseil d'administration du 5 au 6 octobre 2008 que la décision aurait été imposée au conseil d'administration. De même il apparaît clairement que nombre d'administrateurs ont ouvertement regretté que le conseil d'administration n'ait plus le choix face à la décision déjà prise par le gouvernement belge.

Il ressort de ce qui précède que le conseil d'administration de FORTIS n'a pas exercé ses prérogatives statutaires en laissant un tiers dans la situation d'un administrateur de fait, ce que la BNP PARIBAS ne pouvait ignorer.

L'absence de mandat spécial clairement déterminé conféré au gouvernement belge pour négocier l'accord ne permet pas de déterminer si le mandataire a respecté les limites de son mandat de négociation.

Si la jurisprudence admet qu'une société anonyme peut toujours ratifier un acte accompli par son organe en excès de pouvoir et que la société pourrait donc ratifier un acte accompli par son délégué de la gestion journalière qui excède le champ de la gestion journalière (M. COIPEL, Droit des sociétés commerciales : S.A., S.P.R.L., S.C.R.L., Kluwer, 3è éd., 2006, tome I, p. 619), l'opposabilité à la société d'un acte commis par un mandataire spécial en excès des pouvoirs qui lui avait été confiés initialement paraît difficilement concevable. Cette lacune pourrait le cas échéant constituer une faute de gestion et pourra le cas échéant engager la

responsabilité des administrateurs.

Néanmoins, il ne nous revient pas de nous prononcer dans le cadre de la présente procédure sur la question de la responsabilité des administrateurs.

1.3 La ratification de la décision litigieuse

Il convient, à ce stade, de se pencher sur la validité de la ratification par le conseil d'administration de FORTIS de la cession des parts sociales de la S.A. FORTIS Banque à la SFPI puis à la BNP. La partie FORTIS soutient que la décision a finalement été ratifiée par le conseil d'administration de la société-mère FORTIS S.A.

Conformément à l'article 645 du code des sociétés, seule l'assemblée générale extraordinaire est compétente pour prendre des décisions de transformation, de fusion, de scission ou la décision de dissoudre la société avant son terme. Le législateur a ainsi entendu réserver à l'assemblée générale les décisions qui affectent profondément la société et son patrimoine ("La transparence en droit des sociétés et en droit financier", LARCIER, 2008, Yves DE CORDT et Gaëtane SCHAEKEN WILLEMAERS, 67.) De même, l'article 559 du code des sociétés soumet la modification de l'objet social à l'approbation de l'assemblée générale.

En l'espèce, il paraît difficilement contestable que la décision de cession de l'ensemble de l'activité bancaire et d'assurance du groupe revient en réalité à transformer la structure du groupe. La structure de l'actif et l'objet social même de la société-mère ont été profondément altérées. D'une société holding de l'industrie bancaire, FORTIS s'est transformée dans les faits en une société de liquidités. En effet, il n'est pas contesté que les activités économiques de FORTIS S.A. sont aujourd'hui réduites à quelques activités d'assurance internationale, mais que pour le surplus FORTIS ne détient plus d'autres activités économiques susceptibles de produire des bénéfices et de générer de ce fait une quelconque plus-value.

Enfin, le ministère public est d'avis que le Conseil d'administration de FORTIS ne pouvait se soustraire à l'article 14 a) de ses statuts qui renvoie à la FORTIS GOVERNANCE STATEMENT dont l'article II.3.2 impose la tenue d'une assemblée générale extraordinaire des actionnaires en cas de transfert à un tiers de l'entreprise de FORTIS ou de l'une de ses filiales désengageant FORTIS de ses activités de banque et d'assurance. Cette disposition correspond à cet égard parfaitement à la loi belge telle que nous l'avons exposée. L'objet social même et la structure de la société bénéficient du contrôle par l'assemblée générale des actionnaires.

Le fait que les statuts de la société filiale FORTIS BRUSSELS S.A. ne renverrait pas spécifiquement au FORTIS GOVERNANCE STATEMENT est sans intérêt puisque c'est bien le conseil d'administration de FORTIS qui adopta les résolutions permettant à FORTIS BRUSSELS S.A. de céder les actifs du groupe.

Enfin, il apparaît clairement que la question de la tenue d'une assemblée générale a été évoquée par les avocats des deux sociétés mères FORTIS S.A. et FORTIS N.V.

Lors du conseil d'administration de FORTIS le 3 octobre 2008, Monsieur PEIJSTER a évoqué la question au regard du droit néerlandais, en indiquant qu'en droit néerlandais ce type de décision devait être approuvé par une assemblée générale, mais qu'en vertu de l'article 2.8 du code civil néerlandais, l'on pouvait passer outre cette obligation en raison de motifs "pressants et spécifiques".

Lors du conseil d'administration du 6 octobre 2008, Me NELLISEN GRADE aborda la même question en estimant qu'elle devait être réglée uniquement au regard du droit néerlandais et que d'après lui, en droit néerlandais, la tenue d'une assemblée générale n'était plus nécessaire en raison de l'existence d'un cas de force majeure.

Nous relevons de ce qui précède que le conseil d'administration était bien conscient dès le 3 octobre 2008 de la nécessité d'organiser une assemblée générale en vue de la ratification de la transaction litigieuse et que la décision d'outrepasser cette obligation légale n'était justifiée dans son esprit que par l'existence d'une exception de droit néerlandais.

La FORTIS S.A. est incontestablement une société anonyme de droit belge à laquelle le droit belge des sociétés est intégralement d'application. L'existence ou non d'exception en droit étranger est donc sans incidence sur les obligations légales des organes de la société belge.

Il nous apparaît clairement qu'une pareille décision ne pouvait dès lors être ratifiée que par une décision de l'assemblée générale extraordinaire.

Les évolutions récentes en matière de Corporate Governance vont d'ailleurs dans le sens d'une soumission à l'approbation de l'assemblée générale de toute décision importante qui engage l'avenir même de la société (Koen BYTTEBIER, CORPORATE GOVERNANCE, MAKLU, 2003, p. 117).

En conclusion, nous sommes d'avis que la ratification par le conseil d'administration de la transaction querellée viole les articles 522, 559 et 645 du Code des sociétés et que cette décision est dès lors irrégulière. Le conseil d'administration de FORTIS a donc clairement agi en excès de pouvoir.

2. L'apparence du dommage

a) *Violation de l'intérêt social*

La doctrine et la jurisprudence ont élargi la notion d'intérêt social qui peut être entendue non seulement au niveau de la société mais également au niveau du groupe auquel elle appartient (Bruxelles, 16 juin 1981, R.P.S., 1981, p. 145).

Il peut être conforme à l'intérêt d'une société d'aider une société liée pour autant, notamment, que les sacrifices demandés soient conformes à l'intérêt du groupe.

A l'égard des sociétés cotées, le Code des Sociétés prévoit des balises qui encadrent la mesure dans laquelle l'intérêt du groupe peut être pris en considération dans l'appréciation de l'intérêt

social de la société visée.

Ainsi, l'article 524§1 du Code des Sociétés, qui ne s'applique qu'aux S.A. cotées, prévoit que "toute décision ou toute opération accomplie en exécution d'une décision prise se par une société cotée est préalablement soumise à la procédure établie aux §2 et §3, lorsqu'elle concerne :

1° les relations de ladite société avec une société liée à celle-ci, à l'exception de ses filiales.
2° les relations entre une filiale de ladite société et une société liée à celle-ci, autre qu'une filiale de ladite filiale.

L'article 524§5 vise les décisions ou opérations relatives aux relations d'une filiale belge non cotée d'une société belge cotée avec les sociétés liées à cette dernière qui doivent être autorisées par la société-mère en respectant la procédure visée aux §2 et §3 de l'article 524.

En décidant de contribuer à la création de NEWCO, en y prenant une participation importante et en y logeant les actifs toxiques de sa sous-filiale FORTIS Banque, FORTIS effectue une opération qui concerne les relations d'une de ses filiales avec une société liée (NEWCO étant une société-soeur de FORTIS Banque).

NEWCO étant une filiale liée à la société-mère de FORTIS Banque, l'article 524§5 prévoit dans ce cas que la procédure détaillée aux §2 et §3 trouve à s'appliquer.

Cette procédure prévoit la consultation préalable d'un comité composé de trois administrateurs indépendants.

En cas de non-respect, si la filiale est correctement représentée et agit dans les limites de son objet social sans respecter le prescrit de l'article 524 du Code des Sociétés, elle ne peut invoquer cette interdiction que contre les tiers de mauvaise foi (Y. DE CORDT, G. SCHAEKEN WILLEMAERS, "La transparence en droit des sociétés en droit financier", Larcier, 2008, p. 149).

La *ratio legis* de ces dispositions est précisément d'éviter qu'au sein d'un même groupe des transferts lésionnaires d'actifs aient lieu entre différentes composantes de ce groupe en violant l'intérêt spécifique d'une des composantes du groupe au profit d'une autre composante et de son actionnariat.

Si la sanction attachée à la méconnaissance de cette disposition n'intéresse pas directement l'objet de la présente procédure, il emporte néanmoins une présomption sérieuse de la violation de l'intérêt social de la société-mère FORTIS. L'opération querellée transférant des actifs toxiques de la Fortis Banque vers sa société soeur NEWCO, avantageant l'actionnaire minoritaire de la Banque au détriment de la société-mère.

b) *Le caractère lésionnaire de la transaction*

Cette question s'articule autour de deux points.

Premièrement, le caractère lésionnaire doit s'apprécier par rapport à la situation de la société. FORTIS soutient que compte tenu de la situation financière de la société, et principalement de sa situation de liquidité, seule une cession rapide des activités bancaires et d'assurance de FORTIS pouvait assurer la pérennité du groupe. L'extrême urgence avec laquelle FORTIS a agi ne peut se justifier, dans son esprit, que par la situation précaire dans laquelle FORTIS et ses filiales se seraient trouvées.

Deuxièmement, le caractère lésionnaire de la transaction se rapporte au prix du marché ainsi qu'à la valeur comptable des actions de FORTIS BANQUE et des autres actifs destinés à être cédés à BNP PARIBAS dont FORTIS INSURANCE BELGIUM à l'époque de la transaction.

Le caractère lésionnaire de la transaction querellée ne doit à ce stade présenter qu'un caractère apparent et raisonnable.

S'il est difficile de déterminer avec exactitude la valeur comptable de ces actifs en l'absence d'expertise fiable et impartiale, il convient toutefois de relever que le Protocole d'accord du 10 octobre 2008 comporte une annexe 4 indiquant que les fonds propres de FORTIS BANK étaient de 22 milliards d'euros.

Les réponses fournies au tribunal et au Ministère public sur la réalité des fonds propres indiquées dans la convention du 10 octobre 2000 sont pour le moins vagues et font apparaître que le mode de calcul de ceux-ci pour les besoins de la transaction relève pour partie d'une comptabilisation approximative voire fictive. L'évaluation la plus basse fournie à l'audience est de 15,9 milliards. Le prix de la cession n'atteint dans cette hypothèse que les 2/3 de la valeur des fonds propres.

L'apparence du caractère lésionnaire de la cession paraît donc à tout le moins admissible *prima facie*, puisque la banque fut cédée par étapes successives pour un montant total de 9,4 milliards d'euros, soit une fourchette oscillant entre moins de la moitié de la valeur des fonds propres à deux tiers de ceux-ci. Au demeurant, nous relevons que le danger de faillite imminente de la société-mère et de ses filiales invoqué comme motif de force majeure s'en trouve fortement relativisé.

En outre, si les allégations d'un danger de faillite de FORTIS s'avéraient exactes, la cession d'un actif aussi important pour un prix n'atteignant pas, d'après la convention de cession, la moitié des fonds propres de la société cédée, poserait le cas échéant question au regard de l'article 489 du code pénal.

Cette interrogation justifie entre autres l'intervention de mon office à la cause.

c) *Balance des intérêts*

Cette question revêt pour le ministère public une importance certaine.

Les défendeurs s'opposent à toutes décisions pouvant de quelques manières que ce soit modifier les conventions au motif qu'une modification, même minime, entraînerait le retrait de

la BNP, et par voie de conséquence automatique la faillite du groupe et de la banque FORTIS.

Il n'est pas contesté que la solvabilité de la banque FORTIS était bonne au moment de la conclusion des conventions contestées, mais que le risque de faillite résidait dans un manque de liquidités qui risquait de provoquer une discontinuité des opérations de la banque.

Sans préjuger de son avis, le ministère public s'interroge sur le peu d'éléments mis à la disposition du tribunal par FORTIS concernant tant sa solvabilité que sa liquidité, ce qui nourrit de vives inquiétudes quant à l'information complète et exacte que sont en droit d'attendre les marchés et leurs autorités de contrôle.

Néanmoins, nous constatons sur base des pièces mises à la disposition par BNP PARIBAS que durant la période critique du 29 septembre au 9 octobre 2008 les besoins quotidiens de refinancement à très court terme étaient assurés quasi exclusivement par la Banque nationale de Belgique. De même le solde net à financer restant était assuré par la BCE.

Certes, la BNP a entrepris à partir du 6 octobre 2008 d'assurer une partie croissante de ce financement, mais nous constatons que celui-ci est très inférieur à celui assuré précédemment par les banques centrales. Ceci s'explique sans doute par l'arrivée le 3 octobre 2008 d'un cash-flow important suite à la cession des actifs néerlandais du groupe. Il est donc inexact de dire que le 5 octobre 2008 la situation de liquidité était pire qu'au 28 septembre 2008, ce qui aurait justifié, dans l'esprit de FORTIS, une décision prise au bénéfice de l'extrême urgence en exonération des règles du droit commun et des principes de la bonne gouvernance.

A ce stade, nous soulignons que le rôle des banques centrales par le biais de conventions qu'elles ont conclues pendant la crise dans divers pays européens, en ce compris la France, se distingue nettement du rôle assumé par BNP. Il revient en effet aux banques centrales de substituer au marché des prêts interbancaires lorsque celui-ci s'assèche. La BNP ne remplit pas de toute évidence un rôle identique. Les montants sont certes importants, mais n'atteignent pas les besoins de liquidités assurés initialement par la Banque nationale, ce qui implique d'ailleurs une intervention importante de la BCE et la garantie par l'État du marché interbancaire.

Au demeurant, il est de notoriété publique que FORTIS n'est pas un cas isolé et que la banque nationale assure le *funding* d'autres banques telles DEXIA, dont la ligne de crédit quotidien est de 70 milliards d'euros.

Il serait d'ailleurs très improbable que la banque nationale refuse d'exécuter le cas échéant un ELA qu'elle a précédemment consenti, si d'aventure la part du *funding* par la BNP venait à disparaître.

Le danger de faillite, s'il est inhérent à toute entreprise, n'est donc pas, sur base des éléments fournis par FORTIS et BNP, supérieur à celui encouru par les autres acteurs du marché et ne dépend pas exclusivement de la position de BNP, dont nous relevons qu'elle annonce dans le public un renforcement de ses fonds propres suite au rachat de Fortis banque.

En toute hypothèse nous relevons que le discours pessimiste de BNP et de FORTIS tenus devant ce tribunal diffère sensiblement des informations fournies aux marchés, ce qui justifiait peut-être dans leur esprit la demande initiale d'un traitement de cette affaire à huis clos.

IV. PERTINENCE DES MESURES SOLLICITEES

Les requérants ont modifié leurs demandes par leurs conclusions du 29 octobre 2008 en sollicitant la suspension des délibérations du conseil d'administration et sollicitent la tenue d'une assemblée générale des actionnaires.

Le Ministère public estime que, dans la mesure où les conditions de recevabilité et de fond de l'action en référé sont à son estime rencontrées, la tenue d'une assemblée générale des actionnaires se justifie pleinement.

Il n'appartient pas aux autorités judiciaires de se substituer aux organes de la société en opérant un contrôle d'opportunité des opérations que les sociétés commerciales entendent mener.

Comme nous l'avons indiqué ci avant, c'est à l'assemblée générale des actionnaires que revient d'opérer ce contrôle et de prendre la décision de céder ou non les actifs de la société dont ils sont les garants ultimes.

Pour le Ministère public, les mesures à prononcer doivent effectivement tenir compte des intérêts économiques à long terme tant de FORTIS S.A. que de la Banque FORTIS.

Toutefois, il ne saurait être question de subordonner l'application du droit des sociétés à l'existence d'un cas de force majeure, en l'espèce la crise des marchés interbancaires, et ce en l'absence de toute base légale.

Sauf à estimer que le conseil d'administration est seul juge d'un cas de force majeure qu'il allègue, rien ne permet de conclure des pièces produites que le conseil d'administration de FORTIS était dans l'incapacité absolue de convoquer une assemblée générale extraordinaire en vue de faire ratifier ces conventions.

Au demeurant, il ressort de l'information parue dans la presse que FORTIS a convoqué une assemblée générale pour le 2 décembre 2008 sans pour autant porter ce point à l'ordre du jour, alors qu'il n'est pas contesté que le *closing* de l'opération n'aura lieu que le 29 février 2008.

En outre, il n'est pas contesté que la partie BNP a soumis les conventions à l'approbation des actionnaires, ce qui démontre qu'une telle approbation ne met pas en soi l'opération et la continuité de la banque en péril et gardait toute sa pertinence au moment de la conclusion des conventions.

En l'espèce, nous sommes d'avis qu'il est primordial de permettre à l'assemblée générale de se prononcer souverainement sur l'avenir de la société, ce qui le cas échéant permettra d'assurer une réelle sécurité aux opérations projetées si l'assemblée générale les avalise, amendées ou

non.

Le ministère public insiste particulièrement sur le principe de l'égalité des droits des actionnaires devant l'information.

A cet égard, le parquet est frappé par le flou qui a entouré le déroulement des transactions litigieuses. La désignation d'un collège de vérificateurs permettrait à cet égard d'éclairer l'assemblée générale sur la situation réelle du groupe et sur la valeur réelle des actifs cédés, en particulier sur la valeur de la Banque FORTIS.

La transparence dans la gestion des sociétés cotées, dont il est manifeste qu'elle a fait défaut en l'espèce, est à ce prix.

La désignation d'un administrateur ad hoc en vue de faire mettre la ratification des opérations à l'ordre du jour de l'assemblée générale annoncée permettra également d'assurer le fonctionnement normal de cet organe essentiel et, en particulier, il devra veiller au respect de l'égalité des actionnaires.

En outre, s'agissant d'une société qui allègue de son propre état de faillite imminent, il lui reviendra le cas échéant d'assurer l'égalité des créanciers.

Par contre le ministère public émet un avis nettement plus réservé quant à la limitation du droit de vote de certaines catégories d'actionnaires, difficilement identifiables a priori. Il convient de ne pas entraver l'égalité des actionnaires lors de cette assemblée générale, alors précisément que cette même égalité a pu être bafouée lors des opérations querellées.

Il reviendra le cas échéant à l'administrateur ad hoc de solliciter la suspension de la cotation de l'action, afin d'éviter des mouvements sur le marché susceptibles de modifier, dans un but abusif, la position de certaines catégories d'actionnaires.

Dans ces conditions, la suspension pure et simple des opérations est prématurée, puisque c'est aux actionnaires réunis en assemblée générale à cet effet de se prononcer sur le sort à réserver aux conventions querellées, ce qui permet en outre de ne pas mettre en péril *a priori* les opérations projetées.

V. CONCLUSION

Le Ministère public émet un avis favorable quant à la recevabilité de l'action introduite, en toute hypothèse en ce qu'elle se rapporte aux délibérations du conseil d'administration du 6 octobre 2006.

Quant au fondement de la demande, le Ministère public considère que les délibérations du conseil d'administration du 6 octobre 2008 ont été prises en violation des articles 522, 559 et 645 du code des sociétés.

En outre, les règles relatives à la prévention des conflits d'intérêts visées à l'article 524 du

Code des Sociétés entre la société-mère FORTIS et sa filiale FORTIS Banque n'ont pas été observées dans le cadre de la création de NEWCO privilégiant la société FORTIS BANK et son actionnaire minoritaire SFPI.

Que, partant, il convient de permettre à l'assemblée générale des actionnaires de se prononcer sur la validité des décisions prises par le conseil d'administration de FORTIS le 6 octobre 2008 et de ratifier le cas échéant les conventions qui en découlent. Or le ministère public constate que FORTIS annonce la tenue d'une assemblée générale le 2 décembre prochain. Il convient dès lors de désigner un administrateur ad hoc dont la mission précise sera de faire porter la ratification des décisions querellées à l'ordre du jour de l'assemblée générale du 2 décembre 2008.

La désignation d'un collège de vérificateurs devra être désigné en vue d'accomplir dans l'urgence une évaluation de la valeur des actifs cédés à la BNP et de la situation réelle du groupe FORTIS.

Pour le surplus, le ministère public n'estime pas qu'il soit opportun de limiter de quelque façon que ce soit le droit de vote de certaines catégories d'actionnaires, laissant ainsi le jeu normal des organes de la société s'accomplir.

Bruxelles, le 6 novembre 2008

Le procureur du Roi,

Paul DHAEYER