

SOMMAIRE

- p. 1/ A l'aide ! Des rumeurs dans ma société
- p. 5/ Quel sort réserver aux plus-values de réévaluation ?
- p. 8/ La consolidation fiscale à l'impôt des sociétés

A l'aide ! Des rumeurs dans ma société

Introduction

1. Les sociétés rassemblent les capitaux et les personnes. Les montants en jeu sont généralement importants, les personnalités en présence sont souvent fortes, les entrepreneurs travaillent dur et s'identifient dans une large mesure à leur société, le tout dans un contexte (de marché) risqué. Il n'est dès lors pas surprenant que les esprits s'échauffent parfois dans les sociétés. On peut même dire que les sociétés qui ne sont pas occasionnellement la scène de discussions animées entre administrateurs et/ou actionnaires font figure d'exceptions. Mais tout cela n'est pas forcément négatif. Une confrontation d'avis divergents conduit généralement à une décision plus mûrement réfléchie. Il se peut toutefois que les différents avis soient impossibles à concilier et qu'un conflit éclate. La question est toujours de savoir comment le gérer.

Parallèlement aux possibilités plus générales de résolution des conflits, comme la médiation, le droit des sociétés propose un arsenal d'outils spécifiques auquel il est possible d'avoir recours, avec ou sans l'intervention d'un juge, en cas de conflit (latent). Les différents moyens à disposition vont des plus *softs* (par exemple la collecte d'informations lors d'une assemblée générale) aux plus radicaux (par exemple l'exclusion d'un actionnaire).

Les principes directeurs sont toujours la subsidiarité et la proportionnalité. Les moyens utilisés doivent toujours

être proportionnés à la situation concrète. Autrement dit, l'objectif n'est pas de chasser une mouche avec un bazooka.

2. Le nouveau Code des sociétés et des associations¹ (CSA) remanie bon nombre de moyens d'action existants pour en améliorer l'efficacité. Les modifications consistent tantôt en des interventions mineures, comme la modification de certains seuils d'accès et la codification des principes développés dans la jurisprudence, tantôt en des innovations de taille.

Nous commentons ci-dessous les principales nouveautés.

Convocation à l'assemblée générale, droit d'interpellation et pouvoir individuel d'investigation et de contrôle

3. Il suffit parfois d'inscrire littéralement des points à l'ordre du jour, de manière à pouvoir en discuter lors d'une assemblée générale. Les seuils en vue de la **convocation d'une assemblée générale** sont ramenés dans le nouveau CSA à 1/10^e des actions (dans la SRL et la SC) ou du capital (dans la SA). Le seuil en vertu de l'ancien Code des sociétés est toujours de 1/5^e du capital social.

1 MB 4 avril 2019.

4. Lors de l'assemblée générale, les actionnaires peuvent **poser des questions**, auxquelles l'organe d'administration ou le commissaire doivent répondre, sauf si le fait de répondre à ces questions risque de porter préjudice à la société ou est contraire aux engagements de confidentialité souscrits par la société. Le commissaire peut en outre refuser de répondre si, ce faisant, il enfreint le secret professionnel.

5. Le **pouvoir individuel d'investigation et de contrôle** des actionnaires de sociétés dans lesquelles aucun commissaire n'a été nommé, dans le cadre duquel l'actionnaire peut se faire représenter ou assister par un expert-comptable externe, est resté inchangé dans le CSA. Il demeure un moyen utile de collecter des informations et de cerner le problème.

Expertise en droit des sociétés et action minoritaire

6. S'il existe des indications que les intérêts de la société sont ou risquent d'être gravement menacés, le président du tribunal de l'entreprise siégeant en référé peut désigner un **expert** chargé de contrôler les livres et comptes de la société, ainsi que les opérations de ses organes. Le président peut même décider que le rapport de l'expert doit être publié aux frais de la société.

7. L'expertise en droit des sociétés permet aux actionnaires (minoritaires) de soumettre l'organe d'administration (désigné par la majorité des actionnaires) à un audit et est expressément mise en relation dans le CSA avec l'**action minoritaire**. Les seuils pour les deux actions sont les mêmes : 10% des actions dans la SRL et la SC, 1% des droits de vote ou des titres représentant au moins 1 250 000,00 euros du capital dans la SA.

L'action minoritaire permet aux actionnaires minoritaires de dénoncer une mauvaise gestion en intentant une action en responsabilité pour le compte de la société. Une expertise en droit des sociétés ne doit évidemment pas être obligatoirement suivie d'une action minoritaire. Quoiqu'il en soit, l'action minoritaire reste rare, parce que les dommages et intérêts éventuels vont à la société et non à l'actionnaire minoritaire demandeur (aux actionnaires minoritaires demandeurs), qui peu(ven)t uniquement espérer un remboursement des sommes avancées si la demande est acceptée. L'actionnaire minoritaire ou les actionnaires minoritaires prend/prennent par ailleurs un risque : si la demande est refusée, ils peuvent être condamnés personnellement aux dépens voire, dans certains cas, à verser des dommages et intérêts aux administrateurs visés.

Suspension et nullité des décisions des organes

8. Alors que l'ancien Code des sociétés prévoyait uniquement un régime de **nullité** pour les décisions de l'assemblée générale (que la jurisprudence applique également par analogie aux décisions du conseil d'administration), le CSA prévoit un régime uniforme pour les **décisions de tous les organes**. Il s'agit là de la principale nouveauté.

La nullité peut être requise, dans un délai de forclusion de six mois suivant la décision, par toute personne qui peut faire état d'un intérêt au respect de la règle mécon nue. Les personnes qui ont voté en faveur de la décision considérée ou ont explicitement ou tacitement renoncé à la possibilité d'invoquer la régularité ne peuvent toutefois plus requérir la nullité, sauf en cas de violation de l'ordre public. Voilà qui souligne une fois encore l'importance d'un bon procès-verbal. Les causes de nullité proprement dites sont pour l'essentiel restées inchangées. Il s'agit, entre autres, des irrégularités qui ont pu influencer les délibérations ou le vote ou qui ont été commises dans une intention frauduleuse, de l'abus (de droit) et de l'abus ou du détournement de pouvoir. Dans les cas urgents, une action en **suspension** peut également être introduite en référé.

9. Une nouveauté est que le CSA prévoit expressément qu'un **vote émis peut aussi être annulé**. Les motifs d'annulation sont les mêmes que les motifs d'annulation de tout autre acte juridique (vice de consentement...). Si le demandeur peut prouver que le vote nul aurait pu influencer la décision ou les délibérations, la nullité du vote entraîne également la nullité de la décision.

10. La nouvelle possibilité de saisir le juge lorsqu'un administrateur minoritaire abuse de son droit de vote pour bloquer une décision est aussi particulièrement utile. En l'occurrence, il peut être demandé que la décision du juge tienne lieu de vote positif de la part de cette minorité bloquante, de sorte que la décision puisse encore être adoptée.

Résolution des conflits internes 2.0

11. Lorsque les actionnaires d'une SRL ou d'une SA ne parviennent plus à s'entendre, la procédure de règlement des litiges est souvent la dernière issue. Cette procédure permet, sous certaines conditions, à un actionnaire de **se retirer de la société** ou, à l'inverse, d'**exclure un autre actionnaire**. Il s'agit en quelque sorte d'un divorce consacré par le droit des sociétés. Les parties en désaccord se

séparent, la valeur des actions de l'actionnaire sortant étant déterminée par le juge et payée par l'actionnaire « restant ».

12. La procédure de règlement des litiges est une solution très efficace, même si elle est loin d'être parfaite. D'un côté, le pouvoir discrétionnaire du juge est très étendu, notamment en ce qui concerne la valeur des actions (date de référence, méthode de valorisation, décotes...), de l'autre, il est également très limité en ce sens qu'il entraîne la séparation pure et simple des parties. Des nouveautés importantes sont à épingleur concernant deux points.

En ce qui concerne le prix, les parties peuvent désormais prendre des dispositions contractuelles ou statutaires, contraignantes pour le juge, pour autant que celles-ci aient spécifiquement trait à l'hypothèse de la résolution des conflits internes et ne conduisent pas à un prix manifestement déraisonnable. En l'absence de telles dispositions, le juge conserve son plein pouvoir d'appréciation (également en ce qui concerne la méthode de valorisation) et estime la valeur des titres au moment où il ordonne leur reprise, sauf si cette date de référence génère un résultat manifestement déraisonnable. Dans ce cas, le juge peut, compte tenu de toutes les circonstances pertinentes, décider d'une adaptation de prix équitable.

A l'avenir, le juge pourra également prendre des décisions concernant certains litiges connexes au « divorce ». Il s'agit entre autres des litiges concernant les relations financières entre la société et l'actionnaire sortant, et la liberté de ce dernier de démarrer ensuite une activité concurrente. Le juge peut ainsi trancher tous les litiges connexes concernant les sûretés, les prêts et les comptes courants éventuels, ainsi que tous les litiges concernant les clauses de non-concurrence dont l'acceptation (le refus) peut influencer le prix des actions.

13. L'entrée en vigueur de la nouvelle procédure de règlement des litiges fait l'objet de dispositions particulières. Elle s'applique aux actions introduites après le 1^{er} mai 2019. Les actions introduites avant cette date restent soumises aux anciennes règles.

14. En ce qui concerne les SRL, il convient de rappeler que la procédure de règlement des litiges entre en concurrence avec la possibilité – à prévoir dans les statuts – pour les actionnaires de se retirer ou d'être exclus à charge du patrimoine de la société, qui était auparavant réservée aux SC(RL) (voir à ce sujet la Partie III de cette série: La SRL – protection des créanciers dans un contexte sans capital, *Pacioli* n° 484 du 30 avril 2019).

Révocation, responsabilité et limitation restreinte de la responsabilité des administrateurs

15. Lorsque les choses se passent mal avec un administrateur, ce dernier peut être révoqué par l'assemblée générale. Dans les SRL, la règle par *défaut* est que le **mandat** des administrateurs non statutaires peut être **révoqué** avec effet immédiat, à tout moment et sans indication de motif (la révocabilité dite *ad nutum*). L'assemblée générale peut toutefois toujours décider, au moment de la révocation, d'accorder un délai de préavis ou une indemnité de départ. Les statuts peuvent déroger aux possibilités susmentionnées, même si une révocation pour de justes motifs, sans délai de préavis ni indemnité de départ, reste toujours possible. Des règles similaires s'appliquent aux SA (voir à ce sujet la Partie IV de cette série: La SA dans le CSA, *Pacioli* n° 485 du 14 mai 2019).

Il est important de retenir qu'il peut être dérogé au principe de la révocabilité *ad nutum* d'un administrateur, alors que celui-ci était auparavant considéré par beaucoup comme étant d'ordre public.

16. Lorsqu'un administrateur commet une faute manifeste, il peut être tenu **responsable** par la société, à condition que cet administrateur n'ait pas obtenu la décharge, étant donné que la décharge équivaut à une renonciation au droit d'intenter une telle action (sauf en cas de fraude et autres).

Si l'organe d'administration forme un collège ou en cas d'infractions aux dispositions du CSA ou aux statuts de la personne morale, la responsabilité des différents membres est même solidaire et chaque administrateur individuel doit donc répondre de l'ensemble des dommages, même s'ils ont été causés par la faute d'un autre administrateur. Certains administrateurs individuels ne peuvent y échapper que s'ils n'ont pris aucune part à la faute alléguée et s'ils dénoncent cette faute alléguée à leurs collègues-administrateurs, ce qui doit alors être acté dans le procès-verbal. Conformément aux dispositions de l'ancien Code des sociétés, l'administrateur doit être dénoncé à l'assemblée générale, ce qui place d'emblée les relations entre les administrateurs sous haute tension.

17. Ladite **limitation de la responsabilité** des administrateurs de personnes morales est incontestablement une des nouveautés du CSA qui a fait le plus de bruit. En fonction du chiffre d'affaires et du total du bilan de la personne morale calculés sur une moyenne de

trois ans, des plafonds de responsabilité ont été introduits pour (les membres de) l'organe d'administration. Ces plafonds, allant de 125 000,00 euros à 12 millions d'euros, s'appliquent à tous les administrateurs par fait ou par ensemble de faits pouvant impliquer la responsabilité, et indépendamment du fondement juridique invoqué, du nombre de demandeurs ou du nombre d'actions.

Les administrateurs peuvent donc bénéficier d'une forme généralisée et étendue de limitation légale de leur responsabilité qui s'appliquera tant à l'égard de la société qu'à l'égard des tiers, y compris de leur responsabilité en cas de faillite, par exemple.

Il existe toutefois plusieurs exceptions importantes à cette limitation de la responsabilité. La responsabilité n'est ainsi pas limitée en cas d'intention frauduleuse ou d'intention de nuire, ni pour les arriérés de cotisations de sécurité sociale, de précompte professionnel et de TVA. La limitation de la responsabilité ne s'applique pas non plus en cas de faute lourde ou en cas de faute légère présentant un caractère habituel plutôt qu'accidentel. Ces dernières exceptions, inspirées des règles de responsabilité applicables aux travailleurs, ont été insérées à la dernière minute dans le processus législatif et vident en grande partie le principe de la limitation de la responsabilité. La responsabilité limitée est effectivement restreinte, car elle ne s'applique qu'aux fautes légères accidentelles.

Une limitation (contractuelle) plus importante dans les limites légales n'est pas autorisée, pas plus que les accords préalables d'exonération de toute responsabilité par la personne morale ou ses éventuelles filiales. De tels accords dits « *hold harmless* » pourraient encore être autorisés par la société mère. La personne morale est en outre autorisée à conclure une assurance responsabilité civile pour ses administrateurs. Cela semble d'ailleurs être l'intention du législateur qui motive la proposition en faisant référence à une meilleure prévisibilité et donc

assurabilité des risques liés à la responsabilité des administrateurs.

La limitation s'applique aux sociétés existantes pour les faits dommageables commis après le 1^{er} janvier 2020, à savoir la date à partir de laquelle le CSA sera en principe d'application, sauf si la personne morale a choisi d'appliquer déjà plus tôt les nouvelles dispositions. Dans ce cas, les administrateurs peuvent bénéficier de la limitation de leur responsabilité à partir de ce moment-là (au plus tôt pour les faits commis à partir du 1^{er} mai 2019).

La limitation de la responsabilité est controversée et soulève de nombreuses questions (fondamentales), entre autres à la lumière du principe d'égalité. L'avenir nous dira quelles en seront les conséquences et si celle-ci passera le test constitutionnel avec succès.

Conclusion

18. Si les administrateurs ou les actionnaires ne parviennent pas à s'entendre, c'est toute la société qui en pâtit. Il s'agit en l'occurrence de gérer tout conflit à un stade aussi précoce que possible. Plus une discussion s'envenime, plus il est difficile de calmer les esprits. Un petit coup de pouce suffit parfois à relancer la communication. Et si cela ne marche pas, des possibilités plus radicales existent. Il est important de toujours garder à l'esprit que ces possibilités ne doivent pas être considérées comme un but en soi, mais bien comme des moyens de parvenir à une solution.

Les différentes possibilités existantes sont affinées et améliorées dans le CSA. Une révolution dans ce domaine n'était pas nécessaire, les évolutions sont utiles et contribueront à une résolution plus efficace des conflits.

Geert DE BUYZER
Schoups Avocats

Quel sort réserver aux plus-values de réévaluation ?

I. De l'intérêt des plus-values de réévaluation

1. Lorsqu'une entreprise constate qu'un actif bénéficie d'une valeur économique durablement supérieure à sa valeur comptable résiduelle, elle peut comptabiliser une plus-value de réévaluation, laquelle apparaîtra au passif du bilan, parmi les fonds propres de l'entreprise. Si cet actif s'avère nécessaire à la poursuite de l'activité, la réévaluation ne peut intervenir que dans la mesure où la plus-value exprimée est justifiée par la rentabilité de l'activité. Une mention justificative spécifique doit apparaître dans les annexes au bilan publié par la Banque nationale, dans un but d'information des tiers.

Le montant de la plus-value s'entend nécessairement du montant brut, en ce compris l'impôt estimé sur ladite plus-value, si elle était réalisée immédiatement (Avis CNC 2016/23 du 7 septembre 2016, point 3).

La plus-value ainsi exprimée, mais non réalisée, est en principe fiscalement exonérée en vertu des articles 44, § 1^{er}, 1^o et 190, al. 1 du Code des impôts sur les revenus, pour autant qu'elle ne porte pas sur les stocks ou les commandes en cours d'exécution. L'exonération est temporaire (jusqu'à réalisation de la plus-value) et conditionnelle (respect de la condition d'intangibilité).

2. La comptabilisation d'une plus-value de réévaluation dûment justifiée peut constituer une mesure intéressante pour rétablir des fonds propres insuffisants, voire négatifs, pour autant bien entendu que soient respectés les principes de prudence et d'image fidèle.

Notons toutefois que si « *la plus-value porte sur une immobilisation corporelle dont l'utilisation est limitée dans le temps, la valeur réévaluée doit faire l'objet d'amortissements calculés suivant un plan établi, afin d'en répartir la prise en charge sur la durée résiduelle d'utilisation probable de l'immobilisation* » (D. Darté et Y. Noël, *Maîtriser l'I.Soc.*, Edipro, édition 2018, p. 47), ce qui peut justifier de revoir la durée d'amortissement initialement prévue (D. De Crem et al., *Aspects fiscaux de la comptabilité et technique de la déclaration fiscale*, Larcier, 2006, p. 620, n° 1172). Ces amortissements ne sont logiquement pas fiscalement déductibles.

3. Théoriquement, l'incorporation au capital d'une plus-value de réévaluation est autorisée. Il s'agit d'une « *opération (qui) consiste uniquement dans une modification de l'organisation interne de la société, réalisée en raison et à l'aide des biens qu'elle possédait, sans aucun apport venu du dehors* » (Cass. 17 décembre 1931, *Pas.*, I, p. 8 et plusieurs arrêts subséquents).

Les dispositions légales relatives aux apports en nature ne s'appliquent pas, en l'espèce. Par contre, la décision appartient en principe à l'assemblée générale, qui doit se tenir dans le respect des conditions de forme prévues par la loi pour les modifications de statuts et, notamment, sous forme authentique.

4. La directive 2013/34/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 relative aux états financiers annuels, aux états financiers consolidés et aux rapports y afférents de certaines formes d'entreprises a introduit un certain nombre de modifications à la comptabilisation de plus-values de réévaluation, ce qui a conduit à la modification de l'article 57 de l'arrêté royal d'exécution du Code des sociétés.

Depuis le 1^{er} janvier 2016 et la transposition en droit belge des dispositions de ladite directive, l'incorporation au capital d'une plus-value de réévaluation ne peut plus s'envisager qu'à concurrence du montant net de celle-ci, en tenant compte de l'impôt estimé au moment de la réalisation de la plus-value, en vertu de l'article 57, § 3, 2^o dudit arrêté royal.

Selon la Commission des normes comptables, il convient de retenir, par mesure de prudence, le « *taux d'impôt applicable au moment de l'incorporation au capital de la plus-value de réévaluation* » (avis CNC 2016/23, n° 8), sans avoir égard, notamment, à la faculté de remplacement et à l'avantage fiscal qui s'y rapporte.

En outre, l'article 57 de l'arrêté royal précise explicitement qu'une plus-value de réévaluation incorporée au capital ne peut pas être affectée, ni directement, ni indirectement, à la compensation totale ou partielle des pertes reportées à concurrence de la partie de la plus-value de réévaluation qui n'a pas encore fait l'objet d'un amortissement.

La Commission des normes comptables estime, en conséquence, que «*la partie de la plus-value de réévaluation incorporée au capital qui n'a pas encore fait l'objet d'un amortissement ne peut à aucune condition être affectée à la compensation de pertes reportées*», étant précisé que s'il s'agit «*d'une société qui a incorporé une plus-value de réévaluation dans son capital et procède ensuite à une réduction du capital qu'elle aurait néanmoins pu effectuer même sans avoir incorporé la plus-value de réévaluation au capital*», «*la partie non encore amortie de la plus-value de réévaluation peut dans ce cas être considérée comme faisant toujours partie du capital après la réduction du capital*».

Dans ce cas, selon la Commission, «*il n'y a pas violation de l'interdiction d'affecter une plus-value de réévaluation incorporée au capital à la compensation des pertes reportées à concurrence de la partie de la plus-value de réévaluation qui n'a pas encore fait l'objet d'un amortissement*» (avis CNC 2016/23, n^{os} 10 et 12).

Seule la partie de la plus-value qui correspond aux amortissements pratiqués peut donc être affectée à l'apurement de pertes antérieures, ce qui limite quelque peu l'intérêt de procéder à l'incorporation au capital d'une plus-value de réévaluation, lorsque l'entreprise est en délicatesse avec ses fonds propres, en raison d'un cumul de pertes reportées.

5. L'article 57 de l'arrêté royal d'exécution est devenu l'article 3:35 du nouvel arrêté royal du 29 avril 2019 portant exécution du nouveau Code des sociétés et associations (en abrégé «CSA»), mais son contenu n'a guère changé. Ce nouvel arrêté d'exécution entre en vigueur en même temps que les dispositions du CSA qu'il exécute.

II. Impact du nouveau Code des sociétés et associations sur les notions de fonds propres et de capital

6. La loi instaurant le nouveau Code des sociétés et associations a été adoptée le 23 mars 2019 et entre en vigueur le 1^{er} mai 2019.

Si les dispositions du CSA s'appliquent immédiatement aux nouvelles sociétés, constituées à partir de cette date, des dispositions transitoires spécifiques sont prévues pour les sociétés existantes.

Les dispositions impératives du CSA s'appliqueront à toutes les sociétés à partir du 1^{er} janvier 2020, tandis que les sociétés existantes disposent d'un délai expi-

rant le 31 décembre 2023 pour mettre leurs statuts en conformité avec le CSA, même si certaines dispositions (notamment celles relatives au capital) s'appliqueront automatiquement aux sociétés existantes dès le 1^{er} janvier 2020.

7. Une des nouveautés les plus marquantes est la suppression de la notion de capital pour la SRL (société à responsabilité limitée), qui est amenée – par la volonté clairement affichée du législateur – à devenir la forme sociétaire la plus courante.

Elle est définie à l'article 5:1 du CSA comme étant «*une société dépourvue de capital dont les actionnaires n'engagent que leur apport*», tandis que l'apport est défini par l'article 1:8, § 1^{er} comme étant «*l'acte par lequel une personne met quelque chose à disposition d'une société à constituer ou d'une société existante pour en devenir associé ou accroître sa part d'associé, et dès lors participer aux bénéfices*».

La loi du 17 mars 2019 adaptant certaines dispositions fiscales fédérales au nouveau Code des sociétés et des associations publiée au *Moniteur belge* du 10 mai 2019, p. 45450, prévoit pour ces sociétés une nouvelle notion de capital quant à l'application de la loi fiscale, qui correspond à l'ensemble des «*capitaux propres de la société tels que prévus par le droit belge ou étranger qui régit la société, dans la mesure où ils sont formés par des apports en numéraire ou en nature, autres que des apports en industrie*» (article 2, modifiant l'article 2, § 1^{er}, 6^o du CIR).

Si la loi n'impose plus de capital au sens strict, ni même d'apport minimal chiffré, elle impose aux actionnaires d'une SRL de veiller «*à ce que la société à responsabilité limitée dispose lors de sa constitution de capitaux propres qui, compte tenu des autres sources de financement, sont suffisants à la lumière de l'activité projetée*» (article 5:3), ce qui doit être justifié par un plan financier détaillé, à déposer auprès du notaire chargé de recevoir l'acte constitutif (article 5:4).

Tous les apports doivent, en principe, être intégralement souscrits et libérés dès la constitution de la SRL (article 5:8) et il en est de même en cas d'apports nouveaux en cours d'existence de la société (article 5:120).

Chaque action doit, en règle, être «*émise en contrepartie d'un apport*» (article 5:40), sans qu'il ne doive plus nécessairement y avoir de rapport direct entre le montant d'un apport et le nombre de parts attribuées à l'apporteur, tandis que l'assemblée générale peut, par acte notarié, accep-

ter à la majorité simple de nouveaux apports sans émission de titres nouveaux.

Afin de garantir *a minima* les droits des tiers et spécialement des créanciers de la SRL, la loi interdit toute distribution « *si l'actif net de la société est négatif ou le deviendrait à la suite d'une telle distribution* » et précise que « *si la société dispose de capitaux propres qui sont légalement ou statutairement indisponibles, aucune distribution ne peut être effectuée si l'actif net est inférieur au montant de ces capitaux propres indisponibles ou le deviendrait à la suite d'une telle distribution* » et que « *pour l'application de cette disposition, la partie non-amortie de la plus-value de réévaluation est réputée indisponible* » (article 5:142).

La disparition de la notion de capital social dans la SRL justifie une adaptation du test de l'actif net, auquel devait déjà se soumettre l'organe de gestion préalablement à toute distribution de dividende sous l'égide du Code des sociétés.

La nouvelle notion d'actif net s'entend du « *total de l'actif, déduction faite des provisions, des dettes et, sauf cas exceptionnels à mentionner et à justifier dans l'annexe aux comptes annuels, des montants non encore amortis des frais d'établissement et d'expansion et des frais de recherche et de développement* » (article 5:142).

Préalablement à toute distribution, l'organe de gestion doit justifier, dans un rapport spécial, que cette distribution n'empêchera pas la société de « *continuer à s'acquitter de ses dettes au fur et à mesure de leur échéance pendant une période d'au moins douze mois à compter de la date de la distribution* » (article 5:143).

Il s'agit de compléter le test de l'actif net d'un test de liquidité, toujours dans l'optique d'accorder une protection aux tiers et, surtout, aux créanciers de la SRL.

La procédure dite de « *sonnette d'alarme* » visée par les articles 332 et 333 du Code des sociétés est maintenue, étant toutefois précisé que l'article 5:153 du CSA étend ladite procédure au cas où « *l'organe d'administration constate qu'il n'est plus certain que la société, selon les développements auxquels on peut raisonnablement s'attendre, sera en mesure de s'acquitter de ses dettes au fur et à mesure de leur échéance pendant au moins les douze mois suivants* ».

Précisons qu'à titre de disposition transitoire, la loi du 23 mars 2019 porte que « *A compter de ce jour (lire: 1^{er} janvier 2020) la partie libérée du capital et la réserve légale des sociétés à responsabilité limitée et la partie*

libérée de la part fixe du capital et la réserve légale des sociétés coopératives à responsabilité limitée sont converties, de plein droit et sans accomplissement d'aucune formalité, en un compte de capitaux propres statutairement indisponible », tandis que « *la partie non libérée du capital des sociétés à responsabilité limitée et la partie non libérée de la part fixe du capital des sociétés coopératives à responsabilité limitée sont converties de la même manière en un compte de capitaux propres "apports non appelés". Lors de la libération, les montants versés seront comptabilisés dans le compte "capitaux propres" indisponible* ».

8. La suppression de la notion de capital touche également les sociétés coopératives (SC), qui ont toutefois vocation à devenir moins nombreuses, puisque leur objet social principal doit désormais viser « *la satisfaction des besoins et/ou le développement des activités économiques et/ou sociales de ses actionnaires ou bien de tiers intéressés notamment par la conclusion d'accords avec ceux-ci en vue de la fourniture de biens ou de services ou de l'exécution de travaux dans le cadre de l'activité que la société coopérative exerce ou fait exercer* » (article 6:1).

Les développements qui précèdent sont donc transposables aux SC, étant précisé qu'elles doivent toujours compter, comme auparavant, trois actionnaires.

9. La société anonyme (SA) demeure une société dotée d'un capital (article 7:1) de minimum 61.500 € (article 7:2). La Belgique ne peut, en effet, déroger aux règles européennes relatives à la protection du capital (L. De Broe et M. Peeters, *Fiscologue*, n° 1609 du 26 avril 2019, p. 1).

Elle constitue donc la forme sociétaire pour laquelle les dispositions du CSA apportent le moins de modifications importantes par rapport au Code des sociétés, au regard des aspects abordés dans la présente contribution.

Les obligations liées au maintien du capital, notamment la procédure de sonnette d'alarme, sont reprises quasiment sans modification, du Code des sociétés vers le CSA.

III. Quel intérêt de procéder à une réévaluation d'actif suite au CSA ?

10. Les SRL et les SC ne doivent plus disposer d'un capital social minimum, cette notion même étant abandonnée, les concernant, dans le CSA.

Toutefois, la notion de fonds propres demeure et se trouve même renforcée, dans un but de protection des

tiers, notamment au regard des mesures de distribution de dividendes et de sonnette d'alarme.

Dans ce contexte, la décision d'acter une plus-value de réévaluation conserve donc toute sa pertinence.

Pour les SA, l'incorporation au capital demeure envisageable, dès lors que la notion de capital persiste à leur égard.

11. Les plus-values de réévaluation actées avant l'entrée en vigueur du CSA conserveront *a priori* leur statut actuel, les modifications apportées à la notion de capital ne les concernant pas.

Rien ne devrait donc changer pour les plus-values de réévaluation, même si elles ont été incorporées au capital préalablement à l'avènement du CSA, puisqu'elles ne constituent pas du capital libéré.

Le plan comptable et la structure même des comptes annuels devront nécessairement être adaptés pour tenir compte des modifications légales intervenues.

IV. Conclusions

12. L'adoption du CSA constitue assurément une petite révolution dans le droit belge des affaires.

Le remplacement de la notion de capital, jugée désuète par le législateur, au profit d'une définition plus large des fonds propres, ainsi que les nouvelles règles de protection des tiers, pourraient justifier un regain d'intérêt pour les plus-values de réévaluation.

Il s'agit toutefois d'un instrument à manier avec prudence, conformément aux principes généraux de bonne foi et de fidélité qui s'imposent à la tenue de la comptabilité.

Olivier ROBIJNS

Avocat au Barreau de Liège – Cabinet d'avocats HERVE

La consolidation fiscale à l'impôt des sociétés

L'introduction dans notre arsenal juridique de l'article 205/5 par la loi du 25 décembre 2017 constitue une petite révolution.

Jusqu'à présent, l'imputation des pertes était effectuée en autonomie et les pertes et bénéfices des sociétés d'un groupe n'étaient pas sujets à compensation les unes avec les autres.

Pourtant, certains pays voisins pratiquent des régimes de consolidation. Aussi, l'introduction, en Belgique, d'un régime de consolidation fiscale ou d'imputation des pertes intra-groupe est une mesure destinée à attirer des investissements extérieurs. Il s'agit également de garantir une neutralité fiscale par laquelle le traitement fiscal des bénéfices et des pertes est coordonné au niveau de l'entité économique qui exerce les activités, indépendamment de la manière dont cette entité est structurée ou or-

ganisée, qu'il s'agisse d'une entité unique ou d'un groupe de sociétés.

Le régime introduit permet de compenser, dans certaines circonstances, les pertes de l'année subies par une société déficitaire du groupe avec les bénéfices d'une autre société appartenant au même groupe.

Il s'agit ici d'une technique différente de celle qui consiste à admettre qu'une société mère aide une filiale en difficulté en lui accordant un abandon ou une remise partielle de dette.

Le régime consiste, pour une société bénéficiaire, à transférer, sur la base d'une convention, une partie de son bénéfice à une société déficitaire du groupe, laquelle reprendra le montant ainsi reçu dans sa base imposable en y imputant sa perte. Ce transfert est appelé « transfert intra-groupe ».

I.- PRINCIPE: article 205/5 du CIR/92

1. Déduction dans le chef de la société bénéficiaire

L'article 205/5 du CIR/92 organise le transfert d'un bénéfice imposable d'une entité bénéficiaire du groupe à une autre société du groupe qui elle, est déficitaire.

Les deux entités déterminent le montant à transférer dans une convention dénommée «*convention de transfert intra-groupe*». Cette convention est conclue entre le contribuable et une société résidente ou étrangère éligible, c'est-à-dire située au sein de l'EEE, et qui se rapporte à un exercice d'imposition déterminé.

Il s'agit par conséquent d'un transfert strictement réglementé qui se fonde sur une convention spécifique et ponctuelle.

Les montants transférés sont ceux de la période imposable pour laquelle la convention est conclue et ne concernent pas d'autres exercices d'imposition.

En outre, la déduction des montants transférés par la société bénéficiaire n'est pas reportable faute de texte en ce sens. Cela n'aurait de toute façon aucune utilité puisque le transfert intra-groupe n'est possible que si la société qui opère le transfert est bénéficiaire.

2. Reprise dans la base imposable du membre déficitaire du groupe

La société bénéficiaire qui transfère une partie de son bénéfice à une société déficitaire peut déduire ce montant transféré de sa base imposable.

En contrepartie, la société déficitaire reprend le même montant dans sa base imposable.

3. Récupération

Le législateur a introduit une règle de *recapture* lorsque le transfert intra-groupe intervient pour des raisons de cessation d'activité de la société en perte.

Dans l'hypothèse où une société étrangère éligible a définitivement cessé ses activités et où ces activités ne sont pas reprises par une autre société qui fait partie du même groupe de sociétés dans les trois années de la cessation de l'activité, le contribuable peut conclure une convention de transfert intra-groupe avec cette société étrangère si elle

remplit les conditions de l'article 205/5, § 4 du CIR/92 et si les conditions sont effectivement mises à exécution par les parties.

Si la société résidente bénéficiaire a repris un montant de transfert intra-groupe en déduction au cours d'une période imposable antérieure en application d'une convention de transfert intra-groupe et si les activités de la société étrangère avec laquelle la convention a été conclue redémarrent endéans les trois années suivant leur cessation, un montant équivalent au montant de transfert intra-groupe est repris dans la base imposable de la période imposable au cours de laquelle ces activités ont redémarré (art.185, § 4, al.2 du CIR/92).

Le délai de trois ans doit être analysé comme une condition résolutoire aux termes de laquelle le droit à l'application de la déduction de la perte est retiré s'il apparaît trois ans après la cessation que les conditions n'ont pas été remplies. La perte ne serait en effet pas définitive.

II.- CONDITIONS

1. Notion de groupe

La notion de groupe, pour l'application de l'article 205/5 du CIR/92, implique un lien durable dans le groupe et un degré de participation très important et spécifique.

L'accès au régime de transfert intra-groupe est réservé aux groupes dont les raisons d'être ne sont pas purement fiscales. Aussi, le texte exige l'existence de liens entre les sociétés du groupe depuis au moins cinq années consécutives.

Lorsqu'une société est liée à une autre société suite à une fusion par constitution d'une nouvelle société, une scission mixte ou une opération assimilée, cette société sera assimilée au contribuable ou à la société résidente ou étrangère liée.

Les sociétés qui concluent une convention de transfert intra-groupe peuvent chacune avoir fait l'objet d'une restructuration ou avoir été constituées à la suite d'une restructuration au cours de la période de cinq années visée ci-avant.

Les sous-filiales sont exclues du régime de transfert intra-groupe.

La notion de société étrangère éligible ne concerne que les sociétés établies au sein de l'espace économique européen (art. 205/5, § 2, al.7).

2. Trois situations de restructuration

Le législateur a souhaité neutraliser les conséquences d'une telle opération de restructuration en distinguant trois situations.

La première est celle où une nouvelle société est constituée par apport de la totalité ou d'une partie de l'avoir social d'une ou plusieurs sociétés. Dans cette hypothèse, il faut démontrer que chacune des sociétés apportées répondait aux conditions de l'article 205/5, § 2 du CIR/92.

La deuxième hypothèse est celle de sociétés dont l'avoir social est scindé et partiellement transféré vers une nouvelle société. Aucune condition spécifique ne doit être remplie dans cette hypothèse.

La troisième hypothèse est celle d'une société dont l'avoir social est augmenté suite à une fusion, une scission ou un apport. Chaque société, dans ce cas, devra démontrer qu'elle répondait aux conditions de l'article 205/5, § 2 du CIR/92.

A titre d'exemple, l'exposé des motifs de la loi cite une société résidente C, liée au contribuable D, constituée à la suite d'une fusion des sociétés A et B. Si A et B n'étaient pas liées au contribuable avant cette fusion, la société résidente C ne peut être éligible. De la même manière, elle n'aurait pas pu être éligible si elle avait été liée à la société A mais pas à la société B avant la fusion.

3. Condition de participation

Une société résidente ou étrangère est considérée comme liée si l'une des conditions suivantes est remplie :

- si elle dispose d'au moins 90% dans le capital du contribuable ;
- si son capital est détenu directement ou indirectement à raison d'au moins 90% par le contribuable ;
- si son capital est directement détenu à raison d'au moins 90% par une autre société résidente ou étrangère et pour autant que cette autre société dispose d'une participation d'au moins 90% dans le capital du contribuable (art. 205/5, § 2, al. 6 du CIR/92).

La condition de participation doit être remplie durant toute la période imposable. Cette exigence de détention d'un pourcentage massif est conforme aux exigences pratiquées par les pays qui connaissent déjà la consolidation fiscale.

4. Imputation des pertes en Belgique

Enfin, l'imputation intra-groupe des pertes en Belgique pourra être admise quand le transfert est effectué d'une filiale vers la société mère ou de la société mère vers la filiale ou encore d'une société vers une autre société sœur (art. 205/5, § 2 al 6).

5. Champ d'application territorial

Le champ d'application du régime belge de transfert intra-groupe ne paraît pas, à première vue, limité aux groupes résidents.

L'article 205/5, § 2, al. 1 du CIR/92 fait référence à une convention de transfert intra-groupe conclue entre un contribuable et une société résidente ou étrangère éligible.

Les groupes de sociétés belges ne sont par conséquent pas les seuls à être concernés mais également les groupes multinationaux.

Cependant, la Belgique par principe considère qu'elle n'a pas à tenir compte des pertes d'une société dont elle ne taxe pas les bénéficiaires. En ce sens, la Belgique n'entendait accorder la compensation qu'entre des sociétés d'un groupe belge.

La jurisprudence de la Cour européenne de justice contraint la Belgique à accepter ces transferts entre sociétés de groupes situés dans des Etats de l'espace économique européen (EEE) notamment lorsque la société résidente a épuisé les possibilités d'imputation des pertes fiscales dans l'Etat d'établissement.

Par contre, la Belgique considère que dans le régime de transfert intra-groupe, elle n'est pas tenue de tenir compte des pertes des sociétés de groupes étrangers établis en-dehors de l'EEE qui ne seraient pas imposables à un établissement belge : il ne pourra donc y avoir de compensation qu'entre des sociétés de groupes belges et donc purement intra-Belgique, sauf dans le cas exceptionnel de pertes de cessation subies dans une société établie dans l'EEE.

C'est de cette manière que s'est exprimé le ministre des Finances dans le rapport à la Chambre (*Cf.* Doc. Parl. Chambre 2017-18, Doc 54, n° 2839/010, 53). Aussi, la limitation de principe du champ d'application du régime de transfert est déduite de l'ensemble des textes de l'article 205/5 du CIR/92.

En effet, les articles 205/5, § 3, al. 2, 205/05, § 3, al. 3 et 205/5, § 4, al. 3 indiquent clairement qu'un transfert intra-groupe n'est en principe accordé qu'à une société résidente d'un groupe ou à un établissement belge d'une société étrangère du groupe qui est de surcroît établi dans l'EEE.

6. Catégories de sociétés exclues du régime de transfert intra-groupe (art. 205/5, § 2, al. 8 du CIR/92)

La loi exclut certaines catégories de sociétés du régime de faveur de transfert intra-groupe.

Ces sociétés exclues sont des sociétés qui bénéficient déjà de régimes forfaitaires ou de régimes de faveur. Aussi, le législateur a estimé que ces sociétés ne pouvaient en plus bénéficier du régime de transfert intra-groupe.

Par exemple, la convention ne pourra pas être conclue si une des deux sociétés est une société qui met un bien immobilier à disposition d'une ou plusieurs personnes physiques qui exercent dans la société un mandat ou des fonctions analogues, de leur conjoint ou des enfants de ces personnes lorsque ces personnes ou leur conjoint ont la jouissance légale des revenus de ces enfants, quand bien même elles porteraient en compte un loyer suffisant. Les sociétés de placement visées à l'art. 185bis du CIR/92 sont également exclues ou les sociétés enregistrées en qualité de diamantaire qui sont imposées en application des articles 67 à 71 de la loi-programme du 10 août 2015.

Cette dernière exclusion est justifiée par le fait qu'un contribuable ne peut, à la fois profiter d'un régime qui présume l'absence d'éléments probants justifiant ses frais et ses pertes et à la fois invoquer le régime de la déduction intra-groupe qui exige la production d'éléments de preuve.

7. Respect des conditions de l'article 205/5, § 3 du CIR/92

Les parties doivent être identifiés comme étant deux parties à la convention. Comme précisé ci-avant, bien que le texte de l'article 205/5, § 3, al. 2 du CIR/92 vise les sociétés résidentes et les établissements belges des sociétés étrangères intra EEE, une convention intra-groupe peut être conclue avec une société étrangère située dans l'EEE qui ne possède pas d'établissement en Belgique.

Comme précisé ci-avant, la convention de transfert intra-groupe ne peut porter que sur des périodes imposables liées au même exercice d'imposition.

Si une société reste déficitaire pour un exercice ultérieur, il sera nécessaire de conclure une nouvelle convention.

Enfin, le montant mentionné dans la convention de transfert intra-groupe peut être supérieur au montant des pertes subies par la société déficitaire.

Dans ce cas, la partie du montant du transfert intra-groupe qui excéderait les pertes précitées sera imposée en tant que bénéfice dans le chef de la société bénéficiaire (Cf. Doc. Parl. Chambre 2017-18, Doc. 54, n° 3147/003).

8. Les parties sont tenues de prendre certains engagements

La société déficitaire du groupe doit s'engager à inclure le montant du transfert intra-groupe repris dans la convention, dans la déclaration à l'impôt des sociétés ou à l'impôt des non-résidents/sociétés, en tant que bénéfice de la période imposable qui se rattache à l'exercice d'imposition auquel se rapporte la convention (art. 205/5, § 3, al. 3 du CIR/92).

Cette société pourra ainsi formellement imputer sa perte. Il s'agit d'une simple écriture fiscale qui n'implique, en soi, aucun transfert effectif d'argent : il s'agit d'une correction purement fiscale avec une diminution de la situation des réserves (Doc. Parl., Chambre 2017-18, Doc 54, n° 2864/001, 87 et n° 3147/001, 3).

La société bénéficiaire s'engage à payer à la société qui a subi la perte pour l'exercice d'imposition concerné, une indemnité qui est égale à l'impôt des sociétés ou à l'impôt des non-résidents/sociétés qui serait dû si le montant du transfert intra-groupe repris dans la convention n'était pas porté en déduction du bénéfice de la période imposable (art 205/5, § 3, al. 4 du CIR/92).

L'objectif de ce régime d'indemnité est de garantir la neutralité patrimoniale du régime de transfert intra-groupe.

Les pertes récupérables fiscalement représentent, pour une société qui a la perspective d'être de nouveau rentable par la suite, économiquement une valeur. La possibilité d'imputation immédiate de ces pertes par une autre société du groupe signifie un appauvrissement pour la société du groupe qui les a effectivement subies. Aussi, la société déficitaire doit être indemnisée pour la diminution de perte professionnelle reportable par une indemnité équivalente à charge de la société qui peut déduire la perte de son bénéfice.

Si le bénéfice a effectivement été repris dans la déclaration de la société ou de l'établissement belge déficitaire et si l'indemnité a été effectivement versée, le contribuable est autorisé à porter le transfert intra-groupe en déduction du bénéfice de la période imposable.

9. Sort fiscal de l'indemnisation

L'indemnisation est neutralisée fiscalement en l'exonérant de la base imposable chez le bénéficiaire et en ne la considérant pas en tant que charge professionnelle chez le payeur.

Le bénéfice est exonéré à concurrence de l'indemnité visée à l'article 205/5, § 3, al 4 du CIR/92 obtenue en exécution de la convention intra-groupe.

Cette exonération prend la forme d'une augmentation de la situation du début des réserves.

Chez le payeur, l'indemnité n'est pas déductible et n'entre, par conséquent, pas en charge professionnelle.

Aucune fiche individuelle n'est requise pour l'indemnisation du fait qu'elle est neutralisée fiscalement en la qualifiant de dépense non admise dans le chef du payeur et de revenu exonéré dans le chef du bénéficiaire.

10. Le régime décrit du transfert intra-groupe est entré en vigueur le 1^{er} janvier 2019 et est applicable à partir de l'exercice d'imposition 2020.

Anne-Thérèse DESFOSSÉS
Cabinet d'avocats HERVE