

**La COUR D'APPEL DE BRUXELLES,
18 CHAMBRE,**

N°.: 2134

après délibéré, prononce l'arrêt suivant :

N°Rép.: 2008/

R.G. N°. 2008/KR/350

9316

EN CAUSE DE :

1. ANDRE Jean-Patrick,
2. ADRIEN HANOTEAU SPRL,
3. ANTINORO Sarah,
4. ARTIMMO SA,
5. BERRYER François,
6. BERRYER Véronique,
7. BERRYER Stéphanie,
8. BIZZOTTO Roxane,
9. BLANPAIN François,
10. BONJEAN Liliane,
11. BOTTA Stefano,
12. BOURGUIGNON Richard,
13. FRÈRE Carine,
14. BRAGARD Lucienne,
15. BROGNIEZ José,
16. BROGNIEZ Lionel,
17. CALLIGARO Isabella,
18. ERIC CAPORALE Antonio,

(0 0 0)

451. BRUI Thérèse

452. KRISHNADATH Jerry

453. DE JAMBLINNE DE MEUX Nathalie

454. DROESHAUT Etienne

455. DEBRA Maria

456. JINGHOERIE Padmawatie

faisant élection de domicile au cabinet de
Me. MODRIKAMEN Mischaël, avocat à 1170
BRUXELLES, Avenue du Houx 42,

représentés par Me. MODRIKAMEN
Michaël, Maître BONHIVERS Olivier, Maître
ARNAUTS Laurent, avocats à 1170
BRUXELLES, Avenue du Houx 42 et Me
BARETTE Cyrille, avocat à 1180
BRUXELLES, avenue Dolez 103/1 ;

Vu l'ordonnance prononcée le 18 novembre 2008 par le président du tribunal de commerce de Bruxelles siégeant en référé;

Vu l'ordonnance rendue le 20 novembre 2008 par le premier président de la cour autorisant une abréviation du délai de citer;

Vu l'acte d'appel signifié le 21 novembre 2008;

Vu la citation en intervention forcée signifiée le 24 novembre 2008;

Vu la requête en intervention volontaire déposée le 26 novembre 2008;

Vu les conclusions des parties ;

Vu l'avis de Monsieur le premier avocat général ;

Vu les répliques des parties à l'avis du Ministère public.

I. ANTECEDENTS ET DEMANDES FORMEES DEVANT LA COUR

1. Par citation du 13 octobre 2008, une partie des appelants (140) ont cités les intimées devant le président du tribunal de commerce siégeant en référé. La demande originaire, telle que modifiée en termes de conclusions du 28 octobre 2008, tendait à l'obtention des mesures reproduites ci-après, sous le n° 3, 1°, 3°, 4°, 6°, 7° et 8°. Un certain nombre de personnes sont intervenues volontairement dans la procédure aux côtés des demandeurs originaires, les uns de manière conservatoire, d'autres de manière agressive.

2. L'ordonnance attaquée du 18 novembre 2008 dit la demande principale originaire recevable. Le premier juge a rejeté le moyen d'irrecevabilité de la demande faute d'intérêt présenté par les intimées qui faisaient valoir que toute mesure de suspension des résolutions et cessions critiquées seraient inopérante dès lors que l'ensemble des accords étaient déjà réalisés. Il a considéré que les appelants démontraient l'existence d'un intérêt à obtenir les mesures sollicitées au motif que la convention entre Fortis et la SFPI et la convention entre cette dernière et BNP Paribas étaient indissociablement liées et que le « closing final » de la vente à BNP Paribas n'aurait lieu qu'en février 2009.

Par ailleurs, le premier juge a rejeté l'exception tirée du défaut de qualité à agir, présentée par les intimées, fondée sur le fait que les demandeurs ne sont pas actionnaires des sociétés du groupe qui ont fait l'objet des opérations de cession critiquées, au motif que ces opérations ont été réalisées en exécution de décisions prises par le conseil d'administration des sociétés Fortis SA/NV et Fortis NV dont ils sont actionnaires.

L'ordonnance attaquée constate qu'il y a urgence en considérant que *'dans la mesure où les demandeurs fondent la légitimité de leur action sur le fait que les opérations litigieuses se sont passées jusqu'à ce jour sans que les actionnaires n'aient été en possession des informations utiles leur permettant le cas échéant de faire usage de leurs droits d'actionnaires de Fortis, l'urgence à rechercher lesdites informations se justifie pleinement dans le cadre du présent référé au vu de l'évolution des transferts d'actifs de Fortis Banque toujours en banque.'*

Statuant sur l'apparence de droits, l'ordonnance rejette la thèse des appelants en ce que celle-ci est fondée sur :

- une prétendue violation d'une obligation de soumettre les opérations litigieuses à l'approbation préalable de l'assemblée générale des actionnaires.
- la mise à l'écart des organes de décisions de Fortis ou l'absence de délibérations réelles au sein du conseil d'administration relativement aux opérations critiquées ;
- le dépassement de pouvoirs du conseil d'administration ;
- la non-conformité des décisions successives avec l'intérêt social.

Le premier juge a ensuite considéré que la balance des intérêts penchait en faveur du maintien de la situation actuelle. L'ordonnance attaquée relève à cet

égard que « l'accueil de la moindre des demandes telles que formulées par les demandeurs serait inévitablement de nature à constituer un péril pour le sauvetage de Fortis Banque dans les conditions de marché actuellement toujours difficiles, et par incident, pour la protection de ses épargnants et employés », et « qu'à l'inverse, dans la mesure où il découle de la diminution de valeur de leurs actions Fortis SA/NV, le préjudice prétendument subi par les demandeurs est et reste purement (pécuniaire) et sera par conséquent toujours réparable. »

Enfin, le premier juge n'a pas fait droit à la demande de désignation d'experts vérificateurs en ce que celle-ci était fondée sur l'article 168 du Code des sociétés, mais il a désigné en qualité d'experts Messieurs Cats, Debodt et Smets, avec la mission suivante :

- Ordonner à Fortis et à la SFPI la production de l'ensemble des rapports et correspondances (y compris la correspondance électronique) échangées entre elles et entre la SFPI et BNP Paribas et concernant et justifiant de la valeur d'acquisition :

- Tant dans un premier temps des 49,9% d'actions de Fortis Banque par la SFPI ;

- Tant du rachat par la SFPI du solde de la participation de Fortis Banque, à savoir 50% +1 action ;

- Tant de la revente par la SFPI de 75% des actions de Fortis Banque à BNP Paribas ;

- Éclairer le tribunal sur base de quels documents et diligences les vendeurs ont pu déterminer que le prix de vente des actions était adéquat ;

- Eclairer le tribunal sur la manière dont a été déterminé le prix de revente des actions à BNP Paribas ;

- Eclairer le tribunal sur le fait de savoir si les parties ont procédé aux diligences normales, dans les circonstances rencontrées, lors des cessions des actions ;

- Eclairer et donner un avis au Tribunal sur les méthodes de valorisation utilisées pour la fixation du prix de cession des actions. »

Il ressort de l'ordonnance attaquée que cette mesure a été ordonnée à titre conservatoire, sur le fondement des obligations générales qui pèsent sur les sociétés cotées « en matière de transparence et d'information des actionnaires » et au motif qu'il est « manifeste que le défaut de transparence qui a entouré le déroulement de l'ensemble des opérations de cessions stratégiques de Fortis a rendu très difficile l'appréciation par les actionnaires –et en particulier les actionnaires minoritaires- de la situation réelle du groupe et de la valeur des actifs cédés, en particulier de la valeur de Fortis Banque ».

3. L'appel principal, qui est dirigé contre toutes les parties à la cause devant le premier juge, tend à mettre à néant l'ordonnance du 18 novembre 2008 'en ce qu'elle déboute les appelants de la plupart de leurs demandes originaires'.

Selon leurs conclusions devant la cour, les appelants sollicitent actuellement les mesures suivantes :

1°. suspendre les résolutions des 3, 5 et 6 octobre 2008 prises par le conseil d'administration de Fortis SA, visant à la cession des actifs de Fortis aux Pays-Bas, à la SFPI et à BNP Paribas, ainsi que 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°. à titre subsidiaire, ordonner la convocation d'un conseil d'administration de Fortis avec pour ordre du jour la reprise des crédits structurés par une filiale à constituer de Fortis en respectant la procédure visée à l'article 524 du Code des sociétés ;

3°. nommer un mandataire ad hoc avec pour mission de rajouter à l'ordre du jour de l'assemblée générale extraordinaire des 1^{er} décembre 2008 (pour Fortis NV) et 2 décembre 2008 (pour Fortis SA) ou à l'assemblée générale du 19 décembre 2008 ou toute assemblée à convoquer ultérieurement, 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 appelants ; Dire que les frais et honoraires du mandataire ad hoc seront supportés par Fortis ;

4°. suspendre pour cette assemblée les droits de vote de tout actionnaire agissant de concert ou sur instruction de l'Etat néerlandais, BNP Paribas, la SFPI et/ou l'Etat belge ;

5°. suspendre le point 4 de l'assemblée générale du 2 décembre 2008 et/ou du 19 décembre 2008 en ce qu'il vise à statuer sur la poursuite des activités de Fortis SA, conformément à l'article 633 du Code des sociétés, tant que l'assemblée ne se sera pas prononcée sur les résolutions visées au point (a) ;

6°. interdire à l'Etat néerlandais de céder les actions Fortis Banque Nederland et Fortis Insurance Nederland, sous peine d'une astreinte de 5 milliards €, et interdire tout processus d'intégration d'ABN AMRO et Fortis Bank Nederland ;

7°. interdire à la SFPI de se départir des actions Fortis Banque, sous peine d'une astreinte de 5 milliards € ; Alternativement, placer les actions Fortis Banque sous le séquestre du mandataire ad hoc ;

8°. dire que les mesures 1 et 4 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 ou contrariété à l'ordre public, jusqu'à une décision coulée en force de chose jugée statuant sur la demande d'annulation de ces transactions ;

9°. désigner un collège de trois experts-vérificateurs, composé d'une personnalité académique, d'un réviseur et d'un juriste, avec pour mission :

- établir un rapport complet sur la situation financière de Fortis en terme de solvabilité et de liquidité, depuis le 1^{er} septembre 2008 et jusqu'au 31 octobre 2008 inclus ;

- établir la valeur de Fortis Banque SA lors de l'augmentation de capital du 28 septembre 2008 et la valeur de marché des actifs cédés par Fortis au jour de leur cession les 3 et 5 octobre 2008 aux Pays Bas, à la SFPI respectivement et BNP Paribas ;

- établir la situation exacte des filiales bancaires de Fortis aux Pays-Bas entre le 29 septembre et le 3 octobre 2008 en terme de financement, statut légal et concours de tiers ;

- faire rapport à l'assemblée générale sur ces questions ;

Dire que le dit rapport sera rendu public afin de faire respecter le principe d'égalité de traitement des actionnaires ;

10° condamner Fortis à prendre en charge l'intégralité des honoraires et frais des experts, lesquels pourront s'entourer de toute personne qu'ils jugeront utile et notamment de banquiers d'affaires en vue de la valorisation de Fortis ;

Les appelants indiquent dans l'acte d'appel qu'ils demandent la réformation de l'ordonnance attaquée en ce que celle-ci confie aux experts qu'elle désigne une mission qui ne répond pas à celle que les appelants avait demandée (acte d'appel, point 145).

4. Les parties intimées forment chacune un appel incident. Elles font grief au premier juge d'avoir déclaré les demandes originaires recevables ainsi que d'avoir constaté l'urgence.

Fortis postule également la mise à néant de la réformation de la décision attaquée en ce qu'elle ordonne une expertise portant notamment sur la détermination de la valeur d'acquisition de certains actifs.

Fortis conteste le bien fondé des demandes nouvelles formées par les appelants.

II. **EN FAIT**

I. **Le groupe Fortis au 26 septembre 2008**

5. Le groupe Fortis repose sur deux structures holding faitières, l'une de droit belge (Fortis SA/NV, intimée) et l'autre de droit néerlandais (Fortis NV).

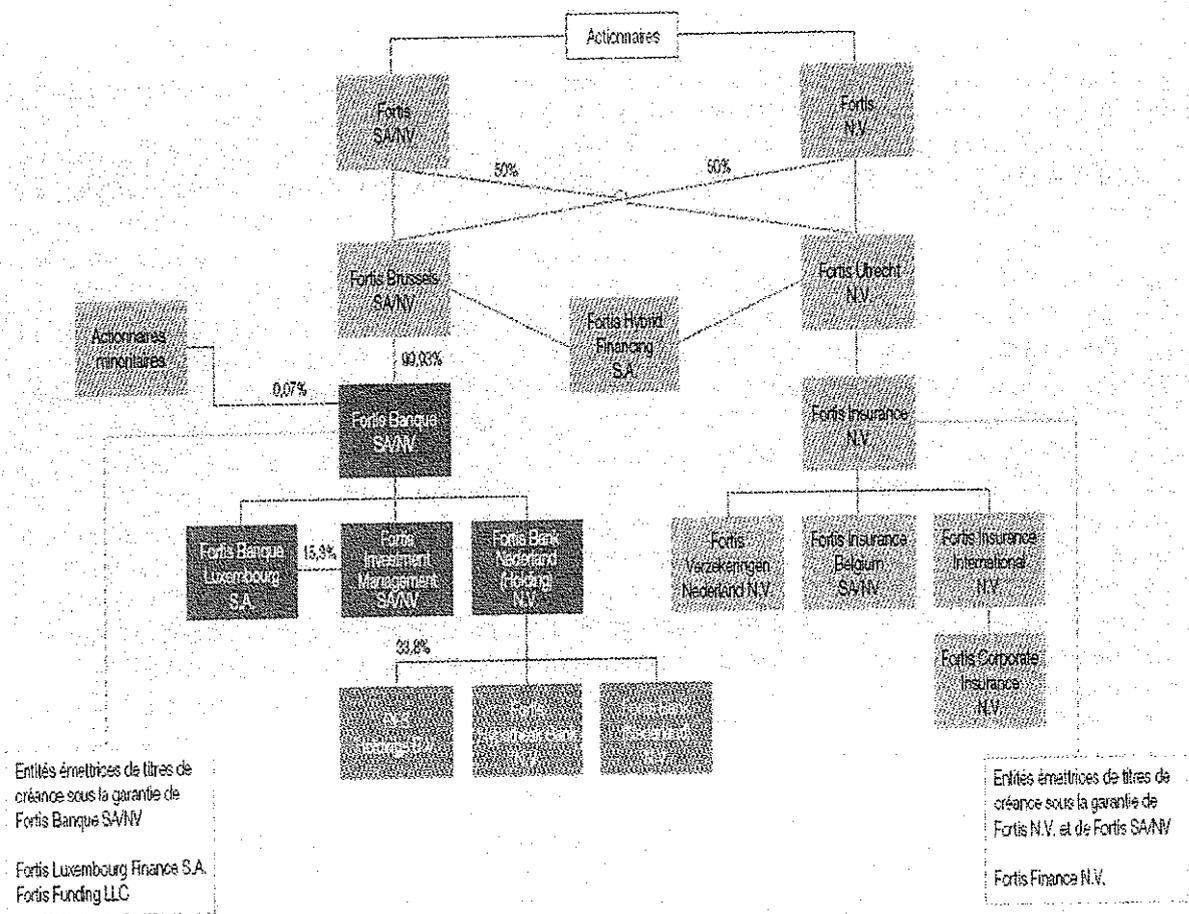
Les actions dans les deux sociétés mères sont jumelées en sorte que l'actionnaire du 'groupe Fortis' acquiert une action qui est composée d'une action Fortis SA/NV et d'une action Fortis NV. et il détient des droits de vote dans les deux sociétés. Les conseils d'administration des deux sociétés mères sont composés de manière identique et leurs décisions, qui sont toujours prises en même temps, engagent les deux sociétés.

Seule la société mère de droit belge, Fortis NV/SA, est partie à la cause.

6. Les appelants sont actionnaires des deux sociétés mères, Fortis SA/NV et Fortis NV, qui possèdent, chacune, une participation de 50% dans les deux sous-holdings Fortis Brussels et Fortis Utrecht.

Fortis Brussels regroupait les sociétés opérationnelles de la branche bancaire et Fortis Utrecht, les sociétés de la branche assurance. Ces deux sociétés ont également des conseils d'administration identiques.

7. La structure du groupe Fortis au 26 septembre 2008 se présentait schématiquement de la manière suivante :



II. Les opérations concernées

8. Le litige porte directement ou indirectement sur les opérations dont les actifs du groupe Fortis ont fait l'objet au cours des derniers mois.

9. **L'augmentation du capital de Fortis de 1,5 milliards par la procédure de capital autorisé, intervenue le 2 juillet 2008.** Fin juin 2008, Fortis annonçait qu'elle accélérerait la mise en œuvre de son plan de solvabilité en adoptant une série de mesures parmi lesquelles une augmentation de capital d'environ 1,5 milliards par l'émission d'actions nouvelles placées auprès d'investisseurs institutionnels, destinée à renforcer sa solvabilité de manière à ce que le ratio de solvabilité soit respecté après l'intégration totale des activités d'ABN AMRO.

L'augmentation de capital, par la procédure de capital autorisé, est intervenue le 2 juillet 2008, au prix de 10€ par action.

10. Durant les trois mois qui ont suivi cette opération, une tempête financière s'est déclenchée sur les marchés financiers et boursiers de tous les pays industrialisés, au point que les banques ne se consentaient plus de crédits à terme (à plus d'un jour) et que les banques centrales ont pris des mesures sans précédent.

Plusieurs institutions financières américaines ont dû être sauvées par les autorités publiques ou ont été reprises par des partenaires privés plus forts.

A la base de cette crise se trouverait l'émission de produits financiers très sophistiqués, dits 'structurés' -actuellement qualifiés de 'toxiques'-, dans lesquels pratiquement toutes les banques et les institutions financières importantes ont investi d'énormes sommes d'argent.

11. **L'Intervention coordonnée des Etats belge, luxembourgeois et néerlandais (« le plan Benelux »).** Au cours du week-end des 27 et 28 septembre 2008, le groupe Fortis, qui craignait que le pôle bancaire du groupe se trouve en situation de discontinuité si aucune solution n'était trouvée avant la réouverture des marchés le lundi 29 septembre, a marqué son accord sur une intervention des Etats du Benelux destinée à assurer la continuité des entités bancaires du groupe, pour un montant total de 11,2 milliards d'€, selon le plan suivant :

- l'Etat belge s'engageait à souscrire à une augmentation de capital de la SA Fortis Banque par utilisation du capital autorisé, hors droit de préférence, pour un montant de 4.700.000 d'€, lui conférant 49,93% du capital de cette société ;
- l'Etat luxembourgeois s'engageait à participer au capital de Fortis Banque Luxembourg, en souscrivant des obligations convertibles émises par cette société pour un montant de 2.500.000 d'€, lui conférant 49 % du capital de cette société ;
- l'Etat néerlandais acceptait de participer à une augmentation de capital de Fortis Bank Nederland (Holding), filiale de Fortis Banque, pour un montant de 4.000.000 d'€ lui conférant 49 % du capital de cette société.

L'engagement de l'Etat belge était assorti d'une clause résolutoire au cas où un tiers ferait une offre de nature à restaurer la liquidité de Fortis Banque.

12. Les procès-verbaux du conseil d'administration de Fortis SA/NV des 26 et 28/29 septembre 2008 font état des raisons pour lesquelles la recherche d'une solution dans l'extrême urgence s'imposait, notamment le fait que Fortis avait dû faire appel, pour la première fois, au crédit marginal (« *marginal lending facility*») pour 5 milliards d'€ et qu'il devrait face, dès le lundi, à un besoin de liquidités de l'ordre 30 milliards d'€.

Ils indiquent les raisons pour lesquelles la recherche d'une solution dans l'extrême urgence s'imposait.

Selon le procès verbal du vendredi 26 septembre, le conseil d'administration de Fortis Holding constate que des rumeurs circulent dans le marché et que la CBFA est intervenue auprès des quatre grandes banques pour souligner qu'elles ont l'obligation de s'entraider. Le président de la CBFA estimait également que Fortis Banque devait envisager 'le soutien d'un partenaire plus fort'. Le conseil constate également qu'à la fin de la journée du 26 septembre, Fortis Banque ne disposerait plus de 'collateral' (gage) à proposer sur le marché interbancaire du lundi suivant. Il mentionne, encore, que ING et BNP Paribas ont oralement confirmé 'être intéressé' et que l'Etat belge s'est déclaré prêt à prendre une participation significative dans Fortis.

Dans le procès-verbal de la réunion du 28 septembre, le conseil d'administration de Fortis holding relève, notamment, que Fortis a dû faire appel, pour la première fois, au crédit marginal (« *marginal lending facility*») pour 5 milliards d'€ et qu'il faudra faire face dès le lundi, à un besoin de liquidités de l'ordre 30 milliards d'€. Ces difficultés sont attribuées à la combinaison des rumeurs dans le marché, à la chute de la cote boursière et à l'inaccessibilité du marché interbancaire, même sur offre de gage. Durant toute la semaine écoulée, et particulièrement le vendredi 26 septembre, eut lieu une fuite massive ('massive outflow') de dépôts tenus par des clients institutionnels.

Il y est également communiqué que la recherche d'une solution avec un groupe privé a échoué : ING et BNP Paribas ont offert oralement un prix jugé dérisoire par le gouvernement (1,5 et 2 € par action Fortis). Le procès-verbal mentionne enfin que l'Etat Néerlandais ne s'est rallié qu'en dernière minute à l'augmentation de capital qui venait d'être annoncée.

13. Conformément à l'accord intervenu, le plan Benelux fut rendu public le dimanche 28 septembre 2008. Le communiqué de presse comporte une déclaration de Filip Dierckx, fraîchement nommé en tant que nouveau CEO de Fortis, selon laquelle l'intervention des gouvernements belge, luxembourgeois et néerlandais témoigne de leur confiance dans Fortis.

14. Les conseils d'administration de Fortis SA/NV et de Fortis NV ont approuvé le plan Benelux le 29 septembre 2008 à 0h47. Ils ont également adopté la décision de principe de vendre la participation dans RFS (les activités ABN AMRO qui n'étaient pas encore transférées chez Fortis).

Le conseil d'administration de Fortis Banque a également approuvé ce plan dans le courant de la nuit du 28 au 29 septembre.

15. Le lundi 29 septembre 2008, avant l'ouverture des marchés, l'Etat belge - à l'intervention de la SFPI agissant en mission déléguée -, a souscrit un montant de 4,7 milliards EUR dans le cadre de l'augmentation de capital de Fortis Banque, conformément à l'accord intervenu.

Parallèlement, la Banque Nationale de Belgique acceptait de consentir à Fortis Banque une ligne de crédit urgente ou ELA (« Emergency Liquidity Assistance Agreement »), ce qui constitue une intervention extrême et temporaire qui n'est admise qu'en cas de circonstances exceptionnelles, lorsque la banque concernée rencontre des problèmes exceptionnels de liquidité malgré sa solvabilité.

16. En vue de l'augmentation de capital souscrite par la SFPI, la valorisation de l'action Fortis Banque a été faite sur la base d'une estimation, suivant la méthode dite top down, de la valeur intrinsèque de la banque. La capitalisation boursière totale du groupe s'établissant à 12,2 milliards d'€ au 26 septembre 2008, et la part des activités bancaires s'élevant à 32,78% du total du groupe, la valeur de Fortis Banque fut fixée à 4 milliards d'€, soit 16,53 € par action.

Aux motifs que les conditions de marché particulièrement difficiles avaient influencé à la baisse le cours de bourse ainsi que la position de liquidité et de solvabilité de la banque et du Groupe, le prix d'émission fut toutefois fixé à 19,4774 €, soit légèrement au dessus du pair comptable (19,40 €) (Rapport spécial du conseil d'administration du 29 septembre 2008, Chapitre V, et rapport du collège des commissaires).

La valeur de la branche assurance était alors déterminée à 14,4 milliards d'€.

17. L'Etat luxembourgeois a exécuté son engagement à concurrence d'une première part de 500.000.000 d'€ et il s'est engagé à souscrire le solde d'ici à la fin de l'année.

18. L'Etat néerlandais n'a pas exécuté la partie du plan qui le concernait. Le 1^{er} octobre 2008, il annonçait qu'il remettait en cause son engagement et se portait acquéreur de la branche bancassurance néerlandaise du groupe Fortis (Procès verbal du Conseil d'administration de Fortis du 1^{er} octobre 2008).

Certains ont déclaré au conseil d'administration de Fortis que l'Etat néerlandais, qui avait obtenu 49,9% de Fortis Bank Nederland pour le prix de 4 milliards d'€, estimait devoir payer sa participation dans Fortis Bank Nederland à un prix plus cher (6, 7 fois le bénéfice et 1,2 fois la valeur comptable) que le prix à payer par l'Etat Belge pour sa participation dans Fortis Banque (4,7 fois le bénéfice et 0,4 fois la valeur comptable). L'Etat néerlandais reprochait

également à l'Etat Belge d'avoir négocié une garantie pour les crédits structurés en faveur de la SFPI.

Le secrétaire général du ministère des finances néerlandais fit savoir au C.E.O. de Fortis Banque que l'Etat Néerlandais entendait acheter l'ensemble des activités néerlandaises. Dans la nuit du 1^{er} au 2 octobre, les Premiers Ministres des deux pays renégocièrent le 'contrat Fortis qu'ils avaient conclu' (procès-verbal du conseil d'administraton du 3 octobre 2008).

A ce moment, Fortis Banque devait financer les activités de Fortis Bank Nederland pour un montant supérieur à 50 milliards d'€. La Nederlandse Bank (banque centrale néerlandaise) n'avait accordé qu'un ELA pour 7 milliards d'€. L'ELA accordé par la Banque Nationale de Belgique était à ce moment utilisé jusqu'à 50,5 milliards d'€.

Le 2 octobre, l'Etat néerlandais informait l'Etat belge que les autorités de contrôle néerlandaises menaçaient sérieusement de mettre en œuvre la procédure de « mise sous curatelle » des activités de Fortis Bank Nederland(Holding) et de Fortis Insurance Nederland B.V. (Procès verbal du Conseil d'administration de Fortis du 3 octobre 2008).

19. Il ressort des éléments du dossier qu'après le week-end des 27 et 28 septembre, la situation de Fortis Banque ne s'était pas améliorée et qu'elle avait été conduite, tout au long de la semaine du 29 septembre au 3 octobre, à solliciter l'intervention de la BNB pour des sommes considérables, dans le cadre de « ELA » (cf. ci-dessus) pour répondre à un besoin de liquidités.

Au 2 octobre, l'engagement de Fortis Banque en « ELA » s'élevait à la somme de 51,3 milliards € (somme qui correspond à 15% du PIB et à 50% des recettes fiscales en 2007).

A cet engagement, s'ajoutait celui d'un montant de 7 milliards € tiré sur la Banque centrale néerlandaise.

20. Le 2 octobre 2008, le conseil d'administration de la Banque Fortis constatait que la situation des liquidités restait très tendue, mais que, selon le président de la BCE, Mr Trichet, celle-ci prendrait toutes les mesures qui s'imposaient ('ECB is ready to do whatever it takes') pour assurer les liquidités du secteur bancaire. Le procès-verbal indique que le conseil d'administration déployait ses efforts pour récupérer les dépôts de clients professionnels : sociétés, fiduciaires et institutionnels.

21. ***La cession des activités bancassurance néerlandaises du groupe à l'Etat néerlandais.***

Aux termes de l'accord intervenu le vendredi 3 octobre 2008 entre le Groupe Fortis et l'Etat néerlandais, ce dernier s'engageait à :

- acquérir, pour une somme de 16,8 milliards EUR, les sociétés du Groupe Fortis exerçant des activités aux Pays Bas : soit Fortis Bank Nederland(Holding)

NV qui détient indirectement la participation de 33% dans ABN Amro, et Fortis Insurance Nederland NV ;

- financer les besoins en liquidités propres de la partie néerlandaise du pôle bancaire : l'Etat néerlandais s'engageait à rembourser immédiatement une dette de 34 milliards € de Fortis Bank Nederland à Fortis Banque, ainsi qu'à convertir dans un délai d'un mois, la dette à long terme de Fortis Bank Nederland (Holding) et de ses filiales à l'égard de Fortis Banque, d'un montant de 16 milliards €, en des instruments financiers négociables.

Parallèlement, l'Etat belge envisageait d'acquérir les titres Fortis Banque pour 1 €, en vue de s'adosser un partenaire commercial, et l'Etat Luxembourgeois devait augmenter sa participation dans Fortis Luxembourg de 49% à 51%.

22. Cet accord a été approuvé par le conseil d'administration de Fortis qui s'est tenu le 3 octobre 2008 et s'est clôturé à 11h50. Il ressort du procès verbal qu'il considéra n'avoir pas d'autre choix que celui d'accepter la transaction, en constatant qu'il subissait une pression énorme de la part des régulateurs et des banques centrales belges et néerlandaises. Certains membres estimèrent cette pression inacceptable, outre qu'ils disposaient d'informations trop sommaires pour adopter une décision « responsable ». Fortis n'avait pas été invitée à participer aux négociations.

L'accord fut néanmoins approuvé sans que le conseil d'administration ne se prononce sur la répartition de la somme de 16,8 milliards EUR entre les sociétés cédantes. Celle-ci n'a été décidée que plus tard, dans le cadre des opérations qui ont conduit au transfert des activités bancaires et des activités belges en assurance à BNP Paribas.

Ce prix fut plus tard réparti comme suit :

- activités bancaires néerlandaises : EUR 12,8 milliards
- activités d'assurances néerlandaises : EUR 4 milliards

23. Le conseil d'administration de Fortis Banque, réuni le même jour en séance extraordinaire à 12h15, était informé de l'accord intervenu et approuvé par le conseil d'administration de Fortis SA/NV.

A son tour, il marqua son accord de principe sur les opérations, tout en relevant la forte insistance du régulateur, la grande pression qu'il subissait devant le choix entre la continuité ou la discontinuité de la banque et qu'il ne disposait d'aucun rapport d'évaluation, ni d'information écrite sur l'opération envisagée.

24. S'agissant de l'évaluation des actifs néerlandais du groupe, il ressort des éléments du dossier que la banque d'affaires Morgan Stanley, conseil de Fortis, a mentionné deux valeurs.

Selon une première estimation, la valeur de l'ensemble des activités néerlandaises du groupe était fixée à 22 milliards d'€, répartis comme suit :

- Fortis Bank Nederland : 8 milliards
- RFS (ABN Amro) : 8 milliards
- Activités assurance : 6 milliards

Il s'agit de l'estimation communiquée par Morgan Stanley à l'Etat néerlandais (P.V. du CA du 1^{er} octobre 2008).

Selon une seconde estimation, faite sur le mode d'évaluation des multiples, la valeur des activités néerlandaises du groupe serait de 32 milliards d'€ (P.V. du Conseil d'administration du 3 octobre 2008).

25. Le transfert des actions de Fortis Bank Nederland (Holding) NV par Fortis Banque à l'Etat néerlandais et le transfert des actions de Fortis Insurance NV par Fortis Insurance NV à l'Etat néerlandais ont fait l'objet d'actes notariés du 3 octobre 2008, à Amsterdam.

Ces actes stipulent que les parties renoncent à demander la dissolution des conventions et que le prix convenu sera payé comme convenu (*'the purchase price as agreed between the parties hereto shall be paid in de manner as agreed between the parties hereto'*). Ils ne mentionnent cependant pas le prix, ni les modalités de paiement.

26. Le paiement à Fortis Banque pour la cession du pôle bancaire néerlandais (12,8 milliards €) et le remboursement de la dette (34 milliards €) sont intervenus le 6 octobre 2008.

27. ***L'accord du dimanche 5 octobre 2008 sur une nouvelle intervention de l'Etat belge et l'adossement de BNP Paribas.***

Cet accord porte sur l'acquisition par l'Etat belge des actions de Fortis Banque qu'il ne détenait pas encore, la vente par l'Etat belge d'une participation de contrôle dans Fortis Banque à BNP Paribas, l'acquisition par cette dernière de Fortis Insurance Belgium (100%) et de Fortis Banque Luxembourg (67%), ainsi que sur la création d'une entité séparée pour le portefeuille de produits structurés (produits toxiques).

Il ressort du procès verbal du conseil d'administration de Fortis du 5 octobre 2008, qui s'est poursuivi jusqu'au 6 octobre, que celui-ci a été informé des négociations - menées au siège de la CBFA par l'Etat belge et BNP Paribas, la direction de Fortis n'y étant que peu associée - et de leurs résultats.

Après avoir disposé des détails de l'accord, en ce compris les valorisations retenues et la répartition du prix de 16,8 milliards pour la cession des activités néerlandaises décidée le 3 octobre 2008, le conseil d'administration de Fortis a accepté l'accord.

Il ressort du procès verbal que l'approbation du conseil d'administration fut inspirée par le souci d'éviter tout risque de discontinuité des activités bancaires.

Par ailleurs, le conseil d'administration a constaté que sa marge de manoeuvre était quasi inexistante eu égard notamment à la pression exercée par les autorités belges qui considéraient que le maintien du statu quo (« stand-alone scenario ») était inacceptable, tant pour Fortis que pour la stabilité du système financier, et au fait que des problèmes énormes risquaient de se poser dès le lendemain sur les marchés vu que d'autres institutions bancaires en Europe réclamaient de l'aide urgente. Certains membres du Conseil ont jugé que le processus de décision imposé par les gouvernements et autorités (banque centrale et CBFA) était très insatisfaisant et qu'il leur était extrêmement difficile de prendre une bonne décision vu les pressions émanant des autorités, l'urgence et la pauvreté des informations disponibles.

En outre, le procès-verbal de la réunion signale qu'un communiqué de presse a déjà été diffusé, en présentant les opérations envisagées comme étant acquises (PV, page 4).

Enfin, il n'est pas contesté que l'accord est le résultat des négociations menées entre BNP Paribas, l'Etat belge et la SFPI, le Groupe Fortis n'y ayant été que très peu associé, ce que le Conseil d'administration a regretté.

28. Le 6 octobre 2008, à 3h30, les conseils d'administration de Fortis Brussels et de Fortis Utrecht, dont la composition est identique, ont approuvé à l'unanimité les propositions qui avaient été acceptées par Fortis NV/SA.

Le même jour, le conseil d'administration de Fortis Insurance a décidé d'adhérer aux opérations.

29. L'acquisition par l'Etat belge des actions Fortis Banque, suivie de la cession des activités bancaires et de ses activités belges en assurance à BNP Paribas, avait déjà été annoncée au cours d'une conférence de presse le dimanche 5 octobre à 22h, soit avant que les sociétés concernées du groupe Fortis ne marquent leur accord sur l'opération. De même, un communiqué de presse du 5 octobre 2008, émanant du gouvernement, de Fortis et de BNP Paribas (Pièce 39 du dossier de Fortis) présentaient ces mesures comme acquises.

Les communiqués de presse des 5 et 6 octobre 2008 annonçaient que :

- le gouvernement belge avait acquis les actions de Fortis Banque qu'il ne détenait pas encore pour un montant de 4,7 milliards €;
- un portefeuille de produits structurés d'une valeur de 10,4 milliards serait transféré par Fortis Banque à une entité séparée, gérée et détenue conjointement par le groupe Fortis (66%), l'Etat belge (24%) et BNP Paribas (10%) ;
- le gouvernement avait conclu un accord avec BNP Paribas portant sur le transfert, dans une seconde phase, de 75% des actions de Fortis Banque ;

- BNB Paribas acquerra 100% de Fortis Insurance Belgium pour un montant total de 5,73 milliards en numéraire.

30. Par lettre du 5 octobre 2008, Fortis fit savoir au Premier Ministre et au Ministre des Finances que le prix d'acquisition des actions Fortis Banque par l'Etat belge devait assurer la continuité des activités de Fortis SA/NV et de Fortis N.V.

31. La cotation de l'instrument Fortis a été suspendue sur Euronext Brussels du 6 octobre 2008 à partir de 7h47 au 14 octobre 2008, afin de donner aux marchés financiers le temps nécessaire pour analyser les effets des accords annoncés.

Le communiqué de la CBFA du 7 octobre 2008 mentionne qu'elle a demandé à Fortis de publier une communication décrivant de manière précise les conséquences pour le groupe Fortis des différents accords et ajoute : « *Etant donné que l'exécution des modalités techniques et pratiques de ces accords est toujours en cours, il n'est pas possible à Fortis de communiquer immédiatement. En conséquence, la CBFA a décidé de maintenir la suspension de la cotation (...).* »

32. Le 10 octobre 2008, la SFPI a signé avec diverses sociétés du groupe Fortis le « *Share Purchase Agreement* » par lequel elle achetait toutes les actions Fortis Banque encore détenues par Fortis Brussels au prix de 4,7 milliards €.

Ce document règle également les modalités de la création de « NewCo » et son financement.

S'agissant des actions Fortis Banque, le texte de l'accord prévoit que « *la propriété des actions est transférée à l'acheteur à la date du closing en contrepartie du paiement du prix d'achat* » (article 1.1.2) et que « *le transfert par le vendeur de la propriété des actions à l'acheteur en contrepartie du prix d'achat par l'acheteur au vendeur (le « closing ») aura lieu immédiatement (à la date de signature de la présente convention) par inscription dudit transfert des actions par le vendeur dans le registre des actions de la société.* » (Traduction libre).

Le jour même, le prix était payé et la vente inscrite dans le registre des actions nominatives de Fortis Banque.

Le « *Share Purchase Agreement* » du 10 octobre 2008 comporte des dispositions qui se réfèrent au Protocole d'accord avec BNP Paribas, signé le même jour :

Aux termes de l'article 10.4.2 de cet « *Agreement* », les parties (à savoir toutes les sociétés du groupe Fortis signataires) s'engagent à mettre tout en œuvre pour que chacune des conditions suspensives prévues dans le Protocole d'accord BNP Paribas soit réalisée dans les meilleurs délais.

L'article 10.4.3 énonce que si le Protocole d'accord BNP Paribas ne peut être exécuté, par exemple parce que les conditions suspensives ne sont pas remplies, les parties procéderont comme indiqué à la clause 5.3.

Selon cette clause : « A titre subsidiaire, dans l'hypothèse où le Protocole d'accord BNP Paribas serait conclu mais (que les opérations qui y sont visées) ne se réalisaient pas (...), les parties sub (1) à (5) et sub (7) s'engagent à augmenter immédiatement le capital de Newco, pour un montant total de EUR 9,36 milliards (capital inclus) répartis en (...). Au cas où Newco aurait été capitalisée et financée de cette manière, (Fortis Banque) vendra à Newco et Newco acquerra de (Fortis Banque) pour un prix de 9,36 milliards le Portefeuille de crédits structurés (...).

33. Le Protocole d'accord « BNP Paribas », signé également le 10 octobre 2008, prévoit :

- l'apport de 74,94% des actions Fortis Banque à BNP Paribas, dans le cadre d'augmentations de capital de BNP Paribas ;
- l'acquisition par BNP Paribas de toutes les actions Fortis Insurance Belgium, détenues par Fortis Insurance N.V. ;
- la constitution d'une société ad hoc (« Special Purpose Vehicle » en abrégé SPV) avec des fonds de 10,4 milliards EUR par le groupe Fortis (66%), l'Etat (24%) et BNP Paribas (10%) et la vente par Fortis Banque à ce SPV d'une partie du portefeuille de crédits structurés pour le montant de 10,4 milliards EUR.

Le Protocole prévoit qu'il entre en vigueur immédiatement lors de la réalisation du transfert par Fortis à l'Etat Belge des 241.620.577 actions Fortis Banque.

Aux termes de son article 2.2, le « Portefeuille de produits structurés » à transférer à la société ad hoc, pour un prix correspondant à 10,4 milliards d'€, sera composé des lignes d'actifs choisies par BNP Paribas avant le 30 novembre 2008, parmi celles dont la liste est énoncée par cette disposition.

L'article 3 énonce diverses conditions suspensives auxquelles la réalisation **de l'ensemble des opérations** est subordonnée, parmi lesquelles le nihil obstat de la Commission Européenne, et il précise que « le présent protocole deviendra caduc dans l'hypothèse où l'ensemble des conditions suspensives visées à l'article 3 ne serait pas satisfait au plus tard le 28 février 2009 ».

Selon l'article 3 b, la réalisation des opérations visées dans le Protocole d'accord est soumise à « la réalisation de la cession de Fortis Bank Nederland (Holding) N.V. (y compris l'intégralité de sa participation dans RFS Holdings B.V.) pour un prix global de 12,8 milliards d'€ (...) ».

Enfin, l'article 3 précise que toutes les conditions suspensives sont stipulées dans le seul intérêt de BNP Paribas.

L'article 4.7 prévoit que « par dérogation à l'article 1179 du Code civil belge, la réalisation des conditions suspensives n'aura pas d'effet rétroactif ».

Le protocole d'accord « BNP Paribas » n'a pas encore été exécuté au jour où la cour statue. La finalisation de l'opération est prévue pour la fin de l'année ou au premier trimestre 2009.

Les opérations qui y sont prévues ne pourront être acquises avant la « date de réalisation », à savoir la date d'émission des actions nouvelles BNP Paribas rémunérant l'apport par l'Etat belge des actions du capital de Fortis Banque.

34. Selon ses dires, BNP Paribas a ainsi acquis le total de bilan du périmètre de Fortis Banque qui s'élève à 742 milliards d'€ ainsi que le total de bilan de Fortis Insurance Belgium.

Dans un communiqué de presse, elle a indiqué que l'opération porte sur un montant de 14,5 milliards d'€, dont 5,5 milliards d'€ en cash, et qu'elle permet au groupe BNP Paribas de devenir un leader en Belgique et au Luxembourg. L'apport contribue également au renforcement des fonds propres de BNP Paribas.

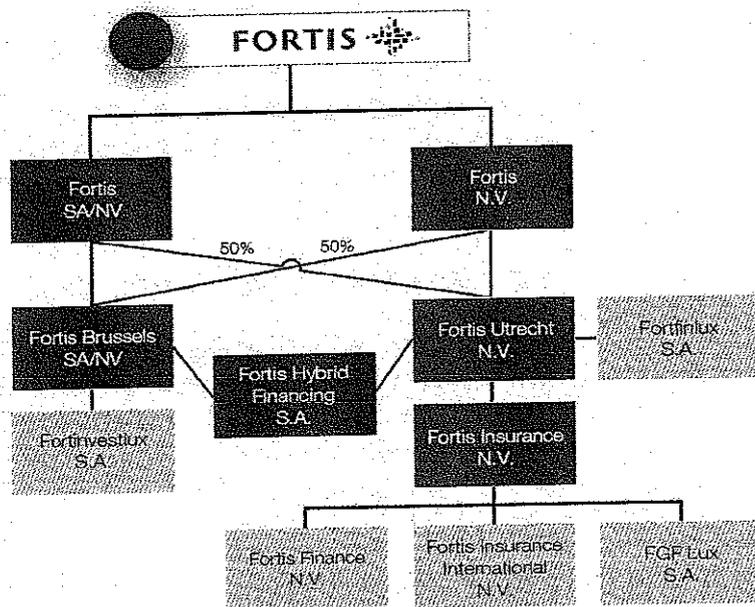
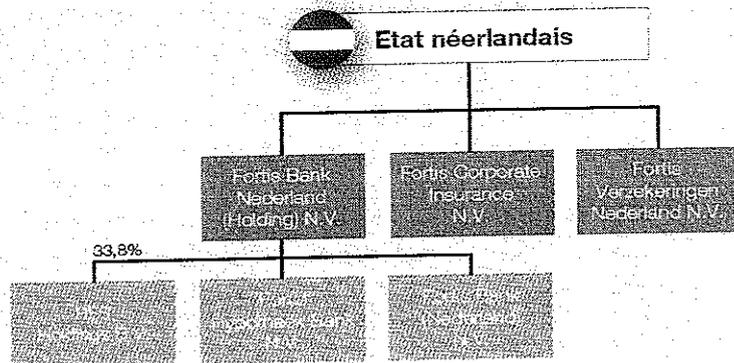
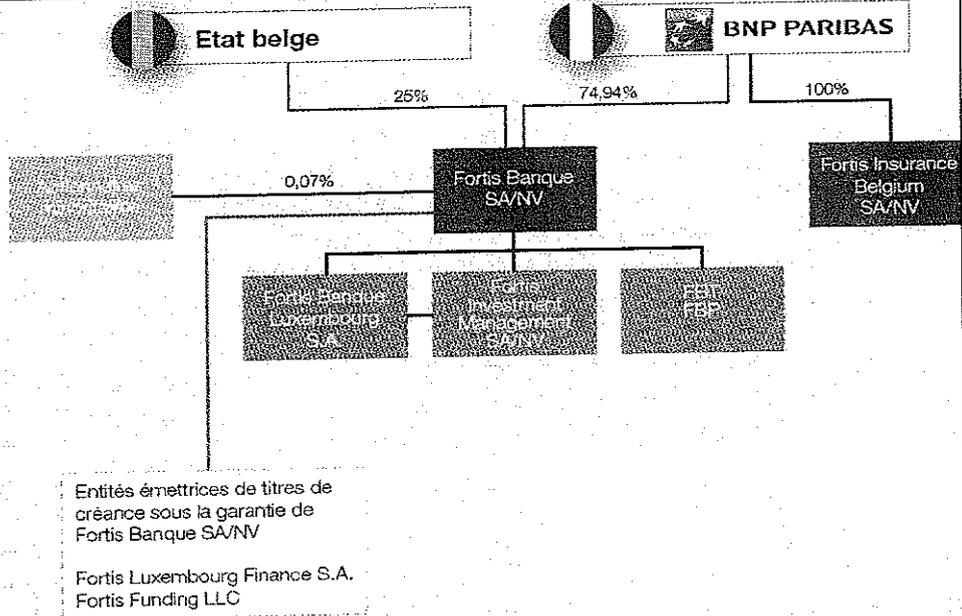
L'acquisition met BNP Paribas à la première place parmi les banques de dépôt dans la zone Euro et lui procure une part de marché supérieure à 30% en Belgique. Elle prend une place parmi les cinq premiers en gestion d'actifs et devient le premier assureur en Belgique avec une part de marché de 30%.

35. La SFPI a accordé un financement complémentaire au SPV, qui rachètera les instruments de crédit structurés, à concurrence d'un montant maximal de 3 milliards d'€.

36. Ayant acquis Fortis Banque pour 9,4 milliards d'€ et ayant revendu une partie de cette participation à BNP Paribas pour 11 milliards d'€, l'Etat belge a annoncé, dans un communiqué de presse du 15 octobre 2008, qu'il prendrait une mesure en faveur des petits porteurs d'actions Fortis : « *Un fonds sera créé par arrêté royal. Ce fonds contiendra la partie de la plus-value et des bénéfices que l'Etat tirera de sa participation dans BNP Paribas, destinée aux actionnaires (...). Le fonds sera réparti le 1^{er} juillet 2004* ».

Cependant, le 24 octobre 2008, dans une communication « *concernant certaines transactions conclues le 10 octobre 2008 et relatives à Fortis Banque* » qu'il adressait à la Commission CE et dont il sera question ci-après, il écrivait que cette plus-value « *permettrait à l'Etat belge non seulement de couvrir les coûts engendrés par l'acquisition des actions Fortis Banque* » mais « *également une rémunération équitable pour le risque commercial pris par l'Etat belge au moment de souscription à l'augmentation du capital de Fortis Banque et pour le risque moindre d'avoir accepté des actions BNP Paribas en paiement* ».

37. Le tableau suivant présente le groupe Fortis à l'issue de ces opérations :



38. L'intervention de la SFPI dans les opérations concernées

La SFPI est une société d'intérêt public ayant la forme d'une société anonyme. Elle est dotée d'une personnalité juridique distincte de l'Etat belge et d'organes propres.

En vertu de l'article 2 de la loi du 2 avril 1962 relative à la SFPI, elle agit soit en son propre nom et pour son propre compte, soit en son propre nom mais pour le compte de l'Etat. Dans ce dernier cas, elle est tenue d'accomplir « *toutes missions qui (lui) sont confiées par des lois spéciales ou par des arrêtés royaux délibérés en Conseil des Ministres* » (article 2, §3, alinéa 2 et article 3, § 3, des statuts de la SFPI).

39. La SFPI a reçu de l'Etat belge la mission de souscrire, en son nom et pour le compte de l'Etat et avec les fonds mis à sa disposition par celui-ci, à l'augmentation de capital qui avait été décidée par le conseil d'administration de Fortis Banque, en septembre 2008. Cette mission lui a été confiée par un arrêté royal du 29 septembre 2008 (*Moniteur belge*, 6 octobre 2008), délibéré en conseil des ministres du 28 septembre 2008, « confiant à la SFPI une mission au sens de l'article 2, §3 de la loi du 2 avril 1962 relative à la SFPI et aux sociétés régionales d'Investissement ».

40. Ensuite, par deux arrêtés royaux du 12 novembre 2008 « confiant à la SFPI une mission au sens de l'article 2, §3 de la loi du 2 avril 1962 relative à la SFPI et aux sociétés régionales d'Investissement » (*Moniteur belge*, 24 novembre 2008), l'Etat belge lui confia de nouvelles missions.

Un premier arrêté royal du 12 novembre 2008 la charge d'acquérir de Fortis Brussels SA ou de toute autre société du groupe Fortis, sa participation dans le capital de Fortis Banque (article 1^{er}), l'Etat belge mettant à la disposition de la SFPI la totalité des fonds nécessaires à cette acquisition (article 2).

Cet arrêté fut préalablement délibéré le 5 octobre 2008 par le conseil des ministres qui en approuva le projet. Le texte signé par le Roi est en tout point conforme à ce projet, sous réserve de l'article 4 qui fixe la date d'entrée en vigueur de l'arrêté royal au 5 octobre 2008, alors que l'article 4 du projet prévoyait une entrée en vigueur au moment de la signature de l'arrêté royal.

Le second arrêté royal du 12 novembre 2008 charge la SFPI d'apporter l'ensemble ou une partie des actions acquises auprès de Fortis Brussels SA, avec celles préalablement obtenues lors de sa souscription à l'augmentation de capital du 28 septembre 2008, à la société anonyme de droit français BNP Paribas. La SFPI reçoit également les missions de conclure toutes conventions à cette fin, de gérer le cas échéant sa participation résiduaire et de participer à la constitution d'une nouvelle société chargée d'acquérir un portefeuille

d'instruments financiers dérivés de Fortis Banque SA en contractant tous financements nécessaires à cette fin. La SFPI devait agir en son nom propre et pour le compte de l'Etat belge qui mettrait à sa disposition la totalité des fonds nécessaires.

Comme le précédent, cet arrêté royal fut délibéré en conseil des ministres et il est en tout point conforme au projet d'arrêté royal approuvé le 6 octobre 2008 par le conseil des ministres, sous réserve de son article 4 qui fixe la date d'entrée en vigueur de l'arrêté royal au 6 octobre 2008, alors que le projet prévoyait une entrée en vigueur de l'arrêté royal au moment de sa signature.

41. La notification des opérations aux autorités

42. Par une décision du 29 septembre 2008, le Conseil de la concurrence a fait droit à la requête déposée le même jour par la SFPI et Fortis Brussels de lever l'interdiction de procéder à la concentration jusqu'à l'adoption d'une décision sur son admissibilité.

La décision du 29 septembre 2008 vise l'acquisition par la SFPI de 49,93% du capital de Fortis Banque.

43. Par une décision du 8 octobre 2008, le Conseil de la concurrence a autorisé la réalisation de l'accord portant sur l'acquisition par la SFPI du solde des actions de Fortis Banque, sans attendre une décision sur l'admissibilité de l'opération.

44. Le 30 septembre 2008, le gouvernement belge adressait à la Commission une première communication relative à l'augmentation de capital du 29 septembre 2008 à laquelle la SFPI avait souscrit.

Le 24 octobre 2008, il lui en adressait une autre « *concernant certaines transactions conclues le 10 octobre 2008 et relatives à Fortis Banque* ».

Il y décrit son acquisition, via la SFPI, de la quasi-intégralité des actions Fortis Banque, l'acquisition par BNP Paribas d'une participation de contrôle dans Fortis Banque et enfin, la séparation du portefeuille de crédits structurés.

Il expose :

- à propos de l'acquisition des actions Fortis Banque par souscription à l'augmentation de capital 29 septembre 2008, que les conditions convenues avec BNP Paribas confirment, pour autant que de besoin, qu'elle était effectuée à des conditions de marché, puisque BNP Paribas s'est engagée à payer à l'Etat belge un prix par action au moins égal au prix payé par l'Etat belge à Fortis groupe ;

- à propos de l'achat par la SFPI du solde des actions Fortis Banque, intervenu le 10 octobre, qu'au moment de la conclusion de cette convention, l'Etat belge

disposait déjà d'une offre ferme de BNP Paribas de reprendre une participation de contrôle dans Fortis Banque sur la base d'une valorisation de Fortis Banque de 11 milliards pour 100% ;

- à propos de cette prise de participation, qu'elle a été convenue en l'absence d'autres institutions intéressées, après l'établissement de nombreuses offres améliorées, que la valeur des actions BNP Paribas reçues en échange couvre le coût de revient de l'Etat belge et permet une réelle perspective de réaliser une plus value sur son investissement (cf. ci-dessus);

- enfin, à propos de sa participation dans une société *ad hoc* devant acquérir les produits structurés, que l'opération est fondée sur une valorisation du portefeuille de crédits structurés à leur valeur comptable nette et que sa participation y est minoritaire.

Par lettre du 30 octobre 2008 adressée aux gouvernements des Etats du Benelux, la Commissaire chargée de la concurrence a indiqué que sur la base d'un premier examen, il apparaissait clair que les interventions de ces Etats prévues dans le plan « Benelux » du 29 septembre 2008, et notamment la souscription par l'Etat belge à l'augmentation du capital de Fortis Banque, pourraient constituer des aides d'Etat dès lors qu'aucun investisseur privé n'était prêt à payer un prix comparable à celui que les Etats concernés s'étaient engagés à payer.

Selon le Journal L'Echo du 11 novembre 2008 Mme N. Kroes de la Commission aurait déclaré à la presse que « *l'information que le gouvernement belge avait jusqu'à présent transmise au sujet de l'opération Fortis était insuffisante pour permettre de juger s'il s'agissait ou non d'une aide d'Etat* » et que la Commission souhaitait disposer d'éléments de clarification.

Au jour où l'affaire a été prise en délibéré, la Commission n'a indiqué ni que la mesure notifiée constituait une aide, ni qu'il s'agirait d'une aide incompatible avec le marché commun et elle n'a pas pris la décision d'ouvrir la procédure formelle d'examen. Elle a demandé des informations complémentaires.

45. L'adoption de mesures législatives visant à promouvoir la stabilité financière

46. La loi du 15 octobre 2008 portant des mesures visant à promouvoir la stabilité financière et instituant en particulier une garantie d'Etat relative aux crédits octroyés et autres opérations effectuées dans le cadre de la stabilité financière, habilite le Roi, sur avis du Comité de stabilité financière, en cas de crise soudaine sur les marchés financiers ou de menace grave de crise systémique et afin d'en limiter l'ampleur ou les effets, d'une part à arrêter des règlements complémentaires ou dérogatoires à la loi du 9 juillet 1975 relative au contrôle des établissements de crédit, à la loi du 6 avril 1995 relative au statut et au contrôle des entreprises d'investissement et à la loi du 2 août 2002 relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers et, d'autre part à mettre en place, par arrêté délibéré en Conseil des Ministres, un système d'octroi de la garantie de l'Etat pour des engagements souscrits par les institutions contrôlées, en vertu des lois précitées, que le Roi détermine.

L'arrêté royal du 16 octobre 2008 pris en exécution de l'article 117bis de la loi du 2 août 2002 relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers prévoit que l'Etat peut garantir les engagements de tout établissement de crédit et de toute compagnie financière ainsi que leurs véhicules d'émission répondant aux critères que cet arrêté fixe, à la condition 1° qu'il s'agisse d'engagements envers d'autres établissements de crédit et d'engagements envers des contreparties professionnelles appartenant aux catégories que le Ministère des Finances détermine et 2° que ces engagements garantis aient été contractés ou renouvelés entre le 9 octobre et le 31 octobre 2008 et qu'ils échoient au plus tard le 31 octobre 2011. Il est également requis que l'entité garantie ait pris ou se soit engagée à prendre toute mesure utile au soutien de sa situation financière, de sa solvabilité et de sa liquidité, que l'intérêt et la protection de l'ensemble des déposants le justifient et qu'il soit établi que l'entité garantie est dans l'impossibilité d'exécuter, à leur échéance, les engagements auxquels la garantie est attachée ou que l'exécution de la garantie soit nécessaire pour assurer sa continuité.

47. Les convocations pour la tenue des assemblées générales de Fortis

48. Les actionnaires de Fortis ont été convoqués aux Assemblées Générales des actionnaires de Fortis NV et de Fortis SA/NV, devant avoir lieu respectivement les 1^{er} et 2 décembre 2008, ou si le quorum de présence ne devait pas être atteint, le 19 décembre 2008, notamment pour délibérer sur la poursuite des activités de Fortis.

En plaidoiries, les parties ont indiqué que l'assemblée générale du 2 décembre ne voterait pas sur la poursuite des activités, le quorum n'étant pas atteint, et que ce point sera reporté à l'assemblée générale du 19 décembre 2008.

III. DISCUSSION

Sur la recevabilité de la demande

49. Les appelants sollicitent la suspension des résolutions du conseil d'administration de Fortis SA/NV, des résolutions adoptées au niveau des filiales et ex filiales du groupe ainsi que des conventions litigieuses conclues avec l'Etat néerlandais, la SFPI et BNP Paribas, qui seraient à l'origine du dommage dont ils se plaignent, à savoir la perte de valeur de leurs actions Fortis suite au démantèlement du groupe Fortis.

A leur estime, les mesures de suspension demandées produiraient les effets juridiques suivants :

(a) les actions Fortis Bank Nederland et les actions Fortis Insurance Nederland

- resteront provisoirement entre les mains de l'Etat néerlandais ;
(b) les actions de Fortis Banque resteront quant à elles entre les mains de l'Etat belge (la SFPI);
(c) les actions de Fortis Insurance Belgique resteront entre les mains de Fortis.

Selon eux, les effets des mesures demandées prendraient fin :

- soit au jour où l'assemblée générale de Fortis se prononcerait favorablement sur les transactions litigieuses ;
- soit, en cas de décision défavorable de l'assemblée générale, dans l'attente d'une décision coulée en force de chose jugée sur la demande d'annulation des transactions litigieuses.

En outre, selon les appelants, si l'assemblée générale de Fortis devait se prononcer sur les transactions et les rejeter, il ne se justifierait plus qu'elle se prononce sur la dissolution conformément à l'article 633 du Code des sociétés.

50. Pour assurer l'efficacité des mesures de suspension des décisions et conventions litigieuses, ils estiment qu'il convient de « bloquer les actions cédées à l'Etat néerlandais, à BNP Paribas ou à la SFPI », par la désignation d'un séquestre des dites actions, et à titre subsidiaire, par une mesure d'interdiction de céder celles-ci.

51. Les appelants invitent donc la cour à se prononcer *prima facie* sur la régularité des délibérations du conseil d'administration de Fortis ainsi que sur la légalité des conventions litigieuses, aux fins d'en obtenir la suspension à titre provisoire, en faisant valoir que les autres mesures (mise sous séquestre des titres ou interdiction d'aliéner les actions litigieuses) seraient destinées à assurer l'efficacité des demandes en suspension.

52. Les intimées contestent la recevabilité de la demande en présentant plusieurs exceptions.

53. Elles opposent, tout d'abord, des exceptions d'irrecevabilité déduites de ce que les appelants n'auraient pas qualité pour agir au fond, que ce soit en réparation du préjudice qu'ils disent avoir subi ou en annulation des résolutions et conventions litigieuses.

Elles exposent qu'un actionnaire n'a pas qualité à poursuivre, en son nom et pour son compte, la réparation d'un préjudice subi par la société dont il est actionnaire ou encore par les filiales de celle-ci, en conséquence de quoi la valeur de ses titres aurait diminué, et elles rappellent que les actionnaires minoritaires ne peuvent agir en réparation du préjudice subi par la société pour le compte de cette dernière que dans les conditions prévues à l'article 562 du Code des sociétés.

Elles en déduisent que les appelants ne peuvent postuler en référé des mesures destinées à limiter le préjudice « collectif ».

Elles rappellent qu'un actionnaire est sans titre ni droit à postuler l'annulation des conventions conclues par la société dont il est actionnaire ou par les filiales de celle-ci, puisqu'il est tiers à ces conventions et qu'il n'en va autrement que lorsque le contrat est frappé de nullité absolue, pour contrariété à l'ordre public pour autant que le demandeur peut faire valoir un intérêt propre à l'annulation du contrat. Elles en déduisent que les appelants sont sans qualité pour agir en suspension des conventions litigieuses, la suspension d'un contrat n'étant rien d'autre qu'une anticipation sur son éventuelle annulation. Elles soulignent que les appelants n'ont invoqué dans leur citation introductive d'instance aucune cause de nullité qui relèverait de l'ordre public et considèrent que la cour ne peut avoir égard aux causes de nullité soulevées pour la première fois en degré d'appel pour apprécier la recevabilité de la demande.

Elles exposent encore qu'un tiers est sans qualité pour demander l'annulation des décisions des organes d'une société dont il n'est pas actionnaire pour violation de l'intérêt social. Elles en déduisent que les appelants sont sans qualité pour en demander la suspension.

54. Ces exceptions doivent être rejetées en ce qu'elles méconnaissent le caractère autonome de l'instance en référé qui ne se greffe pas sur une demande au fond (« L'instance en référé et celle au principal sont deux instances séparées, se mouvant sur des plans différents, et devant des juridictions suivantes » (Pierre Marchal, *Les référés*, in Répertoire Notarial, 1992, page 69).

La recevabilité d'une demande de mesures provisoires n'est pas subordonnée à l'existence d'une action au fond. En conséquence, la recevabilité des différentes catégories d'actions au fond que les intimées citent ne saurait constituer un préalable à la recevabilité de la demande en référé. Il en est d'autant moins ainsi qu'il n'y a pas lieu en référé, de dresser une liste des actions que les appelants pourraient être amenés à lancer devant le juge du fond.

Il est vrai qu'il importe d'éviter qu'un demandeur puisse par la voie du référé, obtenir le bénéfice de mesures qui pourraient s'avérer injustifiées à la suite d'un examen au fond du litige. Cependant, c'est au stade de l'examen des moyens de fait et de droit qui sont invoqués qu'il convient de vérifier si l'octroi des mesures provisoires demandées est justifié.

55. Les intimées opposent à la demande une exception d'irrecevabilité pour défaut d'intérêt déduite de ce que les décisions ou opérations dont la suspension est demandée sont déjà exécutées.

Elles considèrent que les demandes en suspension des résolutions des 3, 5 et 6 octobre 2008 prises par le conseil d'administration de Fortis SA, qui concernent (1) le transfert par Fortis Banque à l'Etat néerlandais des actions de Fortis Bank Nederland (Holding) NV, (2) le transfert par Fortis Insurance NV à l'Etat néerlandais des actions de Fortis Insurance Nederland, (3) le transfert par Fortis Brussels à la SFPI du solde des actions Fortis Banque et enfin (4) l'apport

par la SFPI de 75 % des actions Fortis Banque à BNP Paribas, sont dépourvues d'objet dans la mesure où ces résolutions ont été exécutées.

Elles estiment qu'il en va de même des demandes en suspension **des conventions** elles-mêmes relatives aux actifs du groupe Fortis dans la mesure où elles ont été réalisées.

S'agissant du Protocole d'accord du 10 octobre 2008 entre la SFPI et BNP Paribas, les intimées relèvent que la suspension de celui-ci aboutirait uniquement à ce que les actions Fortis Banque reviennent entre les mains de la SFPI et en aucun cas entre les mains du Groupe Fortis, pour en déduire que les appelants n'ont aucun intérêt à la demander.

56. Cette exception d'irrecevabilité de la demande n'est pas non plus fondée.

Elle revient à inviter la cour à se prononcer au stade de la recevabilité de la demande, sur les contestations qui opposent les parties quant aux effets que les résolutions et les conventions ont produits, notamment sur la situation des tiers et sur la question de savoir si ceux-ci peuvent se prévaloir de droits définitivement acquis sur les actions et actifs cédés. Elle revient également à inviter la cour à prendre position, au stade de la recevabilité de la demande, sur la question de savoir s'il y a indivisibilité entre l'opération BNP Paribas et l'acquisition par la SFPI auprès de Fortis Brussels du solde des actions Fortis Banque.

Par ailleurs, il ressort des conclusions des appelants qu'un des objectifs de leur demande est précisément que les actions Fortis Banque qui font l'objet du Protocole BNP Paribas restent provisoirement entre les mains de l'Etat belge, à l'intervention de la SFPI et qu'elles ne puissent faire l'objet d'une cession à BNP Paribas, que ce soit par la réalisation d'un apport en nature ou autrement.

La question de savoir si la mesure est fondée et apte à éviter le préjudice invoqué ne relève pas de l'examen de la recevabilité de la demande.

57. Les appelants sont actionnaires de la société Fortis SA/NV. Ils justifient à ce titre d'un intérêt légitime à solliciter des mesures qui, à leur estime, seraient de nature à leur éviter un préjudice grave qui résulterait selon eux de la pleine exécution des conventions par lesquelles le Groupe Fortis a cédé l'ensemble de ses activités dans les domaines de la banque et de l'assurance, en ce sens qu'ils soutiennent -à tort ou à raison-, que la libre disposition des actions dont jouiraient les acquéreurs des actifs cédés pourrait avoir des conséquences irréversibles qui rendraient vaines toute action au fond en responsabilité ou en annulation. Il y a donc lieu de leur reconnaître un intérêt à agir.

58. En revanche, c'est à juste titre que les intimées font valoir qu'en vertu du principe des droits de la défense, la cour ne peut statuer sur des demandes visant à l'obtention de mesures d'injonction ou d'abstention à l'encontre de

personnes qui ne sont pas parties à la procédure ou qui ne sont pas identifiées par les demandeurs.

Les appelants contestent, à tort, ce principe en évoquant la procédure sur requête unilatérale qui permet, en cas d'absolue nécessité, le prononcé de mesures d'injonction ou d'abstention à l'égard d'une personne sans que celle-ci n'ait reçu la possibilité d'exposer son point de vue.

La procédure lancée par les appelants n'est pas une procédure sur requête unilatérale.

C'est également en vain que les appelants citent encore les articles 877 et 878 du Code judiciaire pour prétendre que la Cour pourrait faire interdiction à l'Etat néerlandais d'aliéner les titres, nonobstant le fait qu'il n'est pas à la cause.

Ces dispositions, qui prévoient que le juge peut ordonner à un tiers de produire un document, concernent l'administration de la preuve et ne constituent donc en rien l'illustration d'une prétendue règle selon laquelle le juge des référés peut ordonner des mesures à l'égard d'un tiers qui n'est pas à la cause.

C'est donc à bon droit que les intimées contestent la recevabilité de la demande dans la mesure où elle tend :

- à la suspension du droit de vote de tout actionnaire agissant de concert ou sur instruction de l'Etat belge, de l'Etat néerlandais ou de BNP Paribas ;
- à entendre interdire à l'Etat néerlandais de céder les actions des sociétés Fortis Banque Nederland et Fortis Insurance Nederland qu'il a acquises ;
- à entendre interdire tout processus d'intégration d'ABN Amro et Fortis Bank Nederland ;

59. Les intimées font encore valoir qu'en vertu du même principe du respect des droits de la défense, la demande est irrecevable en tant qu'elle est dirigée contre des sociétés du groupe Fortis qui ne sont pas à la cause.

60. Les appelants indiquent que « *si les décisions initiales sont suspendues (à savoir, celles prises au niveau des sociétés holdings de tête), il va de soi que l'ensemble des effets qui sont intrinsèquement liés, en ce compris les décisions prises en exécution par les conseils d'administration des filiales, doivent l'être tout autant* » (Conclusions, point 70), ou encore, que *'la suspension (ou l'annulation) d'une décision d'un conseil d'administration implique donc également la suspension (ou l'annulation) de toutes les décisions et actes juridiques qui ont été pris en exécution de la décision suspendue (ou annulée) ou qui forment un tout indivisible avec la décision suspendue (ou annulée), et donc les conventions et transactions que ces résolutions autorisent.'*

61. Cette défense ne répond pas à la question soulevée, qui est de savoir si la cour peut prononcer la suspension de décisions adoptées par le conseil

d'administration de sociétés qui ne sont pas à la cause, et à laquelle il y a lieu de répondre par la négative.

C'est en vain que les appelants entendent voir écarter un principe aussi fondamental que les droits de la défense, en soulignant que les sociétés du groupe de Fortis qui ne sont pas à la cause, n'ont fait qu'exécuter des décisions qui leur ont été imposées. Ce faisant, ils anticipent déjà sur les moyens de défense que les sociétés filiales du groupe Fortis auraient éventuellement soulevés à l'encontre d'une demande de suspension des décisions adoptées par leur conseil d'administration respectif, si elles avaient été appelées à la cause.

Il suffit donc de constater que puisque ces sociétés ne sont pas à la cause, il ne saurait être fait droit à la demande de suspension « des résolutions et décisions des filiales et sous filiales ou sociétés liées de Fortis », ce que la cour doit faire d'office.

Quant au fond

A. Sur l'urgence

62. L'urgence doit être admise dès lors qu'il est rendu plausible qu'à supposer qu'une mesure soit ordonnée, elle serait de nature à faire cesser ou diminuer le préjudice grave ou l'inconvénient allégué.

Dans le cas d'espèce les mesures de suspension et d'enquête, dont la cour a accepté qu'elles sont recevables, sont effectivement susceptibles de pallier l'aggravation du préjudice grave ou des inconvénients invoqués par les appelants.

L'urgence est dès lors établie.

B. Sur les mesures demandées à l'encontre des décisions des conseils d'administration

63. Les appelants allèguent que les décisions prises par les conseils d'administration des Holdings Fortis en date des 3, 5 et 6 octobre ont été adoptées en violation des statuts, du 'Fortis Governance Statement' et enfin, du Code des sociétés et qu'en outre, elles ne respectent pas l'intérêt social de la société.

Ils s'en prennent tant aux décisions prises par les conseils d'administrations des sociétés mères qu'à celles adoptées par les conseils d'administration des filiales et sous-filiales.

Ils soutiennent, notamment, que les conseils d'administration n'avaient pas autorité pour céder les filiales bancaires et d'assurances, sans l'accord préalable de l'assemblée générale, que les pouvoirs de ces conseils ont en réalité été exercés par des tiers, en tant qu'administrateurs de fait, et que les décisions ont mené au démantèlement de la société.

Ils font encore observer que toutes les instances officielles concernées ont pu ou pourront se prononcer sur les cessions d'actifs dans le respect des normes et dans les délais normaux applicables, de même que les actionnaires de BNP Paribas qui pourront également se prononcer suivant les statuts de cette société, alors que les actionnaires du groupe Fortis, parmi les premiers concernés, n'ont pas été consultés.

64. L'article 14 a) des statuts de Fortis S.A/N.V. dispose que « **le conseil d'administration délibèrera et décidera en accord avec les règles définies par le Fortis Governance Statement modifié de temps à autre** ».

L'article II.3.2 de ce 'Statement' énonce, d'abord, que les deux assemblées générales ordinaires des actionnaires traitent, en principe, des mêmes sujets, sauf dérogations requises par les législations locales.

Ensuite, il dispose que les sujets soumis à l'approbation des assemblées générales portent notamment sur : (...) « *des décisions d'une portée telle qu'elles affectent l'identité de la société, notamment : - le transfert à un tiers d'une partie importante de l'entreprise Fortis, ou de l'une de ses filiales, désengageant Fortis des activités de banque ou d'assurance ; l'acquisition ou la cession par Fortis ou l'une de ses filiales, d'une participation dans le capital d'une société, modifiant de plus de 33% le montant des capitaux propres au sens strict de Fortis publié dans ses derniers comptes annuels* ».

65. Il appert de l'article 522 du Code des Sociétés, relatif aux pouvoirs du conseil d'administration, que la loi ne s'oppose pas à ce que les statuts d'une société anonyme déterminent les modalités suivant lesquelles le conseil d'administration est tenu d'exercer ses compétences par rapport à l'assemblée générale des actionnaires. Il s'agit de modalités qui n'ont, en principe, d'effet que dans les relations internes et qui n'affectent pas le pouvoir de représentation.

66. Le groupe Fortis est bi-national et les deux holdings mères sont soumises à des régimes légaux différents, le droit des sociétés néerlandais n'étant pas identique au droit des sociétés belges, plus particulièrement sous l'aspect de la relation entre le conseil d'administration et l'assemblée générale.

Ce bi-nationalisme est à l'origine de la disposition II.3.2 du « Statement » qui tend à réaliser l'égalité entre l'assemblée des actionnaires Fortis NV (Pays-Bas) et les actionnaires de Fortis NV/SA (Belgique).

67. En effet, aux termes de l'article 107a du deuxième livre du code civil néerlandais, « *doivent être soumises à l'approbation de l'assemblée générale, les décisions du conseil d'administration relatives à un changement important dans l'identité ou du caractère de la société ou de l'entreprise et notamment en tout cas : (a) ... (b)... (c) l'acquisition ou la cession, par elle ou une de ses filiales, d'une participation dans le capital d'une société d'une valeur égale à un tiers au*

minimum du montant des actifs au bilan avec annexes ou lorsque la société établit un bilan consolidé, suivant ce bilan consolidé avec annexes, qui a trait aux derniers comptes annuels » (traduction libre par la cour).

Aux termes de cette disposition, le conseil d'administration de Fortis NV était tenu de soumettre ses décisions des 3 et 5 et 6 octobre relatives aux cessions d'actifs à l'Etat néerlandais d'une part, et à la SFPI et à BNP d'autre part, à l'assemblée générale des actionnaires, le critère du tiers du montant des actifs étant dépassé.

Selon les vœux du « Statement », qui vise notamment à organiser 'le dialogue avec les actionnaires' ces opérations devaient également être soumises à l'assemblée générale de Fortis NV/SA par le conseil d'administration. Le montant des capitaux propres se trouvait, en effet, modifié de plus de 33% et , en outre, les décisions désengageaient le groupe des activités bancaires et des assurances.

68. Peu importe que le conseil d'administration soit doté, par le 'Statement', du pouvoir d'en modifier le contenu. En effet, d'une part il n'avait pas modifié cette clause au moment où elle était appelée à intervenir et d'autre part, il ne se conçoit pas que le conseil d'administration puisse infléchir le contenu du chapitre relatif à ce dialogue sans heurter la volonté exprimée par le « Statement », qu'il est tenu de respecter aux termes des statuts .

69. Il importe peu, également, que les statuts de Fortis Brussels ne mentionnent pas l'obligation pour le conseil d'administration de cette filiale respecter le Statement. En effet, la clause II.3.2 vise l'hypothèse de la cession d'actifs, non seulement par Fortis Holding, mais également par l'une de ses filiales. Cette précision s'explique par le fait que les holdings mères ne détiennent chacune que des participations dans deux autres sous-holdings, elles-mêmes actionnaires de filiales qui poursuivaient des activités bancaires ou d'assurance. A défaut de ce renvoi, le dialogue eut été sans objet.

70. Les parties intimées invoquent des causes de justification pour justifier l'absence de convocation de l'assemblée générale. Elles excipent de l'article 8.2 du deuxième livre du code civil néerlandais, aux termes duquel « *une règle régissant les relations entre un personne juridique et ceux qui sont impliqués dans son organisation n'est pas applicable si cela devait être inacceptable à la lumière du raisonnable et de l'équitable, eu égard aux circonstances* » (traduction libre par la cour).

71. Cependant, le Statement n'introduit pas cette exception à l'application de son article II.3.2.

Par ailleurs, le conseil d'administration n'a pas invoqué l'exception qu'il ferait à cette disposition au moment où il devait convoquer l'assemblée générale.

Enfin, les circonstances alléguées ne l'empêchaient ni de convoquer l'assemblée générale des actionnaires aussitôt après décidé les 3, 5 et 6 octobre, de céder les activités de bancassurance néerlandaises du groupe à l'Etat néerlandais et de vendre les actions de Fortis Banque à l'Etat belge, ni, afin de respecter le droit de cette assemblée générale d'approuver ou de désapprouver ces décisions et les conventions qui en résultaient, de subordonner ses décisions et ces conventions à la condition suspensive de leur approbation par l'assemblée générale.

72. L'ensemble de ces considérations mène, *prima facie*, à la conclusion que les conseils d'administration ont pris les décisions querellées en violation de l'article 14 a) des statuts et de l'article II.3.2.

73. Il découle également des constatations de la cour reprises dans l'exposé des faits que les membres des conseils d'administration considéraient subir des pressions inacceptables de la part des autorités publiques, être contraints de décider ce qu'ils ne voulaient en réalité pas et manquer d'éléments factuels essentiels pour se forger une opinion raisonnablement étayée. Selon leurs propres déclarations, la volonté de tiers semble avoir été prépondérante.

Il ne semble, dès lors, pas exclu, *prima facie*, que les décisions des 3, 5 et 6 octobre et les actes qui ont été accomplis en exécution de celles-ci, sont affectées d'un vice de consentement.

Il semble également, *prima facie*, que les règles les plus élémentaires de bonne administration ont été méconnues tout au cours des processus décisionnels.

74. Enfin, il n'est pas déraisonnable de se demander si les décisions rencontrent effectivement le meilleur intérêt de la société et de ses actionnaires, voire même de l'ensemble des stakeholders.

Le désengagement dans l'activité bancaire est total et dans celle des assurances, il est largement majeur.

En ce qui concerne l'activité bancaire, la décision du 3 octobre a manifestement été influencée par le refus de l'Etat néerlandais d'honorer des engagements pourtant publiquement annoncés.

Quant aux décisions des 5 et 6 octobre, le conseil d'administration considérait que l'option du 'stand alone' restait réaliste, la banque centrale européenne ayant communiqué une information apaisante quant à son soutien 'à tout prix' aux banques et le gouvernement belge ayant, comme il le reconnaît, exprimé un accord de principe pour accorder la garantie d'état.

Le conseil d'administration ne s'est jamais départi de son point de vue que toutes les sociétés du groupe étaient solvables, mais que la banque était confrontée à un problème grave de liquidités.

En ce qui concerne l'activité des assurances, il est constant qu'elle ne connaissait pas le moindre problème.

Enfin il y a lieu de relever que les valeurs estimées par le banquier d'affaires, conseil de Fortis Holding, exprimées en milliards d'euros, dépassaient très largement les prix obtenus.

Pour ces motifs, un démantèlement, outre qu'il laisse les actionnaires quasiment les mains vides, semble, *prima facie*, difficilement compréhensible au regard des intérêts de la société mère et du groupe.

75. Il s'en déduit, *prima facie*, que les décisions des conseils d'administration des sociétés mères Fortis NV et Fortis NV/SA des 3, 5 et 6 octobre paraissent sérieusement entachées d'illégalité et que les actionnaires sont susceptibles d'en obtenir l'annulation en vertu des articles 64 et 179 du Code des sociétés, qui s'appliquent par analogie aux décisions du conseil d'administration, notamment en raison d'un excès de pouvoir.

D'ores et déjà, leur suspension se justifie puisque ces irrégularités ont très vraisemblablement pu influencer les décisions litigieuses.

76. Il y a lieu de faire également droit à la demande de convoquer une assemblée générale afin que les actionnaires puissent y exprimer leur approbation ou leur désapprobation sur les opérations décidées par ces délibérations des 3, 5 et 6 octobre.

En effet, la circonstance que les conseils d'administration ont pris des décisions, sans rechercher l'approbation préalable de l'assemblée générale et à tout le moins postérieure, alors qu'ils y étaient tenus (cf. ci-dessus), ne pourrait priver définitivement cette assemblée de son pouvoir d'exprimer son approbation ou sa réprobation.

77. Les actionnaires qui ont vocation à se prononcer, au sein de cette assemblée générale, sur les décisions des 3, 5 et 6 octobre, sont ceux qui auraient dû être consultés, soit au préalable soit aussitôt après l'adoption des décisions litigieuses et qui sont encore actuellement actionnaires.

Par conséquent il y a lieu de suspendre le droit de vote à cette assemblée générale dans le chef de ceux qui ne prouvent pas qu'ils avaient la qualité d'actionnaire au plus tard le 14 octobre 2008, date à laquelle la cotation en bourse du titre Fortis a repris après sa suspension en date du 06 octobre 2008.

Cette assemblée générale devra être convoquée pour le 12 février 2009 au plus tard (voir également le D., ci-après).

C. Quant aux mesures en suspension demandées à l'encontre des conventions litigieuses

a. Sur la violation de l'ordre public communautaire

78. A l'appui de leur demande en suspension, les appelants dénoncent la violation des règles sur le contrôle de la compatibilité des aides accordées par les Etats avec le droit communautaires. Les appelants font valoir pour la première fois en termes de conclusions devant la cour, qu'il y a lieu de suspendre l'exécution des conventions litigieuses en raison des aides d'Etat qu'elles comporteraient.

Ils visent, d'une part le rachat par l'Etat néerlandais de Fortis Bank Nederland et Fortis Insurance Nederland, qui a été notifié à la Commission européenne mais exécuté sans attendre une décision de celle-ci, et d'autre part les interventions de l'Etat belge dans le cadre des conventions du 10 octobre 2008, en soulignant que le Protocole d'accord « PNB Paribas », qui n'a pas encore été exécuté au jour du dépôt de leurs conclusions, n'a pas bénéficié du nihil obstat de la Commission.

Ils soulignent l'effet direct reconnu à l'interdiction qu'édicte l'article 88, paragraphe 3, dernière phrase, du traité dont il découle que les juridictions nationales doivent garantir aux justiciables que toutes les conséquences d'une violation de cette disposition seront tirées, conformément à leur droit national, en ce que qui concerne tant la validité des actes comportant mise à exécution des mesures d'aides que le recouvrement des soutiens financiers accordés au mépris de cette disposition ou d'éventuelles mesures provisoires (CJCE, arrêt du 11 juillet 1996, SFEI, C-39/94, Rec., p.I-3547, points 45, 49-53 et arrêt du 8 novembre 2001, Adria-Wien Pipeline et a. , C-143/99, points 26-27, 29).

79. Le moyen ne saurait être accueilli.

Le Protocole d'accord « BNP Paribas » n'a pas encore été mis en œuvre et il fait l'objet d'une condition suspensive relative à « *l'obtention de la confirmation par la Commission européenne que les opérations d'acquisition de participations dans Fortis Bank et Fortis Bank Luxembourg SA réalisées par l'Etat belge et le Grand Duché de Luxembourg et les opérations prévues par le présent Protocole ne comportent aucun élément constitutif d'aides d'Etat ou, si elles en comportent, ont été définitivement approuvées en vertu de l'article 87 du traité CE.* ». Le grief n'est donc pas fondé en ce qui concerne ce Protocole.

Par ailleurs, la méconnaissance de la part d'un Etat membre de son obligation de suspendre l'exécution de sa décision d'octroyer une aide, à supposer que les interventions dénoncées par les appelants constituent des aides étatiques, n'entraîne pas nécessairement la nullité des conventions litigieuses. En effet, la constatation d'une telle violation pourrait entraîner la nullité des seuls actes comportant la mise à exécution des mesures d'aides en cause, avec l'obligation de recouvrer les soutiens financiers accordés auprès de l'entreprise qui en a bénéficié, voire l'adoption de toutes mesures propres à remédier effectivement aux effets de l'illégalité sur les opérateurs autres que le bénéficiaire de l'aide.

Enfin, dans la mesure où les opérations litigieuses sont entièrement exécutées, il n'est plus possible d'en ordonner la suspension. Sont entièrement réalisés, la

souscription par la SFPI à l'augmentation de capital de Fortis Banque intervenue le 29 septembre 2008, l'achat par l'Etat néerlandais des activités bancassurance néerlandaises du groupe intervenu le 3 octobre 2008, et l'achat par la SFPI du solde

b. Sur la violation de l'ordre public par les arrêtés royaux du 12 novembre 2008

80. Selon les appelants, les deux arrêtés royaux du 12 novembre 2008, délibérés en conseil des ministres des 5 et 6 octobre, par lesquels l'Etat belge confiait à la SFPI les missions d'acquérir en son nom mais pour le compte de l'Etat belge, la participation de Fortis Brussels SA ou de toute autre société du Groupe Fortis dans le capital de Fortis Banque SA, puis d'apporter l'ensemble ou une partie des actions Fortis Banque à BNP Paribas, de conclure toutes conventions à cette fin, de gérer, le cas échéant, sa participation résiduaire et enfin de participer à la constitution d'une nouvelle société chargée d'acquérir des instruments financiers dérivés, seraient illégaux.

81. Ils soutiennent, en premier lieu, que ces arrêtés royaux devaient être soumis à une nouvelle délibération du conseil des ministres, puisque leur article 4 diffère des projets précédemment approuvés par le conseil des ministres.

Celle-ci n'ayant pas eu lieu, ils considèrent que, d'une part une formalité, prescrite à peine de nullité au sens de l'article 14 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, aurait été violée et que, d'autre part le Roi aurait agi sans habilitation.

Les appelants prétendent encore que la rétroactivité de ces arrêtés royaux serait contraire à l'article 2 du Code civil et au principe général d'ordre public de la non rétroactivité des actes administratifs.

Enfin, selon eux, la motivation des arrêtés royaux serait critiquable car elle ne donnerait pas les motifs de leur rétroactivité. Les motifs exprimant l'urgence y seraient étrangers et auraient uniquement pour objet de justifier que le Roi se soit dispensé de solliciter son avis à la section de législation du Conseil d'Etat. En tout état de cause, cette urgence serait contredite par les faits puisque l'avis de l'inspection des finances n'a été recueilli que le 3 novembre 2008 et la signature du Roi apposée seulement le 12 novembre 2008.

82. Les appelants déduisent de ces causes d'illégalité que la cour devrait refuser toute application aux arrêtés royaux litigieux, conformément à l'article 159 de la Constitution. Elle devrait également constater que les conventions entre Fortis Brussels et la SFPI pour la vente des actions Fortis Banque et entre la SFPI et la BNP Paribas sont entachés de nullité absolue « *dès lors que c'est la compétence même d'agir de la SFPI qui est en cause* » (p. 161 des conclusions d'appel des appelants).

83. Il y a attribution de pouvoirs « quand la Constitution, la loi, ou plus généralement, toute norme apte à créer des institutions, crée une compétence qui n'existait pas ou qui n'était pas réglée et en confie l'exercice à une autorité déterminée » (J. Leroy, op.cit., p. 380). Le respect des limites de leur compétence par les autorités administratives relève de l'ordre public. Il en résulte qu'en règle, le moyen pris de l'incompétence doit être soulevé d'office par le juge et le Conseil d'Etat, qu'un acte accompli par une autorité non compétente doit être annulé par le Conseil d'Etat et qu'il n'est pas susceptible d'être ratifié par l'autorité compétente (P. Lewalle, Contentieux administratif, Larcier, 2002, p. 856 et ss. ; M. Leroy, op.cit).¹

84. Cependant, en l'espèce, il n'apparaît pas que les arrêtés royaux litigieux aient eu pour objet ou pour effet de conférer à la SFPI la compétence d'attribution requise pour lui permettre d'accomplir les opérations d'achat et d'apport litigieuses.

85. C'est la loi du 2 avril 1962 précitée qui lui attribuait cette compétence et en particulier son article 2, §3 qui dispose:

« la Société fédérale de Participations et d'Investissement et ses filiales spécialisées ont (...) pour objet de contribuer à la mise en œuvre de la politique industrielle de l'Etat.

Elles sont tenues d'accomplir toutes missions qui leur sont confiées par des lois spéciales ou par des arrêtés royaux délibérés en Conseil des Ministres.

L'Etat procure à la SFPI et à ses filiales spécialisées les ressources financières nécessaires à l'accomplissement de ces missions et à la couverture des charges qui en découlent pour elles. Les opérations exécutées par la SFPI et ses filiales spécialisées en application de ces missions sont présentées de façon distincte dans leurs comptes.

En vue de la réalisation de cet objet la SFPI et ses filiales spécialisées disposent des techniques financières mentionnées aux §§ 1^{er} et 2 du présent article la loi du 26 août 2006 ».

86. Les arrêtés royaux litigieux eurent pour objet de confier à la SFPI le mandat de réaliser les opérations litigieuses, conformément à cette compétence. C'est ainsi qu'ils se réfèrent à l'article 2, §3 rappelé ci-dessus.

Dès lors, s'ils devaient être tenus pour illégaux, il n'en résulterait pas *ipso facto* que les conventions litigieuses seraient nulles de nullité absolue pour défaut de capacité juridique dans le chef de la SFPI .

87. Il n'est pas contestable que les missions confiées à la SFPI ont été délibérées en conseil des ministres. Cependant, il faut également constater que,

¹ On observera toutefois que cette nullité absolue trouve un tempérament important dans la théorie du fonctionnaire de fait justifiée par la continuité du service public, l'apparence et la bonne foi des tiers.

nonobstant son souhait d'éviter tout retard dans la mise en œuvre des missions confiées à la SFPI, le conseil des ministres n'envisagea pas de faire rétroagir les arrêtés royaux aux dates des 5 et 6 octobre 2008. Il décida *uniquement* qu'ils entreraient en vigueur dès le jour de leur signature par le Roi et il ne résulte d'aucun élément soumis à la cour que le conseil des ministres envisageait de recevoir la signature du Roi le jour même. Les procès-verbaux des délibérations des 5 et 6 octobre 2008 précisent *uniquement* que « le projet, distribué en séance, peut être soumis à la signature du Chef de l'Etat » (procès-verbal du 5 octobre 2008) et « ce projet peut également être soumis à la signature du Chef de l'Etat » (procès-verbal du 6 octobre 2008).

88. Cependant, si les articles 4 des arrêtés royaux devaient être tenus pour illégaux, en raison du défaut de délibération du conseil des ministres sur la date d'entrée en vigueur des arrêtés royaux litigieux ou pour tout autre motif, il n'apparaît pas, à suffisance de droit *prima facie*, que cette illégalité affecterait les arrêtés royaux dans leur intégralité. Dès lors, il n'est pas établi que le refus d'appliquer les articles 4 précités empêcherait l'application des autres dispositions des arrêtés royaux, à partir du 12 novembre 2008.

89. Dans cette hypothèse, les arrêtés royaux litigieux emporteraient ratification des actes précédemment accomplis par l'Etat et la SFPI.

Ces griefs, à les supposer fondés, ne paraissent donc pas de nature à justifier les mesures sollicitées.

c. Sur la violation de l'article 524 du Code des sociétés

90. Le troisième grief tiré de l'ordre public qui, selon les appelants, justifierait la suspension du protocole d'accord se rapporte à la prétendue violation de l'article 524 du Code des sociétés.

Cette disposition concerne la gestion de conflits d'intérêt au sein des groupes de sociétés cotées en bourse et vise à protéger les actionnaires minoritaires face aux cessions internes du groupe.

Elle instaure une procédure à suivre par le conseil d'administration dans le cas où il entend adopter une décision ou accomplir une opération en exécution de cette décision concernant (1) les relations de la société cotée avec une société qui lui est liée, à l'exception de ses filiales et (2) les relations entre une filiale de la société cotée et une société qui est liée à cette filiale, sans pour autant être la filiale de ladite filiale.

L'alinéa 3 du premier paragraphe de cet article prévoit deux exceptions, qui sont irrelevantes dans le cas d'espèce.

91. Selon les appelants, les clauses relatives à la reprise des 'actifs toxiques' par Fortis Holding violent l'article 524 du Code des sociétés, en ce qu'elles prévoient le rachat d'actifs dits toxiques à Fortis Banque, par une filiale (Newco),

à constituer, qui sera contrôlée à 66% par Fortis Holding. Les appelants soulignent qu'au moment de la délibération du conseil d'administration des Fortis Holding, cette opération concernait Fortis et Fortis Banque, qui était alors une filiale toujours détenue à 50,1% par Fortis.

L'opération avantagerait l'actionnaire minoritaire de la banque, SFPI, au détriment de la société mère et de ses actionnaires.

92. Ce grief ne semble pas fondé. En effet, si les conseils d'administration des 5 et 6 octobre ont marqué leur accord sur l'ensemble des opérations, y compris la constitution de cette entité pour héberger les produits structurés à transférer par Fortis Banque et contrôlée à 66 % par Fortis Holding, il n'en demeure pas moins qu'au moment où l'opération se réalisera, Fortis Banque ne sera plus une filiale de Fortis Holding, puisqu'elle est d'ores et déjà contrôlée à 99,93% par la SFPI.

Dès lors, l'opération ne concernera pas un glissement d'un actif au niveau d'une filiale de la société cotée et une société qui est liée à cette filiale, ni au niveau de la société cotée et une société qui lui est liée.

D. Quant à la demande tendant à interdire la SFPI d'abandonner sa participation dans Fortis Banque.

93. Les parties appelantes soutiennent que la SFPI, agissant en tant que bras opérationnel de et pour le compte de l'Etat belge, et BNP Paribas savaient ou devaient savoir que les conseils d'administration commettaient des excès, voire des détournements de pouvoir et que, dès lors, les actes juridiques basés sur ces actes illégaux doivent également être suspendus, l'illégalité qui entache les décisions s'étendant à tous les actes juridiques qui en résultent.

Dans cette optique, le 'Share purchase agreement' du 10 octobre 2008 et le Protocole avec BNP Paribas, auxquels notamment les deux sociétés mères sont parties contractantes, devraient également être suspendus. Ces conventions participant aux voies de fait dont ont été victimes tous les organes décisionnels des Fortis Holding et leurs filiales et sous-filiales, leurs effets, notamment les cessions d'actifs qui s'ensuivirent, devraient être suspendus également.

94. La cour a constaté dans l'exposé des faits que le 'Share purchase agreement' du 10 octobre 2008 a été exécuté aussitôt après sa signature. Dès lors, les cessions d'actifs qui y sont stipulées, eussent-elles participé à des voies de fait, ne peuvent plus être suspendues.

95. En ce qui concerne la demande d'une mesure tendant à éviter que les cessions d'actifs déjà intervenues en exécution de cette convention ne puissent, en aval, faire l'objet d'autres cessions par la SFPI, la situation se présente différemment.

En effet, s'il devait être admis que l'acquisition par la SFPI des actions Fortis Banque et l'acquisition consécutive par BNP Paribas desdites actions - l'acquisition des actions Fortis Insurance Belgium lui étant par ailleurs liée -, participent à une opération que des voies de fait ont permise, ces acquisitions pourraient alors être tenues pour irrégulières, à tout le moins *prima facie*. En ce cas, il conviendrait d'examiner l'opportunité d'interdire provisoirement à la SFPI d'abandonner la propriété de cette participation au profit de tiers.

96. La cour a déjà admis que, *prima facie*, les droits subjectifs des actionnaires au fonctionnement régulier des organes de la société dans laquelle ils détiennent des actions et leur droit à être convoqués en assemblée générale pour approuver ou non les décisions des conseils d'administration des sociétés du groupe ont été méconnus.

Ainsi, elle a relevé que les décisions des conseils d'administration paraissent avoir été imposées aux administrateurs, ainsi qu'en attestent les procès-verbaux des conseils d'administration des holdings mères, des filiales et sous filiales et que si ce constat était confirmé par le juge du fond, les décisions des conseils d'administration de Fortis Holding, des filiales et des sous-filiales pourraient être annulées à la demande des actionnaires.

Elle a également constaté que ces violations sont susceptibles d'être la cause d'un préjudice grave dans leur chef, les conventions litigieuses résultant de ces décisions critiquables.

97. L'Etat belge, qui est représenté à la cause en la personne de la SFPI, qui lui prête son nom mais agit pour son compte, ces voies de fait, imputables à différents organes de l'Etat belge, peuvent être opposées à la SFPI.

98. BNP Paribas, pour sa part, a admis, en plaidoiries, qu'elle n'avait pas désiré négocier avec les organes compétents des sociétés du groupe Fortis dont elle voulait acquérir des actifs, soutenant qu'elle n'était tenue de négocier qu'avec la SFPI, parce qu'elle était propriétaire des actions de Fortis Banque.

Cependant, ces négociations ont été entamées et les accords verbalement conclu entre l'Etat belge et BNP Paribas, alors que la SFPI n'avait pas encore acquis les actions Fortis Banque.

Ce fait est notamment attesté par plusieurs éléments de fait épinglés ci-dessus et notamment la délibération en conseil des ministres du 6 octobre qui confère à la SFPI la mission d'apporter les actions Fortis Banque à la BNP Paribas, alors que la SFPI ne les a pas encore acquises.

La justification avancée par BNP Paribas pour écarter les représentants du groupe Fortis des négociations ne paraît guère fondée d'autant plus qu'elle entendait acquérir

99. La cession des actions Fortis Banque avec la vente des actifs relatifs à la branche assurances et le règlement concernant les actifs 'toxiques' constituent très vraisemblablement une cause majeure du préjudice des parties appelantes, puisque, aussitôt après ces cessions et acquisitions, la valeur du titre Fortis a chuté dès la reprise de la cote boursière le 14 octobre 2008.

100. La cour a déjà constaté que les actionnaires sont fondés à demander le respect de leur droit à être convoqués en assemblée générale et elle a ordonné la convocation d'une assemblée générale à cet effet. Jusqu'à ce que cette assemblée générale puisse se prononcer sur les opérations décidées par le conseil d'administration des 3, 5 et 6 octobre 2008, il se justifie d'interdire à la SFPI de se départir de sa participation dans Fortis Banque.

101. Surabondamment, cette interdiction aménage une situation d'attente qui permettra aux actionnaires d'entreprendre les actions au fond qu'ils estimeront éventuellement appropriées lorsqu'ils seront mieux informés, tout en prévenant, pendant cette période transitoire, l'accomplissement d'actes irréversibles dans la dernière phase d'exécution des décisions.

102. La balance des intérêts de toutes les parties concernées ne s'y oppose pas, la mesure ayant pour seul effet d'instaurer *un statu quo provisoire*, sans porter atteinte aux intérêts légitimes des autres parties.

Ainsi, il résulte des pièces auxquelles la cour peut avoir égard que la SFPI a cédé cette acquisition à BNP Paribas sous diverses conditions suspensives, au demeurant énoncées dans le seul intérêt de cette contrepartie, de sorte que la cession n'a pas été exécutée au jour du prononcé du présent arrêt et qu'elle requiert encore la réalisation de certaines de ces conditions suspensives dépourvues d'effet rétroactif dont la réalisation doit intervenir pour le 28 février 2009 au plus tard, à peine de rendre l'accord caduc.

Il est requis que BNP Paribas procède à une augmentation de capital avec l'apport par la SFPI, cette augmentation n'étant toujours pas intervenue et selon

103. Le 9 octobre, la SFPI s'engageait à vendre ou à apporter à BNP Paribas une participation majoritaire dans le capital de Fortis Banque. Cet accord porte nécessairement sur les actions qu'elle possède depuis le 28 septembre mais également sur celles qu'elle a acquises par la suite. Il se justifie dès lors que l'interdiction de se départir de sa participation porte sur l'ensemble de 241.620.577 actions qu'elle a acquises par la cession qui lui a été consentie le 10 octobre 2008.

104. L'interdiction imposée à la SFPI prend fin de plein droit le 16 février 2009 au plus tard, date avant laquelle l'assemblée générale aura dû être convoquée par le conseil d'administration comme il a été précisé ci-avant.

105. Dans l'intervalle, toutes les relations interbancaires entre Fortis banque et la banque BNP Paribas doivent être maintenues telles qu'elles s'exécutent au jour du prononcé du présent arrêt, selon les conditions du marché et sur la base du principe 'at arms length' .

A cet égard, la cour souligne, à nouveau, que selon son appréciation *prima facie*, BNP Paribas a participé aux voies de fait commises à l'encontre des sociétés du groupe Fortis et les actionnaires, dont les appelants, en particulier pour faire l'acquisition de Fortis Insurance ou en avançant des explications infondées pour justifier qu'elle ait écarté des négociations les représentants du groupe Fortis.

E. Sur la demande de désignation d'experts sur la base de l'article 168 du Code des sociétés.

106. Les parties appelantes sollicitent la désignation d'un collège d'experts avec pour mission de :

- établir un rapport complet sur la situation financière de Fortis en terme de solvabilité et de liquidité depuis le 1^{er} septembre 2008 et jusqu'au 6 octobre 2008 inclus ;
- établir la valeur de marché des actifs cédés par Fortis au jour de leur cessions, les 3 ou 5 octobre 2008 à l'Etat néerlandais, à la SFPI et à BNP Paribas ;
- établir la situation exacte des filiales bancaires de Fortis aux Pays-Bas, entre le 29 septembre et le 3 octobre 2008 en termes de financement, de statut légal et de concours de tiers ;
- faire rapport à l'assemblée générale sur ces questions.

Elles indiquent que leur demande se veut positive et pragmatique.

Leur demande originaire tend également à entendre ordonner que le rapport soit rendu public afin de faire respecter le principe d'égalité de traitement des actionnaires.

107. La mesure est fondée sur l'article 168 du Code des sociétés qui énonce :
« *S'il existe des indices d'atteinte grave ou de risque d'atteinte grave aux intérêts de la société, le tribunal de commerce peut, à la requête d'un ou de plusieurs associés possédant au moins 1% des voix attachées à l'ensemble des titres existants, ou possédant des titres représentant une fraction du capital égale à 1 250 000 € au moins, nommer un ou plusieurs experts ayant pour mission de vérifier les livres et les comptes de la société ainsi que les opérations accomplies par ses organes* ».

108. Cette expertise ne se situe pas nécessairement dans la perspective de l'action minoritaire, même si son résultat est susceptible d'apporter des éléments qui pourraient fonder ultérieurement une telle action minoritaire.

Elle consiste tant à permettre d'enquêter sur la gestion qui a pu engendrer des atteintes aux intérêts de la société, qu'à dégager des solutions possibles, le tout en fonction de l'intérêt de la société.

109. Si l'article 168 du Code des sociétés indique que l'expertise se fait au départ des livres et des comptes, il y a lieu de considérer qu'en l'espèce, eu égard à la nature de la mesure et à sa finalité, elle peut également porter sur tous les documents y afférents dans le sens le plus large.

110. L'article 169 dudit Code indique qu'une procédure spécifique est applicable lorsqu'une demande principale est introduite en application de l'article 168.

Toutefois, il est généralement admis que cette mesure d'instruction peut être décidée par le juge des référés, qui peut ordonner toutes les mesures qui lui semblent indiquées pour pallier le préjudice allégué ou pour résoudre les problèmes qui se présentent.

Par ailleurs, l'article 169 indique que les questions ou les catégories de questions sur lesquelles doivent porter les investigations, sont fixées par le juge. Il lui appartient de déterminer l'objet de l'expertise et la mission de l'expert en fonction de l'ensemble des faits et des dysfonctionnements dont se plaignent les parties requérantes.

111. Les appelants font principalement valoir que les conseils d'administration ont pris des décisions contraires à l'intérêt social des sociétés du groupe, dès octobre 2008 et qu'ils ont consenti à des conventions qui seraient contraires à l'intérêt social.

Ils estiment que des actifs ont été vendus, en particulier dans la branche assurances, alors que cette activité ne posait pas le moindre problème et que, dans l'ensemble, tous les actifs vendus l'ont été à des prix lésionnaires.

Ces décisions seraient toutes liées à l'acquisition du groupe bancaire ABN-AMRO par le consortium RFS (Royal Bank of Scotland, Fortis, Santander) et, plus particulièrement, aux problèmes que le groupe Fortis a rencontrés pour réaliser le financement de sa part dans cette acquisition.

Les problèmes qui ont surgi en aval à partir du mois de juin 2008 et qui ont enclenché, dès septembre 2008, la crise profonde dans laquelle se trouve toujours le groupe Fortis, auraient tous pour origine cette acquisition et ils se seraient amplifiés à cause d'investissements excessifs dans des produits devenus 'toxiques'.

Les intimés contestent le bien fondé de la demande d'expertise au motif que, outre que l'urgence ne serait pas démontrée, l'article 168 du Code des sociétés ne trouverait pas à s'appliquer, les appelants ne rapportant pas la preuve d'indices ou de risque d'une atteinte grave à l'intérêt de la société.

Par ailleurs, ils font valoir que l'article 168 susdit ne permet pas à un actionnaire de faire déterminer la valeur de ses parts alors que la mesure ne présenterait aucune utilité pour l'évaluation de la valeur de marché des actifs cédés, celle-ci étant connue.

112. Les appelants étant titulaires d'actions qui représentent ensemble une partie du capital qui dépasse les 1.250.000 €, ils remplissent la condition du seuil légal requis pour solliciter la mesure d'expertise.

Par ailleurs, au vu des pièces qui lui ont été soumises, la cour a relevé la présence de dysfonctionnements graves au sein des conseils d'administrations des sociétés du groupe qui permettent de douter sérieusement de la validité de certaines décisions et des conventions qui en résultent et de constater l'existence d'indices d'atteinte grave aux intérêts de FORTIS SA/NV. La cour se réfère aux considérants qui précèdent.

Enfin, compte tenu de l'information préalable qui doit être donnée aux actionnaires avant de solliciter leur vote sur les opérations décidées par les conseils d'administration des 3, 5 et 6 octobre, lors de l'assemblée générale à convoquer pour le 12 février 2009 au plus tard, la condition d'urgence est remplie.

La mesure d'expertise se justifie.

113. Elle consistera pour les experts à donner aux organes de FORTIS SA/NV en général et à l'assemblée générale des actionnaires de cette société en particulier, leur appréciation sur les conditions financières et autres entourant la vente à la SFPI de la participation de Fortis Brussels, dans Fortis Banque, et sur celles entourant les cessions d'actifs des filiales et sous-filiales à l'Etat néerlandais et à BNP Paribas. Les experts devront déterminer si, selon eux, ces opérations ont été conclues dans des conditions attentatoires à l'intérêt social des sociétés du groupe.

114. A cette fin, ils devront en tout état de cause, comme le sollicitent les appelants, établir un rapport complet sur la situation financière des sociétés du groupe en termes de solvabilité et de liquidité entre le 1^{er} septembre et le 12 octobre 2008, donner leur estimation de la valeur de Fortis Banque lors de l'augmentation de capital du 28 septembre 2008, établir la situation exacte des filiales bancaires de Fortis aux Pays-Bas entre le 29 septembre et le 3 octobre 2008 en termes de financement, de statut légal et de concours de tiers et enfin, donner leur avis sur les valeurs des actifs cédés, au prix du marché, au jour des cessions.

115. La cour n'aura pas à statuer ultérieurement sur un litige à résoudre déjà porté devant elle et que la mesure ordonnée n'a pas pour but de contribuer à la preuve ou d'éclairer la cour en vue de la solution d'un litige, il ne s'agit pas d'une mesure d'instruction au sens des articles 962 et suivants du code

judiciaire.

Il s'ensuit que le collège d'experts ne devra pas l'associer au déroulement de l'expertise, ce qui n'exclut pas qu'il lui soumette une question, s'il l'estime indiqué.

116. Le collège, qui organisera souverainement ses activités, aura soin d'avoir égard aux principes essentiels de l'indépendance et du contradictoire en général et de bonne administration en particulier.

Il pourra se faire mettre à la disposition tous les documents qu'il indiquera, procéder à l'audition de toute personne qu'il désignera et entreprendre toutes démarches de médiation ou de négociation si besoin en était.

Fortis SA/NV ET Fortis NV étant tenues de consolider leurs comptes, les comptes et documents à examiner couvrent également les comptes et documents des (ex-) filiales et (ex)- sous-filiales de Fortis SA/NV et de Fortis NV.

Il sera loisible au collège d'experts de mettre à la disposition du conseil d'administration et des actionnaires, ainsi que des commissaires-réviseurs, un ou plusieurs rapports intermédiaires, voire de leur adresser les communications ou recommandations qui lui sembleront indiqués.

Les rapports intermédiaires seront mis à la disposition de tous les organes de la société ainsi qu'aux actionnaires, le cas échéant au plus tard dix jours avant l'assemblée générale pour laquelle un tel rapport présente un caractère utile. Le rapport final sera déposé au greffe de la cour pour le quinze mai 2009 au plus tard et la cour décidera ultérieurement sur ce rapport conformément à l'article 169 du Code des sociétés.

117. Le montant à consigner par les parties appelantes est fixé à 125.000 euros, étant entendu qu'elles pourront, avec l'assentiment du collège, le mettre immédiatement à la disposition de celui-ci et que ce dernier pourra, à tout moment, les inviter à provisionner son fonctionnement.

118. La partie SA/NV Fortis Holding mettra à la disposition du collège les locaux nécessaires ainsi que l'infrastructure requise afin de permettre le fonctionnement efficace du collège.

F. Sur la demande en suspension de l'ordre du jour relatif à l'application de l'article 633 du Code des Sociétés. (continuation des activités)

119. Les actionnaires ont été convoqués à une assemblée générale qui est fixée au 19 décembre 2008 en vue de voter sur la continuation des activités ou la liquidation de la société.

A cette fin, le conseil d'administration a établi un rapport justifiant ses propositions, qu'aux termes de l'article 633 alinéa 2 du Code des sociétés il est tenu de mettre à la disposition des actionnaires.

Le dernier alinéa de l'article 633 susdit dispose que la responsabilité de la société ne peut être engagée que si l'assemblée générale n'a pas été dûment convoquée. Dès lors, un éventuel report du vote sur ce point qui est inscrit à l'ordre du jour de l'assemblée générale du 19 décembre prochain n'est, a priori, pas susceptible d'engendrer une quelconque responsabilité dans le chef du conseil d'administration.

120. Les parties appelantes ne s'estiment pas suffisamment informées par le conseil d'administration, qui opère dans une crise de confiance, et qu'elles entendent pouvoir se prononcer en pleine connaissance de cause, plus particulièrement en ce qui concerne les décisions et conventions contestées.

Leurs préoccupations sont légitimes et leurs craintes semblent fondées. Il y a lieu de considérer en outre qu'un vote en faveur d'une arrêt des activités aurait un effet irréversible.

A la lumière de tous les éléments qui ont été retenus par la cour, eu égard à en particulier à la crise de confiance qui règne entre les actionnaires et le conseil d'administration, à la portée de la mission confiée au collège d'experts et à l'effet irréversible précité, la cour estime que les actionnaires pourront se forger une opinion plus fondée sur la perspective d'une continuation des activités ou de leur arrêt, après avoir pris connaissance des communications qui leurs seront adressées par ce collège.

Dès lors, il y a lieu d'ordonner que l'ordre du jour de l'assemblée générale prévue pour le 19 décembre 2008 sera limité à l'exposé du conseil d'administration et à un débat, le droit de l'assemblée générale de décider de postposer toute délibération restant sauf, et que le vote sera reporté à une date ultérieure dans un proche avenir.

121. Etant donné l'importance des constatations et des estimations du collège d'experts sur les décisions à prendre par les actionnaires, le collège présentera un premier rapport intermédiaire dans les trente-cinq jours ouvrables à compter de la date du prononcé du présent arrêt.

L'assemblée générale extraordinaire qui devra se prononcer, en application de l'article 633 du Code des sociétés, sera présidée par les deux co-présidents du collège d'experts et convoquée par leurs soins, au plus tard pour le 12 février 2009.

122. L'ordre du jour de ladite assemblée générale comportera également un point relatif à l'approbation ou la réprobation des décisions prises les 3, 5 et 6 octobre 2008 par le conseil d'administration de la SA/NV Fortis Holding.

G. Sur les autres demandes

123. Les appelants forment d'autres demandes qui sont énoncées dans l'exposé de la procédure.

124. Il suit des considérations qui précèdent sur les chefs de demande repris sous les points B à F, qu'il n'y a pas lieu d'y faire droit.

Par ailleurs, la cour estime que toutes les mesures qu'elle ordonne suffisent à pallier l'aggravation du préjudice dont les appelants se plaignent et à les restaurer dans leurs droits apparents.

Dès lors, ces autres demandes sont rejetées.

H. Sur les interventions volontaires

125. En ce qui concerne les interventions volontaires, il y a lieu de constater que la partie Frisque a déclaré en conclusions se désister de sa demande. Il y a lieu de lui en donner acte.

Les parties Smessaert ont déclaré à l'audience se référer à justice et la cour leur en donne acte.

I. La requête en réouverture des débats

126. Le 11 décembre 2008 la partie intimée SFPI a déposé au greffe de la cour une requête en réouverture des débats.

Elle indique qu'il lui est parvenu pendant le délibéré de la part de l'Etat belge une nouvelle pièce qui constitue, selon elle, un fait nouveau et capital justifiant une réouverture des débats.

Il s'agit d'une lettre datée du 4 décembre 2008, adressée par le représentant permanent de la Belgique près l'Union Européenne au ministre des affaires étrangères de la Belgique.

La lettre concerne la décision de la Commission Européenne, qui a constaté et décidé que les mesures mises en place pour le sauvetage de Fortis Banque sont compatibles avec le marché commun.

La requérante souligne que, selon cette lettre, « la Commission européenne constate et décide que les mesures ainsi considérées comme une aide sont compatibles avec le marché commun, pour les motifs développés aux paragraphes 77 et suivants de sa décision ».

Elle rappelle que l'un des principaux moyens invoqués par les appelants à l'appui de leur prétention à une réformation de l'ordonnance dont appel, a consisté à défendre que les opérations réalisant le sauvetage de Fortis Banque comportaient une aide d'Etat, dont la Cour d'appel devrait ordonner la suspension aussi longtemps que la Commission européenne ne l'aurait pas approuvée, de sorte que, selon la requérante, il y aurait lieu de rouvrir les débats pour permettre aux intimées et plus généralement aux parties, de s'expliquer sur les conséquences qu'il y a lieu de tirer de ce fait nouveau et capital.

127. Il sera tout d'abord rappelé qu'une réouverture des débats, si elle était ordonnée, ne pourrait avoir objet que l'examen de cette pièce au regard du moyen invoqué par les appelants, tiré de la violation du droit communautaire, et que la S.F.P.I cite dans sa requête (cf. ci-dessus).

Le nouveau fait invoqué par la requérante à l'appui de sa demande de réouverture des débats est la preuve que l'approbation de la Commission a été obtenue. Dès lors, une réouverture des débats ne pourrait avoir une autre portée que la constatation que cette approbation est acquise.

128. Or, il résulte des motifs et des considérations qui précèdent et qui ont été délibérés par les trois membres du siège, que la cour a rejeté ce moyen, l'estimant en tout état de cause non fondé.

Dès lors, la pièce et le fait invoqués par la S.F.P.I, pour obtenir la réouverture des débats, sont nécessairement sans incidence pour la solution du litige.

Les droits de la SFPI, qui est seule demanderesse en réouverture des débats, sont saufs.

La requête est rejetée.

CONCLUSIONS.

L'appel principal est recevable et partiellement fondé.

Les appels incidents sont recevables et partiellement fondés en ce que la décision attaquée a déclaré recevables les chefs de demande à l'encontre de l'Etat néerlandais et à l'encontre des filiales et sous-filiales des NV/SA Fortis Holding et NV Fortis Holding.

Les interventions devant la cour sont recevables.

La cour ordonne les mesures énoncées ci-après dans le dispositif.

Les autres chefs de la demande sont rejetés.

PAR CES MOTIFS,**LA COUR, statuant contradictoirement;**

Vu l'article 24 de la loi du 15 juin 1935 sur l'emploi des langues en matière judiciaire;

Rejette la demande en réouverture des débats,

Reçoit les appels,

Déclare l'appel principal partiellement fondé,

Déclare les appels incidents partiellement fondés en ce qu'ils portent sur la recevabilité des demandes,

Donne acte à la partie Frisques de ce qu'elle se désiste de son intervention ;

Reçoit l'intervention des parties Smessaert et leur donne acte de ce qu'elles se réfèrent à justice ;

Met la décision entreprise à néant, sauf en ce qu'elle reçoit les demandes des appelants à l'encontre de l'Etat néerlandais et des filiales et sous-filiales de la SA/NV Fortis Holding ;

Statuant à nouveau,

Déclare la demande irrecevable à l'encontre de l'Etat néerlandais et des filiales et sous-filiales de la SA/NV Fortis Holding ;

Déclare la demande fondée dans la mesure ci-après indiquée et la rejette pour le surplus,

Ordonne les mesures provisoires suivantes :

1) les décisions du conseil d'administration de la NV/SA Fortis Holding, prises les 3, 5 et 6 octobre 2008 sont suspendues ;

2) il sera porté à l'ordre du jour de l'assemblée générale du 19 décembre 2008 un point préliminaire à tout autre, qui sera soumis au vote de l'assemblée générale des actionnaires de Fortis SA/NV afin de déterminer si les actionnaires désirent ou non reporter le vote sur la continuation ou l'arrêt des activités de la NV/SA Fortis Holding ;

Au cas où le conseil d'administration n'inscrit pas spontanément ce point à l'ordre du jour, il y sera inscrit par les soins des co-présidents du collège d'experts mentionné ci-après, qui présideront cette assemblée ;

Au cas où cette assemblée décidait de reporter ce vote, les co-présidents du collège d'experts, ci-après désignés, auront le soin de convoquer et de présider une assemblée générale extraordinaire qui sera tenue au plus tard le 12 février 2009 ;

3) ces co-présidents auront le soin de convoquer une assemblée générale extraordinaire des actionnaires, qui sera tenue au plus tard **le 12 février 2009**, aux fins de procéder au rapport du conseil d'administration, à la délibération et le cas échéant au vote par les actionnaires sur les décisions prises par le conseil d'administration les 3, 5 et 6 octobre 2008 et les conventions conclues en exécution de ces conventions ;

Pour voter sur ce point seront seuls admis les actionnaires de NV/SA Fortis Holding, qui justifieront qu'ils étaient actionnaires de ladite société au plus tard le 14 octobre 2008 ;

4) interdiction est faite à la SFPI d'abandonner sa participation dans Fortis Banque au profit de quelque tiers que ce soit, à concurrence de 241.620.557 actions, qui sont ainsi « gelées » entre ses mains dès le jour du prononcé du présent arrêt pour une période qui expirera de plein droit le 16 février 2009 ;

Si cette interdiction n'était pas respectée, une astreinte de 5 milliards d'euros sera due aux parties appelantes ensemble à charge de la SFPI et à charge de l'Etat belge qu'elle représente ;

Pendant cette période de « gel », la SA BNP Paribas est tenue de maintenir telles quelles ses relations interbancaires qu'elle entretient avec Fortis Banque, sur la base des conditions de marché et suivant le principe 'at arms length'.

5) Un collège d'experts est chargé d'une mission sur la base de l'article 168 du Code des sociétés. Il est composé de :

- messieurs Walter Van Gerven et Guy Horsmans, professeurs d'université émérites, co-présidents ;
- messieurs André Killesse, réviseur d'entreprises, président honoraire de l'Institut des réviseurs d'entreprises, Roland Gillet, professeur à l'université libre de Bruxelles et à la Sorbonne et Remi Vermeiren, président- administrateur-délégué à la retraite, membres ;

La mission du collège est indiquée sous le point E, n^os 113 et suivants, du présent arrêt.

Le collège établira un rapport intermédiaire, destiné aux organes de la société SA/NV Fortis Holding et qui sera mis également à la disposition de tous les actionnaires au plus tard dans les 35 jours ouvrables à partir de la date du présent arrêt ;

Un rapport final sera déposé au greffe de la cour au plus tard pour le 15 mai 2009 ;

Il revient aux parties appelantes de consigner un montant, ou de mettre directement à la disposition du collège un montant de 125.000 euros afin de couvrir les honoraires et frais de fonctionnement ;

Condamne les parties intimées ensemble aux frais de la procédure, liquidés à 5.000,36 euros, indemnité de procédure comprise pour les parties appelantes, à 0 euros pour chacune des parties intimées et à 0 euros pour les parties intervenantes.

Rejette les conclusions déposées le 12 décembre 2008 par les intimées, conformément à l'article 771 du Code judiciaire.

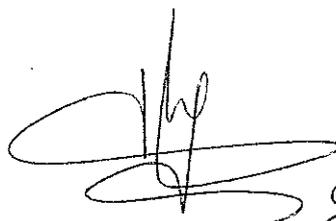
Ainsi jugé par la 18^{ième} chambre de la Cour d'appel de Bruxelles qui était composée de

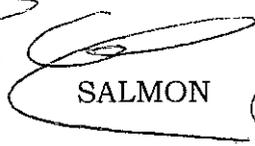
Paul Blondeel	président de chambre
Christine Schurmans	conseiller
Mireille Salmon	conseiller

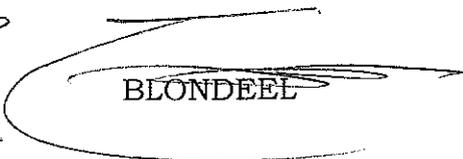
qui ont délibéré

et prononcé par Paul Blondeel, président de chambre

à l'audience publique du 12 décembre 2008.

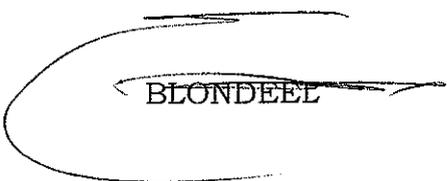

VAN IMPE


SALMON


BLONDEEL

Le greffier soussigné Darie Van Impe acte que Mme le conseiller Christine Schurmans se trouve dans l'impossibilité de signer l'arrêt.


VAN IMPE


BLONDEEL
