

L'APPORT NON RÉMUNÉRÉ ET LA DONATION DE COMPTE COURANT EN SOCIÉTÉ

Lorette ROUSSEAU

Maître de conférences à l'UCLouvain

Notaire

et

Jacques DE CODY

Assistant à l'UCLouvain

Collaborateur notarial

Introduction

L'article 19 du Code des droits d'enregistrement rend obligatoirement enregistrables :

- 1° les actes des notaires ;
- 2° les actes translatifs ou déclaratifs de propriété ou d'usufruit d'immeubles situés en Belgique.

La donation est définie par l'article 4.132, § 2 du Code civil comme « un contrat par lequel le donateur se dépouille actuellement et irrévocablement du bien donné, en faveur du donataire qui l'accepte ».

Elle est en outre un acte solennel, l'article 4.158 précisant que « [t]out acte de donation est, à peine de nullité, passé devant notaire ». Tout acte de donation d'un immeuble est dès lors obligatoirement enregistrable et, partant, soumis aux droits proportionnels prévus par l'article 131 du Code des droits d'enregistrement bruxellois, par les articles 131 et 131*bis* du Code des droits d'enregistrement wallon et par l'article 2.8.4.1.1 du Code flamand de la fiscalité.

Concernant les donations mobilières, il n'est pas contesté que, par exception au caractère solennel de la donation, elles peuvent se réaliser

de manière indirecte (1) et ne nécessitent pas dans ce cas la signature d'un acte notarié (2).

La donation indirecte a été définie par la Cour de cassation (3) comme étant celle qui est réalisée non pas sous la forme d'un acte de donation mais sous la forme d'un autre acte juridique qui réalise également un transfert de patrimoine et qui est neutre en ce sens qu'il peut être conclu aussi bien à titre onéreux qu'à titre gratuit.

Il était cependant devenu classique de recourir à l'acte notarié de donation de valeurs mobilières lorsqu'un tel acte était souhaitable pour éviter tout risque de discussion sur la validité d'une donation (4), voire indispensable pour éviter l'application de l'article 9 du Code des droits de succession (art. 2.7.1.0.7. C.F.F.), l'acte étant alors passé devant un notaire étranger pour éviter d'avoir à payer les droits de donation en Belgique. Cette technique avait été surnommée la « *Kaasroute* » (5), route que notre législateur fiscal a fermée par la loi spéciale du 13 décembre 2020, entrée en vigueur le 15 décembre 2020, ajoutant un 6° à l'article 19 du Code des droits d'enregistrement qui rend depuis cette date obligatoirement enregistrables : « 6° les actes notariés passés en pays étranger qui font titre d'une donation entre vifs de biens meubles par un habitant du royaume ».

Les planificateurs patrimoniaux se sont penchés sur des solutions alternatives permettant de continuer à éviter l'impôt de donation sur les valeurs mobilières. Tel est le cas des apports non rémunérés à une société et des donations de compte courant en société.

Section 1. L'apport non rémunéré

§ 1. Notions

A. L'apport en société

L'article 1:8, § 1^{er} du Code des sociétés et des associations définit l'apport comme « l'acte par lequel une personne met quelque chose à disposition d'une société à constituer ou d'une société existante pour

(1) Deux autres exceptions que sont le don manuel et la donation déguisée existent également.

(2) Même si un document sous signature privée est souvent établi afin de se réserver la preuve de l'opération.

(3) Cass. (1^{re} ch.), 21 octobre 2021, R.G. n° C.20.0546.N, <https://juportal.be> (29 octobre 2021) ; J.L.M.B., 2024/3, p. 97, note P. MOREAU ; NjW, 2022, liv. 466, p. 595, note C. BLOMME ; R.P.P., 2022/3, p. 255, note M. VAN MOLLE ; T. Not., 2022/2, p. 175.

(4) En cas, par exemple, de donation d'actions de société.

(5) La plupart des actes étant signés aux Pays-Bas.

en devenir associé ou accroître sa part d'associé, et dès lors participer aux bénéfices ».

En principe, il implique de permettre à la société d'exercer ses activités et de poursuivre ses buts dont l'un « est de distribuer ou de procurer à ses associés un avantage patrimonial direct ou indirect » (6).

L'apport emporte l'appauvrissement de l'apporteur et l'enrichissement du patrimoine de la société, déterminant la valeur des parts sociales ou actions. En contrepartie de l'apport, l'apporteur bénéficie de droits sociaux (7).

B. L'apport non rémunéré à une société disposant de la personnalité juridique

Un apport non rémunéré est celui réalisé à une société déjà constituée sans que de nouvelles actions soient émises au profit de l'apporteur.

Le Code des sociétés et des associations permet expressément de réaliser de tels apports dans une société à responsabilité limitée. L'article 5.120, § 2 prévoit en effet que « [l']assemblée générale, statuant à la majorité simple, a le pouvoir d'accepter des apports supplémentaires sans émission d'actions nouvelles. Cette décision est constatée par acte authentique et est déposée et publiée conformément aux articles 2:8 et 2:14, 1° ».

La suppression du capital en SRL a en effet fait disparaître le lien qui existait entre les apports d'un actionnaire dans le capital de la société et les actions de capital qu'il recevait en contrepartie (8).

En ce qui concerne les autres formes de sociétés, si l'apport non rémunéré n'est pas expressément permis par le code, aucun texte ne semble l'interdire. Le Code des sociétés et des associations n'impose d'ailleurs pas que les apports à une société soient rémunérés par une émission de titres représentatifs du capital pour l'intégralité de l'apport puisqu'il peut être prévu une prime d'émission (9).

L'Institut des Réviseurs d'Entreprises a, le 3 mai 2021 (10), rendu l'avis suivant en matière d'augmentation de capital en nature sans émission

(6) Art. 1:1 CSA.

(7) Voy. égal. L. HERVE, *La société patrimoniale*, Limal, Anthemis, 2023, p. 63 qui définit l'apport comme « l'ensemble des biens qui sont apportés dans le patrimoine de la société en vue de la réalisation de son objet, pour être soumis aux mêmes risques que ce patrimoine, et en contrepartie desquels les associés reçoivent des droits sociaux, c'est-à-dire les divers avantages attachés à la qualité d'associé ».

(8) H. CULOT et O. MARESCHAL, « Les titres et leur transfert dans la SRL », in A.-P. ANDRÉ-DUMONT et Th. TILQUIN (coord.), *La société à responsabilité limitée*, Bruxelles, Larcier, 2019, p. 82.

(9) Art. 7:178, 7:184 et 7:197 CSA.

(10) Avis 2021/08.

de nouvelles actions ou parts pour ce qui concerne les sociétés coopératives et les sociétés anonymes :

« SC : La SC ne contient pas de disposition analogue à l'article 5:120, § 2 CSA.

On ne peut pas trop interpréter le silence du législateur dans un sens ou dans un autre. Le simple fait que cette procédure ne soit pas réglementée par la loi n'implique pas en soi qu'elle ne soit pas possible.

L'ancien article 423, § 1^{er}, deuxième alinéa, C. Soc. concernant le contrôle d'une augmentation de capital par apport en nature dans une SCRL stipulait : "Ce rapport porte sur la description de chaque apport en nature et sur les modes d'évaluation adoptés. Il indique si les estimations auxquelles conduisent ces modes d'évaluation correspondent au moins au nombre et à la valeur nominale et, le cas échéant, à la prime d'émission des parts à émettre en contrepartie. Le rapport indique quelle est la rémunération effectivement attribuée en contrepartie des apports".

Cet argument de texte fait défaut dans le nouvel article 6:110, § 1^{er}, deuxième alinéa CSA, qui ne fait plus référence aux parts à émettre en contrepartie.

Par conséquent, un apport en nature sans émission de nouvelles actions dans la SC est juridiquement possible, en l'absence d'argument de texte contraire.

SA : Dans les SA, le rapport sur l'apport en nature du commissaire, ou pour les sociétés dans lesquelles il n'y en a pas, du réviseur d'entreprises porte notamment sur l'examen de la description de chaque apport en nature, l'évaluation adoptée et les modes d'évaluation appliqués et indique si les estimations auxquelles conduisent ces modes d'évaluation correspondent au moins à la valeur des actions à émettre en contrepartie.

On peut déduire de cet argument de texte que la SA est, dans tous les cas, censée émettre des nouvelles actions lorsqu'elle souhaite augmenter son capital par un apport en nature.

Par conséquent, un apport en nature sans émission de nouvelles actions dans la SA n'est juridiquement pas possible, compte tenu du texte de la loi.

3. Conclusion Le Conseil de l'Institut estime que de nouvelles actions doivent être émises lorsqu'une SA augmente son capital au moyen d'un apport en nature.

À l'inverse, un apport en nature dans une SRL peut, conformément à l'article 5:120, § 2 CSA, désormais avoir lieu sans émission d'actions nouvelles, mais cette opération doit toujours être approuvée

par l'assemblée générale à la majorité simple et faire l'objet d'un acte authentique.

Un apport en nature sans émission de nouvelles actions est possible dans la SC, en l'absence d'argument de texte contraire ».

Dans la présente contribution seront seuls abordés les apports non rémunérés en SRL.

C. *L'apport non rémunéré en société simple*

La question se pose si un apport non rémunéré serait également permis à une société simple.

L'article 4:1, alinéa 1^{er}, CSA définit la société simple comme étant « le contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent de mettre leurs apports en commun en vue de partager le bénéfice patrimonial direct ou indirect qui pourra en résulter. Elle est conclue pour l'intérêt commun des parties ». Elle est dépourvue de la personnalité juridique(11) et est régie par les dispositions des articles 4:1 à 4:21, CSA, notamment l'article 4:13, alinéa 1^{er}, CSA, qui précise que les « biens apportés à la société ainsi que ceux qui résultent de l'activité sociale forment un patrimoine indivis entre les associés ».

La constitution d'une société simple a dès lors pour conséquence la création d'une indivision portant sur les biens apportés(12) et pour objet l'organisation de cette indivision, le plus souvent au moyen de règles s'apparentant à celles relatives au fonctionnement des sociétés dotées de la personnalité juridique(13).

La constitution – pas plus que toute modification ultérieure des statuts – n'est soumise à aucun formalisme particulier. De la sorte, l'acte constitutif et les modifications ultérieures peuvent résulter d'un acte sous signature privée.

Instrument sociétaire contractuel par excellence(14), la société simple apparaît « comme une forme sociétaire régie par un corps de règle qui lui est propre » et « conserve en cours de vie sociale un caractère contractuel très marqué »(15).

(11) Art. 1:5 CSA.

(12) Qui sont affectés à l'activité de la société.

(13) F. MAGNUS, « La société simple en matière de planification patrimoniale – Modèle commenté », in E.-J. NAVEZ (dir.), *Le nouveau droit des sociétés et des associations*, Bruxelles, Larcier, 2019, pp. 125-172.

(14) S. SCARNA et J. LIMET, « Du fromage... à la bière, toutes les routes mènent à Rome ! », *Rec. gén. enr. not.*, 2024/3, n° 27.805, p. 95 ; voy. égal. A. AYDOGAN, « La "route de la bière", alternative à la "route du fromage" ? », *Fiscologue*, juin 2023, n° 1794, p. 3.

(15) E.-J. NAVEZ et A. NAVEZ, « La société simple », in *Le Code des sociétés et des associations*, 1^{re} éd., Bruxelles, Larcier, 2019, p. 252.

Au vu de cette liberté contractuelle, et dès lors qu'aucune disposition du CSA n'interdit expressément de réaliser un apport non rémunéré dans une société simple, de nombreux auteurs estiment qu'un tel apport est possible (16). Cette technique a été nommée « route de la bière », l'opération ne nécessitant aucun acte à l'étranger et la Belgique étant considérée comme « le pays de la bière ».

§ 2. Qualification de l'apport non rémunéré

A. Prémisses

L'apport non rémunéré « peut se justifier dans une perspective excluant toute intention libérale dans le chef de l'actionnaire, dans la mesure où un tel apport peut, en pratique, intervenir pour diverses autres raisons » (17).

Il peut également être fait (totalement ou partiellement) *animus donandi*. La présente contribution se limitera d'ailleurs à cette hypothèse. La question est dès lors la suivante : l'apport non rémunéré peut-il servir de mécanisme de donation ?

B. Donation ?

La donation est définie à l'article 4:132, § 2 du Code civil comme « un contrat par lequel le donateur se dépouille actuellement et irrévocablement du bien donné, en faveur du donataire qui l'accepte ».

Trois éléments constituent une donation : l'appauvrissement du donateur, l'enrichissement corrélatif du donataire et l'intention libérale.

Dans le cadre de la problématique qui nous occupe, il n'est pas discutable qu'il y a :

- appauvrissement : comme indiqué ci-dessus, l'apport emporte l'appauvrissement de l'apporteur ;

(16) Voy. S. SCARNA et J. LIMET, « Du fromage... à la bière, toutes les routes mènent à Rome ! », *Rec. gén. enr. not.*, 2024/3, n° 27.805, pp. 95 et 96 ; Ph. DE PAGE, « De certaines incidences sur le droit de la famille du nouveau Code des sociétés et des associations », *États généraux du droit de la famille IV*, 1^{re} éd., Bruxelles, Larcier, 2022 ; H. CASMAN, A. VERBEKE, N. NIJBOER et B. VERDICKT, « Nieuw leven voor alternatieve schenkingstechnieken? », *Nieuwbr. Notar.*, 2021, p. 7 ; K. MARESCEAU, « De soorten inbrengen in vennootschappen en aanverwante regels (relevant voor vermogensplanning) », *Tijdschr. Estate Plan.*, 2021, n° 12 ; S. ROELAND, « Inbreng zonder uitgifte van nieuwe aandelen in het WVV-tijdperk », *Notamus*, 2021 ; B. DELAHAYE et S. CARON, « La donation d'actions nominatives et de créances à l'égard de société », *R.P.P.*, 2022/1, pp. 39 et 40. S. SCARNA et J. LIMET, « Usufuit sur actions d'une société familiale : pistes d'organisation conventionnelle », *R.P.P.*, 2023/1, pp. 84 et s.

(17) S. SCARNA et J. LIMET, « Du fromage... à la bière, toutes les routes mènent à Rome ! », *Rec. gén. enr. not.*, 2024/3, n° 27.805, p. 94 qui citent e.a. la mise à disposition de nouveaux moyens au profit de la société tout en préservant la dilution de l'actionnariat existant et les rapports de force en son sein.

- enrichissement : la valeur des actions – y compris celles des actionnaires non apporteurs – augmente grâce à l'apport ;
- intention libérale si l'apport est fait *animus donandi*, ce qui sera le plus souvent le cas.

Dès lors que ces trois éléments seraient réunis, l'apport non rémunéré pourrait être le support d'une donation à concurrence de l'enrichissement des actionnaires non apporteurs, lequel correspond à l'augmentation de la valeur des actions qu'ils détiennent.

C. Acceptation

S'agissant d'une donation, elle doit, comme toute donation, être acceptée par le donataire avant le décès du donateur.

S'agissant des sociétés simples, l'article 4:12 CSA indique que les associés réunis en assemblée prennent toute décision qui a pour objet de modifier la convention, s'entendant du contrat de société simple tel que défini à l'article 4:1 CSA (18). Il y a lieu de considérer que l'acceptation de la donation que constitue l'apport non rémunéré a lieu au moment du vote en assemblée. Lorsque les statuts ne prévoient pas de règles de majorité, l'article 4:12 CSA prévoit que les décisions sont prises à l'unanimité de sorte que tous les associés approuvent l'apport et, dès lors, l'acceptent. Si les statuts prévoient des règles spécifiques de majorité, les décisions prises à la majorité prévues par la convention lient l'ensemble des associés (19), sauf fraude ou abus de droit. L'on n'aperçoit cependant pas quelle fraude ou abus de droit pourraient être invoqués dès lors que l'apport non rémunéré bénéficie, par essence, aux autres associés que l'apporteur (20). L'acceptation pourrait en outre « être confirmée par le pacte adjoint et les différents actes posés en tant qu'associés après l'augmentation de capital » (21).

En SRL, l'apport non rémunéré tel que visé par l'article 5.120, § 2, CSA consiste nécessairement en un « apport supplémentaire » qui doit être « accepté par l'assemblée générale, statuant à la majorité simple ». Dès

(18) Voy. *supra*.

(19) Art. 4:12, al. 3, CSA. Voy. E.-J. NAVEZ et A. NAVEZ, « La société simple », in *Le Code des sociétés et des associations*, Bruxelles, Larcier, 2019, p. 255. Notons par ailleurs qu'en règle, la majorité se calcule par tête et non en fonction des apports, de telle sorte que chaque associé ne dispose que d'une voix. Les statuts peuvent déroger à ce mode de calcul et prévoir d'autres modalités, telle qu'une répartition de la puissance votale en proportion des parts. J. MALHERBE, Y. DE CORDT, P. LAMBRECHT, P. MALHERBE et H. CULOT, « Société simple, société en nom collectif et société en commandite », in *Droit des sociétés*, 5^e éd., Bruxelles, Larcier, 2020, n° 442.

(20) Dans ses conclusions du dossier 2054, le Comité d'études et de législation rappelle toutefois que l'apport doit rencontrer les autres exigences de fond propres à toutes les donations.

(21) B. DELAHAYE et St. CARON, « La donation d'actions nominatives et de créances à l'égard de sociétés ? », *R.P.P.*, 2022/1, p. 39.

lors que cette majorité est atteinte, la décision prise par l'assemblée liera l'ensemble des actionnaires y compris les actionnaires non apporteurs qui n'auraient pas été présents à l'assemblée générale, auraient voté contre la décision d'apport ou se seraient abstenus. On pourrait dans ce cas, en cas de contestation, plaider qu'il n'y a pas acceptation et dès lors pas donation.

D. Quantum de la donation

Il ne peut être contesté que l'appauvrissement intervient dès l'apport.

Plus incertaine est la question du moment où intervient l'enrichissement corrélatif, parfaitement posée en matière de société simple par Sabrina Scarnà et Julien Limet : « [B]ien que l'appauvrissement se rapporte aux biens apportés dans le chef du donateur, l'enrichissement corrélatif à constater dans le chef des donataires en diffère dans la mesure où les biens apportés n'entrent pas tels quels dans le patrimoine des autres associés. Ainsi lesdits biens entrent dans le patrimoine de la société bénéficiaire de l'apport, lequel est distinct du patrimoine propre des associés. Ce faisant, l'objet de l'enrichissement des donataires est la plus-value qu'ils actent dans le chef des parts qu'ils détiennent » (22). Pour ces auteurs, la plus-value (voire *mutatis mutandis* la moins-value) à comptabiliser est celle au jour du décès de l'apporteur ou celle constatée au moment de la réalisation des parts, si celle-ci est intervenue entre-temps (23).

De même, en SRL, les apports étant soumis aux risques de la société, on pourrait considérer que ce ne sera qu'au moment de la cession des actions que la plus-value est réalisée et que sera consacré l'enrichissement corrélatif à l'appauvrissement consenti (24).

Ces conclusions nous semblent devoir être nuancées. Particulièrement en SRL, la plus-value pourrait également résulter du travail du gestionnaire de la société. Cette plus-value ne pourra assurément pas être prise en compte pour la détermination du *quantum* de la donation.

(22) S. SCARNA et J. LIMET, « Du fromage... à la bière, toutes les routes mènent à Rome ! », *Rec. gén. enr. not.*, 2024/3, n° 27.805, p. 107.

(23) *Ibid.*, p. 108 ; voy. égal. dans ce sens V. DEHALLEUX, *La planification patrimoniale*, 3^e éd., Limal, Anthemis, 2019, p. 130.

(24) A. CULOT, « Incidences en droits d'enregistrement et de succession. Question et (parfois) réponses », in *La transmission des sociétés familiales et le Code des sociétés et des associations*, Limal, Anthemis, 2019, pp. 166 et s.

§ 3. L'apport non rémunéré comme outil de planification patrimoniale

A. L'apport non rémunéré en société simple

1. Considérations civiles

On peut considérer que l'apport non rémunéré à une société simple répond à la définition de l'*acte neutre* reprise par la Cour de cassation dans son arrêt du 21 octobre 2021 dans la mesure où le caractère onéreux ne se déduit pas nécessairement de l'apport⁽²⁵⁾ car « même à défaut d'être rémunéré, la raison d'être d'un tel apport réside bien, en principe, dans la volonté d'accroître les profits pouvant être tirés de la société »⁽²⁶⁾. La gratuité n'est pas exclue mais demeure une potentialité⁽²⁷⁾ de telle sorte que cet apport ne peut *a priori* pas être considéré comme un acte à titre gratuit mais pourrait constituer une donation indirecte en ce que l'apporteur renonce à recevoir une contrepartie. L'acte opérant un déplacement de valeurs financières d'un patrimoine à un autre peut être le support d'une donation indirecte⁽²⁸⁾.

Sur le plan du contrôle du patrimoine de la société, dès lors qu'un droit de vote multiple est possible et que les actions sans droit de vote sont autorisées, il est parfaitement envisageable qu'un actionnaire jouisse « d'un pouvoir vital démesuré, attaché à un nombre dérisoire d'actions »⁽²⁹⁾.

L'outil semble dès lors attrayant : le donateur conserve le contrôle du patrimoine de la société, ce qui lui permet d'éviter le recours à une donation avec réserve d'usufruit qui le contraindrait à signer un acte notarié pour échapper à l'article 9 du Code des droits de succession (art. 2.7.1.0.7. C.F.F.), tout en échappant à l'impôt de donation.

Il reste que « [l']absence de positionnement clair du législateur – ne pouvant être perçue comme une autorisation, ni comme une interdiction – ou de jurisprudence sur la question de la validité de l'opération doit cependant conduire à privilégier la sécurité juridique et la prudence »⁽³⁰⁾.

(25) B. DELAHAYE et S. CARON, « La donation d'actions nominatives et de créances à l'égard de société », *R.P.P.*, 2022/1, p. 39 ; S. SCARNA et J. LIMET, « Du fromage... à la bière, toutes les routes mènent à Rome ! », *Rec. gén. enr. not.*, 2024/3, n° 27.805, p. 102.

(26) S. SCARNA et J. LIMET, « Du fromage... à la bière, toutes les routes mènent à Rome ! », *Rec. gén. enr. not.*, 2024/3, n° 27.805, p. 102.

(27) S. SCARNA et J. LIMET, « Du fromage... à la bière, toutes les routes mènent à Rome ! », *Rec. gén. enr. not.*, 2024/3, n° 27.805, p. 101. Voy. égal. le dossier n° 2054 du Comité d'études et de législation, rapport de J. SAUVAGE et de C. JOISTEN, à paraître.

(28) V. WYART, *Les libéralités*, Limal, Anthemis, 2020, p. 125.

(29) Ph. BOSSARD, « La société simple dans le CSA. Effets à l'égard des tiers, durée, opportunité », *R.P.P.*, 2020/1-2, p. 47.

(30) S. SCARNA et J. LIMET, « Du fromage... à la bière, toutes les routes mènent à Rome ! », *Rec. gén. enr. not.*, 2024/3, n° 27.805, p. 96.

Un juge pourrait en effet requalifier l'opération, la déclarer simulée (et donc inopposable), voire en prononcer la nullité.

Pour Sabrina Scarnà et Julien Limet, il ne peut être question de simulation pour les apports non rémunérés dès lors qu'il n'existe pas de contre-lettre, comme « il ne saurait être question de procéder à une requalification que lorsque "la substance des stipulations et l'économie générale de la convention" révèlent une erreur de qualification, c'est-à-dire lorsque les éléments soumis à l'appréciation du juge sont inconciliables avec la qualification que les parties ont donnée à leur contrat ». Or, « aucun élément excluant radicalement la qualification que les parties auront donnée à leurs conventions ne pourrait permettre d'en redresser la qualification » (31).

Reste le risque que le juge prononce la nullité de la convention d'apport non rémunéré à une société simple sur la base du droit commun des nullités (32) s'il devait considérer que l'opération n'est pas valable sur le plan civil.

Sauf à ce que la nullité soit prononcée, et à considérer que l'opération constitue une donation indirecte, restera la question du *quantum* de la donation (33), question qui ne se posera cependant que pour le cas où tous les héritiers légaux ne sont pas associés – ou pas associés de manière égalitaire – à l'opération et qu'il y aurait lieu à rapport de la donation ou s'il était nécessaire de reconstituer la masse de calcul du disponible afin de vérifier s'il n'y a pas lieu à réduction.

Il conviendra dès lors déconseiller de recourir à la « route de la bière » « dans des familles où un climat de tension existe et où des donations inégalitaires ont lieu » mais « il ne s'agit pas là de la majorité des situations » (34).

2. Considérations fiscales

La société simple a longtemps été utilisée comme simple véhicule de contrôle des biens donnés : les biens à donner – par exemple les actions d'une société – étaient apportés dans une société simple par leur propriétaire qui recevait en échange des parts de cette dernière. Le contrôle du patrimoine de la société simple était organisé de manière à maintenir

(31) *Ibid.*, n° 27.805, p. 97.

(32) Les dispositions des articles 2:34 et suivants du CSA sont réservés aux sociétés disposant de la personnalité juridique.

(33) *Voy. supra.*

(34) S. SCARNA et J. LIMET, « Du fromage... à la bière, toutes les routes mènent à Rome ! », *Rec. gén. enr. not.*, 2024/3, n° 27.805, p. 97 qui ajoutent cependant : « C'est ainsi que le risque que la nullité des opérations soit soulevée par une partie ou un ayant droit du donateur peut être évacué ».

le pouvoir de gestion et de vote des actions apportées à l'apporteur. Les parts de la société simple étaient ensuite données.

Ce mécanisme ne permettait pas d'éviter l'écueil des droits de donation, sauf à passer l'acte devant un notaire étranger.

Avec la fermeture de la *Kaasroute* s'est posée la question si la société simple pouvait également être utilisée comme outil de planification patrimoniale permettant d'éviter l'application des droits de donation via le mécanisme des apports non rémunérés.

Exemple : Xavier et sa fille Yolande sont associés dans une société simple au patrimoine de 1.000 euros divisé en 1.000 parts de 1 euro chacune. Xavier détient 1 part et Yolande 99 parts.

Xavier apporte ultérieurement 999.000 euros. Aucune nouvelle part n'est créée. La valeur de chaque part a été multipliée par 1.000.

On aperçoit directement l'intérêt : la société simple peut en effet être constituée et ses statuts peuvent être modifiés par acte sous signature privée et si l'apport non rémunéré peut constituer une donation indirecte, cela permet « d'éviter l'écueil d'être soumis à la forme notariée » (35) et, partant, le caractère obligatoirement enregistrable de la donation.

Il faut à nouveau inciter à la prudence. L'administration fiscale a en effet le pouvoir de requalifier les opérations, de les déclarer simulées et donc inopposables ou encore d'invoquer l'abus fiscal.

Pour les raisons évoquées ci-dessus dans les considérations civiles, les risques de simulation et de requalification peuvent être évacués. Il semblerait en outre que l'administration ne puisse invoquer la nullité de la convention (36). Il ne lui reste dès lors que l'arme de l'abus fiscal.

L'article 18, § 2 du Code des droits d'enregistrement prévoit en effet que : « N'est pas opposable à l'administration, l'acte juridique ni l'ensemble d'actes juridiques réalisant une même opération lorsque l'administration démontre par présomptions ou par d'autres moyens de preuve visés à l'article 185 et à la lumière de circonstances objectives, qu'il y a abus fiscal.

Il y a abus fiscal lorsque le redevable réalise, par l'acte juridique ou l'ensemble d'actes juridiques qu'il a posé, l'une des opérations suivantes :

1. une opération par laquelle il se place, en violation des objectifs d'une disposition du présent Code ou des arrêtés pris en exécution

(35) S. SCARNA et J. LIMET, « Du fromage... à la bière, toutes les routes mènent à Rome ! », *Rec. gén. enr. not.*, 2024/3, n° 27.805, p. 100.

(36) S. SCARNA et J. LIMET, « Du fromage... à la bière, toutes les routes mènent à Rome ! », *Rec. gén. enr. not.*, 2024/3, n° 27.805, pp. 97 et 98.

de celui-ci, en dehors du champ d'application de cette disposition ;
ou

2. une opération par laquelle il prétend à un avantage fiscal prévu par une disposition du présent Code ou des arrêtés pris en exécution de celui-ci, dont l'octroi serait contraire aux objectifs de cette disposition et dont le but essentiel est l'obtention de cet avantage.

Il appartient au redevable de prouver que le choix de cet acte juridique ou de cet ensemble d'actes juridiques se justifie par d'autres motifs que la volonté d'éviter les droits d'enregistrement ».

Appliqué à l'apport non rémunéré en société simple, l'abus fiscal ne pourra être invoqué par l'administration qu'à la condition qu'elle puisse démontrer la violation des objectifs de dispositions fiscales particulières et pour autant que des motifs civils autres que fiscaux suffisants ne puissent pas permettre au contribuable de justifier la raison d'être de l'opération.

Il faut à cet égard noter que l'article 19, alinéa 1^{er}, 6^o du Code des droits d'enregistrement n'est pas évité en violation de l'objectif poursuivi par le législateur. L'objectif du législateur en 2020 en fermant la « *kaasroute* » était en effet d'« interdire d'échapper aux droits de donation en recourant à un notaire étranger. Comme cela ne se produit pas dans le cas de la "route de la bière" (qui n'implique pas d'acte notarié), nous estimons qu'il ne peut pas y avoir d'abus fiscal » (37). Cette opinion peut indiscutablement être suivie : il n'y a, dans le mécanisme, ni acte notarié, ni *a fortiori* acte notarié passé devant un notaire étranger.

Par contre, nous avons vu que le contrôle du patrimoine de la société simple est organisé dans le cadre de sa gérance et du droit de vote à l'assemblée générale de la société. Selon VLABEL, un contrôle excessif exercé par le donateur par l'intermédiaire de la société simple signifie que l'application du régime du legs fictif de l'article 2.7.1.0.3, 3^o, CFF est évitée (38), ce qui conduit à l'application de la disposition générale anti-abus (39). De la sorte, lorsque l'apporteur (donateur) se réserve un contrôle presque absolu du patrimoine de la société, la donation indirecte que constitue l'apport non rémunéré est assimilée à un legs, la

(37) A. AYDOGAN, « Donation exonérée : la "route de la bière" alternative à la "route du fromage" ? », *Fiscologue*, 2023, n° 1794, p. 5.

(38) Art. 4, al. 1^{er}, 3^o, C. succ. qui qualifie de legs fictif les donations entre vifs de biens meubles faites par le défunt sous la condition suspensive remplie à la suite du décès du donateur. À noter que la cour d'appel de Gand (Gand, 1^{er} décembre 2020, *Fiscologue*, 2021, n° 1696, p. 10) a contesté cette décision mais VLABEL ne tient pas compte de cette jurisprudence.

(39) Voy. dans ce sens décision anticipée n° 16.046 du 14 novembre 2016, publiée le 30 novembre 2016 ; décision anticipée n° 20.069 du 23 novembre 2020, publiée le 12 janvier 2021 ; décision anticipée n° 21.014 du 25 mai 2021, publiée le 17 août 2021 ; décision anticipée n° 22.009 du 25 avril 2022, publiée le 6 mai 2022. Voy. égal. A. AYDOGAN, « Donation exonérée : la "route de la bière" alternative à la "route du fromage" ? », *Fiscologue*, 2023, n° 1794.

donation étant alors réputée faite sous la condition suspensive remplie à la suite du décès du donateur.

Dans sa décision anticipée 22.070 (40), VLABEL a examiné le montage suivant : un donateur souhaitait créer une société simple avec sa fille avec un apport limité où la majorité des parts reviendraient à la fille (10 parts de classe A pour le père et 990 parts de classe B pour sa fille). Par la suite, le donateur souhaitait faire un apport substantiel à la société simple, sans création de parts. Les statuts prévoyaient que les parts de classe B n'avaient aucun droit sur les bénéfices mais que seuls 75 % des bénéfices annuels pouvaient être distribués. Un pacte adjoint prévoyait, outre une clause de retour conventionnel facultatif, une interdiction d'apport en communauté et une charge de rente (plafonnée à 50 % de la valeur de la donation) déduction faite des bénéfices de la société attribués au père.

Selon VLABEL, dès lors qu'un pouvoir vital exorbitant n'est pas réservé au profit de l'apporteur, et malgré l'attribution à son profit des bénéfices distribuables (limités à 75 % des bénéfices annuels), l'application de l'article 2.7.1.0.3., 3°, C.F.F. est exclue, la propriété étant définitivement transférée en pleine propriété et la donation n'étant assortie d'aucune condition suspensive ou d'aucun terme suspensif rempli à la suite du décès du donateur.

De même, les articles 2.7.1.0.7. (41) et 2.7.1.0.9. C.F.F. (42) ne sont-ils pas d'application dès lors qu'aucun démembrement de la propriété des parts n'est opéré et que la charge de rente est limitée à 50 % de la valeur des biens donnés, ce qui empêche la qualification de l'opération en une convention à titre onéreux.

VLABEL a par contre considéré que l'apport réalisé par le père sans création de parts constituait une donation indirecte (43) et que, dès lors, en cas de décès de l'apporteur dans les trois ans de la décision de l'assemblée générale (7 ans s'il s'agit d'une entreprise familiale pouvant bénéficier de l'exemption des droits de donation), l'article 2.7.1.0.5. C.F.F. (44) trouvera à s'appliquer (45).

Dans cette mesure, en cas de décès du père dans les trois ans de l'apport, la valeur des parts données sera prise en compte pour l'application du

(40) Décision anticipée 22.070 du 27 février 2023, publiée le 22 mars 2023.

(41) Art. 9 C. succ.

(42) Art. 11 C. succ.

(43) VLABEL précisant cependant qu'il ne se prononce pas sur la qualification de l'apport en tant que donation indirecte mais fondant son point de vue en fonction de la qualification telle que proposée par les demandeurs (et donc pas sur l'exactitude de cette qualification).

(44) Art. 7 C. succ.

(45) À noter que dans l'espèce soumise à VLABEL, 25 % des bénéfices devaient être réservés. À cet égard, VLABEL considère que la fiction ne s'applique pas à ces bénéfices non distribués.

legs fictif ; ce sera leur valeur au jour du décès du donateur (46). Pour le cas où une cession des parts serait intervenue entre-temps, il y aurait alors lieu de retenir la valeur au jour de la cession (47).

B. *L'apport non rémunéré en SRL*

1. Considérations civiles

Pour rappel, l'article 5:120, § 2, CSA permet désormais un apport sans émissions d'actions nouvelles. Dès lors que ne figure dans les statuts que le nombre d'actions et non le montant du capital, l'apport non rémunéré étant précisément fait sans émission d'actions nouvelles, aucune adaptation des statuts n'est nécessaire dans le cadre de cette décision (48).

Cette décision requiert toutefois une résolution de l'assemblée générale, statuant à la majorité simple, constatée par acte authentique (49).

Une autre innovation majeure du CSA est qu'il existe maintenant une liberté statutaire totale en matière de puissance votale. Cette liberté « s'enracine dans le concept fondateur de l'absence de capital dans la SRL. Les actions n'ayant plus de valeur représentative du capital dans la SRL, il n'y a par essence plus de lien obligatoire entre la valeur de l'apport et les droits attachés aux actions, en ce compris le droit de vote » (50).

L'article 5:42, alinéa 1^{er}, CSA prévoit en effet que « sauf disposition statutaire contraire, chaque action dispose d'une voix ». Cette règle n'étant que supplétive, il est possible de s'écarter du principe « une action, une voix » soit en démultipliant le droit de vote, soit en le limitant de sorte qu'il y ait une dissociation du pouvoir et de la propriété des actions.

L'article 5:45 CSA précisant que « [l]es statuts peuvent limiter le nombre de voix dont chaque actionnaire dispose dans les assemblées, à condition que cette limitation s'impose à tout actionnaire quels que soient les titres pour lesquels il prend part au vote », il permet à

(46) V. DEHALLEUX, *La planification patrimoniale*, 3^e éd., Limal, Anthemis, 2019, p. 130 ; S. SCARNA et J. LIMET, « Du fromage... à la bière, toutes les routes mènent à Rome ! », *Rec. gén. enr. not.*, 2024/3, n° 27.805, p. 107 ; décision EE/99.532 du 22 janvier 2003, *Rép. R.J.*, S 7/07-02.

(47) Voir celle de l'objet du emploi en raison de la subrogation (légal ou conventionnelle).

(48) A. CULOT, « Incidences en droits d'enregistrement et de succession. Question et (parfois) réponses », in *La transmission des sociétés familiales et le Code des sociétés et des associations*, Limal, Anthemis, 2019, p. 165.

(49) Art. 5:120, § 2, CSA, *in fine*.

(50) L. CLOQUET et A.-P. ANDRÉ-DUMONT, « Les actions à géométrie variable dans les sociétés familiales constituées sous forme de SRL et de SA (spécialement dans une perspective de transmission de la société) », *R.P.P.*, 2020/1-2, p. 114.

l'apporteur-donateur de s'assurer de conserver le pouvoir (51). Si « [o]n aperçoit immédiatement l'intérêt pratique de cette nouvelle flexibilité, notamment pour les sociétés familiales. Le pater familias pourrait, par exemple, transmettre la quasi-totalité des actions à droit de vote unique à ses héritiers tout en conservant quelques actions à droit de vote multiple [...] lui donnant la majorité des voix en assemblée générale » (52), le même intérêt peut être relevé en cas d'apport non rémunéré. L'apporteur, s'il souhaite conserver le contrôle de la société, aura veillé à faire insérer dans les statuts des clauses lui assurant un pouvoir votal suffisant pour continuer à prendre (le cas échéant seul) toutes les décisions intéressant la société.

Par identité de motifs avec l'apport non rémunéré dans une société simple, on peut considérer que l'apport répond à la définition de l'*acte neutre* réalisant une donation indirecte, la question du *quantum* de la donation se posant de la même manière qu'en société simple de sorte que le même conseil doit être donné de n'utiliser ce mécanisme qu'en respectant l'égalité entre les héritiers réservataires, ce qui pourra se révéler difficile – voire impossible – si l'un de ces héritiers réservataires exerce ou a exercé une fonction de gestion de la société susceptible d'augmenter la valeur des actions.

2. Considérations fiscales

a) Le droit d'apport

Exemple : Xavier et sa fille Yolande sont actionnaires d'une SRL. Xavier détient 1 action et Yolande 99 actions.

Xavier apporte ultérieurement 999.000 euros. Aucune nouvelle action n'est créée.

Nous l'avons vu, l'article 5:120 précise que la décision d'accepter des apports sans émission d'actions nouvelles doit être constatée par acte authentique.

Outre que l'acte étant authentique, il est obligatoirement enregistrable sur la base de l'article 19, 1° du Code des droits d'enregistrement, il l'est également en vertu de l'article 19, 5° qui prévoit que « les actes contenant apport de biens à des sociétés possédant la personnalité juridique et qui ont soit leur siège de direction effective en Belgique, soit leur siège statutaire en Belgique et leur siège de direction effective hors

(51) L. CLOQUET et A.-P. ANDRÉ-DUMONT, « Les actions à géométrie variable dans les sociétés familiales constituées sous forme de SRL et de SA (spécialement dans une perspective de transmission de la société) », *R.P.P.*, 2020/1-2, pp. 118 et 121.

(52) A. WILLERMAIN, « Le contrôle de l'actionariat et de l'administration des sociétés familiales constituées sous forme de SRL et de SA (spécialement dans une perspective de transmission de la société) », *R.P.P.*, 2020/1-2, p. 128.

du territoire des États membres de la Communauté économique européenne » sont obligatoirement enregistrables.

À ce titre, bien que non rémunéré, l'apport sera taxé au droit d'apport tel que fixé à l'article 115 du Code des droits d'enregistrement, à savoir, en principe, à 0 %.

Par dérogation, le droit est porté à 12, 5 % (12 % en région flamande) lorsqu'un apport en société est rémunéré en partie autrement que par l'attribution de droits sociaux (art. 120 C. enr.), dans la mesure de cette rémunération (53). En matière d'apport non rémunéré, s'il n'y a certes pas attribution de droits sociaux, il n'y a par définition pas de rémunération de sorte que cette disposition ne s'applique pas.

Par dérogation également, le droit est porté à 12, 5 % (12 % en région flamande) s'il s'agit d'un apport par une personne physique de biens immeubles situés en Belgique affectés ou destinés partiellement ou totalement à l'habitation (art. 115bis C. enr.). Aux termes de l'article 119, alinéa 1^{er} du Code des droits d'enregistrement (art. 2.9.3.0.1. C.F.F.), « la base imposable est déterminée en tenant compte des droits sociaux attribués en contrepartie des apports, sans qu'elle puisse être inférieure à la valeur vénale des biens ».

De cette disposition, on peut conclure qu'en cas d'apport d'un immeuble d'habitation, ce sera la valeur vénale de l'immeuble au moment de l'apport qui servira de base à la taxation au droit perçu sur les mutations à titre onéreux. Cette valeur devra faire l'objet d'une déclaration *pro fisco* dans l'acte d'apport.

b) Le droit de donation

1° Considérations générales

Nous l'avons vu, l'apport non rémunéré tel que visé par l'article 5.120, § 2, CSA consiste nécessairement en un « apport supplémentaire » qui doit être « accepté par l'assemblée générale, statuant à la majorité simple ». Dès lors que cette majorité est atteinte, la décision prise par l'assemblée lie l'ensemble des actionnaires.

Faut-il pour autant considérer que le vote positif des actionnaires non apporteurs – et pour autant que l'apport non rémunéré soit en l'espèce constitutif d'une donation (indirecte) – vaut acceptation de la donation ?

De la réponse à cette question dépend bien évidemment l'application des articles 131 et suivants du Code des droits d'enregistrement (art. 2.8.4.1.1. C.F.F.) et dès lors la taxation de l'apport au droit de

(53) Apport mixte.

donation. En d'autres termes, puisque la décision d'accepter des apports sans émission d'actions nouvelles doit être constatée par acte authentique, l'administration serait-elle fondée à considérer que cet acte fait titre de la donation ?

Alors que le mécanisme de la société simple a pour seule conséquence la création d'une indivision portant sur les biens apportés et l'organisation de cette indivision, les apports à une SRL sont soumis aux risques de la société. Selon André Culot, ce serait donc à une étape ultérieure, et seulement si les actions ont procuré un bénéfice, que la plus-value sera réalisée et que l'on pourra aboutir à considérer l'opération comme une donation indirecte. Ce n'est en effet qu'au moment où la plus-value est réalisée que sera consacré l'enrichissement corrélatif à l'appauvrissement consenti (54).

Outre que cette opinion soulève la question du *quantum* de la donation indirecte (55), elle interpelle sur le principe même de donation. André Culot écrit à ce sujet : « Nous ne pensons pas qu'il y ait libéralité au moment de l'apport puisque les apports sont tous soumis aux risques de la société » (56). Selon nous, le risque existe néanmoins que l'on considère qu'au jour de l'apport, l'apporteur s'appauvrit tandis que les autres actionnaires s'enrichissent dans la mesure où leurs actions vaudront plus qu'avant l'apport. « [C]ette question n'a pas encore été soumise à l'appréciation des cours et tribunaux. En outre, aucune décision administrative n'a été rendue à ce sujet. Par conséquent, cette pratique requiert une certaine prudence et il nous semble que l'apporteur avisé devrait soumettre au préalable cette opération à l'avis du Service des décisions anticipées » (57).

C'est, nous semble-t-il, un conseil judicieux d'autant qu'il faut constater qu'à ce jour, les seules dispositions fiscales examinées dans le cadre d'un éventuel abus fiscal sont celles de l'impôt de succession, les dispositions relatives à l'impôt de donation n'ayant quant à elles fait actuellement l'objet d'aucun contrôle administratif préalable, ni de la part du Service des décisions anticipées, ni de la part de VLABEL.

Rappelons-le : la décision d'apport non rémunéré doit faire l'objet d'un acte authentique. Il passera dès lors nécessairement sous le feu d'un

(54) A. CULOT, « Incidences en droits d'enregistrement et de succession. Question et (parfois) réponses », in *La transmission des sociétés familiales et le Code des sociétés et des associations*, Limal, Anthemis, 2019, pp. 166 et s.

(55) Voy. *infra*.

(56) A. CULOT, « Incidences en droits d'enregistrement et de succession. Question et (parfois) réponses », in *La transmission des sociétés familiales et le Code des sociétés et des associations*, Limal, Anthemis, 2019, p. 166.

(57) X. ULRICI, « [Les sociétés] Généralités », in F. WERDEFROY (dir.), *Droits d'enregistrement*, t. II, 12^e éd., Malines, Wolters Kluwer, 2024, n° 998, p. 575.

examen par l'administration qui pourra invoquer l'abus fiscal sur la base de l'article 18, § 2, du Code des droits d'enregistrement et considérer que l'apport non rémunéré réalise en fait une donation.

Le contribuable conservera toutefois la possibilité de prouver qu'en l'espèce, l'acte d'apport se justifie par d'autres motifs que la volonté d'éviter l'impôt de donation, tel l'apport en nature de biens, sans que doivent être respectées les formalités s'y appliquant en principe sur la base de l'article 5:121, § 2, CSA, la remise à flot de l'entreprise ou la mise à disposition de la société de nouveaux moyens tout en préservant la répartition des actions (58).

Si le contribuable ne parvient pas à justifier l'apport par des motifs autres que fiscaux, l'administration serait, à notre estime, fondée à appliquer le droit de donation.

Il est dès lors vivement conseillé au notaire qui reçoit l'acte d'apport non rémunéré de se faire provisionner du montant du droit de donation.

2° Base imposable

Si l'on conclut à l'application du droit de donation, reste alors à résoudre la question du *quantum* de cette donation puisque, nous l'avons vu, un doute existe quant au moment de la donation : le jour de l'apport ou le jour de la réalisation de la transmission ?

À cet égard, les textes fiscaux en matière d'impôt de donation sont clairs : le droit est liquidé sur la valeur vénale des biens donnés (59), qu'il s'agisse d'un immeuble ou d'un meuble (60).

En conséquence, si l'administration devait considérer que l'acte d'apport constitue une donation, la valeur à prendre en considération pour la taxation en droit d'enregistrement sera celle de la valeur des biens apportés au jour de l'acte, quelles que soient les fluctuations de valeurs subies par ces biens et la plus-value (ou la moins-value) que les bénéficiaires de l'apport pourraient en retirer dans la mesure du nombre d'actions détenues par l'actionnaire non-apporteur (dans l'exemple, 99 %). Du point de vue fiscal, la question du *quantum* de la donation est un faux problème, le législateur fiscal ne se préoccupant jamais – quelle que soit la nature des biens donnés – de l'évolution de leur valeur entre le jour de la donation et celui du décès (61).

(58) S. SCARNA et J. LIMET, « Du fromage... à la bière, toutes les routes mènent à Rome ! », *Rec. gén. enr. not.*, 2024/3, n° 27.805, p. 94.

(59) Art. 133 C. enr. ; art. 2.8.3.0.1. C.F.F.

(60) Une particularité existant pour les instruments financiers quant à la date prise en considération.

(61) Sauf lorsqu'il y a application de l'article 7 C. succ. (art. 2.7.1.0.5. C.F.F.) puisque cet article instaure une fiction d'actif successoral ou de legs, soumis tous deux au principe général de la valeur vénale au jour du décès (art. 19 C. succ. ; art. 2.7.3.3.1. C.F.F.).

3° *Quid* si l'acte n'a, lors de sa présentation à l'enregistrement, pas été taxé au droit de donation ?

Si l'administration devait n'avoir perçu que le droit d'enregistrement d'apport lors de la présentation de l'acte à la formalité d'enregistrement, serait-elle fondée à revenir sur sa décision et percevoir, par la suite, le droit de donation ?

À notre estime, cette question relève de l'application des règles de prescription, plus particulièrement de l'article 214 du Code des droits d'enregistrement qui stipule qu'« [i]l y a prescription pour le recouvrement :

1° des droits et amendes dus sur un acte ou une convention, après deux ans à compter seulement du jour de l'enregistrement d'un acte ou écrit qui révèle à l'administration la cause de l'exigibilité des droits et amendes d'une manière suffisante pour exclure la nécessité de toute recherche ultérieure ».

À noter qu'en région flamande, l'article 3.3.3.0.1., § 4/2, C.F.F. a porté le délai de prescription à cinq ans à compter du jour de l'enregistrement de l'acte (62).

Cette disposition indique que l'acte doit révéler au receveur la cause d'exigibilité du droit. À cet égard, « [i]l n'est pas requis que la cause de l'exigibilité repose dans le document présenté lui-même. L'acte ou l'écrit ne doit pas nécessairement constituer le titre de perception direct. Il n'est pas davantage requis que l'acte ou l'écrit contienne tous les renseignements requis pour la liquidation du droit. Il est toutefois requis que la pièce remise entre les mains de l'administration apporte en soi la preuve intégrale de l'exigibilité des droits » (63). De même, « [l]'acte ou l'écrit doit révéler en soi la cause de l'exigibilité du droit de telle sorte que le receveur puisse les fixer au moment même de l'enregistrement sans l'aide d'autres documents. Ceci n'enlève rien à la nécessité d'une lecture attentive de l'entièreté de l'acte par le receveur » (64).

On devrait dès lors pouvoir considérer qu'après expiration du délai de prescription, l'administration ne serait plus fondée à percevoir le droit de donation sur l'acte d'apport non rémunéré en SRL puisque : 1° l'acte a, par définition, été enregistré ; 2° l'acte révèle la cause de l'exigibilité du droit puisqu'aucun élément n'est dissimulé et 3° une lecture attentive

(62) Ce délai étant en outre prolongé de quatre ans (art. 3.3.3.0.1., § 4/2, al. final, C.F.F.) en cas d'infraction commise dans une intention frauduleuse ou à dessein de nuire, ce qui n'est *a priori* pas le cas dans le cadre d'un apport non rémunéré.

(63) M. LEMPEREUR, « [Les sociétés] Généralités », in F. WERDEFROY (dir.), *Droits d'enregistrement*, t. I, 12^e éd., Malines, Wolters Kluwer, 2022, n° 369, p. 575.

(64) M. LEMPEREUR, « [Les sociétés] Généralités », in F. WERDEFROY (dir.), *Droits d'enregistrement*, t. I, 12^e éd., Malines, Wolters Kluwer, 2022, n° 371, p. 577.

de l'entièreté de l'acte par le receveur peut lui permettre, à tout le moins, de soulever l'abus fiscal et obliger le contribuable à justifier l'opération par des motifs autres que fiscaux.

4° Le cas particulier de l'apport de l'immeuble suivi d'une donation des actions

Il convient également de s'interroger sur la position de l'administration en cas d'apport non rémunéré d'un immeuble dans l'hypothèse où elle considère que l'apport lui permet de percevoir l'impôt de donation : considérera-t-elle que l'objet de la donation est l'immeuble ou la plus-value procurée aux actions inscrites au nom des actionnaires autres que l'apporteur ?

De la réponse à cette question dépend le tarif de droit de donation applicable : le tarif progressif pour les immeubles ou le tarif linéaire pour les meubles ?

Le Service des décisions anticipées (65) a eu à examiner le mécanisme suivant : une dame célibataire et sans enfant apporte des immeubles dans une société familiale dont elle avait précédemment fait donation de la nue-propriété des actions à ses neveux et nièces, se réservant l'usufruit sa vie durant, le tout contre l'émission de nouvelles actions que l'apporteuse désirait voir immédiatement attribuées en nue-propriété à ses neveux et nièces en vertu d'une stipulation reprise dans l'acte d'augmentation de capital. Le demandeur entendait faire confirmer par le Service des décisions anticipées que l'apport immédiatement suivi de l'attribution aux neveux et nièces de la nue-propriété des actions émises en rémunération de l'apport constituait bien une donation indirecte de biens meubles.

L'apport bénéficiait en l'occurrence du taux de 0 %, les immeubles apportés n'étant ni affectés ni destinés à l'habitation.

Le Service des décisions anticipées a, dans cette espèce, accepté de voir dans l'opération une donation mobilière, constatant que l'apporteuse n'a pas l'intention de se défaire de sa qualité d'actionnaire ni de permettre aux bénéficiaires de devenir propriétaires des immeubles apportés. Il considère également que l'opération n'est pas constitutive d'abus au sens de l'article 18, § 2 du Code des droits d'enregistrement, les parties souhaitant supporter toutes les conséquences fiscales de leurs actes, à savoir le droit d'apport (66) et le droit de donation (67).

(65) Décision anticipée n° 2013.239 du 11 mars 2014, <http://ccf02.mingov.be>.

(66) Fût-il de 0 %.

(67) Pour un commentaire complet de cette décision, voy. L. STAS, « Un apport de biens immeubles au profit d'un tiers peut-il constituer une donation indirecte d'actions ? », *Rec. gén. enr. not.*, 2015/8, n° 26.763, pp. 466 et s.

Il est en effet indéniable que le mécanisme de l'apport non rémunéré d'un immeuble ne peut être comparé à celui qui consiste à donner une somme d'argent afin de permettre au donataire d'acquérir l'immeuble du donateur. Dans ce cas, c'est l'immeuble qui constitue l'appauvrissement du donateur et l'enrichissement du donataire. Le donateur s'appauvrit certes dans un premier temps d'une somme d'argent, mais il récupère immédiatement celle-ci lors de la vente de l'immeuble. De même, le donataire s'enrichit dans un premier temps d'une somme d'argent mais il l'utilise immédiatement pour acquérir l'immeuble du donateur. Il y a donc identité finale d'appauvrissement et d'enrichissement sur l'immeuble. Dans l'apport non rémunéré, cette identité de biens donnés est absente : le donateur s'appauvrit certes de l'immeuble mais l'immeuble devenant – et restant – la propriété de la société, le donataire ne s'en enrichit pas ; seule la valeur de ses actions augmente, raison pour laquelle on ne voit pas pourquoi il pourrait être conclu autrement que comme l'a fait le Service des décisions anticipées sauf, bien entendu, si les éléments de la cause devaient révéler une simulation (68).

Section 2. Donation d'un compte courant en société

§ 1. Introduction

Bon nombre de gérants, d'administrateurs, de dirigeants, d'actionnaires – dénommés ci-après de manière générique « associés » – disposent, au sein de leurs sociétés, d'un compte dit « courant ». Ce compte, qui peut être créancier ou débiteur, reflète en écritures comptables la créance de l'associé à l'encontre de sa société ou, à l'inverse, celle que la société détient envers lui. Les exemples d'opérations pouvant s'inscrire dans ce compte courant sont multiples. Il peut entre autres s'agir d'avances faites par un associé à sa société, de dividendes dont l'associé demeure créancier, ou encore de la contrepartie d'un apport n'ayant pas fait l'objet d'une rémunération intégrale en actions (69). Étant donné l'importante valeur financière que peut représenter cet ensemble de créances à l'égard d'une société, la question de sa transmission dans le cadre d'une planification successorale a toute son importance et mérite d'être analysée.

(68) Par exemple si l'immeuble devait être attribué peu de temps après l'apport en nature à ses actionnaires.

(69) D. GOL, « Les comptes courants d'associés : questions choisies en droit commercial et en droit des sociétés », in M. BOURGEOIS et X. PACE (dir.), *Le compte courant dans la vie des affaires*, Limal, Anthemis, 2013, pp. 23-24.

§ 2. Notion juridique du contrat de compte courant

L'inscription comptable appelée couramment « compte courant en société » ou « compte courant d'associé », est-elle une déclinaison du contrat de compte courant ?

Dans sa terminologie juridique, le contrat de compte courant est classiquement défini comme « un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent que les créances et les dettes réciproques naissant de leurs opérations entreront dans un compte, afin d'en faire masse et d'en suspendre la liquidation jusqu'à la clôture du compte » (70). D'après cette définition, l'effet novatoire du compte courant « entraîne l'extinction de chaque créance individuelle dès son inscription et justifie dès lors, notamment, la perte des caractéristiques propres à chaque créance » (71). Ce n'est, enfin, qu'à la clôture du compte qu'une compensation générale « fera apparaître une créance exigible à charge de l'une des parties et au profit de l'autre » (72).

Une seconde approche doctrinale s'appuyant sur le mécanisme de la compensation propose, au motif que « l'intention de nover l'obligation ne se présume pas » (73), de définir le compte courant comme un contrat aux termes duquel deux personnes s'accordent sur le fait de suspendre le règlement de leurs créances réciproques et d'en reporter l'exigibilité à l'époque de la clôture du compte (74). Selon cette théorie, les créances se compensent réciproquement au fil de l'eau par l'inscription de nouvelles créances, et permettent aux créances de conserver leurs caractéristiques individuelles.

La jurisprudence, semblant (75) privilégier une théorie classique aux accents de compensation (76), a identifié trois caractéristiques

(70) J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, t. IV, Bruxelles, Bruylant, 1988, p. 352 ; Cass. fr., 13 janvier 1970, *Bull. civ.*, IV, p. 16, cité par D. GOL, « Les comptes courants d'associés : questions choisies en droit commercial et en droit des sociétés », in M. BOURGEOIS et X. PACE (dir.), *Le compte courant dans la vie des affaires*, Limal, Anthemis, 2013, p. 14.

(71) D. GOL, « Les comptes courants d'associés : questions choisies en droit commercial et en droit des sociétés », in M. BOURGEOIS et X. PACE (dir.), *Le compte courant dans la vie des affaires*, Limal, Anthemis, 2013, p. 14.

(72) J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, t. IV, Bruxelles, Bruylant, 1988, p. 352, cité par D. GOL, « Les comptes courants d'associés : questions choisies en droit commercial et en droit des sociétés », in M. BOURGEOIS et X. PACE (dir.), *Le compte courant dans la vie des affaires*, Limal, Anthemis, 2013, p. 14.

(73) Art. 5.245, al. 3, C. civ. (ex-art. 1273 anc. C. civ.).

(74) D. GOL, « Les comptes courants d'associés : questions choisies en droit commercial et en droit des sociétés », in M. BOURGEOIS et X. PACE (dir.), *Le compte courant dans la vie des affaires*, Limal, Anthemis, 2013, p. 15.

(75) Voy. av. gén., A. VAN INGELGEM, concl. préc. Cass. (1^{re} ch.), 5 mai 2017, R.G. n° F.15.0171.N, disponible sur www.juportal.be, faisant tant bien référence à la théorie classique qu'à la théorie de la compensation continue.

(76) D. GOL, « Les comptes courants d'associés : questions choisies en droit commercial et en droit des sociétés », in M. BOURGEOIS et X. PACE (dir.), *Le compte courant dans la vie des affaires*, Limal, Anthemis, 2013, p. 16.

au contrat de compte courant que sont la réciprocité des remises, le principe d'affectation générale et l'indivisibilité des créances inscrites en compte (77).

§ 3. Notion pratique du compte courant en société

La question de savoir si le compte courant d'associé est ou non un contrat de compte courant au sens juridique appelle toutefois une réponse négative. Même si « dans les deux cas il faut qu'il y ait une relation suivie entre les parties, qui engendre des remises réciproques dans le compte » (78), la doctrine (79) et la jurisprudence suivent majoritairement la distinction « entre le compte courant au sens comptable, c'est-à-dire un simple compte de "doit" et "avoir" que tiennent les entreprises au sujet des personnes avec lesquelles elles sont en relations d'affaires [et auquel ne s'attache aucun effet juridique particulier] (80), d'une part, et le contrat de compte courant [...], d'autre part » (81). Ainsi, la notion de compte courant en société ne constitue généralement « qu'une expression comptable des différents contrats, et non [l'expression] d'un contrat de compte courant » (82), cette expression comptable étant dénuée d'effet novatoire et l'intention des parties de créer une situation d'indivisibilité lui faisant défaut (83).

Si la notion comptable du compte courant en société ne peut être vue comme un contrat de compte courant, le fait de savoir si une avance consentie par un associé à sa société peut constituer un prêt d'argent au sens du deuxième alinéa de l'article 18 du Code des impôts sur les revenus 1992 a aussi fait l'objet de discussions. Jusqu'à sa modification en 2017, ledit article 18 était rédigé comme suit : « est considéré comme avance, tout prêt d'argent, représenté ou non par des titres, consenti par une personne physique à une société dont elle possède des actions ou parts ou par une personne à une société dans laquelle elle exerce un mandat ou des fonctions visés à l'article 32, alinéa 1^{er}, 1^o, ainsi que tout prêt d'argent consenti le cas échéant par leur conjoint ou leurs enfants à cette société lorsque ces personnes ou leur conjoint ont la jouissance

(77) *Ibid.*, pp. 16-17.

(78) Comm. Mons (2^e ch.), 4 janvier 2007, *D.A.O.R.*, 2007/2, n° 82, p. 260.

(79) F. BALTUS et G. VAN DEN BERG, « Les comptes d'associés – Aspects fiscaux », *D.A.O.R.*, 1995, liv. 34, pp. 51-55.

(80) Mons (1^{re} ch.), 8 octobre 2001, *R.D.C.*, 2003, liv. 1, p. 7.

(81) Bruxelles, 2 février 1993, *J.D.F.*, 1993, p. 110.

(82) Comm. Gand (2^e ch.) 22 novembre 2010, *T.G.R.-T.W.V.R.*, 2011, liv. 3, p. 187.

(83) D. GOL, « Les comptes courants d'associés : questions choisies en droit commercial et en droit des sociétés », in M. BOURGEOIS et X. PACE (dir.), *Le compte courant dans la vie des affaires*, Limal, Anthemis, 2013, pp. 19-20, cité par Liège (14^e ch.), 30 octobre 2014, *D.A.O.R.*, 2015/2, n° 114, p. 121.

légale des revenus de ceux-ci » (84). La question a toute son importance en pratique puisque l'article 18, alinéa 1^{er}, 4^o du Code des impôts sur les revenus 1992 (C.I.R. 92) instaure une limite anti-abus aux intérêts sur les avances faites par une personne physique à une société. Or les avances assorties d'intérêts faites par un associé à sa société constituent une part importante des comptes courants créditeurs. Concrètement, les intérêts convenus entre un associé et une société, relatifs à une avance consentie par le premier à la seconde, encourent le risque d'être requalifiés en dividendes « lorsque le montant total des avances productives d'intérêts excède la somme des réserves taxées au début de la période imposable et du capital libéré à la fin de cette période » (85). De même, un taux d'intérêt supérieur au taux du marché (86) peut avoir l'effet néfaste d'entraîner la requalification des intérêts en dividendes ce qui, outre le précompte mobilier, présente le désavantage de ne pas bénéficier de la déductibilité visée à l'article 55 du C.I.R. 92.

Mettant terme au débat qui animait alors la doctrine et l'administration fiscale, la Cour de cassation a confirmé à plusieurs reprises que l'inscription comptable pouvait être considérée comme un contrat de prêt au sens du C.I.R. 92. Ceci, pour autant que « le contrat sous-jacent à la créance comptabilisée constitue effectivement un contrat de prêt » (87). Puisque la notion de « prêt » visée par le C.I.R. 92 doit être interprétée selon le droit commun faute de signification propre, une inscription en compte courant d'associé entrant dans le champ d'application du contrat de prêt au sens des articles 1874, 1892 et suivants de l'ancien Code civil constitue un « prêt » tel que visé par le Code des impôts sur les revenus 1992. Ainsi que l'enseigne la jurisprudence de la Cour de cassation, un prêt d'argent peut être constaté par une inscription en compte courant, « mais une telle inscription n'implique pas nécessairement l'existence d'un contrat de prêt au sens de [l'article 18 deuxième alinéa du C.I.R. 92] » (88).

(84) Art. 18, al. 2, C.I.R. 92, tel que modifié par la loi du 25 décembre 2017 portant réforme de l'impôt des sociétés, M.B., 29 décembre 2017, art. 4.

(85) Art. 18, al. 1^{er}, 4^o, deuxième tiret, C.I.R. 92.

(86) L'article 55 C.I.R. 92 – auquel renvoie l'article 18 C.I.R. 92 – fixe comme limite « le taux d'intérêt pratiqué par les IFM, publié par la Banque nationale de Belgique, pour les prêts d'un montant inférieur ou égal à 1.000.000 euros avec taux variable et fixation initiale du taux d'une durée inférieure ou égale à un an, octroyés aux sociétés non financières, conclus au mois de novembre de l'année civile précédant l'année civile à laquelle les intérêts se rapportent, augmenté de 2,5 % », soit un taux maximum de 4,07 % pour l'année 2022, de 5,70 % pour l'année 2023 et de 8,02 % pour l'année 2024 (J. WELLENS, *Requalification des intérêts en dividendes*, www.monkey.wolterskluwer.com, n° 1278091).

(87) Cass. (1^{re} ch.), 2 décembre 2010, R.G. n° F.09.0094.F, *Pas.*, p. 2879, concl. av. gén. A. HENKES.

(88) Cass. (1^{re} ch.), 19 avril 2018, R.G. n° F.17.0076.N, disponible sur www.juportal.be.

En 2017, le législateur a clarifié pour plus de sécurité juridique (89) le champ d'application de l'article 18, alinéa 1^{er}, 4^o, en remplaçant le vocable « tout prêt d'argent » par « toute créance » (90), gravant ainsi dans le marbre le risque de la requalification en dividendes des intérêts frôlant la limite anti-abus mise en place par ce même article, notamment dans le cadre d'un compte courant créditeur.

§ 4. Transmission par donation

A. Le principe : donation directe

Comme rappelé ci-avant, et malgré les incitants à la transmission des sociétés familiales (91), la fermeture de la *Kaasroute* depuis le 15 décembre 2020 (92) a sensiblement complexifié la planification successorale des personnes souhaitant anticiper la transmission de leur société. Quelques propositions de solutions ont été émises pour trouver de nouvelles techniques de planification à moindre coût fiscal, et notamment la donation des comptes courants d'associés. Le compte courant créditeur, représentant une créance d'une personne envers sa société, ne peut *a priori* être donné que moyennant le respect du formalisme prévu par les articles 4.158 et suivants du Code civil, en ce compris le passage obligatoire par le notaire chargé de l'authentification de la donation. Au-delà de tout formalisme, la donation « directe » d'une créance est soumise au droit d'enregistrement s'élevant, en principe, à 3 % en ligne directe et entre partenaires en régions bruxelloise (93) et flamande (94), et à 3,3 % en ligne directe ainsi qu'entre époux et cohabitants légaux en Wallonie (95). Pour échapper au carcan des articles 4.158 et suivants du Code civil et des droits d'enregistrement, est-il possible de transmettre ce compte courant d'associé de manière indirecte ?

Il est admis tant par la doctrine et par la jurisprudence que par la législation (96), que ne sont pas soumis aux conditions de formes du

(89) Proposition de loi portant réforme de l'impôt des sociétés, développements, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2017-2018, n° 54-2864/001, p. 33.

(90) Art. 4, loi du 25 décembre 2017 portant réforme de l'impôt des sociétés, *M.B.*, 29 décembre 2017.

(91) Art. 140bis C. enr. (Rég. wal.), art. 140/1 C. enr. (Rég. Brux.-Cap.) et art. 2.8.6.0.3. C.F.F.

(92) Loi spéciale du 13 décembre 2020, modifiant le Code des droits d'enregistrement, d'hypothèque et de greffe en vue de rendre obligatoire l'enregistrement d'actes notariés étrangers, *M.B.*, 15 décembre 2020.

(93) Art. 131 C. enr. (Rég. Brux.-Cap.).

(94) Art. 2.8.4.1.1. C.F.F.

(95) Art. 131bis C. enr. (Rég. wal.).

(96) Si ces formes de donations ne sont pas consacrées explicitement par le Code civil, celles-ci sont reconnues dans les travaux préparatoires du livre 4 du nouveau Code civil. Ph. et H. De Page énoncent également dans leur *Traité de droit civil belge* plusieurs (ex-)dispositions du Code civil

livre 4 du Code civil les dons manuels, les donations indirectes ou encore les donations déguisées. Ces donations, et notamment celles qualifiées d'indirectes, sont toutefois soumises aux conditions de fond des donations qu'énumèrent Ph. et H. De Page (97) : l'acceptation de la donation par le donataire ; le consentement renforcé du donateur ; la capacité de donner du donateur et celle de recevoir du donataire ; la soumission aux règles de rapport et de réduction des libéralités ; et l'irrévocabilité des donations, exceptions faites de la révocabilité des donations entre époux et de la révocation pour inexécution des charges ou ingratitude. En outre, les donations indirectes doivent respecter les conditions de forme de l'acte neutre et abstrait leur servant de support (98).

B. Donation indirecte par cession de créance ?

En 2022, B. Delahaye et S. Caron dressaient l'analogie entre le virement bancaire – lequel est aujourd'hui unanimement reconnu comme acte neutre et abstrait pouvant servir de véhicule à une donation indirecte – et l'adaptation du titulaire d'une créance inscrite dans les comptes annuels d'une société. À l'instar du virement bancaire, la modification d'une inscription comptable en compte courant peut constituer une « cession de créance qui peut se réaliser à titre gratuit (donation) ou à titre onéreux (vente, échange, ...) de sorte qu'elle n'indique pas sa cause » (99). Outre le caractère neutre et abstrait de l'opération, la donation indirecte nécessite un acte propre, autonome et valable comme tel (100). La cession de créance, qui est un contrat nommé aux articles 5.174 et suivants du Code civil, semble en effet pouvoir constituer l'acte propre, autonome et valable comme tel. Par ailleurs, le seul formalisme auquel est soumise la cession de créance ne conditionne pas le transfert de propriété de la créance qui se fait en principe *solo consensu* (101), mais l'opposabilité de la cession au débiteur cédé. Cette opposabilité au débiteur se réalise par la notification de la

qui impliquent la donation indirecte : les ex-articles 1121, 1282 et 1283 de l'ancien Code civil et l'article 1937 de l'ancien Code civil (P. DE PAGE et H. DE PAGE, *Traité de droit civil belge*, t. VIII, *Les libéralités*, vol. 2, *Libéralités – Régime général – Donations*, 1^{re} éd., Bruxelles, Bruylant, 2021, p. 421).

(97) P. DE PAGE et H. DE PAGE, *Traité de droit civil belge*, loc. cit., p. 428.

(98) A.-Ch. VAN GYSEL, *Précis du droit des successions et des libéralités*, 1^{re} éd., Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 251.

(99) B. DELAHAYE et S. CARON, « La donation d'actions nominatives et de créances à l'égard de sociétés », *R.P.P.*, 2022/1, p. 40.

(100) P. DE PAGE et H. DE PAGE, *Traité de droit civil belge*, t. VIII, *Les libéralités*, vol. 2, *Libéralités – Régime général – Donations*, 1^{re} éd., Bruxelles, Bruylant, 2021, p. 421.

(101) C. BIQUET-MATHIEU, « 17. – La transmission des obligations », in Th. DERVAL et al. (dir.), *La réforme du droit des obligations*, 1^{re} éd., Bruxelles, Larcier, 2023, p. 710.

cession à celui-ci ou par la reconnaissance de celle-ci par lui (102). Plusieurs auteurs estiment dès lors que la cession d'une créance à l'encontre d'une société peut valablement être considérée comme une donation indirecte (103) pouvant se réaliser, en pratique, par une modification comptable du titulaire de la créance au compte de dette (104).

Cette analyse n'est cependant pas partagée par l'ensemble de la doctrine, d'aucuns estimant au contraire que la cession de créance, lorsqu'elle est faite à titre gratuit, est une donation directe impliquant un acte notarié (105), à moins qu'elle ne soit faite sous la forme d'une donation déguisée (106).

En l'absence de jurisprudence récente à ce sujet, la voie la plus sûre à emprunter reste certainement celle de la prudence.

C. Ou par stipulation pour autrui ?

1. Validité de la stipulation pour autrui-donation indirecte

En alternative à ce jeu d'écritures comptables, considéré comme une cession de créance, et pour éviter la controverse de la validité de ce type de contrat comme technique valable de donation indirecte, a émergé depuis peu la proposition de faire le détour par la stipulation pour autrui, dont il n'est pas contesté qu'elle puisse véhiculer une donation indirecte (107). La stipulation pour autrui est en effet largement utilisée comme mécanisme de donation indirecte en matière d'assurance-vie avec désignation d'un tiers bénéficiaire. Afin de vérifier le bien-fondé de l'utilisation de la stipulation pour autrui pour céder un compte courant en société, il convient dans un premier temps d'analyser si une telle cession peut bien se faire sous la forme d'une stipulation pour autrui

(102) Art. 5.179 C. civ.

(103) B. DELAHAYE et S. CARON, « La donation d'actions nominatives et de créances à l'égard de sociétés », *R.P.P.*, 2022/1, pp. 40-41 ; E. DE WILDE D'ESTMAEL, B. DELAHAYE, G. HOLLANDERS et F. TAINMONT, « La cession de créance », *Rép. not.*, t. III, *Les successions, donations et testaments*, l. 7, *Donation*, Bruxelles, Larcier, 2019, n° 43 ; V. DE BRAUWERE et B. RANALLI, « Donner sa société sans droit de donation », *R.G.F.C.P.*, 2022/6, pp. 23 et s.

(104) V. DE BRAUWERE et B. RANALLI, « Donner sa société sans droit de donation », *R.G.F.C.P.*, 2022/6, p. 26.

(105) Voy. not. P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 2, 1^{re} éd., Bruxelles, Larcier, 2016, p. 837 ; P. DE PAGE, « [Donations] Opérations imposables », in F. WERDEFROY (dir.), *Droits d'enregistrement*, t. II, 12^e éd., Malines, Wolters Kluwer, 2024, p. 830 ; P. BAZIER et F. GEORGE, « La transmission des obligations », *Droit des obligations – le nouveau livre 5 du Code civil*, Limal, Anthemis, 2022, p. 145.

(106) P. DE PAGE et H. DE PAGE, *Traité de droit civil belge*, t. VIII, *Les libéralités*, vol. 2, *Libéralités – Régime général – Donations*, 1^{re} éd., Bruxelles, Bruylant, 2021, p. 426.

(107) Voy. not. P. DE PAGE et H. DE PAGE, *Traité de droit civil belge*, t. VIII, *Les libéralités*, vol. 2, *Libéralités – Régime général – Donations*, 1^{re} éd., Bruxelles, Bruylant, 2021, p. 425 ; R. DEKKERS, H. CASMAN, A.-L. VERBEKE et E. ALOFS, *Erfrecht & giften*, 4^e éd., Bruxelles, Intersentia, 2023, p. 302 ; P. DELNOY et P. MOREAU, *Les libéralités et les successions, Précis de droit civil*, 6^e éd., Bruxelles, Larcier, 2018, p. 22 ; P. WÉRY, « La stipulation pour autrui donandi causa », *Rép. not.*, t. IV, *Les obligations*, liv. 1/1, *La théorie générale du contrat*, Bruxelles, Larcier, 2020, n° 882.

et, le cas échéant, de vérifier si une telle stipulation pour autrui peut constituer une donation indirecte valable.

L'opération envisagée pour la transmission du compte courant en société se déroule par la conclusion d'une convention entre le titulaire du compte d'associé (le stipulant) et la société (le promettant), aux termes de laquelle le stipulant et le promettant conviennent que la créance ne doit plus être remboursée au stipulant mais au donataire (le tiers bénéficiaire), moyennant d'éventuelles conditions pouvant être précisées dans la convention (108), telles que l'époque d'exigibilité du remboursement de la créance ou les intérêts pouvant assortir la créance (109).

Il paraît toutefois important de ne pas perdre de vue que certaines de ces conditions, telles que le fait d'imposer des intérêts, qui peuvent être précisées lors de la naissance de la créance inscrite en compte courant ou à l'occasion de la convention de stipulation pour autrui par laquelle la donation indirecte a lieu, peuvent être constitutives d'un conflit d'intérêts si le titulaire du compte courant en société est administrateur de la société. Lorsque, par exemple, l'administrateur d'une société accorde à celle-ci une avance pour laquelle il touche des intérêts, il existe entre l'administrateur et la société un conflit d'intérêts dit « direct » (110) car l'administrateur en retire personnellement une contrepartie de nature patrimoniale. Le conflit d'intérêts indirect vise le cas où l'administrateur retire un avantage indirect de l'opération, « par exemple lorsqu'il est lié patrimoniallement au bénéficiaire » (111). Dans de tels cas, la même procédure visée aux articles 5.76 et suivants du Code des sociétés et des associations en ce qui concerne les sociétés à responsabilité limitée, et aux articles 6.64 et suivants du même code pour les sociétés coopératives, doit être appliquée. Dans le cadre d'une société anonyme, la même procédure est visée aux articles 7.96 et suivant s'il s'agit d'une administration moniste, aux articles 7.102 en présence d'un administrateur unique, ou aux articles 7.115 et 7.117 du Code des sociétés et des associations pour une société administrée par un conseil de surveillance et un conseil de direction.

La stipulation pour autrui, contrat nommé aux articles 5.107 et suivants du Code civil, peut être définie comme « une opération triangulaire dans laquelle les parties à un contrat – le stipulant et le promettant – s'accordent

(108) R. ELSERMANS et N. LABEEUW, « De onrechtstreekse schenking als alternatieve planningstechniek », *T. not.*, 2023/5, p. 329.

(109) H. CASMAN, A. VERBEKE, N. NIJBOER et B. VERDICKT, « Nieuw leven voor alternatieve schenkingstechnieken? », *Nieuwsbrief Notariaat*, 2021, afl. 4, p. 6.

(110) H. CULOT, Y. DE CORDT, G. DE PIERPONT, T. FLAMENT, D. LEYS, O. MARESCHAL et L. ROULLEAUX, « Titre 3 – Administration », in *Société à responsabilité limitée*, 1^{re} éd., Bruxelles, Larcier, 2023, p. 155.

(111) L.-F. DU CASTILLON, « Commentaire de l'article 5:76 du Code des sociétés et des associations », in *Commentaire systématique du Code des sociétés*, suppl. 46, Waterloo, Wolters Kluwer, 2020, p. 44.

pour faire naître, à charge de ce dernier, un droit de créance au profit d'une tierce personne – le tiers bénéficiaire –, qui n'a pas pris part à la conclusion de ce contrat » (112). Jusqu'à la rédaction du livre 5 du nouveau Code civil, quatre conditions de la stipulation pour autrui étaient classiquement identifiées : « [premièrement] la volonté du stipulant de faire naître un droit de créance propre en faveur d'un tiers ; [deuxièmement] le bénéficiaire désigné doit être étranger à l'opération [et] il doit être déterminé ou déterminable ; [troisièmement] la stipulation pour autrui doit revêtir un caractère accessoire par rapport au contrat de base [et dernièrement,] le droit né de la stipulation pour autrui ne peut pré-exister vis-à-vis du promettant avant l'opération qui le constate » (113).

Si l'opération détaillée ci-dessus ne semble pas poser de problème eu égard à ces conditions, il paraît important de clarifier la troisième d'entre elles. À propos du caractère accessoire de la stipulation pour autrui, l'article 1121 de l'ancien Code civil prévoyait que la stipulation pour autrui devait nécessairement être l'accessoire soit d'une stipulation en faveur du promettant, soit d'une donation. La doctrine et la jurisprudence ont toutefois pu établir que le verbe « stipuler » devait « recevoir une acception large, qui s'écarte de son sens originaire » (114) et être compris comme le synonyme de « contracter ». Cette acception majoritaire a été consacrée par le législateur à l'occasion de la promulgation du livre 5 du nouveau Code civil, dans lequel l'article 5.107 ne parle plus d'« accessoire » mais précise, de manière moins restrictive que l'ancien article 1121, qu'« un contrat peut accorder à un tiers le droit de demander l'exécution d'une prestation déterminée ». Une remise par le stipulant de la dette du promettant constitue dès lors un contrat dont la stipulation pour autrui peut valablement être l'accessoire.

La stipulation pour autrui, lorsqu'elle intervient comme donation indirecte, est dispensée du formalisme visé aux articles 4.158 et suivants du Code civil lorsqu'elle se greffe à un contrat principal à titre onéreux. Si elle est l'accessoire d'un contrat à titre gratuit, ce contrat principal est assujéti aux règles de forme des donations (115), à moins qu'il ne soit lui-même une donation indirecte ou déguisée. Dans le cadre d'une donation d'un compte courant en société, la relation entre le stipulant et le promettant ne peut être vue comme un acte à titre gratuit puisqu'en contrepartie de la remise de dette dont bénéficie la société, naît une dette de la société envers le tiers bénéficiaire.

(112) P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 2021, p. 886.

(113) Bruxelles (16^e ch.), 5 septembre 2014, R.G. n° 2012-AR-722, disponible sur www.juportal.be.

(114) P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 2021, p. 891.

(115) P. DE PAGE et H. DE PAGE, *Traité de droit civil belge*, t. VIII, *Les libéralités*, vol. 2, *Libéralités – Régime général – Donations*, 1^{re} éd., Bruxelles, Bruylant, 2021, p. 431.

Par le mécanisme de la stipulation pour autrui, la donation du compte courant créateur est dotée d'un acte propre, autonome et valable comme tel. Il importe également que cette convention entre l'associé et la société ne dévoile pas sa nature gratuite pour le tiers bénéficiaire, afin de pouvoir être qualifiée de neutre et de bénéficier de la souplesse de forme reconnue aux donations indirectes, à défaut de quoi il s'agit d'une donation nulle en la forme (116). De surcroît, la validité de la donation indirecte implique la validité de l'acte neutre lui servant de support. Il importe dès lors que le tiers bénéficiaire, donataire, soit déterminable au moment de la conclusion de la stipulation pour autrui et qu'il existe et soit déterminé lorsque la prestation devient exigible (117).

Les défenseurs du nouveau critère de démarcation entre donation directe et indirecte (118) estiment que la donation d'un compte courant en société par stipulation pour autrui est indirecte au sens de ce nouveau critère. Il n'y aurait en effet, d'après les partisans de cette théorie, pas de transfert du droit de créance du donateur au donataire, mais la création d'un nouveau droit de créance, dans le chef du donataire, soumis à des règles propres et indépendantes de celles qui régissaient la créance originaire (119). Ce point de vue n'est cependant pas partagé par ceux qui suivent la définition classique de la donation indirecte, qui avancent que s'il est effectivement possible de prévoir pour le « nouveau compte courant » des règles distinctes de celles qui régissaient le compte courant initial, dans la plupart des cas de figure ces règles ne seront pas modifiées lors de la donation (120). Le nouveau critère de démarcation entraînerait dès lors une obligation d'analyser au cas par cas les modalités des comptes courants afin de pouvoir déterminer si la donation de ceux-ci est effectivement indirecte ou doit au contraire être qualifiée de directe et obéir aux prescrits de forme corrélatifs, alors que dans la conception classique, la donation de compte courant en société par stipulation pour autrui est une donation indirecte valable qu'elle soit ou non assortie de règles propres et distinctes de la créance

(116) E. DE WILDE D'ESTMAEL, B. DELAHAYE, G. HOLLANDERS DE OUDERAEN et F. TAINMONT, « Conditions de validité », *Rép. not.*, t. III, *Les successions, donations et testaments*, I. 7, *Donation*, Bruxelles, Larcier, 2019, n° 191.

(117) Art. 5.107 C. civ.

(118) Ce nouveau critère de démarcation est basé sur la définition de la donation indirecte donnée par les travaux préparatoires du Livre 4 du nouveau Code civil selon laquelle « une donation indirecte peut être valablement faite, lorsque le transfert de propriété ne se fait pas directement du patrimoine du donateur au patrimoine du donataire » (Proposition de loi portant le livre 2, titre 3, « Les relations patrimoniales des couples » et le livre 4 « Les successions, donations et testaments » du Code civil, développements, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2019-2020, n° 55-1272/001, p. 135).

(119) H. CASMAN, A. VERBEKE, N. NIJBOER et B. VERDICKT, « Nieuw leven voor alternatieve schenkingstechnieken? », *Nieuwsbr. Notar.*, 2021, p. 6.

(120) R. ELSERMANS et N. LABEEUW, « De onrechtstreekse schenking als alternatieve planningstechniek », *T. not.*, 2023/5, p. 330.

originaires (121). En ce sens, les travaux préparatoires du livre 4 du nouveau Code civil confirment d'ailleurs « qu'une donation indirecte peut être valablement faite, lorsque le transfert de propriété ne se fait pas directement du patrimoine du donateur au patrimoine du donataire » (122) citant parmi plusieurs exemples de mécanismes reconnus de donations indirectes le « contrat d'assurance sur la vie, ou une autre stipulation pour autrui » (123).

2. Une particularité importante : l'acceptation

Il y a donc valablement donation indirecte du compte courant d'associé pour autant que soient respectées les conditions de fond des donations (voy. *supra*). Sans revenir sur ces différentes conditions, il est important d'apporter une précision quant à l'acceptation de la donation. La donation indirecte faite par stipulation pour autrui jouit en effet d'un régime d'exception au principe selon lequel l'acceptation de la donation doit avoir lieu du vivant du donateur (124). En raison du droit direct, désormais visé à l'article 5.107 du Code civil, que fait naître la stipulation pour autrui dans le chef du tiers bénéficiaire, il est reconnu que l'acceptation de la stipulation pour autrui-donation peut avoir lieu après le décès du donateur (125). Cette exception est d'ailleurs consacrée en matière d'assurance-vie, aux articles 186 et 187 de la loi du 4 avril 2014 relative aux assurances.

L'acceptation de la donation par stipulation pour autrui pouvant être expresse ou tacite et pouvant émaner du donataire mais également de ses héritiers et autres ayants cause universels, a par ailleurs pour effet de rendre ladite stipulation pour autrui irrévocable (126). Ceci sans préjudice toutefois de la révocation pour ingratitude visée aux articles 4.173 du Code civil, et la révocabilité des donations entre époux consacrée à l'article 4.240 du Code civil (127).

(121) *Ibid.*, p. 330, et S. SCARNA et J. LIMET, « [Planification patrimoniale : technique alliant le recours à la société simple pour opérer donation indirecte] Du fromage... à la bière, toutes les routes mènent à Rome ! », *Rec. gén. enr. not.*, 2024, liv. 3, p. 100.

(122) Proposition de loi portant le livre 2, titre 3, « Les relations patrimoniales des couples » et le livre 4 « Les successions, donations et testaments » du Code civil, développements, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2019-2020, n° 55-1272/001, p. 135.

(123) *Ibid.*, p. 135.

(124) P. DE PAGE et H. DE PAGE, *Traité de droit civil belge*, t. VIII, *Les libéralités*, vol. 2, *Libéralités – Régime général – Donations*, 1^{re} éd., Bruxelles, Bruylant, 2021, p. 428.

(125) J. SACE, « Acceptation en cas de stipulation pour autrui », *Rép. not.*, t. III, *Les successions, donations et testaments*, liv. 6, *Libéralités (dispositions générales)*, n° 85 ; P. DE PAGE et H. DE PAGE, « Chapitre 3 – La forme des donations », in P. DE PAGE et H. DE PAGE, *Traité de droit civil belge*, t. VIII, *Les libéralités*, vol. 2, *Libéralités – Régime général – Donations*, 1^{re} éd., Bruxelles, Bruylant, 2021, n° 371, p. 432 ; R. DEKKERS, H. CASMAN, A.-L. VERBEKE et E. ALOFS, *Erfrecht & giften*, Bruxelles, Intersentia, 2023, p. 304.

(126) Art. 5.107 C. civ.

(127) P. WÉRY, « La stipulation pour autrui *donandi causa* », *Rép. not.*, t. IV, *Les obligations*, liv. 1/1, *La théorie générale du contrat*, Bruxelles, Larcier, 2020, n° 882.

Enfin, le régime exceptionnel de l'acceptation de la donation indirecte par stipulation pour autrui a également une importance majeure en matière de valorisation (en matière de rapport et de réduction) et d'imputation de la donation. Une analogie semble effectivement pouvoir être faite avec la donation indirecte par assurance-vie, pour laquelle la doctrine majoritaire considère que la donation indirecte « se forme au moment de l'acceptation du bénéfice par le tiers bénéficiaire » (128). Si une donation indirecte échappe à la nécessité d'une acceptation expresse par acte ou procuration notariée (129), il est admis que l'acceptation de la donation est une condition de fond devant être respectée par toute forme de donation (130). Ce n'est qu'au moment de cette acceptation par le donataire que la donation est réalisée (131). La date de l'acceptation est donc déterminante pour la valorisation (en matière de rapport) de la donation d'un compte courant d'associé lorsqu'elle est faite en avance d'hoirie (132). De même, c'est de cette date dont il faut tenir compte dans l'ordre de réduction des libéralités (133). Cela a pour conséquence qu'une créance inscrite en compte courant, donnée par le biais d'une convention entre le titulaire de la créance et la société et acceptée postérieurement au décès du donateur, doit d'une part être valorisée au jour du décès, et d'autre part est censée faite au jour du décès. Cette deuxième conséquence accroît inévitablement le risque de réduction de la donation.

La doctrine n'est toutefois pas unanime sur la question de la date de conclusion de la donation par stipulation pour autrui. D'aucuns estiment que la stipulation pour autrui-donation existe et produit ses effets quand bien même le tiers bénéficiaire ne l'a pas encore acceptée (134). Cette thèse ne semble toutefois pas être conciliable avec les conditions d'acceptation de la donation par le donataire et d'irrévocabilité de la donation en dehors des causes limitativement prévues par la loi, lesquelles sont pourtant des conditions de fond auxquelles sont soumises toutes donations quelle que soit leur forme (135). D'une part, en effet, par le fait que ce courant doctrinal soutient que la donation puisse être conclue

(128) A.-Ch. VAN GYSEL, F. LALIÈRE et V. WYART, *Les successions* – Édition 2023, Limal, Anthemis, 2023, p. 226.

(129) Art. 4.161 et 4.162 C. civ.

(130) P. DE PAGE et H. DE PAGE, *Traité de droit civil belge*, t. VIII, *Les libéralités*, vol. 2, *Libéralités* – Régime général – Donations, 1^{re} éd., Bruxelles, Bruylant, 2021, p. 336.

(131) E. DE WILDE D'ESTMAEL, B. DELAHAYE, G. HOLLANDERS DE OUDERAEN et F. TAINMONT, « La stipulation pour autrui », *Rép. not.*, t. III, *Les successions, donations et testaments*, l. 7, *Donation*, Bruxelles, Larcier, 2019, n° 198.

(132) Art. 4.90 C. civ.

(133) Art. 4.155 C. civ.

(134) R. DEKKERS, H. CASMAN, A.-L. VERBEKE et E. ALOFS, *Erfrecht & giften*, Bruxelles, Intersentia, 2023, p. 304.

(135) Mons (16^e ch.), 11 juin 2009, *J.L.M.B.*, 2011/27, p. 1289.

à défaut d'acceptation, alors que « l'acceptation du bénéficiaire constitue l'un des éléments essentiels de toute convention de donation » (136) et est nécessaire à l'existence même de la donation (137) en ce compris quand elle a lieu par stipulation pour autrui (138). D'autre part, par le fait qu'à suivre cette opinion, la révocation de la stipulation pour autrui pourrait engendrer la révocation de la donation dont elle est le support, ce qui est contraire à l'article 4.173 du Code civil qui prévoit qu'« une donation ne peut être révoquée que pour cause d'ingratitude » (139).

3. L'intérêt du pacte adjoint

Outre la rédaction de la convention qui permet notamment de déterminer les modalités de la relation société-donataire (voy. *supra*), celle d'un pacte adjoint signé par le donateur et par le donataire présente également certains avantages majeurs. Ce pacte doit être fait postérieurement à l'exécution de la donation et constater la donation passée (140), sous peine de constituer une convention de donation rendant celle-ci nulle pour vice de forme (141).

L'intérêt principal du pacte adjoint est certainement son rôle probatoire. J.-L. Renchon a soutenu que la donation indirecte devait être, à l'instar de ce qui est reconnu pour le don manuel, soumise à la preuve par écrit signé, notamment au motif que « l'intention libérale, si elle n'est pas par elle-même un acte juridique, est, par contre, l'élément constitutif par excellence de l'acte juridique que constitue un contrat de donation, et [que] c'est parce que le contrat est conclu avec l'intention de réaliser une libéralité que la volonté des parties produit l'effet de droit qu'elles recherchent » (142). La doctrine et la jurisprudence considèrent cependant majoritairement que le régime de la preuve de la donation indirecte se subdivise en la preuve de l'élément matériel qu'est l'acte neutre d'une part, et l'intention libérale d'autre part (143). En ce

(136) L. STAS, « Un apport de biens immeubles au profit d'un tiers peut-il constituer une donation indirecte d'actions ? », *Rec. gén. enr. not.*, 2015, liv. 8, 470.

(137) Voy. en ce sens Bruxelles (1^{re} ch.), 23 novembre 2010, R.G. n° 2008AR2010, disponible sur www.juportal.be.

(138) P. DE PAGE et H. DE PAGE, *Traité de droit civil belge*, t. VIII, *Les libéralités*, vol. 2, *Libéralités – Régime général – Donations*, 1^{re} éd., Bruxelles, Bruylant, 2021, p. 334.

(139) Et exception faite de la révocabilité des donations entre époux (art. 4.240 C. civ.).

(140) M. LEMPEREUR et F. DERÈME, « Don de titres nominatifs par simple inscription au registre des titres : la controverse demeure », *Rec. gén. enr. not.*, 2021, liv. 7, p. 335.

(141) P. DE PAGE et H. DE PAGE, *Traité de droit civil belge*, t. VIII, *Les libéralités*, vol. 2, *Libéralités – Régime général – Donations*, 1^{re} éd., Bruxelles, Bruylant, 2021, p. 445.

(142) J.-L. RENCHON, « La preuve des donations indirectes », in F. TAINMONT et J.-L. VAN BOXSTAEL (dir.), *Tapas de droit notarial 2017*, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 2017, p. 106.

(143) P. DE PAGE et H. DE PAGE, *Traité de droit civil belge*, t. VIII, *Les libéralités*, vol. 2, *Libéralités – Régime général – Donations*, 1^{re} éd., Bruxelles, Bruylant, 2021, pp. 445-446 ; R. DEKKERS, H. CASMAN, A.-L. VERBEKE et E. ALOFS, *Erfrecht & giften*, Bruxelles, Intersentia, 2023, p. 302.

sens, l'intention libérale est un fait juridique pouvant être prouvé par toute voie de droit. L'acte de support à la donation doit bien, quant à lui, obéir au prescrit de l'article 8.9 du Code civil. La dissociation de l'élément matériel et de l'intention libérale a toutefois pour conséquence que la preuve par écrit n'est requise qu'en cas de contestation de l'acte autonome lui-même. C'est ce point de vue qui a été confirmé par l'arrêt de la Cour de cassation du 21 octobre 2021 qui confirme le régime de preuve distinct pour l'intention libérale et pour l'acte neutre, et précise notamment que « la preuve de l'acte neutre est soumise à la condition d'un écrit s'il excède la valeur de 375 euros » (144) (145).

Bien qu'il soit dès lors établi que l'intention libérale puisse être prouvée par toute voie de droit, il est cependant conseillé de s'en réserver une preuve écrite par un pacte adjoint dans lequel transparaîtrait l'*animus donandi* (146). Dans le cadre d'une stipulation pour autrui-donation, il est tout autant conseillé que la convention intervenant entre le stipulant et promettant soit conclue sous signature privée afin de s'en ménager, à toutes fins utiles, une preuve écrite au sens de l'article 8.9 du Code civil.

Outre son utilité probatoire quant à l'intention libérale, le pacte adjoint permet également au donataire de confirmer son acceptation de la donation réalisée (147). En effet, bien que l'acceptation de la donation indirecte puisse être tacite et que la rédaction d'un pacte adjoint ne soit dès lors à nouveau pas indispensable, le fait que cette acceptation puisse être située dans le temps permet d'éviter, le cas échéant, une réduction et/ou le paiement de droits de succession (voy. *infra*). De plus, si les parties à la donation décident, postérieurement à celle-ci, de faire enregistrer la donation (voy. *infra*), elles peuvent le faire par la présentation d'un écrit relatant la libéralité, écrit que peut constituer le pacte adjoint (148). En revanche, le pacte adjoint ne fait pas courir le risque aux signataires de devoir payer des droits d'enregistrement sur la base d'une présentation de cet écrit à l'enregistrement par un tiers mal intentionné, puisque « le droit d'enregistrement d'un écrit non obligatoirement enregistrable (c'est-à-dire volontairement déposé par une personne) est dû exclusivement par celui qui dépose le document » (149).

(144) L'arrêt est rendu sur la base de l'article 1341 de l'ancien Code civil, abrogé par la loi du 13 avril 2019 portant création d'un Code civil et y insérant un livre 8 « La preuve ». Le contenu de cet article est maintenant repris à l'art. 8.9 C. civ.

(145) Cass. (1^{re} ch.), 21 octobre 2021, R.G. n° C.20.0546.N, disponible sur www.juportal.be.

(146) B. DELAHAYE et S. CARON, « La donation d'actions nominatives et de créances à l'égard de sociétés ? », R.P.P., 2022/1, p. 35.

(147) S. SCARNA et J. LIMET, « Du fromage... à la bière, toutes les routes mènent à Rome ! », *Rec. gén. enr. not.*, 2024/3, n° 27.805, p. 101.

(148) P. DE PAGE, « [Donations] Opérations imposables », in F. WERDEFROY (dir.), *Droits d'enregistrement*, t. II, 12^e éd., Malines, Wolters Kluwer, 2024, p. 809.

(149) E. DE WILDE D'ESTMAEL, « Faut-il craindre la disparition des titres au porteur ? », *Rev. gén. fisc.*, 2004, n° 4, p. 5.

Enfin le pacte adjoint permet au donateur d'assortir la donation de modalités et de charges (150) telles que le fait de prévoir un droit de retour conventionnel, l'inaliénabilité du bien donné sans l'accord du donateur, la constitution d'une rente au profit du donateur ou au profit d'un tiers, à condition toutefois que le caractère gratuit de la donation soit préservé (151).

§ 5. Aspects fiscaux de la donation d'un compte courant en société

Lorsque le compte courant en société fait l'objet d'une donation directe par acte notarié, le droit proportionnel fixe applicable aux donations mobilières est dû au moment de la donation. La donation ainsi faite et enregistrée n'est alors pas soumise aux droits de succession lors du décès ultérieur du donateur.

La Région wallonne se démarque d'ailleurs de ses homologues bruxellois et flamand en matière d'incitants fiscaux à la transmission des entreprises et sociétés familiales. Le champ d'application de la réduction du droit de donation à 0 % qu'elle offre pour les donations d'entreprise est effectivement plus large que ses équivalents dans les Régions voisines (152) et comprend notamment les donations de créances sur une société (153). Ces créances sont définies par la version wallonne du Code des droits d'enregistrement comme « tout prêt d'argent, représenté ou non par des titres, consenti par le donateur à une société dont il possède des titres, lorsque ce prêt a un lien direct avec les besoins de l'activité industrielle, commerciale, artisanale, agricole ou forestière, de la profession libérale ou de la charge ou office, exercée soit par la société elle-même, soit par la société elle-même et ses filiales ». Sans

(150) V. DE BRAUWERE et B. RANALLI, « Donner sa société sans droit de donation », *R.G.F.C.P.*, 2022/6, p. 25.

(151) P. DE PAGE et H. DE PAGE, *Traité de droit civil belge*, t. VIII, *Les libéralités*, vol. 2, *Libéralités – Régime général – Donations*, 1^{re} éd., Bruxelles, Bruylant, 2021, p. 344.

(152) Il s'agit en Flandre d'une « exemption de l'impôt de donation » (art. 2.8.6.0.3. C.F.F.) et à Bruxelles d'une « exonération du droit de donation » (art. 140/1 C. enr. [Rég. Brux.-Cap.]), dans les deux cas pour les donations d'actifs investis dans l'entreprise familiale ou d'actions dans la société familiale (dans le respect des limitations et conditions précisées dans ces articles). Pour un examen complet du sujet, il est renvoyé à la contribution de V. SEPULCHRE, « La transmission des entreprises familiales en droits d'enregistrement et en droits de succession dans les trois Régions », in E.-J. NAVEZ (dir.) *Les sociétés et le patrimoine de la famille*, Limal, Anthemis, 2023, pp. 115-182.

(153) Sont visées les sociétés « dont le siège de direction effective est situé dans un État membre de l'Espace économique européen et qui exerce, elle-même ou elle-même et ses filiales, une activité industrielle, commerciale, artisanale, agricole ou forestière, une profession libérale ou une charge ou office, à titre principal sur une base consolidée pour la société et ses filiales, pour l'exercice comptable en cours de la société et pour chacun des deux derniers exercices comptables de la société clôturés au moment de l'acte authentique de la donation » (art. 140bis, § 1, 2°, C. enr. [Rég. wal.]).

entrer ici dans le détail des limites qui complètent cette définition et des conditions et des conditions à respecter, fixées aux deuxième et quatrième paragraphes de l'article 140*bis* du Code des droits d'enregistrement applicable en Région wallonne, il est essentiel de garder à l'esprit que lorsque le compte courant en société entre dans le champ d'application de la créance pouvant faire l'objet d'une donation directe bénéficiant d'un enregistrement moyennant le paiement d'un droit de donation de 0 %, cette option passant donc par la donation notariée doit toujours être celle recommandée par le notaire ou autre conseiller patrimonial.

Toutefois, lorsque le compte courant en société peut bénéficier d'une donation au taux réduit, il peut de la même manière bénéficier de la réduction à 0 % des droits de succession qui est prévue sur la part nette d'une créance répondant aux conditions et limites mentionnées à l'article 60*bis* du Code des droits de succession applicable en Région wallonne. La donation n'a donc dans ce cas pas d'avantage fiscal mais reste à conseiller dans la mesure où il est souvent préférable de planifier une succession du vivant du futur défunt pour éviter autant que possible les disputes entre héritiers qui surviennent généralement postérieurement au décès du *de cuius* (154). De plus, la donation présente l'avantage de la certitude de pouvoir bénéficier du taux réduit, et ce malgré un changement de région ultérieur qui pourrait avoir l'effet de faire perdre le bénéfice de la réduction des droits de succession.

Si la donation est faite indirectement, aucun droit d'enregistrement n'est dû, en dehors de l'hypothèse d'une présentation volontaire à l'enregistrement (voy. *supra*). Toutefois, les parties prennent alors le risque que le bien donné soit fiscalement considéré comme faisant partie de la succession du donateur (155), ou comme recueilli à titre de legs en cas de donation indirecte par stipulation pour autrui (156), si le donateur vient à décéder dans les trois ans suivant la donation lorsque le droit bruxellois (157) ou flamand est applicable, ou dans les cinq ans en application du droit wallon. Dans un tel cas, la valeur du bien donné vient s'ajouter au patrimoine du défunt et est soumise au taux progressif des droits de succession qui est rarement aussi avantageux que celui des droits d'enregistrement applicables aux donations en ligne directe, entre conjoints

(154) X, « Familiebedrijf of de rekening-courant eerst schenken? », *Fisc. Week.*, 2022/7, n° 509.

(155) Art. 7 C. succ. ; art. 2.7.1.0.5. C.F.F.

(156) Art. 8 C. succ. ; art. 2.7.1.0.6. C.F.F.

(157) Une prolongation de la « période suspecte » était annoncée, en Région de Bruxelles-Capitale, pour le 1^{er} janvier 2024. Aucun texte y relatif n'a toutefois encore été voté à ce jour. En Flandre, le Gouvernement a annoncé une prolongation de cette période à cinq ans, qui entrerait en vigueur le 1^{er} janvier 2025, et applicable aux donations faites à partir de cette même date.

et cohabitants légaux(158) (et entre cohabitants de fait formant un ménage commun et ininterrompu depuis au moins un an à Bruxelles et en Flandre(159)), et toujours moins avantageux en ligne collatérale ou entre toutes autres personnes. C'est dans ces circonstances que l'enregistrement volontaire de la donation indirecte, même *in extremis*, peut engendrer une considérable économie d'impôt.

Par conséquent, si l'acceptation de la donation indirecte du compte courant en société, faite par stipulation pour autrui, peut avoir lieu après le décès du donateur d'un point de vue civil, il faut garder à l'œil que cela a pour conséquence que la créance ainsi donnée, dont la valeur prise en compte est celle au jour du décès, est alors assujettie aux droits de succession par application de l'article 8 du Code des droits de succession en Wallonie et à Bruxelles, ou de l'article 2.7.1.0.6. du Code flamand de la fiscalité au nord du pays. De même, si la donation est acceptée dans les trois ou cinq ans précédant le décès du donateur, le bien donné est soumis aux droits de succession. Le praticien consulté dans ce cadre a donc tout intérêt, de ce point de vue fiscal, à recommander aux personnes qui requièrent ses conseils d'accepter la donation le plus rapidement possible.

Section 3. Le rôle du notaire

Le notaire est tenu à un devoir de conseil et d'information consacré par le premier article de la loi de Ventôse. De par ce titre de conseiller et de par sa connaissance du droit civil, notamment en ce qui concerne le droit des libéralités et des successions, il est fréquemment consulté par les citoyens dans le cadre d'opérations de planification successorale.

Si C. Mathieu reprend en matière de donation indirecte de titres nominatifs(160) la figure du notaire décrite par Y.-H. Leleu, en matière de conventions matrimoniales, comme celle du conseiller « navigant entre sécurité juridique et créativité raisonnée »(161), la présente contribution peut sans doute aboutir à la conclusion d'un notaire devant funambuler entre *prudence* et *tendance*.

(158) Il doit cependant être précisé que la première tranche des droits de succession en ligne directe ou entre conjoints et cohabitants légaux en Wallonie est légèrement plus avantageuse (3 %) que le droit proportionnel fixe applicable aux donations mobilières dans la même Région (3,3 %) (art. 48 C. succ. et art. 131bis C. enr. [Rég. wal.]).

(159) Art. 48 C. enr. (Rég. Brux.-Cap.) et art. 1.1.0.0.2. C.F.F.

(160) C. MATHIEU, « La donation indirecte de titres nominatifs : validité, conséquences et implications dans la pratique notariale », *Rev. not.*, 2024/6, n° 3193, p. 430.

(161) Y.-H. LELEU, « Contrats de mariage : entre conventions et controverses », in C. AUGHUET et al. (dir.), *Le défi du notaire/De uitdaging voor de notaris*, Bruxelles, Larcier, 2011, p. 80.

§ 1. Prudence

Le notaire doit veiller à la sécurité juridique des actes qu'il reçoit et des opérations qu'il recommande. Cette obligation de veiller à la sécurité juridique de ses actes peut d'une certaine manière constituer un devoir d'effectivité. Ainsi en a jugé la cour d'appel de Liège dans un arrêt du 1^{er} mars 2018 au cours duquel elle a pu préciser les contours de ce devoir d'effectivité :

« Le notaire doit s'assurer que l'acte qu'il est chargé de recevoir est conforme à la loi. Il doit ensuite expliquer aux parties les conséquences juridiques liées à l'acte entrepris. Il doit vérifier que l'acte qu'il passe a les effets juridiques escomptés et il doit avertir les parties des vices par lesquels la validité juridique de l'acte est compromise. L'obligation de conseil doit être donnée d'initiative par le notaire et il doit suppléer à l'ignorance du droit des parties et les guider vers l'itinéraire (162).

En effet, le notaire n'est pas un simple scribe, il a le devoir de s'assurer que l'acte authentique qu'il établit produit les effets juridiques et économiques escomptés. Le notaire ne peut se retrancher derrière le fait qu'il a acté ce que ses clients lui ont dicté car, à supposer même que le fait soit exact [...], il devait informer ses clients de l'erreur juridique de la formule utilisée et leur conseiller de choisir une voie conforme aux exigences légales » (163).

L'obligation de s'assurer de la sécurité juridique des opérations que le notaire conseille rime dès lors nécessairement avec prudence, car à défaut d'effectivité ou en cas de manque de sécurité juridique lui étant imputable, et en cas de conséquences néfastes pour le citoyen s'en suivant, ce dernier n'hésite généralement pas à se retourner contre le notaire l'ayant mal conseillé. Les régulières mises en cause de la responsabilité contractuelle du notaire illustrent la tendance de la jurisprudence à apprécier sévèrement les obligations de cet officier public pour manquement à son obligation d'information et de conseil (164).

En ce qui concerne les apports non rémunérés, il semble important de faire preuve de la plus grande réserve étant donné les incertitudes entourant l'utilisation de ce procédé comme technique de donation indirecte. Le notaire incitera dès lors les parties à la prudence et, même si elles devaient souhaiter y recourir, il leur conseillera de soumettre l'acte à

(162) Liège (20^e ch.), 1^{er} mars 2018, R.G. n° 2012/RG/1698, disponible sur www.juportal.be.

(163) *Ibid.*

(164) Voy. not. Liège (20^e ch.), 8 janvier 2015, R.G. n° 2012/RG/1080, disponible sur www.juportal.be.

la formalité de l'enregistrement de manière à s'acquitter des droits de donation et à écarter le risque de taxation successorale (165).

Relativement aux donations de compte courant en société où certaines lignes de conduite semblent se dessiner, il semble avisé d'éviter les quelques questions qui font néanmoins l'objet de discussions. Ainsi le choix d'une donation indirecte par le mécanisme de la stipulation pour autrui paraît plus judicieux que de passer par une cession de créance et la recommandation d'une acceptation rapide si pas immédiate de la donation se présente comme plus sage que le conseil d'attendre le décès du donateur pour accepter la donation.

§ 2. Tendance

Toutefois, si le notaire a tout intérêt à faire preuve de prudence et de réserve, il semble important que le notaire, et à plus grande échelle le notariat, reste *tendance*. Bien d'autres acteurs que le notaire peuvent prodiguer des conseils et proposer des techniques de planification successorale : les avocats spécialisés en droit patrimonial de la famille et/ou en droit fiscal, les banques qui développent de plus en plus leurs branches *estate planning* ou les entreprises privées de conseil en gestion du patrimoine. Pourquoi le notaire, au nom du principe de prudence, ne pourrait-il pas proposer les mécanismes analysés dans la présente contribution ? Il s'agit certes de « techniques sophistiquées » qui s'apparentent « à un Eldorado » (166), mais le notaire n'a aucune raison de les ignorer. Il devra néanmoins prendre la peine d'expliquer qu'une nouvelle règle pourrait être édictée qui pourrait porter atteinte au montage mis en place dès lors que comme la Cour constitutionnelle l'a rappelé (167) : il ne sert à rien d'invoquer qu'une nouvelle règle porte atteinte à la confiance légitime des personnes qui ont accompli un acte juridique antérieur à son entrée en vigueur, et qu'un acte juridique est un acte juridique définitif et irrévocable sur lequel il n'est plus possible

(165) S. SCARNA et J. LIMET, « Du fromage... à la bière, toutes les routes mènent à Rome ! », *Rec. gén. enr. not.*, 2024/3, n° 27.805, p. 108 qui sont cependant plus nuancés puisqu'ils écrivent : « En tout état de cause, soulignons que les fictions susvisées peuvent en principe être déjouées, même in extremis, en soumettant le pacte adjoind établi à la suite des opérations en question à l'enregistrement à tout moment avant le décès de sorte à s'acquitter des droits de donation et écarter le risque de taxation successorale ». Voy. égal. A. AYDOGAN, « La "route de la bière", alternative à la "route du fromage" ? », *Fiscologue*, juin 2023, n° 1794, p. 6 : « Bien que la pratique semble fascinée par les possibilités offertes par la "route de la bière", l'ambiguïté en droit civil concernant l'apport dans une société simple au bénéfice d'un tiers constitue un motif de prudence ».

(166) S. SCARNA et J. LIMET, « Du fromage... à la bière, toutes les routes mènent à Rome ! », *Rec. gén. enr. not.*, 2024/3, n° 27.805, p. 110.

(167) C. const., 10 juillet 2019, *Rec. gén. enr. not.*, 2020/1, pp. 39 et s.

de revenir. Au contraire, les dispositions législatives qui définissent la base imposable d'un impôt peuvent à tout moment être modifiées, en tout ou en partie, de sorte que les justiciables ne peuvent pas légitimement escompter le maintien sans modification, dans le futur, de ces dispositions.

Cela nécessite de suivre l'actualité des outils de planification et de « rester à l'affût des éventuels coups de poignard que le législateur pourrait être tenté d'asséner chemin faisant » (168). D'autant que le ministre des Finances, répondant à des questions parlementaires jointes sur le recours à la « route de la bière » pour éviter la taxe sur les donations, a indiqué : « De nouvelles techniques sont systématiquement recherchées pour éluder les impôts. C'est socialement inacceptable et nous devons lutter contre ces pratiques » (169).

C'est donc bien un rôle d'équilibriste que doit jouer le notaire entre la prudence et la tendance aux nouveaux outils de planification.

(168) S. SCARNA et J. LIMET, « Du fromage... à la bière, toutes les routes mènent à Rome ! », *Rec. gén. enr. not.*, 2024/3, n° 27.805, p. 110.

(169) Questions parlementaires jointes 55037602C et 55038208C du 19 juillet 2023 de Monsieur Vandenbroucke et de Monsieur Beke, www.fisconetplus.be.