

Les réorganisations de personnes morales

Présentation des principales innovations du CSA¹

Édouard-Jean NAVEZ

Notaire à Wavre

Chargé de cours invité à l'UCLouvain

Henri CULOT

Professeur à l'UCLouvain et professeur invité à l'Université Saint-Louis – Bruxelles

Avocat au barreau de Bruxelles (Prioux Culot + Partners)

Introduction

En comparaison avec d'autres problématiques, la partie 4 du Code des sociétés et des associations (ci-après, « CSA »), intitulée « Restructuration et transformation », n'est sans doute pas celle qui a bénéficié des innovations les plus importantes. Pour autant, nous verrons que d'intéressantes évolutions ont été mises en œuvre afin de moderniser – à défaut d'avoir révolutionné – cette matière.

La partie 4 du CSA est subdivisée en trois livres distincts :

- le livre 12, intitulé « Restructuration de sociétés », régit les procédures de fusions, scissions et opérations assimilées, de même que les apports et cessions d'universalités et de branches d'activités de sociétés ;
- le livre 13, intitulé « Restructuration d'associations et de fondations », régit les procédures de fusions, scissions, et apports à titre gratuit d'universalités et de branches d'activités d'associations ou de fondations ;
- le livre 14, intitulé « Transformation des sociétés, des associations et des fondations » régit la procédure de transformation – aussi bien interne que transfrontalière – des sociétés, associations et fondations.

¹ Une version antérieure de la présente contribution est parue dans l'ouvrage de É.-J. NAVEZ et A. NAVEZ, *Le Code des sociétés et des associations. Présentation et premiers commentaires*, Bruxelles, Larcier, 2019.

Dans les lignes qui suivent, nous ne détaillerons pas les procédures applicables aux différentes techniques de réorganisation organisées par le CSA. Celles-ci sont, pour l'essentiel, connues et largement balisées dans la littérature existante. Plus modestement, nous nous limiterons à identifier les évolutions introduites par le nouveau Code, en vue de moderniser cette matière².

Afin de respecter la structure du CSA, nous entamerons notre tour d'horizon par une présentation des évolutions rencontrées en matière de réorganisation de sociétés (section 1), avant d'aborder les restructurations d'associations et de fondations (section 2). Enfin, nous tâcherons de présenter la nouvelle procédure de transformation transfrontalière des personnes morales (section 3).

Section 1

Les restructurations de sociétés³

Sous réserve de quelques adaptations visant à clarifier et à moderniser les procédures de réorganisation de sociétés, dans le respect des récents développements du droit de l'UE, le livre 12 CSA constitue la reproduction des articles 670 à 773 (livre XI) du Code des sociétés (ci-après, « C.Soc. »), dont il s'inspire d'ailleurs de la structure⁴. Les dispositions comptables figurent désormais aux articles 3:56 et 3:57 de l'arrêté royal du 29 avril 2019 portant exécution du Code des sociétés et des associations⁵.

Selon l'article 12:1, § 1^{er}, le champ d'application personnel des procédures de réorganisation s'étend à toutes les sociétés dotées de la personnalité juridique régies par le CSA, à savoir la SRL, la SA, la SC, la SNC, la SComm,

² Nous n'examinerons pas ici la problématique de la transformation interne des personnes morales, qui est abordée dans le livre 14 du CSA. Celle-ci est traitée dans un autre chapitre de cet ouvrage. De même, nous n'examinerons pas les réorganisations de sociétés européennes. Après l'entrée en vigueur du CSA, comme avant celle-ci, ces questions demeurent régies par divers règlements européens, directement applicables en droit interne belge. L'entrée en vigueur du CSA est donc totalement neutre à cet égard.

³ Pour une première analyse de la réforme des restructurations de sociétés, voy. D. WILLERMAIN, « Restructuration de sociétés: première analyse du livre 12 du CSA », in *Le projet de Code des sociétés et des associations*, Bruxelles, Larcier, 2018, pp. 323 et s.

⁴ Antérieurement, dans foulée de la troisième directive du Conseil des Communautés européennes du 9 octobre 1978 (régissant les fusions), et de la sixième directive du 17 décembre 1982 (régissant les scissions), le législateur belge a établi un régime juridique spécifique aux opérations de restructuration de société, à la faveur de la loi du 29 juin 1993 sur les fusions et les scissions (M.B., 21 juillet 1993), telle que modifiée et complétée par la loi du 13 avril 1995 qui instaura la réglementation des apports d'universalité et de branches d'activités (M.B., 17 juin 1995). Les fusions transfrontalières furent, quant à elles, organisées juridiquement par la directive 2005/56/CE du 26 octobre 2005, laquelle fut transposée dans le Code des sociétés par la loi du 8 juin 2008 portant des dispositions diverses (I) (M.B., 16 juin 2008). Voy. plus récemment la directive (UE) 2017/1132 du 14 juin 2017 relative à certains aspects du droit des sociétés. L'on aperçoit ainsi que l'établissement des procédures de restructuration de sociétés, en droit belge, a été largement influencé par les développements du droit de l'Union européenne.

⁵ M.B., 30 avril 2019, 2^e éd., p. 42246.

la SE et la SCE. En ce qui concerne ces deux dernières formes, il faut toutefois tenir compte des dispositions particulières prévues dans les règlements européens qui les concernent⁶ et qui, dotées d'un effet direct, priment les dispositions nationales sur le même sujet.

Comme auparavant, les autres personnes morales, visées ou non par le CSA, ont également la faculté d'opter pour l'application de la procédure de cession (à titre gratuit ou onéreux) d'une universalité ou d'une branche d'activité (art. 12:1, § 1^{er}, al. 2, CSA)⁷. Mise en place aux termes de la loi du 30 décembre 2009⁸, cette faculté a, jusqu'ici, été utilisée principalement par les ASBL et les fondations désireuses d'atteindre un résultat économique proche de celui auquel aboutissent la fusion et la scission.

Il demeure également possible de procéder à une fusion ou à une scission, lorsque l'une des sociétés transférantes est en liquidation ou en faillite, pourvu que la société concernée n'ait pas encore commencé à répartir ses actifs entre les actionnaires (art. 12:12 CSA)⁹. Relevons, enfin, que le CSA a maintenu la possibilité pour une personne physique de réaliser un apport ou une cession de branche d'activité à une société (art. 12:101 et 12:103 CSA).

Ratione materiae, le catalogue des réorganisations consacrées par le CSA demeure globalement identique à celui qui prévalait sous l'empire du Code des sociétés. Sont ainsi visées la fusion par absorption, la fusion par constitution d'une nouvelle société, l'opération assimilée à fusion par absorption, la scission par absorption, la scission par constitution de nouvelles sociétés, la scission mixte, la scission partielle, l'apport d'universalité, l'apport de branche d'activité, la cession d'universalité et la cession de branche d'activité. La définition, les effets et les procédures applicables à ces opérations demeurent également inchangés, sous réserves des adaptations techniques inhérentes à la suppression du capital dans la SRL et la SC, et à la consécration du régime de gouvernance dualiste en SA.

Quelques modifications sont toutefois apportées par le CSA, qui aboutissent à clarifier et à moderniser la réglementation existante. Parmi celles-ci, on relèvera les adaptations suivantes :

- en ce qui concerne les opérations assimilées à fusion par absorption, l'article 12:7 CSA se borne à reproduire l'article 676, 2^o, C.Soc., mais non l'article 676, 1^o, C.Soc., ce qui eût été redondant ;

⁶ Règlement n° 2157/2001 du 8 octobre 2001 relatif au statut de la société européenne (SE) et règlement (CE) n° 1435/2003 du Conseil du 22 juillet 2003 relatif au statut de la société coopérative européenne (SEC).

⁷ Voy. déjà l'art. 670, al. 2, C.Soc.

⁸ Loi du 30 décembre 2009 portant des dispositions diverses en matière de Justice (II), M.B., 15 janvier 2010.

⁹ Cette possibilité ne s'étend cependant pas aux fusions transfrontalières (art. 12:106 CSA).

- l'article 12:8, 1°, CSA propose une nouvelle définition de la scission partielle, et modernise ainsi l'ancien article 677 C.Soc.;
- l'article 677 est également dépoussiéré, en ce sens que le CSA ne contient plus de référence à la technique dite de la « fusion partielle », à laquelle ne correspondait aucune réalité propre. Selon le cas, une telle opération pouvait être assimilée à une scission partielle, soit à un apport d'universalité ou de branche d'activité;
- l'article 12:8, 2°, CSA consacre la technique de la scission dite « silencieuse » ou « simplifiée », dans laquelle une société bénéficiaire est déjà titulaire de l'intégralité des actions de la société scindée;
- les articles 12:73, 12:90 et 12:91 CSA énoncent expressément qu'une scission par absorption ou par constitution de nouvelles sociétés peut être réalisée, si une ou plusieurs des sociétés participant à la scission sont régies par un droit étranger.

Au vu de la consécration de la scission transfrontalière, on peut s'étonner que le CSA n'ait pas réservé le même sort aux apports « transfrontaliers » d'une universalité ou d'une branche d'activité. Au sein de l'UE, ces opérations relèvent de la liberté d'établissement, de sorte qu'il eût été cohérent de consacrer expressément ces opérations. Les travaux préparatoires du CSA confirment toutefois la validité d'une telle opération, en indiquant qu'elle « peut être appliquée de manière transfrontalière moyennant le respect des règles et principes de droit international privé applicables »¹⁰.

Enfin, l'on pointera une occasion manquée, dans la mesure où le CSA n'organise toujours pas – à l'inverse d'autres législations, telles que le droit anglais ou américain – la fusion dite « triangulaire », dans laquelle les associés de la société absorbée deviennent, à l'issue de l'opération, actionnaires non pas de la société absorbante mais d'une société du groupe auquel appartient la société absorbante¹¹.

§ 1. La définition de la scission partielle

Introduite en droit belge par la loi du 13 avril 1995¹², la scission partielle – parfois également appelée « *spin-off* » – a vu sa portée précisée lors de

¹⁰ Doc. parl., Ch., sess. ord. 2017-2018, n° 54-3119/001, p. 315. L'exposé des motifs du CSA énonce que la cession transfrontalière d'universalité ou de branche d'activité est également possible, dans le respect des règles de DIP applicables (p. 317).

¹¹ Sur cette opération, voy. not. A. KALAANI, « Les fusions triangulaires : vers une intégration dans le droit positif français ? », *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires*, 27 octobre 2016, n°s 43 et 44, pp. 16 et s.; P. DEROUIN, « Les fusions triangulaires de sociétés », *Bull. Joly Sociétés*, n° 12, décembre 2008, § 219, pp. 1028 et s.

¹² Loi du 13 avril 1995 modifiant les lois sur les sociétés commerciales, coordonnées le 30 novembre 1935, M.B., 17 juin 1995. Voy. not. D. GARABEDIAN, « La scission partielle, nouveau mode de réorganisation des sociétés

la réforme du secteur de l'énergie, à la faveur de la loi du 16 juillet 2001 qui consacra la neutralité fiscale¹³ de l'opération¹⁴. Les travaux préparatoires de cette loi ont défini la scission partielle comme «une opération qui consiste à transférer une partie de l'avoir social d'une société A à une société B et à ce qu'en outre les actionnaires de la société A, tout en gardant leurs actions A, reçoivent aussi de nouvelles actions B. La société A qui n'a transféré de cette façon qu'une partie de son avoir social continue donc d'exister: elle subit cependant une réduction de l'avoir social qui est égale à la partie de son avoir social transférée à la société B»¹⁵.

Avant l'entrée en vigueur du CSA, l'article 677 C.Soc. – héritier de l'article 174/65 des lois coordonnées sur les sociétés commerciales – énonçait qu'une scission peut être réalisée sans que l'ensemble des sociétés transférantes ne disparaissent¹⁶. Sous l'empire du Code des sociétés, la scission partielle ne bénéficiait pas d'un régime juridique spécifique, mais se voyait soumise à la procédure ordinaire de scission. Cette analogie était nécessairement relative et source d'incertitude, puisque la scission partielle n'entraîne pas les conséquences typiques d'une scission ordinaire, à savoir le transfert de l'intégralité du patrimoine de la société scindée, et la *dissolution* de celle-ci à l'issue de l'opération¹⁷.

Bien que la doctrine et la Commission des normes comptables aient, de longue date, défini la scission partielle et ses conséquences juridiques et comptables¹⁸, l'imprécision de l'article 677 C.Soc. pouvait laisser craindre des difficultés d'interprétation ou d'application. Afin de combler les lacunes de la législation antérieure et de préciser les principales caractéristiques de la scission partielle, le nouvel article 12:8, 1°, CSA dispose à présent qu'est assimilée à

introduit par la loi du 13 avril 1995», *R.P.S.*, 1998, pp. 163-198, et spéc. p. 167; E. POTTIER et D. HEENEN, «La scission partielle: une réalité en droit belge? – Réflexions au sujet d'une disposition légale aux contours incertains», in *Liber amicorum Michel Coipel*, Diegem, Kluwer, 2004, pp. 695-712. Voy. déjà l'article 31 de la troisième directive (CEE) du 9 octobre 1978 (qui régissait, avant son abrogation, les fusions de sociétés).

¹³ L'article 12 de la loi du 16 juillet 2001 a inséré dans l'article 210, § 1^{er}, du CIR un 1^{er}*bis* qui dispose que les articles 208 et 209 CIR sont également applicables «en cas d'opération assimilée à la fusion ou à la scission, sans que toutes les sociétés transférantes cessent d'exister».

¹⁴ Loi du 16 juillet 2001 portant modification de la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité, de la loi du 12 avril 1965 relative au transport de produits gazeux et autres par canalisations et du Code des impôts sur les revenus, *M.B.*, 20 juillet 2001.

¹⁵ *Doc. parl.*, Ch., sess. ord. 2000-2001, n° 50, 1052/003, p. 6.

¹⁶ L'article 677 C.Soc. énonçait ainsi que «sont assimilées à la fusion ou à la scission, les opérations définies aux articles 671 à 675, sans que toutes les sociétés transférantes cessent d'exister».

¹⁷ En ce sens, voy. aussi D. WILLERMAIN, «Restructuration de sociétés: première analyse du livre 12 du CSA», *op. cit.*, n° 6, p. 329.

¹⁸ Voy. not. N. DE BEULE, C. RAPOYE, et B. CALUWE, *Splitsingen en partiële splitsingen*, (2^e éd.), Bruxelles, Larcier, 2013, et les références citées. Voy. aussi l'avis CNC 2009/11 «Le traitement comptable des scissions partielles», *Bulletin CNC*, n° 53, septembre 2010, 59-72; l'avis CNC 166/2 «Traitement comptable de certaines opérations visées par l'art. 677 du Code des sociétés», *Bulletin CNC*, n° 47, mai 2002, 42-44.

la scission « l'opération par laquelle une société transfère sans dissolution une partie de son patrimoine, activement et passivement, à une ou plusieurs sociétés, existantes ou qu'elle constitue, moyennant l'attribution aux associés ou actionnaires de la société transférante de parts ou d'actions de la ou des sociétés bénéficiaires et, le cas échéant, d'une soulte en espèces ne dépassant pas le dixième de la valeur nominale des actions ou parts attribuées ou, à défaut de valeur nominale, de leur pair comptable »¹⁹.

Suivant les travaux préparatoires du nouveau Code, l'article 12:8 CSA vise toutes les opérations jadis couvertes par l'article 677 C.Soc., « sans préjudice de la possibilité de concevoir d'autres opérations »²⁰. Pas plus qu'auparavant, cette nouvelle disposition n'exige que la partie du patrimoine transférée constitue une branche d'activité.

L'article 12:13, alinéa 3, CSA énonce que le projet de scission doit organiser la répartition des éléments patrimoniaux transférés activement et passivement, dans le respect des articles 12:60 et 12:76²¹. À cet égard, les travaux préparatoires précisent toutefois que « lorsqu'un élément du patrimoine actif ou passif de la société scindée n'est pas attribué dans le projet de scission à une société bénéficiaire et que l'interprétation du projet ne permet pas de décider de l'attribution de cet élément, il est conservé par la société scindée partiellement. Si l'élément d'actif ou de passif est attribué à plusieurs sociétés bénéficiaires mais que le projet de scission ne permet pas de déterminer la répartition de cet élément entre ces sociétés, les articles 12:60 et 12:76 s'appliquent »²².

Sur le plan légistique, le CSA maintient la solution antérieure, consistant à assimiler – au niveau procédural – la scission partielle à une scission ordinaire²³. Il en découle un renvoi pur et simple à la réglementation des scissions ordinaires, et singulièrement au chapitre 1^{er} (Dispositions communes) et au

¹⁹ « Si une société bénéficiaire est une société sans capital, est assimilée au pair comptable la valeur d'apport, telle qu'elle résulte des comptes annuels, de tous les apports en numéraire ou en nature, consentis par les associés ou actionnaires, autres que les apports en industrie, le cas échéant augmentée des réserves qui, en vertu d'une disposition statutaire, ne peuvent être distribuées aux associés ou actionnaires que moyennant une modification des statuts, le tout divisé par le nombre d'actions ou de parts. » (art. 12:2 CSA)

²⁰ *Doc. parl.*, Ch., sess. ord. 2017-2018, n° 54-3119/001, p. 298.

²¹ Les articles 12:60 et 12:76 CSA prévoient que si un élément du patrimoine actif de la société scindée n'est pas attribué dans le projet de scission à une société bénéficiaire, et que l'interprétation du projet ne permet pas de décider de l'attribution de cet élément, celui-ci ou sa contrevaletur est réparti entre toutes les sociétés bénéficiaires de la scission, de manière proportionnelle à l'actif net attribué à chacune de celles-ci dans le projet de scission. En ce qui concerne les éléments du patrimoine passif de la société scindée, qui ne seraient pas attribués à l'une des sociétés bénéficiaires, le CSA prévoit la responsabilité solidaire de celles-ci.

²² *Doc. parl.*, Ch., sess. ord. 2017-2018, n° 54-3119/001, pp. 299-300.

²³ La technique de l'assimilation de la scission partielle à la scission permet de considérer que la scission partielle peut impliquer une société de droit étranger et se réaliser de façon transfrontalière, conformément aux articles 12:73 et 12:90 (D. WILLERMAIN, « Restructuration de sociétés: première analyse du livre 12 du CSA », *op. cit.*, n° 11, p. 334).

chapitre 3 (Procédure à suivre lors de la scission de sociétés) du titre 2 (La réglementation des fusions, scissions et opérations assimilées)²⁴. Ces règles ont vocation à s'appliquer à la scission partielle, dans la mesure où elles sont compatibles avec les caractéristiques de cette opération²⁵. Les travaux préparatoires du CSA invitent, à cet égard, à faire preuve de souplesse lors de l'application à la scission partielle de règles qui n'ont pas été conçues pour elle²⁶. Sous cet angle, on peut regretter que le législateur n'ait pas facilité la tâche des praticiens en détaillant les différentes étapes de l'opération.

§ 2. La scission « simplifiée » ou « silencieuse »

L'article 12:8, 2°, CSA consacre la scission « simplifiée » ou « silencieuse », en assimilant à la scission (partielle) « l'opération par laquelle une société transfère sans dissolution une partie de son patrimoine, activement et passivement, à une autre société qui est déjà titulaire de toutes ses parts ou actions et autres titres conférant le droit de vote ». Comme l'ont relevé les travaux préparatoires du CSA, une scission partielle peut donc intervenir lorsqu'une société mère détient l'intégralité des actions ou parts de la société filiale scindée partiellement²⁷. Dans une telle hypothèse, aucune action ou part de la société bénéficiaire n'est émise, ni attribuée en rémunération de l'opération, conformément à l'article 12:13, alinéa 2, CSA²⁸.

§ 3. La consécration de la scission transfrontalière

A. *État des lieux avant l'entrée en vigueur du CSA*

La loi du 8 juin 2008 portant des dispositions diverses²⁹ a introduit dans le livre XI du Code des sociétés un nouveau « Titre Vbis » relatif aux « Règles

²⁴ *Doc. parl.*, Ch., sess. ord. 2017-2018, n° 54-3119/001, p. 299.

²⁵ À titre d'exemple, en application de l'article 12:71, § 2, 1°, CSA, aucune action ou part de la société bénéficiaire ne peut être attribuée en échange d'actions ou parts de la société scindée détenues par la société bénéficiaire.

²⁶ *Ibid.*, p. 299. À titre d'exemple, la société scindée est ainsi considérée comme la société bénéficiaire pour les besoins des règles relatives à la protection des créanciers (voy. not. art. 12:15 CSA relatif à la fixation des sûretés et art. 12:17 CSA relatif à la solidarité entre les sociétés parties à l'opération).

²⁷ *Doc. parl.*, Ch., sess. ord. 2017-2018, n° 54-3119/001, p. 300.

²⁸ Comp. art. 12:71, § 2, CSA.

²⁹ Loi du 8 juin 2008 portant des dispositions diverses (I), *M.B.*, 16 juin 2008. Pour un commentaire de cette réforme, voy. not. J.-A. DELCORDE et T. TILQUIN, « La fusion transfrontalière de sociétés de capitaux en droit belge après la transposition de la directive 2005/56/CE », *R.P.S.*, 2009, pp. 7-100; G. PALMAERS et A. GUBBELS, « De grensoverschrijdende fusie », *T.F.R.*, 2008-4, pp. 251-282; J.-P. SMEETS et R. FELTKAMP, « Transposition de la réglementation européenne concernant les fusions transfrontalières », *R.D.C.*, 2008/10, pp. 928-931; C. VERDURE, « La réglementation des fusions transfrontalières : une nouvelle étape dans la modernisation du droit européen des sociétés », *R.D.I.D.C.*, 2008, pp. 95-124; D. WILLERMAIN, « Les fusions transfrontalières de sociétés », *J.T.*, 2009,

spécifiques concernant les fusions transfrontalières et opérations assimilées »³⁰. Alors même qu'elle constitue le complément nécessaire de la fusion transfrontalière, la scission transfrontalière n'est, quant à elle, pas visée par cette législation. Aucune procédure spécifique n'était prévue par le Code des sociétés, de sorte que la validité et les modalités pratiques d'une scission transfrontalière demeuraient incertaines.

Pour autant, la doctrine majoritaire considère depuis plusieurs années qu'une scission transfrontalière est réalisable, dans la mesure où l'opération relève de la liberté d'établissement des sociétés garantie par les articles 49 et 54 TFUE³¹. À cet égard, l'on rappellera que l'adoption de la directive 2005/56/CE sur les fusions transfrontalières de sociétés de capitaux a été suivie d'un arrêt de la C.J.U.E. qui donna à la juridiction européenne l'occasion de poser le principe selon lequel « les opérations de fusions transfrontalières, à l'instar des autres opérations de transformation de sociétés, répondent aux nécessités de coopération et de regroupement entre sociétés établies dans des États membres différents. Elles constituent des modalités particulières d'exercice de la liberté d'établissement, importantes pour le bon fonctionnement du marché intérieur, et relèvent donc des activités économiques pour lesquelles les États membres sont tenus au respect de la liberté d'établissement prévue à l'article 43 CE »³². L'entrée en vigueur de la directive 2005/56/CE n'a pas ôté tout intérêt à cet acquis jurisprudentiel. D'une part, dans la mesure où les législations nationales permettent une telle fusion sur le plan interne, les sociétés (au sens de l'article 54, alinéa 2, TFUE) non visées par la directive se voient également autorisées à procéder à cette opération. D'autre part, les opérations de scission transfrontalière, qui ne sont pas organisées par la directive, semblent, au vu de la formulation générale adoptée par la Cour, devoir être également interprétées comme des modalités particulières d'exercice de la liberté d'établissement³³.

Il découle de ce qui précède qu'une scission transfrontalière était déjà réalisable avant l'entrée en vigueur du CSA, dans le respect des règles maté-

pp. 581-592; M. WYCKAERT, « Grensoverschrijdende fusies – De procedurele kant », in *Grensoverschrijdende fusies zijn een feit*, Herentals, Knops Publishing, 2009, pp. 47-77.

³⁰ Pour rappel, la loi du 8 juin 2008 a transposé, en droit belge, la directive 2005/56/CE du 26 octobre 2005 sur les fusions transfrontalières de sociétés de capitaux.

³¹ Voy. not. J.-A. DELCORDE et T. TILQUIN, « La fusion transfrontalière de sociétés de capitaux en droit belge après la transposition de la directive 2005/56/CE », *op. cit.*, n° 94, p. 63; H. LAMON, *Acquisition, financement et cessions d'entreprises : Instruments financiers*, Bruxelles, Larcier, 2015, n° 1129; D. WILLERMAIN, « Restructuration de sociétés : première analyse du livre 12 du CSA », *op. cit.*, n° 12, p. 335, et les références citées. Voy. également l'avis CNC 2011/10 du 16 mars 2011, « Le traitement comptable des scissions transfrontalières », et l'avis CNC 2011/11 du 16 mars 2011, « Le traitement comptable de scissions partielles transfrontalières ».

³² C.J.U.E., 13 décembre 2005, aff. C-411/03, *SEVIC Systems, Rec.*, p. I-10805, point 19.

³³ En ce sens, voy. déjà M. EVRARD et E. VAN DER VAEREN, « Les fusions transfrontalières : un pas de plus vers une Europe harmonisée », *D.A.O.R.*, n° 81, 2007, p. 109; M. BODE, *Le groupe international de sociétés – Le système de conflit de lois en droit comparé français et allemand*, Bern, Peter Lang, 2010, p. 320.

rielles et de droit international privé des différentes législations en présence. La législation fiscale vient également conforter la thèse de la validité de la scission transfrontalière. L'article 211 CIR reconnaît en effet la scission transfrontalière – à tout le moins intra-européenne – en lui permettant de bénéficier d'un régime de neutralité fiscale. Il serait aberrant de régler ainsi les conséquences fiscales d'une opération, sans reconnaître juridiquement sa validité.

Il n'en reste pas moins vrai que l'insuffisance du cadre réglementaire est génératrice d'insécurité juridique, et de nature à décourager les entreprises à recourir cette modalité particulière de la liberté d'établissement.

B. *La consécration de la scission transfrontalière*

1. *Un embryon de régime juridique prévu par le CSA*

Le Code des sociétés et des associations confirme désormais la possibilité pour une société belge d'appliquer de manière transfrontalière la procédure de scission avec une (ou plusieurs) société étrangère, que celle-ci soit la société scindée ou l'une des sociétés bénéficiaires de la scission. Les articles 12:73 et 12:90 CSA se bornent respectivement à énoncer que³⁴ :

- article 12:73 : « La scission par absorption peut également être appliquée si une ou plusieurs des sociétés participant à la scission sont régies par un droit étranger » ;
- article 12:90 : « La scission par constitution de nouvelles sociétés peut également être appliquée si une ou plusieurs des sociétés participant à la scission sont régies par un droit étranger ».

La scission transfrontalière par absorption ou par constitution d'une nouvelle société est réalisable à la double condition que :

- le droit applicable à la société étrangère reconnaisse la validité et les effets juridiques d'une scission transfrontalière avec une société de droit belge ;
- chaque société participant à la scission satisfasse aux dispositions et formalités de la législation nationale qui lui est applicable.

Bien que le Code soit muet sur ce point, les travaux préparatoires énoncent que la validité d'une scission transfrontalière nécessite que la législation de l'autre État membre concerné connaisse une procédure de scission interne similaire à celle existant en droit belge³⁵. Les sociétés de capitaux établies dans un État membre de l'Espace économique européen (EEE) ne devraient pas avoir de difficulté à remplir la première condition, dans la mesure

³⁴ Le CSA ne s'oppose pas non plus à ce que la scission partielle soit réalisée de façon transfrontalière.

³⁵ *Doc. parl.*, Ch., sess. ord. 2017-2018, n° 54-3119/001, p. 310.

où la matière a été harmonisée par la sixième directive du 17 décembre 1982, aujourd'hui refondue dans la directive (UE) 2017/1132 du 14 juin 2017 relative à certains aspects du droit des sociétés. Conformément au prescrit légal, il est également requis que la législation étrangère reconnaisse la validité et les effets juridiques d'une scission transfrontalière.

En second lieu, les articles 12:73 et 12:90 CSA exigent que chaque société participant à la scission satisfasse aux dispositions et formalités de la loi nationale qui lui est applicable – ci-après, la *lex societatis* –, ce qui revient à consacrer le principe de l'application distributive des lois en présence. Le droit belge ne connaît, à ce jour, pas de procédure spécifique à la scission transfrontalière, de sorte qu'il convient d'appliquer par analogie les règles applicables à la scission interne. Concrètement, il s'agira des dispositions du CSA applicables respectivement à la scission par absorption ou à la scission par constitution d'une nouvelle société, sous réserve des dérogations visées aux articles 12:73 et 12:90 CSA³⁶.

Sur le plan légistique, on peut déplorer la méthode consistant à insérer une disposition relative aux scissions transfrontalières parmi les règles applicables aux scissions internes, sans doter cette opération d'un régime juridique spécifique, alors même que les fusions transfrontalières en bénéficient. Cette différence de traitement est difficilement explicable³⁷.

Bien que le CSA n'y fasse aucunement référence, les travaux préparatoires énoncent que, par exception à l'application distributive de la *lex societatis* des sociétés impliquées dans l'opération, «certaines dispositions exigeront, de par leur nature, une application cumulative. Il conviendra en particulier d'être attentif aux dispositions belges visant à protéger les porteurs de titres, les travailleurs et les créanciers. Ainsi, un créancier d'une société belge scindée pourra, conformément à l'article 12:15, exiger une sûreté de la société bénéficiaire étrangère si les conditions prévues à cet article sont remplies. De même, le régime de responsabilité spécifique relatif aux scissions, prévu à l'article 12:17, pourra être applicable à une société étrangère. Ainsi, une société bénéficiaire étrangère sera solidairement tenue des dettes transférées à une autre société bénéficiaire si les conditions prévues à cet article sont remplies»³⁸. Par ailleurs, les travaux préparatoires précisent encore que les sociétés étrangères seront tenues de collaborer à la réalisation des formalités permettant de rendre la scis-

³⁶ *Ibid.*

³⁷ L'absence de mise en œuvre d'un régime juridique propre à la scission transfrontalière pourrait toutefois s'expliquer par la volonté (supposée) du législateur belge d'attendre l'adoption prochaine de la proposition de directive européenne consacrée à la mobilité des sociétés (Proposition de directive du 25 avril 2018 modifiant la directive (UE) 2017/1132 en ce qui concerne les transformations, fusions et scissions transfrontalières (COM (2018) 241 final)), pour adapter le CSA aux exigences du droit de l'UE.

³⁸ *Doc. parl.*, Ch., sess. ord. 2017-2018, n° 54-3119/001, p. 310.

sion transfrontalière opposable aux tiers, à savoir le dépôt au greffe du tribunal de l'entreprise et la publication au *Moniteur belge* (dans les dix jours du dépôt) d'un extrait des actes constatant les décisions de scission (art. 2:18 CSA, auquel renvoie l'art. 12:14 CSA)³⁹.

Il semble donc que le législateur belge ait l'intention d'appliquer les dispositions de droit interne belge, protectrices des intérêts des tiers, aux sociétés de droit étranger, à titre de loi de police. L'on peut s'étonner qu'un élément aussi important, à savoir la méthode d'application des lois en présence, soit seulement précisé dans les travaux préparatoires, et non dans le CSA lui-même. Par ailleurs, une incertitude plane, à ce stade, sur le fondement de l'application de certaines dispositions de droit matériel belge à une société régie par une *lex societatis* étrangère⁴⁰.

Sur le plan procédural, nous avons déjà relevé que les règles applicables sont celles prévues classiquement en matière de scission interne. Nous nous bornerons donc à identifier ici les spécificités propres à la scission transfrontalière :

- a) À l'instar de ce qui prévaut en matière de fusion transfrontalière, le CSA confie au notaire instrumentant le rôle d'attester de la légalité de l'opération vis-à-vis de toutes les sociétés régies par le droit belge. Plus spécifiquement, le notaire est appelé, à la demande de la société intéressée, à attester « de façon incontestable l'accomplissement correct des actes et formalités préalables à la scission »⁴¹. Cette attestation ne peut être délivrée tant que les créanciers de la société qui auraient exigé une sûreté, conformément à l'article 12:15 CSA, n'auront pas obtenu satisfaction, ou que leur demande n'aura pas été rejetée par une décision judiciaire exécutoire (art. 12:73, § 3 et 12:90, § 3, CSA)⁴². Certains créanciers sociaux sont en effet fondés à demander une telle sûreté dès que le projet de scis-

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ À titre de comparaison, en matière de fusion transfrontalière, J.-A. DELCORDE et T. TILQUIN indiquent que « les aspects de la fusion transfrontalière qui ont une interaction avec la ou les autres sociétés impliquées dans la fusion, et qui requièrent par conséquent un traitement unitaire, se verront appliquer cumulativement les *lex societatis* en présence : (i) règles relatives à la forme et au contenu du projet de fusion, (ii) dispositions relatives à la date de prise d'effet de la fusion, ou encore (iii) règles qui concernent la nullité de la fusion » (« La fusion transfrontalière de sociétés de capitaux en droit belge après la transposition de la directive 2005/56/CE », *op. cit.*, n° 58, pp. 45-46.

⁴¹ En matière de fusion transfrontalière, les travaux préparatoires de la loi du 8 juin 2008 ont précisé que si les prescriptions imposées par la loi ne sont pas toutes respectées, le notaire doit refuser de prêter son ministère (Exposé des Motifs, *Doc. parl. Ch.*, sess. ord. 2007-2008, n° 1012/001, p. 67). Par identité de motifs, il devrait également en être ainsi à l'égard d'une scission transfrontalière.

⁴² À cette fin, le nom du notaire instrumentant doit être mentionné dans le projet de scission (art. 12:59, 11° et art. 12:74, 11°, CSA), et le créancier est invité à notifier sa demande de sûreté au dit notaire instrumentant.

sion est déposé au greffe du tribunal de l'entreprise, et jusqu'à deux mois après la publication de l'acte de scission aux *Annexes du Moniteur belge*.

La demande de sûreté formulée par un créancier affecte donc la scission transfrontalière d'une condition suspensive. Si leurs revendications ne sont pas prises en considération par la société concernée, les créanciers disposent d'une faculté de compliquer et/ou de retarder sensiblement la réalisation de l'opération.

- b) La décision de scission doit être approuvée à l'unanimité des actionnaires d'une société qui sont ou qui deviendront indéfiniment responsables des dettes d'une autre société participant à l'opération (art. 12:73, § 2 et 12:90, § 2, CSA).
- c) En ce qui concerne la prise d'effet de la scission transfrontalière, une distinction doit être opérée, selon que (i) une ou plusieurs sociétés bénéficiaires sont régies par le droit belge, ou que (ii) seule la société scindée est régie par le droit belge.

Lorsqu'au moins une société bénéficiaire est régie par le droit belge, la scission transfrontalière prend effet à la date à laquelle le notaire instrumentant aura – à la requête des sociétés participantes, et sur production par chacune d'elles du certificat de légalité et des autres documents justificatifs⁴³ – constaté la réalisation de la scission et – dans l'hypothèse d'une scission par constitution de nouvelles sociétés – la constitution des nouvelles sociétés. En tout état de cause, la prise d'effet ne peut intervenir qu'au moment où les décisions concordantes de scission sont adoptées par les différentes sociétés concernées, conformément à la *lex societatis* qui leur est applicable.

Lorsque seule la société scindée est régie par le droit belge, la date de prise d'effet de la scission transfrontalière est régie par le droit applicable aux sociétés bénéficiaires. Le CSA exige néanmoins, en ce qui concerne la scission par absorption, que les différentes sociétés participant à l'opération aient adopté des décisions de scission concordantes (12:73, § 5, CSA). En outre, la prise d'effet ne peut intervenir qu'après la délivrance du certificat de légalité notarié. Cela implique donc que les intérêts des créanciers sont, dans cette hypothèse également, pris en considération.

Enfin, la société scindée de droit belge ne peut être radiée du registre des personnes morales qu'après réception par l'autorité compétente étrangère – le cas échéant, en application du système d'interconnexion des registres des sociétés au sein de l'UE – de la preuve de la prise d'effet de la scission transfronta-

⁴³ À cet effet, les instances étrangères compétentes de la ou des sociétés régies par un droit étranger délivrent un certificat attestant de façon incontestable l'accomplissement correct des actes et formalités préalables à la scission conformément au droit qui régit ces sociétés (art. 12:73, § 4 et 12:90, § 4, CSA).

lière. L'organe d'administration de la société scindée se voit chargé de publier cette radiation aux *Annexes du Moniteur belge*.

2. *Mise en conformité du droit belge au droit de l'UE*

En consacrant la scission transfrontalière, le législateur belge a quelque peu anticipé l'adoption de la proposition de directive modifiant la directive 2017/1132 en ce qui concerne les transformations, fusions et scissions transfrontalières⁴⁴. À l'heure où nous écrivons ces lignes, celle-ci n'a pas encore été adoptée formellement, de sorte que son contenu peut évoluer. Relevons simplement ici que cette proposition de directive introduit des procédures communes à l'échelle de l'UE pour les transferts transfrontaliers du siège social et les scissions transfrontalières de sociétés. Celles-ci devraient suivre, dans une large mesure, la procédure prévue par la directive 2017/1132 en matière de fusions transfrontalières, en adaptant toutefois cette procédure afin de tenir compte des risques d'abus. Ainsi, la proposition de directive instaure des garde-fous pour protéger les droits et les intérêts des travailleurs, des actionnaires et des créanciers et pour empêcher que ces procédures soient utilisées pour réaliser des montages artificiels, notamment dans le but d'obtenir des avantages fiscaux indus.

Si la proposition de directive précitée est adoptée par le législateur européen, le régime juridique de la scission transfrontalière, esquissé ci-avant, devra donc déjà être réformé à l'occasion de la transposition de la directive en droit interne.

§ 3. L'adaptation de règles procédurales aux innovations du CSA

L'adoption du CSA s'est traduite par une modernisation de nombreuses règles de droit des sociétés. La suppression du capital dans les SRL et les SC, de même que l'introduction d'un système de gouvernance dualiste dans la SA comptent parmi les plus importantes d'entre elles. Nous nous limiterons ci-après à identifier les principales conséquences de ces modifications en matière de restructuration de sociétés⁴⁵.

A. Classiquement, dans le cadre d'une fusion ou d'une scission, une soulte en espèces ne dépassant pas le dixième de la valeur nominale ou, à défaut de valeur nominale, du pair comptable des actions attribuées, peut être

⁴⁴ Proposition de directive du 25 avril 2018 modifiant la directive (UE) 2017/1132 en ce qui concerne les transformations, fusions et scissions transfrontalières (COM (2018) 241 final). Pour une première analyse, voy. not. F. BERNARD, « L'avènement des scissions transfrontalières », D.A.O.R. 2018/3, pp. 5 et s.

⁴⁵ Pour une présentation plus complète, voy. not. D. WILLERMAIN, « Restructuration de sociétés : première analyse du livre 12 du CSA », *op. cit.*, n° 6, pp. 338 à 341.

attribuée en rémunération de l'opération. La suppression du capital dans la SRL et la SC impliquait de revoir les modalités de détermination de la soulte. Dans l'hypothèse où la société absorbante ou bénéficiaire ne dispose pas d'un capital, le CSA met en place une méthode de calcul fondée sur une nouvelle définition du pair comptable – la plus proche possible de la notion traditionnelle –, auquel est assimilée « la valeur d'apport⁴⁶, telle qu'elle résulte des comptes annuels, de tous les apports en numéraire ou en nature consentis par les associés ou actionnaires, autres que les apports en industrie. Le cas échéant, cette valeur d'apport est augmentée des réserves qui, en vertu d'une disposition statutaire, ne peuvent être distribuées aux associés ou actionnaires que moyennant une modification des statuts, le tout divisé par le nombre d'actions ou de parts (art. 12:2; 12:3; 12:4; 12:5 et 12:8 CSA). Dans ce contexte, le pair comptable correspond donc à la somme de ces fonds propres divisée par le nombre d'actions émises⁴⁷.

Cette technique du calcul de la soulte ne peut pas être comprise autrement que comme une manière de reconstituer le capital pour les sociétés où, précisément, le nouveau Code l'a supprimé⁴⁸. Suivant sur ce point le législateur fiscal⁴⁹, voire (mais c'est moins sûr) le droit comptable⁵⁰, le législateur disqualifie les apports en industrie et démontre ici que, ne serait-ce qu'à des fins fiscales, on ne se débarrasse pas si facilement du capital entendu dans son ancienne acception.

B. Lorsqu'une SRL ou une SC est partie à une opération de restructuration, le calcul du quorum de présence ne peut évidemment plus s'opérer en référence à une fraction (en l'espèce la moitié) du capital. Le CSA prévoit désormais que ceux qui assistent ou sont représentés à la réunion doivent représenter la moitié du nombre total d'actions émises (art. 12:30; 12:43; 12:53; 12:67; 12:83; 12:116 CSA). La même technique est utilisée en matière de modification des statuts (art. 5:100 et 6:85 CSA).

C. Comme nous l'avons vu, la société anonyme peut désormais se doter d'une structure d'administration dualiste. Lorsqu'un tel système de gouver-

⁴⁶ Comme l'indiquent les travaux préparatoires, « cette valeur d'apport constitue la base du pair comptable par action dans une société dotée d'un capital, ceci que les apports aient été ou non intégralement libérés. Si ces apports devaient par la suite être remboursés par une distribution, cette opération apparaîtrait de leur évaluation dans les comptes annuels » (Doc. parl., Ch., sess. ord. 2017-2018, n° 54-3119/001, p. 297).

⁴⁷ Doc. parl., Ch., sess. ord. 2017-2018, n° 54-3119/001, pp. 296-297.

⁴⁸ H. CULOT, « La suppression du capital dans la société à responsabilité limitée », *R.D.C.*, 2018/9.

⁴⁹ Art. 2, § 1^{er}, 6° du CIR 92, tel que modifié par la loi du 17 mars 2019 adaptant certaines dispositions fiscales fédérales au nouveau Code des sociétés et des associations, *M.B.*, 10 mai 2019, p. 45450.

⁵⁰ Rapport au Roi précédant l'arrêté royal du 29 avril 2019 portant exécution du Code des sociétés et des associations, *M.B.*, 30 avril 2019, 2^e éd., p. 42256, qui déclare que, « d'un point de vue comptable », les apports en industrie ne sont pas « pertinents ».

nance est mis en place, il incombe au conseil de surveillance d'exercer les compétences dévolues à l'organe d'administration dans le Livre 12 (art. 12:1, § 2).

§ 4. La modernisation de règles procédurales⁵¹

Au-delà des adaptations procédurales inhérentes à la modernisation du régime juridique des SRL, SC et SA, le régime des réorganisations bénéficie d'une série d'adaptations qui visent tantôt à simplifier les procédures, tantôt à formaliser des enseignements doctrinaux. Nous nous limiterons ici à mentionner les plus significatives d'entre elles⁵².

A. Plusieurs dispositions du Code des sociétés prévoyaient que la publicité du projet de fusion ou de scission doit intervenir au plus tard six semaines avant la date de la réunion de l'assemblée générale appelée à se prononcer sur la fusion ou la scission. La doctrine s'est longtemps interrogée quant à la question de savoir si le point de départ du délai de six semaines était la date du dépôt du projet de fusion (ou de scission) au greffe du tribunal de l'entreprise, ou celle de la publication du projet aux *Annexes du Moniteur belge*⁵³. Le CSA confirme la position de la doctrine majoritaire, en énonçant que le «dépôt» du projet au tribunal de l'entreprise a lieu six semaines au moins avant la décision de fusion ou de scission (art. 12:24, al. 3; art. 12:37, al. 3; art. 12:50, al. 3, CSA)⁵⁴.

B. En matière de scission par absorption, l'article 699, § 6, C.Soc.⁵⁵ prévoyait que si une *société anonyme* détient au moins 90 % des actions à l'assemblée générale de la *société anonyme* absorbée, l'approbation de la fusion par l'assemblée générale de la société absorbante n'est pas requise, lorsque les mesures de publicité et de communication des documents sociaux prévues par ces dispositions ont été respectées⁵⁶. L'article 12:30, § 6, CSA confirme cette solution en étendant sa portée à toutes les sociétés à responsabilité limitée (quelle que

⁵¹ Voy. déjà à cet égard D. WILLERMAIN, «Restructuration de sociétés: première analyse du livre 12 du CSA», *op. cit.*, pp. 341-343.

⁵² Pour un inventaire complet, voy. *Doc. parl.*, Ch., sess. ord. 2017-2018, n° 54-3119/001, pp. 302-314.

⁵³ Date du dépôt: par exemple A. TILLEUX et E. WEEMAELS, «Les nouvelles obligations en matière de fusions et de scissions – Le droit des sociétés se prépare à entrer dans le XXI^e siècle», *J.T.*, 2013, p. 147 et les références citées; réponse du ministre de la Justice à la question n° 523 de Monsieur VAN BIESEN, 25 juin 2012, *Q.R.V.A.*, 53-072, p. 222. Date de la publication: par exemple Ph. MALHERBE et D. DANTHINE, «Procédures de fusion et de scission nationales et *squeeze-out*: la loi du 8 janvier 2012», *Rev. prat. soc.*, 2012, pp. 408 à 410 (qui critiquent cependant la disposition).

⁵⁴ La publication par extrait ou mention du projet de fusion (ou de scission) dans les *Annexes du Moniteur belge* doit désormais intervenir dans un délai de dix jours à compter du dépôt au greffe du tribunal de l'entreprise (art. 2:13 CSA). L'article 73 C.Soc. prévoyait, quant à lui, un délai de quinze jours.

⁵⁵ Cette disposition fut insérée par la loi précitée du 8 juin 2012, *M.B.*, 18 janvier 2012. Voy. également l'art. 722, § 6, C.Soc. (fusion silencieuse) et l'art. 736, § 6, C.Soc. (scission par absorption).

⁵⁶ P. VAN MELKEBEKE, «Fusies en splitsingen zonder algemene vergadering maar niet zonder notaris!», *Notariaat*, juin 2012, n° 11, pp. 1-8.

soit la forme de la société absorbée). Dans une telle hypothèse, il incombe à l'organe d'administration⁵⁷ de se prononcer (en la forme authentique) sur l'approbation de la fusion, de la modification du nombre d'actions de la société absorbante et, le cas échéant, de son capital⁵⁸.

C. Le projet de fusion ou de scission doit contenir certaines mentions légales, parmi lesquelles la date à partir de laquelle les opérations de la société à absorber sont considérées du point de vue comptable comme accomplies pour le compte de la société bénéficiaire. Conformément à l'opinion majoritaire en doctrine, le CSA précise désormais que la rétroactivité comptable ne peut remonter avant le premier jour de l'exercice social en cours (art. 12:24, 5°; 12:59, 5°; 12:75, 5°; 12:93, 3°, CSA)⁵⁹.

D. Le dernier alinéa de l'article 12:60 CSA consacre le principe selon lequel tous les produits et charges liés aux éléments transférés dans le cadre d'une scission sont attribués aux sociétés bénéficiaires à partir de la date de rétroactivité comptable.

E. Le projet de cession d'une branche d'activité ou d'une universalité ne doit plus, désormais, être établi en la forme authentique, comme le prévoyait l'article 770, alinéa 2 du C.Soc. (art. 12:103 CSA). Le formalisme de la cession d'universalité (ou de branche d'activité) est ainsi calqué sur celui de l'apport d'universalité (ou de branche d'activité).

Section 2

Les restructurations d'associations et de fondations

§ 1. La confirmation des possibilités d'«apports» à titre gratuit d'universalité ou de branches d'activités

Avant l'entrée en vigueur de la loi du 30 décembre 2009⁶⁰, il n'existait pas de cadre légal spécifique aux réorganisations d'associations et de fondations. La loi du 27 juin 1921 sur les associations sans but lucratif et les fondations ne contenait aucune disposition permettant d'organiser le rapprochement entre associations ou entre fondations. La pratique avait donc développé diverses

⁵⁷ Notons cependant qu'un ou plusieurs actionnaires de la société absorbante, détenant 5 % au moins des actions émises, ont néanmoins le droit d'obtenir la convocation de l'assemblée générale de cette société appelée à se prononcer sur le projet de fusion.

⁵⁸ Pour autant, l'exposé des motifs énonce qu'«en cas de modification de l'objet ou d'autres dispositions des statuts de la société absorbante ou des droits attachés aux différentes classes d'actions ou titres par suite de la fusion, une assemblée générale devra néanmoins se tenir, qui statuera conformément aux règles de présence et de majorité prévues par le code» (*Doc. parl.*, Ch., sess. ord. 2017-2018, n° 54-3119/001, p. 304).

⁵⁹ *Doc. parl.*, Ch., sess. ord. 2017-2018, n° 54-3119/001, p. 302.

⁶⁰ Loi du 30 décembre 2009 portant des dispositions diverses en matière de Justice (II), *M.B.*, 15 janvier 2010.

méthodes reposant sur des principes issus du droit des obligations, du droit des successions et des sociétés, pour permettre aux associations et aux fondations d'atteindre un résultat économique similaire à celui d'une fusion. Les solutions proposées reposaient généralement sur la dissolution et la liquidation de l'association apporteuse, suivie de l'affectation du solde net de la liquidation à une association bénéficiaire. Cette dernière était alors invitée à accepter, d'une part, l'actif net et, d'autre part, les membres de l'association apporteuse.

Le recours à ce type de méthode était porteur d'insécurité juridique, notamment parce que la volonté de conférer à ce type d'opération la portée d'un transfert universel ou à titre universel reposait sur une assise théorie discutable. Différentes objections ont ainsi été mises en évidence par la doctrine⁶¹, qui justifiaient une intervention législative⁶².

Par le biais d'une loi du 30 décembre 2009, le législateur a ajouté un deuxième alinéa à l'article 670 du Code des sociétés, qui prévoyait que « l'article 770 s'applique par analogie à toute personne morale, visée ou non par le présent Code, qui opte expressément pour son application dans les formes prévues par cet article ». Rappelons que l'article 770 C.Soc. concernait les opérations de cession (à titre gratuit ou onéreux) d'universalité ou de branche d'activités⁶³.

Afin de clarifier et de guider l'application analogique de la procédure de cession d'universalité aux entités non marchandes, la loi du 30 décembre 2009 a également introduit dans la loi du 27 juin 1921 un nouveau Titre III^{bis} intitulé « Apports à titre gratuit d'universalité ou de branche d'activité », dans lequel l'article 58 encadre les apports à titre gratuit d'universalité ou de branche d'activité réalisés par les associations et les fondations⁶⁴. La notion d'apport reçoit ici une acception particulière, différente de celle qui figure dans la défi-

⁶¹ Voy. not. M. COIPEL, « La modification législative du 30 décembre 2009: origines, méthode et portée », in *Fusions et scissions d'ASBL après la loi du 30 décembre 2009*, Les dossiers d'ASBL Actualités, n° 9, Liège, Edipro, 2010, pp. 27 et s. et les références citées.

⁶² En l'absence de transfert universel ou à titre universel organisé spécifiquement par la loi, l'opération n'est pas (de plein droit) opposable aux tiers, ce qui contraint à respecter les formalités d'opposabilité spécifiques à chaque élément transféré (voy. par ex. l'art. 1690 C. civ. en matière de cession de créances). Pour un plaidoyer en faveur de l'application de l'article 770 C.Soc. aux entités non marchandes, qui semble avoir influencé le législateur, au moment de l'adoption de la loi du 30 décembre 2009, voy. M. DE WOLF et P. GOBLET, « Les fusions d'ASBL en droit commun et en droit fiscal », *ASBL Actualités*, nos 119 et 120 du 30 avril 2009, Edipro, pp. 1-11.

⁶³ Sur le plan procédural, cette opération repose néanmoins sur plusieurs dispositions applicables aux apports d'universalité ou de branche d'activités.

⁶⁴ L'article 58, al. 1^{er}, énonce qu'« en cas de recours à la faculté prévue par l'article 670, alinéa 2 du Code des sociétés, l'article 770 de ce Code et les articles auxquels il renvoie sont applicables par analogie aux apports à titre gratuit d'universalité ou de branche d'activité effectués par une association sans but lucratif, une fondation d'utilité publique, une fondation privée, une association internationale sans but lucratif ou une des institutions ou associations visées à l'article 61, alinéa 2 au profit d'une personne morale appartenant à l'une des catégories précitées ».

inition de l'article 1:8 CSA (pourtant en principe applicable à la totalité du Code). En effet, l'apport au sens de cette définition ne se conçoit que dans une société et est nécessairement un acte à titre onéreux (« pour [...] participer aux bénéfices »)⁶⁵.

Il était donc déjà possible, avant l'entrée en vigueur du CSA, de réaliser des opérations de « quasi-fusion » ou de « quasi-scission », à la faveur d'un apport d'universalité ou de branche d'activités, au sens des articles 678 et 679 C.Soc. L'opération se distinguait néanmoins d'une véritable fusion ou scission, au sens où l'entité apporteuse n'est pas dissoute de plein droit, à l'issue de l'opération, et elle continue d'exister, le cas échéant sous la forme d'une « coquille vide »⁶⁶.

Le CSA a abrogé la loi du 27 juillet 1921, dont l'article 58 a été purement et simplement reproduit à l'article 13:10 CSA. Cette disposition énonce qu'en cas de recours à la faculté prévue par l'article 12:1, § 1^{er}, alinéa 2 (ex-article 670, alinéa 2, C.Soc.), l'article 12:103 et les articles auxquels il renvoie sont applicables par analogie aux apports à titre gratuit d'universalité ou de branche d'activités effectués par une ASBL, une AISBL, une fondation d'utilité publique ou une fondation privée, au profit d'une personne morale appartenant à l'une des catégories précitées.

Les associations et fondations continuent donc à bénéficier de la *faculté*⁶⁷ de se prévaloir de la procédure d'apport d'universalité ou de branche d'activités organisée pour les sociétés, selon les mêmes modalités et conditions que sous l'empire de la législation antérieure⁶⁸. Le recours à cette procédure procure l'avantage d'impliquer un transfert de plein droit de l'ensemble du patrimoine actif et passif du groupement ayant effectué l'apport, ainsi qu'une opposabilité

⁶⁵ Le rapport au Roi précédant l'arrêté royal d'exécution du CSA précise d'ailleurs que le terme « apport » reçoit plusieurs significations différentes : « L'attribution d'une définition à cet acte n'empêche évidemment pas d'encore utiliser le terme « apport » à d'autres endroits et en lui donnant d'autres significations. » (Rapport au Roi précédant l'arrêté royal du 29 avril 2019 portant exécution du Code des sociétés et des associations, M.B., 30 avril 2019, 2^e éd., p. 42256). Il y en a donc (au moins) quatre : l'apport comme acte juridique, l'apport comme objet de cet acte et donc comme élément d'actif d'une société, l'apport comme rubrique du passif en droit comptable et l'apport à titre gratuit envisagé ici.

⁶⁶ En outre, la nature même des associations et des fondations empêche d'établir un rapport d'échange, puisque ces groupements ne sont pas en mesure d'émettre d'actions en rémunération de l'apport.

⁶⁷ Il reste donc possible, à l'heure actuelle, de recourir aux techniques développées avant l'entrée en vigueur de la loi du 30 décembre 2009. Comme nous l'avons relevé, celles-ci présentent néanmoins divers inconvénients, tels que l'obligation de liquider l'association apporteuse, la discontinuité juridique et comptable, l'absence de transfert de plein droit des droits et obligations de l'association apporteuse, l'absence d'opposabilité de plein droit à l'égard des tiers, etc. Du reste, le recours à ces techniques est désormais plus complexe, compte tenu des nouvelles règles applicables en matière de liquidation d'association et de fondation.

⁶⁸ Entre les entités non marchandes (associations et fondations), seul l'apport à titre gratuit est réalisable, au contraire de l'apport à titre onéreux, puisque ces groupements ne sont pas en mesure de rémunérer un apport par l'attribution d'actions. En revanche, une cession de branche d'activités ou d'universalité pourrait fort bien se concevoir à titre onéreux, lorsque l'opération est rémunérée en espèces (en ce sens, voy. M. COIPEL, « La modification législative du 30 décembre 2009 : origines, méthode et portée », *op. cit.*, p. 44).

de l'apport aux tiers par la simple publication de l'acte aux *Annexes du Moniteur belge*.

§ 2. La consécration des « véritables » fusions/scissions

Avant l'entrée en vigueur du CSA, aucune disposition légale n'organisait une véritable procédure de fusion ou de scission d'association ou de fondation. Les opérations d'apports à titre gratuit de branches d'activité et d'universalité, réalisés sur pied de l'article 58 de la loi de 1921, n'impliquaient pas la dissolution sans liquidation de l'entité apporteuse.

L'article 13:1, § 1^{er}, CSA prévoit désormais que les ASBL, AISBL et fondations peuvent décider de se dissoudre, sans liquidation, en vue d'apporter l'intégralité de leur patrimoine à une ou plusieurs personnes morales existantes, et poursuivant un but désintéressé. Comme nous le verrons, le régime juridique de ces opérations s'inspire largement, en le simplifiant, du régime applicable aux fusions et scissions par absorption de sociétés⁶⁹.

Une telle fusion ou scission produit les effets suivants (art. 13:1, § 2, CSA)⁷⁰:

- l'intégralité du patrimoine actif et passif de la personne morale dissoute est transféré (à titre universel) à la ou aux personne(s) morale(s) bénéficiaire(s) ;
- les personnes morales dissoutes cessent d'exister de plein droit⁷¹ ;
- les membres de l'association dissoute perdent cette qualité, à moins que le projet d'opération ne prévoie qu'ils deviennent membres de plein droit de l'ASBL ou de l'AISBL bénéficiaire ;
- Si l'opération revêt le caractère d'une scission, les articles 12:17 et 12:60 sont applicables par analogie ;
- l'apport de l'intégralité du patrimoine d'une association ou d'une fondation n'est opposable aux tiers qu'à partir de la publication de l'acte d'apport aux *Annexes du Moniteur belge*, conformément à l'article 2:18 (art. 13:5 CSA)⁷².

⁶⁹ Doc. parl., Ch., sess. ord. 2017-2018, n° 54-3119/001, p. 321.

⁷⁰ Il n'en reste pas moins que de telles opérations, réalisées entre associations ou fondations, ne peuvent revêtir exactement les mêmes caractéristiques que celles des fusions/scissions de sociétés. À proprement parler, elles ne peuvent réaliser d'apport, au sens de l'article 1:8, § 1^{er}, CSA, ni émettre d'actions représentatives du patrimoine social, de sorte que la fusion/scission ne s'accompagne pas de l'établissement d'un rapport d'échange. En outre, les membres de l'entité apporteuse ne deviennent pas automatiquement membres de l'entité bénéficiaire.

⁷¹ L'association ou la fondation est toutefois réputée exister durant le délai de 6 mois à compter de la réalisation de la fusion/scission, c'est-à-dire durant le délai prévu pour l'introduction d'une action en nullité.

⁷² En outre, les formalités particulières prévues, en matière immobilière, par la loi hypothécaire doivent être respectées. Il en est de même des formalités d'opposabilité spécifiques au transfert des droits de propriété intellectuelle et industrielle.

L'opération de fusion ou de scission ne doit pas nécessairement intervenir entre des personnes morales de même nature. Le mécanisme prévu par le CSA a veillé à tenir compte des spécificités propres aux associations et aux fondations, en permettant notamment à ces dernières de se dissoudre en vue de constituer un fonds non personnalisé au sein d'une autre institution, pour perpétuer l'œuvre du fondateur, réaliser une économie en termes de gestion et améliorer la gestion de leurs avoirs⁷³. Ainsi, conformément à l'article 13:2, §§ 1^{er} et 2, CSA :

- une ASBL ou une AISBL peut, via une décision de son assemblée générale prise en la forme authentique, statuant dans les conditions de présence et de majorité requises pour la modification de son but ou objet⁷⁴, apporter l'intégralité de son patrimoine à une ou plusieurs autres personnes morales désintéressées (à savoir une ASBL, une AISBL, une fondation, une université ou une personne de droit public⁷⁵) chargée(s) de poursuivre son but désintéressé ou le but le plus proche possible de celui-ci ;
- une fondation privée peut, via une décision de son organe d'administration prise en la forme authentique, statuant à l'unanimité de ses membres, apporter l'intégralité de son patrimoine à une ou plusieurs autres fondations privées, fondations d'utilité publique, universités, ou personnes morales de droit public aux fins de créer en leur sein un fonds non personnalisé destiné à poursuivre son but désintéressé ;
- une fondation d'utilité publique peut, via une décision de son organe d'administration prise en la forme authentique, statuant à l'unanimité de ses membres, apporter l'intégralité de son patrimoine à une ou plusieurs autres fondations d'utilité publique, universités, ou personnes morales de droit public aux fins de créer en leur sein un fonds non personnalisé destiné à poursuivre son but désintéressé.

⁷³ *Doc. parl.*, Ch., sess. ord. 2017-2018, n° 54-3119/001, p. 321. On a notamment pensé aux nombreux fonds de relativement faible importance qui, dans les universités, attribuent des prix ou des subventions. S'il s'agit à chaque fois de fondations distinctes, les formalités de gestion s'avèrent chronophages, sans réelle valeur ajoutée. Il serait donc préférable de pouvoir regrouper ces fonds au sein d'une même personne morale, tout en conservant leurs spécificités quant aux critères d'attribution voulus par les fondateurs.

⁷⁴ Voy. l'article 9:21 CSA, qui exige un quorum de présence de 2/3 des membres présents ou représentés à l'AG, tandis que la décision ne peut être prise qu'à la majorité des 4/5^e des voix émises.

⁷⁵ Si l'article 13:2 CSA ne cite aucune société, le libellé de l'article 13:1 vise plus généralement les « personnes morales poursuivant leur but désintéressé ». Dès lors que le but de lucre n'est plus nécessairement la finalité exclusive des sociétés (art. 1:1 CSA) et qu'il existe des sociétés « dont le but principal ne consiste pas à procurer à ses actionnaires un avantage économique ou social » (art. 8:5 CSA), la question se pose de savoir si une SC agréée comme ES ou une SCES agréée pourrait absorber une ASBL, une AISBL ou une fondation. La question est d'autant plus pertinente qu'une société personnalisée peut se transformer en ASBL ou en AISBL (art. 14:31 CSA) et qu'une ASBL peut se transformer en SC agréée comme ES ou SCES agréée (art. 14:37 CSA). Moyennant le détour par une transformation, la fusion serait donc en tout cas possible.

Moyennant quelques spécificités, et en dépit de plusieurs zones d'ombre que l'on peut déplorer, la procédure est calquée sur celle qui s'applique aux sociétés, de sorte que l'on en retrouve les caractéristiques suivantes :

- l'organe de gestion des personnes morales parties à l'opération établit conjointement un projet de fusion/scission qui décrit les motifs de cette opération ainsi que l'ensemble de ses modalités et, si le patrimoine de la personne morale dissoute est apporté à plusieurs bénéficiaires, la manière dont il est réparti.
Un état de la situation comptable active et passive de l'entité apporteuse, clôturé à une date ne remontant pas à plus de trois mois avant la date de décision de la fusion/scission, est annexé au projet.
Lorsque la personne morale bénéficiaire est une ASBL, une AISBL ou une fondation, un état de la situation comptable de celle-ci doit également être annexé au projet de fusion/scission ;
- le commissaire ou, lorsqu'il n'y a pas de commissaire, un réviseur d'entreprises ou un expert-comptable externe désigné par l'organe d'administration⁷⁶, établit un rapport sur le projet de fusion/scission et sur l'état résumant la situation active et passive qui y est annexé, afin de vérifier si ces documents traduisent d'une manière complète, fidèle et exacte la situation de la personne morale concernée ;
- le projet de fusion/scission, la situation comptable et le rapport du professionnel du chiffre sont transmis aux membres des associations parties à l'opération et aux membres des organes des autres entités appelées à délibérer sur l'opération, en même temps que l'ordre du jour de la réunion (art. 13:3, § 3, CSA) ;
- dans l'entité apporteuse, la décision de fusion/scission est prise – en la forme authentique – par l'assemblée générale des membres (s'il s'agit d'une ASBL ou AISBL) ou par l'organe d'administration (s'il s'agit d'une fondation), dans le respect des quorums de présence et de vote dont question ci-avant. Cette décision ne peut prendre effet qu'après l'approbation de l'apport par l'entité bénéficiaire (art. 13:4, § 1^{er}, CSA) ;
- la décision de fusion/scission doit également être prise – en la forme authentique – dans le chef de l'entité bénéficiaire. Celle-ci incombe à l'assemblée générale des membres (s'il s'agit d'une ASBL ou AISBL) ou à l'organe d'administration (s'il s'agit d'une fondation), dans le respect des quorums de présence et de vote identiques à ceux qui sont imposés à l'entité apporteuse (art. 13:4, § 2, CSA) ;

⁷⁶ Dans le cas visé à l'article 13:3, § 2, al. 2, CSA, le professionnel du chiffre peut être désigné conjointement par les organes d'administration de toutes les entités participantes.

- les procès-verbaux des organes appelés à approuver l'opération, tant dans le chef de l'entité apporteuse que de l'entité bénéficiaire, doivent être déposés au greffe du tribunal de l'entreprise, et publiés par mention aux *Annexes du Moniteur belge*. L'opération n'est opposable aux tiers qu'à compter de la date de cette publication (art. 13:5 CSA) ;
- au plus tard dans les deux mois de la publication aux *Annexes du Moniteur belge* des procès-verbaux approuvant l'opération, les créanciers de chacune des personnes morales participant à l'opération, dont la créance est certaine, mais non encore exigible au moment de la publication, peuvent exiger une sûreté. Une telle demande peut être écartée moyennant le paiement de la créance, sous déduction de l'escompte. En cas de désaccord, le président du tribunal de l'entreprise compétent se prononce en référé sur le bien-fondé de la demande.
Si la sûreté n'est pas fournie dans le délai, la créance devient immédiatement exigible, et les différentes personnes morales bénéficiaires en sont solidairement tenues (art. 13:6, *in fine*, CSA).

Enfin, dans le silence des travaux préparatoires, plusieurs questions subsistent à l'examen de ce nouveau régime de réorganisation prévu par le CSA, qui appellent une clarification législative ou jurisprudentielle. Ces incertitudes découlent du caractère laconique du dispositif légal, et d'une reproduction insuffisamment soigneuse de règles prévues initialement pour les sociétés. Ci-après, nous nous limiterons à présenter quelques exemples :

- la date à laquelle est arrêté l'état comptable relatif à l'entité bénéficiaire n'est pas expressément précisée à l'article 13:3, § 1^{er}, alinéa 3, CSA. L'on peut toutefois penser qu'il convient de retenir une date identique à celle prévue pour l'entité apporteuse ;
- le CSA ne précise pas si, et selon quelles modalités, le projet de fusion/scission doit être publié. Il s'agit là d'une lacune importante, qui mériterait une adaptation législative, soit pour confirmer l'absence de nécessité de publication, soit pour établir les modalités de la publication. Dans l'attente, l'absence de toute règle imposant un dépôt au greffe ou une publication signifie que cette obligation n'existe pas ;
- aucun délai d'attente n'est prévu entre l'établissement du projet de fusion et l'adoption de la décision de fusion/scission. Une fois encore, il eût été opportun de préciser l'intention du législateur.

Section 3

La transformation transfrontalière des personnes morales

Avant l'entrée en vigueur du CSA, le droit belge ne connaissait aucune procédure spécifique permettant de réaliser une transformation transfrontalière. Cette situation ne manquait pas d'étonner, dans la mesure où la jurisprudence de la Cour de justice de l'UE a confirmé, il y a plusieurs années déjà, que cette opération est une modalité particulière du droit d'établissement dont jouissent les personnes morales au sens de l'article 54 TFUE⁷⁷. D'autre part, l'article 112 du Code de droit international privé admettait déjà, depuis près de quinze ans, la validité du déplacement transfrontalier de l'établissement principal d'une société⁷⁸. En outre, un résultat similaire à celui d'une transformation transfrontalière pouvait déjà être atteint en recourant à la procédure de fusion transfrontalière ou via une société européenne.

L'absence de règles matérielles régissant le déplacement transfrontalier du siège social a suscité une insécurité juridique importante que les praticiens se sont efforcés de limiter en s'inspirant, bon gré mal gré, de règles matérielles prévues en droit interne pour d'autres opérations⁷⁹. Sous la pression de la jurisprudence européenne⁸⁰, le législateur belge s'est donc décidé à mettre en œuvre une procédure spécifique de transformation transfrontalière, qui présente désormais l'avantage d'établir des règles claires, d'uniformiser les pratiques, et de fixer des mesures légales protectrices des créanciers et des actionnaires de la société migrante.

Cette innovation va de pair avec l'adoption d'un nouveau critère de rattachement des sociétés à la loi nationale appelées à les régir. Le CSA a, en

⁷⁷ C.J.C.E., 16 décembre 2008, aff. C-210/06, *Cartesio*, point 112; C.J.U.E., 12 juillet 2012, aff. C- 378/10, *Vale*, point 39; C.J.U.E., 25 octobre 2017, aff. C-106/16, *Polbud*, point 17, et la jurisprudence citée.

⁷⁸ L'article 112, al. 1^{er}, Codip énonçait, avant sa modification par l'article 16 de la loi du 23 mars 2019 introduisant le CSA et portant des dispositions diverses, que « le transfert de l'établissement principal d'une personne morale d'un État à un autre n'a lieu sans interruption de la personnalité qu'aux conditions auxquelles le permet le droit de ces États ». L'article 112 Codip est ainsi venu formaliser, en 2004, les enseignements de deux célèbres arrêts, rendus en 1965 par la Cour de cassation (Cass. (1^{re} ch.) 12 novembre 1965, *Pas.*, 1966, I, 336, *R.W.*, 1965-66, p. 911, *R.P.S.*, 1966, p. 136), et en 1987 par le Conseil d'État (C.E., 29 juin 1987, *Pas.*, IV, 1990, p. 114), qui avaient déjà respectivement confirmé le maintien de la personnalité juridique d'une société à l'occasion de l'immigration d'une société étrangère (*Lamot*) et de l'émigration d'une société belge (*Vanneste*).

⁷⁹ Pour une présentation de la procédure généralement suivie dans la pratique, voy. S. MAQUET et É.-J. NAVEZ, « Le transfert transfrontalier du siège social des sociétés commerciales et ses implications dans la pratique notariale », in *Droit des affaires et sociétés – Actualités et nouveaux enjeux*, Limal, Anthémis, 2013, pp. 165 et s.

⁸⁰ La Commission européenne a publié, le 25 avril 2018, une proposition de directive modifiant la directive 2017/1132 en ce qui concerne les transformations, fusions et scissions transfrontalières. Cette proposition consacre le principe du rattachement distributif de la transformation transfrontalière au droit des États membres d'origine et de destination. Si cette proposition devait être adoptée, il conviendrait que la procédure prévue en droit interne belge soit rendue conforme à la directive.

effet, abandonné la théorie dite « du siège réel » à laquelle le droit belge était fidèle depuis près de 150 ans⁸¹ – en vertu de laquelle une société était régie par le droit de l'État sur le territoire duquel son établissement principal est situé – pour adopter la théorie dite « du siège statutaire » – selon laquelle une société est régie par le droit de l'État où est situé le siège statutaire (à savoir l'adresse mentionnée dans les statuts)⁸². L'article 110 du Codip énonce désormais que « la personne morale est régie par le droit de l'État où se situe son siège statutaire ».

Les procédures d'émigration et d'immigration de personnes morales sont à présent contenues dans le livre 14, qui est sans nul doute le plus novateur de la partie 4 du CSA. Dans le cadre restreint de la présente contribution, nous nous limiterons à présenter les principales étapes de la procédure de transformation transfrontalière des sociétés⁸³, en distinguant l'hypothèse de l'émigration d'une personne morale de droit belge (§ 1), et l'immigration d'une personne morale de droit étranger (§ 2).

§ 1. La procédure d'émigration

A. *Champ d'application de la procédure*

Le CSA ne définit pas la transformation transfrontalière, mais il ressort de l'article 14:16 CSA qu'elle renvoie à l'opération par laquelle une société, une association ou une fondation (i) déplace son siège statutaire d'un État à un autre, (ii) en se transformant en une forme juridique régie par le droit de l'État d'accueil, (iii) tout en bénéficiant de la continuité de sa personnalité juridique.

Ratione materiae, seul le déplacement du siège statutaire est visé par la procédure de transformation, puisque la localisation du siège réel est désormais sans incidence sur la détermination de la loi applicable à la société. Le déplacement transfrontalier de l'établissement principal (ou siège réel) n'est,

⁸¹ La première intervention législative en matière de rattachement des sociétés fut matérialisée dans la loi du 18 mai 1873 sur les sociétés commerciales, M.B., 25 mai 1873, dont l'article 129 énonçait que : « Toute société dont le principal établissement est en Belgique est soumise à la loi belge, bien que l'acte constitutif ait été passé en pays étranger ».

⁸² L'on rappellera simplement ici qu'en règle générale, le principal argument invoqué pour l'abandon de la théorie du siège réel est son inadaptation aux évolutions du droit d'établissement garanti par le TFUE. En ce sens, voy. not. J. MEEUSEN, « Het Polbud-arrest van het Hof van Justitie: Europese vennootschaps-mobiliteit op nieuwe wegen », R.W., 2017-18, n° 16, p. 602 : « *Ofschoon het Hof in het arrest-Polbud nogmaals intrinsieke wet-tigheid van deze leer bevestigt, lijkt het voortaan voor de EU-lidstaten politiek zinloos, ja zelfs contraproductief in een quasi-volledig geliberaliseerde interne markt, deze strikte leer nog op te leggen aan 'hun' vennootschappen* ».

⁸³ La transformation transfrontalière des sociétés est régie par le chapitre 3 du titre 1^{er} du livre 14 du CSA. Nous n'aborderons pas spécifiquement la transformation transfrontalière des associations (chapitre 2 du titre 4), ni la transformation transfrontalière des fondations (chapitre 2 du titre 5). Ces opérations obéissent, pour l'essentiel, aux mêmes règles procédurales que les transformations de sociétés.

quant à lui, pas visé par la procédure, et il peut donc intervenir sans formalisme particulier⁸⁴. À cet égard, une difficulté pourrait se poser si une société de droit belge transférait son seul siège réel dans un État connaissant la théorie du siège réel. Potentiellement, la société se trouverait alors soumise au droit de ces deux États.

Ratione personae, la procédure s'applique à l'ensemble des sociétés dotées de la personnalité juridique (à l'exception de la SE et de la SCE qui bénéficient d'une procédure spécifique), ainsi qu'aux ASBL, AISBL et fondations. L'extension du bénéfice de la procédure aux associations et fondations est cohérente, puisqu'il n'est pas exclu en soi que celles-ci se prévalent du droit d'établissement, lorsqu'elles exercent une activité économique⁸⁵, ce qui est désormais permis par l'article 1:2 CSA.

Les sociétés ne peuvent procéder à une transformation transfrontalière tant qu'elles sont soumises à une procédure d'insolvabilité (art. 14:17 CSA). Comme l'indique l'exposé des motifs, « cette interdiction vise à éviter qu'au cours d'une procédure d'insolvabilité, des sociétés puissent modifier leur situation juridique (ainsi que celle de leur organe d'administration et de leurs associés ou actionnaires) en procédant à une transformation transfrontalière »⁸⁶.

B. *Les formalités précédant la décision de transformation transfrontalière*

La procédure d'émigration mise en place dans le CSA constitue une savante combinaison de mécanismes inspirés du régime juridique de la réduction de capital, de la transformation interne, de la fusion de sociétés et du transfert transfrontalier du siège social de la société européenne. Du point de vue de la technique juridique, le CSA ne propose donc pas de solutions particulièrement innovantes.

À l'instar de ce qui prévaut en matière de fusion et de scission, la procédure débute, à l'initiative de l'organe d'administration, par l'élaboration d'un projet de transfert du siège social, lequel peut être dressé en la forme authen-

⁸⁴ En effet, « l'État de sortie est en principe tenu, au regard du droit de l'Union, d'autoriser l'émigration de la société constituée en vertu de son droit. Il dispose uniquement du pouvoir de décider s'il autorise la société à conserver, de surcroît, sa qualité de société relevant du droit national dudit État » (Conclusions de l'avocat général J. Kokott précédant l'arrêt du 29 novembre 2011, *National Grid Indus*, C- 371/10, point 35).

⁸⁵ Arrêt du 17 juin 1997, *Sodemare*, aff. C-70/95, EU:C:1997:301, point 34 ; arrêt du 14 septembre 2017, *Trustees Panayi*, aff. C-646/15, EU:C:2017:682, point 34.

⁸⁶ *Doc. parl.*, Ch., sess. ord. 2017-2018, n° 54-3119/001, p. 326. L'exposé des motifs précise encore utilement que le terme « procédure d'insolvabilité » englobe toutes les procédures internes et étrangères axées sur le redressement ou la résolution de sociétés en difficultés financières.

tique ou sous seing privé. Le contenu de celui-ci est minimaliste⁸⁷, puisqu'il ne doit contenir que (i) la forme légale, (ii) la dénomination et le siège de la société après la transformation, ainsi que (iii) le nom et la résidence du notaire instrumentant la transformation transfrontalière⁸⁸. Une fois adopté par l'organe d'administration, ce projet est déposé au greffe du tribunal de l'entreprise (dans les 30 jours de son établissement) et publié (dans les 10 jours du dépôt) aux *Annexes du Moniteur belge* (art. 14:18, al. 2, CSA).

L'organe d'administration est tenu d'établir un rapport exposant le projet de transformation, ses motifs et ses conséquences juridiques et économiques. Inspirée de la solution retenue en matière de fusion transfrontalière et de déplacement transfrontalier du siège social de la SE, cette mesure vise à informer les actionnaires des modalités et conséquences de l'opération, de manière à leur permettre de se prononcer en connaissance de cause. Ledit rapport est inscrit à l'ordre du jour de l'assemblée générale appelée à se prononcer sur la décision de transformation (art. 14:20 CSA).

Le rapport visé à l'article 14:20 CSA s'accompagne d'un état comptable préparé par l'organe d'administration, résumant la situation active et passive de la société, arrêté à une date ne remontant pas à plus de quatre mois⁸⁹ avant l'assemblée générale. Cette mesure classique est organisée dans l'intérêt tant des actionnaires que des créanciers (art. 14:21 CSA).

L'état résumant la situation active et passive est contrôlé par un commissaire – lorsque la société en est dotée –, un réviseur d'entreprises ou un expert-comptable externe qui fait rapport et mentionne en particulier, à cette occasion, toute surestimation de l'actif net, comme pour la transformation nationale (art. 14:21, al. 2, CSA). À l'instar des formalités visées ci-avant, cette mesure a pour but de permettre aux actionnaires de se prononcer en connaissance de cause sur la transformation de la société, ainsi que de veiller à la protection du patrimoine social, dans l'intérêt des tiers.

Une copie du rapport de l'organe d'administration, de l'état comptable et du rapport du professionnel du chiffre dont question ci-avant, est communiquée aux actionnaires en même temps que la convocation à l'assemblée appelée à se prononcer sur la transformation (art. 14:22 CSA). Les créanciers

⁸⁷ Comp. l'art. 8 du règlement n° 2157/2001 du 8 octobre 2001 relatif au statut de la société européenne (SE), et l'art. 931 C.Soc.

⁸⁸ L'ajout de cette mention se justifie au regard du droit d'opposition dont jouissent les créanciers, sur la base de l'article 14:19. Ceux-ci sont en effet requis de notifier au notaire instrumentant la demande de sûreté qu'ils auraient adressée à la société migrante.

⁸⁹ L'exposé des motifs ne précise pas la raison pour laquelle un délai de quatre mois a été retenu, alors que l'usage existant est fixé sur un délai de trois mois (comp. l'art. 2:70 § 2, al. 2, CSA; art. 13:3 § 1^{er}, al. 3, CSA; art. 14:3, al. 1^{er}, CSA).

qui en font la demande ont également le droit d'obtenir sans frais une copie de ces documents (art. 14:22, al. 4, CSA).

Enfin, le CSA a mis en place un mécanisme impératif destiné à assurer la protection des créanciers de la société émigrante. La publication du projet de transfert au *Moniteur belge* fait courir un délai de deux mois endéans lequel les créanciers peuvent exiger la constitution d'une sûreté pour leurs créances certaines, mais non encore exigibles au moment de la publication⁹⁰. Les créanciers sont invités à adresser leur demande à la société et – à peine d'irrecevabilité de la demande – au notaire instrumentant. La société peut écarter cette demande en remboursant la créance à sa valeur, sous déduction de l'escompte. À défaut d'accord, la partie la plus diligente soumet la contestation au président du tribunal de l'entreprise du siège de la société débitrice, siégeant en référé (art. 14:19, al. 3 et 4, CSA).

En comparaison avec le droit d'opposition dont jouissent les créanciers en matière de réduction de capital, de fusion, ou de scission, cette mesure de protection des créanciers intervient antérieurement à la passation de l'acte, et non postérieurement, ce qui s'explique par la nature particulière de l'opération. Une fois les formalités d'émigration actées, il serait en effet plus complexe d'assurer une correcte protection des créanciers de la société migrante.

C. *La décision de transformation transfrontalière et les formalités ultérieures*

Deux mois au moins après la publication du projet de transfert aux *Annexes du Moniteur belge*, l'assemblée générale doit se prononcer sur l'opération, dans une décision adoptée – à peine de nullité – aux termes d'un acte authentique reçu par le notaire visé dans le projet de transfert (art. 14:25 CSA). Les conclusions du rapport dressé par le professionnel du chiffre doivent être reproduites dans le procès-verbal de l'assemblée générale extraordinaire, auquel est également annexé l'état comptable résumant la situation active et passive de la société.

La décision de l'assemblée générale devra être adoptée moyennant le respect des règles de présence et de majorité suivantes :

- 1° ceux qui assistent ou sont représentés à la réunion doivent représenter la moitié au moins du capital, ou, si la société ne dispose pas d'un capital, la moitié du nombre total d'actions ou parts émises ;

⁹⁰ Actuellement prévue en matière de réduction de capital, cette mesure constitue une entrave au droit d'établissement garanti par le TFUE, potentiellement justifiable, mais qui pourrait être considérée comme disproportionnée au regard des instruments de droit dérivé existant, en fonction des modalités concrètes d'application (le test de proportionnalité étant notamment réalisé au regard du risque réel de non-recouvrement).

- 2° une proposition de transformation est seulement acceptée si elle réunit les quatre cinquièmes des voix.

Lorsqu'il existe plusieurs classes de titres conférant le droit de vote à l'assemblée, et que le transfert emporte une modification de leurs droits respectifs, la décision de transfert devra être votée moyennant le respect, au sein de chaque classe de titres, des quorums de présence et de majorité dont question ci-avant (art. 14:24, § 2, CSA)⁹¹.

Par dérogation aux quorums de présence et de vote précités, l'accord de tous les associés ou actionnaires est requis dans certains cas (art. 14:24, § 4, CSA):

- 1° pour la décision de transformation transfrontalière en une société où un ou plusieurs associés répondent de manière illimitée des dettes de la société;
- 2° pour la décision de transformation transfrontalière d'une société où un ou plusieurs associés répondent de manière illimitée des dettes de la société;
- 3° si la société n'existe pas depuis deux ans au moins⁹²;
- 4° si les statuts prévoient qu'elle ne pourra adopter une autre forme légale. Cette clause des statuts ne peut être modifiée qu'avec l'accord de tous les associés ou actionnaires. On ressuscite ainsi, en quelque sorte, la théorie des éléments essentiels de la société, pour la question particulière de la *lex societatis*, mais uniquement si les statuts le prévoient.

À la demande de la société, le notaire instrumentant est tenu de délivrer un certificat attestant l'accomplissement des actes et des formalités préalables à la décision de transformation transfrontalière. Ce certificat ne peut être délivré au plus tôt qu'à l'écoulement d'un délai de deux mois à compter de la publication aux *Annexes du Moniteur belge* du projet de transfert. Si un créancier a manifesté la volonté d'obtenir la constitution d'une sûreté, le notaire instrumentant ne pourra délivrer ledit certificat qu'une fois le tiers satisfait, à moins qu'une décision judiciaire exécutoire ait rejeté sa prétention (art. 14:26 CSA). Ce certificat de légalité notarié occupe un rôle central dans la procédure de transformation, puisque son établissement conditionne la radiation de la société

⁹¹ Cette disposition précise encore que les parts bénéficiaires donnent droit à une voix par titre. Elles ne peuvent se voir attribuer dans l'ensemble un nombre de voix supérieur à la moitié de celui attribué à l'ensemble des actions, ni être comptées dans le vote pour un nombre de voix supérieur aux deux tiers du nombre des voix émises par les actions. La pertinence d'une telle règle dans un système permettant l'attribution de votes multiples aux titulaires d'actions est sujette à débat.

⁹² Il pourrait s'agir ici d'une entrave disproportionnée à la liberté d'établissement, dans la mesure où la disposition en cause suppose de façon générale qu'une « jeune société » présente davantage de risques qu'une autre société.

du registre belge des personnes morales, laquelle permet à la transformation de sortir ses effets (art. 14:27, al. 2, CSA). Le cas échéant, le certificat notarié sera également requis par l'autorité compétente de l'État d'immigration, pour prouver l'accomplissement régulier des formalités d'émigration, et permettre ainsi la nouvelle immatriculation.

Afin d'éviter une rupture de la personnalité juridique de la société migrante en cours de procédure, l'article 14:27, alinéa 1^{er}, CSA énonce que la société peut seulement être radiée du registre belge des personnes morales si elle peut apporter la preuve de son immatriculation au registre des sociétés de l'État d'immigration⁹³, et sur présentation du certificat de légalité notarié. Le registre belge des personnes morales mentionne l'immatriculation de la société dans le registre étranger.

La transformation transfrontalière et la modification des statuts qui en résulte prennent seulement effet à dater de la radiation de l'immatriculation dans le registre belge des personnes morales. Celle-ci fait l'objet d'une publication par mention aux *Annexes du Moniteur belge*.

§ 2. La procédure d'immigration

Le CSA encadre la procédure d'immigration d'une société de droit étranger de façon beaucoup plus laconique que l'opération d'émigration d'une société de droit belge. Est ici visée l'opération par laquelle une personne morale régie par un droit étranger déplace son siège statutaire en Belgique, en vue de se transformer pour adopter la forme d'une personne morale régie par le droit belge, en continuité de sa personnalité juridique.

La réglementation, contenue aux articles 14:28 à 14:30 CSA laisse malheureusement subsister plusieurs zones d'ombres, qui devront être précisées par la pratique, ou à la faveur d'une intervention législative ultérieure.

La transformation transfrontalière doit être constatée dans un acte notarié reçu en Belgique. Le CSA est muet quant à la question de savoir si la décision doit être adoptée par l'assemblée générale, l'organe d'administration, ou un mandataire spécial désigné par la société. Dans le silence de la loi, le notaire belge devrait pouvoir acter les déclarations d'un mandataire spécial de la société, comparant *qualitate qua*, sans devoir réunir une assemblée générale, ni même l'organe d'administration.

L'acte notarié d'immigration est reçu, sur présentation au notaire instrumentant des pièces attestant que celle-ci a respecté les prescriptions étrangères

⁹³ Une difficulté pratique pourrait surgir, dans l'hypothèse où le droit de l'État d'immigration subordonnerait l'immatriculation de la société à sa radiation du registre des personnes morales belges.

applicables à la procédure d'émigration. Le notaire belge est ici chargé de réaliser un contrôle *prima facie*, c'est-à-dire de vérifier si les pièces étrangères qui lui sont soumises⁹⁴ indiquent à première vue que la société immigrante a respecté les prescriptions étrangères qui lui sont applicables⁹⁵.

L'acte notarié d'immigration doit également (i) constater la décision de la société de déplacer son siège en Belgique, et (ii) adopter les nouveaux statuts conformes à la loi belge⁹⁶. Cet acte doit être déposé au greffe du tribunal de l'entreprise et publié en entier aux *Annexes du Moniteur belge*. Les nouveaux statuts peuvent, quant à eux, être publiés par extrait (art. 14:28, al. 2, CSA).

La transformation transfrontalière et la modification statutaire qui en résulte ne prennent effet qu'à dater de l'immatriculation de la société dans le registre des personnes morales belge (art. 14:29 CSA).

Afin de permettre aux tiers d'avoir une idée précise de la situation financière de la société, le CSA a prévu que la société immigrante est tenue de déposer à la Banque nationale de Belgique, dans un délai de 30 jours à compter de la signature de l'acte authentique de transformation, un état comptable résumant la situation active et passive de la société. À défaut d'avoir réalisé le dépôt, le dommage subi par les tiers est, sauf preuve contraire, présumé résulter de cette omission (art. 14:30, al. 1^{er}, CSA).

⁹⁴ Afin de se conformer aux enseignements de l'arrêt de la C.J.U.E., 12 juillet 2012, aff. C-378/10, *Vale*, précité, il importera, à cet égard, de respecter la force probante des pièces et documents transmis par l'autorité compétente de l'État membre d'origine.

⁹⁵ *Doc. parl.*, Ch., sess. ord. 2017-2018, n° 54-3119/001, p. 330.

⁹⁶ *Ibid.*