2. LA SRL, UNE SOCIÉTÉ SANS CAPITAL MAIS DOTÉE DE RÈGLES (STRICTES) DE PROTECTION DES TIERS

Patrick De Wolf

Avocat

Maître de conférences à l'UCLouvain

Introduction 42

SECTION 1. Constitution 45

SECTION 2. Patrimoine de la société 53

SECTION 3. Démission ou exclusion à charge du patrimoine social 75

Conclusion 79

Introduction

1. La SRL, une société dépourvue de capital. « La société à responsabilité limitée est une société dépourvue de capital dont les actionnaires n'engagent que leur apport » (art. 5:1 du Code des sociétés et des associations, ci-après le « Code » ou le « CSA »).

La notion de capital de la SRL est supprimée dans le CSA de même que l'ensemble des règles de protection qui y sont liées, destinées pour l'essentiel à préserver les fonds propres de la société. Le Code assure désormais la protection des créanciers et des actionnaires d'une autre manière.

L'Exposé des motifs de la loi introduisant le Code affirme sans détour, à propos de la SRL, que « le concept de capital est actuellement dépassé et ne répond plus à la réalité économique. Il n'offre pas aux créanciers la protection efficace qui en était attendue, tout en confrontant les sociétés à des frais et à des procédures bureaucratiques. C'est la raison pour laquelle il est remplacé par une approche plus réaliste et plus économique tout en restant attentive à la recherche d'un juste équilibre entre la protection des tiers et la liberté contractuelle »[1].

2. La SRL, forme naturelle pour toutes les sociétés autres que la SA. La lourdeur des règles applicables à l'ancienne SPRL relèverait-elle d'un accident de l'histoire ? Les auteurs du Code le suggèrent. Ils constatent que la transposition en droit belge des directives européennes en matière de sociétés a souvent amené le législateur à étendre cette transposition à des formes de sociétés qui sortaient du champ d'application de ces directives.

Alors que la deuxième directive visait les SA, les dispositions protectrices du capital qu'elle contenait ont été étendues à la SPRL. Le régime de cette société en a été passablement alourdi.

Le Code vise dès lors à rendre à la société anonyme sa vocation historique, à savoir « rassembler suffisamment de capitaux pour développer une entreprise d'une certaine envergure, où l'identité des coactionnaires est d'un intérêt accessoire. Elle est conçue pour les grandes sociétés qui ont un actionnariat important »[2].

1. Projet de loi introduisant le Code des sociétés et des associations et portant des dispositions diverses, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2017-2018, n° 54-3119/001 (ci-après, en abrégé, « EdM »), p. 12.
2. *Ibid.*, p. 11.

Dans ce contexte, la société à responsabilité limitée devient la forme naturelle pour toutes les autres sociétés : « sa souplesse lui permettra de constituer une forme adaptée tant aux petites qu'aux grandes entreprises qui souhaitent conserver un caractère fermé »[3].

3. La *Besloten Vennootschap* (BV) néerlandaise comme exemple. La BV néerlandaise adoptée « précisément pour permettre à cette forme de société d'échapper au champ d'application de certaines directives »[4] a servi de modèle aux rédacteurs du Code.

Les Pays-Bas n'ont connu, jusqu'en 1971, que la SA comme société de capital (et, accessoirement, la société en commandite par actions, abrogée comme forme de société en 1975). La première directive européenne de 1968 imposait à toutes les SA et aux sociétés à responsabilité limitée de rendre leurs comptes publics. La directive prévoyait une exception (art. 2, 1 (f) et 2, 2) pour les sociétés à forme de SPRL (ou équivalentes) en Belgique, en Allemagne, en France, en Italie et au Luxembourg ainsi que pour « les sociétés anonymes fermées du droit néerlandais ». Ces dernières devaient répondre à un ensemble de critères prévus par la directive, mais non pourvus par le droit néerlandais. C'est donc en vue de permettre aux nombreuses « SA fermées » d'échapper à l'obligation de publication des comptes que fut créée la BV, comme forme de société[5].

L'entrée en vigueur, aux Pays-Bas, à partir du 1er janvier 1984, de la quatrième directive européenne, a fait disparaître le principal attrait de la BV par rapport à la SA, en matière d'obligation de publication des comptes annuels.

C'est à la faveur d'une réflexion sur les caractéristiques propres que devrait revêtir la BV qu'est née la Flex-BV.

La loi de simplification et de flexibilisation des règles de la BV, entrée en vigueur le 1er octobre 2012, a accru la liberté de constitution de ce type de société et modifié le régime de protection du capital, donnant lieu, de manière attendue, à une pratique fort éloignée des règles de la SA[6]. La matière de la protection du capital de la BV ne fait désormais plus l'objet de règles formelles. Elle est remplacée par des normes générales qui ont pour effet de rendre l'organe de gestion responsable de la bonne santé financière de la société[7].

3. *Ibid.*, p. 8.
4. *Ibid.*, p. 6.
5. F. K. Buijn et P. M. Storm, *Ondernemingsrecht BV en NV in de praktijk*, Deventer, Kluwer, 2013, p. 17. L'histoire de la naissance de la BV néerlandaise, que ces auteurs qualifient de peu élégante, a cependant entraîné, constatent-ils, la transformation de 45.000 SA en BV entre 1971 et 1980.
6. P. Van Schilfgaarde, *Van de BV en de NV*, 16e éd., Deventer, Kluwer, 2013, p. 39.
7. F. K. Buijn et P. M. Storm, *Ondernemingsrecht BV en NV in de praktijk*, *op. cit.*, p. 18.

4. Abandon de la notion de capital. Conséquences. L'abandon de la notion de capital et de l'arsenal des règles formelles pourrait susciter des craintes dès lors qu'elle équivaudrait à amenuiser la protection des créanciers sociaux.

Un rappel des contours de la notion de capital et de son utilité pratique permet de relativiser ces craintes.

Constitué par la somme des apports des fondateurs, le capital social constitue, pour les formes de sociétés à responsabilité limitée, la garantie des créanciers[8]. Le capital social a une signification juridique précise : il exprime « la limite en dessous de laquelle il est interdit de ramener la valeur de l'avoir social net par des distributions de dividendes ou par des remboursements aux associés »[9]. Il s'agit, en pratique, de veiller à ce que la société conserve en avoir réel, pour la garantie de ses créanciers, un actif net au moins égal au capital originaire[10].

La garantie légale consiste en un actif social minimal à constituer lors de la fondation de la société et à conserver en cours de vie sociale. Son montant minimal est le capital social.

5. Le système est simple mais il est souvent mal compris, principalement à cause d'idées préconçues en matière de terminologie. « Contrairement à ce que l'on imagine trop souvent, le capital social n'est pas synonyme de fortune sociale, ni d'actif social. Il n'est pas un ensemble de biens (espèces, immeubles industriels ou autres), ni une autre réalité économique. Il n'a pas de valeur en tant que tel. Le montant du capital social ne donne donc aucune indication sur le montant de la fortune sociale, ni sur sa composition. Le capital est une simple technique permettant de réaliser le système de garantie de la fortune sociale minimale, obligeant les fondateurs à doter leur société d'une certaine fortune, puis à essayer de la maintenir au moins dans une certaine mesure »[11].

Il apparaît que le capital n'est qu'une rubrique, en principe fixe, figurant au passif du bilan de la société.

6. Le capital diffère de la notion d'« actif net » qui constitue la différence entre l'actif social et les dettes sociales (art. 5:142, al. 3, CSA). L'actif net n'est ni un ensemble de biens, ni une dette mais une valeur qui représente une réalité économique (différence entre deux éléments variables). En tant que réalité économique variable (différence entre deux réalités économiques),

8. J. Heenen, « Le capital social des sociétés par actions – théories et réalités », in *Liber Amicorum Ernest Krings*, Bruxelles, Story-Scientia, 1991, p. 168.
9. Cass., 28 juin 1973, *Pas.*, 1973, I, p. 1017 ; Ph. Colle et P. De Wolf, « La protection financière des tiers – Moyens de contrôle et d'action », *Rev. prat. soc.*, 2015, p. 653.
10. J. Van Ryn, *Principes de droit commercial*, t. 1, 1e éd., Bruxelles, Bruylant, 1954, n° 335.
11. R. Ruedin, *Droit des sociétés*, Berne, Stämpfli, 2007, p. 198.

il n'est pas une rubrique du bilan, même s'il peut être calculé à partir des rubriques du bilan[12].

C'est donc, très logiquement, par rapport à la préservation de l'actif net de la société, que le Code des sociétés mesurait l'efficacité de mesures de protection des actionnaires et des créanciers. Le niveau d'actif net était comparé, dans les cas prévus par la loi (lors de distributions de dividendes ou en cas de pertes par exemple), au montant du capital ou à une portion de ce montant.

Les moyens mis en place par le Code, pour assurer, dans le sillage de la suppression de la notion de capital, la protection de ces mêmes actionnaires et créanciers, sont examinés ci-après.

Section 1. Constitution

§1. Les capitaux propres de départ

7. Les capitaux propres de départ. Le Code impose aux fondateurs des obligations particulières en matière de financement des activités projetées par la société :

« 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 » (art. 5:3 CSA).

Les notions de « capitaux propres » et de « financement des activités » de la société se substituent ici à la notion de « capital ».

L'Exposé des Motifs précise, à ce propos :

> « Les apports des actionnaires, une fois libérés, ne sont plus soumis à un régime particulier mais font simplement partie, avec les réserves et le bénéfice reporté notamment, des capitaux propres de la SRL. Ce dernier constitue, comme c'est déjà le cas actuellement, le véritable matelas protecteur des créanciers.
>
> La suppression de l'obligation de disposer d'un capital minimum est compensée par une exigence de posséder un patrimoine initial suffisant. Les fondateurs ont l'obligation de veiller à ce que, lors de sa constitution, la société puisse disposer d'un patrimoine suffisant pour mener l'activité projetée. Cette disposition confirme explicitement ce qui peut déjà être admis sur la base du devoir général de prudence. Celui qui participe à la constitution d'une société à responsabilité limitée commet une faute s'il est clair dès le début que la société ne disposera pas de moyens suffisants pour financer les activités

12. *Ibid.*, p. 200.

prévues. La disposition en projet précise que le patrimoine initial doit être composé de moyens propres, mais que pour l'évaluation du caractère suffisant de ce patrimoine initial, il peut être tenu compte d'autres sources de financement telles que des emprunts subordonnés qui peuvent également contribuer à un financement adéquat des activités de la société »[13].

8. Les capitaux propres suffisants. Il se déduit de ce long extrait que la notion de capitaux propres est entendue au sens large. Elle inclut les ressources propres mais aussi les moyens autres tels que des emprunts.

La rupture avec le régime ancien n'est cependant pas aussi nette qu'il y paraît à première vue.

Le Code des sociétés imposait jadis (i) qu'il y ait un capital minimum fixé par la loi (capital souscrit, de 18.550 EUR et capital libéré d'au moins 6.200 EUR ou 12.400 EUR selon que la SPRL était pluri- ou unipersonnelle) et (ii) que ce capital soit suffisant au regard de l'activité projetée.

La notion de capital minimum est certes supprimée. Mais la condition de caractère suffisant des capitaux propres (ou du patrimoine initial), par rapport à l'activité projetée, est maintenue. L'obligation de rédiger un plan financier a pour finalité, comme par le passé, de responsabiliser les fondateurs sur ce point.

9. Le plan financier (« réfléchir avant d'agir »[14]). Les obligations relatives au plan financier sont renforcées.

Sur pied de l'article 5:4, § 1er, CSA, « préalablement à la constitution de la société, les fondateurs remettent au notaire instrumentant un plan financier dans lequel ils justifient le montant des capitaux propres de départ à la lumière de l'activité projetée de la société pendant une période d'au moins deux ans. Ce document n'est pas déposé avec l'acte, mais est conservé par le notaire ».

Ce plan vise à éviter la constitution de sociétés de manière irréfléchie. Il a aussi pour vocation de protéger les fondateurs car « il permet au juge de se baser sur la situation et les informations existant au moment de la constitution pour apprécier leur responsabilité de fondateur en cas de constitution d'une société avec un patrimoine initial manifestement insuffisant »[15].

10. Contenu du plan financier. Le contenu minimum du plan est déterminé par le Code, tranchant singulièrement et heureusement avec le régime

13. EdM, p. 128.
14. *Ibid.*
15. *Ibid.*, p. 129.

antérieur, qui imposait de rédiger un plan financier mais sans en définir le contenu (art. 215 C. soc.)[16].

Selon l'article 5:4, § 2, CSA, « le plan financier doit au moins comporter les éléments suivants :

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 établi conformément au schéma visé à l'article 3:3, ainsi que des bilans projetés après douze et vingt-quatre mois ;

4° un compte projeté de résultats 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[17] ».

L'article 5:4, § 3, CSA précise que « lors de l'élaboration des bilans et comptes de résultats projetés, une autre périodicité que celle visée aux paragraphes 2, 3° et 4° peut être utilisée, à condition que les projections concernent au total une période d'au moins deux ans à compter de la constitution ».

§2. Souscription des actions

I. Souscription intégrale

11. La société ne peut souscrire ses propres actions. Principes. « La société ne peut souscrire ses propres actions ou des certificats se rapportant à de telles actions émis à l'occasion de l'émission de telles actions, ni directement, ni par une société filiale, ni par une personne agissant en son nom propre mais pour le compte de la société ou de la société filiale » (art. 5:6, § 1er, al. 1er, CSA).

16. La jurisprudence a suppléé à cette carence en apportant des précisons utiles. Voy. Liège, 5 mai 1995, *J.L.M.B.*, 1997, p. 626 ; Comm. Charleroi, 30 mars 1999, *J.L.M.B.*, 2000, p. 280, citées et commentées par G. Horsmans, in « La société privée à responsabilité limitée », *T.P.D.C.*, t. IV, vol. I, Kluwer, 2012, p. 188.

17. Bien que recommandée par les auteurs du projet, particulièrement aux entrepreneurs débutants, l'assistance d'un expert externe n'est pas rendue obligatoire « afin de ne pas alourdir les frais de constitution dans tous les cas » ; EdM, p. 129.

Cette interdiction figurait à l'identique dans le Code des sociétés. Elle se justifie « compte tenu du caractère essentiellement fictif de ces opérations »[18]. Issue de la deuxième directive européenne, l'interdiction vise à empêcher la société d'induire les tiers en erreur sur la consistance du patrimoine social et à éviter des abus dans l'utilisation des fonds sociaux. La souscription par une société à ses propres actions crée en effet une fausse apparence. Bien qu'il y ait une augmentation du montant du capital, l'actif net de la société demeure inchangé[19].

12. Sanctions. La personne qui a souscrit des actions ou des certificats en son nom propre mais pour le compte de la société ou de la société filiale est censée avoir souscrit pour son propre compte (art. 5:6, § 1er, al. 2, CSA). Le souscripteur sera réputé avoir souscrit[20].

Tous les droits afférents aux actions et aux certificats souscrits par la société ou sa filiale sont suspendus tant que ces actions ou ces certificats n'ont pas été aliénés (art. 5:6, § 1er, al. 3, CSA).

Il faut aussi tenir compte de la responsabilité des fondateurs qui sont tenus solidairement envers les intéressés « de la libération des actions souscrites, directement ou au moyen de certificats, en violation de l'article 5:6 » (art. 5:15, 3°, CSA).

13. Exception. L'interdiction de souscription visée ci-avant n'est pas applicable à la souscription d'actions d'une société ou de certificats par une société filiale qui, en sa qualité d'opérateur professionnel sur titres, est une société de bourse ou un établissement de crédit (art. 5:6, § 2, CSA). Cette exception, qui valait déjà, pour la société anonyme (art. 627, al. 2, C. soc. et art. 7:5, § 2, CSA) est étendue à la société à responsabilité limitée.

II. Les apports en nature

14. Le maintien du contrôle des apports en nature. Contrairement à la recommandation du Conseil d'État, le Code maintient les règles de contrôle des apports en nature. Les auteurs du projet justifient ainsi ce maintien :

> « Bien que le capital soit supprimé, il reste important pour les actionnaires, en particulier les actionnaires minoritaires, que les éléments patrimoniaux apportés, qui constituent le patrimoine de la société, soient correctement évalués. En outre, le contrôle de cette évaluation est utile pour la détermination

18. EdM, p. 129.
19. Ph. Colle et P. De Wolf, « La protection financière des tiers – Moyens de contrôle et d'action », *op. cit.*, p. 658.
20. G. Horsmans et G. Keutgen, « Augmentation et réduction du capital », in *Les sociétés commerciales*, Bruxelles, éd. Jeune Barreau, 1985, p. 167.

des capitaux propres suffisants visés à l'article 5:3. Enfin, le contrôle contribue à assurer l'image fidèle des comptes annuels »[21].

La solution peine à convaincre. Comme le souligne le Conseil d'État, qui suggère que les actionnaires puissent y renoncer à l'unanimité, « l'obligation de soumettre l'évaluation à un professionnel du chiffre ne se comprend pas au sein d'un dispositif dans lequel l'évaluation des apports n'a plus d'importance pour les tiers dès lors que l'apport ne participe plus à la formation d'un capital conçu comme une garantie pour ces derniers »[22].

Le maintien de la procédure de contrôle des apports en nature par un réviseur d'entreprises tranche en outre avec la solution retenue en matière de BV néerlandaise. Le législateur néerlandais a simplement abandonné le contrôle obligatoire par un réviseur. La responsabilité des fondateurs pourrait être engagée s'ils savaient ou devaient savoir, au moment de la constitution, que la valeur de l'apport était moindre, faisant ainsi courir un risque à la société. Les membres de l'organe de gestion sont pareillement responsables en cas d'apports en nature effectués postérieurement à la constitution de la société[23].

Le maintien de la procédure s'inscrit, et de manière flagrante, à rebours de la flexibilité annoncée dans les travaux préparatoires. Sur ce point précis, le Code n'a pas créé, pour la SRL, d'« avantage comparatif » par rapport à la SA.

15. Définition. La notion d'apport en nature telle qu'elle figure à l'article 218 du Code des sociétés (« apport autre qu'en numéraire consistant en éléments susceptibles d'évaluation économique à l'exclusion d'actifs constitués par des engagements concernant l'exécution de travaux ou de prestations de services ») n'est pas reprise dans le Livre 5 du Code.

Elle est définie dans le Livre 1er, consacré aux dispositions introductives, comme étant l'apport de tout bien corporel ou incorporel autre qu'une somme d'argent (art. 1:8, § 2, al. 2, CSA).

Il n'importe pas de savoir, dans le nouveau contexte de la SRL, quelles sont les valeurs d'apports qui peuvent être rémunérées par des parts représentatives du capital social. Il s'agit simplement d'évaluer les éléments de patrimoine de la société. Dans ce contexte, les apports en industrie ne sont plus prohibés et le régime de base du contrôle des apports en nature doit leur être appliqué[24].

21. EdM, p. 130.
22. C.E., avis n° 61.988/2 du 9 octobre 2017, p. 53.
23. F. K. Buijn et P. M. Storm, *Ondernemingsrecht BV en NV in de praktijk*, *op. cit.*, pp. 72-73.
24. EdM, p. 130. Voy. égal. l'article 5:10 CSA relatif au sort des actions attribuées au débiteur d'un apport en industrie se trouvant dans l'incapacité d'exécuter ses obligations (sur cette

16. Procédure de contrôle (art. 5:7, § 1er, CSA). La procédure de contrôle des apports en nature mise en place à l'article 5:7, § 1er, CSA est quasi-identique à celle de l'ancien Code des sociétés. La séquence des opérations est cependant inversée. Les fondateurs établissent d'abord un projet de rapport spécial sur l'intérêt de l'apport pour la société, rapport qui décrit et évalue cet apport et indique la rémunération attribuée en contrepartie de l'apport.

Ce « rapport en projet » est communiqué au réviseur d'entreprises qui apprécie ensuite l'évaluation qui est faite par les fondateurs.

Dans leur rapport, les fondateurs indiquent le cas échéant, les raisons pour lesquelles ils s'écartent des conclusions du rapport du réviseur.

Ces rapports sont déposés et publiés conformément aux articles 2:8 et 2:14, 4°, CSA.

17. Dérogations (art. 5:7, §§ 2 et 3, CSA). Le Code exonère de la procédure de contrôle, à l'identique du régime ancien, certains cas d'apport (i) de valeurs mobilières ou d'instruments de marchés monétaires apportés à un cours moyen pondéré lorsque ces actifs sont négociés sur un ou plusieurs marchés réglementés (ii) d'éléments d'actifs (autres que des valeurs mobilières ou des instruments de marchés monétaires) qui ont déjà été évalués, sous certaines conditions, par un réviseur d'entreprises et (iii) d'éléments d'actifs (autres que des valeurs mobilières ou des instruments de marchés monétaires) dont la juste valeur est tirée des comptes annuels de l'exercice financier précédent, à condition que ces comptes aient été contrôlés par le commissaire ou par une autre personne chargée du contrôle et que ce contrôle ait donné lieu à une attestation sans réserve.

Lorsque l'apport est exonéré de la procédure de contrôle de l'article 5:7, § 1er, CSA, l'organe d'administration rédige une déclaration spéciale, aux fins de dépôt et de publication conformément aux articles 2:8 et 2:14, 4°, CSA[25].

III. Obligation de libération des apports

18. Principes. Le Code des sociétés imposait, dès la constitution, une libération du capital à concurrence de 6.200 EUR (ce montant est doublé dans le cas d'une SPRL unipersonnelle) outre que chaque part sociale souscrite en numéraire devait être libérée d'un cinquième au moins et les parts

question, *infra*, n° 20). Il est aussi permis de s'interroger sur l'efficacité du rôle du réviseur d'entreprises appelé à examiner la description et l'évaluation d'un apport en industrie.

25. À la différence de l'article 7:7 CSA (applicable à la SA) et de l'article 219, § 3, C. soc., le rapport de l'organe de gestion ne contient plus de mention relative à la valeur nominale ou au pair comptable des titres à émettre en contrepartie de cet apport. Cette différence s'explique par la suppression de la notion de capital dans la SRL.

sociales correspondant à des apports en nature devaient être entièrement libérées (art. 223 C. soc.).

Désormais et sauf disposition contraire dans l'acte constitutif, tous les apports sont intégralement libérés à la constitution (art. 5:8 CSA). Il s'agit d'« une solution simple qui offre la garantie nécessaire aux actionnaires et aux créanciers, tout en étant suffisamment souple »[26].

19. Libération des apports en numéraire. Les fonds à libérer sont, préalablement à la constitution de la société, déposés sur un compte spécial ouvert au nom de la société en formation auprès d'un établissement de crédit établi dans l'Espace économique européen au sens de l'article 4, § 1er, point 1, du règlement (U.E.) n° 575/2013. Une preuve de ce dépôt est remise au notaire instrumentant (art. 5:9, al. 1er, CSA).

Si la société n'est pas constituée dans le mois de l'ouverture du compte spécial, les fonds sont restitués à leur demande à ceux qui les ont déposés (art. 5:9, al. 3, CSA)[27].

Le système néerlandais de la BV n'impose plus la production d'une attestation bancaire dont l'utilité pratique a été jugée très limitée[28].

20. Libération des apports en industrie. Les cas d'inexécution non fautive des engagements découlant d'un apport en industrie sont visés par le Code[29].

Deux hypothèses doivent être distinguées :

- en cas de décès, d'incapacité ou de toute autre cause étrangère rendant définitivement impossible l'exécution de ses obligations par le débiteur d'un apport en industrie, les actions qui lui ont été attribuées en rémunération de son apport sont frappées de caducité. Elles ne donneront droit à un éventuel dividende relatif à l'exercice en cours que *prorata temporis* (art. 5:10, al. 1er, CSA) ;
- lorsqu'en raison d'une cause étrangère, le débiteur d'un apport en industrie est dans l'impossibilité temporaire d'exécuter ses obligations pour une période de plus de trois mois, les droits sociaux attachés aux actions qui lui ont été attribuées en rémunération de son apport sont suspendus pour toute la durée de cette impossibilité qui dépasse cette période de trois mois (art. 5:10, al. 2, CSA).

Il est permis aux statuts de déroger à ces dispositions.

26. EdM, p. 131.
27. Ce délai était de trois mois dans le Code des sociétés (art. 224, al. 3, C. soc.).
28. P. Van Schilfgaarde, *Van de BV en de NV*, *op. cit.*, p. 83.
29. Le Code transpose à la SRL les règles relatives à la théorie des risques en matière contractuelle en distinguant selon que l'impossibilité d'exécution est définitive ou temporaire. EdM, p. 131.

Le cas de l'inexécution fautive des obligations du débiteur de l'apport en nature n'est pas visé par le Code. L'Exposé des motifs recommande que les statuts prévoient un pacte commissoire exprès aux termes duquel, dans pareil cas d'inexécution fautive, les actions représentatives de l'apport en nature sont résolues en tout ou en partie pour l'avenir[30].

IV. Le quasi-apport

21. Le quasi-apport. Le changement de contexte qui fait suite à la disparition du capital a également un effet sur les dispositions relatives au quasi-apport (art. 220-222 C. soc.). Celles-ci ne sont pas maintenues. Elles sont remplacées par l'application des règles relatives aux conflits d'intérêts, censées offrir les garanties nécessaires[31].

Le contrôle des quasi-apports a également été abandonné dans le système néerlandais de la BV[32].

V. Responsabilité des fondateurs

22. Principes. Le Code réintègre, en les adaptant à la suppression de la notion de capital, les règles des articles 229 et 230 du Code des sociétés en matière de responsabilité des fondateurs[33].

Les comparants à l'acte constitutif sont considérés comme fondateurs de la société. Toutefois, si l'acte désigne comme fondateur un ou plusieurs actionnaires détenant ensemble au moins un tiers des actions, les autres comparants, qui se bornent à souscrire des actions contre un apport en numéraire, sans bénéficier, directement ou indirectement, d'un quelconque avantage particulier, sont tenus pour simples souscripteurs (art. 5:11, al. 2, CSA). La SRL est alignée, sur ce point, au régime applicable aux SA, déjà sous l'ancien Code.

Une distinction est opérée entre les obligations de garantie auxquelles les fondateurs sont tenus et les causes de responsabilité des fondateurs.

30. EdM, p. 132. Il est également suggéré que les statuts précisent le régime de la cession des actions attribuées en rémunération d'un apport en industrie. Ce type d'apport présente en principe un caractère *intuitu personae*. La cession de ses actions par le débiteur de pareil apport ne le libérerait pas de ses obligations.

31. EdM, pp. 130-131.

32. La notion de quasi-apport est reprise, en droit néerlandais, sous le vocable allemand de « *Nachgründung* ».

33. Pour une synthèse de la matière, dans le système ancien, voy. Ch. Jassogne, « Les responsabilités », *T.P.D.C.*, t. IV, vol. 2, Kluwer, 2014, pp. 601-613.

23. Garanties. « Nonobstant toute disposition contraire, les fondateurs sont tenus solidairement envers les intéressés : 1°) des actions qui ne seraient pas valablement souscrites conformément à l'article 5:5 ; ils en sont de plein droit réputés souscripteurs[34] ; 2°) de la libération effective des actions dont ils sont réputés souscripteurs en vertu du 1° ; 3°) de la libération des actions souscrites, directement ou au moyen de certificats, en violation de l'article 5:6 » (art. 5:15 CSA).

24. Responsabilités. « Nonobstant toute disposition contraire, les fondateurs sont solidairement responsables envers les intéressés : 1°) du préjudice qui est la suite immédiate, soit la nullité de la société, soit de l'absence ou de la fausseté des mentions prescrites par l'article 5:12 (*i.e.* les mentions de l'acte constitutif), soit de la surévaluation manifeste des apports en nature ; 2°) des engagements de la société, dans une proportion fixée par le juge, en cas de faillite prononcée dans les trois ans de l'acquisition de la personnalité juridique, si les capitaux propres de départ étaient, lors de la constitution, manifestement insuffisants pour assurer l'exercice normal de l'activité projetée pendant une période de deux ans au moins[35]. Dans ce cas, le notaire transmet au tribunal, à la demande du juge-commissaire ou du procureur du Roi, le plan financier prescrit en vertu de l'article 5:4 » (art. 5:16 CSA).

Enfin, ceux qui ont pris des engagements pour des tiers sont personnellement obligés si le nom des mandants n'a pas été mentionné dans l'acte ou si le mandat produit n'est pas valable. Les fondateurs sont solidairement tenus de l'exécution de ces obligations (art. 5:17 CSA reprenant l'article 321 C. soc.).

Section 2. Patrimoine de la société

§1. Apports supplémentaires et émission de nouvelles actions

I. Dispositions communes

25. Principes. L'émission d'actions nouvelles nécessite une modification des statuts, le cas échéant en appliquant l'article 5:102 (modification des droits attachés aux classes d'actions). Les actions émises doivent être intégralement

34. Pour des cas d'application sous l'empire du Code des sociétés, voy. ; Ph. Colle et P. De Wolf, « La protection financière des tiers – Moyens de contrôle et d'action », *op. cit.*, p. 655 et les réf. citées.

35. Sur la responsabilité des fondateurs en cas de faillite, voy. G. Horsmans, « La société privée à responsabilité limitée », *op. cit.*, pp. 200-202.

et, nonobstant toute disposition contraire, inconditionnellement souscrites (art. 5:120, § 1er, CSA).

Il s'agit d'une reprise *mutatis mutandis* de la règle applicable, sous l'égide de l'ancien Code, aux augmentations de capital.

26. Apports supplémentaires sans émission de nouvelles actions. Lorsqu'il n'y a pas d'émission d'actions nouvelles, l'assemblée générale, statuant à la majorité simple, a le pouvoir d'accepter des apports supplémentaires (art. 5:120, § 2, CSA). Il n'y a donc pas lieu, en ce cas de respecter les formes et majorités requises pour la modification des statuts. Contre la recommandation du Conseil d'État, l'Exposé des motifs affirme que dans une société dépourvue de capital, un apport supplémentaire sans émission revêt un caractère différent qui ne nécessite pas d'adaptation aux statuts.

Les arguments fournis à l'appui de cette affirmation sont les suivants[36] :

- le montant des capitaux propres ne figure pas dans les statuts et le nombre d'actions reste inchangé ;
- l'opération présente moins de risques pour les actionnaires existants. Les équilibres entre actionnaires peuvent être bouleversés lorsque tous les actionnaires ne souscrivent pas à l'émission de nouvelles actions en proportion de leur participation. Dans le cas d'apports sans émission d'actions nouvelles au contraire, la valeur des actions augmente sans que les équilibres soient modifiés ;
- de tels apports (sans émission d'actions nouvelles) sont presque toujours effectués lorsque les actionnaires font des apports de valeur égale, soit en numéraire, soit en nature, par exemple l'apport d'un immeuble dont ils sont copropriétaires à parts égales. Il n'y a donc pas de raison en pareil cas d'imposer la formalité de l'acte authentique (particulièrement en matière immobilière où l'acte authentique est en tout cas requis) ;
- de telles opérations sont presque toujours effectuées par tous les actionnaires sur pied d'égalité et aucun actionnaire n'a alors de motif de s'opposer à un apport qui ne serait pas assorti de l'émission d'actions ;
- cet apport peut être accepté par l'organe d'administration en vertu de son pouvoir d'accomplir tous les actes nécessaires ou utiles à l'accomplissement de l'objet de la société.

La décision de l'assemblée générale est constatée par acte authentique (art. 5:120, § 2, *in fine*, CSA). De manière surprenante, l'intervention du notaire est ainsi requise.

36. EdM, p. 170.

L'organe d'administration se chargera de comptabiliser ces apports à la rubrique comptable prévue à cet effet. C'est par ce moyen que les tiers seront informés et non plus, par la consultation des statuts.

27. Rapports de l'organe d'administration et du commissaire (art. 5:121, § 1er, CSA). Dans le cas d'apports avec émission d'actions nouvelles, l'organe d'administration rédige un rapport qui justifie spécialement le prix d'émission et décrit les conséquences de l'opération sur les droits patrimoniaux (le droit au bénéfice et le droit sur le boni de liquidation) et les droits sociaux (en particulier le droit de vote) des actionnaires[37].

Dans les sociétés où un commissaire a été désigné, ce dernier rédige un rapport évaluant si les données financières et comptables contenues dans le rapport de l'organe d'administration sont fidèles et suffisantes dans tous leurs aspects significatifs pour éclairer l'assemblée générale appelée à voter cette proposition.

Ces rapports sont déposés et publiés conformément aux articles 2:8 et 2:14, 4°. Ils sont annoncés dans l'ordre du jour. Une copie peut en être obtenue conformément à l'article 5:84.

En l'absence des rapports de l'organe d'administration et du commissaire, la décision de l'assemblée générale est nulle.

28. Renonciation au rapport (art. 5:121, § 2, CSA). Par décision unanime de l'assemblée générale à laquelle tous les actionnaires sont présents ou représentés, il est permis de renoncer au rapport visé ci-avant, pour autant qu'aucun apport en nature n'intervienne. Le rapport vise en effet à protéger les actionnaires existants. Il leur est donc loisible d'y renoncer.

29. Émission d'obligations convertibles ou de droits de souscription (art. 5:122 CSA). Une obligation similaire (rédaction d'un rapport de l'organe d'administration et contrôle du commissaire) existe en cas d'émission d'obligations convertibles ou de droits de souscription. Le rapport de l'organe d'administration doit en outre « justifier l'opération proposée ». Cette différence de régime, par rapport aux règles applicables à l'émission d'actions, a suscité l'interrogation du Conseil d'État. Elle a néanmoins été maintenue eu égard à la nature jugée spéciale de l'opération[38].

Il ne peut ici être renoncé au rapport par une décision unanime des actionnaires « en raison du délai entre l'émission et la conversion ou l'exercice du droit »[39].

37. EdM, p. 171.
38. *Ibid.*
39. EdM, p. 172.

30. Droit de souscrire des actions nouvelles. Ce droit est réservé aux personnes répondant aux conditions d'agrément (définies à l'article 5:63 CSA) pour pouvoir devenir actionnaire (art. 5:123 CSA). Cette disposition tient compte des restrictions légales et statutaires applicables à la cession de titres au sein de la SRL.

31. La société ne peut souscrire ses propres actions. Le Code reprend l'article 304 C. soc. Il interdit à la société de souscrire ses propres actions ou des certificats se rapportant à de telles actions émis à l'occasion de l'émission de telles actions, ni directement, ni par une société filiale, ni par une personne agissant en son nom propre mais pour le compte de la société ou de la société filiale (art. 5:124, § 1er, al. 1er, CSA). La personne qui a souscrit des actions ou des certificats en son nom propre mais pour le compte de la société ou de la société filiale est censée avoir souscrit pour son propre compte (art. 5:124, § 1er, al. 2, CSA). Tous les droits afférents aux actions et aux certificats souscrits par la société ou sa filiale sont suspendus tant que ces actions ou ces certificats n'ont pas été aliénés (art. 5:124, § 1er, al. 3, CSA).

L'interdiction de souscription visée ci-avant n'est pas applicable à la souscription d'actions d'une société ou de certificats par une société filiale qui, en sa qualité d'opérateur professionnel sur titres, est une société de bourse ou un établissement de crédit (art. 5:124, § 2, CSA).

32. Libération des actions. De la même manière qu'à la constitution de la société et sauf disposition contraire des statuts ou des conditions d'émission, les actions doivent être libérées à leur émission. Les règles relatives à la libération d'un cinquième des parts souscrites en numéraire (art. 305 C. soc.) et au paiement de la prime d'émission (art. 306 C. soc.) ne sont pas reprises dans le Code, en raison de la suppression de la notion de capital.

33. Non-concomitance entre la décision d'émission et la souscription. Les dispositions de l'article 308 du Code des sociétés sont reprises par le Code, en les adaptant, sur le plan technique, aux modifications résultant de la suppression du capital.

Lorsque la souscription d'actions nouvelles n'est pas concomitante à la décision de leur émission, la souscription est constatée par un acte authentique dressé à la requête de l'organe d'administration ou d'un ou de plusieurs administrateurs ou mandataires spécialement délégués à cet effet, sur présentation des documents justificatifs de l'opération. L'acte fait l'objet d'un dépôt et d'une publication conformément aux articles 2:8 et 2:14, 4° (art. 5:126 CSA).

34. Conversion, substitution et souscription. Il en va de même si des actions nouvelles sont émises à la suite d'une conversion d'obligations convertibles en actions, d'une substitution d'obligations en actions ou d'une souscription

d'actions en cas d'exercice d'un droit de souscription. Un acte authentique doit constater la conversion, la substitution ou la souscription et les apports qui en découlent. Ce constat a pour effet de modifier les dispositions statutaires relatives au nombre d'actions émises. Il confère en outre la qualité d'actionnaire au bénéficiaire de la conversion, de la substitution ou de la souscription (art. 5:127 CSA)[40].

II. Apports en numéraire

A. Droit de préférence

35. Principes. En cas d'émission d'actions à souscrire en numéraire, le principe du droit de préférence des actionnaires existants est maintenu dans le Code. Il s'applique également lors d'émission d'obligations convertibles et de droits de souscription. Le cas échéant, il s'exerce par classe d'actions (art. 5:128 CSA).

Le droit de préférence doit être exercé dans un délai d'au moins quinze jours à dater de l'ouverture de la souscription (art. 5:129 CSA).

B. Limitation et suppression du droit de préférence

36. Principes. Le Code s'inspire du régime applicable à la SA, tout en adaptant les mesures de protection des actionnaires existants.

37. Limitation ou suppression du droit de préférence dans l'intérêt social. L'assemblée générale appelée à délibérer et à décider de l'émission d'actions nouvelles, d'obligations convertibles ou de droits de souscription peut, dans l'intérêt social, limiter ou supprimer le droit de préférence. Cette proposition doit être annoncée dans la convocation. La décision est prise dans le respect des conditions requises pour la modification des statuts (art. 5:130, § 3, al. 1er, CSA).

38. Rapport de l'organe d'administration et du commissaire. Conséquences sur les droits patrimoniaux et les droits sociaux des actionnaires. Dans son rapport spécial (*supra*, n° 27), l'organe d'administration (i) justifie les raisons de la limitation ou de la suppression du droit de préférence et (ii) indique quelles en sont les conséquences sur les droits patrimoniaux et les droits sociaux des actionnaires (art. 5:130, § 3, al. 2, CSA).

Le commissaire et, à défaut, un réviseur d'entreprises ou un expert-comptable externe, doit évaluer si les données financières et comptables contenues dans le rapport de l'organe d'administration, sont fidèles et suffisantes dans

40. La règle s'inspire de l'article 591 C. soc. (applicable à la SA, seule forme sociale permettant jadis l'émission d'obligations convertibles).

tous leurs aspects significatifs pour éclairer l'assemblée (art. 5:130, § 3, al. 3, CSA).

39. Rapport de l'organe d'administration et du commissaire (suite). Identité des bénéficiaires et justification au regard de l'intérêt social. Lorsque les bénéficiaires de la limitation ou de la suppression du droit de préférence ne sont pas des membres du personnel, l'organe d'administration doit (i) mentionner l'identité des bénéficiaires et (ii) doit, dans son rapport mentionné ci-avant, justifier en détail l'opération et le prix d'émission au regard de l'intérêt social[41], en tenant compte en particulier de la situation financière de la société, de l'identité des bénéficiaires et de la nature et l'ampleur de leur apport (art. 5:131, al. 1er, et 2 CSA).

Le commissaire et, à défaut, un réviseur d'entreprises ou un expert-comptable externe, « émet une évaluation circonstanciée de la justification du prix d'émission » (art. 5:131, al. 3, CSA).

40. Obligation de s'abstenir pour tout bénéficiaire détenant des titres de la société auxquels sont attachés plus de 10 % des droits de vote. Lors du vote de l'assemblée générale sur l'opération, un bénéficiaire (de la limitation ou de la suppression du droit de préférence) détenant des titres auxquels sont attachés plus de 10 % des droits de vote, ne peut participer à ce vote (art. 5:131, al. 5, CSA)[42].

Aux titres détenus par cet actionnaire, il faut ajouter les titres détenus (i) par un tiers agissant en son nom propre, mais pour le compte de l'actionnaire visé (ii) par une personne physique ou morale liée à l'actionnaire visé (iii) par un tiers agissant en son nom propre, mais pour le compte d'une personne physique ou morale liée à l'actionnaire visé et (iv) par des personnes agissant de concert. Par personnes agissant de concert, il faut entendre (a) les personnes physiques ou morales qui, dans le cadre d'une offre publique d'acquisition, coopèrent avec l'offrant, avec la société visée ou avec d'autres personnes, sur la base d'un accord, formel ou tacite, oral ou écrit, visant à obtenir le contrôle de la société visée, à faire échouer une offre ou à maintenir le contrôle de la société visée (b) les personnes physiques ou morales qui ont conclu un accord sur l'exercice concerté de leurs droits de vote, en vue de mener une politique commune durable vis-à-vis de la société concernée (art. 5:131, al. 6, CSA).

41. Le Code renonce à l'exigence d'un prix minimum, tel qu'exigé à l'article 598, al. 2, C. soc., en raison du caractère inutilement lourd de cette mesure de protection qui, de surcroît, n'a pas atteint en pratique l'objectif visé ; EdM, pp. 260-261.
42. Cette mesure est inspirée du droit français et la notion d'actionnaire significatif existant est empruntée à l'article 606, 1° C. soc. ; EdM, p. 261.

L'ensemble des personnes visées ci-avant ne peuvent davantage participer au vote. Le *quorum* de présence et la majorité se calculent après la déduction des voix attachées aux titres que possèdent le bénéficiaire et les personnes visées ci-avant.

C. Libération des apports en numéraire

41. Principes (art. 5:132 CSA). Les règles applicables à la libération des apports en numéraire à la constitution de la société, visées à l'article 5:9 du Code, sont applicables *mutatis mutandis* à la libération d'apports en numéraires effectués dans le cadre d'émissions d'actions nouvelles (*supra*, n° 19).

III. Apports en nature

42. Principes (art. 5:133 CSA). Les règles de l'article 5:7 du Code, relatives aux apports en nature effectués à la constitution de la société sont également applicables, *mutatis mutandis*, aux apports ultérieurs (*supra*, n[os] 14 à 20).

IV. Délégation de pouvoirs à l'organe d'administration

43. Principes. Le Code introduit pour la SRL « une délégation de pouvoirs facultative à l'organe d'administration, par analogie avec le capital autorisé dans la SA »[43].

Le texte prévoit que « les statuts peuvent conférer à l'organe d'administration le pouvoir d'émettre des actions nouvelles, des obligations convertibles ou des droits de souscription. Ce pouvoir ne peut être exercé que pendant cinq ans à compter de la publication de l'acte constitutif ou de la modification des statuts. L'assemblée générale peut, par une décision prise selon les règles applicables à la modification des statuts, le cas échéant en application de l'article 5:102, le renouveler à une ou plusieurs reprises pour un délai qui ne peut excéder cinq ans » (art. 5:134, al. 1[er], CSA).

Lorsque les fondateurs ou l'assemblée générale décident de conférer ou de renouveler le pouvoir visé ci-avant, ils exposent dans un rapport spécial les circonstances particulières dans lesquelles celui-ci peut être exercé et les objectifs ainsi visés. En l'absence de ce rapport, la décision des fondateurs ou de l'assemblée générale est nulle (art. 5:134, al. 2, CSA).

44. Limitations (relatives). Dans le cadre des pouvoirs visés ci-avant, l'organe d'administration ne peut effectuer les opérations suivantes, à moins que l'autorisation ne les prévoie expressément : (1°) les émissions d'actions,

43. EdM, p. 175.

Le Code distingue les obligations de garantie auxquelles les administrateurs sont tenus lors de l'émission de nouvelles actions et qui sont définies à l'article 5:138 et le cas de responsabilité mentionné à l'article 5:139 (visant le cas des apports en nature). La distinction est importante car la limitation de la responsabilité des administrateurs conformément à l'article 2:57 CSA[46] ne s'applique qu'à la responsabilité *sensu stricto* et non aux obligations de garantie[47].

§2. Maintien du patrimoine de la société

I. Des distributions aux actionnaires et tantièmes

48. La notion de distribution. La notion de distribution couvre (i) les distributions aux actionnaires (ii) les tantièmes ainsi que (iii) le remboursement des apports en numéraire ou en nature. L'extension de la notion de distribution au remboursement des apports est une conséquence de la disparition de la notion de capital[48].

49. Répartition des pouvoirs. L'assemblée générale a le pouvoir de décider de l'affectation du bénéfice et du montant des distributions (art. 5:141, al. 1er, CSA).

Innovation de taille, les statuts peuvent toutefois déléguer à l'organe d'administration, comme en matière de SA, le pouvoir de procéder, dans les limites fixées aux articles 5:142 et 5:143, à des distributions provenant de l'exercice en cours ou du bénéfice de l'exercice précédent, tant que les comptes annuels de cet exercice n'ont pas été approuvés, le cas échéant réduit de la perte reportée ou majoré du bénéfice reporté (art. 5:141, al. 2, CSA)[49].

La décision de « distribuer » les apports ne peut être déléguée à l'organe d'administration. Sauf s'ils ont été rendus statutairement indisponibles, les apports originaux ne peuvent être distribués que par une décision de l'assemblée générale prise à la majorité simple[50]. Il en va de même du pouvoir de distribuer des réserves. Ce pouvoir ne peut être délégué au risque de conférer à l'organe d'administration le pouvoir d'annuler une décision antérieure de l'assemblée générale concernant l'affectation du bénéfice[51].

46. Sur les nouvelles règles de limitation de responsabilité dans le CSA, cons. notre étude, La responsabilité des administrateurs ou la recherche de l'impossible équilibre, TAA, juin 2019, www.icci.be, spéc. nos 9 à 12.
47. EdM, p. 176.
48. *Ibid.*
49. Ce régime est analogue à celui de la distribution des dividendes intérimaires dans la SA.
50. EdM, p. 176.
51. *Ibid.*, p. 177.

50. Limitations. Double test. Toute distribution est soumise à de strictes conditions, dont la mise en œuvre constitue une innovation majeure.

Le principe fondamental retenu est que les distributions ne peuvent avoir pour effet de rendre négatifs les capitaux propres de la société (test d'actif net) ni que la société ne puisse plus payer ses dettes exigibles après la distribution (test de liquidité)[52].

Le premier test incombe à l'assemblée générale, le second à l'organe d'administration.

Selon l'Exposé des motifs, ces règles « visent à empêcher, mieux que ne le font les dispositions actuelles relatives à la distribution des bénéfices, que les distributions du patrimoine social puissent s'effectuer au détriment des créanciers »[53]. Et d'ajouter que « bien qu'il soit évident que dans d'autres formes de société également, telle la SA, la société ne peut pas procéder à la distribution de bénéfices si celle-ci compromettait le remboursement de ses dettes, l'obligation de réaliser un test de liquidité et d'en faire un rapport n'est imposée que dans la SRL comme contrepartie de la suppression du capital[54] ».

A. Test d'actif net

51. Principe. Aucune distribution ne peut être décidée si l'actif net est négatif ou le deviendrait à la suite d'une telle distribution (art. 5:142, al. 1er, CSA).

52. Capitaux propres indisponibles. Si la société dispose de capitaux propres qui sont légalement ou statutairement indisponibles, aucune distribution ne peut être effectuée si l'actif net est inférieur au montant de ces capitaux propres indisponibles ou le deviendrait à la suite d'une telle distribution. Pour l'application de cette disposition, la partie non-amortie de la plus-value de réévaluation est réputée indisponible (art. 5:142, al. 1er, CSA).

53. Notion d'actif net. L'actif net correspond au total de l'actif, déduction faite des provisions, des dettes et, sauf cas exceptionnels à mentionner et à justifier dans l'annexe aux comptes annuels, des montants non encore amortis des frais d'établissement et d'expansion et des frais de recherche et de développement (art. 5:142, al. 3, CSA).

L'actif net est établi sur la base des derniers comptes annuels approuvés.

52. *Ibid.*, p. 176.
53. *Ibid.*
54. *Ibid.*, p. 180.

Toutefois, pour ce qui est de la distribution des bénéfices de l'exercice en cours, ils doivent ressortir d'un état récent[55] résumant la situation active et passive. Dans les sociétés dans lesquelles un commissaire est nommé, ce dernier évalue cet état. Son « rapport d'examen limité » est joint à son rapport de contrôle annuel (art. 5:142, al. 2, CSA).

54. Le Code a mis au point un test d'actif net qui peut amener l'assemblée générale à devoir effectuer une double opération, selon que la société dispose ou non de capitaux propres légalement ou statutairement indisponibles. Dans ce cas précis, en effet, outre le test d'actif net proprement dit, il conviendra de vérifier que la distribution ne réduise pas l'actif net à un montant inférieur au montant des capitaux propres indisponibles.

Il s'agit, à nouveau, d'une différence par rapport au régime de la BV néerlandaise qui se limite, pour sa part, à un test portant sur l'effet de la distribution par rapport aux seules réserves légales ou statutaires (*infra*, n° 62).

55. Illustrations

Exemple n° 1 [actif net négatif]

II. Imm. Corporelles	13.000	I. Capitaux propres	2.000
Val Acq	5.000	II. Plus-Value Reeval.	10.000
PV Reev	10.000	IV. Réserves disponibles	2.000
Amort VA	(1.000)	V. Résultat Reporté	(17.000)
Amort PV	(1.000)		
IV. Imm. Financières	3.000	VII. Provisions R&Ch	6.000
V. Créances + 1 an	2.000	VIII. Dettes	18.000
VI. Stock	3.000		
ACTIF	**21.000**	**PASSIF**	**21.000**

Actif net = 21.000 – 18.000 (dettes) – 6.000 (provisions) = -3.000
Montant distribuable = 0

Exemple n° 2 [actif net positif inférieur aux capitaux propres indisponibles]

II. Imm. Corporelles	13.000	I. Capitaux propres	2.000
Val Acq	5.000	II. Plus-Value Reeval.	10.000
PV Reev	10.000	IV. Réserves disponibles	2.000
Amort VA	(1.000)	V. Résultat Reporté	(4.000)

55. *Ibid.*, p. 178: « Le fait que l'état doit être récent signifie qu'il ne peut être dépassé » (la version néerlandaise précise « *dat de staat recent dient te zijn, betekent de inhoud daarvan nog niet mag zijn achterhaald* »).

Amort PV	(1.000)		
IV. Imm. Financières	3.000	VII. Provisions R&Ch	1.000
V. Créances + 1 an	2.000	VIII. Dettes	10.000
VI. Stock	3.000		
ACTIF	**21.000**	**PASSIF**	**21.000**

Actif net = 21.000 – 10.000 (dettes) – 1.000 (provisions) = 10.000
Montant distribuable = 10.000 – 2.000 (apports) – 9.000 (PV Non Amort.[56]) = 0

Exemple n° 3 [actif net positif supérieur aux capitaux propres indisponibles]

II. Imm. Corporelles	12.000	I. Capitaux propres	2.000
Val Acq	5.000	II. Plus-Value Reeval.	10.000
PV Reev	10.000	IV. Réserves disponibles	3.000
Amort VA	(1.000)	V. Résultat Reporté	1.000
Amort PV	(2.000)		
IV. Imm. Financières	3.000	VII. Provisions R&Ch	1.000
V. Créances + 1 an	2.000	VIII. Dettes	3.000
VI. Stock	3.000		
ACTIF	**20.000**	**PASSIF**	**20.000**

Actif net = 20.000 – 3.000 (dettes) – 1.000 (provisions) = 16.000
Montant distribuable = 16.000 – 2.000 (apports) – 8.000 (PV Non Amort.) = 6.000

ß. Test de liquidité

56. Principe. Une décision de distribution prise par l'assemblée générale ne produira ses effets qu'après que l'organe d'administration a réalisé un test de liquidité, c'est-à-dire qu'il aura constaté qu'à la suite de la distribution, la société pourra, en fonction des développements auxquels elle peut raisonnablement s'attendre, continuer à s'acquitter de ses dettes au fur et à mesure de leur échéance pendant une période d'au moins douze mois à compter de la date de la distribution (art. 5:143, al. 1er, CSA).

Ce délai de douze mois est un délai minimum. Il correspond au calendrier auquel cet organe doit déjà veiller lors de la vérification de l'hypothèse de continuité, exercice étroitement apparenté au test de liquidité[57].

56. La partie non-amortie de la plus-value de réévaluation est réputée indisponible (art. 5:142, al. 1er, CSA – *supra*, n° 52).
57. EdM, p. 179.

L'organe d'administration doit dans chaque cas tenir compte également des événements dont il a déjà connaissance et qui sont susceptibles d'avoir dans l'avenir un impact important sur la position de liquidité de la société[58].

57. Éléments à prendre en considération (approches historique et prospective). Le test de liquidité se basera sur le bilan de la société qui, même s'il a été établi à une date proche de la distribution, reflète la situation historique de la société à un moment donné. L'organe d'administration veillera toutefois à prendre également en compte les développements futurs qui n'apparaissent pas encore comme tels dans le bilan.

À propos du bilan, les auteurs du Code suggèrent d'examiner l'importance de l'actif net et du « *quick* ratio » dont la position de liquidité peut se déduire : ce dernier indice financier fait apparaître le rapport entre, d'une part, les actifs circulants d'une société, à l'exclusion des stocks et, d'autre part, les créances à court terme[59].

Si l'organe d'administration n'a pas connaissance de circonstances particulières ayant un impact sur la position de liquidité de la société dans un avenir « raisonnablement prévisible », il peut se baser, en outre sur une projection des flux financiers historiques pour la prochaine période de 12 à 24 mois.

Si les méthodes qui précèdent ne permettent pas à l'organe d'administration de déterminer clairement si, après la distribution, la société pourra payer ses créances exigibles, des examens complémentaires sont recommandés, comme le recours à des « tableaux détaillés de mutations de valeurs projetées ».

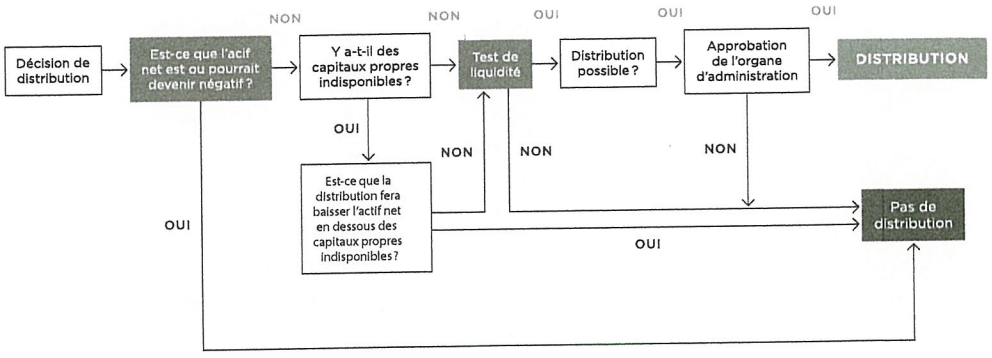
58. Justification dans un rapport. L'organe d'administration justifie sa décision dans un rapport qui n'est pas déposé (art. 5:143, al. 2, CSA). La rédaction de ce rapport n'est pas prescrite à peine de nullité. Selon les auteurs du projet, le rapport poursuit un triple objectif : (i) inciter l'organe d'administration à faire preuve de la diligence requise lors de l'exécution du test de liquidité (ii) mettre les fournisseurs de crédit en mesure de s'assurer que la distribution ne mettra pas en péril la position de liquidité de la société et (iii) donner à l'organe d'administration l'occasion de se constituer des éléments de preuve pour le cas où la régularité d'une distribution serait contestée ultérieurement[60].

58. *Ibid.*
59. *Ibid.* : le « *quick* ratio » est un système répandu de mesure de la capacité d'une entreprise à couvrir ses engagements à court terme. En ce sens, M. J. Paquet, « Analyse financière » : www.ipcf.be/uploads/documents/analyse_financiere_syllabus.pdf.
60. EdM, p. 180.

Pour les sociétés qui ont nommé un commissaire, ce dernier évalue les données comptables et financières historiques et prospectives de ce rapport. Il mentionne dans son rapport de contrôle annuel qu'il a exécuté cette mission (art. 5:143, al. 2, CSA).

59. Tableau synthétique

TEST D'ACTIF NET ET TEST DE LIQUIDITÉ SRL



C. Sanctions et responsabilités

60. Responsabilité solidaire (dans le seul cas de la violation de l'article 5:143 CSA). Si lors de la prise de décision de l'organe d'administration, sur pied de l'article 5:143 CSA, les membres de l'organe d'administration savaient ou, au vu des circonstances, auraient dû savoir, qu'à la suite de la distribution, la société ne serait manifestement plus en état de s'acquitter de ses dettes comme il est dit à l'article 5:143, ils sont solidairement responsables envers la société et les tiers de tous les dommages qui en résultent (art. 5:144 CSA).

Cette responsabilité fait l'objet d'un contrôle marginal du juge, conformément au principe repris à l'article 2:56, alinéa 1er, CSA. Ce caractère marginal transparaît aussi du libellé de l'article 5:143, alinéa 1er, CSA qui impose aux membres de l'organe d'administration de tenir compte des développements auxquels « on peut raisonnablement s'attendre ».

61. Obligation de remboursement (en cas de violation des art. 5:142 et 5:143 CSA). La société est en droit de demander le remboursement de toute distribution effectuée en violation des articles 5:142 et 5:143 par les actionnaires qui l'ont reçue, qu'ils soient ou non de mauvaise foi[61] (art. 5:144, al. 2, CSA).

61. Comp. art. 7:214 CSA (applicable à la SA), où le remboursement ne peut être exigé qu'en cas de mauvaise foi des bénéficiaires.

62. Le régime de la BV néerlandaise. Le régime de la SRL est inspiré de celui de la BV néerlandaise.

Aux Pays-Bas, les auteurs[62] considèrent que la BV tente, au moment de la distribution, d'appréhender au mieux la réalité économique de la société.

Il incombe à l'assemblée générale qui veut décider d'une distribution de procéder à un test limité de solvabilité (*balanstest*). Dans ce cadre, l'étendue du patrimoine n'est pas déterminante pour les distributions, ces dernières pouvant être décidées même si l'actif net de la société est négatif ou devait le devenir suite à la distribution. Ainsi, l'article 216(1) du Code civil (Livre 2) prévoit qu'une société ne peut effectuer de distribution aux actionnaires ou aux autres ayants droit que lorsque les capitaux propres de la société sont plus élevés que les réserves indisponibles en vertu de la loi ou des statuts.

Si une distribution est possible au terme du test qui précède, il incombe, ensuite, à l'organe d'administration de vérifier s'il sait ou s'il doit raisonnablement savoir que la société, en procédant à une telle distribution, ne pourra pas continuer à payer ses créances exigibles (*uitkeringstest*). Ce critère rejoint le principe de continuité également en vigueur dans la loi néerlandaise sur la faillite.

Le droit néerlandais prévoit une double sanction.

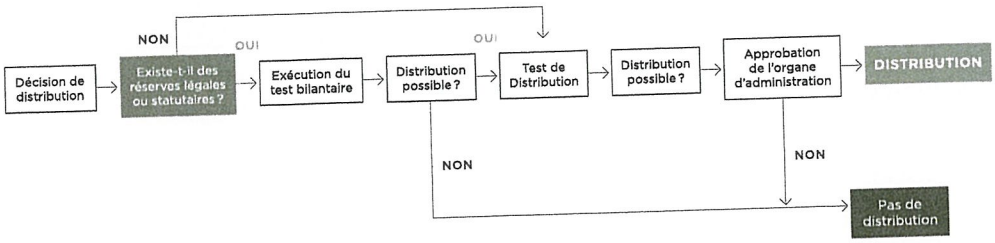
Celui qui reçoit des sommes alors qu'il savait ou devait raisonnablement savoir que la société ne pouvait pas continuer à payer ses créances exigibles après la distribution, est tenu envers la BV au dédommagement du déficit né de la distribution, à concurrence du maximum de la valeur de la distribution reçue, augmentée des intérêts au taux légal à partir du jour de la distribution (art. 216(3) C. civ. [Livre 2]). Cette obligation de restitution s'applique à tous les bénéficiaires indépendamment de leur implication ou non dans la prise de décision.

Une seconde sanction vise les membres de l'organe d'administration qui savaient ou devaient raisonnablement savoir qu'en cas de distribution, la société ne pourrait continuer à payer ses créances exigibles. Ceux-ci sont responsables envers la société du déficit né à la suite d'une distribution. Il s'agit d'un cas de responsabilité, à l'égard de la société, pour faute de gestion qui, contrairement à la responsabilité des bénéficiaires des distributions excessives, n'est pas limitée au montant du déficit né de la distribution.

62. F. K. Buijn et P. M. Storm, *Ondernemingsrecht BV en NV in de praktijk*, *op. cit.*, pp. 73 à 78.

63. Tableau synthétique.

Test bilantaire et de distribution (Flex-BV)[63]



II. Acquisition d'actions ou de certificats propres

A. Conditions de l'acquisition

64. Principes et règles anciennes. L'acquisition par la SPRL de ses propres parts était régie par les articles 321 à 323 du Code des sociétés. Cette acquisition (i) était soumise à la décision préalable de l'assemblée générale, recueillant l'agrément de la moitié, au moins, des associés possédant les trois quarts, au moins, du capital déduction faite des droits dont l'acquisition est proposée, qui fixe le nombre maximum de parts à acquérir et la durée pour laquelle cette autorisation est accordée sans pouvoir excéder cinq ans (ii) ne pouvait excéder 20 % du capital souscrit (iii) devait avoir lieu au moyen de sommes susceptibles d'être distribuées (au sens de l'article 320 C. soc. relatif aux bénéfices distribuables) (iv) ne pouvait porter que sur des parts entièrement libérées (v) devait être le fruit d'une offre d'acquisition des parts faite aux mêmes conditions à tous les associés (sauf conditions différentes acceptées à l'unanimité).

Ces règles connaissaient des exceptions visant des cas particuliers d'acquisition des parts par la société (art. 324 C. soc.).

Les parts étaient soit annulées soit conservées. Dans cette dernière hypothèse, et aussi longtemps que les parts sont comptabilisées à l'actif du bilan, une réserve indisponible égale à la valeur des parts à l'inventaire, devait être constituée. Les droits afférents aux parts acquises étaient suspendus jusqu'à ce qu'elles aient été aliénées ou qu'elles soient devenues nulles de plein droit (art. 325 C. soc.).

Enfin, les parts acquises conformément aux articles 321 et 322 devaient être aliénées dans les deux ans de l'acquisition en vertu d'une décision de

63. Ce tableau est disponible sur : www.mkbfiscaal.nl/index.php/2016/09/24/hoe-werkt-de-uitkeringstoets-en-balanstest-bij-dividenduitkering/.

l'assemblée générale aux mêmes conditions de majorité que celles rappelées ci-avant (art. 326 C. soc.). À défaut d'avoir été aliénées dans les deux ans de leur acquisition, les parts étaient frappées de nullité de plein droit.

65. Les règles du Code. L'acquisition d'actions et de certificats propres est simplifiée et adaptée à la suppression du capital.

66. Conditions de l'acquisition (art. 5:145 CSA). L'acquisition par la société de ses propres actions ou certificats s'y rapportant est soumise aux conditions suivantes : 1°) l'acquisition est autorisée par une décision préalable de l'assemblée générale des actionnaires selon les règles applicables aux modifications statutaires, 2°) la somme affectée à cette acquisition est susceptible d'être distribuée conformément aux articles 5:142 et 5:143 (test d'actif net et test de liquidité), 3°) l'opération porte sur des actions entièrement libérées ou sur des certificats se rapportant à des actions entièrement libérées, 4°) l'offre d'acquisition doit être faite aux mêmes conditions par classe de titres à tous les actionnaires (sauf décision unanime par une assemblée générale à laquelle tous les actionnaires ou les titulaires de certificats sont présents et représentés).

L'assemblée générale ou les statuts fixent le nombre maximum d'actions ou de certificats à acquérir (la règle fixant à maximum de 20 % du capital les actions pouvant être rachetées, est supprimée), la durée pour laquelle l'autorisation d'acquérir est accordée ainsi que les contre-valeurs minimales et maximales (art. 5:145, al. 2, CSA).

La décision de l'assemblée générale n'est pas requise quand la société acquiert des actions ou certificats pour les distribuer à son personnel (art. 5:145, al. 3, CSA).

Le Code reste globalement dans la ligne du régime ancien et continue à s'inspirer du texte de la deuxième directive. Il s'en distancie cependant en n'étendant pas aux filiales le régime applicable au rachat d'actions propres, d'application impérative dans la SA[64].

67. Sanction (art. 5:146 CSA). Les actions et certificats acquis en violation des conditions ci-avant sont nuls de plein droit. Lorsqu'un certificat est frappé de nullité de plein droit, l'action dont la société acquiert la propriété de ce fait est simultanément nulle de plein droit.

L'organe d'administration fait mention expresse de la nullité dans le registre des actions (art. 5:146 CSA).

68. Exceptions (art. 5:147 CSA). Les articles 5:142 (test d'actif net), 5:143 (test de liquidité) et 5:149, alinéa 1er, (aliénation des actions moyennant

64. Pour la SA, application des articles 7:221 à 7:225 CSA. Le droit commun continue cependant à s'appliquer, si une filiale devait opérer comme simple prête-nom de la SRL. EdM, p. 181.

décision d'une assemblée générale extraordinaire) ne s'appliquent pas : 1°) aux actions ou aux certificats acquis par la société à la suite d'une transmission de patrimoine à titre universel ; 2°) aux actions ou aux certificats acquis lors d'une vente faite conformément aux articles 1494 et suivants du Code judiciaire en vue de recouvrer une créance de la société sur le propriétaire de ces actions ou certificats.

B. Sort des actions et des certificats acquis

69. Sort des actions et des certificats acquis. Le Code consacre le droit de la société d'annuler ou de conserver en portefeuille les actions ou certificats acquis. Il n'y a plus d'obligation d'aliéner les actions, mais un droit d'aliéner.

70. Conservation ou annulation des actions et certificats. Les actions ou certificats acquis peuvent être annulés ou détenus en portefeuille. Une annulation requiert une modification des statuts (art. 5:148, § 1er, CSA).

Aussi longtemps que les actions sont comptabilisées à l'actif du bilan, une réserve indisponible, égale à la valeur à laquelle les actions sont portées à l'inventaire, doit être constituée (art. 5:148, § 2, al. 1er, CSA).

En cas de nullité ou d'annulation des actions, cette réserve indisponible est supprimée. Si par infraction à la disposition qui précède, la réserve indisponible n'avait pas été constituée, les réserves disponibles ou, à défaut, d'autres éléments des capitaux propres, doivent être diminués à due concurrence (art. 5:148, § 2, al. 2, CSA).

71. Suspension des droits afférents aux actions acquises. Les droits de vote et aux dividendes attachés aux actions acquises sont suspendus jusqu'à ce que les actions aient été aliénées (art. 5:148, § 3, al. 1er, CSA). Le droit aux dividendes attaché à ces actions est frappé de caducité aussi longtemps que les actions demeurent dans le patrimoine de la société (art. 5:148, § 3, al. 2, CSA). Il est donc complètement fait abstraction des actions propres rachetées lors des distributions aux actionnaires[65].

72. Suspension des droits afférents aux certificats acquis. Le droit aux dividendes attaché aux certificats acquis est également frappé de caducité. Le droit de vote attaché aux actions auxquelles se rapportent les certificats acquis est suspendu dans la mesure où ces certificats ont été émis avec la collaboration de la société (art. 5:148, § 4, CSA).

73. Aliénation des actions et certificats acquis. Principes. En cas d'aliénation, la décision doit être prise par l'assemblée générale statuant comme en matière de modifications statutaires (art. 5:149, al. 1er, CSA).

65. EdM, p. 182.

L'aliénation doit se faire en respectant strictement l'égalité de traitement des actionnaires, même lorsqu'il y a différentes classes d'actions. Les actions ou certificats sont en effet offerts par préférence aux actionnaires existants proportionnellement au nombre d'actions qu'ils détiennent. S'il existe plusieurs classes d'actions et que l'aliénation ne se fait pas dans chaque classe proportionnellement au nombre d'actions que les actionnaires de chaque classe détiennent, l'aliénation ne peut alors avoir lieu que moyennant l'autorisation de l'assemblée générale prise dans chaque classe, dans le respect des conditions de quorum et de majorité requises pour la modification des statuts (art. 5:149, al. 2, CSA).

L'autorisation de l'assemblée générale n'est pas requise pour l'aliénation au personnel d'actions ou de certificats acquis à cette fin (art. 5:149, al. 3, CSA).

Lorsqu'une société devient propriétaire de ses propres actions ou certificats à titre gratuit, ces titres sont nuls de plein droit. L'article 5:146 est applicable par analogie (art. 5:150 CSA).

C. Mentions dans les documents sociaux

74. Mentions dans le rapport de gestion. À l'instar du régime ancien (art. 328 C. soc.), en cas d'acquisition par la société de ses propres actions ou certificats, le rapport de gestion devra être complété de certaines mentions (art. 5:151, al. 1er, CSA) ; il en va de même en cas d'aliénation de ses propres actions ou certificats (art. 5:151, al. 2, CSA).

Lorsque la société n'est pas tenue de rédiger un rapport de gestion, les indications qui auraient dû figurer au rapport de gestion doivent être mentionnées dans l'annexe aux comptes annuels (art. 5:151, al. 3, CSA).

III. Financement de l'acquisition d'actions ou de certificats de la société par des tiers

75. Assistance financière. Les avances de fonds, prêts et sûretés consentis par la société en vue de l'acquisition de ses actions par des tiers sont des opérations reprises sous le vocable d'*assistance financière*. Le législateur a repris le régime en vigueur depuis 2009 (art. 329 C. soc.), dans une version toutefois simplifiée.

76. Principes de la réforme. Le Code a conservé des règles en la matière, malgré la suppression de la notion de capital. Tout en essayant de prévenir les abus « pouvant résulter des divers conflits d'intérêts susceptibles d'apparaître

lors de ces transactions[66] », le but est de permettre de fournir une aide financière au moyen des avoirs de la société à celui qui souhaite reprendre la société ou acquérir des actions de celle-ci. C'est une version simplifiée de la réglementation ancienne qui figure au Code. « Le champ d'application reste cependant identique, en ce compris l'interprétation qui en est donnée par la jurisprudence »[67].

77. Règles applicables. Selon l'article 5:152 CSA, la société ne peut avancer de fonds ou accorder des prêts ou des sûretés en vue de l'acquisition de ses actions par des tiers ou en vue l'acquisition ou de la souscription par des tiers de certificats se rapportant à ses actions que sous les conditions suivantes :

1°) l'opération est autorisée par une décision préalable de l'assemblée générale prise dans le respect des conditions requises pour une modification des statuts ;

2°) l'opération a lieu sous la responsabilité de l'organe d'administration qui rédige un rapport indiquant (i) les motifs de l'opération (ii) les conditions dans lesquelles elle s'effectue (iii) les risques qu'elle comporte pour la liquidité et la solvabilité de la société. Ce rapport dont la rédaction est prescrite à peine de nullité de l'assemblée générale est annoncé à l'ordre jour de l'assemblée générale et copie peut en être obtenue ;

3°) les sommes affectées à cette acquisition doivent être susceptibles d'être distribuées conformément aux articles 5:142 et 5:143 CSA ;

4°) une réserve indisponible est inscrite au passif du bilan, d'un montant correspondant à l'aide financière totale. Elle peut être diminuée proportionnellement à la diminution de l'aide apportée (art. 5:142, § 1er, CSA). L'Exposé des Motifs précise que « lorsque l'aide a été consentie sous la forme d'une sûreté, une réserve doit être constituée pour le montant maximal de la perte que la SRL pourrait subir de ce fait. La réserve redevient disponible à mesure que l'aide est remboursée. Si l'aide a été apportée sous forme de sûreté, la réserve redevient à nouveau disponible au fur et à mesure de la diminution de la perte maximale que la SRL peut subir du chef de celle-ci »[68].

78. Exceptions. Les avances, prêts et sûretés à des membres du personnel ou à des sociétés majoritairement détenus par les membres du personnel, pour l'acquisition d'actions de la société ou de certificats se rapportant à des actions de cette dernière, auxquels est attachée au moins la moitié des droits de vote, bénéficient d'un traitement allégé (art. 5:152, § 2, CSA).

66. *Ibid.*, p. 183.
67. *Ibid.*
68. *Ibid.*, p. 184.

IV. Prise en gage d'actions ou de certificats propres

79. Suppression de règles spécifiques. La disposition relative à la prise en gage de parts propres (art. 330 C. soc.) est supprimée « en raison de son inefficacité »[69]. Les opérations pouvant donner lieu à une prise en gage d'actions propres restent soumises aux règles relatives à la gestion des conflits d'intérêts (art. 5:76 CSA) et aux règles de l'article 5:152 CSA (*supra*, n° 77).

V. Rachat de toutes les parts sans droit de vote

80. Suppression de règles spécifiques. Le Code ne prévoit plus de régime exceptionnel concernant le rachat de toutes les parts sans droit de vote (art. 331 C. soc.). Cette question est laissée à la liberté statutaire, en marge des dispositions des articles 5:145 et suivants CSA.

VI. Pertes sociales

81. Le suivi de la situation financière de la société (régime ancien). Dans le cadre du Code des sociétés, trois types de règles ont été mises en place, permettant d'assurer le suivi de la situation financière de la société ou de veiller à la mise ne place de mécanismes spécifiques à cette fin :

- les commissaires qui constataient, au cours de leurs contrôles, des faits graves et concordants susceptibles de compromettre la continuité de l'entreprise, en informaient l'organe de gestion, qui devait délibérer sur les mesures à prendre et, faute de réaction de l'organe de gestion ou si les commissaires jugeaient les mesures envisagées inadéquates, le président du tribunal de l'entreprise pouvait être saisi par les commissaires. Au cas où il n'était pas nommé de commissaire, lorsque des faits graves et concordants étaient susceptibles de compromettre la continuité de l'entreprise, l'organe de gestion était également tenu de délibérer sur les mesures qui devraient être prises pour assurer la continuité de l'entreprise pendant un délai raisonnable (art. 138 C. soc.) ;
- l'application des règles comptables de continuité visées à l'article 28, § 1er, de l'AR d'exécution du Code des sociétés, du 30 janvier 2001, requerrait également le suivi de la situation financière de la société ;
- en cas de perte substantielle (actif net réduit à la moitié ou au quart du capital social), l'assemblée générale devait être réunie en vue de délibérer sur la dissolution éventuelle de la société afin de réduire l'accumulation des pertes au détriment des tiers. Si l'organe de gestion

69. *Ibid.*

omettait de réunir l'assemblée générale, le dommage subi par les tiers était présumé résulter de cette absence de convocation. La présomption était réfragable (art. 332 C. soc.). Lorsque l'actif net était réduit à un montant inférieur à 6.200 EUR, tout intéressé pouvait demander au tribunal la dissolution de la société. Le tribunal pouvait accorder à la société un délai de régularisation (art. 333 C. soc.)[70].

82. Obligation permanente de surveiller la continuité de l'entreprise. Le Code oblige l'organe d'administration, lorsque des faits graves et concordants sont susceptibles de compromettre la continuité de l'entreprise, à délibérer sur les mesures qui devraient être prises pour assurer la continuité de l'activité économique pendant une période minimale de douze mois (art. 2:51 CSA).

Le Code impose désormais cette obligation à charge de l'organe d'administration même en présence d'un commissaire. Le « délai raisonnable » est remplacé par un délai de douze mois au moins.

83. La procédure de sonnette d'alarme. « Lorsque l'actif net risque de devenir ou est devenu négatif, l'organe d'administration doit, sauf dispositions plus rigoureuses des statuts, convoquer l'assemblée générale à une réunion à tenir dans les deux mois de la date à laquelle cette situation a été constatée ou aurait dû l'être en vertu de dispositions légales ou statutaires, en vue de décider de la dissolution de la société ou de mesures annoncées dans l'ordre du jour afin d'assurer la continuité de la société » (art. 5:153, § 1er, al. 1er, CSA).

Il est procédé de la même manière lorsque l'organe d'administration constate qu'il n'est plus certain que la société, selon les développements auxquels on peut raisonnablement s'attendre, sera en mesure de s'acquitter de ses dettes au fur et à mesure de leur échéance pendant au moins les douze mois suivants (art. 5:153, § 2, CSA).

La sonnette d'alarme est adaptée au nouveau contexte de la SRL. À l'instar de ce que le Code prévoit en matière de distributions aux actionnaires, deux éléments devront retenir l'attention de l'organe d'administration : la situation de l'actif net, d'une part, et la situation de liquidité, d'autre part.

Les obligations légales n'imposent pas un *monitoring* constant des critères applicables, mais uniquement lors d'un contrôle dans le cadre de l'établissement des comptes annuels ou d'un éventuel état intermédiaire de l'actif et du passif. « L'organe d'administration n'est pas tenu de constater formellement qu'aucun des deux critères n'est atteint. Cela évite de faire peser des

70. Il s'agit en réalité d'une mesure de protection des actionnaires plus que des tiers. J. Van Ryn et P. Van Ommeslaghe, « Examen de jurisprudence (1972-1978) – Les sociétés commerciales », *R.C.J.B.*, 1981, n° 97 : « c'est à eux qu'il appartient de décider s'ils entendent continuer à courir les risques de l'aventure sociale malgré les pertes encourues ».

obligations de rapport récurrentes et superflues sur des sociétés qui sont en bonne santé financière »[71].

Aussi, après que l'organe d'administration a rempli une première fois les obligations prévues par le Code, il n'est plus tenu de convoquer l'assemblée générale pour les mêmes motifs pendant les douze mois suivant la convocation initiale (art. 5:153, § 4, CSA).

84. Propositions de l'organe d'administration à l'assemblée générale. L'organe d'administration doit, dès que l'une de ces deux situations se présente (problème de solvabilité ou de liquidité), convoquer l'assemblée générale en vue de l'informer et de lui proposer soit la dissolution, soit les mesures destinées à assurer la continuité de la société (art. 5:153, § 1er, al. 2, CSA).

En l'absence de capital, la réduction de l'actif net dans le cadre de la procédure de sonnette d'alarme n'est plus liée à un seuil de capital (le quart ou la moitié) sous lequel l'actif net réduit à la suite de perte. Le Code ne prévoit donc plus, comme dans le régime anciennement en vigueur, de quorum de vote différencié pour décider de la dissolution. Les règles en vigueur pour la modification aux statuts sont donc applicables (art. 5:100 CSA).

85. Sanctions. Comme dans le système ancien, lorsque l'assemblée générale n'a pas été convoquée conformément à l'article 5:153, § 1er, CSA, le dommage subi par les tiers est, sauf preuve contraire[72], présumé résulter de cette absence de convocation (art. 5:153, § 3, CSA).

Section 3. Démission ou exclusion à charge du patrimoine social

86. Principes. La disparition de la notion de capital de la SRL a, logiquement, entraîné celle de la réduction de capital.

Par quel système fallait-il la remplacer ?

Les auteurs du CSA soulignent l'intérêt que présente, dans le Code des sociétés, le système de la démission à charge du patrimoine de la société dans la SC. Si le rachat de parts dans la SPRL est également possible, il ne peut se faire avec la même souplesse que dans la SC dont le mécanisme d'admission et de démission sans modification statutaire constitue un avantage majeur. La

71. EdM, p. 185.
72. La présomption peut être renversée si, par exemple, les membres de l'organe d'administration peuvent faire valoir avec vraisemblance que si l'assemblée générale avait été réunie, elle n'eût pas décidé la dissolution de la société, EdM, p. 186.

suppression du capital de la SRL[73] a incité les auteurs du CSA à innover. Selon l'Exposé des motifs, « l'article 5:154 permet de prévoir dans les statuts une possibilité de démission à charge de l'avoir social dans la SRL, qui reprend une grande partie de la flexibilité de l'actuelle SC, tout en veillant suffisamment aux intérêts des créanciers dans un environnement sans capital »[74].

Le CSA permet désormais aux statuts de la SRL de prévoir que les actionnaires ont le « droit de démissionner de la société à charge de son patrimoine » (art. 5:154 CSA) et que la société peut exclure un actionnaire, lequel actionnaire exclu recouvre « la valeur de sa part de retrait » également à charge de la société (art. 5:155 CSA). La SRL se dote ainsi d'un système de démission et d'exclusion similaire à celui qui s'appliquait, dans le cadre du Code des sociétés, à la SCRL.

87. Règles applicables à la démission. Les statuts règlent les modalités de la démission dans le cadre fixé par l'article 5:154, § 1er, CSA :

- nonobstant toute disposition statutaire contraire, la démission n'est autorisée qu'à partir du troisième exercice suivant la constitution[75] ;
- sauf disposition statutaire contraire, les actionnaires ne peuvent démissionner que pendant les six premiers mois de l'exercice social ;
- sauf disposition statutaire contraire, un actionnaire démissionne pour l'ensemble de ses actions qui seront annulées ;
- sauf disposition statutaire contraire, la démission prend effet le dernier jour du sixième mois de l'exercice, et la valeur des parts de retrait doit être payée au plus tard dans le mois qui suit ;
- sauf disposition statutaire contraire, le montant de la part de retrait pour les actions du démissionnaire est équivalent au montant réellement libéré et non encore remboursé pour ces actions sans cependant être supérieur au montant de la valeur d'actif net de ces actions telle qu'elle résulte des derniers comptes annuels approuvés. Cette valeur est calculée en divisant l'actif net (tel que défini dans l'article 5:142, al. 3, CSA – *supra*, n° 53) par le nombre d'actions émises (en tenant

73. Dans la première version du projet de Code, il était prévu de faire un usage restreint de la société coopérative et de la réserver aux formes de collaboration coopératives strictement définies par la loi. Ceci aboutissait notamment à rendre la SC non utilisable par des sociétés professionnelles de titulaires de professions libérales. L'intérêt pour la SRL en sortait, en principe, renforcé. Les arbitrages politiques qui ont précédé l'adoption du Code par le vote de la Chambre du 27 février 2019 ont conduit cependant à l'adoption, pour la SC, de règles assez proches du régime antérieur. Il faudra examiner l'impact de ce changement de cap sur les statistiques de constitutions de SRL et de SC, après l'entrée en, vigueur du Code.

74. EdM, p. 186.

75. S'agissant d'une disposition impérative, les statuts peuvent prévoir des dispositions plus strictes en prescrivant un temps d'attente plus long que deux exercices après la constitution, « ou le faire par une classe d'actions spécifiques », EdM, p. 187.

compte, le cas échéant, de l'existence de classes d'actions, puisqu'une classe peut représenter une partie proportionnelle plus importante de cet actif net[76]) ;

– le montant auquel a droit l'actionnaire démissionnaire est une distribution telle que visée aux articles 5:142 et 5:143, de sorte que les restrictions liées aux résultats des tests d'actif net et de liquidité doivent être appliquées. Nonobstant toute disposition statutaire contraire, si la part de retrait ne peut être payée en tout ou en partie en raison de ces articles, le droit au paiement est suspendu jusqu'à ce que les distributions soient à nouveau permises. Le montant restant dû sur la part de retrait devra être payé avant toute autre distribution aux actionnaires[77]. Aucun intérêt n'est dû sur ce montant.

L'organe d'administration doit faire rapport à l'assemblée générale des demandes de démission intervenues au cours de l'exercice précédent. Ce rapport contient au moins (i) l'identité des actionnaires démissionnaires (ii) le nombre et la classe d'actions pour lesquelles ils ont démissionné (ii) le montant versé et les autres modalités éventuelles (iv) le nombre de demandes rejetées et le motif du refus. L'organe d'administration met à jour le registre des actions (art. 5:154, § 2, CSA).

88. Le recours obligatoire au notaire. Le CSA précise encore que les démissions et modifications statutaires qui en découlent sont établies, avant la fin de chaque exercice, par un acte authentique reçu à la demande de l'organe d'administration (art. 5:154, § 3, CSA).

L'intervention notariale est surprenante. Le législateur la maintient malgré les réticences exprimées par le Conseil d'État. Les auteurs du projet estiment qu'« il a paru essentiel de maintenir à jour les statuts sur ce point pour les actionnaires et les tiers » et que « dans le Code, la SRL deviendra la forme « standard », tandis que l'utilisation de la SC diminuera en raison de ses caractéristiques spécifiques ». « Il a dès lors été jugé opportun de maintenir la mention du nombre exact des actions d'une SRL dans ses statuts, bien que, dans un souci de ne pas imposer de trop lourdes formalités, il suffira de procéder à cette mise à jour annuellement. Le registre d'actions reflète à chaque moment la situation correcte »[78].

Après avoir érigé en modèle la souplesse du régime de la SC et l'avantage de l'admission et de la démission sans modification des statuts et déclaré vouloir s'en inspirer pour la SRL, les auteurs du Code s'en éloignent aussitôt,

76. EdM, p. 187.
77. « En toute hypothèse, les autres créanciers sont payés par préférence aux actionnaires », *ibid.*, p. 188.
78. *Ibid.*

en faisant du recours à l'acte authentique, une spécificité du régime de démission dans la SRL, sans véritable justification.

Cette formalité nuit à la souplesse vantée de la SRL. Elle semble faire double emploi avec le registre des actions nominatives qui doit refléter « à chaque moment » (et non pas seulement une fois l'an) la situation de l'actionnariat.

Le Code vise « les démissions et les modifications statutaires qui en découlent » devant être établies par acte authentique (art. 5:154, § 3, CSA)[79]. Le nombre des actions figure parmi les données que l'acte constitutif doit mentionner, outre celles qui sont visées à l'art. 2:8, § 2 (art. 5:12, 4°, CSA).

Le recours au notaire, certes tout au plus une fois l'an, est donc incontournable.

89. Règles applicables à l'exclusion. Les statuts peuvent prévoir que la société peut exclure un actionnaire pour justes motifs ou pour tout autre motif indiqué dans les statuts[80]. La proposition motivée d'exclusion est communiquée à l'actionnaire par voie électronique, sauf si l'actionnaire a choisi de communiquer avec la société par courrier, auquel cas la proposition lui est communiquée par pli recommandé (art. 5:155, § 1er, al. 1er, CSA).

L'assemblée générale est seule compétente pour prononcer une exclusion. L'actionnaire dont l'exclusion est demandée doit être invité à faire connaître à l'assemblée générale ses observations par écrit, selon les mêmes modalités (par voie électronique ou par pli recommandé) et ce dans le mois de la communication de la proposition d'exclusion. L'actionnaire doit être entendu à sa demande. La décision d'exclusion doit être motivée (art. 5:155, § 1er, al. 2 à 4, CSA).

Sauf disposition statutaire contraire, l'actionnaire exclu recouvre la valeur de sa part de retrait conformément à l'article 5:154 CSA (art. 5:155, § 3, CSA). Les règles applicables à l'évaluation de la part de retrait du démissionnaire (*supra*, n° 87) s'appliquent dès lors également dans le cas de l'évaluation de la part de retrait de l'actionnaire exclu.

L'organe d'administration communique la décision d'exclusion à l'actionnaire concerné, inscrit l'exclusion au registre des actions dont les données sont mises à jour (art. 5:155, §§ 2 et 4, CSA) et, à l'instar des règles applicables en cas de démission, un acte authentique est établi avant la fin de l'exercice, établissant les exclusions intervenues et les modifications statutaires qui en découlent (art. 5:155, § 5, CSA).

79. L'Exposé des Motifs se soucie de « maintenir la mention du nombre exact des actions d'une SRL dans ses statuts » (*ibid.*).
80. À la différence de la démission, l'exclusion peut intervenir même pendant les deux années qui suivent la date de constitution de la société (art. 5:155, § 3, CSA).

Conclusion

90. Le législateur a voulu, pour la SRL, faire table rase de la notion de capital et, en s'affranchissant des contraintes de la deuxième directive européenne en matière de droit des sociétés, offrir aux entrepreneurs une forme de société qui soit à la fois simple et flexible.

Le remplacement de la notion de capital par celle de « capitaux propres », ainsi que la mise en place des tests dits de « solvabilité » et de « liquidité » sont, à cet égard, totalement inédits. Ils obligent les praticiens du droit et de la comptabilité à adopter de nouveaux réflexes et à appliquer de nouvelles techniques de calcul dans tous les cas où la société procède à des distributions. Le régime applicable à la (Flex) BV néerlandaise dont le Code s'écarte cependant sur de nombreux points, sert d'inspiration et d'exemple utile.

Le rachat des actions à charge du fonds social, dans le cadre d'un système inspiré de la société coopérative, est également neuf pour la SRL.

Pour le surplus, la protection des actionnaires et des tiers est assurée selon des modalités auxquelles le praticien est accoutumé, même si, dans le Code, la notion d'actif net (déjà connue) se substitue, dans le « baromètre » de la protection des tiers, à la notion de capital.

Les auteurs du projet ont donc fait œuvre novatrice même si l'exemple néerlandais qui a servi de référence explicite au législateur belge montre qu'une plus grande flexibilité et un affranchissement plus net encore par rapport aux règles anciennes étaient à portée de main du législateur.

91. La SRL aura-t-elle le succès escompté par le législateur ?

La réponse n'est pas aisée et devrait varier selon que l'on se place du point de vue des tiers (fournisseurs, créanciers, etc.) ou des actionnaires et dirigeants.

Les tiers ne devraient pas craindre l'application des nouvelles règles. L'abandon du capital minimum de 18.550 EUR est à vrai dire anecdotique et se trouve très largement compensé par les règles strictes qui encadrent les distributions ainsi que par des garanties et responsabilités, des fondateurs ou des dirigeants.

Fondateurs, actionnaires et dirigeants pourraient craindre les effets de distributions (de quelque nature qu'elles soient) effectuées à la suite de tests d'actif net et de liquidité opérés de manière superficielle et incomplète.

C'est, au final, à l'aune de la bonne compréhension de ces règles nouvelles et de leur assimilation rapide par les acteurs sociétaires (actionnaires et dirigeants) mais aussi par ceux qui les conseillent, que se mesurera le succès réel de la SRL. Il s'agit là, incontestablement, d'un défi lancé aux professionnels du droit, mais aussi et surtout, aux professionnels de la comptabilité.