

SOMMAIRE :

EDITORIAL

[Françoise Sweerts et Josette Van Elderen]

L'ENTREPRISE RECOURT-ELLE AUX MODES ALTERNATIFS DE REGLEMENT DES CONFLITS

[Jean-Pierre Buyle et Pierre Proesmans]

CHANGEMENT DE CONTROLE D'UNE SOCIETE, NULLITE DE LA CESSION DE SES PARTS ET CONSEQUENCES FISCALES

[Jacques Malherbe]

LE RACHAT D'ACTION PROPRES PAR UNE SOCIETE BELGE

[Emmanuel Hupin]

NOUVEAUTES EN MATIERE DE PROCEDURES DE FUSION ET DE SCISSION

[Alexandra Vanhoudenhoven]

Rédacteur en chef

Me David Raes

Président de la

Commission

Me Alain A. Henderickx

Membres de la

Commission

Me Eric Boigelot

Me Didier Chaval

Me Bruno Dessart

Me Xavier Dieux

Me Isabelle Ferrant

Me Paul-Alain Foriers

Me Alain Goldschmidt

Me Alain Guilmot

Me Catherine Houssa

Me Lucien Kalenga

Me Henri-Paul Lemaitre

Me Jacques Malherbe

Me Didier Putzeys

Me Jean-Pierre Renard

Me Guy Rulkin

Me Dominique Torbeyns

Me Thierry Van Nerom

Me Alain Zenner

EDITORIAL - UN CONFLIT FINANCIER, N'OUBLIEZ PAS LES OMBUDSMANS¹ :

Dans le cadre des relations commerciales, lorsqu'un différend surgit, les parties peuvent avoir recours à d'autres modes de règlement de conflits que celui du tribunal afin d'éviter de rompre toute relation future. Il existe différentes voies alternatives de règlement de conflit : l'arbitrage, la médiation, la conciliation... et l'Ombudsman.

L'Ombudsman est une instance permanente neutre et objective qui peut être saisie gratuitement, par un consommateur, un commerçant, une entreprise insatisfaite.

L'Ombudsman n'a pas les compétences d'un arbitre puisqu'il ne peut imposer sa décision. Il n'est pas non plus un médiateur puisqu'il n'est pas désigné ponctuellement par une convention entre les parties. De plus, si le médiateur met les parties en présence et par un jeu de questions va les amener à retrouver le dialogue et à dégager entre elles une solution, l'Ombudsman, lui, en tant qu'instance indépendante donne son opinion.

Il a une autorité morale et cet avis est généralement suivi par les acteurs du secteur qu'il représente. Le plaignant, lui, garde la possibilité de recourir en justice et maintient son droit à un double degré de juridiction.

La procédure de saisine est simple. Il suffit d'un écrit (un mail, un courrier, un fax ou un formulaire en ligne) décrivant brièvement le motif d'insatisfaction. Sur base de ce document et de son pouvoir d'instruction, l'Ombudsman va saisir l'institution concernée pour examiner le bien-fondé de la plainte.

En matière d'assurances, le litige doit porter sur l'exécution d'un contrat d'assurance existant peu importe la branche d'assurances dont il relève (Auto, Incendie, Vie, Soins de Santé...). Il peut concerner la gestion du contrat (tarif, adaptations des conditions générales, résiliations) ou la gestion d'un sinistre.

En matière bancaire, la plainte doit préalablement avoir été soumise au service de gestion des plaintes de l'institution financière. A défaut de réponse satisfaisante, le plaignant peut introduire sa plainte auprès de Ombudfin. La procédure est également exclusivement écrite. Un consommateur peut saisir l'Ombudsman en conflits financiers (Ombudfin) pour tout type de litige concernant une transaction financière ou un contrat, à l'exception d'une plainte relevant de la politique commerciale de l'institution financière. S'agissant d'une entreprise, Ombudfin est compétent pour les litiges qui concernent l'exécution d'un contrat de crédit.

A l'issue de l'examen du dossier et de l'éventuelle négociation, l'Ombudsman rend un avis qui a une autorité morale reconnue mais qui est non contraignant. Par cet avis, l'Ombudsman se prononce sur la question pour laquelle il a été saisi.

¹ Le présent éditorial fait suite à une présentation et un échange de vue récent entre la Commission de droit commercial de l'Ordre français du Barreau de Bruxelles, d'une part, et l'Ombudsman des Assurances ainsi que l'Ombudsman du Service de Médiation Banques - Crédits - Placements, d'autre part.

Il peut négocier un accord ou une proposition visant à résoudre le différend qui sera formulé dans ses conclusions. Une particularité au sein de Ombudsfin : l'avis de l'Ombudsman en conflits financiers est soumis à l'approbation d'un représentant permanent des consommateurs. En cas de désaccord, le litige est soumis à un collège d'experts composé paritairement de représentants du secteur financier et des consommateurs.

Une autre particularité de la mission d'un ombudsman est le pouvoir d'émettre des recommandations soit individuelles, soit sectorielles. L'objectif étant de participer ainsi à l'éducation financière du consommateur d'une part et, d'autre part, d'améliorer la qualité des services financiers.

Enfin, l'Ombudsman a l'obligation de publier un rapport annuel qui fournit des indications précieuses sur les types de plaintes traitées.

L'intervention de l'Ombudsman est gratuite et rapide. De nombreux différends sont réglés dans les trois mois de la saisine. Les deux Ombudsmans relèvent d'un réseau. Ainsi si l'un d'eux doit se déclarer incompétent, il transmettra la réclamation à son homologue belge du secteur concerné dans le cadre de la Concertation Permanente des Ombudsmans et Médiateurs (CPMO)¹.

Les Ombudsmans des assurances et des secteurs financiers au niveau européen ont adhéré à un réseau dénommé FIN-NET² par le canal duquel des litiges transfrontaliers peuvent être réglés.

L'intervention de l'Ombudsman en tant qu'instance de règlement de conflits alternative à l'ordre judiciaire présente l'avantage d'une intervention rapide et gratuite. La procédure est souple. En cas de désaccord, son recours permet d'éviter la rupture des relations et la recherche d'une solution de compromis. La procédure est discrète et confidentielle. De plus, le plaignant garde libre choix de la langue utilisée.

Actuellement, un seul bémol : le recours à cette instance alternative ne suspend pas le délai de prescription. Mais il existe des projets, tant au niveau européen qu'au niveau national, pour prévoir la suspension du délai de prescription sous certaines conditions.

Françoise Sweerts
Ombudsman du Secteur Financier

Josette Van Elderen
Ombudsman des Assurances

¹ www.ombudsman.be

² http://ec.europa.eu/internal_market/fin-net/index_en.htm

L'ENTREPRISE RECOURT-ELLE AUX MODES ALTERNATIFS DE REGLEMENTS DES CONFLITS (MARC'S) ?

1. Introduction

« Discourage litigation. Persuade your neighbours to compromise whenever you can. Point out to them how the nominal winner is often a real loser - in fees, expenses and waste of time. »¹

Qu'il s'agisse de répondre à certaines lacunes de la justice étatique ou d'une volonté d'éviter la rupture qu'une procédure judiciaire engendre, la recherche du compromis, de la négociation et de la transaction doit être privilégiée.

Dans le cadre des relations commerciales, cette volonté d'éviter le conflit ou de le résoudre rapidement est d'autant plus marquée que les opérateurs de la vie économique entendent, autant que faire se peut, préserver leurs relations avec un partenaire ou un client et s'épargner le coût, le temps et l'énergie d'un procès².

Compte tenu des avantages que les modes alternatifs de règlement des conflits représentent, le recours à ceux-ci est, dans nombre de cas, une solution à privilégier en vue de résoudre ou d'éviter un conflit.

Leur utilisation constitue par ailleurs un palliatif à l'arriéré judiciaire qui ne cesse de s'aggraver. Les modes extrajudiciaires de résolution des conflits incarnent incontestablement la révolution dont aurait besoin la justice afin de redorer son image et de contrer la lourdeur de certaines procédures.

Cependant, malgré les avantages que d'aucuns leur reconnaissent, il semble que les MARC's demeurent l'exception par rapport aux procédures judiciaires³.

Dans une note du 15 mars 2011, la Fédération des entreprises de Belgique indiquait : « (...) les modes de résolution extrajudiciaires méritent d'être développés et coordonnés (...). Il importe que les acteurs, tant les consommateurs que les entreprises, aient bien conscience de ce que le recours aux tribunaux ordinaires ne constitue pas la voie unique de résolution des différends.

Bien au contraire, une palette de processus, potentiellement infinie et à ce jour sous-exploitée, s'offre à eux »⁴.

¹ A. Lincoln, "Notes for a Law Lecture", 1^{er} Juillet 1850, cité par Bruce Bohle, *The Home Book of American Quotations*, Dodd, Mead, New York, 1967, p. 226.

² Voy. proposition de loi modifiant le Code judiciaire en ce qui concerne la médiation, Ch., doc. 51, 0327/001, 23 oct. 2003, p. 4 : « Si la médiation s'avère particulièrement bien adaptée au règlement des problèmes sensibles, spécialement d'ordre émotionnel, qui entourent les conflits familiaux, il ne faut pas perdre de vue qu'elle peut aussi être utile dans tous les conflits, quelle que soit leur nature, entre parties qui sont appelées à maintenir des contacts entre elles. C'est assurément le cas pour les conflits qui naissent entre entreprises ou au sein même des entreprises, pour lesquels la médiation crée une ambiance positive rendant possible la continuation d'une relation d'affaires. »

³ J.-F. VAN DROOGHENBROECK, « Paroles, paroles... », *La médiation, Voie d'avenir aux multiples facettes ou miroir aux alouettes*, sous la direction de P.-P. RENSON, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2008, p. 7. , qui constate que près de 4 ans après l'entrée en vigueur de la loi du 21 février 2005 sur la médiation, celle-ci ne rencontrait que peu de succès ; O. CAPRASSE, « La médiation en matière commerciale », *La médiation, Voie d'avenir aux multiples facettes ou miroir aux alouettes*, sous la direction de P.-P. RENSON, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2008, p. 73 ; P. P. RENSON, « Arbitrage, conciliation, médiation et droit collaboratif : comment régler un conflit efficacement et durablement, sans recourir à une procédure judiciaire ou administrative ? », www.justice-en-ligne.be, 28 février 2011.

⁴ Note de la Fédération des entreprises de Belgique du 15 mars 2011 en réponse au document de consultation de la Commission européenne sur le recours au règlement extrajudiciaire des litiges pour régler des litiges relatifs aux transactions et aux pratiques

Quel paradoxe ! Loués de toutes parts pour leurs mérites, les modes alternatifs de règlement des conflits ne trouveraient pas encore la place que certains leur destinaient à côté ou en complément de la justice étatique.

Afin d'évaluer l'intérêt que suscitent réellement les MARC's, nous avons mené une étude, en collaboration avec l'Institut des juristes d'entreprise (IJE), visant à interroger les juristes sur leur connaissance, leur perception, leur expérience et leur pratique en matière de procédures alternative en matière commerciale.¹

2. L'entreprise face aux MARC's

2.1. Dans quelle mesure les juristes d'entreprise recourent-ils aux MARC's ?

Premier constat, la grande majorité des juristes d'entreprise interrogés (95 %) ont entendu parler des MARC's.

D'une manière générale, l'arbitrage est la procédure à laquelle les entreprises ont le plus souvent recours. Viennent ensuite la médiation puis la conciliation. Certains juristes ont également indiqué recourir à des procédures *ad hoc* ou à des expertises externes.

Cependant, en dépit de ce premier constat, il ressort des résultats de l'enquête que seule une petite majorité de juristes (57 %) ont déjà eu recours aux MARC's.

Par ailleurs, le questionnaire laisse apparaître que les juristes ne connaissent qu'un nombre limité de procédures – celles ayant fait l'objet d'une intervention législative – et que les MARC's sont majoritairement utilisés dans le cadre de contrats internationaux ou de contrats complexes. La qualité du partenaire commercial a également son importance ainsi que le pays dans lequel le contrat sera exécuté et dans une certaine mesure le risque du contrat.

Afin d'évaluer la pratique des entreprises en matière de MARC's, nous avons tenté d'analyser si elles recourent à ces procédures volontairement et si elles insèrent des clauses d'arbitrage ou de médiation (ou autre) dans leurs contrats ou leurs conditions générales.

On constate que seulement 37 % des entreprises insèrent souvent de telles clauses dans leurs contrats alors que 50 % ne le font que rarement et 13 % n'en insèrent jamais. Dans les conditions générales, de telles clauses ne semblent pas avoir beaucoup plus de succès, la majorité des entreprises indiquant ne jamais en insérer.

A la lecture de ces clauses, il ressort de l'enquête que seule la moitié des juristes réagit positivement, qu'ils aient déjà eu recours ou non aux MARC's. Ces clauses semblent appréciées essentiellement en présence de contrats internationaux et de contrats complexes. Près d'un tiers des juristes interrogés sont en revanche réservés et indiquent que leur réaction face

commerciales dans l'Union européenne, http://vbo-feb.be/media/uploads/public/custom/Dossier/Law/20110316_consultation_ADR_final.pdf

¹ Le questionnaire soumis aux entreprises comprenait 22 questions et a été adressé durant l'été 2011 à l'ensemble des membres de l'IJE, soit près de 1500 juristes. 113 juristes y ont répondu de manière anonyme, 68 néerlandophones et 45 francophones. Le questionnaire complété ne comprenait pas toujours de réponses à l'ensemble des questions. Par ailleurs, certaines personnes ont parfois coché plusieurs options de réponse. Les entreprises interrogées sont actives dans différents secteurs (17 % banques-assurances ; 28 % services divers ; 32 % industrie ; 10 % commerce ; 2,5 % fédérations professionnelles ; 10,5 % autres). La majorité des entreprises (87,5 %) ayant répondu au questionnaire sont des entreprises employant plus de 100 personnes. 53 % des entreprises interrogées sont actives dans le monde, 16 % en Europe et 31 % uniquement en Belgique.

aux procédures alternatives est fonction du type de contrat. Un quart des juristes réagissent négativement, le plus souvent à l'égard des clauses d'arbitrage, en raison du coût important de la procédure et de la qualité des arbitres.

2.2. Quelle est la perception des juristes d'entreprise ?

Il ressort de l'enquête que, en comparaison avec les tribunaux étatiques, les MARC's sont considérés comme étant plus rapides et plus discrets.

Cependant, les entreprises n'y voient guère beaucoup d'autres avantages et mentionnent au contraire plusieurs inconvénients dont le prix prohibitif des procédures, l'absence de possibilité de faire appel et l'absence de jurisprudence.

De façon plus inquiétante, les entreprises mentionnent également le manque de spécialisation des arbitres et des médiateurs.

Signe d'une certaine réticence, une grande majorité de juristes (83 %) considèrent que le recours aux MARC's ne devrait pas être rendu obligatoire, ceux-ci soulignant le caractère conventionnel des MARC's.

Par ailleurs, les juristes estiment généralement que le recours aux MARC's ne doit pas être favorisé pour régler les conflits internes (avec le personnel, avec la direction, entre administrateurs, ...), les entreprises estimant majoritairement que les tribunaux sont plus efficaces, qu'il ne faut pas multiplier les procédures et que les MARC's sont trop onéreux pour ce type de conflit¹.

D'une manière générale, les entreprises interrogées voient dans les MARC's des procédures accessoires et semblent ne pas leur octroyer une véritable place à côté des procédures judiciaires. A l'exception de certaines questions spécifiques, les entreprises préfèrent ainsi laisser aux tribunaux le soin de régler leurs conflits et semblent exclure tout recours obligatoire aux procédures alternatives, soulignant leur caractère alternatif et consensuel.

3. Conclusions

Les résultats de l'enquête tendent à démontrer que les entreprises interrogées n'ont pas une connaissance extrêmement développée de l'ensemble des procédures existantes et des possibilités que celles-ci offrent.

Or, il importe de le souligner, les MARC's présentent nombre d'avantages. Ils favorisent l'émergence d'une solution négociée et la préservation du dialogue avec le client ou le partenaire commercial. Par ailleurs, outre le désengorgement des tribunaux, les MARC's permettent une plus grande discrétion et sont plus flexibles que les procédures judiciaires. Enfin, ils sont généralement plus rapides et, dans la plupart des cas, les coûts y sont modérés.

Cependant, malgré ces avantages, les MARC's ne constituent pas encore la voie privilégiée de règlement des litiges. Le recours à ceux-ci demeure marginal en raison du manque de connaissance des procédures ou de la crainte d'appréhender le conflit en dehors du cadre convenu que constitue la justice étatique.

En ce sens, la promotion des procédures alternatives est un préalable indispensable à leur développement. Que cette promotion passe par une meilleure information de la part des professionnels du secteur (centres de médiation et

¹ Il convient cependant d'indiquer qu'il existe une différence entre les entreprises francophones ou ayant répondu au questionnaire en français et les entreprises néerlandophones. En effet, les entreprises francophones estiment à 52 % qu'il convient de favoriser le recours aux MARC'S pour régler les conflits internes.

d'arbitrage, Ombudsmans, médiateurs, arbitres, ...), par un conseil avisé de l'avocat à son client ou encore par une intervention du juge saisi d'un litige, des efforts importants en termes d'information et de pédagogie doivent être accomplis, tant par les entreprises que par les acteurs de justice.

Nous saluons à cet égard l'initiative du Barreau de Bruxelles qui a récemment élaboré un protocole de négociation visant à permettre aux parties à un litige et à leurs avocats de résoudre le conflit par la négociation ou encore celle des juges du Tribunal de commerce de Bruxelles qui incitent les parties, lors de l'audience d'introduction et pour certains litiges, à se concerter avant de poursuivre la procédure judiciaire. Relevons aussi la création de B-MEDIATION, centre de médiation pour les litiges commerciaux, créé par le barreau, BECI et les entreprises de Bruxelles.

Par ailleurs, afin d'inciter entreprises et consommateurs à recourir aux MARC's, toute intervention législative n'est pas à exclure. Ne pourrait-on pas en effet envisager, à la lumière des solutions retenues dans certains pays, une telle intervention en vue de rendre le recours à certaines procédures alternatives obligatoire ? Bien qu'un tel recours contraignant suscite de nombreuses questions et semble ne pas emporter l'adhésion des entreprises consultées, toute intervention ne doit pas être écartée, moyennant le respect de certaines balises et du droit fondamental de chacun de se mouvoir en justice.

Bien que les MARC's ne soient pas la panacée et que les voies de recours traditionnelles doivent conserver une place prépondérante dans la résolution de certains litiges, il importe que tant les entreprises que les consommateurs soient conscients des avantages et des opportunités que leur offrent ces procédures. Il appartient, à la lumière des résultats de l'enquête, de continuer à les promouvoir, de mettre en œuvre les moyens visant à changer les mentalités, et de rappeler que, dans nombre de cas, un mauvais arrangement vaut mieux qu'un bon procès.

Jean-Pierre Buyle
jpbuyle@philippe-law.eu

Pierre Proesmans
pproesmans@philippe-law.eu

CHANGEMENT DE CONTRÔLE D'UNE SOCIÉTÉ, NULLITÉ DE LA CESSION DE SES PARTS ET REFUS DE LA DEDUCTION DE SES PERTES ANTERIEURES A LA CESSION :

1. Changement de contrôle

L'article 207 CIR 92 stipule qu'en cas de prise ou de changement, au cours de la période imposable, du contrôle d'une société, qui ne répond pas à des besoins légitimes de caractère financier ou économique, les pertes professionnelles antérieures ne sont pas déductibles des bénéfices de cette période, ni d'aucune période imposable ultérieure.

Il n'est pas exceptionnel qu'une cession d'actions soit annulée. De telles situations peuvent se présenter notamment, lorsqu'il apparaît que le cessionnaire ne remplit pas les obligations qu'il avait assumées et a agi de façon dolosive, trompant le cédant sur ses véritables intentions.

Qu'en est-il, en cas du report des pertes antérieures à l'opération ?

Il paraît important d'abord de clarifier la portée de l'expression « prise ou changement du contrôle d'une société » telle qu'utilisée dans le cadre de l'article 207, alinéa 3 CIR 92.

C'est l'article 29 de l'Arrêté Royal du 20 décembre 1996 portant des mesures fiscales qui a complété l'article 207 par l'aliéna suivant : « En cas de prise ou de changement, au cours de la période imposable, du contrôle d'une société, qui ne répond pas à des besoins légitimes de caractère financier ou économique, ne sont pas déductibles des bénéfices de cette période, ni d'aucune autre période imposable ultérieure ... par dérogation à l'article 206, les pertes professionnelles antérieures. »

Le Rapport au Roi précise à ce titre que « pour la notion de contrôle d'une société, il y a lieu de se référer à l'arrêté royal du 8 octobre 1976 relatif aux comptes annuels des entreprises, qui entend par contrôle d'une entreprise, le pouvoir de droit ou de fait d'exercer une influence décisive sur la désignation de la majorité des administrateurs ou gérants de celle-ci ou sur l'orientation de sa gestion. Cet arrêté royal précise en outre ce qu'il y a lieu d'entendre par contrôle de droit et contrôle de fait. En application de l'article 43 du projet, toute société qui subit des modifications importantes de son actionnariat ou dont un nombre important de gérants ou d'administrateurs ont été remplacés peut obtenir de l'administration des contributions directes un accord préalable sur le fait que ces modifications répondent à des besoins légitimes de caractère financier ou économique. (...)

Enfin, si le changement d'actionnariat résulte d'une succession, il n'y a pas lieu d'appliquer le nouvel alinéa 3 de l'article 207, CIR 92, celui-ci concernant exclusivement les cessions volontaires. » (Rapport au Roi précédant l'Arrêté Royal du 20 décembre 1996, MB 31 décembre 1996).

C'est en réalité le point IV, A, § 2 de l'annexe à l'arrêté royal qui définit le contrôle d'une entreprise comme suit :

« § 2. Pour l'application du présent arrêté on entend par :

contrôle d'une entreprise, le pouvoir de droit ou de fait d'exercer une influence décisive sur la désignation de la majorité des administrateurs ou gérants de celle-ci ou sur l'orientation de sa gestion ; (...)

§ 3. Le contrôle est de droit et présumé de manière irréfragable :

1° lorsqu'il résulte de la détention de la majorité des droits de vote attachés à l'ensemble des actions, parts ou droits d'associés de l'entreprise en cause ;

2° lorsqu'un associé a le droit de nommer ou de révoquer la majorité des administrateurs ou gérants ;

3° lorsqu'un associé dispose du pouvoir de contrôle en vertu des statuts de l'entreprise en cause ou de conventions conclues avec celle-ci ;

4° lorsque, par l'effet de conventions conclues avec d'autres associés de l'entreprise en cause, un associé dispose de la majorité des droits de vote attachés à l'ensemble des actions, parts ou droits d'associés de celle-ci ;

5° en cas de contrôle conjoint.

§ 4. Le contrôle est de fait lorsqu'il résulte d'autres éléments que ceux visés au § 3.

Un associé d'une entreprise est, sauf preuve contraire, présumé disposer d'un contrôle de fait sur cette entreprise si, à l'avant-dernière et à la dernière assemblée générale de cette entreprise, il a exercé des droits de vote représentant la majorité des voix attachées aux titres représentés à ces assemblées.

§ 5. (...)

Cette définition se retrouve actuellement en des termes quasi-identiques à l'article 5 du Code des sociétés.

La détention de la majorité des votes attachés à l'ensemble des actions ou parts constitue le critère principal dans l'appréciation du contrôle (voy. Ch. Fischer, « La réglementation sur les comptes annuels et le plan comptable, volume 5, Ed. Chambre d'économie et de droit des affaires », n° 5433 : « La législation en matière de comptes consolidés retient, en principe, le pouvoir votal, c.-à-d. le nombre de voix potentiel, pour vérifier si le contrôle de droit existe ou n'existe pas. Le pouvoir votal correspond au nombre de voix potentiel, c.-à-d. le nombre de voix que la société détentrice d'actions ou de

parts peut ou pourrait utiliser dans une assemblée générale de la société contrôlée. Le pouvoir votal confère le contrôle de droit lorsqu'il permet de nommer et de révoquer la majorité des administrateurs, même lorsque la société actionnaire n'utilise pas effectivement sa majorité pour ces nominations ou révocations.»).

Nous supposons qu'une convention de cession d'actions a opéré le changement de contrôle et que le conseil d'administration a été remplacé.

Le fait que ce changement de majorité des actionnaires a ensuite emporté un changement dans la composition du conseil d'administration est une suite logique de la modification de l'actionnariat de la société.

A supposer qu'une telle modification des organes dirigeants de la société ne soit pas intervenue, cela n'aurait pas pour conséquence d'anéantir le changement de contrôle inhérent à la modification de la majorité des actionnaires. Comme exposé ci-dessus, le contrôle s'entend comme le droit de nommer et de révoquer la majorité des administrateurs, même lorsque la société actionnaire n'utilise pas effectivement sa majorité pour des nominations ou révocations.

Diverses décisions du Service des décisions anticipées, appelé à se prononcer sur l'existence de besoins légitimes de caractère financier ou économique au sens de l'article 207, al. 3 CIR 92 se sont prononcées sur ce point :

→ Décision anticipée n° Ci.Com/558 CDB du 2 avril 2001, www.fisconet.be :
« ... l'acquisition des actions ou parts de la SA A vise à maintenir l'emploi actuel, et à poursuivre, voire étendre, les activités actuelles de la société ; ... par conséquent, l'acquisition des actions de la SA A répond bien à des besoins légitimes de caractère financier ou économique. »

→ Décision anticipée n° Ci.Com/537 CDB du 26 février 2001, www.fisconet.be :
«... les requêtes trouvent leur origine dans le *transfert des actions* de la société faïtière du groupe A à une joint venture entre le groupe B et le groupe C (à raison de 50% chacun), née de la volonté de ces deux groupes de fusionner leurs activités relatives à certains produits (...); le changement de contrôle des SA X et Y répond, dans le contexte de la joint venture décrite, à des besoins légitimes de caractère financier ou économique au sens de l'article 207, al. 3 CIR 92. »

→ Décision anticipée n° Ci.Com/514 CDB du 11 septembre 2000, www.fisconet.be :
«... il ressort de la demande que le changement de contrôle de la requérante *se ferait par l'achat des parts* encore en possession de l'associé majoritaire A, par l'associé B, détenant un tiers des parts depuis le 1^{er} janvier 1999. »

→ Décision anticipée n° Ci.Com/507 CDB du 29 juin 2000, www.fisconet.be :
« ...comme les actionnaires actuels de la SA X ont l'intention de mettre en vente la société et la reprise par une société concurrente n'offre aucune garantie en matière de maintien de l'emploi pour les travailleurs actuels, le personnel de la SA X envisage *d'acquérir lui-même les actions* afin d'éviter le chômage. (...) l'acquisition des actions de la SA X répond bien à des besoins légitimes de caractère financier ou économique. »

→ ...

Dans chacune de ces décisions, c'est la vente (de la majorité) des actions de la société qui est considérée comme un changement de contrôle.

L'application de l'article 207, alinéa 3 CIR 92 est tributaire d'un élément externe (ici la cession des actions d'une société comportant changement de contrôle), qui échappe à la maîtrise de la société concernée et qui a une conséquence directe sur le calcul de l'impôt des sociétés de cette même entité.

Il s'agit pour le moins d'une situation exceptionnelle.

Les hypothèses où la situation fiscale d'un contribuable (en l'espèce une société) est directement fonction d'une décision ou d'un acte pris par un tiers (ici les actionnaires majoritaires qui décident de céder leurs actions) sont peu courantes (voy. en ce sens G. Gemis, « *De identiteitsvereiste inzake de verrekening van bedrijfsverliezen* », *AFT*, 1997, p. 212 : « *Bij de toepassing van de spelregels, zoals die tot op heden bestonden, werd het ontstaan en het verdwijnen van bedrijfsverliezen bepaald uitgaande van factoren eigen aan de rechtspersoon-vennootschap die de bedrijfsverliezen heeft geleden. Uitzonderlijk is dus het feit dat een externe factor nl. de controle over de vennootschap, die geen uitstaans heeft met het wezen van de persoon van de vennootschap zelf, invloed heeft op de aftrek van bedrijfsverliezen.* » Traduction libre : Lors de l'application des règles du jeu, tels qu'ils étaient applicables à présent, la naissance et la déperdition des pertes professionnelles étaient déterminés sur base de facteurs propres à la société-personne morale qui avait supporté les pertes. Il est dès lors exceptionnel qu'un facteur externe, à savoir le contrôle d'une société, qui n'est pas inhérent à la personne même de la société, a un impact sur la déduction des pertes professionnelles.)

2. Effets de la nullité de la cession d'actions

Supposons qu'un Tribunal prononce la nullité de la convention de cession d'actions portant sur la vente d'actions.

La nullité constitue une sanction judiciaire frappant l'obligation ou l'acte juridique atteint d'un vice et emportant l'anéantissement rétroactif tant entre parties qu'à l'égard des tiers, et ce, en principe, à la demande d'une partie. Lorsque le contrat est annulé, le jugement prononçant la dissolution l'empêche non seulement de produire tout effet à l'avenir, mais en sus – et c'est là la particularité des causes de dissolution *ex tunc* – il le fait disparaître depuis son origine (H. De Page, *Traité élémentaire de droit civil belge*, Bruxelles, Bruylant, t.II, 3^e ed., 1964, p. 786, n° 815 : « *Ce qui est nul n'a jamais pu avoir d'existence juridique, et partant, n'a jamais pu produire, à un moment quelconque, aucun effet de droit.* » ; P. Van Ommeslaghe, *Droit des obligations*, T.II, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 965 ; T. Starosselets, « Effets de la nullité », in *La nullité des contrats*, CUP, Larcier, 2006, p. 236 ; l'auteur poursuit (p. 238) « *la privation d'effets juridiques pour le passé et pour l'avenir s'impose tant aux parties qu'aux tiers. Ces derniers subissent donc les conséquences de la dissolution, même si, entre-temps, ils ont acquis certains droits sur la chose formant l'objet du contrat.* » ; en ce sens, voy. également M. Van Kuegelgen, « Réflexions sur le régime des nullités et des inopposabilités », in *Les obligations contractuelles*, Ed. Jeune Barreau, Bruxelles, 2000, pp. 610 et 611 : « *La nullité, comme on l'a vu, constitue une cause de dissolution du contrat qui opère avec effet rétroactif et erga omnes. Qu'elle soit absolue ou relative, la nullité provoque donc en soi une conséquence absolue qui est de faire disparaître la convention ou l'obligation de l'ordre juridique et ce, ab initio. Les effets de cette disparition sont dès lors les suivants : ... La nullité s'impose à tous ceux qui sont susceptibles de se prévaloir de l'acte irrégulier et dès lors même aux tiers non parties à l'action. Les tiers subissent donc les conséquences de la dissolution même si entre-temps, ils ont acquis certains droits, notamment sur la chose formant l'objet du contrat. En d'autres termes, les actes intermédiaires accomplis entre la date de la conclusion du contrat et son annulation seront, par répercussion, invalidés de façon rétroactive.* »).

En l'espèce, c'est la vente des actions qui a donné lieu à un changement de contrôle au sens de l'article 207 CIR 92. Cette vente est annulée par un Tribunal. Comme cette nullité emporte l'anéantissement rétroactif tant entre parties qu'à l'égard des tiers de la vente des actions, il faut en déduire qu'il n'y a pas eu de changement de contrôle.

La nullité opère avec un effet rétroactif et implique, lorsque le contrat a connu une exécution dans les faits, la remise des choses en leur pristin état. C'est là une conséquence naturelle mais indirecte de la dissolution (voy. en ce sens, T. Starosselets, « Restitutions consécutives à la dissolution *ex tunc* », *R.G.D.C.B.*, 2003, p. 67 et suiv. : « *Lorsque l'acte dissout rétroactivement a produit des effets autres que juridiques, c'est-à-dire, lorsqu'il a été exécuté en tout ou en partie, les actes matériels se trouvent privés de fondement juridique et doivent être effacés. Si l'on compare l'exécution de l'obligation avec la projection d'un film, la remise de choses en leur pristin état revient en quelque sorte à rembobiner ce*

film. La Cour de cassation a eu l'occasion d'affirmer le principe du retour au statu quo ante tant en matière de résolution de conventions synallagmatiques, qu'en matière d'annulation. »).

En conclusion, la nullité de la cession des actions opère *ex tunc* et implique que le changement de contrôle qui trouve sa cause dans la modification du titulaire de la détention de la majorité des droits de vote attachés à l'ensemble des actions est également anéanti avec effet rétroactif. La déduction des pertes antérieures ne devrait dès lors plus être remise en question.

Jacques MALHERBE
j.malherbe@liedekerke.com

LE RACHAT D' ACTIONS PROPRES PAR UNE SOCIETE BELGE :

L'actualité économique de ces derniers mois, dominée par la déprime boursière, a mis à l'avant-plan la pratique du rachat par une société de ses propres actions. De grands noms peuvent être cités à l'instar de Kinopolis, Solvax et Bouygues qui ont annoncé dernièrement leur intention de procéder à ce type d'opération. L'intérêt de cette technique est multiple. Il peut s'agir de partager la trésorerie excédentaire de la société entre ses actionnaires, de racheter les actions d'un actionnaire qui souhaite les céder, de soutenir le cours de l'action, de distribuer des actions à son personnel, de se prémunir contre un changement de contrôle agressif... ou, dans la période troublée que nous vivons, de réaliser à bas prix un placement considéré comme excellent et dont le rendement espéré sera supérieur à l'intérêt payé sur les sommes empruntées pour le réaliser.

Le rachat d'actions propres est parfaitement légal, mais les conditions et les conséquences de son exercice sont strictement réglementées. Et pour cause...

Lorsqu'elle rachète ses propres actions, la société entretient avec elle-même des rapports quelque peu schizo-phréniques. Elle rachète son capital avec son propre avoir, elle est à la fois débitrice et créancière de son capital et de ses bénéficiaires, ses administrateurs exercent le pouvoir des actionnaires...

Le droit des sociétés a appréhendé la question en la réglementant sous l'influence du droit européen (art. 620 & s. du Code des Sociétés).

Les opérations visées sont les acquisitions à titre onéreux par voie d'achat ou d'échange, directement ou par personne interposée agissant en son propre nom mais pour le compte de la société. La loi assimile l'hypothèse où une filiale directe acquiert les actions de sa société mère à l'acquisition d'actions propres. Sont visées les actions, les parts bénéficiaires et les certificats s'y rapportant. La loi énonce cinq conditions.

La première est préalable à la décision d'acquisition. Le rachat d'actions propres est en effet soumis à une décision d'une assemblée générale extraordinaire. Le vote ne peut avoir lieu que si la moitié du capital est valablement représenté. La décision ne sera adoptée qu'à une majorité des 4/5ème des voix. L'assemblée fixera également le nombre d'actions à acheter et la durée pour laquelle l'accord de l'organe est donné, celle-ci ne pouvant en aucun cas excéder 5 ans. Dans certains cas, l'exigence d'un vote par l'assemblée générale n'est pas nécessaire. Il en sera ainsi de la société qui acquiert ses propres actions afin de les distribuer à son personnel. Une autre exception est également possible si elle est

expressément prévue statutairement : lorsque l'acquisition est nécessaire pour éviter à la société un dommage grave et imminent, ce qui pourrait être le cas d'une OPA hostile par exemple.

La deuxième condition impose à la société de ne détenir en aucun cas plus de 20% du capital souscrit, et ce en cumulant les actions déjà en possession de la société avant l'opération et celles acquises lors de l'opération.

En troisième lieu, la loi précise que les fonds de la société servant au rachat de ses actions doivent être issus de bénéfices ou de réserves distribuables. Cette condition n'emporte pas l'interdiction pour la société d'emprunter en vue de réaliser l'opération. Les réserves ne constituent que l'accumulation des profits nets (ou immunisés) conservés et ne sont pas, comme telles, de la trésorerie. Une société peut donc s'endetter pour procéder à un rachat d'actions propres, mais seulement à concurrence d'un montant couvert par les réserves distribuables et/ou les bénéfices, lesquels seront rendus « indisponibles » par l'inscription au bilan, pendant la période de détention des actions, d'une réserve indisponible.

Elle ne pourra par ailleurs pas racheter des titres non entièrement libérés. La raison en est que, dans ce cas, la société serait à la fois débitrice et créancière de l'obligation de libérer, laquelle s'éteindrait par confusion.

Dernière condition et non des moindres : l'offre d'acquisition doit être faite aux mêmes conditions à tous les actionnaires, et, le cas échéant, à tous les porteurs de parts bénéficiaires, sauf pour les acquisitions décidées à l'unanimité par une assemblée générale à laquelle tous les actionnaires étaient présents ou représentés. La loi impose de la sorte l'égalité des actionnaires. A moins que la société ne soit cotée sur un marché où elle pourrait directement procéder au rachat.

La sanction en cas de non-respect de ces principes est radicale¹ : les actions et les parts bénéficiaires acquises en violation de ces règles sont nulles de plein droit. Dans pareille circonstance, le conseil d'administration procédera à la destruction des titres nuls et en déposera la liste au greffe du tribunal de commerce.

Le code a également prévu une série d'hypothèses où les conditions que nous venons de développer ne doivent pas être respectées². Ce sera le cas en vue de la destruction immédiate des actions acquises en exécution d'une décision de l'assemblée générale pour réduire le capital ou encore lorsque la société acquiert les actions à la suite d'une transmission de patrimoine à titre universel.

La détention d'actions propres entraîne également une série de conséquences pour la société. Ainsi, le droit de vote attaché à ces actions sera en tout état de cause suspendu³. En décider autrement reviendrait à donner un trop grand pouvoir au conseil d'administration. Cette règle est à ce point fondamentale que le législateur a estimé nécessaire de sanctionner pénalement sa violation. Par contre, la suspension du droit au dividende est facultative et laissée à l'appréciation du conseil d'administration. En cas de suspension, le bénéfice distribuable est réduit en fonction du nombre de titres détenus et les sommes qui auraient dû être attribuées sont conservées jusqu'à la vente des actions. La société peut également maintenir le bénéfice distribuable et le répartir entre les actions ou parts bénéficiaires dont l'exercice des droits n'est pas suspendu. Dans ce dernier cas, les coupons échus sont détruits.

Enfin, la société détenant des actions propres a l'obligation de constituer une réserve indisponible dont le montant inscrit au passif sera égal à la valeur reprise à l'actif des actions acquises. Si la société décide de détruire les titres, la réserve indisponible n'a plus de raison d'être, pas plus que le poste d'actif acté lors de l'achat. Ils disparaissent l'un l'autre. Le capital demeure inchangé, mais, dès lors qu'il est représenté par un moins grand nombre, leur pair comptable est plus élevé.

¹ Article 625 C.soc.

² Article 621 C.soc.

³ Article 622, §1^{er} C. soc.

Les titres ainsi acquis peuvent-ils être revendus ? Oui, en vertu d'une décision de l'assemblée générale statuant aux mêmes conditions de présence et de quorum qu'en cas de rachat. Certaines exceptions similaires à l'hypothèse du rachat existent en cas de vente. Est ainsi visé le cas de la distribution au personnel des actions, lesquelles doivent être cédées dans un délai de douze mois à compter de leur acquisition.

Comme indiqué ci-dessus, le cas de rachat des actions par une filiale contrôlée directement par la société mère est également encadré. La société prendra soin dans un pareil cas de figure de tenir compte également de la réglementation sur les participations croisées.

Nous le voyons, la possibilité de racheter ses actions propres peut être un outil très efficace dans la gestion et la stratégie de la société (influence du cours, défense contre une OPA, politique salariale avec les travailleurs, création de liquidité ou de microliquidité pour les actionnaires...) mais la matière est balisée. Les conséquences peuvent être graves de sorte qu'une entreprise avisée prendra toujours soin d'analyser le cadre juridique avant de réaliser son opération de rachat.

Emmanuel HUPIN
eh@cairnlegal.be

NOUVEAUTES EN MATIERE DE PROCEDURES DE FUSION ET DE SCISSION

1. Introduction

1. La présente contribution a pour objet de synthétiser les récentes modifications apportées au Code des sociétés par la *loi du 8 janvier 2012 modifiant le Code des sociétés à la suite de la Directive 2009/109/CE en ce qui concerne les obligations en matière de rapports et de documentation en cas de fusions ou de scissions* (ci-après, la « **Loi** »)¹.

Comme son intitulé l'indique, la Loi transpose, tardivement², la directive européenne 2009/109/CE du 16 septembre 2009³⁴.

2. L'objectif de cette directive, que la Loi vise à traduire en droit belge, est d'alléger les procédures en matière de fusions et de scissions en simplifiant ou en supprimant des obligations d'information qui apparaissent comme désuètes ou excessives. Elle s'inscrit dans une tendance plus générale en droit européen à réduire les charges administratives liées à ces opérations « *au minimum nécessaire pour protéger les intérêts des autres parties intéressées* » afin de préserver, voire d'accroître la compétitivité des sociétés⁵.

¹ M.B., 18 janvier 2012.

² La date limite de transposition était fixée au 30 juin 2011 au plus tard.

³ Directive 2009/109/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 septembre 2009 modifiant les directives 77/91/CEE, 78/855/CEE et 82/891/CEE du Conseil, ainsi que la directive 2005/56/CE en ce qui concerne les obligations en matière de rapports et de documentation en cas de fusions ou de scissions, J.O., L 259, du 2 octobre 2009.

⁴ Art. 2, Loi.

⁵ Considérant (2) de la Directive 2009/109/CE, précitée; *Doc. parl.*, Chambre, 2011-2012, n° 53 1849/001, p. 4 et 1849/003, p. 3.

3. La Loi est entrée en vigueur dix jours après sa publication au *Moniteur Belge*, soit le 28 janvier 2012. Les dispositions nouvelles qu'elle introduit s'appliquent aux fusions et scissions dont le projet a été déposé au greffe après l'entrée en vigueur de la Loi¹.

2. Synthèse des dispositions nouvelles

a) Publicité du projet de fusion ou de scission

4. La publicité du projet de fusion ou de scission peut désormais être assurée par voie numérique.

Jusqu'à présent, le projet de fusion ou de scission devait être rendu public par un dépôt au greffe du tribunal de commerce compétent et par une mention de ce dépôt aux *Annexes du Moniteur Belge*².

L'obligation de dépôt au greffe est maintenue mais la mention du dépôt est désormais remplacée par la publication soit d'un extrait du projet de fusion ou de scission³, soit d'une mention au moyen d'un lien hypertexte vers un site internet propre sur lequel est disponible le projet de fusion ou de scission⁴⁵.

b) Rapport de l'organe de gestion

5. En principe, au sein de chaque société concernée par la fusion ou la scission⁶, un rapport spécial relatif au projet de fusion ou de scission doit être établi par l'organe de gestion. Il est possible dans le cadre d'une scission de faire l'économie de ce rapport moyennant une renonciation de la part de tous les associés et porteurs de titres conférant le droit de vote de chacune des sociétés participant à la scission⁷.

La Loi a introduit de nouvelles possibilités de dispense du rapport spécial de l'organe de gestion, dans certaines conditions.

S'agissant de fusion, la Loi requiert une décision de tous les associés et porteurs des autres titres conférant un droit de vote de chacune des sociétés participant à la fusion⁸.

¹ Art. 33, Loi.

² Accessible via la Banque-Carrefour des Entreprises (Registre des personnes morales) qui constitue une "plate-forme électronique centrale" au sens la Directive 2009/109/CE.

³ La Loi ne précise toutefois pas les mentions minimales requises de cet extrait.

⁴ Art. 693, al. 3, C.soc. tel qu'inséré par l'art. 4, Loi (fusion par absorption); art. 706, al. 3, C.soc. tel qu'inséré par l'art. 11, Loi (fusion par constitution de société nouvelle); art. 719, al. 3, C.soc. tel qu'inséré par l'art. 16, Loi (opération assimilée à la fusion par absorption); art. 728, al. 3, C.soc. tel qu'inséré par l'art. 19, Loi (scission par absorption); art. 743, al. 3, C.soc. tel qu'inséré par l'art. 26, Loi (scission par constitution de société nouvelle); art. 772/7, al. 1, C.soc. tel que modifié par l'art. 32, Loi (fusion transfrontalière).

⁵ Il peut se déduire d'autres dispositions nouvellement introduites par la Loi que le projet de fusion ou de scission doit rester sur le site internet de la société jusqu'à un mois après la décision de l'assemblée générale appelée à se prononcer sur l'opération (voy. art. 697, § 4, al. 3; 710, § 4, al. 3; 720, § 4, al. 3; 733, § 4, al. 3; et 748, § 4, al. 3, C.soc.).

⁶ Les opérations assimilées à une fusion par absorption ne sont ici pas concernées.

⁷ Art. 734 et 749, C.soc.

⁸ Art. 694, al. 2, C.soc. tel qu'inséré par l'art. 5, Loi (fusion par absorption); art. 707, al. 2, C.soc. tel qu'inséré par l'art. 12, Loi (fusion par constitution de société nouvelle).

S'agissant de scission par constitution de société nouvelle, la Loi exige que les actions ou les parts de chacune des nouvelles sociétés soient attribuées aux associés de la société scindée proportionnellement à leurs droits dans le capital de cette société¹. Cette dispense se justifie par le caractère interne de ce type de restructuration, les rapports entre d'associés n'étant pas modifiés.

c) Rapport de l'expert

6. En principe, au sein de chaque société concernée par la fusion ou la scission², un rapport doit être établi sur le projet de fusion ou de scission soit par le commissaire, soit, lorsqu'il n'y a pas de commissaire, par un réviseur d'entreprises ou un expert-comptable externe désigné par l'organe de gestion.

Le Code des sociétés permet de se dispenser de ce rapport moyennant une décision de tous les associés et porteurs d'autres titres conférant un droit de vote de chacune des sociétés participant à l'opération. La règle a été introduite – ou confirmée³ s'agissant des scissions – par la loi du 30 décembre 2009⁴ et s'est vue confirmée par la Loi⁵.

7. La Loi a par ailleurs introduit davantage de clarté en ce qui concerne la manière de combiner l'obligation d'établir un rapport d'expert relatif à la fusion et celle d'établir un rapport d'expert relatif aux apports en nature⁶. Désormais, il apparaît sans ambiguïté que si un rapport d'expert relatif à la fusion ou à la scission est établi, un rapport d'expert relatif aux apports en nature ne doit plus être établi en raison de l'augmentation du capital par apport en nature ou de la constitution de société nouvelle résultant de la fusion ou de la scission⁷. En revanche, si un rapport d'expert relatif à la fusion ou à la scission n'est pas établi, le rapport d'expert relatif aux apports en nature redevient obligatoire.

Le Code des sociétés exige en d'autres termes l'établissement d'un des deux rapports^{8,9,10}.

¹ Art. 745, al. 2, C.soc. tel qu'inséré par l'art. 27, Loi (scission par constitution de société nouvelle).

² Les opérations assimilées à une fusion par absorption ne sont ici pas concernées.

³ Les anciens art. 734 et 749, C.soc. prévoyaient déjà en effet la possibilité pour les associés et porteurs d'autres titres conférant un droit de vote de renoncer au rapport d'expert dans le cadre, respectivement, d'une scission par absorption et d'une scission par constitution de société nouvelle. Ces deux articles ont été modifiés par les art. 23 et 31, Loi.

⁴ Loi portant des dispositions diverses en matière de Justice (II), *M.B.*, 15 janvier 2010, art. 54, 55, 56, 57.

⁵ Art. 695, § 1, C.soc. tel que modifié par l'art. 6, Loi (fusion par absorption); art. 708, al. 6, C.soc. tel que modifié par l'art. 13, Loi (fusion par constitution de société nouvelle); art. 731, § 1, C.soc. tel que modifié par l'art. 21, Loi (scission par absorption) et art. 746, al. 6, C.soc. tel que modifié par l'art. 28, Loi (scission par constitution de société nouvelle).

⁶ Au sens des art. 313, 423 et 602, C.soc. (fusion et scission par absorption) et des art. 219, 395 et 444, C.soc. (fusion et scission par constitution de société nouvelle).

⁷ Une lecture stricte du Code des sociétés amène à exclure également le rapport spécial des fondateurs ou de l'organe de gestion. Rien dans les travaux préparatoires ne permet toutefois de confirmer ou d'infirmar cette analyse.

⁸ Art. 695, § 2, C.soc. tel que modifié par l'art. 6, Loi (fusion par absorption); art. 705, § 3, C.soc. tel que modifié par l'art. 10, Loi; art. 708, C.soc. tel que modifié par l'art. 13, Loi (fusion par constitution de société nouvelle); art. 731, § 2, C.soc. tel que modifié par l'art. 21, Loi (scission par absorption) et art. 742, § 3, C.soc. tel que modifié par l'art. 25, Loi (scission par constitution de société nouvelle).

⁹ D'autres modifications d'ordre plus technique ont également été apportées. La Loi a abrogé les dispositions qui prévoyaient que le rapport de l'expert relatif à la scission pouvait être établi par l'expert qui avait établi le rapport sur les apports en nature (anciens art. 731, al. 6 et 746, al. 6, C.soc., abrogés par les art. 21 et 28, Loi). Elle a également supprimé l'obligation de mentionner l'existence d'un rapport d'expert relatif aux apports en nature dans le rapport de l'organe de gestion relatif à la scission (anciens art. 730, al. 2, et 745, al. 2, C.soc., abrogés par les art. 20 et 27, Loi).

¹⁰ À moins d'être dans une des hypothèses où un rapport d'expert n'est pas requis parce qu'il existe déjà un point de référence clair pour l'évaluation des apports en nature (voy. art. 219, § 2; 313, § 2; 395, § 2; 424, § 4; 444, § 2, et art. 602, § 2, C.soc.).

8. Enfin, pour la même raison que celle qui justifie la dispense du rapport spécial de l'organe de gestion (voy. *supra*), la Loi a supprimé l'obligation d'établir un rapport d'expert dans le cas d'une scission par constitution de société nouvelle, lorsque les actions ou les parts de chacune des nouvelles sociétés sont attribuées aux associés de la société scindée proportionnellement à leurs droits dans le capital de cette société¹.

d) Information intermédiaire

9. **Modification du patrimoine** – En principe, en cas de modification importante du patrimoine intervenue entre la date de l'établissement du projet de fusion ou de scission et la date de la dernière assemblée générale qui se prononce sur la fusion ou scission, l'organe de gestion de chacune des sociétés concernées par l'opération est tenu d'informer l'assemblée générale de sa société, ainsi que les organes de gestion des autres sociétés concernées, afin qu'ils puissent informer chacun leur propre assemblée générale.

La Loi a introduit la possibilité de dispense de cette information dite « intermédiaire », dans certaines conditions.

S'agissant de fusion, la Loi requiert une décision de tous les associés et porteurs d'autres titres conférant un droit de vote de chacune des sociétés participant à la fusion².

S'agissant de scission par constitution de société nouvelle, la Loi exige que les actions ou les parts de chacune des nouvelles sociétés soient attribuées aux associés de la société scindée proportionnellement à leurs droits dans le capital de cette société³. Les raisons de cette dispense sont identiques à celles qui justifient la dispense des rapports spéciaux de l'organe gestion et de l'expert (voy. *supra*).

10. Dans un autre ordre d'idées, la Loi exige que l'information intermédiaire concerne toutes les modifications du patrimoine intervenues depuis la date de l'établissement du projet de scission et pas uniquement les modifications importantes de patrimoine lorsqu'une scission par absorption se réalise au bénéfice de ses associés et que l'on se dispense de l'approbation de l'assemblée générale de la société scindée⁴ (cfr. *infra*).

11. **État comptable récent** – En principe, lorsque le projet de fusion ou de scission est postérieur de six mois au moins à la fin de l'exercice auquel se rapportent les derniers comptes annuels, un état comptable arrêté à une date ne remontant pas à plus de trois mois précédant la date du projet de fusion ou de scission doit être établi et mis à la disposition des associés.

La Loi a introduit la possibilité de dispense de cet état comptable récent, dans certaines conditions, à savoir:

- s'agissant d'une fusion – par absorption⁵, par constitution de société nouvelle¹, d'une opération assimilée à la fusion par absorption² – ou d'une scission – par absorption³ et par constitution de société nouvelle⁴ – lorsque la société est cotée, qu'elle publie un rapport financier semestriel⁵ et qu'elle le met à la disposition des actionnaires ;

¹ Art. 746, al. 7, C.soc. tel que modifié par l'art. 28, Loi.

² Art. 696, al. 2, C.soc. tel que modifié par l'art. 7, Loi (fusion par absorption); art. 709, al. 2, C.soc. tel que modifié par l'art. 14, Loi (fusion par constitution de société nouvelle).

³ Art. 747, C. soc. tel que modifié par l'art. 29, Loi (scission par constitution de société nouvelle).

⁴ Art. 736, § 6, 3°, C. soc. tel qu'inséré par l'art. 24, Loi (scission par absorption).

⁵ Art. 697, § 2, al. 5, C.soc. tel qu'inséré par l'art. 8, Loi (fusion par absorption).

- s'agissant d'une fusion – par absorption⁶, par constitution de société nouvelle⁷ – ou d'une opération assimilée à la fusion par absorption⁸ – que la société soit cotée ou non, moyennant une décision de tous les associés et porteurs des autres titres conférant un droit de vote de chacune des sociétés participant à la fusion.
- s'agissant d'une scission par constitution de société nouvelle⁹, que la société soit cotée ou non, dans l'hypothèse où les actions ou les parts de chacune des nouvelles sociétés sont attribuées aux associés de la société scindée proportionnellement à leurs droits dans le capital de cette société (art. 748, § 2, alinéa 6, C. soc. tel qu'inséré par l'art. 30, Loi)¹⁰. Les raisons de cette dispense sont identiques à celles qui permettent d'éviter les rapports spéciaux et la communication des modifications de patrimoine (voy. *supra*).

e) Communication par voie numérique

12. La Loi a permis l'utilisation de moyens numériques pour la communication des différents documents nécessaires pour prendre une décision éclairée au sujet de la fusion ou de la scission (ci-après, les « **Documents** »)¹¹.

En principe, tout associé qui se rend au siège social de la société peut obtenir sans frais et sur simple demande une copie des Documents. La Loi a dérogé à cette règle en permettant la communication de ces copies par voie électronique, moyennant l'accord individuel, écrit et exprès des associés qui le souhaitent¹²¹³.

Chaque société doit par ailleurs mettre à disposition les Documents à son siège social durant le mois qui précède l'assemblée générale amenée à se prononcer sur la fusion ou la scission pour permettre aux associés d'en prendre connaissance et d'en obtenir une copie. La Loi a également dérogé à cette règle en permettant à la société de mettre les Documents à disposition gratuitement sur son site internet pendant une période ininterrompue débutant un mois avant

¹ Art. 710, § 2, al. 5, C. soc. tel qu'inséré par l'art. 15, Loi (fusion par constitution de société nouvelle).

² Art. 720, § 2, al. 5, C. soc. tel qu'inséré par l'art. 17, Loi (opération assimilée à la fusion par absorption).

³ Art. 733, § 2, al. 5, C. soc. tel qu'inséré par l'art. 22, Loi (scission par absorption).

⁴ Art. 748, § 2, al. 5, C. soc. tel qu'inséré par l'art. 30, Loi (scission par constitution de société nouvelle).

⁵ Au sens de l'art. 13 de l'arrêté royal du 14 novembre 2007 relatif aux obligations des émetteurs d'instruments financiers admis à la négociation sur un marché réglementé, *M.B.*, 3 décembre 2007.

⁶ Art. 697, § 2, al. 6, C. soc. tel qu'inséré par l'art. 8, Loi (fusion par absorption).

⁷ Art. 710, § 2, al. 6, C. soc. tel qu'inséré par l'art. 15, Loi (fusion par constitution de société nouvelle).

⁸ Art. 720, § 2, al. 6, C. soc. tel qu'inséré par l'art. 17, Loi (opération assimilée à la fusion par absorption).

⁹ Art. 748, § 2, al. 6, C. soc. tel qu'inséré par l'art. 30, Loi (scission par constitution de société nouvelle).

¹⁰ Par ailleurs, très logiquement, la Loi précise que dans cette même hypothèse, les rapports des organes de gestion et de l'expert relatifs à la scission – dans la mesure où ils ne doivent pas être établis (voy. *supra*) – ne doivent a fortiori pas être mis à disposition des associés au siège social de la société (art. 748, § 2, al. 6, C. soc. tel qu'inséré par l'art. 30, Loi).

¹¹ À savoir : le projet de fusion ou de scission, le cas échéant, les rapports de l'organe de gestion et de l'expert relatifs à la fusion ou la scission, les comptes annuels des trois derniers exercices, les rapports des organes de gestion et de l'expert relatifs aux trois derniers exercices, et, le cas échéant, un état comptable récent.

¹² Art. 697, § 3, al. 2, C. soc. tel qu'inséré par l'art. 8, Loi (fusion par absorption); art. 710, § 3, al. 2, C. soc. tel qu'inséré par l'art. 15, Loi (fusion par constitution de société nouvelle); art. 720, § 3, al. 2, C. soc. tel qu'inséré par l'art. 17, Loi (opération assimilée à la fusion par absorption); art. 733, § 3, al. 2, C. soc. tel qu'inséré par l'art. 22, Loi (scission par absorption); art. 748, § 3, al. 2, C. soc. tel qu'inséré par l'art. 30, Loi (scission par constitution de société nouvelle).

¹³ L'accord individuel, écrit et exprès peut, semble-t-il, être donné dans des conditions similaires à l'accord relatif à la communication des convocations visé par l'art. 533 du C. soc. (Voy. *Doc. parl.*, Chambre, 2011-2012, n° 53 1849/001, p. 8).

l'assemblée générale amenée à se prononcer sur la fusion ou la scission jusqu'à un mois après la décision de cette assemblée¹.

La Loi a permis en outre de se dispenser de la communication des copies des Documents si le site internet de la société offre la possibilité aux associés, pendant une période ininterrompue débutant un mois avant l'assemblée générale amenée à se prononcer sur la fusion ou la scission jusqu'à la fin de cette assemblée, de télécharger et d'imprimer les Documents. Dans cette hypothèse, la société doit toutefois conserver les Documents à son siège social afin que les associés puissent les consulter. Les Documents doivent également rester consultables sur le site internet jusqu'à un mois après la décision de l'assemblée générale appelée à se prononcer sur la fusion ou la scission².

13. En bref, la société peut donc opter 1) soit pour une mise à disposition uniquement à son siège social auquel cas les associés peuvent d'une part, consulter les Documents, d'autre part, en obtenir une copie ou – moyennant une demande individuelle, expresse et écrite – s'en faire transmettre une copie par voie électronique, 2) soit pour une mise à disposition uniquement sur son site internet auquel cas la société doit permettre l'obtention sur demande d'une copie des Documents ou – moyennant une demande individuelle, expresse et écrite – en transmettre une copie par voie électronique, 3) soit pour une mise à disposition sur son site internet avec possibilité de téléchargement et d'impression des Documents auquel cas la société n'est pas tenue de permettre l'obtention sur demande d'une copie des Documents, ni d'en transmettre une copie par voie électronique, mais bien de mettre les Documents à disposition à son siège social pour consultation.

f) Approbation de l'assemblée générale

14. En principe, l'assemblée générale de chaque société participant à une fusion ou scission doit se réunir et approuver l'opération concernée.

La Loi a introduit des exceptions à cette règle dans trois hypothèses³, celle d'une fusion par absorption à 90% entre sociétés anonymes, celle d'une fusion par absorption à 100% entre sociétés anonymes et celle d'une scission par absorption réalisée au bénéfice de ses associés. Ces exceptions s'expliquent par le caractère interne de ce type de restructuration.

15. S'agissant de la fusion par absorption à 90%, la Loi a prévu que lorsqu'une société anonyme absorbante détient au moins 90 % mais pas la totalité des actions et des autres titres conférant le droit de vote d'une société anonyme absorbée, l'approbation de l'assemblée générale de la société absorbante n'est pas obligatoire si les conditions suivantes sont cumulativement réunies:

- la publicité du projet de fusion est effectuée, pour la société absorbante, au plus tard six semaines avant la date de la réunion de l'assemblée générale de la société absorbée appelée à se prononcer sur la fusion;

¹ Art. 697, § 4, al. 1 et 3, C.soc. tel qu'inséré par l'art. 8, Loi (fusion par absorption); art. 710, § 4, al. 1 et 3, C.soc. tel qu'inséré par l'art. 15, Loi (fusion par constitution de société nouvelle); art. 720, § 4, al. 1 et 3, C.soc. tel qu'inséré par l'art. 17, Loi (opération assimilée à la fusion par absorption); art. 733, § 4, al. 1 et 3, C.soc. tel qu'inséré par l'art. 22, Loi (scission par absorption); art. 748, § 4, al. 1 et 3, C.soc. tel qu'inséré par l'art. 30, Loi (scission par constitution de société nouvelle).

² Art. 697, § 4, al. 2 et 3, C.soc. tel qu'inséré par l'art. 8, Loi (fusion par absorption); art. 710, § 4, al. 2 et 3, C.soc. tel qu'inséré par l'art. 15, Loi (fusion par constitution de société nouvelle); art. 720, § 4, al. 2 et 3, C.soc. tel qu'inséré par l'art. 17, Loi (opération assimilée à la fusion par absorption); art. 733, § 4, al. 2 et 3, C.soc. tel qu'inséré par l'art. 22, Loi (scission par absorption); art. 748, § 4, al. 2 et 3, C.soc. tel qu'inséré par l'art. 30, Loi (scission par constitution de société nouvelle).

³ Outre l'exception déjà prévue pour la fusion transfrontalière par absorption où l'assemblée générale de la société absorbée n'est pas requise (voy. art. 772/11, § 1, al. 2, C.soc.).

- la société absorbante doit mettre à disposition de ses actionnaires les Documents à son siège social durant le mois qui précède l'assemblée générale de la société absorbée amenée à se prononcer sur la fusion;
- des actionnaires minoritaires de la société absorbante, représentant au moins 5 %¹ du capital souscrit, peuvent cependant demander la convocation de l'assemblée générale de la société absorbante².

16. S'agissant de la fusion par absorption à 100%, la Loi a prévu que l'approbation des assemblées générales des sociétés anonymes participant à la fusion³ n'est pas obligatoire si les conditions suivantes sont cumulativement réunies:

- la publicité du projet de fusion est effectuée, pour chacune des sociétés participant à la fusion, au plus tard six semaines avant la prise d'effet de l'absorption;
- la société absorbante doit mettre à disposition de ses actionnaires les Documents à son siège social durant le mois qui précède la prise d'effet de l'absorption.
- des actionnaires minoritaires de la société absorbante, représentant au moins 5 %⁴ du capital souscrit, peuvent cependant demander la convocation de l'assemblée générale de la société absorbante⁵.

17. S'agissant de la scission par absorption réalisée au bénéfice de ses associés, la Loi a prévu que lorsque les sociétés bénéficiaires détiennent ensemble la totalité des actions, parts et autres titres conférant le droit de vote de la société scindée, l'approbation de l'assemblée générale de la société scindée n'est pas obligatoire si les conditions suivantes sont cumulativement réunies:

- le dépôt du projet de scission est effectué, pour chacune des sociétés participant à la scission, au plus tard six semaines avant la prise d'effet de la scission;
- chacune des sociétés participant à la scission doit mettre à disposition de ses associés les Documents à son siège social durant le mois qui précède la prise d'effet de la scission;
- comme déjà indiqué ci-avant (voy. *supra*), l'information intermédiaire à transmettre par les organes de gestion à leur assemblée générale et aux autres organes de gestion doit concerner toutes les modifications du patrimoine intervenues depuis la date de l'établissement du projet de scission et pas uniquement les modifications importantes de patrimoine⁶.

g) Cession forcée de titres

¹ Les actions sans droit de vote ne sont pas prises en considération dans le calcul de ce pourcentage.

² Art. 699, § 6, C.soc. tel qu'inséré par l'art. 9, Loi.

³ Le texte des travaux préparatoires précise clairement que c'est l'approbation par l'assemblée générale de « chaque société anonyme » qui n'est pas nécessaire (voy. *Doc. parl.*, Chambre, 2011-2012, n° 53 1849/001, p. 11). On ne sait cependant pas si toutes les sociétés participant à la fusion doivent être des sociétés anonymes. Le législateur n'a par ailleurs pas précisé à quel moment, dans cette hypothèse, intervient la réalisation de la fusion.

⁴ Les actions sans droit de vote ne sont pas prises en considération dans le calcul de ce pourcentage.

⁵ Art. 722, § 6, C.soc. tel qu'inséré par l'art. 18, Loi.

⁶ Art. 736, § 6, C.soc. tel qu'inséré par l'art. 24, Loi.

18. La Loi a légèrement modifié les conditions de la cession forcée de titre de sociétés anonymes non cotées. Désormais, le droit de reprise peut être exercé par une société anonyme absorbante qui ne détient pas la totalité mais au moins 90 %¹ des actions et autres titres conférant un droit de vote dans une société anonyme absorbée, lorsqu'il intervient en vue d'une fusion par absorption.

Contrairement à ce qui est prévu en dehors du cadre de la fusion par absorption, le propriétaire des titres sur lesquels porte le droit de reprise ne peut indiquer qu'il refuse de se défaire de ses titres².

Alexandra VANHOUDENHOVEN
a.vanhoudenhoven@tossens-law.be

"AVERTISSEMENT : les informations contenues dans la présente lettre sont purement indicatives et ne constituent pas des conseils ou avis juridiques susceptibles d'engager la responsabilité de leur auteur ou de l'Ordre français des avocats du barreau de Bruxelles".

La Commission de droit commercial du barreau de Bruxelles est ouverte à des propositions de contributions en rapport avec le droit commercial. Les propositions peuvent être adressées au rédacteur en chef d'Elexcom, Me David Raes (d.raes@janson.be), au président de la Commission, Me Alain A. Henderickx (ahenderickx@lawell-lawyers.com) ou à l'un des membres de la Commission dont la liste figure en première page.

Editeur responsable : Me Bernard Magrez, dont le cabinet est établi rue de la Régence, 43, bte 1 à 1000 Bruxelles.

¹ En dehors du cadre de la fusion par absorption, une détention d'au moins 95% est requise.

² Art. 513, § 2/1, C.soc. tel qu'inséré par l'art. 3, Loi.