

Numéro du rôle : 6221
Arrêt n° 91/2016 du 9 juin 2016

A R R E T

En cause : la question préjudicielle relative aux articles 613, 686 et 767 du Code des sociétés (tels qu'ils ont été modifiés par la loi du 22 novembre 2013 modifiant le Code des sociétés, concernant les garanties des créanciers en cas de réorganisation du capital), posée par le président du Tribunal de commerce d'Anvers, division Anvers.

La Cour constitutionnelle,

composée des présidents E. De Groot et J. Spreutels, et des juges A. Alen, T. Merckx-Van Goey, P. Nihoul, T. Giet et R. Leysen, assistée du greffier F. Meersschant, présidée par le président E. De Groot,

après en avoir délibéré, rend l'arrêt suivant :

*

* * *

I. *Objet de la question préjudicielle et procédure*

Par jugement du 3 juin 2015 en cause de la commune de Wommelgem contre la SPRL « Synergie », Sonja Kimpen et Marc De Jonck, Niels De Jonck et Arne De Jonck, dont l'expédition est parvenue au greffe de la Cour le 9 juin 2015, le président du Tribunal de commerce d'Anvers, division Anvers, a posé la question préjudicielle suivante :

« La loi du 22 novembre 2013 modifiant le Code des sociétés, concernant les garanties des créanciers en cas de réorganisation du capital, viole-t-elle les articles 10 et 11 de la Constitution en ce qu'elle permet la constitution d'une sûreté pour les créances à l'égard d'une SA qui a décidé de procéder à une réduction du capital pour laquelle une réclamation a été introduite en justice ou par voie d'arbitrage avant l'assemblée générale appelée à se prononcer sur la réduction du capital (modification de l'article 613 du Code des sociétés) et pour les créances contestées en justice à l'égard de sociétés en restructuration (modification des articles 686 et 767 du Code des sociétés), alors que la même possibilité n'a pas été prévue en ce qui concerne les actions contestées en justice à l'égard d'autres formes de sociétés (dont la SPRL) qui décident de procéder à une réduction du capital (pas de modification de l'article 317 du Code des sociétés) ? ».

Des mémoires ont été introduits par :

- la commune de Wommelgem, représentée par son collègue des bourgmestre et échevins, assisté et représenté par Me M. Polet, avocat au barreau de Bruxelles;
- la SPRL « Synergie », Sonja Kimpen, Marc De Jonck, Niels De Jonck et Arne De Jonck, assistés et représentés par Me G. Laenen, avocat au barreau de Malines;
- le Conseil des ministres, assisté et représenté par Me J. Vanpraet, avocat au barreau de Bruges.

Des mémoires en réponse ont été introduits par :

- le collègue des bourgmestre et échevins de la commune de Wommelgem;
- le Conseil des ministres.

Par ordonnance du 20 avril 2016, la Cour, après avoir entendu les juges-rapporteurs R. Leysen et T. Giet, a décidé que l'affaire était en état, qu'aucune audience ne serait tenue, à moins qu'une partie n'ait demandé, dans le délai de sept jours suivant la réception de la notification de cette ordonnance, à être entendue, et qu'en l'absence d'une telle demande, les débats seraient clos le 11 mai 2016 et l'affaire mise en délibéré.

Aucune demande d'audience n'ayant été introduite, l'affaire a été mise en délibéré le 11 mai 2016.

Les dispositions de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle relatives à la procédure et à l'emploi des langues ont été appliquées.

II. *Les faits et la procédure antérieure*

En 1996, la commune de Wommelgem, partie demanderesse, a conclu un contrat de concession de travaux publics avec la SPRL « Synergie », première partie défenderesse. Les autres parties défenderesses, Sonja Kimpen, Marc De Jonck, Niels De Jonck et Arne De Jonck, sont gérants de la SPRL « Synergie ». La commune de Wommelgem a mis fin à ce contrat le 22 avril 2014. Lors de son assemblée générale du 29 septembre 2014, la SPRL « Synergie » a décidé de réduire son capital de 255 330,33 euros à 18 550 euros et de modifier sa forme juridique, passant de société anonyme à société privée à responsabilité limitée. A la suite de ces décisions, la commune de Wommelgem réclame la constitution d'une sûreté de 867 627,35 euros devant le Président du Tribunal de commerce d'Anvers, division Anvers. En effet, la commune de Wommelgem a sur la SPRL « Synergie » une créance née antérieurement à la réduction de capital et contestée devant le président du Tribunal de première instance d'Anvers, division Anvers.

Le juge *a quo* souligne que la commune de Wommelgem a introduit son action le 4 décembre 2014, après la publication des décisions de l'assemblée générale du 29 septembre 2014 dans les annexes au *Moniteur belge* du 16 octobre 2014. En conséquence, le changement de forme juridique était déjà opposable aux tiers et les dispositions qui s'appliquent aux sociétés privées à responsabilité limitée sont pertinentes dans le litige *a quo*.

Selon le juge *a quo*, la loi du 22 novembre 2013 « modifiant le Code des sociétés, concernant les garanties des créanciers en cas de réorganisation du capital » (ci-après : la loi du 22 novembre 2013) crée une double asymétrie en ce qui concerne les créances contestées en justice. Cette loi instaure une différence de traitement entre, d'une part, les créanciers d'une société anonyme qui décide de réduire son capital ou d'une société qui décide de procéder à une restructuration et, d'autre part, les créanciers d'une société ayant une autre forme juridique qui décide de réduire son capital. Les créanciers appartenant à la première catégorie peuvent demander la constitution d'une sûreté lorsque leur créance est contestée en justice, alors que les créanciers relevant de la seconde catégorie n'ont pas cette possibilité. Le juge *a quo* estime que cette loi est contraire au principe constitutionnel d'égalité et pose dès lors à la Cour la question préjudicielle reproduite plus haut.

III. *En droit*

- A -

A.1.1. La commune de Wommelgem, partie demanderesse dans le litige *a quo*, estime que la différence de protection des créanciers en cas de réduction réelle du capital, selon qu'il s'agit d'une société anonyme ou d'une société privée à responsabilité limitée, n'est en rien justifiée. Elle est dès lors convaincue qu'il s'agit d'une erreur commise par le législateur. La commune de Wommelgem a demandé au juge *a quo* de donner à l'article 317 du Code des sociétés une interprétation conforme à la Constitution et, le cas échéant, de juger que son action en vue de la constitution d'une sûreté était fondée. A la suite de cette requête, le juge *a quo* a posé une question préjudicielle à la Cour. La commune de Wommelgem estime toujours que l'article 317 du Code des sociétés peut recevoir une interprétation conforme à la Constitution.

A.1.2. Selon la commune de Wommelgem, la question préjudicielle appelle une réponse affirmative. Tout d'abord, les deux catégories de créanciers sont essentiellement identiques, étant donné qu'elles sont toutes deux confrontées à une société dont le capital est réorganisé, de sorte que le gage qui garantit leur créance se trouve réduit. Ensuite, elle souligne que les travaux préparatoires de la loi du 22 novembre 2013 ne font aucune distinction entre les créanciers d'une société privée à responsabilité limitée et les créanciers d'une société anonyme. Au contraire, ces travaux préparatoires soulignent la nécessité de protéger adéquatement tous les

intérêts des créanciers. La commune de Wommelgem constate que la doctrine confirme également qu'il s'agit d'un oubli du législateur. En outre, lorsqu'a été instaurée la même protection des créanciers dans le cas d'une restructuration de société, aucune distinction n'a été établie en fonction de la forme juridique. Dès lors, la différence de traitement fondée sur la forme de société peut certes constituer un critère objectif, mais celui-ci n'est ni pertinent ni raisonnablement justifié. En effet, on ne voit pas du tout clairement quel est l'objectif de la différence de traitement. Enfin, la commune de Wommelgem souligne qu'il n'est en rien démontré que la Cour serait obligée de maintenir les effets des dispositions en cause.

A.2. La SPRL « Synergie » et ses gérants, parties défenderesses dans le litige *a quo*, soulignent tout d'abord que les travaux préparatoires de la loi du 22 novembre 2013 ne traitent pas de la différence de traitement entre les créanciers d'une société anonyme et les créanciers d'une société privée à responsabilité limitée. La doctrine estime qu'il s'agirait d'une simple lacune dans la loi du 22 novembre 2013. A supposer que la Cour estime que la loi du 22 novembre 2013 viole les articles 10 et 11 de la Constitution, elle doit constater qu'il s'agit d'une lacune extrinsèque. La SPRL « Synergie » et ses gérants concluent que ceci a pour conséquence que le juge *a quo* ne peut en aucun cas compléter les dispositions en cause du Code des sociétés, étant donné que ceci impliquerait une modification substantielle de plusieurs dispositions légales, qui nécessite que le législateur procède à une évaluation des intérêts sociaux.

A.3.1. En ce qui concerne l'objet de la question préjudicielle, le Conseil des ministres souligne qu'il ressort des motifs de la décision de renvoi que le litige *a quo* concerne une société privée à responsabilité limitée. La question préjudicielle doit dès lors être limitée à cette hypothèse. Dans la mesure où elle concernerait la différence de traitement entre la société anonyme et d'autres formes de société, la réponse à la question préjudicielle n'est pas utile à la solution du litige *a quo* et la question préjudicielle n'appelle pas de réponse.

A.3.2. Par ailleurs, le Conseil des ministres souligne que la question préjudicielle renvoie erronément aux articles 686 et 767 du Code des sociétés. Ces articles concernent la responsabilité solidaire de la société bénéficiaire, en cas de fusion ou de scission, et de la société apporteuse. La constitution d'une sûreté en cas de restructuration est réglée par les articles 684 et 766 du Code des sociétés. Dans cette mesure, la question est dès lors irrecevable. Tout au moins doit-elle être reformulée.

A.4.1. Quant à la différence de protection des créanciers confrontés à une réduction du capital, en fonction de la forme de société, le Conseil des ministres estime tout d'abord que les créanciers de sociétés anonymes ne sont pas comparables aux créanciers de sociétés privées à responsabilité limitée. Les deux formes de société se distinguent l'une de l'autre par des caractéristiques propres, ce qui justifie le fait de protéger différemment les créanciers en cas de réduction du capital. Le critère de la forme de société est pertinent, étant donné que les deux formes de société poursuivent des objectifs distincts, qui répondent à des nécessités pratiques différentes, et que chaque forme de société est soumise à des règles spécifiques.

A.4.2. La loi du 22 novembre 2013 tend à apporter une réponse à l'arrêt du 14 octobre 2011 de la Cour de cassation, lequel concernait spécifiquement une société anonyme. Le législateur doit mettre en balance la protection des créanciers confrontés à une réduction du capital et les intérêts de la société qui, lors d'une réduction de capital, ne peut être inutilement exposée à des créances et à des sûretés. Contrairement aux sociétés anonymes, les sociétés privées à responsabilité limitée réduisent rarement leur capital. Le capital d'une société privée à responsabilité limitée est toujours restreint au capital minimum, de sorte qu'une protection supplémentaire des créanciers ne l'emporte pas sur les inconvénients. En outre, les créanciers d'une société privée à responsabilité limitée sont plus proches de la société. Le législateur a pu dès lors juger qu'il n'y avait, en cas de réduction du capital, aucune nécessité juridique de protéger de la même manière les créanciers d'une société privée à responsabilité et les créanciers d'une société anonyme.

A.4.3. Le Conseil des ministres souligne que la différence de traitement découle de et est fondée sur une distinction instaurée par le droit de l'Union européenne, qui autorise à protéger différemment les créanciers en cas de réduction du capital, selon qu'il s'agit d'une société anonyme ou d'une société privée à responsabilité limitée. La deuxième directive européenne sur les sociétés s'applique en effet uniquement aux sociétés anonymes.

A.4.4. Selon le Conseil des ministres, la différence de traitement repose sur un critère objectif, raisonnablement justifié eu égard à l'objectif poursuivi. Il relève du pouvoir d'appréciation du législateur de protéger différemment, contre une réduction de capital, les créanciers d'une société privée à responsabilité limitée et les créanciers d'une société anonyme et de réserver la protection accrue aux cas dans lesquels il estime que le risque d'abus est le plus élevé. Il n'appartient pas à la Cour d'apprécier l'opportunité des choix politiques du législateur.

A.4.5. En outre, la différence de traitement ne porte pas une atteinte disproportionnée à l'exercice des droits des créanciers titulaires de créances faisant l'objet de réclamations introduites en justice ou par voie d'arbitrage au moment de la réduction du capital d'une société privée à responsabilité limitée. Dans le cas, peu fréquent, où un créancier se trouve dans une telle situation, le législateur offre plusieurs mécanismes de protection. Selon le Conseil des ministres, la première branche de la question préjudicielle appelle dès lors une réponse négative.

A.5.1. Quant au fait de protéger les créanciers différemment, selon qu'il s'agit d'une réduction de capital ou d'une restructuration, le Conseil des ministres estime tout d'abord que les catégories de créanciers ne sont pas comparables. Une réduction de capital concerne une seule et même société, alors qu'une restructuration implique toujours une transaction entre au moins deux sociétés. En cas de restructuration, des modifications sont apportées à l'ensemble du patrimoine, qui est transféré à une ou plusieurs entités juridiques. La position d'un créancier confronté à une réduction du capital n'est donc pas comparable à celle d'un créancier confronté à une restructuration.

A.5.2. La distinction repose sur un critère objectif, à savoir la nature de la réorganisation du capital. La protection des créanciers fait aussi l'objet de réglementations distinctes, selon que ceux-ci sont confrontés à une réduction de capital ou à une restructuration. Contrairement à ce qui est le cas lors d'une restructuration, lors d'une réduction de capital, la réorganisation du capital est suspendue tant que les créanciers qui réclament la constitution d'une sûreté n'ont pas obtenu satisfaction, à condition qu'ils fassent valoir leurs droits dans les délais fixés. Pour protéger les créanciers, il est en outre prévu, en cas de restructuration, une responsabilité solidaire dès que la dette est échue. Il en découle qu'une réduction du capital et une restructuration sont des opérations suffisamment différentes pour que le législateur puisse les traiter distinctement et prévoir des protections différentes. Il ressort tout au moins de ceci que la distinction repose sur un critère objectif, raisonnablement justifié. Rien ne fait apparaître qu'il soit porté une atteinte disproportionnée aux droits des créanciers. Selon le Conseil des ministres, la deuxième branche de la question préjudicielle appelle une réponse négative.

A.6. A titre subsidiaire, pour autant que la Cour considère que la différence de traitement alléguée viole le principe d'égalité et de non-discrimination, le Conseil des ministres fait valoir qu'il s'impose de donner à l'article 317 une interprétation conforme à la Constitution. Avec la loi du 22 novembre 2013, le législateur a en effet expressément voulu remédier à un problème d'interprétation. Selon une partie de la doctrine, les titulaires d'une créance contestée en justice peuvent exiger la constitution d'une sûreté sur la base des dispositions en cause. Selon une autre thèse, ceci était impossible, soit parce qu'il existait des doutes quant au caractère certain de la créance en cause, soit parce que la créance ne pouvait être quantifiée. Dans son arrêt du 14 octobre 2011, la Cour de cassation a jugé qu'une obligation qui résulte d'un jugement susceptible d'appel et non assorti de l'exécution provisoire ne pouvait être considérée comme une dette certaine et exigible. L'article 317 du Code des sociétés peut toutefois être interprété en ce sens que la référence qu'il contient aux « créances non encore échues au moment de cette publication » vise aussi les créances faisant l'objet d'une réclamation introduite en justice ou par le biais d'un arbitrage avant l'assemblée générale qui doit se prononcer sur la réduction du capital. Celles-ci peuvent en effet être considérées comme des créances existantes, non encore échues, même si ces créances ou leur montant ne sont pas encore établis, parce qu'ils sont contestés.

A.7. A titre tout à fait subsidiaire, pour autant que la Cour considère qu'une interprétation conforme à la Constitution n'est pas possible, le Conseil des ministres constate que la différence de traitement résulte de l'absence d'une règle explicite, dans l'article 317 du Code des sociétés, qui permette aux créanciers titulaires de créances faisant l'objet d'une réclamation introduite en justice ou par le biais d'un arbitrage au moment de la réduction de capital opérée par une société privée à responsabilité limitée d'exiger une sûreté. Un constat non modulé d'inconstitutionnalité entraînerait une insécurité juridique considérable dans de nombreuses affaires pendantes et futures et pourrait confronter plusieurs sociétés à l'incertitude et à de graves difficultés financières. Partant, il s'indique de maintenir les effets de la disposition en cause, afin de permettre au législateur de remédier à cette lacune lorsque la Cour aura rendu son arrêt.

- B -

B.1.1. Le juge *a quo* demande à la Cour si la loi du 22 novembre 2013 « modifiant le Code des sociétés, concernant les garanties des créanciers en cas de réorganisation du capital » (dénommée ci-après : la loi du 22 novembre 2013) est compatible avec les articles 10 et 11 de la Constitution en ce qu'elle permet aux créanciers d'exiger une sûreté d'une société anonyme qui a décidé de procéder à une réduction effective de capital (article 613 du Code des sociétés, tel qu'il a été modifié par l'article 2 de la loi du 22 novembre 2013) ou d'une société en restructuration (articles 684 et 766 du Code des sociétés, tels qu'ils ont été modifiés par les articles 3 et 5 de la loi du 22 novembre 2013), pour les créances qui font l'objet d'une réclamation contre la société, introduite en justice ou par voie d'arbitrage avant l'assemblée générale appelée à se prononcer sur la réduction de capital ou sur la restructuration, alors qu'elle ne prévoit pas cette même possibilité d'exiger une sûreté pour des créances sur des sociétés ayant une autre forme juridique, parmi lesquelles la société privée à responsabilité limitée (article 317 du Code des sociétés, non modifié par la loi du 22 novembre 2013), qui décident de procéder à une réduction effective de capital.

B.1.2. La question préjudicielle renvoie aux articles 686 et 767 du Code des sociétés. Il ressort toutefois du contenu de la question et de la décision de renvoi qu'il s'agit d'une erreur matérielle et que le juge *a quo* visait les articles 684 et 766 du Code des sociétés. Cette erreur matérielle ne justifie pas que la question préjudicielle soit déclarée partiellement irrecevable, comme le demande le Conseil des ministres à titre principal. Le raisonnement soutenu par celui-ci à titre subsidiaire montre en effet qu'il a compris que la question préjudicielle concernait les articles 684 et 766 du Code des sociétés et qu'il a donc pu développer ses arguments de manière pertinente.

Quant aux dispositions en cause

B.2.1. L'article 317 du Code des sociétés, qui règle la possibilité pour les créanciers d'une société privée à responsabilité limitée d'exiger une sûreté en cas de réduction effective de capital, dispose :

« Si la réduction du capital s'opère par un remboursement aux associés ou par dispense totale ou partielle du versement du solde des apports, les créanciers dont la créance est née antérieurement à la publication, ont, dans les deux mois de la publication aux Annexes du *Moniteur belge* de la décision de réduction du capital, malgré toute disposition contraire, le droit d'exiger une sûreté pour les créances non encore échues au moment de cette publication. La société peut écarter cette demande en payant la créance à sa valeur après déduction de l'escompte.

A défaut d'accord ou si le créancier n'est pas payé, la contestation est soumise par la partie la plus diligente au président du tribunal de commerce dans le ressort duquel la société a son siège. La procédure s'introduit et s'instruit et la décision s'exécute selon les formes du référé.

Tous droits saufs au fond, le président détermine la sûreté à fournir par la société et fixe le délai dans lequel elle doit être constituée, à moins qu'il ne décide qu'aucune sûreté ne sera fournie eu égard soit aux garanties et privilèges dont jouit le créancier, soit à la solvabilité de la société.

Aucun remboursement ou aucun paiement aux associés ne pourra être effectué et aucune dispense du versement du solde des apports ne pourra être accordée aussi longtemps que les créanciers, ayant fait valoir leurs droits dans le délai de deux mois visé ci-dessus, n'auront pas obtenu satisfaction, à moins qu'une décision judiciaire exécutoire n'ait rejeté leurs prétentions à obtenir une garantie ».

B.2.2. L'article 2 de la loi du 22 novembre 2013 a étendu la possibilité d'exiger une sûreté, en tant que créancier d'une société anonyme, en cas de réduction effective de capital, aux « créances faisant l'objet d'une réclamation introduite en justice ou par voie d'arbitrage avant l'assemblée générale appelée à se prononcer sur la réduction de capital ».

L'article 613 du Code des sociétés, tel qu'il a été modifié par l'article 2 de la loi du 22 novembre 2013, dispose :

« Si la réduction du capital s'opère par un remboursement aux actionnaires ou par dispense totale ou partielle du versement du solde des apports, les créanciers dont la créance est née antérieurement à la publication, ont, dans les deux mois de la publication aux Annexes du *Moniteur belge* de la décision de réduction du capital, nonobstant toute disposition contraire, le droit d'exiger une sûreté pour les créances non encore échues au moment de cette publication. La société peut écarter cette demande en payant la créance à sa valeur, après déduction de l'escompte.

À défaut d'accord ou si le créancier n'est pas payé, la contestation est soumise par la partie la plus diligente au président du tribunal de commerce dans le ressort duquel la société a son siège. La procédure s'introduit et s'instruit et la décision s'exécute selon les formes du référé.

Tous droits saufs au fond, le président détermine la sûreté à fournir par la société et fixe le délai dans lequel elle doit être constituée, à moins qu'il ne décide qu'aucune sûreté ne sera fournie eu égard soit aux garanties et privilèges dont jouit le créancier, soit à la solvabilité de la société.

Aucun remboursement ou paiement aux actionnaires ne pourra être effectué et aucune dispense du versement du solde des apports ne pourra être réalisée aussi longtemps que les créanciers, ayant fait valoir leurs droits dans le délai de deux mois visé à l'alinéa 1er, n'auront pas obtenu satisfaction, à moins qu'une décision judiciaire exécutoire n'ait rejeté leurs prétentions à obtenir une garantie ».

B.2.3. L'article 3 de la loi du 22 novembre 2013 a étendu la possibilité d'exiger une sûreté, en tant que créanciers d'une société participant à une fusion ou à une scission, aux créanciers « dont la créance fait l'objet d'une réclamation contre la société scindée ou la société à fusionner, introduite en justice ou par voie d'arbitrage avant l'assemblée générale appelée à se prononcer sur la scission ou la fusion ».

L'article 684 du Code des sociétés, tel qu'il a été modifié par l'article 3 de la loi du 22 novembre 2013, dispose :

« § 1er. Au plus tard dans les deux mois de la publication aux Annexes du *Moniteur belge* des actes constatant la fusion ou la scission, les créanciers de chacune des sociétés qui participent à la fusion ou à la scission dont la créance est antérieure à cette publication et n'est pas encore échue ou dont la créance fait l'objet d'une réclamation contre la société scindée ou la société à fusionner, introduite en justice ou par voie d'arbitrage avant l'assemblée générale

appelée à se prononcer sur la scission ou la fusion, peuvent exiger une sûreté, nonobstant toute convention contraire.

La société bénéficiaire à laquelle cette créance a été transférée et, le cas échéant, la société dissoute peuvent chacune écarter cette demande en payant la créance à sa valeur, après déduction de l'escompte.

A défaut d'accord ou si le créancier n'est pas payé, la contestation est soumise par la partie la plus diligente au président du tribunal de commerce dans le ressort duquel la société débitrice a son siège. La procédure est introduite et instruite comme en référé; il en est de même de l'exécution de la décision rendue.

Tous droits saufs au fond, le président détermine la sûreté à fournir par la société et fixe le délai dans lequel elle doit être constituée, à moins qu'il ne décide qu'aucune sûreté ne sera fournie, eu égard soit aux garanties et privilèges dont jouit le créancier, soit à la solvabilité de la société bénéficiaire.

Si la sûreté n'est pas fournie dans les délais fixés, la créance devient immédiatement exigible et, dans le cas d'une scission, les sociétés bénéficiaires sont tenues solidairement pour cette obligation.

§ 2. Le paragraphe 1er n'est pas applicable aux fusions d'institutions financières soumises au contrôle de la Commission bancaire et financière ».

B.2.4. L'article 5 de la loi du 22 novembre 2013 a étendu la possibilité d'exiger une sûreté, en tant que créanciers de sociétés participant à un apport d'universalité ou de branche d'activité, aux créanciers « dont la créance fait l'objet d'une réclamation contre la société apporteuse, introduite en justice ou par voie d'arbitrage avant l'assemblée générale appelée à se prononcer sur l'apport ».

L'article 766 du Code des sociétés, tel qu'il a été modifié par l'article 5 de la loi du 22 novembre 2013, dispose :

« Au plus tard dans les deux mois de la publication aux Annexes du *Moniteur belge* des actes constatant l'apport, les créanciers de chacune des sociétés qui participent à l'opération, dont la créance est antérieure à cette publication et n'est pas encore échue ou dont la créance fait l'objet d'une réclamation contre la société apporteuse, introduite en justice ou par voie d'arbitrage avant l'assemblée générale appelée à se prononcer sur l'apport, peuvent exiger une sûreté, nonobstant toute convention contraire.

La société bénéficiaire à laquelle cette obligation est attribuée conformément au projet d'apport, et le cas échéant, la société apporteuse peuvent chacune écarter cette demande en payant la créance à sa valeur, après déduction de l'escompte.

A défaut d'accord ou si le créancier n'est pas payé, la contestation est soumise par la partie la plus diligente au président du tribunal de commerce dans le ressort duquel la société a son siège. La procédure est introduite et instruite comme en référé; il en est de même de l'exécution de la décision rendue. Tous droits saufs au fond, le président détermine la sûreté à fournir par la société et fixe le délai dans lequel elle doit être constituée, à moins qu'il ne décide qu'aucune sûreté ne sera fournie, eu égard soit aux garanties et privilèges dont jouit le créancier, soit à la solvabilité de la société bénéficiaire intéressée.

Si la sûreté n'est pas fournie dans les délais fixés, la créance devient immédiatement exigible et les sociétés concernées sont tenues solidairement de cette obligation ».

Quant au fond

En ce qui concerne la première branche de la question préjudicielle

B.3. Dans la première branche de la question préjudicielle, le juge *a quo* demande à la Cour si l'article 2 de la loi du 22 novembre 2013 est compatible avec les articles 10 et 11 de la Constitution en ce qu'il permet aux créanciers de sociétés anonymes ayant décidé de procéder à une réduction effective de capital d'exiger une sûreté pour les créances faisant l'objet d'une réclamation introduite en justice ou par voie d'arbitrage avant l'assemblée générale appelée à se prononcer sur la réduction de capital (article 613 du Code des sociétés), alors que cette même possibilité n'a pas été prévue pour les créanciers de sociétés ayant une autre forme juridique, telles les sociétés privées à responsabilité limitée, qui ont décidé de procéder à une réduction effective de capital (article 317 du Code des sociétés).

Etant donné que le litige devant le juge *a quo* concerne une réduction de capital opérée par une société privée à responsabilité limitée, la Cour limite son examen à cette hypothèse.

B.4.1. Selon le Conseil des ministres, les créanciers de sociétés anonymes et les créanciers de sociétés privées à responsabilité limitée ne seraient pas comparables. Les deux

formes de société répondraient à des nécessités pratiques différentes et chaque forme de société serait soumise à l'application de règles spécifiques.

B.4.2. Le fait que des règles spécifiques s'appliquent aux deux formes de société et que les personnes qui fondent une société puissent choisir telle ou telle forme de société n'empêche pas que les situations des créanciers confrontés à une réduction effective de capital puissent être comparées au regard du principe d'égalité et de non-discrimination, étant donné qu'une telle réorganisation est susceptible de compromettre les droits des créanciers dans les deux cas.

B.5.1. Avant la modification de l'article 613 du Code des sociétés par l'article 2 de la loi du 22 novembre 2013, les créanciers d'une société anonyme confrontés à une réduction de capital pouvaient exiger une sûreté pour les créances nées antérieurement et non encore échues au moment de la publication de la décision de réduction de capital aux annexes du *Moniteur belge*.

Cette protection figure à l'article 613 du Code des sociétés (repris de l'article 72*bis* des lois sur les sociétés commerciales, coordonnées le 30 novembre 1935) et est la transposition de l'article 32 de la deuxième directive 77/91/CEE du Conseil, du 13 décembre 1976, tendant à coordonner pour les rendre équivalentes les garanties qui sont exigées dans les États membres des sociétés au sens de l'article 58 deuxième alinéa du traité, en vue de la protection des intérêts tant des associés que des tiers, en ce qui concerne la constitution de la société anonyme ainsi que le maintien et les modifications de son capital (actuellement l'article 36 de la directive 2012/30/UE du Parlement européen et du Conseil, du 25 octobre 2012, tendant à coordonner, pour les rendre équivalentes, les garanties qui sont exigées dans les États membres des sociétés au sens de l'article 54, deuxième alinéa, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, en vue de la protection des intérêts tant des associés que des tiers, en ce qui concerne la constitution de la société anonyme ainsi que le maintien et les modifications de son capital).

B.5.2. Lors de la transposition de l'article 32 de la deuxième directive 77/91/CEE, le législateur a décidé, en cas de réduction du capital, d'étendre la protection des créanciers de

sociétés anonymes aux créanciers de sociétés privées à responsabilité limitée (*Doc. parl.*, Chambre, 1981-1982, n° 210/9, p. 80). Le droit dont disposent les créanciers de sociétés privées à responsabilité limitée d'exiger une sûreté en cas de réduction effective de capital est inscrit à l'article 317 du Code des sociétés (anciennement l'article 122^{ter}, § 2, des lois coordonnées sur les sociétés commerciales) et était, avant la modification de l'article 613 du Code des sociétés par la loi du 22 novembre 2013, identique au droit dont disposent les créanciers de sociétés anonymes.

B.6. Le droit de sûreté permet au créancier d'exiger une sûreté d'une société, dans le délai de deux mois à compter de la publication aux annexes du *Moniteur belge* de la décision de procéder à une réduction de capital, si sa créance est née antérieurement à la publication de la décision de réduction du capital et pour autant qu'elle ne soit pas échue au moment de cette publication. La procédure ne suspend pas la décision de procéder à la réduction de capital mais uniquement l'exécution de cette décision, à savoir le remboursement aux associés ou la dispense totale ou partielle de l'obligation de libération de l'apport. La société peut écarter la demande de sûreté en payant anticipativement la créance, après déduction de l'escompte. En cas de contestation, il appartient au président du tribunal de commerce, siégeant comme en référé, de statuer sur la constitution de la sûreté.

B.7.1. La modification de l'article 613 du Code des sociétés par l'article 2 de la loi du 22 novembre 2013 a été jugée nécessaire parce que la jurisprudence et la doctrine ne permettaient pas d'établir clairement si les créanciers étaient également protégés lorsque leur créance était contestée par la société débitrice dans le cadre d'un procès (*Doc. parl.*, Chambre, 2012-2013, DOC 53-2800/001, p. 3).

B.7.2. La loi du 22 novembre 2013 tend à remédier à ce problème :

« Le projet de loi vise essentiellement à étendre aux créances contestées faisant l'objet d'une procédure judiciaire ou d'arbitrage, la protection offerte aux créanciers en cas de réduction de capital ainsi qu'en cas de fusion, de scission ou d'opération assimilée.

Les titulaires d'une créance contestée sont donc exclus du champ d'application des dispositions actuelles (même si la contestation en question s'avère ensuite totalement infondée) et ils ne bénéficient d'aucune protection spéciale » (*Doc. parl.*, Sénat, 2012-2013, n° 5-2151/3, p. 2).

B.7.3. Cette extension de la protection, en cas de réduction de capital, aux créanciers dont la créance a fait l'objet d'une réclamation en justice ou par voie arbitrale ne s'applique qu'aux sociétés anonymes (article 613 du Code des sociétés, tel qu'il a été modifié par l'article 2 de la loi du 22 novembre 2013) et, en vertu de l'article 657 du Code des sociétés, aux sociétés en commandite, mais pas aux sociétés privées à responsabilité limitée.

B.8. Il relève du pouvoir d'appréciation du législateur de déterminer les cas et les conditions dans lesquels la protection des créanciers confrontés à une réorganisation du capital est requise, étant entendu qu'il doit, à cette occasion, éventuellement tenir compte du droit de l'Union européenne. Le législateur ne peut toutefois, sans violer le principe d'égalité et de non-discrimination, instaurer des protections différentes en faveur de catégories de créanciers comparables, si cette différence de traitement n'est pas objectivement et raisonnablement justifiée.

B.9. La différence de traitement entre les créanciers de sociétés anonymes et les créanciers de sociétés privées à responsabilité limitée repose sur un critère objectif, à savoir la forme juridique de la société.

B.10.1. Les travaux préparatoires de la disposition en cause ne justifient pas la différence de traitement entre les deux catégories de créanciers lorsque ces derniers détiennent des créances faisant l'objet d'une réclamation en justice ou par voie arbitrale introduite avant l'assemblée générale appelée à se prononcer sur la réduction de capital. Les travaux préparatoires mentionnent, en des termes généraux, la nécessité de « rendre applicables certains mécanismes de protection actuels, que sont la constitution d'une sûreté ou le mécanisme de solidarité, en faveur du créancier dont le titre est contesté en justice, afin de lui permettre de conserver ses chances de paiement, non seulement en cas de scission de société mais également en cas de réduction de capital », sans faire de distinction selon la forme juridique de la société (*Doc. parl.*, Chambre, 2012-2013, DOC 53-2800/001, p. 9).

Le législateur ne semblait donc nullement vouloir protéger différemment les créanciers en fonction de la forme juridique de la société qui décide de procéder à une réduction effective de capital.

B.10.2. Dans le cas d'une réduction effective de capital, les intérêts des créanciers de sociétés anonymes comme ceux des créanciers de sociétés privées à responsabilité limitée peuvent être menacés, le gage commun des créanciers se trouvant réduit et leurs chances de paiement pouvant être compromises.

B.10.3. Ainsi qu'il est dit en B.5.2, le législateur a, par le passé, expressément choisi, en cas de réduction effective de capital, de protéger de la même manière les créanciers de sociétés privées à responsabilité limitée et les créanciers de sociétés anonymes, en leur permettant d'exiger une sûreté pour les créances non encore échues au moment de la publication de la décision de réduction du capital.

B.10.4. Compte tenu de ce qui précède, le fait que l'extension de la protection des créanciers prévue par l'article 2 de la loi du 22 novembre 2013, en cas d'une réduction de capital, soit uniquement applicable aux sociétés anonymes et non aux sociétés privées à responsabilité limitée n'est pas raisonnablement justifié. En effet, eu égard à l'objectif de protection des créanciers poursuivi par le législateur, cette différence de traitement ne repose pas sur un critère distinctif pertinent et produit des effets disproportionnés pour les créanciers des sociétés privées à responsabilité limitée.

B.11. La loi du 22 novembre 2013 n'est dès lors pas compatible avec les articles 10 et 11 de la Constitution en ce qu'elle n'accorde pas aux créanciers visés à l'article 317, alinéa 1er, du Code des sociétés, le droit, nonobstant toute disposition contraire, d'exiger une sûreté pour les créances qui ont fait l'objet d'une réclamation introduite en justice ou par voie arbitrale avant l'assemblée générale appelée à se prononcer sur la réduction de capital.

B.12. Dès lors que le constat de lacune qui a été fait en B.11 est exprimé en des termes suffisamment précis et complets, qui permettent l'application de la disposition en cause dans

le respect des normes de référence sur la base desquelles la Cour exerce son contrôle, il appartient au juge *a quo* de mettre fin à la violation de ces normes.

En ce qui concerne la seconde branche de la question préjudicielle

B.13. Dans la seconde branche de la question préjudicielle, le juge *a quo* demande à la Cour si la loi du 22 novembre 2013 est compatible avec les articles 10 et 11 de la Constitution en ce qu'elle permet d'exiger de sociétés en restructuration une sûreté pour des créances faisant l'objet d'une réclamation introduite en justice (articles 684 et 766 du Code des sociétés), alors que cette possibilité n'est pas prévue pour les créances faisant l'objet d'une réclamation en justice contre des sociétés privées à responsabilité limitée qui décident de procéder à une réduction de capital (article 317 du Code des sociétés).

B.14. Compte tenu de la réponse à la première branche de la question préjudicielle, la seconde branche de la question préjudicielle n'appelle pas de réponse.

Quant au maintien des effets

B.15. Pour autant que la Cour jugerait que la question préjudicielle appelle une réponse affirmative, le Conseil des ministres demande, à titre tout à fait subsidiaire, de maintenir les effets de la disposition en cause pendant une période de six mois au moins à compter de la date à laquelle la Cour rendra son arrêt.

B.16. Le maintien des effets doit être considéré comme une exception à la nature déclaratoire de l'arrêt rendu au contentieux préjudiciel. Avant de décider de maintenir les effets de la disposition en cause, la Cour doit constater que l'avantage découlant du constat d'inconstitutionnalité non modulé est disproportionné par rapport à la perturbation que celui-ci impliquerait pour l'ordre juridique, ce qui n'est pas le cas en l'espèce.

Par ces motifs,

la Cour

dit pour droit :

La loi du 22 novembre 2013 « modifiant le Code des sociétés, concernant les garanties des créanciers en cas de réorganisation du capital » viole les articles 10 et 11 de la Constitution en ce qu'elle n'accorde pas aux créanciers visés à l'article 317, alinéa 1er, du Code des sociétés, le droit, nonobstant toute disposition contraire, d'exiger une sûreté pour les créances faisant l'objet d'une réclamation introduite en justice ou par voie arbitrale avant l'assemblée générale appelée à se prononcer sur la réduction de capital.

Ainsi rendu en langue néerlandaise et en langue française, conformément à l'article 65 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle, le 9 juin 2016.

Le greffier,

Le président,

F. Meersschaut

E. De Groot