

waarop over de grensoverschrijdende fusie wordt beslist (art. 772/11 § 7 W.Venn.).

**5. Goedkeuring.** De goedkeuring van de grensoverschrijdende fusie door de algemene vergadering van de betrokken vennootschappen is door artikel 772/11 § 1 van het Wetboek van Vennootschappen, voor wat betreft de Belgische vennootschappen betrokken bij een grensoverschrijdende fusie, onderworpen aan hetzelfde quorum en dezelfde meerderheidsvoorwaarden als deze die gelden voor de nationale fusies (*i.e.* deze die gelden voor een statutenwijziging). Wat het stemrecht betreft, is een bijzondere bepaling opgenomen voor de vennootschappen onder firma, de gewone commanditaire vennootschappen en de coöperatieve vennootschappen met onbeperkte aansprakelijkheid.

De nieuwe regeling voor grensoverschrijdende fusies voert tevens bepalingen in die tot doel hebben de houders van aandelen of van titels die al dan niet het kapitaal vertegenwoordigen van de te fuseren vennootschappen te beschermen, wanneer de grensoverschrijdende fusie aanleiding geeft tot wijziging van hun respectieve rechten (art. 772/11 § 2 W.Venn.). Net zoals voor de interne fusies werden ook voorschriften uitgewerkt die tot doel hebben de vennoten te beschermen wanneer de grensoverschrijdende fusie hun aansprakelijkheden of hun persoonlijke band met de vennootschap kan verzwaren (art. 772/11 § 3 en 4 W.Venn.). Tot slot bepaalt artikel 772/11 § 5 van het Wetboek van Vennootschappen, conform de Tiende Richtlijn, dat de algemene vergadering van elke fuserende vennootschap zich het recht kan voorbehouden de totstandkoming van de grensoverschrijdende fusie afhankelijk te stellen van haar uitdrukkelijke bekrachtiging van de regelingen die met betrekking tot de medezeggenschap van de werknemers in de uit de grensoverschrijdende fusie ontstane vennootschap zijn vastgesteld.

**6. Rol van de notaris.** Bijzonder aan de procedure voor grensoverschrijdende fusies is dat de instrumenterende notaris na onderzoek het bestaan en zowel de interne als de externe wettigheid moet bevestigen van de rechtshandelingen en formaliteiten waartoe de vennootschap waarbij hij optreedt, gehouden is. Hiertoe moet hij onverwijld een attest afgeven waaruit afdoende blijkt dat de aan de fusie voorafgaande handelingen en formaliteiten omschreven in deze afdeling correct zijn verricht (art. 772/12 W.Venn.). De notaris moet zich ervan vergewissen dat de fuserende vennootschappen gemeenschappelijke voorstellen voor een grensoverschrijdende fusie van gelijke strekking hebben goedgekeurd en dat, in voorkomend geval, de regelingen met betrekking tot het medezeggenschap van de werknemers zijn vastgesteld overeenkomstig de maatregelen genomen in uitvoering van artikel 16 van de richtlijn.

**7. Rechtsgevolgen.** De grensoverschrijdende fusie door overneming wordt van kracht op de datum waarop de instru-

menterende notaris de voltooiing van de fusie heeft vastgesteld op verzoek van de vennootschappen die fuseren, op voorlegging van de attesten en andere documenten die de verrichting rechtvaardigen. Bij de grensoverschrijdende fusie door oprichting van een nieuwe vennootschap moet bovendien de nieuwe vennootschap zijn opgericht.

De akte van voltooiing moet worden neergelegd en bij uittreksel worden bekendgemaakt in de bijlagen bij het *Belgisch Staatsblad*, en in voorkomend geval worden de akten tot wijziging van de statuten van de overnemende vennootschap neergelegd en eveneens op dezelfde wijze bekend gemaakt (art. 772/14 W.Venn.). Aan de Koning is de bevoegdheid gegeven om de wijze te bepalen waarop het buitenlandse register, waar de buitenlandse vennootschap haar akten heeft neergelegd, in kennis wordt gesteld van de van kracht geworden grensoverschrijdende fusie.

De grensoverschrijdende fusie heeft dezelfde rechtsgevolgen als een interne fusie. Bijzonder in vergelijking met de interne fusie is wel dat een van kracht geworden grensoverschrijdende fusie niet kan worden nietig verklaard (art. 772/5 W.Venn.).

R. Feltkamp  
Advocaat balie Brussel  
Docent VUB

en J.-Ph. Smeets  
Advocaat balie Brussel

## LOI DU 8 JUIN 2008

**Sociétés – Société anonymes – Restructuration – Fusion – Directive 2005/56/CE (“Dixième Directive”) – Transposition – Fusions transfrontalières – Nouvelle réglementation (art. 772/1 et s. C. soc.).**

### **Transposition de la réglementation européenne concernant les fusions transfrontalières**

**1. La Dixième Directive.** Suite à la constatation que les fusions transfrontalières de sociétés de capitaux de différents États membres de l’Union européenne étaient confrontées à de nombreuses difficultés aux niveaux juridique et administratif et que, compte tenu de leur besoin de coopération et de regroupement et en vue de l’achèvement et du bon fonctionnement du marché intérieur, une réglementation européenne était nécessaire aux fins de faciliter la réalisation de fusions transfrontalières entre ces sociétés, la directive 2005/56/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 octobre 2005 sur les fusions transfrontalières de sociétés de capitaux (ci-après la “Dixième Directive”) a introduit une telle réglementation.

La Dixième Directive repose notamment sur les principes suivants<sup>5</sup>:

- la législation des États membres doit autoriser la fusion transfrontalière d'une société de capitaux nationale avec une société de capitaux d'un autre État membre si la législation nationale des États membres concernés permet la fusion entre ces types de sociétés;
- afin de faciliter les opérations de fusion transfrontalière, il convient de prévoir que, à moins que la Dixième Directive n'en dispose autrement, chaque société participant à une fusion transfrontalière, ainsi que chaque tiers concerné, reste soumis aux dispositions et formalités de la législation nationale qui serait applicable à la fusion nationale;
- les dispositions et formalités de la législation nationale ne peuvent introduire des restrictions à la liberté d'établissement ou à la libre circulation des capitaux, à moins que ces restrictions ne puissent être justifiées conformément à la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, notamment par des exigences d'intérêt général, et qu'elles soient à la fois nécessaires pour satisfaire à de telles exigences impératives et proportionnelles à celles-ci.

**2. Droit belge.** Les dispositions de la Dixième Directive devaient être transposées par les États membres dans leur droit interne pour le 15 décembre 2007. En Belgique, cette transposition est entretemps (enfin) intervenue via l'article 77 de la loi du 8 juin 2008 portant des dispositions diverses<sup>6</sup>, qui a introduit, dans le livre XI du Code des sociétés ("*Restructuration des sociétés*"), un nouveau Titre *Vbis* intitulé "*Règles spécifiques concernant les fusions transfrontalières et opérations assimilées*". Les dispositions de ce titre sont entrées en vigueur le 26 juin 2008.

Avant l'entrée en vigueur de l'article 77 de la loi, il était généralement admis par la doctrine qu'une société belge puisse, à certaines conditions, fusionner avec une société étrangère et vice versa. En l'absence de dispositions spécifiques relatives à ce type d'opérations en droit belge des sociétés, les petites et moyennes entreprises<sup>7</sup> désireuses de procéder à une telle fusion étaient toutefois contraintes de développer des constructions (juridiques) complexes et coûteuses pour parvenir à leurs fins<sup>8</sup>. Afin de rencontrer les exigences de la pratique et accroître la sécurité juridique, le nouveau

Titre *Vbis* du Livre XI du Code des sociétés, tel qu'introduit par l'article 77 de la loi, introduit en droit belge des sociétés, conformément à la Dixième Directive, une série de dispositions spécifiques visant à faciliter les fusions transfrontalières.

**3. Champ d'application et portée.** La nouvelle réglementation s'applique uniquement aux fusions. Les scissions transfrontalières, apports ou transferts transfrontaliers de branches d'activité ou d'universalité ne sont pas visés. Selon l'article 772/1 du Code des sociétés, la nouvelle réglementation relative aux fusions transfrontalières s'applique à toutes les formes de sociétés qui peuvent fusionner sur le plan national, à l'exception des sociétés d'investissement publiques à capital variable visées aux articles 10 et 14 de la loi du 20 juillet 2004 relative à certaines formes de gestion collective de portefeuilles d'investissement et des sociétés en liquidation. Le champ d'application de la réglementation belge est donc plus large que celui de la Dixième Directive, qui n'organise qu'un régime de fusions transfrontalières pour les sociétés de capitaux. La réglementation belge s'applique tant aux opérations de fusion par absorption qu'aux opérations de fusion par constitution d'une société nouvelle et aux opérations assimilées à la fusion par absorption.

Sous quelques réserves, les nouveaux articles 772/1 à 772/14 du Code des sociétés s'inspirent très largement des dispositions existantes du Code des sociétés relatives aux fusions. L'article 772/1 nouveau du Code des sociétés prévoit en effet que les dispositions concernant les fusions nationales sont applicables aux fusions transfrontalières, sauf dérogations expresses prévues au Titre *Vbis*.

**4. Procédure.** Tout comme les fusions domestiques, les fusions transfrontalières sont soumises à une procédure spécifique. Cette procédure est décrite dans les nouveaux articles 772/6 à 772/14 du Code des sociétés et est très largement similaire à la procédure applicable aux fusions domestiques. Ainsi, la procédure de fusions transfrontalières suppose-t-elle les étapes suivantes:

- la préparation, par les organes des sociétés appelés à fusionner, d'un projet commun de fusion qui doit contenir certaines informations minimales et qui peut prendre soit la forme d'un acte authentique, soit la forme d'un acte sous seing privé (art. 772/6 C. soc.);
- le dépôt, par chaque société concernée, du projet commun de fusion au greffe du tribunal de commerce où les sociétés concernées par la fusion transfrontalière ont leur siège social, ainsi que la publication par extrait de celui-ci aux annexes du *Moniteur belge* et cela au moins six semaines avant l'assemblée générale appe-

<sup>5</sup> Pour une description de cette directive, voy. notamment K. BYTTEBIER, *Fusies en overnames*, Brugge, die Keure, 2006, pp. 300 et s.; K. BYTTEBIER et T. VAN DE GEUCHTE, "De Richtlijn 2005/56/EG betreffende grensoverschrijdende fusie van kapitaalvennootschappen: een eerste verkenning", *T. Fin. R.* 2006, liv. 3, pp. 1422 à 1438; E. JANSSENS, "Fusions transfrontalières: transposition de la 10<sup>ème</sup> directive", *Bilan* 2008, liv. 562, 2-4; M. EVRARD et E. VAN DER VAEREN, "Les fusions transfrontalières: un pas de plus vers une Europe harmonisée", *DAOR* 2007, liv. 81, pp. 103 à 123.

<sup>6</sup> *Mon. b.* 16 juin 2008, ci-après la "Loi".

<sup>7</sup> Les grandes entreprises peuvent en effet depuis le 8 octobre 2004 recourir à la société européenne (SE).

<sup>8</sup> Voy. notamment à ce sujet l'*Exposé des Motifs* de l'article 77 de la loi: *Doc. parl.* Chambre, Doc. n° 1012/001, p. 53 et *Doc. parl.* Chambre, Doc. n° 1012/007, p. 5.

lée à statuer sur la fusion transfrontalière (art. 772/7 C. soc.);

- l'établissement par les organes de gestion des sociétés appelées à fusionner d'un rapport écrit et circonstancié à l'attention des associés qui expose la situation patrimoniale des sociétés appelées à fusionner et qui explique et justifie, du point de vue juridique et économique, l'opportunité, les conditions et les modalités de la fusion transfrontalière, les conséquences de la fusion transfrontalière pour les associés, les créanciers et les salariés, les méthodes suivies pour la détermination du rapport d'échange des actions ou des parts, l'importance relative qui est donnée à ces méthodes, les valeurs auxquelles chaque méthode parvient, les difficultés éventuelles rencontrées, et le rapport d'échange proposé (art. 772/8 C. soc.);
- l'établissement dans chaque société appelée à fusionner (sauf en cas d'opération assimilée à une fusion par absorption ou lorsque tous les associés de chacune des sociétés participant à la fusion y renoncent) d'un rapport écrit sur le projet de fusion par le commissaire ou, lorsqu'il n'y en a pas, par un réviseur d'entreprises ou un expert-comptable externe, désigné par les organes de gestion. L'examen du projet commun de fusion peut aussi être réalisé par un ou plusieurs commissaire(s), réviseur(s) d'entreprises ou expert(s)-comptable(s) désignés, sur demande conjointe de ces sociétés, désignés ou approuvés à cet effet par le président du tribunal de commerce, conformément à l'article 588, 17° du Code judiciaire. Dans ce cas, ce ou ces expert(s) indépendant(s) établi(ssen)t un rapport écrit unique destiné à l'ensemble des associés (art. 772/9 C. soc.);
- l'établissement d'un état comptable arrêté dans les trois mois de la fusion transfrontalière envisagée lorsque le projet de fusion est postérieur de six mois au moins à la fin de l'exercice auquel se rapporte les derniers comptes annuels (art. 772/10 § 2, 5° C. soc.);
- l'annonce, dans l'ordre du jour de l'assemblée générale des sociétés appelées à fusionner qui doit statuer sur la fusion, de la possibilité pour les actionnaires et associés d'obtenir une copie sans frais des documents relatifs à la fusion transfrontalière proposée (art. 772/10 § 1<sup>er</sup> C. soc.);
- la mise à la disposition des actionnaires ou associés des sociétés appelées à fusionner des documents précités au siège de la société (art. 772/10 § 2 C. soc.); et
- la tenue, dans chacune des sociétés appelées à fusionner, d'une assemblée générale devant notaire pour décider de la fusion transfrontalière (art. 772/11 § 7 C. soc.).

**5. Approbation.** L'approbation de la fusion transfrontalière par l'assemblée générale des sociétés concernées est soumise, en ce qui concerne les sociétés belges concernées par une fusion transfrontalière, aux mêmes conditions de quorum et de majorité que celles applicables pour les fusions

nationales (soit celles applicables pour une modification des statuts) par l'article 772/11 § 1<sup>er</sup> du Code des sociétés. En ce qui concerne le droit de vote, une disposition spécifique est toutefois prévue pour les sociétés en nom collectif, les sociétés en commandite simple et les sociétés coopératives à responsabilité illimitée.

Le nouveau régime des fusions transfrontalières prévoit également des dispositions visant à protéger les détenteurs d'actions ou de titres représentatifs ou non du capital des sociétés appelées à fusionner lorsque la fusion est de nature à entraîner une modification des droits attachés à leurs titres (art. 772/11 § 2 C. soc.). Comme en matière de fusions internes, il prévoit également des règles protégeant les associés chaque fois que leurs responsabilités ou leur lien personnel avec la société pourraient être aggravés par l'effet de la fusion (art. 772/11 § 3 et 4 C. soc.). Enfin, l'article 772/11 § 5 permet, conformément à la Dixième Directive, à l'assemblée générale de chacune des sociétés qui fusionnent, de subordonner la réalisation de la fusion à l'entérinement exprès des modalités décidées pour la participation des travailleurs dans la société issue de la fusion.

**6. Rôle du notaire.** Une particularité de la procédure relative aux fusions transfrontalières réside dans le fait que le notaire instrumentant est tenu de vérifier et d'attester l'existence et la légalité tant interne qu'externe, des actes et formalités incombant à la société auprès de laquelle il instrumente. À cette fin, il doit délivrer sans délai un certificat attestant de façon incontestable de l'accomplissement correct des actes et des formalités préalables à la fusion transfrontalière prévus dans la section du Code des sociétés y relative (art. 772/12 C. soc.). Le notaire doit contrôler que les sociétés qui fusionnent ont approuvé le projet commun de fusion et, le cas échéant, que les modalités relatives à la participation des travailleurs ont été fixées conformément aux dispositions prises en exécution de l'article 16 de la Dixième Directive.

**7. Effets juridiques.** La fusion transfrontalière prend effet à la date à laquelle le notaire instrumentant constate la réalisation de la fusion à la requête des sociétés qui fusionnent sur présentation des certificats et autres documents justificatifs de l'opération. Lors de la fusion transfrontalière par constitution d'une société nouvelle, la nouvelle société doit en outre être constituée. Cet acte est déposé et publié par extrait aux annexes du *Moniteur belge* et, le cas échéant, les actes modifiant les statuts de la nouvelle société doivent être déposés et publiés de la même manière (art. 772/14 C. soc.). Il est donné pouvoir au Roi d'arrêter les modalités de notification de la prise d'effet de la fusion transfrontalière auprès du registre étranger où la société étrangère a déposé ses actes. Les fusions transfrontalières ont les mêmes effets que les fusions internes. Une particularité réside toutefois par rapport à une fusion interne dans le fait qu'une fusion trans-

frontalière ayant pris effet ne peut être déclarée nulle (art. 772/5 C. soc.).

Jean-Philippe Smeets  
Avocat au barreau de Bruxelles  
et R. Feltkamp  
Avocate au barreau de Bruxelles  
Professeur à la VUB

## INSOLVENTIE

### Faillissement – Gevolgen – Verschoonbaarheid – Artikel 82 – Voormalige echtgenoot van de gefailleerde

#### Wet van 18 juli 2008 tot wijziging van artikel 82 Faill.W.: gevolgen van de verschoonbaarheid uitgebreid tot voormalige echtgenoten

Bij wet van 18 juli 2008 worden de gevolgen van de verschoonbaarheid uitgebreid naar de voormalige echtgenoten. Deze wet verscheen in het *Belgisch Staatsblad* van 28 augustus 2008 en trad onmiddellijk in werking.

Op grond van artikel 82 Faill.W. wordt de echtgenoot van de gefailleerde die persoonlijk aansprakelijk is voor de schuld van de gefailleerde bevrijd van zijn/haar verbintenis op het ogenblik dat de gefailleerde verschoonbaar wordt verklaard<sup>9</sup>. Deze automatische bevrijding wordt nu uitgebreid naar de voormalige echtgenoot die persoonlijk aansprakelijk is voor de schuld die zijn echtgenoot-gefaillieerde tijdens de duur van het huwelijk was aangegaan.

De bevrijding van de echtgenoot naar aanleiding van de verschoonbaarheid van de gefailleerde werd ingevoerd door de wet van 4 september 2002<sup>10</sup>. Bedoeling van deze regel was de vrijwaring van het gemeenschappelijk vermogen. Wanneer een echtgenoot mee gehouden is tot betaling van de schulden van de gefailleerde, kunnen de schuldeisers deze echtgenoot nog steeds aanspreken na de sluiting van het faillissement. Dit kan afbreuk doen aan de doelstelling van de verschoonbaarheid in de hypothese dat de echtgenoten gehuwd zijn onder het wettelijk stelsel. Immers in dit geval kunnen de schuldeisers het gemeenschappelijk vermogen aanspreken. Dit gemeenschappelijk vermogen bevat de

inkomsten van beide echtgenoten. Bijgevolg zouden de schuldeisers via het gemeenschappelijk vermogen ook de nieuwe inkomsten van de verschoonbaarverklarde gefailleerde opnieuw in beslag kunnen nemen, wat ingaat tegen de bedoeling van de verschoonbaarheid. Om dit te voorkomen, voorziet de Faillissementswet in een automatische bevrijding van de echtgenoot wanneer de gefailleerde verschoonbaar verklaard wordt.

In de praktijk rees echter snel de vraag op welk tijdstip de echtgenoten gehuwd moeten zijn om van de bevrijdingsregel te kunnen genieten. Drie hypothesen kunnen naar voor worden geschoven<sup>11</sup>. Ten eerste kan men stellen dat men gehuwd moet zijn op het ogenblik dat uitspraak gedaan wordt over de verschoonbaarheid. Ten tweede kan men oordelen dat men gehuwd moet zijn op het ogenblik dat de verbintenis ontstaat. Ten derde zou men kunnen verdedigen dat men gehuwd moet zijn op het ogenblik dat het faillissement werd uitgesproken.

De eerste stelling is de meest letterlijke interpretatie van artikel 82 Faill.W.<sup>12</sup>. Dit standpunt vereist echter dat de echtgenoten gehuwd blijven tot de sluiting van het faillissement, tenzij de gefailleerde gebruik maakt van de mogelijkheid van vervroegde verschoonbaarverklaring. Een echtscheiding vóór of tijdens de faillissementsprocedure impliceert dat de ex-echtgenoot niet bevrijd kan worden, indien de gefailleerde pas nadien verschoonbaar verklaard wordt. Dit standpunt werd tevens gevolgd door het Grondwettelijk Hof. In een arrest van 17 januari 2008 deed het Hof uitspraak over de grondwettigheid van het onderscheid tussen de voormalige echtgenoot van een gefailleerde en de huidige echtgenoot<sup>13</sup>. Het Hof oordeelde dat er geen discriminatie was, omdat het twee verschillende situaties betrof<sup>14</sup>. De verantwoording van het onderscheid is volgens het Hof te vinden in het doel van de bevrijding. De bevrijding dient ter bescherming van de gefailleerde. De bevrijding van de echtgenoot zorgt ervoor dat het gemeenschappelijk vermogen waarin de inkomsten van de gefailleerde vallen gevrijwaard wordt. Wanneer er geen gemeenschappelijk vermogen meer

<sup>9</sup>. Ter info: wat betreft de bevrijding van de echtgenoot werd art. 82 Faill.W. reeds eerder aangepast. Zie wet van 2 februari 2005 tot wijziging van art. 82, tweede lid van de Faillissementswet van 8 augustus 1997, *B.S.* 21 februari 2005. Deze wet wijzigde de formulering: “De echtgenoot van de gefailleerde die zich persoonlijk aansprakelijk heeft gesteld (...)” in “de echtgenoot van de gefailleerde die persoonlijk aansprakelijk is (...)”.

<sup>10</sup>. Wet 4 september 2002 tot wijziging van de Faillissementswet van 8 augustus 1997, het Gerechdelijk Wetboek en het Wetboek van Vennootschappen, *B.S.* 21 september 2002.

<sup>11</sup>. Zie hierover ook, A. DE WILDE, “Actualia inzake kosteloze borgtocht”, in B. ALLEMEERSCH en D. LAMBRECHT (eds.), *Actuele ontwikkelingen inzake faillissementsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 142-143, nr. 21.

<sup>12</sup>. M. VANMEENEN en B. WINDEY, “De verschoonbaarheid en de bevrijding van de persoonlijke zekerheidsteller: nieuwe regels, nieuwe zorgen”, in H. COUSY en E. DIRIX (eds.), *Themis insolventierecht*, Brugge, die Keure, 2006, 13, nr. 9; M. DE THEEJE en M. VANMEENEN, “Roeien met de gegeven riemen. Een praktische benadering van de verschoonbaarheid”, *R.W.* 2003-04, 1556.

<sup>13</sup>. Grondwettelijk Hof 17 januari 2008, *B.S.* 28 februari 2008, *DAOR* 2008, 232 met noot A. PEETERS. Vgl. ook Grondwettelijk Hof 7 maart 2007, *B.S.* 18 april 2007, *A. GrwH* 2007, 575.

<sup>14</sup>. Voor een uitgebreide bespreking van dit arrest, zie A. PEETERS, “Naar een automatische bevrijding ook na de echtscheiding? Een dankbare ex-echtgenoot” (noot onder Grondwettelijk Hof 17 januari 2008 en Gent 14 januari 2008), *DAOR* 2008, 236-241.