

# La SRL sans capital : quels sont les (réels) changements ?

Henri CULOT

*Professeur à l'UCLouvain et professeur invité à l'Université Saint-Louis – Bruxelles  
Avocat au barreau de Bruxelles (Prioux Culot + Partners)*

## Introduction

### § 1. Contexte

La suppression du capital dans la SRL est présentée, à juste titre, comme un élément majeur de la réforme du droit des sociétés. Elle suscite beaucoup d'interrogations, parfois même des craintes, tant on s'est habitué à la présence de cette figure dans notre droit des sociétés. Dans l'imaginaire traditionnel des juristes, le capital incarne un élément de stabilité (on le dit intangible) et de sécurité (on l'appelle « gage des créanciers »).

Des analyses qui, chez nous, ont été diffusées au cours des dernières années, tendent à montrer que ce n'est pas vraiment le cas. Pourtant, on ne peut pas dire que l'on vient de découvrir ses faiblesses, qui étaient identifiées depuis longtemps. Le capital n'est ni plus ni moins efficace ou efficient qu'avant mais – osons le mot – il n'est plus à la mode. En particulier, il tend à disparaître ou à se trouver relégué à une place secondaire, voire purement formelle, dans les pays qui nous entourent. Pour gagner en « attractivité », la Belgique a donc choisi de suivre la tendance.

### § 2. Révolution et permanence

Dans ce domaine, on aurait cependant tort de croire à la révolution. Au contraire, la réforme est sur ce point marquée par deux éléments de stabilité, étonnants au regard de la manière dont elle est souvent présentée.

D'une part, sur le plan de l'objectif. Si le capital visait la protection des créanciers, la réforme qui le supprime poursuit le même but et prétend même mieux prémunir les créanciers que ne pouvaient le faire les règles antérieures.

Le libéralisme qui caractérise le Code des sociétés et des associations ne va donc pas jusqu'à laisser les créanciers se protéger eux-mêmes. Le Code prévoit au contraire des règles plus strictes et, pense-t-on, mieux adaptées, pour éviter que les actionnaires ne s'approprient les fonds de la société au détriment des créanciers.

D'autre part, en ce qui concerne les règles elles-mêmes : il y a bien entendu des différences, sans quoi le déploiement de l'activité législative aurait été vain. Cependant, on retrouve dans une très large mesure les anciens concepts, les réflexes de jadis, les règles traditionnelles. Évidemment, tout n'était pas à jeter dans le système juridique du capital, fruit d'une évolution de près de deux siècles qui incorpore une parcelle de la sagesse des anciens et qui a modelé aussi, quoi qu'on en dise, notre compréhension de la société et le fonctionnement de notre économie.

### § 3. Plan

Pour mettre en lumière ces constats, cette contribution n'est pas construite selon un plan classique dans lequel on expliquerait méthodiquement toutes les règles du nouveau Code concernant ce que l'on appelait précédemment le capital et son intangibilité. D'autres textes existent, qui sont rédigés sur cette base<sup>1</sup>. On a plutôt choisi ici de présenter les réels changements apportés au système, c'est-à-dire la suppression du capital minimum et le nouveau régime des distributions (section 2). D'autres règles traditionnellement abordées dans ce contexte ne changent pas fondamentalement. Seuls des détails d'importance mineure sont modifiés. Ces changements sont exposés dans la section 3. Le lecteur pressé connaissant l'ancien droit et désireux de comprendre les principes nouveaux peut donc se limiter à la lecture de la section 2. On ne peut toutefois se dispenser d'explicitier d'abord l'idée générale qui a inspiré les changements dont on parle (section 1).

<sup>1</sup> D. BRULOOT et H. CULOT, « De kapitaalloe BV – La SRL sans capital », in *Le projet actuel du nouveau Code des sociétés et des associations*, Larcier, 2018, pp. 93-117; H. CULOT, « La suppression du capital dans la société à responsabilité limitée », *R.D.C.*, 2018/9; P. De WOLF, « La SRL, une société sans capital mais dotée de règles (strictes) de protection des tiers », in A.-P. ANDRÉ-DUMONT et T. TILQUIN (coord.), *La société à responsabilité limitée*, Bruxelles, Larcier, 2019, pp. 41-79. Sur la réforme de la SRL en général, R. AYDOGDU et L. NICKELS, « La société à responsabilité limitée et les autres formes de sociétés », in R. AYDOGDU et O. CAPRASSE (dir.), *Le Code des sociétés et des associations. Introduction à la réforme du droit des sociétés*, Liège, Anthémis, 2018, pp. 65-90; A.-P. ANDRÉ-DUMONT et T. TILQUIN (coord.), *La société à responsabilité limitée*, Bruxelles, Larcier, 2019.

## Section 1

**Une société à responsabilité limitée sans capital : l'idée et sa mise en œuvre****§ 1. Pourquoi supprimer le capital ?****A. Le capital et ses détracteurs**

Le capital est, avant tout, une notion économique. C'est celui qui intéressait Marx et qui représente une des ressources constitutives de l'entreprise, complémentaire mais opposée au travail. Ce capital-là peut prendre plusieurs formes juridiques, qu'on appelle selon les cas capital, fonds propres, dettes, etc. Le sens juridique du terme « capital » n'est pas sans lien avec l'acception économique, mais il est plus étroit. Il est intimement lié au modèle de la « société de capitaux » développé depuis le XIX<sup>e</sup> siècle et à la responsabilité limitée des actionnaires qui y est associée.

Ainsi, le concept de capital est ancré, depuis très longtemps, dans le droit belge des sociétés à responsabilité limitée. Bien avant les directives européennes en la matière, qu'il ne faut donc pas trop vite accuser<sup>2</sup>, les SPRL devaient avoir un capital<sup>3</sup>, considéré comme une garantie pour les créanciers de la société<sup>4</sup>, même si là n'était pas sa seule fonction. Ce faisant, la Belgique adoptait une conception germanique de la société en se rangeant à des principes auxquels le droit allemand<sup>5</sup> tenait particulièrement.

Mais depuis très longtemps aussi existait une autre conception, d'origine anglo-américaine<sup>6</sup>, dans laquelle le capital n'a pas la même importance sur le plan juridique et qui juge la conception germanique trop rigide, mal adaptée

<sup>2</sup> Comp. Projet de loi introduisant le Code des sociétés et des associations et portant des dispositions diverses, exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2017-2018, n° 54-3119/001, p. 6.

<sup>3</sup> Voy. M. WYCKAERT, *Kapitaal in N. V. en B.V.B.A.: vermogens- en kapitaalvorming door inbreng, rechten en plichten van vennoten*, Kalmthout, Biblo, 1995, pp. 185-186.

<sup>4</sup> La Cour de cassation l'exprime très élégamment dans cet ancien arrêt : « Parmi les types juridiques de sociétés, il en est que la loi a soustraites à la liberté contractuelle, en raison de ce que les associés n'y sont tenus des dettes sociales que dans la mesure de leurs apports respectifs, de sorte que les créanciers n'y ont d'autre gage que les biens apportés en société et leurs accroissements; qu'aux fins de garantir les tiers contre la diminution que ce gage peut subir, la loi a voulu que, dans les statuts de ces sociétés à responsabilité limitée ou sociétés par actions, la masse des biens formée par les apports fût évaluée à une somme déterminée, dite capital statutaire ou capital social, laquelle représente le minimum de valeur que les associés s'engagent à maintenir, au patrimoine social dans l'intérêt des tiers » (Cass., 1<sup>er</sup> mars 1928, *R.P.S.*, 1928, p. 194).

<sup>5</sup> Voy. M. LUTTER, *Kapital, Sicherung der Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung in den Aktien- und GmbH-Recht der EWG*, Karlsruhe, C.F. Müller, 1964.

<sup>6</sup> Voy. J. ARMOUR, « Legal capital: An Outdated Concept? », *European Business Law Review*, 2006, pp. 5-27; V. EDWARDS, *EC Company Law*, Oxford University Press, 1999, pp. 51-52; L. ENRIQUES et L. MACEY, « Creditors versus capital formation: the case against the European legal capital rules », *Cornell Law Review*, 2001, pp. 1165-1204.

aux particularités de chaque société et à certains égards inefficace, voire inefficace<sup>7</sup> au regard des buts qui lui sont assignés. La protection des créanciers est alors davantage assurée par des règles de responsabilité des dirigeants, notamment en cas d'insolvabilité de la société.

Le droit de l'Union européenne a conduit les États membres à harmoniser le régime du capital<sup>8</sup>, plutôt sur le modèle allemand. Encore ces règles ne s'appliquent-elles qu'à la société anonyme<sup>9</sup> et aux sociétés équivalentes des autres États membres, dont certains veillent à conserver, voire créent, des formes sociales alternatives qui ne sont pas soumises aux mêmes contraintes. En résumé, notre système du capital est devenu traditionnel, mais sa pertinence a en réalité toujours été contestée, ne serait-ce qu'implicitement.

## B. *Mobilité et concurrence*

Plus récemment, la Cour de justice de l'Union européenne a, par une série de décisions désormais bien connues, facilité la mobilité des sociétés dans l'Union et l'exercice transfrontalier d'activités économiques<sup>10</sup>. Il est ainsi devenu plus facile de changer le droit applicable à la société (généralement en transférant son siège à l'étranger) ou d'utiliser une société de droit étranger (choisie pour ses « qualités ») pour exercer une activité en Belgique. En conséquence, s'est accru le risque de fuite des sociétés vers les pays offrant un droit des sociétés qu'elles préfèrent, et généralement, en même temps, des règles fiscales plus favorables, auquel les États ont réagi par une forme de compétition réglementaire, la palme revenant à celui qui proposerait les meilleures règles, du point de vue, non pas nécessairement de l'intérêt général, mais de leurs utilisateurs.

Tel est le contexte de la suppression du capital dans le droit belge des sociétés à responsabilité limitée<sup>11</sup>.

<sup>7</sup> À titre d'exemple, voy. M. FYON, « Le capital social : une notion en voie d'érosion ? », in G.-A. DAL et M. FYON (dir.), *Le droit des sociétés aujourd'hui : principes, évolutions et perspectives*, Jeune Barreau de Bruxelles, 2008, pp. 84-85 et 111.

<sup>8</sup> Il s'agissait au départ de la deuxième directive 77/91/CEE du Conseil du 13 décembre 1976 tendant à coordonner pour les rendre équivalentes les garanties qui sont exigées dans les États membres des sociétés au sens de l'article 58, alinéa 2, du traité, en vue de la protection des intérêts tant des associés que des tiers, en ce qui concerne la constitution de la société anonyme ainsi que le maintien et les modifications de son capital, *J.O.*, L 26, 31 janvier 1977, pp. 1-13, aujourd'hui remplacée par la directive (UE) 2017/1132 du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2017 relative à certains aspects du droit des sociétés, *J.O.*, L 169, 30 juin 2017, pp. 46-127.

<sup>9</sup> Ceci explique que la société anonyme conserve, dans le Code des sociétés et des associations, un capital et les règles qui y sont traditionnellement associés.

<sup>10</sup> Pour une synthèse, voy. parmi d'autres, M. FALLON et É.-J. NAVEZ, « La transformation transfrontalière d'une société par transfert du siège statutaire après l'arrêt Polbud », *RPS-TRV*, 2018, pp. 349-385.

<sup>11</sup> Exposé des motifs, *op. cit.*, n° 54-3119/001, pp. 6-7.

### C. *Capital et apports*

Pour autant, la définition de la société n'évolue pas fondamentalement. Il reste donc l'exigence de faire un apport (art. 1:1 CSA), ce qui invite à redécouvrir la différence entre apport et capital. « L'apport est 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 » (art. 1:8 CSA). C'est donc, si on simplifie un peu, la mise des actionnaires dans le projet sociétair<sup>12</sup>.

Auparavant, dans la plupart des cas, les apports constituaient le capital. Plus exactement, la valeur des apports était inscrite dans le poste « capital » au passif du bilan, et ce capital, que l'on disait intangible<sup>13</sup>, était « bloqué » dans la société au sens où les actionnaires ne pouvaient en principe pas « reprendre » la valeur de leur mise au détriment des créanciers de la société. Les dividendes revenant aux actionnaires ne pouvaient être prélevés que sur les profits réalisés par la société et non sur la mise des actionnaires. Ainsi, plus le capital était élevé, plus les créanciers pouvaient croire que la société disposait d'un « matelas » confortable qui permettrait si nécessaire de les désintéresser.

Il y a là quelque vérité, mais aussi une grande part de fiction, car l'existence d'un capital n'empêche pas qu'il ait été atteint par des pertes de la société – de sorte que les fonds propres peuvent en définitive être inférieurs au montant du capital – ni que les actifs de la société soient illiquides au point de rendre très difficile le désintéressement des créanciers<sup>14</sup>.

Quoi qu'il en soit, l'idée de capital est liée à ce blocage des apports dans la société. Supprimer le capital, c'est s'affranchir de ce blocage et donc, ni plus ni moins, rendre les apports distribuables, comme le sont les bénéfices et les réserves, aux actionnaires.

## § 2. **Maintien, voire amélioration de la protection des créanciers**

Il demeure toutefois, dans les sociétés à responsabilité limitée, un conflit inhérent entre les actionnaires et les créanciers, qu'il faut nécessairement gérer<sup>15</sup>. En principe, les créanciers, titulaires d'un droit subjectif au paiement de leur créance, doivent avoir priorité sur les actionnaires (qualifiés de *residual*

<sup>12</sup> Sur la notion d'apport, voy. H. CULOT, Y. DE CORDT, H. JACQUEMIN et Th. LÉONARD, *Manuel du droit de l'entreprise*, 4<sup>e</sup> éd., Limal, Anthemis, 2019, pp. 124-126.

<sup>13</sup> Pour une présentation systématique de ces règles, voy. P. VAN OMMESLAGHE, « Le maintien du capital des sociétés anonymes », *Ann. Dr. Louvain*, 1985, pp. 150-181 et M. WYCKAERT, *op. cit.*

<sup>14</sup> H. CULOT et M. VAN BUGGENHOUT, « Droit européen des sociétés : vers une réforme du « capital » ? », *J.T.D.E.*, 2007, p. 196.

<sup>15</sup> M. COIPEL, *Les sociétés privées à responsabilité limitée*, Bruxelles, Larcier, 2008, pp. 102-103.

*claimants*) lorsque les fonds manquent pour satisfaire tout le monde. Les actionnaires, qui espèrent des bénéfices mais courent le risque entrepreneurial, sont dans une position subordonnée par rapport aux créanciers.

Une manière radicale de régler la question serait d'interdire tout paiement aux actionnaires avant la liquidation de la société. Mais cela ne serait pas viable en pratique et entraînerait des liquidations prématurées, particulièrement inefficaces. Il faut donc trouver un moyen de rémunérer les actionnaires au cours de la vie de la société tout en s'assurant que cela ne mette pas en péril le paiement des créanciers. Le tout dans un contexte où les actionnaires disposent du pouvoir de décision ultime sur la société (notamment par le choix de ses dirigeants), ce qui pourrait les inciter à prendre des décisions plutôt en leur faveur.

Le capital est une méthode, certes imparfaite, pour gérer ce conflit, car il limite les distributions que peuvent décider les actionnaires et donc les montants qu'ils s'approprient en prélevant dans les fonds propres de la société. Mais cette limite est abstraite, forfaitaire et historique et elle ne touche pas le cœur de ce qui importe aux créanciers, à savoir la disponibilité de liquidités nécessaires à la société pour payer ses dettes. Ainsi, le capital a pu être qualifié de « dépassé », n'offrant « pas aux créanciers la protection efficace qui en était attendue, tout en confrontant les sociétés à des frais et à des procédures bureaucratiques »<sup>16</sup>.

Supprimer le capital n'a jamais été pensé comme une manière de réduire la protection dont les créanciers doivent bénéficier. Il fallait donc élaborer un mécanisme de protection au moins aussi efficace, si possible meilleur, et surtout moins rigide. C'est ainsi que s'est développée l'idée d'un contrôle de la liquidité de la société, qui représente pour les créanciers un facteur de sécurité au moins aussi important que le montant des fonds propres.

### § 3. Réticences, conservatismes et *vested interests*

La suppression du capital semble représenter un changement radical, voire une révolution. Mais ce n'est généralement pas chez les juristes qu'on trouve les révolutionnaires. Ainsi, l'idée de départ<sup>17</sup> a été nettement atténuée, pour diverses raisons.

<sup>16</sup> Exposé des motifs, *op. cit.*, n° 54-3119/001, p. 12.

<sup>17</sup> O. CAPRASSE et M. WYCKAERT, « Limitation du nombre de sociétés: qu'en est-il des sociétés de capitaux (SA, SPRL, SCRL)? » in *Modernisation du droit des sociétés*, Bruxelles, Larcier, 2014, p. 76.

## A. *Conservatisme*

De manière très ambitieuse, l'exposé des motifs annonce que « [d]ans les dispositions en projet, la notion de capital ainsi que l'ensemble des règles qui y sont liées dans la SRL sont supprimées »<sup>18</sup>. Le législateur n'est toutefois pas allé au bout de cette logique et a conservé de nombreuses règles liées à la présence du capital, alors même que le capital avait disparu. C'est notamment le cas pour l'évaluation des apports en nature.

## B. *Habitudes et intérêts professionnels*

Tant d'années de pratique sous l'empire des règles antérieures ont laissé des traces, créé ou renforcé des habitudes et (fortement) ancré les intérêts des différentes professions impliquées dans ces questions. On ne s'en défera donc pas si facilement. S'il faut en parler, c'est que cela explique certaines règles du Code des sociétés et des associations, qui ne cadrent pas avec la logique du nouveau système mis en place. Pour ne donner qu'un exemple (mais il y en a d'autres), on comprend mal sans cet éclairage l'obligation de passer par un notaire pour accepter des apports supplémentaires même lorsque cela n'implique aucune modification des statuts, alors que les auteurs du projet soutiennent que cette opération a « un caractère très différent d'un apport assorti de l'émission d'actions nouvelles » et qu'elle « présente moins de risques pour les actionnaires existants »<sup>19</sup>.

## C. *Droit fiscal*

Enfin, la suppression du capital supposait aussi des adaptations du droit fiscal. Dans l'ensemble, l'idée était de ne pas modifier l'imposition des sociétés, donc de rendre la réforme du droit des sociétés « fiscalement neutre ». Mais cette idée s'est à certains égards concrétisée par le maintien de règles fiscales adaptées à l'ancien modèle. Particulièrement, dans le domaine qui nous occupe, les apports en industrie ont été exclus du capital au sens fiscal du terme<sup>20</sup>, ce qui réduit nettement l'attractivité de ce type d'apport. Bien que désormais licite en droit des sociétés, pour les SRL, il est probable que l'apport en industrie n'aura guère de succès tant que ce régime fiscal subsistera.

<sup>18</sup> Exposé des motifs, *op. cit.*, n° 54-3119/001, p. 128.

<sup>19</sup> *Ibid.*, p. 170.

<sup>20</sup> Art. 2, § 1<sup>er</sup>, 6°, CIR 92, tel que modifié par la loi du 17 mars 2019 adaptant certaines dispositions fiscales fédérales au nouveau Code des sociétés et des associations, *M.B.*, 10 mai 2019, p. 45450.

## Section 2

# Les réels changements

## § 1. Suppression du capital (minimum)

### A. Principe de la suppression du capital

#### 1. Absence de capital dans la SRL

Pour les raisons indiquées ci-dessus, la décision a été prise de supprimer totalement le capital dans les SRL. Il ne s'agit donc pas de conserver un capital avec un montant minimal très bas, voire symbolique, ni de laisser aux actionnaires le choix de prévoir un capital ou non. La suppression du capital prend la forme d'une *interdiction* de prévoir un capital dans la SRL. L'absence de ce capital devient ainsi un élément essentiel de la SRL, qui figure d'ailleurs dans sa définition (art. 5:1 CSA).

En conséquence, les sociétés qui veulent avoir un capital doivent emprunter une autre forme, singulièrement celle de la société anonyme.

En revanche, il n'est pas interdit d'utiliser des techniques qui ressemblent au capital ou qui remplissent des fonctions identiques ou analogues, sans toutefois en porter le nom. On pense en particulier aux apports ou réserves indisponibles, qui peuvent être prévus dans les statuts ou introduits par une décision de l'assemblée générale, statuant aux conditions requises pour la modification des statuts. On obtient par là le blocage d'une certaine quantité de fonds propres, qui ne peuvent pas être distribués aux actionnaires par l'assemblée générale statuant aux conditions ordinaires, ni *a fortiori* par l'organe d'administration. Pour rendre disponibles ce type de réserve, il faut une décision prise aux conditions de modification des statuts, mais la procédure de protection des créanciers en cas de réduction de capital (art. 317 C.Soc.), qui impliquait la possibilité pour certains d'entre eux d'obtenir une sûreté, n'existe plus. Rien n'interdit par ailleurs que la société ou ses actionnaires s'engage(nt) par contrat à respecter certaines conditions de forme ou de fond avant de décider d'une distribution. Certains créanciers, en particulier bancaires, ne tarderont probablement pas à les insérer dans les contrats proposés à leurs clients.

#### 2. Apports supplémentaires

Dès lors que le capital n'existe plus, les statuts ne contiennent plus d'article fixant le montant du capital. Il en résulte que les fonds propres de la société peuvent être augmentés par des apports nouveaux des actionnaires, sans que cela n'implique une modification des statuts. L'assemblée générale pourra donc prendre la décision à la majorité simple (art. 5:120, § 2, CSA). De la même manière, l'assemblée générale, statuant à la majorité simple, peut réduire

les fonds propres par distribution aux actionnaires, y compris en distribuant des montants qui ne font pas partie des bénéfices passés de la société, mais qui ont été inscrits au passif en contrepartie d'un apport (art. 5:141, § 2, CSA).

En revanche, le nombre d'actions et les droits conférés à leurs titulaires sont, quant à eux, fixés par les statuts. Si des apports nouveaux entraînent la création de nouvelles actions, une modification des statuts est nécessaire.

On devrait logiquement en déduire que l'intervention d'un notaire n'est plus indispensable lorsque des apports supplémentaires sont faits sans création de nouvelles actions, par exemple lorsque tous les actionnaires font un apport en proportion des droits sociaux dont ils sont titulaires. En effet, l'obligation d'établir un acte notarié est prévue, en principe, pour l'acte constitutif – contenant les statuts – et pour les actes qui le modifient (art. 2:5, § 1<sup>er</sup>, al. 2 et § 4, al. 1<sup>er</sup>, CSA).

Le législateur a toutefois prévu une disposition dérogatoire imposant de faire constater les apports supplémentaires par acte notarié, même s'ils ne s'accompagnent pas d'apports nouveaux (art. 5:120, § 2, CSA). Les raisons n'en sont pas parfaitement claires. Certes, l'intervention d'un notaire peut aider à vérifier que les conditions de l'apport sont remplies<sup>21</sup>, et notamment que les apports en nature ont été dûment évalués par un réviseur d'entreprise comme l'impose l'article 5:133, § 1<sup>er</sup>, alinéa 2 du CSA. Mais cette n'explication n'est guère convaincante, si l'on considère par exemple que l'intervention d'un notaire n'est pas requise pour un quasi-apport dans une société anonyme (art. 7:8-7:10 CSA), alors que, là aussi, un contrôle révisoral est requis. Assurément, la loi doit être respectée, même sans notaire pour s'en assurer.

## B. *Conséquences de la suppression*

La suppression du capital emporte diverses conséquences.

### 1. *Minimum*

Premièrement, s'il n'y a pas de capital, il n'y a pas non plus de capital minimum. Disparaît ainsi le seuil de 18.550 euros. Cette absence de minimum ne s'applique pas seulement au moment de la constitution, mais aussi pendant toute la vie de la société. Sous réserve des règles relatives à la distribution, qui sont examinées ci-dessous, rien n'impose donc de laisser dans la société une certaine quantité de fonds propres.

Certes, il est obligatoire de faire un apport pour obtenir la qualité d'associé (art. 1:8 et 5:40 CSA), et la SRL doit compter au moins un actionnaire.

<sup>21</sup> C.E., avis 61.988/2 du 9 octobre 2017, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2017-2018, n° 54-3119/002, p. 74.

Au moment de sa constitution, la société dispose dès lors de fonds propres, si minimes soient-ils, constituant la contrepartie des apports de ses actionnaires. Toutefois, aucun montant minimal n'est requis et, surtout, la valeur de ces apports n'est pas bloquée dans la société. Elle peut à tout moment être distribuée aux actionnaires, selon les règles de distribution des dividendes.

## 2. *Libération*

En second lieu, la suppression du capital emporte aussi celle d'un minimum à libérer au moment de la constitution. La nouvelle règle prévoit que les apports doivent en principe être libérés immédiatement, mais il s'agit d'une règle purement supplétive (art. 5:8 CSA). Les statuts ou l'acte d'apport peuvent prévoir les modalités de libération, y compris faire dépendre celle-ci d'une décision ultérieure d'un organe de la société, qui pourrait très bien ne pas appeler la libération des apports pendant toute la durée de son existence. Ainsi, il n'y a plus de montant minimal à libérer, qu'il soit fixé en montant absolu (6.200 ou 10.400 euros) ou relatif (un cinquième de chaque part) (art. 223 C.Soc.).

Le mécanisme du compte spécial ouvert au nom de la société et bloqué<sup>22</sup> jusqu'à l'acquisition de la personnalité juridique a toutefois été maintenu (art. 5:9 CSA). Désormais, il s'agit moins d'un système de contrôle de la réalité de la libération – qui n'a plus rien d'obligatoire – que d'une technique permettant à ceux qui le souhaitent d'effectuer un paiement à une personne encore inexistante. À défaut de disposition spécifique, il aurait pu s'avérer difficile d'ouvrir un compte au nom d'une société à constituer et de s'acquitter d'une dette envers un débiteur qui n'existe (juridiquement) pas, quoique le mécanisme de la société en formation (art. 2:2 CSA) eût probablement pu être utilisé.

## 3. *Capital comme référentiel*

Troisièmement, il a fallu trouver des substituts pour les règles qui, d'une manière ou d'une autre, se référaient au montant du capital. Plusieurs stratégies ont été déployées à cet égard. Parfois, on a remplacé le montant du capital par le chiffre zéro, ce qui est somme toute logique lorsque le capital est supprimé. C'est par exemple le cas dans le cadre du test de solvabilité pratiqué lors des décisions de distribution (art. 5:142 CSA ; voy. *infra*). Dans d'autres cas, on a remplacé la proportion du capital par une proportion du nombre d'actions, par exemple pour déterminer quels actionnaires peuvent introduire une action minoritaire (art. 5:104, § 1<sup>er</sup>, al. 2, CSA). Troisièmement, on a parfois dû

<sup>22</sup> Voy. S. GILCART, « Apport en numéraire et souscription fictive », *J.D.S.C.*, 2002, pp. 34-36.

«reconstituer» une notion de capital qui n'en porte pas le nom, en particulier pour définir le montant maximal de la soulte en cas de fusion ou scission (p. ex. art. 12:2, al. 2, CSA). Auparavant, l'article 671 du Code des sociétés fixait le maximum de la soulte à 10% de la valeur nominale ou du pair comptable des actions ou parts attribuées, le pair comptable étant le quotient obtenu en divisant le montant du capital par le nombre d'actions ou de parts. Un pair comptable n'est pas concevable pour les actions d'une société sans capital<sup>23</sup>. Enfin, on a encore remplacé le capital par la notion de capitaux propres, par exemple dans le cadre de l'exigence de capitaux propres suffisants au moment de la constitution (art. 5:3 CSA).

### C. *Autorisation des apports en industrie*

#### 1. *Apports «susceptibles d'évaluation économique»*

Le système du capital est fondé sur les principes établis dans la deuxième directive d'harmonisation du droit des sociétés, qui figurent aujourd'hui dans la directive 2017/1132 relative à certains aspects du droit des sociétés. Cette directive ne s'applique formellement qu'aux sociétés anonymes, mais la Belgique avait choisi d'utiliser ses principes pour fixer les règles relatives au capital des SPRL et des SCRL. Parmi ces principes, figurait l'idée que les apports en industrie ne peuvent pas être utilisés pour former le capital : «Le capital souscrit ne peut être constitué que par des éléments d'actif susceptibles d'évaluation économique. Toutefois, ces éléments d'actif ne peuvent être constitués par des engagements concernant l'exécution de travaux ou la prestation de services»<sup>24</sup>. Ainsi, ce type d'apport n'était pas interdit en tant qu'apport, mais il ne pouvait pas être rémunéré par des titres représentatifs du capital, c'est-à-dire par des actions ou parts. C'est pour cette raison, principalement, qu'existent les parts bénéficiaires. La situation est toujours celle-là dans la société anonyme (art. 7:6 et 7:58 CSA).

#### 2. *Apports en industrie et parts bénéficiaires*

À vrai dire, la situation dans la SRL est aussi celle-là : les apports en industrie sont autorisés, mais ils ne donnent pas droit à des titres représentant le capital. De tels titres n'existent en effet plus dans la SRL, dès lors que le capital a disparu. Mais il y a néanmoins plusieurs changements.

Premièrement, dans la SRL, ces titres ne représentant pas le capital s'appellent des actions alors que cette appellation (ou celle de «part», utilisée dans

<sup>23</sup> Exposé des motifs, *op. cit.*, n° 54-3119/001, p. 130.

<sup>24</sup> Art. 46 de la directive (UE) 2017/1132 du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2017 relative à certains aspects du droit des sociétés, *J.O.*, L 169, 30 juin 2017, pp. 46-127.

la SPRL) visait précédemment des titres représentatifs du capital, ce qui est toujours le cas dans la SA.

Deuxièmement, l'émission de parts bénéficiaires était auparavant expressément interdite dans les SPRL (art. 232, al. 3, C.Soc.), alors que les SRL peuvent désormais, apparemment, émettre tous types de titres, sauf interdiction légale explicite (art. 5:18, al. 1<sup>er</sup>, CSA). On ne trouve dans le Code des sociétés et des associations aucune interdiction d'émettre des parts bénéficiaires, même si l'on n'en voit pas immédiatement l'intérêt<sup>25</sup>. Ceci, joint à la crainte que les règles impératives relatives aux actions ne puissent être trop aisément contournées<sup>26</sup>, conduit certains auteurs à estimer que la création de parts bénéficiaires n'est pas autorisée dans la SRL<sup>27</sup>. Quoi qu'il en soit, l'interdiction d'émettre des parts bénéficiaires jointe à l'interdiction d'émettre des parts en échange d'apports en industrie rendait précédemment très difficile, voire impossible, les apports en industrie dans les SPRL. Désormais, les apports en industrie seront admis, sur le plan des principes à tout le moins.

Troisièmement, les apports en industrie sont maintenant définis comme une sous-catégorie des apports en nature, ce qui les soumet aux règles relatives à ces derniers, et singulièrement à l'obligation d'un contrôle de leur valeur par un réviseur d'entreprises (art. 1:8, § 2, al. 3 et 5:7 CSA). Un tel contrôle n'était pas imposé auparavant pour les apports en industrie, là où ils étaient autorisés (voy. art. 24, 443, 444 et 483 C.Soc.). Dorénavant, apporter en industrie risque de s'avérer pesant sur le plan procédural, alors que d'autres techniques sont possibles – et le seront d'autant plus facilement sous l'empire du CSA – pour rémunérer les prestations d'un actionnaire par des droits sociaux ou des distributions.

Et quatrièmement, l'adaptation du droit fiscal aux nouvelles règles du CSA a été faite en ce sens que les apports en industrie ne permettent pas de constituer du capital *sur le plan fiscal* (où, même pour les SRL, le capital subsiste). La contrepartie des apports en industrie ne sera pas considérée fiscalement comme du capital<sup>28</sup>.

<sup>25</sup> Des parts bénéficiaires permettraient toutefois d'attribuer à leur titulaire une part des bénéfices de la société, sans qu'il doive y faire un apport (même en industrie) et sans qu'il soit titulaire d'un droit de vote.

<sup>26</sup> On ne peut s'empêcher de voir là un risque inhérent – et donc implicitement accepté – à la liberté très large que le législateur a souhaité instaurer.

<sup>27</sup> D. WILLERMAIN, « La société à responsabilité limitée: au-delà de la suppression du capital », *R.D.C.*, 2018/9, n° 10; Exposé des motifs, *op. cit.*, n° 54-3119/001, p. 134. *Contra*: H. CULOT et O. MARESCHAL, « Les titres et leur transfert dans la SRL », in A.-P. ANDRÉ-DUMONT et T. TILQUIN (coord.), *La société à responsabilité limitée*, Bruxelles, Larcier, 2019, p. 87 et s.

<sup>28</sup> Art. 2, § 1<sup>er</sup>, 6<sup>e</sup>, CIR 92, tel que modifié par la loi du 17 mars 2019 adaptant certaines dispositions fiscales fédérales au nouveau Code des sociétés et des associations, *M.B.*, 10 mai 2019, p. 45450. Sur les conséquences fiscales de cette règle, voy. R. THONET, « Les conséquences fiscales de la réforme du Code des sociétés et des

Il en résulte que les apports en industrie pourraient n'avoir que peu de succès. Certes, comme c'est déjà le cas, de nombreux actionnaires de SRL fourniront des services à leur société. Ils pourront être rémunérés en numéraire dans le cadre d'une convention de prestations de services, voire parfois d'un contrat de travail si les conditions en sont remplies. Et s'ils souhaitent recevoir une contrepartie relevant du droit des sociétés, les techniques ne manquent pas pour éviter la qualification d'apport : ils pourraient souscrire (pour un faible montant en numéraire) à des actions qui leur donnent droit à une part des bénéfices calculée en fonction de la quantité, de la qualité ou des résultats des prestations qu'ils ont accomplies, ou bien recevoir en échange de leurs services le droit de souscrire, hors droit de préférence, à des actions émises par la société moyennant un apport modique (art. 5:130 et 5:131 CSA). Le montant de l'apport à effectuer pour recevoir une action est en effet, désormais, purement conventionnel (art. 5:121 CSA) et la notion de « personnel », qui permet de déroger plus facilement au droit de préférence, a été élargie aux personnes physiques et morales engagées envers la société « dans les liens d'un contrat de management ou d'un contrat similaire » (art. 1:27 CSA).

#### D. *Aspects comptables*

##### 1. *Remplacement du capital par l'«apport»*

La suppression du capital a des répercussions sur le plan du droit comptable. Le capital était en effet une rubrique traditionnelle du bilan des SPRL, qui va forcément disparaître. Dans le plan comptable annexé à l'arrêté royal d'exécution du Code des sociétés et des associations, le poste de capital est, au sein des « capitaux propres », remplacé par une rubrique dénommée « apport »<sup>29</sup>. Ce poste d'apport est subdivisé en deux sous-postes : l'apport disponible et l'apport indisponible, le second étant celui dont les statuts ou l'assemblée générale déclarent qu'il ne peut être distribué que moyennant une décision prise dans les conditions de modification des statuts.

Dans la SA également, il existera un poste comptable pour l'«apport», lequel sera subdivisé en «apport en capital» et «apport en dehors du capital»<sup>30</sup>.

On comprend l'idée, mais elle n'est pas heureuse à tous égards. D'une part, elle revient à donner l'appellation d'apport en même temps à des éléments

associations», *Séminaire Vanham & Vanham – Le nouveau Code des sociétés : une réforme fondamentale aux impacts majeurs pour les entreprises*, Bruxelles, 9 mai 2019, pp. 13-14.

<sup>29</sup> Annexe 3 à l'arrêté royal du 29 avril 2019 portant exécution du Code des sociétés et des associations, M.B., 30 avril 2019, 2<sup>e</sup> éd., pp. 42408-42409.

<sup>30</sup> *Ibid.*

de l'actif et à des éléments du passif<sup>31</sup>. En effet, l'article 1:8 du Code des sociétés et des associations 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.» Par extension, l'apport est aussi la chose ainsi mise à la disposition de la société, qui est en principe comptabilisée dans un poste de l'actif du bilan. Venir ensuite qualifier aussi d'apport la valeur de l'apport telle qu'inscrite au passif de la société ne contribue pas à clarifier les choses<sup>32</sup>.

D'autre part, à tout le moins dans les sociétés anonymes, il est prévu que l'assemblée générale puisse décider d'incorporer au capital des réserves ou des bénéfices reportés (art. 7:179, § 2, CSA). C'est une technique, pratiquée depuis toujours, pour augmenter le capital sans faire d'apports nouveaux. Que le montant de ce type d'augmentation de capital fasse partie de la catégorie plus générale d'apport n'a, pour le coup, plus aucun sens, puisque dans ce cas il ne s'agit même pas de la contre valeur d'apports ni d'argent provenant des actionnaires<sup>33</sup>.

## 2. *Apports en industrie*

L'arrêté royal d'exécution du Code des sociétés et des associations ne mentionne pas les apports en industrie. Le rapport au Roi explique qu'ils ne sont pas «pertinents» «d'un point de vue comptable»<sup>34</sup>. À suivre cette conception, ces apports, qui donnent généralement lieu à l'attribution d'actions, n'apparaissent pas en tant que tels dans les comptes de la société. Indirectement, ils contribuent à une augmentation des fonds propres car – peut-on supposer – le résultat de la société sera d'autant plus positif qu'elle aura bénéficié d'une force de travail sans la rémunérer par un salaire ou par une rémunération de dirigeant, mais bien par des actions, qui ne constituent pas des charges dans son compte de résultat. Évidemment, le titulaire des actions en question pourra recevoir un

<sup>31</sup> C.E., avis 65.614/2 du 27 mars 2019 sur un projet d'arrêté royal «portant exécution du Code des sociétés et des associations», M.B., 30 avril 2019, 2<sup>e</sup> éd., p. 42267.

<sup>32</sup> Dans le rapport au Roi, les auteurs du texte s'en expliquent en distinguant l'acte d'apport et l'objet de cet acte (aussi appelé «apport»), en précisant que la notion d'apport reçoit une définition spécifique en droit comptable et en estimant que «L'attribution d'une définition à cet acte [dans le Code des sociétés et des associations] n'empêche évidemment pas d'encore utiliser le terme "apport" à d'autres endroits et en lui donnant d'autres significations [ce qui] explique également pourquoi, en néerlandais comme en français (inbreng/apport), le terme est utilisé au singulier [dans l'arrêté royal d'exécution]» (Rapport au Roi précédant l'arrêté royal du 29 avril 2019 portant exécution du Code des sociétés et des associations, M.B., 30 avril 2019, 2<sup>e</sup> éd., p. 42256).

<sup>33</sup> C.E., avis 65.614/2 du 27 mars 2019 sur un projet d'arrêté royal «portant exécution du Code des sociétés et des associations», *op. cit.*, p. 42267. Sur ce point, on trouve dans le rapport au Roi la suggestion de l'existence d'un «apport issu de ressources de la société (apport provenant de réserves ou apport interne)» (*Ibid.*, p. 42256).

<sup>34</sup> Rapport au Roi précédant l'arrêté royal du 29 avril 2019 portant exécution du Code des sociétés et des associations, M.B., 30 avril 2019, 2<sup>e</sup> éd., p. 42256.

dividende qui, lui, vient réduire les fonds propres, de la même manière, d'ailleurs, qu'une distribution prélevée sur un compte d'apport disponible.

## § 2. Distributions

La seconde modification d'importance apportée au droit des sociétés à responsabilité limitée et découlant de la suppression du capital concerne les règles de distribution.

### A. *Principe : tous les fonds propres sont distribuables*

#### 1. *Fonds propres disponibles*

Le capital est un concept dont l'utilité principale est de maintenir dans la société un certain niveau de fonds propres, à tout le moins dans les relations entre les actionnaires et les créanciers. Il pose ainsi, dans l'intérêt des créanciers, une limite au montant des fonds propres de la société que les actionnaires peuvent décider de s'attribuer.

La suppression du concept de capital fait disparaître ce plafond, ou plus exactement impose de le définir autrement, car il n'a jamais été question de permettre aux actionnaires de se distribuer sans limite les fonds propres de la société.

Il n'en reste pas moins que la suppression du capital implique que tous les fonds propres de la société sont en principe distribuables aux actionnaires, même ceux qui font partie de la catégorie comptable des apports et qui ont été apportés par les actionnaires. Dans la foulée, la réserve légale, qui était conçue comme une sorte de supplément au capital constitué à partir des premiers bénéfices de la société, est aussi supprimée dans la SRL<sup>35</sup>.

#### 2. *Fonds propres indisponibles*

La loi, les statuts ou l'assemblée générale peuvent cependant rendre indisponible une partie des fonds propres. Il subsiste une obligation légale de créer une réserve indisponible en cas d'acquisition d'actions propres conservées dans le patrimoine de la société et en cas d'assistance financière (art. 5:148, § 2 et 5:152, § 1<sup>er</sup>, al. 1<sup>er</sup>, 4<sup>o</sup>, CSA). Pour ce qui concerne les distributions, les plus-values de réévaluations, dans la mesure où elles n'ont pas été amorties, sont aussi considérées comme indisponibles (art. 5:142, al. 1<sup>er</sup>, CSA). Il existe encore une réserve indisponible légale en vertu des règles de droit transitoire, résultant

<sup>35</sup> Elle subsiste toutefois, conformément au droit de l'Union, dans la société anonyme (art. 7:211 CSA).

de la transformation du capital libéré des SPRL qui existaient avant l'entrée en vigueur du CSA (art. 39, § 2, al. 2 de la loi du 23 mars 2019).

Enfin, les statuts ou l'assemblée générale ont toujours la possibilité de décréter que certaines réserves sont indisponibles, c'est-à-dire qu'elles ne sont pas distribuables ou, à tout le moins, pas aux conditions ordinaires auxquelles l'assemblée générale prend des décisions. Il est possible qu'à l'avenir, certains créanciers posent la création d'une telle réserve comme condition de l'octroi d'un crédit. À cet égard, les statuts peuvent prévoir toutes sortes de modalités, de conditions de fond ou de procédure, plus ou moins exigeantes, auxquelles ils soumettent la distribution de ces montants.

## B. *Double test et décision de deux organes*

La limite aux distributions constituée par le capital ayant disparu, il fallait redéfinir les conditions des distributions. Les nouveaux critères valent pour toutes les distributions, qu'il s'agisse de distributions d'apports ou de bénéfices, et que ces distributions profitent aux actionnaires (dividendes) ou aux administrateurs (tantièmes)<sup>36</sup>.

La nouvelle formule implique la réalisation d'un double test et l'intervention de deux organes<sup>37</sup>.

### 1. *Test de solvabilité*

D'une part, l'assemblée générale doit décider de la distribution sur la base d'un test de solvabilité (art. 5:142 CSA). Ce test ressemble à l'ancien critère de distribution, dans lequel on aurait remplacé le montant du capital par le chiffre zéro. Ainsi, l'assemblée générale peut décider de distribuer des dividendes pour autant qu'à la suite de cette distribution, l'actif net de la société ne devienne pas négatif (donc inférieur à zéro, alors qu'avant il ne pouvait devenir inférieur au montant du capital). Si la société dispose de capitaux propres indisponibles, l'actif net ne peut devenir inférieur au montant de ces capitaux propres indisponibles, ce qui correspond à la définition même de l'indisponibilité.

L'actif net est défini comme le total de l'actif dont on déduit les provisions et les dettes, ainsi qu'en principe le montant des frais d'établissement et d'expansion et des frais de recherche et développement, dans la mesure où ils

<sup>36</sup> Pour la facilité de l'expression, on parlera de « distribution » dans les lignes qui suivent, voire simplement de « dividende », étant entendu que les règles applicables aux dividendes s'appliquent également aux tantièmes.

<sup>37</sup> La combinaison d'un test de solvabilité et d'un test de liquidité a été recommandée par des auteurs renommés, dont W. SCHÖN, « Balance sheet tests or solvency tests – or both? », *E.B.O.R.*, 2006, pp. 181-198. En droit belge, la réforme de la SRL en ce qui concerne le capital prend appui sur les travaux de D. BRULOOT, *Vennootschapskapitaal en schuldeisers*, Anvers, Intersentia, 2014.

n'ont pas été amortis (art. 5:142, al. 3, CSA). Cela ne change pas par rapport au droit antérieur.

En principe, ce test doit se faire sur la base des derniers comptes annuels approuvés. Typiquement, la décision de distribution est prise lors de la réunion de l'assemblée générale ordinaire, juste après l'approbation des comptes annuels. Mais rien n'impose qu'il en aille ainsi : à tout moment pendant l'exercice, l'assemblée générale peut décider d'une distribution<sup>38</sup>.

Le Code des sociétés et des associations permet également que le test de solvabilité soit réalisé sur la base d'un état actif et passif plus récent, que la société aurait fait établir (5:142, al. 2, CSA). Ceci permet donc (sans l'imposer) de tenir compte de données comptables plus récentes que les derniers comptes annuels. Si des bénéfices ont été engrangés depuis la date de clôture des derniers comptes annuels et avant l'approbation des comptes annuels suivants – ce qui représente souvent une période de près de 18 mois – ces bénéfices peuvent être distribués sans attendre la clôture de l'exercice et l'approbation des comptes<sup>39</sup>. Ce procédé permet d'obtenir un résultat analogue à celui de l'acompte sur dividendes, étant entendu qu'il s'agit ici d'un véritable dividende et non d'un acompte. En d'autres termes, ce n'est pas une avance (éventuellement remboursable) sur un dividende qui sera définitivement décidé ultérieurement, mais un dividende immédiatement et irrévocablement attribué, même si plus tard la situation de la société évolue défavorablement de sorte qu'une distribution ne serait plus possible sur la base du bilan tel qu'il sera établi au terme de l'exercice.

## 2. *Test de liquidité*

Une fois que l'assemblée générale a décidé d'une distribution, c'est dans un second temps à l'organe d'administration que revient la tâche de décider de sa mise en paiement. Auparavant, la mise en paiement était plus ou moins automatique. Tout au plus l'organe d'administration décidait-il du moment exact du virement, en fonction des liquidités disponibles de la société.

Désormais, cette mise en paiement est subordonnée à la réussite d'un deuxième test, appelé test de liquidité, qui constitue la véritable nouveauté en la matière. Il relève de la responsabilité de l'organe d'administration et implique de vérifier que, malgré la mise en paiement du dividende ou du tantième et selon les prévisions raisonnables, la société sera en mesure de payer ses dettes exigibles, à leur échéance, pendant les douze mois qui suivent la distribution

<sup>38</sup> Cass., 23 janvier 2003, *J.T.*, 2004, p. 155, obs. A. BERTRAND.

<sup>39</sup> Auparavant, la possibilité de distribuer des bénéfices d'un exercice clôturé avant l'approbation des comptes y relatifs était controversée. Voy. H. DE WULF, « Moet de mogelijkheid tot winstuitkering volgens artikel 617 W. Venn. steeds aan de hand van de laatste jaarrekening berekend worden? », *R.D.C.*, 2005, pp. 396-399.

(art. 5:143 CSA). En d'autres termes, il ne faut pas que la distribution conduise la société à des problèmes de liquidité, comme par exemple ceux qui mènent à la procédure de réorganisation judiciaire ou à la faillite. À défaut, la décision de distribution prise par l'assemblée générale ne produit pas ses effets.

À l'évidence, on ne demande pas à la société de posséder déjà les liquidités nécessaires pour payer toutes les dettes qui viennent à échéance dans l'année. Elle peut tenir compte des rentrées de liquidités prévisibles pendant la période concernée, ainsi que du fait que toutes les dettes ne seront pas échues à la même date. Il n'est pas non plus obligatoire d'anticiper des événements sortant à ce point de l'ordinaire qu'ils doivent être considérés comme raisonnablement improbables, même si l'organe d'administration prudent se souviendra que l'événement paraissant fort improbable avant sa survenance le semblera beaucoup moins après qu'il se sera produit. De même, on n'exige pas une perspective à trop long terme, mais seulement à douze mois, tout en attirant l'attention sur la circonspection qui doit néanmoins prévaloir lorsque des événements plus lointains, mais nettement prévisibles voire effectivement prévus, menacent la liquidité de la société<sup>40</sup>.

Pour que l'on puisse apprécier par la suite si la décision de l'organe d'administration était raisonnable, ce dernier doit la justifier dans un rapport, qui n'est pas publié, mais qui pourra être utilisé *a posteriori*, un peu comme le plan financier de la constitution. Si la société a nommé un commissaire, ce dernier doit évaluer les informations comptables et financières figurant dans ce rapport et indiquer dans son rapport annuel qu'il s'est acquitté de cette mission.

Le test de liquidité présente au moins deux différences structurelles par rapport au test de solvabilité auquel nous sommes habitués.

Premièrement, s'il peut en partie se baser sur les chiffres du bilan ou, plus généralement, des comptes annuels, il ne consiste pas en un simple exercice d'arithmétique basé sur des rubriques identifiées de la comptabilité. Il faut au contraire se livrer à une appréciation, à une évaluation raisonnable et prudente incluant une série d'éléments qui ne se réduisent pas, ou pas nécessairement, à une formule mathématique. Ceci comporte une inévitable incertitude, qui peut effrayer ceux que rassurent les données purement comptables. On entend dire, d'ailleurs, que les risques liés à cette obligation de prévoir et d'apprécier conduiraient certains à opter plutôt pour la forme de la société anonyme, où il suffi(rai)t de calculer pour savoir si une distribution est permise (art. 7:212 CSA). Qu'ils se détrompent. D'une part, diriger une société implique, à tout moment et sur toute question, d'agir prudemment et diligemment pour

<sup>40</sup> Voy. exposé des motifs, *op. cit.*, n° 54-3119/001, pp. 178-179; D. BRULOOT et H. CULOT, « De kapitaalozze BV – La SRL sans capital », *op. cit.*, p. 109.

prendre des décisions raisonnables dans un contexte fondamentalement incertain. La mise en paiement du dividende n'est pas fondamentalement différente à cet égard, d'autant moins que la loi fixe des balises. D'autre part, même si un test de liquidité n'est pas exigé pour décider des distributions dans les sociétés anonymes, il ne s'ensuit pas qu'on puisse, au seul motif que le test de bilan le permet, distribuer n'importe quel montant aux actionnaires en négligeant les intérêts des créanciers ou l'intérêt social<sup>41</sup>.

D'autre part, alors que le test de solvabilité est fondé sur le passé puisqu'il se base sur les résultats antérieurs de la société tels que reflétés dans le bilan, le test de liquidité impose d'envisager l'avenir et d'anticiper la situation prévisible future de la société. Sauf dans les cas évidents, il faudra établir un plan prévisionnel des flux de trésorerie pour démontrer que les dettes exigibles pourront être payées<sup>42</sup>. Il résulte de ces deux éléments que le test de liquidité est plus risqué, car moins certain que le test de solvabilité. En cas de doute, la décision sûre est de renoncer à la mise en paiement de la distribution.

### 3. *Notion de montant distribuable*

Le montant distribuable, au sens du Code des sociétés et des associations, est celui qui remplit les conditions des deux tests ou, pour le dire autrement, le plus petit montant acceptable au regard d'un des deux tests. Cette notion de montant distribuable est utilisée pour décider des distributions, mais aussi chaque fois que, dans un autre contexte, le CSA se réfère aux montants distribuables. C'est notamment le cas dans le cadre des acquisitions d'actions propres ou de l'assistance financière (voy. *infra*).

## C. *Responsabilités*

Ces différentes règles sont sanctionnées par des responsabilités civiles et pénales.

### 1. *Responsabilité civile des administrateurs*

Les administrateurs qui ont mis une distribution en paiement alors qu'ils savaient ou devaient savoir que les conditions du test de liquidité n'étaient pas réunies sont solidairement responsables du dommage qui en résulte pour la société ou pour les tiers (art. 5:144, al. 1<sup>er</sup>, CSA). Cette responsabilité ne porte que sur l'accomplissement correct du test de liquidité ; pour ce qui concerne la

<sup>41</sup> Voy. Comm. Liège (réf.), 26 novembre 2013, T.R.V., 2014, p. 319, suspendant à la demande des travailleurs de la société une décision de l'assemblée générale portant sur la distribution d'un dividende.

<sup>42</sup> Exposé des motifs, *op. cit.*, n° 54-3119/001, p. 179.

décision de distribution basée sur le critère de solvabilité, la décision relève de l'assemblée générale et les administrateurs n'en sont pas responsables<sup>43</sup>.

Cette règle de responsabilité ressemble fortement à la règle générale qui figure à l'article 2:56, alinéa 3 du Code des sociétés et des associations, mais rien n'est dit quant à la possibilité pour un administrateur de s'exonérer de la responsabilité s'il n'a pas commis la faute et s'il l'a dénoncée à ses collègues conformément à l'alinéa 4 de l'article précité. Dans ces conditions, l'exonération est-elle possible ? Si l'on considère que l'article 5:144, al. 1<sup>er</sup>, contient une règle spéciale par rapport à celles de l'article 2:56, on en déduira que l'exonération – qui n'y est pas prévue – n'est pas possible. À l'inverse, si l'on considère qu'il ne s'agit que d'une répétition (alors, inutile en soi) de la même règle, on pourra faire appel à la possibilité d'exonération<sup>44</sup>.

## 2. *Obligation de remboursement des actionnaires*

Les actionnaires qui, même de bonne foi, ont reçu un dividende alors que les conditions de l'un des deux tests n'étaient pas remplies, peuvent être condamnés à rembourser ce qu'ils ont reçu ou, à tout le moins, la partie qui dépasse le maximum qu'ils pouvaient recevoir (art. 5:144, al. 2, CSA). Les actionnaires de bonne foi sont ceux qui pouvaient raisonnablement croire que les conditions étaient remplies – même si, par hypothèse, elles ne l'étaient pas. *A fortiori*, les actionnaires qui savaient que les conditions n'étaient pas réalisées peuvent aussi être obligés de rembourser.

Que la bonne foi ne permette pas d'échapper à cette responsabilité se comprend dans la logique générale des sociétés à responsabilité limitée, où les créanciers sont en principe prioritaires sur les actionnaires. Ces derniers, quel que soit leur état d'esprit, ont reçu de l'argent qui n'aurait pas dû leur revenir. Il n'est donc pas si choquant qu'ils doivent le rembourser.

Cette règle soulève néanmoins deux regrets. D'une part, elle ne vise que les actionnaires et ne s'applique donc pas à la restitution des tantièmes. Certes, dans ce cas, on pourra vraisemblablement invoquer une responsabilité des administrateurs, qui sont aussi les bénéficiaires des tantièmes. Mais seul le test de liquidité relève de la décision, et donc de la responsabilité, des administrateurs. En cas de distribution de tantièmes sans respecter le test de solvabilité, il n'existe donc pas de sanction civile évidente. D'autre part, il sera difficile et coûteux pour la société ou son curateur de récupérer les dividendes payés s'ils l'ont été à une multitude d'actionnaires ; et si le montant par actionnaire est modeste, les démarches

<sup>43</sup> Voy. cependant ci-dessous en ce qui concerne la responsabilité pénale, qui, comme on le sait, peut aussi avoir des effets civils.

<sup>44</sup> H. CULOT, « La suppression du capital dans la société à responsabilité limitée », *op. cit.*, n° 33.

pourraient s'avérer disproportionnées. Mais tel ne sera pas le cas si, comme dans de nombreuses PME, le nombre d'actionnaires est réduit.

### 3. *Responsabilité pénale des administrateurs*

Enfin, si le Code des sociétés et des associations a supprimé la plupart des dispositions pénales qui figuraient antérieurement dans le Code des sociétés, il a maintenu quelques sanctions répressives, dont celle en cas de distribution illicite. Selon l'article 5:158, 3°, les administrateurs qui ont contrevenu aux articles 5:142 (test de solvabilité) ou 5:143 (test de liquidité) risqueront une amende de 50 à 10.000 euros, voire un emprisonnement d'un mois à un an.

On comprend ce qui pourrait se passer en ce qui concerne le test de liquidité, mais moins comment on pourrait sanctionner pénalement un administrateur pour une décision de l'assemblée générale, décision qu'il n'a pas prise et qu'il n'a pas pu empêcher. En pratique, on ne peut que conseiller à l'administrateur confronté à cette situation de refuser de mettre la distribution en paiement. Vraisemblablement, les actionnaires en seront contrariés, mais cela vaut mieux que d'engager sa responsabilité pénale, avec des sanctions qui pourraient (théoriquement ?) être prononcées même si la décision ne cause aucun dommage et si la société ne rencontre aucun problème de solvabilité.

## Section 3

### **Ce qui ne change pas (vraiment)**

À côté des éléments grâce auxquels une SRL sera soumise à une réglementation différente de celle d'une SPRL, d'autres règles demeurent en revanche très similaires.

#### **§ 1. Fonds propres de départ suffisants et responsabilité des fondateurs**

##### *A. Résumé du régime antérieur*

Outre l'exigence du capital minimum, on parlait auparavant de capital suffisant. Il fallait en effet veiller à prévoir un capital d'un montant suffisant pour que, compte tenu des autres sources de financement<sup>45</sup>, la société puisse exercer l'activité prévue pendant les deux premières années de son existence. Le montant du capital suffisant devait être établi dans un plan financier remis au notaire, mais non publié (art. 215 C.Soc.). Si la société était déclarée en

<sup>45</sup> M. FYON, « Le capital social : une notion en voie d'érosion ? », *op. cit.*, p. 86; H. CULOT, « Plan financier et avances d'associé », note sous Anvers, 16 avril 2015, R.D.C., 2016, pp. 470-472 et les références citées.

faillite dans les trois ans de sa constitution et s'il s'avérait que le capital prévu au départ n'était manifestement pas suffisant, le juge pouvait mettre à charge des fondateurs tout ou partie du passif de la faillite (art. 229, 5°, C.Soc.).

D'un point de vue substantiel, le dispositif n'a pas changé, mais il a été adopté et renforcé<sup>46</sup>.

## B. *Obligation positive*

Le Code des sociétés et des associations contient désormais une obligation positive de doter la société de capitaux propres suffisants (art. 5:3 CSA). Auparavant, cette obligation ne résultait qu'indirectement de la règle de responsabilité qui s'appliquait dans le cas contraire, si l'insuffisance était manifeste. D'un point de vue strictement juridique, la différence est ténue, mais la formulation d'une obligation positive peut avoir une incidence sur le plan symbolique et permettre, en pratique, d'attirer davantage l'attention sur cette obligation des fondateurs.

## C. *Capitaux propres*

Il ne s'agit plus de capital suffisant, mais de capitaux propres suffisants, ce qui est une conséquence logique de la suppression du capital. Malheureusement, cela brouille un peu le message, au moins pour les non-spécialistes. Dire à l'entrepreneur débutant qu'il n'a plus d'obligation de fournir un « capital » minimum, mais que la société doit avoir « des capitaux » en suffisance revient plus ou moins au même. L'important est surtout de mettre en lumière le fait que le montant des capitaux propres de départ peut être adapté aux particularités de chaque société, à savoir principalement le financement que son activité requiert et les sources alternatives de financement sur lesquelles elle peut compter, dont notamment les prêts que ses actionnaires pourraient lui accorder.

## D. *Plan financier*

Le plan financier doit toujours être établi, mais il est légalement « renforcé ». On veut dire par là qu'alors que la loi n'imposait rien quant à son contenu (sauf dans le cas des SPRL-*starter*<sup>47</sup>), elle indique désormais sept rubriques que le plan financier doit contenir (art. 5:4, § 2, CSA) :

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

<sup>46</sup> Exposé des motifs, *op. cit.*, n° 54-3119/001, p. 128; D. BRULOOT et H. CULOT, « De kapitaalozze BV – La SRL sans capital », *op. cit.*, pp. 102-105.

<sup>47</sup> Art. 219bis et s. de l'A.R. du 30 janvier 2001 portant exécution du Code des sociétés.

- 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 établi conformément au schéma visé à l'article 3:3, ainsi que des bilans projetés après douze et vingt-quatre mois ;
- 4° un compte de résultats projeté après douze et vingt-quatre mois, établi conformément au schéma visé à l'article 3:3 ;
- 5° un budget des revenus et dépenses projetés pour une période d'au moins deux ans à compter de la constitution ;
- 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.»

Il faut donc s'attendre – c'est l'objectif poursuivi – à ce que les plans financiers soient établis de manière plus sérieuse qu'auparavant<sup>48</sup>. Les notaires ne pourront plus se contenter de vérifier la seule existence d'un plan financier (déjà sous l'empire du Code des sociétés, n'importe quel papier griffonné ne suffisait évidemment pas), mais devront également s'assurer que son contenu est conforme au prescrit légal, au minimum quant à l'existence des différentes rubriques. À cela s'ajoute que, précédemment, les sociétés à objet civil n'étaient pas susceptibles d'être déclarées en faillite et ne craignaient donc pas la sanction légale de l'insuffisance du capital. Cette catégorie n'existe désormais plus : toutes les sociétés, quel que soit leur objet, sont des entreprises et sont sujettes à la faillite, et donc à la responsabilité des fondateurs (art. I.1, al. 1<sup>er</sup>, 1<sup>o</sup>, (b) et I.22, 8<sup>o</sup>, CDE).

Le renforcement du plan financier a pour conséquence qu'il est beaucoup plus difficile qu'auparavant de l'établir soi-même si l'on n'est pas un spécialiste. Certes, pour ne pas alourdir les frais<sup>49</sup>, le Code des sociétés et des associations n'impose pas d'avoir recours à un professionnel du chiffre<sup>50</sup>, mais seulement d'indiquer dans le plan le nom de ce professionnel si l'on y a eu recours. On peut penser que, vu la complexité des exigences et les risques qu'ils courent, les fondateurs prudents, d'initiative ou convaincus par leur notaire, auront plus que précédemment recours à un professionnel pour les assister. C'est en soi une

<sup>48</sup> Certains plans financiers étaient lacunaires ou incohérents. Voy. par exemple Gand, 26 juin 2017, D.A.O.R., 2017/124, p. 30, où les fondateurs ont rédigé un plan financier pour un magasin alors que la société exploite ensuite un restaurant, tout en omettant de prévoir les dépenses de gaz et d'électricité.

<sup>49</sup> Exposé des motifs, *op. cit.*, n° 54-3119/001, p. 129.

<sup>50</sup> R. AYDOGDU et L. NICKELS, « La société à responsabilité limitée et les autres formes de sociétés », *op. cit.*, p. 70.

bonne chose, et, dans l'ensemble, le coût supplémentaire vaut probablement la peine au regard des enjeux.

### E. *Responsabilité des fondateurs*

Le mécanisme et les conditions de la responsabilité ne sont, en tant que tels, pas modifiés<sup>51</sup>. Toutefois, le Code des sociétés et des associations permet de prévoir dans l'acte constitutif, comme c'était auparavant possible dans la SA uniquement (art. 450, al. 2, C.Soc.), que certains comparants à l'acte constitutif ne seront pas considérés comme des fondateurs et ne subiront donc pas le risque de responsabilité associé à cette qualité. Il faut pour cela que les fondateurs désignés possèdent ensemble un tiers des actions au moins et que ceux qui ne sont pas fondateurs n'apportent que du numéraire et ne bénéficient d'aucun avantage particulier. Ce qu'est exactement un avantage particulier dans un système où les statuts déterminent librement les droits (politiques et financiers) associés aux actions, sans aucune obligation de proportionnalité avec les apports, demeure un peu mystérieux<sup>52</sup>. On peut en tout cas penser qu'il n'y a pas d'avantage particulier lorsque les droits de vote et les droits aux distributions sont statutairement répartis de manière purement proportionnelle aux apports.

## § 2. Contrôle des apports en nature

### A. *Évaluation par un réviseur*

En ce qui concerne la valeur des apports en nature, l'obligation du contrôle par un réviseur est maintenue dans son principe et dans ses principales modalités. Le *goldplating* résultant d'une application de la directive européenne au-delà de son champ d'application, pourtant dénoncé par les auteurs du projet de Code<sup>53</sup>, se poursuit sur ce plan. Les exceptions introduites en droit belge en 2008 sont aussi maintenues<sup>54</sup>.

On note cependant quelques différences mineures.

<sup>51</sup> Sur cette responsabilité, voy. notamment Y. DE CORDT (coord.), *Société anonyme*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 38-40; T. TILQUIN et V. SIMONART, *Traité des sociétés*, t. III, Bruxelles, Kluwer, 2005, pp. 590 et s.

<sup>52</sup> Voy. H. CULOT, « La suppression du capital dans la société à responsabilité limitée », *M.B.*, 30 avril 2019, 2<sup>e</sup> éd., n<sup>o</sup> 23.

<sup>53</sup> Exposé des motifs, *op. cit.*, n<sup>o</sup> 54-3119/001, p. 6.

<sup>54</sup> Actuel art. 219, § 2, C.Soc., qui devient l'art. 5:7, § 2, CSA. Les exceptions proviennent de l'article 50 de la directive 2017/1132. Voy. notamment H. CULOT et P.-Y. THOUMSIN, « Contrôle et maintien du capital: une réforme sans audace », *J.T.*, 2009, pp. 93-99; A. COIBION et G. DE PIERPONT, « Assistance financière, rachat d'actions propres et apports en nature: assouplissement nécessaire ou coup d'épée dans l'eau? », in Y. DE CORDT et A.-P. ANDRÉ-DUMONT, *Droit des sociétés – Millésime 2011*, Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 51-62.

## B. *Rapports*

Premièrement, l'article 5:7, § 1<sup>er</sup>, articule plus logiquement le rapport des fondateurs et celui du réviseur. Les fondateurs doivent d'abord établir un projet de rapport qui décrit chaque apport en nature, explique son intérêt pour la société et justifie la valeur de la rémunération accordée à l'apporteur. Le réviseur intervient ensuite et vérifie si la valeur attribuée par les fondateurs à l'apport et à sa rémunération correspond au moins à la valeur réelle. Les fondateurs finalisent alors leur rapport en précisant s'ils s'écartent ou non des conclusions du réviseur.

## C. *Apports en industrie*

Deuxièmement, cette procédure d'évaluation s'applique aussi aux apports en industrie, qui sont désormais autorisés dans la SRL. Cette évaluation n'a d'intérêt que pour ce qui concerne les rapports entre actionnaires si, comme cela semble envisagé, les apports en industrie ne figurent pas dans le bilan de la société<sup>55</sup>. Il reste à voir, comme on l'a déjà évoqué, si l'on rencontrera des apports en industrie dans la pratique et, le cas échéant, quelle sera la pratique des réviseurs chargés de les évaluer.

## D. *Quasi-apport*

Troisièmement, la procédure spécifique autrefois prévue en cas de quasi-apport n'existe plus dans la SRL (bien qu'elle reste applicable dans la société anonyme). Pour rappel et en résumé, il s'agissait d'éviter le contournement de l'obligation d'évaluer les apports en nature en réalisant la même opération par le biais d'un apport en numéraire suivi d'un achat par la société de biens appartenant aux fondateurs, associés ou gérants (art. 220-222 C.Soc.).

Ce type d'opération n'est désormais plus soumis à une procédure particulière. Dans certains cas, singulièrement si la vente implique directement ou indirectement un administrateur de la société, la procédure de conflit d'intérêts (art. 5:76-5:78 CSA) pourrait s'appliquer<sup>56</sup>. Mais cela ne couvrira pas tous les cas de quasi-apports et, par ailleurs, cette procédure, dans lequel l'intervention d'un réviseur n'est souvent pas obligatoire, ne fournit que de moindres garanties. La pratique des quasi-apports, libérée de ses lourdeurs, pourrait ainsi revenir à la mode.

<sup>55</sup> Voy. *supra* et Rapport au Roi précédant l'arrêté royal du 29 avril 2019 portant exécution du Code des sociétés et des associations, M.B., 30 avril 2019, 2<sup>e</sup> éd., p. 42256.

<sup>56</sup> R. AYDOGDU et L. NICKELS, « La société à responsabilité limitée et les autres formes de sociétés », *op. cit.*, p. 68.

### E. *Apports supplémentaires*

Les règles d'évaluation des apports en nature s'appliquent aussi lorsque ces apports sont faits après la constitution de la société et non au moment de celle-ci. On parle alors d'« apports supplémentaires », ce qui correspond *mutatis mutandis* à l'ancienne augmentation de capital (art. 5:133 CSA).

### F. *Pas de possibilité de renoncer aux rapports, même à l'unanimité*

Dans un système sans capital, où la protection des créanciers repose sur d'autres mécanismes, il peut se justifier d'imposer un contrôle de la valeur des apports en nature, mais seulement dans l'intérêt des actionnaires et, en particulier des actionnaires qui n'apportent pas en nature ou, en cas d'apport supplémentaire, des actionnaires minoritaires qui n'apportent rien<sup>57</sup>. L'obligation d'évaluer aussi les apports qui, tels les apports en industrie dans l'esprit du législateur, ne figurent pas au bilan de la société, semble confirmer que c'est effectivement l'intérêt des actionnaires qui est ici en jeu.

Il devrait alors être possible que les actionnaires renoncent à l'unanimité à faire établir le rapport, en particulier celui du réviseur<sup>58</sup>. La situation est particulièrement flagrante en cas d'actionnaire unique : pourquoi devrait-il passer par un réviseur pour vérifier la valeur de ce qu'il apporte ?

Le législateur en a pourtant, très consciemment<sup>59</sup>, décidé autrement, sans que l'on n'en comprenne parfaitement la raison<sup>60</sup>. Certes, il faut que les comptes de la société soient conformes au principe d'image fidèle, mais cela est vrai pour tous les actifs et pas seulement pour les actifs apportés. En cas de fusion, qui représente un cas analogue à bien des égards, les actionnaires peuvent unanimement renoncer au rapport révisoral (art. 12:26, § 1<sup>er</sup>, al. 6, CSA).

Quoi qu'il en soit, la règle est claire : il n'est pas autorisé de renoncer, même à l'unanimité, au rapport de réviseur en cas d'apport en nature.

## § 3. **Maintien du patrimoine**

Ce que l'on appelait le maintien du capital social devient le maintien du patrimoine, mais on y retrouve, à nouveau, les principales règles que l'on connaissait précédemment.

<sup>57</sup> Sur les dangers liés à la surévaluation des apports en nature, voy. Y. DE CORDT (coord.), *op. cit.*, pp. 39-40.

<sup>58</sup> C.E., avis 61.988/2 du 9 octobre 2017, *op. cit.*, pp. 57-59.

<sup>59</sup> Exposé des motifs, *op. cit.*, n° 54-3119/001, p. 130.

<sup>60</sup> Pour une discussion plus approfondie, H. CULOT, « La suppression du capital dans la société à responsabilité limitée », *op. cit.*, n° 18.

## A. *Acquisition d'actions propres*

### 1. *Principe*

Les conditions posées pour l'acquisition par la société de ses propres actions ne diffèrent guère de celles prévues antérieurement, qui découlent globalement des exigences posées par la directive 2017/1132. Elles ressemblent donc aussi aux exigences posées dans le cadre d'une société anonyme (art. 7:215 et s. CSA).

Quelques aménagements sont toutefois prévus.

### 2. *Majorité*

La majorité requise à l'assemblée générale pour autoriser l'acquisition d'actions propres est désormais la majorité requise pour la modification des statuts soit, en principe, les trois quarts (art. 5:145, al. 1<sup>er</sup>, 1<sup>o</sup>, CSA). La condition d'obtenir en outre l'assentiment de la moitié des associés (art. 321, al. 2, C.Soc.) est supprimée.

### 3. *Absence de maximum*

La limite, auparavant fixée à 20% du capital souscrit (art. 322, 1<sup>o</sup>, C.Soc.), est supprimée. La société pourra donc en principe acheter autant d'actions propres qu'elle souhaite, sous réserve de respecter les autres conditions et de maintenir au moins une action avec droit de vote (art. 5:40 CSA). Si la loi n'interdit pas explicitement que la société achète toutes ses actions, la règle de la suspension du droit de vote attaché aux actions propres (art. 5:147, § 3, al. 1<sup>er</sup>, CSA), jointe à celle de l'article 5:40, semble en effet interdire qu'elle aille aussi loin. D'ailleurs, tenir l'assemblée générale deviendrait singulièrement problématique si toutes les actions émises appartenaient à la société, et l'on ne voit de toute manière pas quel intérêt aurait le dernier actionnaire à vendre sa dernière action à la société.

### 4. *Montants distribuables*

Comme auparavant, l'opération ne peut se faire qu'au moyen de fonds distribuables mais, ainsi qu'on l'a indiqué précédemment, la notion de montant distribuable a été modifiée par l'introduction du double test<sup>61</sup>.

### 5. *Conséquences de l'acquisition*

Une SRL ayant acquis ses propres actions peut les annuler, les conserver ou les revendre. Les trois possibilités sont désormais réglées par la loi (art. 5:148-

<sup>61</sup> R. AYDOGDU et L. NICKELS, « La société à responsabilité limitée et les autres formes de sociétés », *op. cit.*, p. 71.

5:151 CSA). L'annulation requiert une décision de l'assemblée générale aux conditions requises pour la modification des statuts. Si les actions sont conservées en portefeuille, le droit de vote est suspendu et le droit aux dividendes est caduc. Rien n'impose plus de revendre les actions dans un certain délai, mais l'aliénation des actions suppose en principe une décision de l'assemblée générale à la majorité requise pour modifier les statuts ainsi que le respect d'un droit de préférence en faveur des actionnaires existants, proportionnellement à leur nombre d'actions.

## B. *Assistance financière*

Pour l'assistance financière également, le Code des sociétés et des associations se réfère principalement à la réglementation prévue par la directive 2017/1132, de sorte que les règles sont proches de celles applicables à la société anonyme.

### 1. *Prise en gage*

Le CSA ne prévoit plus de règle particulière concernant la prise en gage d'actions propres par la SRL<sup>62</sup>. Il s'agit donc d'une opération qui n'est plus réglementée spécifiquement. Elle doit évidemment être réalisée dans le respect de l'intérêt social et, le cas échéant, des règles relatives aux conflits d'intérêts.

### 2. *Avances de fonds, prêts et sûretés*

La société ne peut octroyer une assistance financière pour l'acquisition de ses actions que moyennant une autorisation de l'assemblée générale, accordée dans les conditions requises pour la modification des statuts (art. 5:152, § 1<sup>er</sup>, CSA). L'organe d'administration doit rédiger un rapport dans lequel il justifie l'opération et ses conditions. Ce rapport ne doit plus être publié, contrairement à ce qu'imposait le Code des sociétés. L'assistance ne peut se faire qu'au moyen de montants distribuables, notion dont le sens a évolué comme on l'a vu précédemment<sup>63</sup>.

## C. *Sonnette d'alarme*

### 1. *Quand faut-il la tirer?*

Le mécanisme de la sonnette d'alarme demeure dans son principe, mais subit l'influence des nouvelles règles de distribution. Pour rappel, on appelle

<sup>62</sup> Auparavant, l'article 330 C.Soc. régissait cette opération.

<sup>63</sup> R. AYDOĞDU et L. NICKELS, « La société à responsabilité limitée et les autres formes de sociétés », *op. cit.*, p. 71.

sonnette d'alarme la règle qui impose à l'organe d'administration de convoquer l'assemblée générale lorsque les activités de la société périssent, afin de lui proposer une dissolution ou des mesures de nature à redresser la situation.

Auparavant, la loi considérait que la société était en mauvaise posture lorsque les fonds propres étaient, à la suite de pertes, réduits à un montant inférieur à la moitié, voire au quart, du capital (art. 332 C.Soc.). Désormais, la sonnette d'alarme devra être activée lorsque l'actif net est devenu ou risque de devenir négatif ou lorsqu'il n'est plus raisonnablement certain que la société pourra payer ses dettes exigibles au cours des douze mois à venir, selon les développements auxquels on peut raisonnablement s'attendre (art. 5:153 CSA). On reconnaît donc là les deux critères utilisés pour les distributions, mais considérés dans un sens négatif.

## 2. *Conséquences*

Si les conditions de la sonnette d'alarme sont réunies, l'organe d'administration doit convoquer l'assemblée générale de manière à ce qu'elle se réunisse dans les deux mois à compter du moment où la réunion des conditions a été constatée ou aurait dû l'être. L'organe d'administration doit définir dans un rapport des mesures pour redresser la situation financière de la société (de préférence) ou, à défaut, proposer sa dissolution. Une majorité qualifiée est requise pour décider de la dissolution.

Si la procédure a été correctement suivie et que la situation critique persiste pour les mêmes motifs, la procédure ne doit pas être réitérée avant l'écoulement d'une période d'un an (art. 5:153, § 4, CSA).

## **Conclusion**

Cette contribution se veut rassurante. Certes, les règles du capital changent, mais à la fois ce changement crée de nouvelles possibilités, dont il faudra faire bon usage, et il ne bouleverse pas si fondamentalement qu'on pourrait le croire nos modes de fonctionnement. De nombreux mécanismes subsistent, d'autres sont adaptés, mais tout juriste pourra s'y retrouver.

La perfection n'étant pas de ce monde, il faut s'attendre à ce que le temps révèle l'un ou l'autre défaut, que le législateur voudra peut-être corriger. En matière de capital, la comparaison du fonctionnement des sociétés anonymes et des SRL donnera sans doute des indications sur ce qui fonctionne bien ou moins bien, avec peut-être à terme un nouveau rapprochement entre ces deux formes, alors alignées, dans la mesure où le droit européen le permet(tra), sur les « meilleures » règles, qui auront entre-temps fait leurs preuves.

Pour les juristes, le défi des années à venir sera de faire vivre le Code des sociétés et des associations, en tirant parti de ses potentialités au bénéfice de l'économie du pays, en clarifiant progressivement les incertitudes consubstantielles à une réforme de cette ampleur et en promouvant une application ambitieuse, voire audacieuse, mais raisonnable, des règles qu'il contient.