



PARCOURS REDACTIONNEL DU NOTAIRE A L'OCCASION DU TRANSFERT TRANSFRONTALIER DU SIEGE SOCIAL D'UNE SOCIETE VIA LA PROCEDURE DE TRANSFORMATION DE LA BELGIQUE VERS LE LUXEMBOURG

I. INTRODUCTION

Dans le cadre du transfert du siège d'une société, la doctrine constate que les Etats européens sont divisés juridiquement par trois types de rattachement:

1. Le critère de l'incorporation: critère formel (par exemple les Pays-Bas, Grande-Bretagne). La société est régie par la loi (*lex societatis*) du lieu de sa constitution.
2. Le critère du siège d'exploitation: critère économique (notamment l'Italie). La société est régie par la loi de son siège d'exploitation.
3. Le critère du siège social réel: critère organisationnel (par exemple la Belgique et le Luxembourg).

Ce document vise à clarifier le parcours rédactionnel du notaire dans le cadre d'un transfert transfrontalier du siège d'une société en Belgique vers le Luxembourg. Le document est un effort joint entre les notariats Belge et Luxembourgeois.

II. LES LOIS NATIONALES

Le critère de rattachement dans les lois nationales:

Belgique : Le Code DIP belge stipule dans son article 110 que « la personne morale est régie par le droit de l'Etat sur le territoire duquel son établissement principal est situé dès sa constitution ».

Afin de déterminer l'établissement principal d'une personne morale, l'article 4, § 3 du Code DIP stipule les paramètres suivantes : « le centre de direction ainsi que le centre des affaires où des activités et, subsidiairement, du siège statutaire ».

Luxembourg : L'article 2 alinéa 3 de la loi modifiée sur les sociétés commerciales du 10 août 1915 dispose : « Le domicile de toute société commerciale est situé au siège de l'administration centrale de la société.

L'administration centrale d'une société est présumée, jusqu'à preuve du contraire, coïncider avec le lieu du siège statutaire de la société. »

La loi sur les sociétés commerciales contient des dispositions concernant les sociétés constituées en pays étranger. L'article 159 de la loi sur les sociétés commerciales dispose : « Toute société dont l'administration centrale est située au Grand-Duché, est soumise à la loi luxembourgeoise, bien que l'acte constitutif ait été passé en pays étranger. Lorsqu'une société a son domicile au Grand-Duché de Luxembourg, elle est de nationalité luxembourgeoise et la loi luxembourgeoise lui est pleinement appliquée. »

Pays-Bas:

Aux Pays-Bas, la « théorie de la constitution » (incorporatieleer) est appliquée. La théorie néerlandaise de la constitution (i) est applicable aux sociétés de droit néerlandais et (ii) est utilisée comme principe dans le droit international privé néerlandais.

- (i) En ce qui concerne les sociétés de droit néerlandais, la théorie néerlandaise de la constitution en société est énoncée dans les dispositions légales applicables à ces sociétés, comme l'article 2:66, paragraphe 3, du Code civil néerlandais, qui stipule qu'une N.V. néerlandaise (naamloze vennootschap, une société publique à responsabilité limitée, ci-après « NV néerlandaise ») doit avoir son siège statutaire aux Pays-Bas. Des dispositions similaires sont applicables à d'autres personnes morales de droit néerlandais.
- (ii) En ce qui concerne les sociétés régies par le droit étranger (ci-après « sociétés transférantes »), la théorie néerlandaise de la constitution est énoncée à l'article 10 : 118 du Code civil néerlandais, qui stipule que, du point de vue du droit international privé néerlandais, les sociétés sont régies par les lois de l'État où une société a, conformément à ses statuts, son siège.

➤ **La procédure :**

La procédure applicable en matière de transfert de siège n'est pas légalement définie dans les pays.

- La doctrine et la pratique belge appliquent la procédure de transformation.
- La doctrine et la pratique Luxembourgeois appliquent alors la procédure de transformation si celle-ci est appliquée par le pays de départ.
- Comme la législation néerlandaise sur les sociétés anonymes ne s'occupe pas des transformations transfrontalières, les notaires néerlandais respectent les exigences minimales applicables à la constitution d'une NV néerlandaise (par exemple, la signature d'un acte notarié de transformation et la modification des statuts d'une société transférante).

III. PROCÉDURE APPLICABLE

1. Conseil d'administration de la société transférante organisant les assemblées générales extraordinaires, et plus précisément la rédaction des ordres du jour qui seront repris plus amplement dans les assemblées générales ci-après.

Le procès-verbal du conseil d'administration peut être rédigé sous seing privé.

2. Convocation des assemblées générales de la société transférante.

- a. Assemblée à tenir dans le pays de départ (Belgique) et dans le pays d'accueil (Luxembourg et les Pays-Bas)
- b. Les convocations auront le même ordre du jour mais respecteront les formes imposées dans le pays d'accueil et dans le pays de départ.

3. Tenue par-devant notaire des Assemblées générales extraordinaires de la société transférante dans le pays de départ et dans le pays d'accueil.

Le procès-verbal authentique sera identique dans chaque pays mais respectera, le cas échéant, les formes, quorum de présence et de majorité (qualifiée ou unanimité), imposés dans le pays de départ et dans le pays d'accueil et qui pourraient être différents.

Le procès-verbal de l'Assemblée générale extraordinaire tenue au Luxembourg contiendra un préambule mentionnant entre autre que les actionnaires présents ou dûment représentés déclarent avoir eu connaissance de l'ordre du jour soumis à leur délibération et de la teneur des statuts tels qu'ils vont être publiés après le transfert de siège de la société. Les documents se trouvent à la disposition de l'assemblée générale extraordinaire, y seront également mentionnés.

4. A. Ordre du jour d'assemblée générale au pays de départ, Belgique, et procédure suivie.

1. Rapport du conseil d'administration portant sur la proposition de transférer le siège social de la société transférante du pays de départ vers le pays d'accueil, via le support de la procédure de transformation existante dans les deux pays.
Ce rapport justifie également la transformation de la forme de la société qui sera adoptée dans le pays d'accueil et décrit les modalités de l'opération.
A ce rapport est joint l'état résumant la situation active et passive de la société, arrêté à une date ne remontant pas à plus de trois mois (de la date des assemblées générales).
2. Rapport du commissaire-réviseur sur cet état (à défaut d'un réviseur d'entreprise ou d'un expert-comptable externe)
 - Conclusions du rapport
 - Certificat de conformité (éventuel) du réviseur du pays d'accueil.
3. Constatation de la compatibilité légale du transfert transfrontalier du siège social de la société.
4. Constatation de la compatibilité légale de la transformation de la société transférante dans le pays de départ et dans le pays d'accueil.
5. Approbation du support juridique de la transformation de la société transférante aux fins de transfert transfrontalier de la société transférante.

6. Décision de transfert du siège social de la société transférante (du pays de départ vers le pays d'accueil)
 - Le siège social (qui correspond au siège réel de la société) est transféré sous le bénéfice de la continuité de la personne morale de la société, n'entraînant pas de conflit négatif issu des deux *lex societatis* du pays de départ et du pays d'accueil
 - Le transfert aura lieu sans dissolution, la société transférante étant dès à présent soumise aux prescriptions de la *lex societatis* du pays d'accueil.
 - Le transfert de la société transférante a donc lieu sans changement de personnalité juridique, pour autant que la société adopte la forme la plus proche d'une société de droit du pays d'accueil, et que l'activité et l'objet demeurent inchangés et sont compatibles avec les exigences du droit du pays d'accueil.
 - Le capital et les réserves demeurent intacts de même que tous les éléments d'actif et de passif, les amortissements, les moins-values et les plus-values. La société dans le pays d'accueil continuera les écritures et la comptabilité tenues par la société dans le pays de départ.
 - La transformation se fait sur base de la situation active et passive de la société arrêtée à une date fixée par l'assemblée générale. Toutes les opérations faites depuis cette date par la société transférante sont réputées réalisées pour la société du pays d'accueil, notamment pour ce qui concerne l'établissement des comptes sociaux.

7. Nationalité de la société transférante
La société transférée devenant une société de droit du pays d'accueil, est dorénavant soumise aux règles de ce droit, le transfert du siège social entraînant le changement de nationalité.

8. Adoption des statuts de la société transférante, compte tenu de la législation du pays d'accueil.

9. Confirmation des membres de l'organe de gestion.

10. Conditions suspensives
 - Tenue de l'assemblée générale extraordinaire de la société transférante dans le pays d'accueil, délibérant sur le même ordre du jour
 - Double constatation de la radiation de l'immatriculation de la société transférante dans le pays de départ et de l'immatriculation dans le pays d'accueil.

11. Pouvoirs à conférer au(x) mandataire(s) à désigner aux fins de:
 - Constater la réalisation des conditions suspensives
 - Constater la réalisation de l'opération de transfert transfrontalier du siège social de la société transférante.

Toutes les étapes de la procédure ainsi que les documents nécessaires sont analysées, et contrôlées par le notaire belge, pays de départ.

B. Ordre du jour d'assemblée générale au pays d'accueil, Luxembourg, et procédure suivie.

1. Prise de connaissance des documents présentés lors de l'assemblée générale qui s'est tenue en Belgique
 - Rapport du conseil d'administration portant sur la proposition de transférer le siège social de la société transférante du pays de départ vers le pays d'accueil, via le support de la procédure de transformation existante dans les deux pays.
 - Rapport du commissaire-réviseur sur cet état (à défaut d'un réviseur d'entreprise ou d'un expert-comptable externe)
 - Comptes intérimaires
 - Compatibilité légale du transfert transfrontalier du siège social de la société
 - Les précisions éventuelles par le président, comme par exemple sur la valeur totale ou les particularités du patrimoine transféré à Luxembourg.
 - Copie de la résolution prise par l'assemblée générale des actionnaires de la société qui s'est tenue en Belgique, décidant le transfert du siège statutaire et effectif de la société vers le Luxembourg. (Une expédition ou copie conforme de ce procès-verbal de cette assemblée, délivré par le notaire en Belgique, restera le cas échéant annexée au présent acte).
2. Ratification des décisions de transfert du siège social de la société transférante et décision de transfert du siège social statutaire, de la direction effective, de l'administration centrale et du principal établissement vers Luxembourg, adoption de la forme sociétaire la plus proche sans perte de la personnalité juridique et soumission de la société au droit luxembourgeois, plus particulièrement, confirmation de la dénomination de la société, de l'objet social de la société, comme suit : « ... » et du capital de la société et adoption de la nationalité luxembourgeoise.
3. Modifications des statuts de la société dans la mesure nécessaire pour les rendre conformes à la législation luxembourgeoise.
4. Approbation de comptes intérimaires arrêtés au ... et bilan d'ouverture avec confirmation de continuation des écritures et de la comptabilité tenues avant transfert. Toutes les opérations faites depuis cette date par la société transférante sont réputées réalisées pour la société luxembourgeoise (pays d'accueil), notamment pour ce qui concerne l'établissement des comptes sociaux.
5. Confirmation des mandats des organes de gestion et de contrôle.
6. Soumission des décisions à la double condition suspensive de la constatation de l'immatriculation de la société transférante au Luxembourg et de la radiation subséquente de l'immatriculation en Belgique.

7. Pouvoirs à conférer au(x) mandataire(s) à désigner aux fins de:
 - Constater la réalisation des conditions suspensives
 - Constater la réalisation de l'opération de transfert transfrontalier du siège social de la société transférante.

Toutes les étapes de la procédure ainsi que les documents nécessaires sont analysées, et contrôlées par le notaire luxembourgeois, pays d'arrivée.

C. Ordre du jour d'assemblée générale au pays de départ, Pays-Bas, et procédure suivie.

Lors d'une transformation entrante, les notaires néerlandais pourraient suivre la procédure suivante pour effectuer la transformation entrante:

1. Le Conseil d'administration de la société transférante prépare une proposition écrite pour effectuer la transformation entrante.
2. L'assemblée générale des actionnaires de la société transférante décide d'effectuer la conversion entrante (à ce moment-là, la société transférante est encore régie par des lois étrangères).
3. L'Assemblée d'administration de la société transférante émet une déclaration adressée au notaire néerlandais (pour confirmer, entre autres, certains faits concernant la société transférante).
4. L'assemblée générale des actionnaires délivre une déclaration adressée au notaire néerlandais (entre autres pour confirmer certaines informations factuelles relatives à la société transférante).
5. Un auditeur externe néerlandais publie une déclaration confirmant que la société transférante satisfait aux exigences néerlandaises en matière de capital minimum applicables à une SA néerlandaise.
6. Obtention de l'extrait du registre du commerce de la société transférante du registre du commerce étranger et des documents sociaux de l'actionnaire unique de la société transférante (si la société transférante a un actionnaire unique).
7. Le conseiller juridique étranger délivre une confirmation adressée au notaire néerlandais confirmant - entre autres - que la transformation entrante est réalisable en vertu des lois étrangères, que la société transférante est valablement existante en vertu des lois étrangères et que les intérêts des parties prenantes de la société transférante ont été adéquatement protégés en vertu des lois étrangères avant la transformation entrante.
8. Signature de l'acte notarié néerlandais de transformation et de modification des statuts d'une société transférante par un notaire néerlandais ; la société transférante sera transformée en NV néerlandaise au moment de la signature de l'acte notarié de transformation et de modification des statuts.

9. Inscription de la NV néerlandaise au registre du commerce néerlandais.

10. Réinscription de la société transférante du registre du commerce étranger.

➤ **Les contrôles sont effectués par chaque notaire en charge du transfert (notaire de l'Etat de départ et notaire de l'Etat d'accueil) afin de garantir la sécurité juridique de l'opération.**

5. Publication des assemblées générales extraordinaires dans le pays de départ et dans le pays d'accueil.

En Belgique, un extrait du procès-verbal de l'assemblée générale extraordinaire est publié dans les Annexes du Moniteur belge.

Au Luxembourg la société transférante sera immatriculée au RCS et le procès-verbal de l'assemblée générale extraordinaire décidant du transfert au Luxembourg sera publié au Recueil électronique des sociétés et associations (RESA).

Aux Pays-Bas, la société transférante est transformée en une NV néerlandaise au moment de la signature de l'acte notarié de transformation et de modification des statuts. Ensuite, la NV néerlandaise sera inscrite au registre du commerce néerlandais.

6. Radiation de l'immatriculation de la société transférante dans le pays de départ (Belgique) et immatriculation de celle-ci dans le pays d'accueil (Luxembourg ou les Pays-Bas).

L'immatriculation de la société transférante se fera sous condition suspensive de la radiation, cette dernière peut donc être obtenue ultérieurement.

7. Constatation de la réalisation des conditions suspensives.

Comparution unilatérale du (des) mandataire(s) désigné(s) aux fins de faire constater par devant les deux notaires du pays de départ et du pays d'accueil:

- La tenue des assemblées générales extraordinaires de la société transférante dans le pays de départ et dans le pays d'accueil
- Le dépôt au rang des minutes des photocopies des certificats de radiation de l'immatriculation de la société transférante
- La réalisation de l'opération de transfert transfrontalier du siège social de la société transférante.

Au Luxembourg, aucune forme n'est exigée quant au constat de la réalisation des conditions suspensive. L'immatriculation de la société transférante devient effective par la remise du certificat de radiation au notaire, qui est en charge de vérifier que toutes les conditions sont remplies. Il est de pratique courante de s'aligner sur la forme appliquée au Pays de départ. En l'occurrence en Belgique. Dans ce contexte une comparution par les mandataires sera réalisée par-devant notaire au Luxembourg et copie ou expédition de l'acte sera transmis au confrère en Belgique.

8. Publication de la réalisation de l'opération de transfert transfrontalier du siège social de la société transférante dans le pays de départ et dans le pays d'accueil.