

De kapitaalzoze BV - La SRL sans capital

Diederik BRULOOT
Docent Universiteit Gent

Henri CULOT
Professeur à l'Université catholique de Louvain
Professeur invité à l'Université Saint-Louis – Bruxelles

Introduction – La société à responsabilité limitée dans le CSA

1. Le souhait de réformer en profondeur le droit belge des sociétés ne pouvait se réaliser pleinement dans le droit de la société anonyme, alors pourtant que celle-ci est généralement considérée, parmi les formes de sociétés, comme un modèle que les autres, mineures, n'imitent qu'imparfaitement. La société anonyme, *a fortiori* si ses titres sont cotés en bourse, est en effet largement régie par des directives européennes, qui ont été, au fil du temps, transposées en droit belge¹. Le législateur belge ne peut donc pas modifier fondamentalement les règles qui s'appliquent à cette forme, et doit se limiter à en améliorer le fonctionnement sur certains points précis.

C'est donc sur la société privée à responsabilité limitée, « petite sœur » de la SA mais depuis longtemps la forme sociale la plus utilisée dans notre pays, que se sont reportées les ambitions des auteurs du projet de CSA. Il s'agit en quelque sorte d'inverser l'opinion commune tout en confirmant la pratique, pour faire de cette société la « société de base » dans notre système juridique.

Rien de tel qu'un nouveau nom pour marquer le changement; mais l'innovation à cet égard est toute relative. Le terme choisi en néerlandais (*besloten vennootschap* ou BV) rappelle le caractère « privé » de la société, comme aux Pays-Bas. L'appellation française (société à responsabilité limitée ou SRL) insiste plutôt sur la responsabilité limitée des associés (désormais appelés actionnaires), comme en France, au Luxembourg ou en Allemagne. À chacun

¹ Les dispositions de la plupart de ces directives sont aujourd'hui regroupées dans la directive 2017/1132/UE du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2017 relative à certains aspects du droit des sociétés, JO, L 169 du 30 juin 2017, p. 46.

ses références, si l'on veut, avec le triple paradoxe qu'on retrouve l'ancienne appellation (BVBA / SPRL) en combinant les deux langues, que la SRL ne sera pas nécessairement privée puisque ses titres pourront être cotés et que la responsabilité limitée n'est pas une caractéristique qui lui est propre.

2. Pour qu'elle soit vraiment la « société de base », la SRL doit être dotée de toutes les fonctionnalités disponibles dans une SA, notamment en termes de titres et de gouvernance. C'est un aspect important de la réforme, qui ne sera cependant pas développé dans la présente contribution.

Les règles doivent aussi être simplifiées et le fonctionnement facilité. Ainsi, de nombreuses contraintes ou formalités disparaissent. Certains mécanismes auparavant impératifs ou d'ordre public deviennent supplétifs. Soucieux de la liberté contractuelle et statutaire, les auteurs du projet de CSA ont cependant veillé à ce que les parties ne soient pas livrées à elles-mêmes pour définir leurs relations. Ils ont ainsi, le plus souvent, élaboré des règles supplétives, en distinguant clairement dans le texte de l'avant-projet la différence entre les règles supplétives et le droit impératif. Les entrepreneurs ont donc le choix entre le prêt-à-porter légal – qui conviendra dans la plupart des cas – et le sur-mesure que pourront tailler leurs conseillers juridiques, mais dont le coût ne se justifie que dans certains cas.

3. La suppression du capital dans la SRL est un aspect de la simplification. Tel est l'objet de cette contribution. Dans un contexte européen de mobilité accrue des sociétés et de concurrence réglementaire entre États en vue d'attirer les sociétés grâce à des règles moins contraignantes, les exigences de capital font en effet figure de vestiges du passé et de coûts inutiles. Il convenait donc de les retravailler, tout en s'assurant que les tiers (en particulier les créanciers de la société) soient tout de même protégés, et si possible plus efficacement qu'auparavant (section 1). Ceci impliquait de revoir fondamentalement les règles relatives au capital lors de la constitution de la société (section 2) et au cours de son fonctionnement, en particulier en ce qui concerne les distributions aux actionnaires et les opérations analogues (section 3).

Le texte qui suit est basé sur un avant-projet, avant qu'il soit débattu au Parlement et *a fortiori* adopté. On se limitera donc à exposer les principes et les idées générales qui le sous-tendent, sans entrer dans un examen précis des règles, de leur formulation et des éventuelles imprécisions ou questions qu'elles suscitent, alors que cette formulation peut encore évoluer avant la promulgation.

I. Absence de capital

A. Motifs de la suppression du capital

4. Même au sein du monde capitaliste, le capital (au sens que lui donne le droit des sociétés) a ses partisans et ses détracteurs. Pour simplifier, on peut dire que

la conception du capital comme garantie des tiers, en contrepartie de la responsabilité limitée accordée aux associés, s'est généralisée en Europe sous l'influence allemande², alors que l'Angleterre n'y a fondamentalement jamais cru.

Comme d'autres, la Belgique s'est, pendant longtemps, rangée à la conception germanique³, au point de maintenir, voire d'introduire, des exigences capitalistiques même lorsque le droit européen ne l'imposait pas, singulièrement en ce qui concerne les SPRL et SCRL⁴.

5. Le système construit sur le concept de capital, en tout cas tel qu'il était pratiqué, n'offre pas réellement les garanties qu'on attend de lui.

D'une part, ce système s'avère relativement inefficace pour protéger les tiers, particulièrement les créanciers. Ceux-ci attendent en effet que la société dispose de liquidités suffisantes pour payer ses dettes exigibles ou, à défaut, d'actifs saisissables, non grevés de sûretés et qui peuvent être aisément liquidés. Le capital ne le garantit aucunement car, sauf à l'instant précis de la constitution, l'existence d'un capital n'implique pas la présence d'un actif correspondant, encore moins d'un actif liquide. Certes, le capital interdit, à concurrence de son montant, que les associés s'approprient – par exemple par le biais de dividendes – les actifs de la société. Mais les prélèvements d'associés ne sont généralement pas la source principale des difficultés financières de la société et, de toute manière, le montant minimum du capital est trop bas pour constituer, même sur ce plan, une protection significative.

D'autre part, l'exigence d'un capital formé au départ par les apports des associés doit éviter que ceux-ci constituent trop légèrement des sociétés dépourvues de projet économique sérieux et d'espoirs raisonnables de profit. Il impose en effet, toujours à concurrence de son montant, que les associés supportent une partie des risques sociaux, ce qui se matérialise par la perte de leur mise en cas de faillite de la société. Si cette prise de risque existe en théorie, le montant du capital minimum requis n'est cependant pas suffisant, en pratique, pour empêcher les constitutions de sociétés non viables, surtout si l'on intègre dans la réflexion les possibilités, en droit ou en fait, de réduire encore le risque encouru ou d'échapper aux responsabilités corrélatives.

Dans les deux cas, le montant trop faible du capital minimum est une cause de son inefficacité. Mais il n'est guère envisageable, dans le contexte actuel, de l'augmenter. La jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne au cours des dernières années a en effet libéré la mobilité intra-européenne des sociétés, qui a conduit à une concurrence réglementaire entre les États de l'Union, dont certains permettent la constitution de sociétés à responsabilité limitée moyennant un apport en capital très réduit. La Belgique subit les effets

² M. LUTTER, *Kapital, Sicherung der Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung in den Aktien- und GmbH-Recht der EWG*, Karlsruhe, C.F. Müller, 1964, 580 p.

³ M. COIPEL, *Les sociétés privées à responsabilité limitée*, Bruxelles, Larcier, 2008, pp. 101-102.

⁴ *Ibid.*, p. 104.

de cette concurrence, et les ressentirait davantage en cas de relèvement des exigences⁵.

Outre ces questions, l'exigence d'un capital minimum d'égal montant pour toutes les SPRL est une règle par trop forfaitaire, souvent inadaptée aux particularités (et singulièrement à la taille) de chaque société. L'exigence d'un plan financier et la responsabilité pour capital de départ insuffisant pallie en partie ce problème, mais seulement au moment de la constitution de la société et non au cours de son existence.

6. Partant de l'idée que le système actuel du capital ne remplit pas ses promesses en termes de protection des tiers et qu'à supposer que cela soit une solution, il n'est pas possible d'augmenter les montants requis, deux idées sont alors envisageables: conserver, comme l'ont fait d'autres États européens, une organisation du droit des sociétés fondée sur le capital, tout en réduisant drastiquement le montant du capital minimum (possiblement aussi bas qu'un euro), soit supprimer totalement le capital et établir un mode de fonctionnement indépendant de ce concept.

La seconde solution a été choisie pour trois raisons principales. Premièrement, les auteurs de l'avant-projet souhaitaient marquer la rupture et montrer leur volonté de réformer le droit des sociétés en profondeur. On ne voulait pas se rattacher au système antérieur, en construisant une solution qui aurait d'ailleurs été artificielle, dès lors qu'un capital d'un euro n'offre pas plus de protection que l'absence de capital. Et l'imitation de la SPRL-Starter, dont il faut reconnaître qu'elle n'a pas été un succès⁶, aurait été malvenue.

En outre, les auteurs souhaitaient éviter de donner l'illusion, en conservant le concept de capital tout en annihilant sa portée concrète, que subsistait un capital conçu comme limite aux distributions aux actionnaires⁷ ou comme protection des tiers. En supprimant ce concept du droit de la SRL, il est clair que ce n'est plus là que se définit l'équilibre entre les droits des créanciers et ceux des associés. Les créanciers savent qu'ils ne peuvent plus (du tout) compter sur le capital pour être garantis du paiement de leur créance.

Enfin, la suppression totale du capital est une manière pour le droit belge de se différencier plus radicalement des droits des pays proches, lui offrant ainsi – espère-t-on – un avantage comparatif dans la course européenne à la

⁵ Dans son rapport *Doing business* 2018 (p. 147), la Banque Mondiale classe honorablement la Belgique au 16^e rang en ce qui concerne la facilité de création d'une entreprise. Ce classement est basé, entre autres critères, sur celui du capital minimum requis, et le chiffre retenu pour la Belgique est égal à 16,8 % du revenu par tête, ce qui correspond vraisemblablement aux 6.200 euros à libérer minimalement au moment de la constitution d'une SPRL.

⁶ H. DE WULF, « Het voorontwerp van een wetboek van vennootschappen en verenigingen: een eerste overzicht », *Tax, Audit and Accountancy*, octobre 2017, p. 17 ; O. CAPRASSE et M. WYCKAERT, « Limitation du nombre de sociétés: qu'en est-il des sociétés de capitaux (SA, SPRL, SCRL) ? », *Modernisation du droit des sociétés*, Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 66 et 80.

⁷ H. DE WULF, « Het voorontwerp van een wetboek van vennootschappen en verenigingen: een eerste overzicht », *op. cit.*, p. 17.

réglementation la plus attractive des sociétés. Il y a donc également dans cette suppression une visée publicitaire, dont l'avenir dira si elle produit les effets souhaités.

B. Méthode et effets de la suppression du capital

7. Une fois décidée la disparition du concept de capital des règles applicables à la SRL, deux types de questions se posent.

D'une part, quel sort faut-il réserver aux règles qui, auparavant, étaient destinées à assurer la réalité et le « maintien » du capital, c'est-à-dire toutes ces règles autrefois pensées comme « annexes » à l'exigence d'un capital, dont principalement le contrôle des apports et le contrôle des distributions (au sens large). À première vue, on pourrait croire que ces règles disparaissent avec le capital qui était leur raison d'être. Mais la réflexion doit être poursuivie plus avant, car la suppression du capital a toujours été conçue comme s'accompagnant d'autres techniques, préférablement plus efficaces, de protection des créanciers. Or, il n'est pas exclu que certaines des règles « accessoires » au capital puissent être conservées dans cette perspective. On n'échappe pas si facilement au « dilemme fondamental »⁸ (et historique) : il subsiste bel et bien un *trade off* entre légèreté de la réglementation et protection des tiers. Alors qu'on parlait d'une proposition assez radicale⁹, l'avant-projet conserve finalement la plupart de ces règles. Nous y reviendrons dans la suite de cette contribution.

8. D'autre part, la suppression du capital nécessite aussi de le remplacer dans son autre fonction, à savoir celle de lien (au moins en principe) entre les apports des associés et leurs droits dans la société. Ce lien n'a jamais été absolu, et il ne doit pas nécessairement être strictement proportionnel. Mais sur le plan des principes, qui se reflètent dans un certain nombre de règles supplétives, voire impératives, un rapport proportionnel unit les apports de chaque associé et ses droits, financiers et politiques, dans la société. Ce lien passe par le capital et par les parts : qui apporte un quart de la mise de départ reçoit en principe un quart des parts, représentant un quart du capital, et a droit à un quart des droits de vote et des dividendes.

Ce « système » résulte de la combinaison des articles 232, 238 et 239 du Code des sociétés : toutes les parts sont représentatives du capital ; chacune en représente la même proportion et donne à son titulaire un droit égal dans la répartition des dividendes.

La suppression du capital emporte celle de ce lien. Désormais, le rapport entre les apports et les droits des associés devient purement contractuel, ou

⁸ M. COIPEL, *Les sociétés privées à responsabilité limitée*, op. cit., pp. 102-103.

⁹ O. CAPRASSE et M. WYCKAERT, « Limitation du nombre de sociétés : qu'en est-il des sociétés de capitaux (SA, SPRL, SCRL) ? », op. cit., p. 76.

plutôt statutaire¹⁰. Les statuts, voire une convention d'actionnaires, devront prévoir quels droits seront accordés aux actionnaires (ou à chaque actionnaire) en échange de l'apport qu'il(s) fait (font) à la société. Plutôt que de passer par les concepts de capital et de part (action) et les liens de proportionnalité qui leur étaient corrélatifs, on s'en remet à un accord de volontés pour déterminer le « prix » des droits sociaux, ce prix étant payé au moyen de l'apport. À titre supplétif, le projet prévoit pour les actions que « chaque action donne droit à une part égale du bénéfice et du solde de la liquidation »¹¹.

Les droits des associés qui étaient définis en fonction de leur part dans le capital de la société (par exemples aux articles 268 et 286 du Code des sociétés) devront désormais reposer sur un autre critère. Le pourcentage du nombre total d'actions dont l'actionnaire est titulaire a généralement été choisi.

II. Conséquences de la suppression du capital au moment de la constitution de la société

A. Apports et contrôle des apports

1. Apports

9. Le projet de CSA définit l'apport comme « l'acte par lequel une personne met quelque chose à disposition d'une société à constituer ou d'une société existante pour en devenir associé ou accroître sa part d'associé, et dès lors participer aux bénéfices. » L'apport suppose donc, dans la SRL, l'attribution à l'apporteur, en contrepartie de son apport, d'une ou plusieurs actions. La mise à disposition d'une chose à la société, sans attribution de titres ou moyennant l'attribution de titres autres que des actions (parts bénéficiaires par exemple) n'est pas un apport. Les règles applicables aux apports, singulièrement le contrôle des apports en nature, ne s'y appliquent pas. La société doit émettre au moins une action conférant au moins un droit de vote.

10. Depuis longtemps, la difficulté d'apprécier correctement la valeur des apports en industrie et de s'assurer qu'ils seraient effectivement libérés a conduit à les exclure des apports qui, dans la société anonyme, peuvent être rémunérés par des actions de capital. C'est ce qui est visé par l'exigence que les apports soient « des éléments d'actifs susceptibles d'évaluation économique » (art. 443 C. soc.). Par extension, la même règle a été appliquée à la SPRL (art. 218 C. soc.), même si le droit européen ne l'imposait pas. Dans la SA, on peut rémunérer ce type d'apport par des parts bénéficiaires, mais celles-ci sont interdites dans la SPRL¹².

¹⁰ O. CAPRASSE et M. WYCKAERT, « Limitation du nombre de sociétés: qu'en est-il des sociétés de capitaux (SA, SPRL, SCRL) ? », *op. cit.*, p. 79.

¹¹ Cet aspect est développé dans la contribution de Hans DE WULF et Philippe LAMBRECHT.

¹² Voy. M. COIPEL, *Les sociétés privées à responsabilité limitée*, *op. cit.*, p. 221.

Le CSA renverse cette logique et autorise désormais les apports en industrie dans la SRL. Ceux-ci sont considérés comme une sous-catégorie d'apports en nature, et sont donc admis sans restriction, tout en étant soumis aux règles applicables aux apports en nature, notamment quant à leur évaluation (voy. *infra*). Ces apports sont, comme les autres, rémunérés en principe par des actions. Il est toutefois possible de prévoir que la mise à disposition de « choses » à la société ne soit pas rémunérée par des actions, mais cela n'entre alors pas dans la définition de l'apport.

Cette réforme permet de valoriser le travail d'un associé en le rémunérant par des droits sociaux. La société conserve ainsi ses liquidités pour financer ses investissements et son activité, et l'associé actif profite de l'accroissement de valeur de l'entreprise que produit son activité.

11. Considéré comme une espèce d'apport en nature, l'apport en industrie ne fait pas l'objet de règles spécifiques dans le CSA.

Or, il présente des particularités, au moins sur deux points. D'une part, son évaluation est, plus encore que pour les autres apports en nature, difficile à établir de manière objective. D'autre part, et plus crucialement, il pose de difficultés en termes de libération, car celle-ci est nécessairement progressive, et elle dépend bien souvent d'une personne déterminée. En ce sens, l'apport en industrie est presque toujours un contrat *intuitu personae*.

Le projet de Code prévoit au sujet de l'apport en industrie certaines règles supplétives. L'apporteur doit faire bénéficier la société des profits qu'il a réalisés dans le cadre de l'activité apportée. Il ne peut faire concurrence à la société ni développer des activités de nature à nuire à la société ou à diminuer la valeur de son apport. En outre, en cas de décès ou d'incapacité de l'apporteur, ainsi qu'en cas de cause étrangère l'empêchant d'exécuter son obligation, les actions qu'il a reçues en contrepartie sont caduques et il ne peut recevoir le dividende correspondant à l'exercice en cours que *pro rata temporis*.

Il reste néanmoins indispensable en pratique de compléter ces règles dans les statuts. Il faut notamment prévoir les modalités de libération (une libération intégrale au moment de la souscription est difficilement envisageable) et la sanction de l'inexécution de l'obligation de fournir les prestations prévues, en particulier dans les cas non prévus par le CSA (on songe par exemple aux cas de faillite, soit de l'apporteur soit de la société et aux cas d'inexécution fautive¹³). Il faudra aussi prévoir les conséquences d'une cession des actions attribuées en contrepartie de l'apport si cette cession intervient avant la libération complète de l'apport en industrie. Une possibilité parmi d'autres est d'interdire la cession de telles actions avant leur libération.

¹³ Ce cas peut être réglé par une exécution forcée en nature ou par équivalent ou par une clause résolutoire expresse. L'insertion d'une clause pénale est aussi envisageable.

12. Les apports doivent être intégralement souscrits, comme c'est le cas dans le droit actuel. Les souscriptions sous condition sont interdites. Ces règles sont sanctionnées par une obligation de garantie à charge des fondateurs¹⁴.

Comme l'article 217 du Code des sociétés, le CSA interdit la souscription d'actions par la société elle-même, qu'elle agisse directement ou par l'intermédiaire d'une filiale ou d'une autre personne agissant pour son compte ou pour le compte de sa filiale. Ces règles sont impératives, et ne s'appliquent pas si le souscripteur est un établissement de crédit ou une société de bourse agissant en tant qu'opérateur sur titres, ce qui sera rarement le cas lors de la constitution d'une SRL. Les sanctions sont les mêmes que dans le Code actuel. Si les actions ont été souscrites par la société ou par sa filiale, les droits y afférents sont suspendus jusqu'à l'aliénation des actions irrégulièrement souscrites. La personne qui a souscrit pour le compte de la société ou de sa filiale est supposée avoir souscrit pour son propre compte.

13. Le CSA prévoit que les apports doivent être intégralement libérés. Mais cette règle est seulement supplétive: les statuts peuvent librement modaliser les modalités de libération. Il n'existera donc plus, comme actuellement, de minimum à libérer au moment de la constitution.

2. Contrôle des apports

14. Le système du capital se caractérise par un strict contrôle des apports. Ce sont eux en effet qui – au moins à la constitution de la société – constituent la contrepartie du capital et qui en déterminent le montant. Dans l'intérêt des tiers, il faut vérifier la réalité de leur existence, l'effectivité de leur mise à disposition de la société et l'exactitude de la valeur qui leur est reconnue par les fondateurs ou associés.

15. La valeur des apports en numéraire ne pose en principe pas problème. C'est pourquoi le Code des sociétés se limite à imposer leur dépôt sur un compte bancaire spécial, bloqué jusqu'au moment où la société acquiert la personnalité juridique. À cet instant, ses organes prennent possession des apports simplement en accédant au compte bancaire, qui est alors débloqué. Le notaire chargé de la constitution de la société doit obtenir de la banque une attestation certifiant que les apports ont été virés sur le compte spécial, et demeurent bloqués jusqu'au dépôt au greffe de l'extrait de l'acte constitutif.

Le CSA maintient ce mécanisme. Si la société n'est pas constituée dans les quinze jours de l'ouverture du compte spécial, ceux qui ont versé les fonds peuvent les récupérer.

¹⁴ Comp. M. COIPEL, *Les sociétés privées à responsabilité limitée*, op. cit., pp. 213-214, pour qui la condition doit être réputée non écrite.

Ceux qui veulent éviter la formalité du compte spécial pourront facilement prévoir dans les statuts que les apports ne sont pas libérés à la constitution, mais dans un délai défini après l'acquisition de la personnalité juridique.

16. En ce qui concerne les apports en nature, la question de la détermination et du contrôle de leur valeur est prépondérante. C'est pourquoi le Code des sociétés impose en principe l'intervention d'un réviseur d'entreprises, qui doit indiquer si les valeurs des apports, déterminées par les fondateurs, correspondent au moins au montant de la valeur nominale ou du pair comptable des parts attribuées en contrepartie (c'est-à-dire au montant du capital dont ces apports constituent la contrepartie).

Le CSA maintient ce contrôle. Il organise de manière plus rationnelle la séquence entre le rapport des fondateurs et celui du réviseur, en codifiant la pratique courante. Ainsi, il est désormais prévu que les fondateurs rédigent un projet de rapport décrivant les apports, la valorisation qu'ils en font et la contrepartie accordée à l'apporteur. Il n'est évidemment plus question d'un montant de capital ni de valeur nominale ou de pair comptable des actions. Le réviseur d'entreprises intervient ensuite pour donner son avis sur cette valorisation et sur la rémunération de l'apporteur, en indiquant si celle-ci est raisonnable. Les fondateurs finalisent alors leur rapport, en précisant s'ils s'écartent ou non des conclusions du réviseur.

Le CSA maintient les trois cas dans lesquels la procédure précitée n'est pas obligatoire. Ces trois cas sont ceux également applicables à la SA. Ils proviennent de la directive européenne qui, sur ce point, n'est pas applicable à la SRL.

17. En dehors de ces cas, les fondateurs pourraient-ils unanimement renoncer au contrôle des apports en nature ? Une telle possibilité de renonciation aurait sa logique : dès lors qu'il n'y a plus de capital conçu comme protection des tiers, la valeur des apports – qui n'a plus d'incidence sur la valeur d'un capital – n'a plus réellement d'importance pour ces derniers (sous réserve évidemment du respect du principe de l'image fidèle dans la comptabilité de la société : les biens apportés doivent, mais comme tous les autres actifs, être comptabilisés adéquatement). Dans le nouveau système, la valeur des apports est importante pour déterminer la proportion des droits sociaux alloués à chaque fondateur : si un apport en nature est surévalué, il en résultera un « glissement » de droits sociaux en faveur de son apporteur et au détriment des autres. Mais cette question ne concerne que les rapports des associés entre eux, et on devrait donc admettre, s'ils acceptent de prendre ce risque, qu'ils renoncent unanimement à la procédure d'évaluation censée les protéger.

Quoique la question ait été débattue¹⁵, le CSA ne prévoit pas cette possibilité de renonciation. Pourtant, conformément à l'objectif de simplification,

¹⁵ H. DE WULF, « Het voorontwerp van een wetboek van vennootschappen en verenigingen: een eerste overzicht », *op. cit.*, p. 19.

de nombreuses autres de ses dispositions autorisent les actionnaires unanimes peuvent, dans diverses circonstances, à renoncer à des formalités en principe obligatoires.

La raison en demeure à ce stade quelque peu mystérieuse. Une explication possible serait que les auteurs du CSA considèrent que la valeur des apports est une information importante pour les tiers, même dans un système sans capital. En effet, cette valeur est une des données qui doit figurer dans le plan financier (voy. *infra*), et c'est notamment à l'aune de la valeur des apports que s'apprécie l'obligation des fondateurs de prévoir des « capitaux propres de départ » suffisants.

Mais si telle est l'explication, alors une renonciation à la procédure d'évaluation des apports en nature devrait être possible en cas d'apports nouveaux pendant la vie de la société, moment auquel il n'est plus question de plan financier ni de responsabilité des fondateurs (ou de l'administrateur) pour des capitaux propres insuffisants. Or, il n'y a pas de renonciation possible dans ce cas-là non plus, même à l'unanimité.

18. Conformément à la directive 1132/2017, le Code des sociétés soumet les quasi-apports à une procédure d'évaluation similaire à celle des apports en nature, de manière à éviter que la vérification de l'évaluation soit contournée en « déguisant » les apports en nature en un achat d'actif par la société au moyen de fonds apportés en numéraire.

Cette réglementation n'apparaît plus dans le livre du CSA consacré à la SRL. Il est donc possible que le procédé de contournement décrit ci-dessus refasse surface. Certes, les règles de conflits d'intérêts seront parfois applicables, si l'opération implique que la société ait, fût-ce indirectement, un intérêt patrimonial opposé à celui de son administrateur. Mais tel n'est pas nécessairement le cas, notamment si le bien est acquis d'un fondateur ou associé qui n'est pas administrateur.

B. Capitaux propres suffisants

19. Outre l'exigence d'un capital minimum, le Code des sociétés prévoit que la société doit, à sa constitution, disposer de moyens suffisants pour la conduite de ses activités pendant les deux premières années de son existence. Mais cette obligation n'est pas formulée de manière positive : seule est prévue la responsabilité des fondateurs si les moyens financiers ne sont pas suffisants (art. 229, 5°, C. soc.).

Pour H. Kelsen, il n'y a pas de différence entre une règle juridique et sa sanction, la nature de celle-là résidant tout entière dans l'application de celle-ci¹⁶. Cette conception n'est pas suivie par les auteurs du CSA, qui ont jugé plus clair d'énoncer de manière positive l'obligation à charge des fondateurs, avant

¹⁶ H. KELSEN, *Théorie générale des normes*, trad. O. Beaud et F. Malkani, Paris, PUF, 1996, p. 176.

de régler leur responsabilité en cas d'inexécution de cette obligation. Ainsi le projet prévoit que « Les fondateurs veillent 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 ».

Entrent en ligne de compte les apports, les prêts et comptes courants d'actionnaires (même s'ils ne sont pas subordonnés), les emprunts bancaires, les crédits fournisseurs, etc.

20. Pour objectiver l'examen judiciaire et éviter autant que possible que le magistrat, qui par hypothèse statue sur ce point après la faillite de la société, se fonde sur l'insolvabilité avérée pour considérer trop systématiquement que les capitaux propres de départ n'étaient (forcément...) pas suffisants, le Code impose la rédaction d'un plan financier dans lequel les fondateurs exposent les hypothèses et les prévisions qui les conduisent au montant des capitaux propres qu'ils ont décidé.

Cette obligation existe déjà aujourd'hui, mais la pratique montre que certains plans financiers sont rudimentaires, lacunaires, incompréhensibles ou incohérents. Ces défauts sont souvent cités dans la jurisprudence à l'appui de décisions de condamnation des fondateurs, même si – on ne le rappellera jamais assez – le fait générateur de la responsabilité est l'insuffisance des capitaux propres, et non l'indigence du plan financier. Il n'y a pas de lien nécessaire entre les deux.

Quoi qu'il en soit, les auteurs du CSA ont estimé utile de préciser dans le texte légal le contenu minimum du plan financier. Ils se sont inspirés à cet égard des dispositions aujourd'hui applicables à la SPRL-starter¹⁷ : lors de leur rédaction, on avait en effet considéré que des exigences plus fortes en matière de plan financier contrebalançaient adéquatement des règles moins strictes en matière de capital minimum.

Ainsi, le plan financier doit désormais contenir au moins six rubriques, la dernière n'étant applicable qu'en cas de rédaction du plan par un professionnel du chiffre, ce qui n'est pas obligatoire :

« 1° une description précise de l'activité projetée ;

2° un aperçu de toutes les sources de financement à la constitution en ce compris, le cas échéant, la mention des garanties fournies à cet égard ;

3° un bilan d'ouverture [...], ainsi que des bilans projetés après douze et vingt-quatre mois ;

4° un compte projeté de résultats après douze et vingt-quatre mois [...] ;

5° un budget des revenus et dépenses projetés pour une période d'au moins deux ans à compter de la constitution ;

¹⁷ Art. 219bis et s. de l'A.R. du 30 janvier 2001 portant exécution du Code des sociétés.

6° une description des hypothèses retenues lors de l'estimation du chiffre d'affaires et de la rentabilité prévus ;

7° le cas échéant, le nom de l'expert externe qui a apporté son assistance lors de l'établissement du plan financier ».

Les prévisions de bilans et de comptes de résultats, visés aux 3° et 4°, peuvent être établis selon une autre périodicité (par exemple semestrielle), pour autant que les prévisions couvrent une période d'au moins deux ans à partir de la constitution de la société.

Si l'intervention d'un expert n'est pas obligatoire (contrairement au cas actuel de la SPRL-starter), il semble que la rédaction du plan financier conformément à ces exigences nécessite néanmoins de bonnes connaissances comptables. Pour de nombreux entrepreneurs, il sera donc avisé de consulter un professionnel du chiffre pour la rédaction du plan. Les coûts associés peuvent probablement être considérés comme raisonnables au regard du risque de responsabilité en cas de faillite de la société, que l'intervention d'un comptable ne supprime certes pas, mais qu'elle réduit considérablement.

C. Garanties et responsabilité des fondateurs

21. La responsabilité des fondateurs pour le respect des règles applicables à la constitution de la société subsiste dans son principe. Quelques adaptations sont toutefois à noter.

22. Le CSA introduit dans le droit de la SRL la distinction, que le Code des sociétés connaît déjà pour la SA, des fondateurs et des « souscripteurs ordinaires ». En principe, les fondateurs sont tous ceux qui comparaissent à l'acte constitutif de la société. Mais ne sont pas considérés comme fondateurs – et échappent donc aux responsabilités corrélatives – ceux qui comparaissent à l'acte constitutif en se limitant à souscrire des actions, moyennant des apports en numéraire, sans bénéficier d'aucun « avantage particulier », si par ailleurs des actionnaires détenant au moins un tiers des actions sont désignés comme fondateurs. Le CSA supprime ainsi une des différences entre la SA et la SPRL¹⁸.

23. Les fondateurs sont, d'abord, tenus à des obligations de garantie qui concernent, comme dans le Code des sociétés, la souscription intégrale et inconditionnelle des actions, ainsi que la libération des actions dont ils sont réputés souscripteurs. Ils sont en outre tenus de la libération des actions souscrites par la société, par sa filiale, ou par un tiers pour le compte de celles-ci. Il n'y a pas lieu ici d'établir l'existence d'une faute ou d'un dommage: l'obligation de garantie est en quelque sorte automatique. Ceci n'est pas nouveau, mais une simple adaptation des règles figurant actuellement à l'article 229, 1° à 3°, du Code des sociétés.

¹⁸ M. COIPEL, *Les sociétés privées à responsabilité limitée*, op. cit., p. 137.

24. Pour plus de clarté, les responsabilités proprement dites figurent désormais dans un article distinct. Les fondateurs sont responsables du préjudice résultant de la nullité de la société, de l'absence ou de la fausseté des mentions obligatoires de l'acte constitutif, ainsi que de la surévaluation des apports en nature.

La responsabilité pour capitaux propres de départ insuffisants est reprise dans des termes similaires au libellé actuel (art. 229, 5°, C. soc.). La nouvelle définition de l'entreprise applicable au livre XX CDE implique les sociétés que l'on qualifie aujourd'hui de civiles seront susceptibles d'être déclarées en faillite. Leurs fondateurs n'échapperont donc plus à cette responsabilité.

Enfin, les fondateurs d'une SRL sont responsables de la réparation du préjudice qu'ils occasionnent s'ils choisissent pour la société une dénomination identique à, ou trop proche de, celle d'une autre société.

III. De afschaffing van het kapitaal en de instandhouding van het vermogen van de BV

A. Overzicht

25. De afschaffing van het vennootschapsrechtelijke kapitaalbepij heeft niet alleen belangrijke gevolgen voor de regelen inzake kapitaalvorming. Ook de huidige regelen inzake kapitaalbehoud of kapitaalinstandhouding moeten bij afwezigheid van de kapitaalfiguur worden herdacht.

Waar voor de regelen inzake kapitaalvorming nog twijfel kan bestaan over de vraag of na de afschaffing van het kapitaalbepij wel nog in een vervanging van deze regelen moet worden voorzien, is dat helemaal niet het geval voor wat betreft de regelen inzake kapitaalbehoud. Als het vennootschapsrecht op het vlak van schuldeisersbescherming één rol te vervullen heeft, dan situeert deze zich daar. Het is immers precies wanneer uitkeringen aan de aandeelhouders worden verricht dat de belangen van aandeelhouders en schuldeisers diametraal tegenover elkaar staan, zelfs bij een perfect gezonde vennootschap. Vennootschapsrechtelijke regelen zijn, zowel in het belang van *insiders* als van derden, noodzakelijk om aan te geven binnen welke grenzen uitkeringen aan de aandeelhouders kunnen worden verricht zonder daarbij de fundamentele rangorde tussen aandeelhouder en schuldeiser in het gedrang te brengen¹⁹.

26. In het traditionele Europese model zijn de regelen die grenzen stellen aan de mogelijkheid om uitkeringen aan de aandeelhouders te doen, gebaseerd op de kapitaalfiguur: een uitkering mag er niet toe leiden dat het nettoactief van de vennootschap daalt tot beneden het bedrag van het kapitaal en de onbeschikbare reserves (art. 320 W.Venn.). Deze nettoactiefest moet niet alleen worden

¹⁹ W. SCHÖN, "Balance sheet tests or solvency tests – or both?", *EBOR* 2006, 184; J.N. SCHUTTE-VEENSTRA, H. BOSCHMA en M.L. LENNARTS, *Alternative systems for capital protection*, Deventer, Kluwer, 2005, 57. Zie in dit verband ook uitgebreid D. BRULOOT, *Vennootschapskapitaal en schuldeisers*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 591 e.v.

toegepast bij gewone en tussentijdse winstuitkeringen, maar ook bij de zogenaamde onrechtstreekse uitkeringen, zoals de inkoop van eigen aandelen en de financiële steunverlening bij de verwerving van eigen aandelen door een derde. Nu de kapitaalfiguur verdwijnt, is het duidelijk dat naar een alternatief voor de nettoactiefest op zoek moest worden gegaan dat bij voorkeur meteen ook de belangrijke tekortkomingen daarvan zou kunnen wegwerken²⁰.

Alle regelen in dat verband worden in het ontwerp samengebracht onder de noemer ‘regelen inzake instandhouding van het vermogen van de BV’, in opvolging van de benaming ‘instandhouding van het maatschappelijk kapitaal’.

27. De afschaffing van het kapitaalebegrip heeft in deze sfeer ook nog andere gevolgen. Zo verdwijnt samen met het kapitaal ook de kapitaalvermindering als verrichting uit het BV-recht. De uitkering aan de aandeelhouders van eerder ingebrachte vermogensbestanddelen wordt in het ontwerp op dezelfde manier behandeld als een uitkering van winsten of reserves (*cf. infra*).

Verder zorgt het ontwerp ook voor een nieuwe vorm van uitkering aan de aandeelhouders in de BV. Het betreft de uitkering van een scheidingsaandeel aan een aandeelhouder uit het vennootschapsvermogen in het kader van een uit-treding of uitsluiting. Dit laatste kan momenteel enkel in coöperatieve vennootschappen. Aangezien het evenwel de bedoeling is het gebruik van de CV-vorm voor te behouden voor de échte coöperatieve ondernemingen en alle andere ondernemingen naar de BV-vorm af te leiden, werd het noodzakelijk geacht om ook in de BV in een mogelijkheid te voorzien om uit te treden of uit te sluiten ten laste van het vennootschapsvermogen (*cf. infra*).

28. Naast de regelen inzake rechtstreekse en onrechtstreekse uitkeringen aan de aandeelhouders worden onder de noemer ‘regelen inzake kapitaalinstandhouding’ traditioneel ook de regelen met betrekking tot de alarmbelprocedure gerekend (art. 332-333 W.Venn.). Nu deze regelen evenzeer rechtstreeks met de kapitaalfiguur zijn gelinkt, moest ook hiervoor naar een alternatieve formulering op zoek worden gegaan.

29. Als algemene opmerking geldt dat de hier weergegeven wijzigingen strikt beperkt blijven tot de BV en aldus de bestaande regelen voor de NV onverlet laten.

B. Dividenduitkering

1. Bevoegdheidsverdeling

30. De regelen inzake uitkeringen aan de aandeelhouders worden in de BV volledig hertekend. Doelstellingen daarbij zijn een betere schuldeisersbescherming en een duidelijkere bevoegdheids- en aansprakelijkheidsverdeling tussen

²⁰ Zie voor een overzicht van deze tekortkomingen D. BRULOOT, *Vennootschapskapitaal en schuldeisers*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 595 e.v.

bestuur en algemene vergadering. Wat dit laatste betreft, wordt de wisselwerking tussen beide organen die bij een uitkering aan de aandeelhouders in principe steeds aan de orde is, in het ontwerp expliciet tot uitdrukking gebracht. De bevoegdheid tot resultaatbestemming ligt nog steeds onveranderd bij de algemene vergadering. Nieuw is evenwel dat een dergelijke beslissing slechts uitwerking krijgt, eens ook het bestuursorgaan zich over de toelaatbaarheid van de uitkering heeft uitgesproken.

De beslissingsketen en overeenkomstige verantwoordelijkheden inzake uitkeringen aan de aandeelhouders zullen er concreet als volgt uitzien: i) voorstel inzake resultaatbestemming door het bestuursorgaan; ii) beslissing inzake resultaatbestemming door de algemene vergadering; iii) goedkeuring van de uitkeringsbeslissing door het bestuursorgaan; iv) effectieve uitbetaling van de uitkering door het bestuursorgaan. Merk op dat enkel stap iii) een nieuw gegeven is.

31. Naar analogie van wat vandaag enkel in de NV kan, voorziet het ontwerp in de mogelijkheid om een stuk van de bevoegdheid inzake dividenduitkering aan het bestuursorgaan te delegeren. De bevoegdheid om een uitkering te doen uit de winst van het lopende boekjaar en de eventuele uit vorige boekjaren overgedragen winsten (*i.e.* de uitkering van een interim-dividend) kan in de statuten aan het bestuursorgaan worden gedelegeerd. Eens de delegatie werd gegeven, kan het bestuursorgaan bijgevolg zonder verdere tussenkomst van de algemene vergadering een dergelijke uitkering doen. Voor de uitkering van reserves blijft evenwel steeds een beslissing van de algemene vergadering vereist. In dat geval wordt immers teruggekomen op een eerdere resultaatbestemming.

De invoering van deze bevoegdheidsdelegatie in het ontwerp is te situeren tegen de achtergrond van de verwachting dat in de toekomst ook grotere ondernemingen volop van de BV-vorm gebruik zullen maken. Bovendien zorgt het voor een oplossing voor de vaststelling dat op vandaag reeds in BVBA's *de facto* volop opnames uit de winst van het lopende boekjaar gebeuren die boekhoudkundig worden verwerkt via boekingen in rekening-courant zonder aangepast juridisch kader.

2. Balans- en liquiditeitstest

32. De klassieke nettoactietest wordt vervangen door een dubbele uitkerings tekst.

33. Het eerste luik is een zogenaamde *eenvoudige balanstest*. Het betreft een eenvoudige versie van de huidige nettoactietest die daarmee de eigenschap deelt dat het een door eenieder eenvoudig toe te passen en te verifiëren vuistregel is. Op basis van deze balanstest is een uitkering slechts toegelaten voor zover het nettoactief van de vennootschap niet negatief is of door de uitkering negatief zou worden. In essentie betekent dit dat alle posten van het eigen vermogen, inclusief de tegenwaarde van de ingebrachte vermogensbestanddelen, principieel voor uitkering in aanmerking komen. Het is binnen de grenzen

aangegeven door deze test dat de algemene vergadering haar uitkeringsbeslissing moet nemen.

De eenvoudige balanstest verschilt van de huidige nettoactietest omdat daarbij niet langer rekening moet worden gehouden met het kapitaalbedrag. Wel nog steeds aanwezig is evenwel de ‘surplus’-gedachte: een uitkering moet beantwoorden aan een overschot aan activa in vergelijking met de schulden, waarbij dat surplus, anders dan vroeger, zowel kan voortkomen uit winsten als uit inbrengen. Met het behoud van deze surplusgedachte onderscheidt het Belgische recht zich duidelijk van het Nederlandse BV-recht dat de surplusgedachte liet varen en aldus ruimte laat voor de – hoogst opmerkelijke – mogelijkheid tot uitkering van toekomstige winstcapaciteit²¹. In de realiteit zal de ‘eenvoudige balanstest’ vaak overigens nog dichter bij de huidige nettoactietest liggen dan hierboven geschetst. Wanneer de BV over eigenvermogensbestanddelen beschikt die niet mogen worden uitgekeerd, dan moet de balanstest immers aldus worden begrepen dat de uitkering er niet mag toe leiden dat het nettoactief daalt beneden het bedrag van deze onbeschikbare eigenvermogensrekeningen. Het gaat daarbij in de eerste plaats om statutair onbeschikbare reserves, maar verder ook om het vroegere ‘kapitaal’ van alle bestaande BV’s. Bij wijze van overgangsmaatregel wordt het kapitaal van alle BVBA’s bij de inwerkingtreding van de wet immers automatisch omgevormd tot een statutair onbeschikbare eigenvermogensrekening.

De nettoactietest kan in de eerste plaats worden toegepast op de laatst goedgekeurde jaarrekening of samen met de goedkeuring daarvan, wat ongetwijfeld de standardsituatie zal zijn. Om komaf te maken met de discussies waartoe dit concept in bepaalde omstandigheden aanleiding geeft²² en om de uitkering van interim-dividenden eenvoudig mogelijk te maken, wordt echter ook in een alternatief voorzien. De nettoactietest mag namelijk evenzeer worden toegepast op een staat van actief en passief van recentere datum dan de laatst goedgekeurde jaarrekening. Enkel in de vennootschappen waarin een commissaris is benoemd, moeten deze cijfers door deze laatste worden beoordeeld. Wat betreft de berekening van het nettoactief, is het de bedoeling aan te knopen bij het bestaande begrippenkader. Het nettoactief is het totaal actief verminderd met de schulden en de voorzieningen, alsook de eventuele nog niet-afgeschreven kosten van oprichting en uitbreiding en onderzoek en ontwikkeling²³.

34. De nieuwe balanstest is soepeler dan de huidige nettoactietest, zeker in het licht van de flexibiliteit die wordt geboden op het vlak van de cijfers waarop

²¹ D. BRULOOT, “Het nieuwe Nederlandse B.V.-recht: overzicht en Belgische aandachtspunten”, *TRV* 2014, 463; E. HOLTMAN, “Geoorloofde uitkeringen in de zin van artikel 2:216 van het Burgerlijk Wetboek”, *Vennootschap & Onderneming* 2013, 69.

²² Zie o.m. H. DE WULF, “Moet de mogelijkheid tot winstuitkering volgens artikel 617 W. Venn. steeds aan de hand van de laatste jaarrekening berekend worden?” (noot onder Antwerpen 8 mei 2003), *TBH* 2005, 395; L. SIMONT en P.A. FORIERS, “La distribution de réserves disponibles en cours d’exercice” in X. (ed.), *Liber amicorum Jean-Pierre de Bandt*, Brussel, Bruylant, 2004, 609.

²³ Zie huidige art. 320, § 1, eerste en tweede lid W.Venn.

de test moet worden toegepast. De extra veiligheidsmarge die onder toepassing van de nettoactietest voortvloeit uit de kapitaalbuffer die in stand moet worden gehouden, wordt bij toepassing van het nieuwe BV-recht evenwel vervangen door een verfijnder en gericht mechanisme: *de liquiditeitstest*, het tweede luik van de nieuwe dubbele uitkeringstest. Deze regel komt tegemoet aan de twee voornaamste tekortkomingen van de nettoactietest, namelijk dat deze op geen enkele manier rekening houdt met toekomstige ontwikkelingen, noch met de impact van een uitkering op de liquiditeitspositie van de vennootschap.

Anders dan de balanstest, rust de verantwoordelijkheid op het vlak van de liquiditeitstest bij het bestuursorgaan. De beslissing van de algemene vergadering tot uitkering binnen de grenzen van de balanstest krijgt slechts uitwerking nadat het bestuursorgaan de liquiditeitstest heeft uitgevoerd. Bij deze test vergewist het bestuursorgaan zich ervan of de vennootschap, volgens de redelijkerwijs te verwachten ontwikkelingen, na de uitkering nog zal kunnen blijven voortgaan met het betalen van haar schulden naarmate deze opeisbaar worden. De regel is aldus een uitdrukking van de gedachte dat moet worden vermeden dat uitkeringen aan de aandeelhouders kunnen worden verricht op kosten van de schuldeisers. Het bestuursorgaan neemt bij de beoordeling een periode van minstens twaalf maanden in ogenschouw. Deze tijdschorsing wil, enerzijds, vermijden dat prognoses zouden moeten worden gemaakt over onrealistisch lange periodes maar, anderzijds, ook dat het bestuursorgaan abstractie zou kunnen maken van belangrijke gebeurtenissen die verder dan twaalf maanden zijn verwijderd, maar op het ogenblik van de uitkering wel reeds zijn gekend.

De oefening die het bestuursorgaan moet maken, sluit aan bij de beoordeling van de boekhoudkundige continuïteitshypothese en is bijgevolg niet geheel nieuw. De liquiditeitstest is, anders dan de balanstest, geen abstracte regel en behoeft steeds een concrete beoordeling. Om die reden kan de regel niet worden herleid tot de toepassing van bepaalde ratio's, zoals de *quick ratio*²⁴, zij het dat dergelijke ratio's wel een nuttig hulpmiddel kunnen zijn. Hetzelfde geldt voor de vaststelling dat een geplande uitkering slechts een fractie van een stevig en stabiel eigen vermogen betreft. Om dezelfde reden vormt de liquiditeitstest ook geen principieel beletsel om de uitkering van een dividend met schulden te financieren of om de vordering, voortvloeiend uit een toegekend dividend, in rekeningcourant te boeken. Het volstaat dat het bestuur zich ervan heeft vergewist dat de vennootschap de in de context van de uitkering aangegane schuld zal kunnen voldoen naarmate deze opeisbaar wordt.

35. Gelet op de concrete beoordeling die de liquiditeitstest behoeft, werd het nodig geacht het bestuursorgaan te verplichten de beslissing te documenteren. Achteraf valt de door het bestuursorgaan gemaakte afweging immers zeer moeilijk te reconstrueren en is het risico om met '*hindsight*' te oordelen bijzonder

²⁴ Zijnde de vlottende activa, verminderd met de vorderingen op meer dan één jaar, en de voorraden ten opzichte van de schulden op ten hoogste één jaar, verminderd met de overlopende rekeningen.

groot. Dit document is aan geen enkele vormvereiste onderworpen en moet niet openbaar worden gemaakt. In vennootschappen waar een commissaris is benoemd, moet het echter wel aan diens beoordeling worden onderworpen.

3. Dezelfde regelen voor alle uitkeringen

36. De nieuwe BV-regelen willen komaf maken met alle bestaande discussies en onduidelijkheden met betrekking tot het onderscheid tussen gewone winst-uitkeringen (*i.e.* ter gelegenheid van de jaarvergadering), tussentijdse winst-uitkeringen (*i.e.* uitkering op een ander moment) en interim-dividenden (*i.e.* uitkering uit de winst van het lopende boekjaar). Alle uitkeringen zijn voortaan aan dezelfde regelen onderworpen (de dubbele uitkeringstest), ongeacht het moment waarop ze plaatsvinden. De mogelijkheid om een uitkering te doen op basis van een recente staat van actief en passief, zorgt ervoor dat ook steeds zonder probleem kan worden overgegaan tot een uitkering uit de winst van het lopende boekjaar. Een afwijkende regel geldt uitsluitend nog wanneer het bestuursorgaan alleen en dus zonder beslissing van de algemene vergadering overgaat tot een uitkering aan de aandeelhouders, daarbij gebruikmakend van de haar in de statuten toegekende bevoegdheid. In dat geval kan het bestuur niet terugkomen op een eerder door de algemene vergadering genomen reserve-ringsbeslissing en kan slechts worden uitgekeerd uit de winsten van het lopende boekjaar en de overgedragen winsten, en uiteraard slechts binnen de grenzen van de dubbele uitkeringstest.

37. De regelen inzake uitkeringen aan de aandeelhouders worden voorts ook nog op twee andere vlakken geüniformiseerd.

Vooreerst wordt duidelijk gemaakt dat het nettoactief bij alle gevallen van uitkering op dezelfde wijze moet worden berekend²⁵. Ten tweede, en fundamente-ler, wordt bij een uitkering aan de aandeelhouders voor het vennootschapsrecht niet langer een onderscheid gemaakt tussen een uitkering die vanuit boekhoudkundig oogpunt aangerekend wordt op (overgedragen) winsten of reserves, dan wel op de tegenwaarde van de door de vennoten verrichte inbrengen. Anders uitgedrukt: de verrichting die vandaag gekend staat als de kapitaalvermindering met terugbetaling aan de aandeelhouders, wordt onder toepassing van het nieuwe BV-recht op dezelfde manier behandeld als alle andere uitkeringen aan de aandeelhouders. Dit neemt uiteraard niet weg dat beide verrichtingen wel nog op verschillende wijze worden behandeld voor fiscale doeleinden.

²⁵ Zie wat deze discussie onder het huidige recht betreft o.m. M. MASSAGE, *L'adaptation du droit des sociétés aux deuxième et quatrième directives européennes (Loi du 5 décembre 1984)*, Brussel, Swinnen, 1985, 168; R. TAS, *Winstuitkering, kapitaalvermindering en -verlies in NV en BVBA*, Kalmthout, Biblo, 2003, 154-158.

4. Onrechtmatige uitkeringen

38. Het ontwerp besteedt bijzondere aandacht aan het lot van onrechtmatige uitkeringen. Daarbij wordt gestreefd naar een evenwicht tussen de belangen van de leden van het bestuursorgaan en deze van de aandeelhouders. Het is ten aanzien van de eersten dat de voornaamste regel inzake uitkeringen (de liquiditeitstest) is gericht zodat een degelijk handhavingmechanisme daarvoor noodzakelijk is. De tweede groep, de aandeelhouders, zijn evenwel de enige begunstigden van dividenduitkeringen, zodat het volkomen disproportioneel zou zijn om de gevolgen van een onrechtmatige uitkering integraal op de leden van het bestuursorgaan af te wentelen, zonder de aandeelhouders daar enig gevolg te laten van dragen.

Tegen deze achtergrond wordt, enerzijds, voorzien in een specifieke aansprakelijkheidsgrond voor bestuurders in het kader van de liquiditeitstest en, anderzijds, in een mogelijkheid om onrechtmatige uitkeringen eenvoudig van de aandeelhouders terug te vorderen.

39. De leden van het bestuursorgaan zijn aansprakelijk voor alle schade die het gevolg is van het verrichten van een uitkering wanneer zij wisten of behoorden te weten dat de vennootschap na de uitkering kennelijk niet meer in staat zou zijn om haar schulden te voldoen naarmate deze opeisbaar worden. De aansprakelijkheid rust hoofdelijk op alle leden van het bestuursorgaan en geldt zowel ten aanzien van de vennootschap als ten aanzien van derden. Het loutere feit dat de vennootschap zekere tijd na het verrichten van een uitkering failliet gaat, volstaat niet om tot aansprakelijkheid te besluiten. Vereist is dat een fout wordt aangetoond in hoofde van het bestuursorgaan bij het uitvoeren van de liquiditeitstest.

40. Wanneer vaststaat dat een uitkering onrechtmatig is geweest, hetzij omdat de grenzen van de balanstest werden overschreden, hetzij omdat fouten werden gemaakt bij de uitvoering van de liquiditeitstest, dan kan deze van diegene die ze heeft ontvangen, worden teruggevorderd. Deze vordering is voorbehouden aan de vennootschap. Dat de aandeelhouder in kwestie te goeder trouw is, is irrelevant. Terugvordering is mogelijk ongeacht de kennis in hoofde van de aandeelhouder van het onrechtmatige karakter van de verrichting. De terugvordering is immers geen sanctie voor de aandeelhouder, doch slechts een herstel van de fundamentele rangorde tussen aandeelhouder en schuldeiser.

C. Uittreding en uitsluiting ten laste van het vennootschapsvermogen

41. De regelen inzake uitkeringen zijn onverkort van toepassing op de nieuwe mogelijkheid die voor de BV wordt geïntroduceerd om uit te treden of iemand uit te sluiten ten laste van het vennootschapsvermogen (*cf. supra* 27). Een uittreding of een uitsluiting kan slechts doorgang vinden mits het verschuldigde

scheidingsaandeel uitkeerbaar is binnen de grenzen van de balans- en liquiditeitstest. Bovendien is ook de regeling inzake onrechtmatige uitkeringen onverkort op de uitkering van een scheidingsaandeel van toepassing. Wanneer dit in het licht van de balans- of liquiditeitstest onrechtmatig blijkt te zijn uitbetaald, kan het worden teruggevorderd van diegene die het heeft ontvangen, ongeacht diens goede of kwade trouw. Op die manier wordt in belangrijke mate vermeden dat de uittreding ten laste van het vennootschapsvermogen zou kunnen worden gebruikt om aandeelhouders toe te laten hun vennootschap te verlaten kort voorafgaandelijk aan de insolventie ervan.

42. Aangezien de uittreding en de uitsluiting vooral bedoeld zijn voor vennootschappen die, net omwille van deze mogelijkheid, vandaag nog gebruikmaken van de CV-vorm, werd ervoor geopteerd om de mogelijkheid tot uitsluiting en uittreding voor te behouden voor BV's die daar in hun statuten uitdrukkelijk voor kiezen. Daarbij is het de bedoeling dat de vennootschappen de concrete modaliteiten van de procedure eveneens verder in hun statuten uitwerken. Het aantal dwingende regelen is dan ook beperkt gehouden²⁶ en omvat naast de uitkeringsbeperkingen ook de regel dat slechts vanaf het derde boekjaar na de oprichting van de uittredemogelijkheid gebruik kan worden gemaakt.

De aandelen waarmee wordt uitgetreden, worden vernietigd; de statutenwijziging waartoe dit noopt, hoeft slechts eenmaal per jaar te gebeuren.

D. Inkoop van eigen aandelen

43. Anders dan bij de NV is het nut van de inkoop eigen aandelen in de BV eerder beperkt, zeker nu het tijdperk van de erg interessante fiscale voorwaarden waaronder de transactie lange tijd kon plaatsvinden, reeds enige tijd achter ons ligt. Gelet op de nieuwe mogelijkheid om rechtstreeks uit te treden ten laste van het vennootschapsvermogen (*cf. supra*), moest de inkoop bovendien ook niet langer met dat doel worden behouden. Niettemin werd besloten om de mogelijkheid om eigen aandelen in te kopen ook voor de BV open te houden. De basisstructuur van de huidige reglementering blijft zelfs grotendeels overeind, maar de bepalingen worden op een aantal punten verduidelijkt en geflexibiliseerd.

44. Een inkoop van eigen aandelen vereist nog steeds een machtiging door de algemene vergadering. Het quorum en de meerderheid waarmee deze moet worden verleend, worden gelijkgeschakeld met deze bij een gewone statutenwijziging en de geldigheidsduur van de machtiging is in principe onbeperkt.

Verder wordt de vereiste behouden dat enkel volgestorte aandelen kunnen worden ingekocht en dat enkel middelen mogen worden aangewend die voor

²⁶ De wet bevat wel een aantal suppletieve regelen, o.m. op het vlak van de berekening van het scheidingsaandeel (het bedrag waarvoor de betrokken aandelen werden volgestort) en de te respecteren timing (enkel tijdens de eerste zes maanden van het boekjaar).

uitkering in aanmerking komen, uiteraard overeenkomstig de nieuwe regelen ter zake (*cf. supra*).

De gelijkheid onder de aandeelhouders dient te worden gerespecteerd, tenzij een algemene vergadering waarop alle aandeelhouders aanwezig of vertegenwoordigd zijn, eenparig anders besluit.

Wat niet wordt behouden, is de beperking dat maximaal 20% van de aandelen van de vennootschap kunnen worden ingekocht. Zolang de beperkingen inzake uitkeringen worden nageleefd, kunnen eigen aandelen in de BV bijgevolg onbeperkt worden ingekocht.

45. Het WVV probeert het statuut van ingekochte eigen aandelen duidelijker te regelen.

Worden de aandelen geactiveerd, dan moet nog steeds een onbeschikbare reserve worden aangelegd. Nieuw is dat voortaan alle rechten verbonden aan de aandelen die in portefeuille worden gehouden, worden geschorst, dus zowel de stemrechten als de dividendrechten. Eveneens nieuw is dat de aandelen voor onbeperkte tijd in portefeuille mogen worden gehouden.

Voor de verkoop van de eigen aandelen is een besluit van de algemene vergadering vereist, genomen met een quorum en een meerderheid zoals vereist voor een statutenwijziging. Bij een dergelijke wederverkoop moeten bovendien de bestaande verhoudingen gerespecteerd worden: de aandelen moeten – naar analogie van het voorkeurrecht bij de uitgifte van nieuwe aandelen – eerst aangeboden worden aan de bestaande aandeelhouders naar evenredigheid van het aantal aandelen dat zij bezitten. Zowel de machtiging als de proportionaliteit mogen achterwege worden gelaten wanneer de aandelen worden aangeboden aan het personeel.

Worden de aandelen niet verkocht maar vernietigd, dan verdwijnt de aangelegde reserve en zal een statutenwijziging vereist zijn met het oog op de aanpassing van het aantal aandelen.

46. De specifieke, maar slecht uitgewerkte regeling met betrekking tot het in pand nemen van eigen aandelen (art. 330 W.Venn.) wordt in het ontwerp niet hernomen, zodat daarvoor niet langer specifieke voorschriften zullen gelden.

E. Financiële bijstand

47. Het ontwerp kiest ervoor een specifieke reglementering met betrekking tot het verlenen van financiële bijstand bij de verwerving van eigen aandelen door een derde ook in de BV te behouden. Anders dan voor de NV is de Belgische wetgever daar voor de BV nochtans niet toe verplicht. Nu de meeste vraagtekens rond het toepassingsgebied van de huidige reglementering sinds

het cassatiearrest van 30 januari 2015²⁷ eindelijk zijn weggewerkt en gelet op de diversiteit en complexiteit van de belangenconflicten die bij de verrichting aan de orde zijn²⁸, werd het evenwel aangewezen geacht ook in de BV een reglementering inzake financiële steunverlening te behouden. De ervaringen uit het buitenland in landen die de regelen inzake financiële bijstand voor besloten vennootschappen onlangs hebben losgelaten of nooit hebben ingevoerd²⁹, zijn overigens ook allerm minst eenduidig positief. Vaak blijkt de onzekerheid die voor de betrokkenen voortvloeit uit de afwezigheid van een specifieke reglementering met betrekking tot deze zeer belangrijke transacties, immers nog groter te zijn dan deze die voortvloeit uit een – op een aantal punten misschien niet-volmaakt – wettelijk regime inzake financiële bijstand³⁰.

48. Bij het uitwerken van de nieuwe BV-regelen inzake financiële bijstand werd getracht te verhelpen aan de aspecten van het huidige wettelijke kader die ervoor zorgen dat dit momenteel maar zelden wordt gebruikt³¹.

Centraal in de nieuwe reglementering staat de balans- en liquiditeitstest zoals deze ook in het kader van een gewone uitkering aan de aandeelhouders moet worden toegepast. Op die manier wordt vermeden dat het voornaamste risico dat met steunverleningstransacties gepaard gaat, zich kan manifesteren, namelijk dat de verrichting de solvabiliteit en, meer nog, de liquiditeitspositie van de vennootschap in het gedrang brengt. Om te vermijden dat hetzelfde uitkeerbare vermogen meerdere keren zou kunnen worden aangewend, moet ten belope van het bedrag van de verleende steun een onbeschikbare reserve worden aangelegd. De reserve mag worden teruggenomen naarmate de omvang van de steunverlening afneemt.

49. Verder wordt ook aandacht besteed aan de belangen van de aandeelhouders. De verrichting vereist een individueel besluit van de algemene vergadering, genomen met de aanwezigheids- en meerderheidsvereisten zoals deze gelden voor een statutenwijziging. Ter voorbereiding van deze beslissing moet het bestuur een verslag opstellen met alle details omtrent de verrichting. Het verslag moet echter, anders dan thans het geval is, niet openbaar worden gemaakt. Verder wordt de vereiste dat de verrichting tegen marktvoorwaarden

²⁷ Cass. 15 januari 2015 *Arr.Cass.* 2015, 256, *DAOR* 2015, afl. 115, 23, noot, *Pas.* 2015, 243, *RPS* 2015, 137, noot D. WILLERMAIN, *TBHV* 2015, 427, noot E. Pottier, en *TRV* 2015, 458.

²⁸ Zie meer uitgebreid over beide fenomenen D. BRULOOT, “Financiële steunverlening bij de verwerving van eigen aandelen door een derde in de BVBA: Wat moeten we daarmee?” in E. DIRIX, R. HOUBEN en E. WYMEERSCH (eds.), *In het vennootschapsbelang: Liber Amicorum Herman Braeckmans*, Antwerpen, Intersentia, 2017, 19-36.

²⁹ Zie voor de eerste groep in het bijzonder Nederland, voor de tweede groep o.m. Frankrijk, Duitsland en het Verenigd Koninkrijk.

³⁰ D. BRULOOT, “Financiële steunverlening bij de verwerving van eigen aandelen door een derde in de BVBA: Wat moeten we daarmee?” in E. DIRIX, R. HOUBEN en E. WYMEERSCH (eds.), *In het vennootschapsbelang: Liber Amicorum Herman Braeckmans*, Antwerpen, Intersentia, 2017, 19-36.

³¹ Omdat meestal de voorkeur wordt gegeven aan relatief veilige ontwijkingsconstructies, zoals de met schulden gefinancierde dividenduitkering.

moet verlopen, niet langer geëxpliciteerd. Op die manier wordt de onzekerheid vermeden die nu aan de orde is wanneer een transactie voorligt waarvoor niet echt valt te bepalen wat precies de markvoorwaarden zouden zijn³². Merk evenwel op dat dit geen vrijgeleide is om de transactie tegen eender welke voorwaarden te laten verlopen; de transactie moet immers nog steeds te verzoenen vallen met het vennootschapsbelang.

50. Het toepassingsgebied van de regeling blijft onveranderd behouden. Geviseerd wordt: het voorschieten van middelen, het toestaan van leningen of het stellen van zekerheden door een BV met het oog op het verkrijgen van haar aandelen door een derde. Ook de bestaande uitzonderingen op de basisregels voor financiële steun aan personeelsleden blijft behouden. De specifieke strafrechtelijke handhaving van de regelen wordt achterwege gelaten.

F. Alarmbelprocedure

51. Net zoals dit voor de financiële bijstand het geval is (*cf. supra*), is de Belgische wetgever er in het licht van het beperkte toepassingsgebied van de Europese regelen inzake vennootschapskapitaal, evenmin toe gehouden om voor de BV bepalingen te behouden met betrekking tot de alarmbelprocedure (huidige art. 332-333 W.Venn.). Dit is des te meer het geval nu de bepalingen in hun huidige vorm in ieder geval niet behouden kunnen blijven. Bij de alarmbelprocedure wordt immers precies het bedrag van het kapitaal als graadmeter gebruikt om de impact van de verliezen af te meten, zodat in ieder geval naar een alternatieve maatstaf op zoek moet worden gegaan. Bovendien wordt sinds de hervorming van het insolventierecht de functie van de alarmbelprocedure nu ook gedeeltelijk via het insolventierecht bewerkstelligd³³. Artikel XX.227 WER bevat immers een *wrongful trading*-regel, die er net als de alarmbelprocedure op is gericht om het gedrag van bestuurders in het belang van de schuldeisers bij te sturen wanneer de vennootschap op insolventie afstevent.

Desondanks werd ervoor gekozen om in het WVV ook voor de BV nog steeds in regelen te voorzien in de traditie van de huidige alarmbelprocedure. De klemtoon daarvan ligt evenwel op het informeren van de aandeelhouders, zoals de alarmbelprocedure in de meeste Europese landen wordt opgevat³⁴, eerder dan op de bescherming van schuldeisers.

³² Zie o.m. D. BRULOOT, *Vennootschapskapitaal en schuldeisers*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 276; W. KUPERS en C. HAVERANS, “Financiële steunverlening: van absoluut verbod naar principiële toelating onder voorwaarden” in J. CATTARUZZA, W. KUPERS en I. PEETERS (eds.), *Liber amicorum Achille Cuypers*, Gent, Larcier, 2009, 171.

³³ Zie wet 11 augustus 2017 houdende invoeging van het Boek XX “Insolventie van ondernemingen”, in het Wetboek van economisch recht, en houdende invoeging van de definities eigen aan Boek XX en van de rechtshandavingsbepalingen eigen aan Boek XX in het Boek I van het Wetboek van economisch recht, BS 11 september 2017.

³⁴ Zie voor een overzicht D. BRULOOT, *Vennootschapskapitaal en schuldeisers*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 333 e.v.

52. De systematiek van de bestaande alarmbelprocedure wordt grotendeels behouden. Wat betreft de nieuwe maatstaf waartegen de verliezen moeten worden afgemeten, wordt evenwel een parallel getrokken met de nieuwe regelen inzake uitkeringen (*cf. supra*). Concreet betekent dit dat niet alleen rekening moet worden gehouden met de impact van verliezen op het eigen vermogen of nettoactief van de BV, maar ook op haar liquiditeitspositie. Dit leidt tot een ontubbeling van de alarmbelprocedure.

Vooreerst dient het bestuursorgaan actie te ondernemen wanneer het vaststelt dat het nettoactief van de vennootschap negatief is of dreigt te worden³⁵. De algemene vergadering die het bestuursorgaan als gevolg van het overschrijden van de drempel dient te organiseren, moet uiterlijk binnen de twee maanden na de vaststelling worden gehouden.

Daarnaast wordt de verplichting om de algemene vergadering samen te roepen, in lijn met het criterium uit de liquiditeitstest, eveneens geactiveerd wanneer het bestuursorgaan vaststelt dat het niet langer vaststaat dat de vennootschap, volgens de redelijkerwijs te verwachten ontwikkelingen, in staat zal zijn om de volgende twaalf maanden haar schulden te voldoen naarmate deze opeisbaar worden. Aldus moeten ook bestuurders van vennootschappen die met ernstige liquiditeitsproblemen kampen, de algemene vergadering waarschuwen, ook al is de vennootschap vanuit balansmatig oogpunt schijnbaar nog solvabel.

53. De nieuwe regelen leggen verder wat betreft de verplicht te houden algemene vergadering, anders dan vandaag, de klemtoon op het voorstellen van maatregelen die de continuïteit van de vennootschap kunnen vrijwaren, eerder dan op het voorstellen van de ontbinding van de vennootschap.

Verder wordt ook verduidelijkt hoe moet worden omgegaan met situaties waarin de problemen langere tijd blijven aanhouden. Nadat de procedure een eerste maal werd nageleefd, moet deze pas ten vroegste één jaar later worden herhaald. Bij kleinere vennootschappen zal dit concreet betekenen dat wanneer de procedure een eerste keer werd nageleefd tijdens een jaarvergadering, deze moet worden herhaald tijdens de daaropvolgende jaarvergaderingen zolang de problemen blijven voortduren en de voorgestelde maatregelen met andere woorden (nog) geen oplossing hebben gebracht.

54. Net zoals dat vandaag het geval is, wordt bij niet-naleving van de procedure de schade die door derden wordt geleden, weerlegbaar vermoed het gevolg te zijn van deze niet-naleving.

55. Wat niet wordt hernomen, zijn de onderscheiden regelingen en gevolgen naargelang de mate van aantasting van het eigen vermogen (huidige art. 332, derde lid en 333 W.Venn.). Ongeacht de omvang van de verliezen zal voor een ontbindingsbesluit bijgevolg steeds een statutaire meerderheid zijn vereist.

³⁵ In de statuten kan desgewenst ook voor een strenger criterium worden gekozen.

Besluit

56. Het Belgische recht voor de besloten vennootschappen staat voor de belangrijkste wijziging sinds de invoering daarvan. De keuze om de figuur van het vennootschapskapitaal daaruit geheel te schrappen, is gedurfd, maar niet roekeloos. Het zorgt ervoor dat komaf kan worden gemaakt met de schijnbescherming en -functies die traditioneel met het kapitaal worden geassocieerd en laat toe een aantal belangrijke verrichtingen op een andere en betere manier te reguleren. Dit laatste is niet alleen het geval voor de regelen inzake uitkeringen aan de aandeelhouders, maar ook voor de, in deze bijdrage niet-behandelde, regelen met betrekking tot de uitgifte van nieuwe aandelen.

57. Verder blijkt uit onderhavige analyse evenwel vooral ook dat het recht voor de besloten vennootschappen na de hervorming niet geheel onherkenbaar zal worden. Heel wat regelen worden immers behouden, zij het noodzakelijkerwijs in een licht gewijzigde vorm gelet op het verdwijnen van de kapitaalfiguur. Op dat vlak waart het spook van de niet-weloverwogen behoudsgezindheid evenwel onvermijdelijk rond. Op heel wat punten is het nochtans absoluut verdedigbaar en zelfs aan te bevelen dat, ondanks de afschaffing van het kapitaalconcept, wordt voorzien in de vervanging van bepaalde regelen inzake kapitaalvorming en -behoud ook al is de Belgische wetgever daar, gelet op het beperkte toepassingsgebied van de Europese regelen inzake vennootschapskapitaal, niet toe verplicht. Denk daarbij aan de voorschriften met betrekking tot het financieel plan of het verlenen van financiële bijstand voor de verwerving van eigen aandelen door een derde. Voor andere materies is de keuze evenwel meer betwistbaar. Daarbij denken we in het bijzonder aan de inbrengcontrole bij de inbreng *in natura* en – in mindere mate – de alarmbelprocedure en de verplichtingen bij de volstorting van een inbreng in geld. Het valt te hopen dat dit lijstje tijdens het verdere parlementaire proces niet langer wordt, op het gevaar af de voordelen van de afschaffing van het kapitaalbegrip te overschaduwten.