

NIEUWE EN AANGEPASTE OPDRACHTEN VAN DE BEDRIJFSREVISOR  
IN HET WVV

MISSIONS NOUVELLES ET ADAPTEES DU REVISEUR D'ENTREPRISES  
DANS LE CSA



Nieuwe en aangepaste opdrachten van de  
bedrijfsrevisor in het WVV

Vennootschapsrechtelijke en normatieve analyse

Missions nouvelles et adaptées du réviseur  
d'entreprises dans le CSA

Analyse du point de vue du droit des sociétés et du  
cadre normatif

2019-2

C. Balestra • S. De Blauwe • R. Ghysels • C. Luxen •  
F. Maillard • M. Mannekens • E. Vanderstappen

met de medewerking van een leescomité bestaande uit:

avec la collaboration d'un comité de relecture composé de :

L. Acke • P.A. Foriers



INFORMATIECENTRUM  
VOOR HET  
BEDRIJFSREVISORAAT



CENTRE D'INFORMATION  
DU REVISORAT  
D'ENTREPRISES



Maklu  
Antwerpen/Apeldoorn

De Stichting “INFORMATIECENTRUM VOOR HET BEDRIJFSREVISORAAT” of “ICCI” is in september 2006 door het Instituut van de Bedrijfsrevisoren opgericht. Deze Stichting heeft tot doel objectieve en wetenschappelijke informatie over vraagstukken die het bedrijfsrevisoraat aanbelangen te verstrekken.

Meer informatie over de Stichting: [www.icci.be](http://www.icci.be)

De juridische interpretaties en andere standpunten verbinden slechts de auteurs.  
De teksten van dit boek zijn bijgewerkt tot 20 oktober 2019.

La Fondation « CENTRE D’INFORMATION DU REVISORAT D’ENTREPRISES » ou « ICCI » a été constituée par l’ Institut des Réviseurs d’Entreprises en septembre 2006. La Fondation a pour but de procurer une information objective et scientifique sur les questions intéressant le révisorats d’entreprises.

Plus d’information concernant la Fondation: [www.icci.be](http://www.icci.be)

Les interprétations juridiques et autres opinions n’engagent que leurs auteurs.  
Les textes de cet ouvrage sont à jour au 20 octobre 2019.

ICCI (ed.)

Nieuwe en aangepaste opdrachten van de bedrijfsrevisor in het WVV  
Missions nouvelles et adaptées du réviseur d’entreprises dans le CSA



Antwerpen-Apeldoorn  
Maklu  
2019

L + 215 pag. – 24 x 16 cm  
978-90-466-1008-4  
D/2019/1997/46  
NUR 786

© 2019 Maklu Uitgevers nv & ICCI

Alle rechten voorbehouden. Niets van deze uitgave mag geheel of gedeeltelijk openbaar gemaakt worden, gereproduceerd worden, vertaald of aangepast, onder welke vorm ook of opgeslagen worden in geautomatiseerd gegevensbestand behoudens uitdrukkelijke en voorafgaande toestemming van de uitgever. Tous droits réservés. Aucun extrait de cette édition ne peut, même partiellement, être communiqué au public, reproduit ni traduit ou adapté sous quelque forme que ce soit, ou être saisi dans une banque de données sans l’autorisation écrite et préalable de l’éditeur.

Maklu Uitgevers

Somersstraat 13/15, B-2018 Antwerpen, [www.maklu.be](http://www.maklu.be), [info@maklu.be](mailto:info@maklu.be)  
Koninginnelaan 96, NL-7315 EB Apeldoorn, [www.maklu.nl](http://www.maklu.nl), [info@maklu.nl](mailto:info@maklu.nl)

## Woord vooraf

Dit boek bevat een systematisch overzicht van de wijzigingen aan de opdrachten die aan revisoren worden toevertrouwd door het Wetboek van vennootschappen en verenigingen (WVV). Het boek geeft niet alleen aan welke opdrachten erbij zijn gekomen en welke verdwenen, maar besteedt ook de nodige aandacht aan de soms vernieuwde formulering of andere invulling van reeds onder het oude recht bestaande opdrachten.

Bij de totstandkoming van het WVV was een eerste grote beleidsoptie om niet te raken aan de taakverdeling tussen revisoren en andere economische beroepen, zoals accountants, waarvan de wet de tussenkomst bij vennootschapsverrichtingen soms ook regelt. Er waren ook geen grote anomalieën vast te stellen in die taakverdeling. In een beperkt aantal gevallen kon bij de neutrale observator wel de indruk bestaan dat de wetgever in het verleden een wettelijk monopolie aan een bepaalde beroepsgroep had gegeven, zonder dat dit noodzakelijk leek in het licht van de vereiste competenties om die opdracht tot een goed einde te brengen. Een voorbeeld is het monopolie van accountants om een vennoot bij te staan bij het uitoefenen van zijn individueel controlerecht in vennootschappen waar geen commissaris is benoemd. Voor een academicus is niet duidelijk waarom niet om het even wie, naar keuze van de vennoot, de vennoot zou mogen bijstaan. Maar de beleidsmakers hebben van in het begin de keuze gemaakt niet te raken aan de bestaande regelingen.

De wijzigingen die wel werden doorgevoerd aan de bijzondere opdrachten kunnen in (minstens) drie categorieën worden opgedeeld.

Vooreerst zijn er heel wat terminologische wijzigingen, waarbij werd gepoogd het onderscheid tussen controle- en beoordelingsopdrachten beter en consequenter tot uiting te brengen in de wettekst, en hier en daar de omschrijving van de opdrachten wat realistischer te laten gebeuren, zodat de revisor niet voor een onmogelijke taak wordt geplaatst, minstens zijn opdracht in het WVV meer in overeenstemming met de terminologie uit de internationale standaarden wordt omschreven.

Ten tweede werd een beperkt aantal bestaande opdrachten afgeschaft. Zo werd de opdracht in verband met doelswijzigingen afgeschaft, omdat de wetgever geen enkele nuttige reden zag om de vroegere vereiste staat van activa en passiva bij een doelswijziging te behouden. Het voor echt verklaren van de lijst van conversies bij conversie van converteerbare obligaties werd ook afgeschaft, omdat het een opdracht was die veeleer atypisch was voor revisoren, die evengoed door anderen zoals een notaris of gewoon de vennootschapssecretaris kon worden vervuld, en waarvan meer algemeen het nut betwifelbaar leek. Controversieel onder revisoren is uiteraard het afschaffen van de opdracht bij quasi-inbreng in de BV en CV (maar behouden in de NV). Men kan argumenteren dat het niet consequent is deze opdracht af te schaffen, nu de controle op inbrengen in natura wel behouden is. Maar de protesterende revisor moet beseffen dat vele niet-revisoren er voorstander van waren om de revisorale controle op inbreng in natura geheel af te schaffen, wat inderdaad logisch zou geweest zijn gezien het

traditionele verband van die controle met de kapitaalvorming en er bij een BV en CV geen kapitaal meer is. Bovendien zou dit volledig hebben gepast in de beleidsambitie om een flexibeler vennootschapsrecht, met minder kosten voor startende ondernemingen, te verwezenlijken. De afschaffing van de tussenkomst bij quasi-inbreng is dus een kleine prijs voor het behoud van de veel belangrijker tussenkomst bij inbreng in natura als dusdanig.

Het revisoraat krijgt er, ten derde, ook belangrijke bijzondere opdrachten bij. De belangrijkste voorbeelden zijn de controle op het uitgifteverslag dat voortaan in beginsel bij elke uitgifte van nieuwe aandelen moet worden opgesteld door het bestuursorgaan (al kunnen en zullen de aandeelhouders er in veel gevallen met unanimitieit van afzien), en de controle, in vennootschappen waar er een commissaris is, van het bestuursverslag bij een liquiditeitstest. Doordat een aantal verrichtingen, zoals gebruik van toegestaan kapitaal en uitkering van interimdividenden voortaan ook bij honderdduizenden BV's mogelijk worden terwijl zij vroeger enkel bij NV's voorkwamen, zal het aantal verrichtingen waarbij revisoren moeten tussenkomen, ook langs die weg nog gevoelig toenemen.

Wat het voorliggende boek niet bevat, zijn aanbevelingen voor oprichters respectievelijk bestuurders over hoe zij een passend financieel plan kunnen opstellen dan wel op een degelijke manier een liquiditeitstest voor dividenduitkering kunnen opstellen. Wellicht oordeelt het IBR dat zulk advies, nu het niet direct op de taken van de revisor slaat, niet door hem moet worden opgesteld, temeer daar de individuele auditkantoren zulk advies aan hun cliënten zullen willen aanbieden. Toch denk ik dat het IBR de maatschappij een dienst zou bewijzen door brochures daarrond op te stellen, al was het maar omdat een revisor zijn nazichtstaak in verband met die verslagen slechts behoorlijk kan vervullen voor zover duidelijk is aan welke minimale eisen de bestuursverslagen moeten voldoen.

Er is zonder twijfel behoefte aan een duidelijk en gezaghebbend overzicht van alle wijzigingen aan de bijzondere opdrachten die het WVV aan revisoren opdraagt, en dit boek voldoet perfect aan die behoefte. De auteurs en ook de samenstellers verdienen felicitaties voor het produceren van dit zeer handige instrument op zo'n korte tijd, zodat alle revisoren erover kunnen beschikken kort na de inwerkingtreding van het nieuwe Wetboek.

Prof. dr. Hans DE WULF  
Universiteit Gent

## Avant-propos

Cet ouvrage contient un aperçu systématique des modifications apportées aux missions confiées aux réviseurs par le Code des sociétés et des associations (CSA). Cette publication mentionne non seulement les missions nouvelles et les missions supprimées, mais consacre également l'attention nécessaire aux éventuelles nouvelles formulations et aux interprétations de missions existant déjà en vertu de l'ancien droit.

Lors de la création du CSA, il a notamment été décidé de ne pas toucher à la répartition des tâches entre les réviseurs et les autres professions économiques, comme les experts-comptables, dont la loi prévoit parfois également l'intervention dans les opérations de la société. Il n'y avait d'ailleurs aucune anomalie notable au niveau de cette répartition des rôles. Dans un nombre limité de cas, l'observateur neutre pouvait avoir l'impression que le législateur avait, par le passé, accordé un monopole légal à un groupe professionnel spécifique, sans que cela ne semble nécessaire vu les compétences requises pour mener à bien cette mission. Citons comme exemple le monopole des experts-comptables pour l'assistance des associés, dans le cadre de l'exercice de leur droit de contrôle individuel dans les sociétés au sein desquelles aucun commissaire n'a été nommé. Dans le milieu académique, on ne comprend pas pourquoi la société ne pourrait pas choisir la personne qu'elle veut pour l'aider. Mais les responsables politiques ont dès le début fait le choix de ne pas toucher aux règles existantes.

Les changements qui ont été apportés aux missions particulières peuvent être subdivisés en (au moins) trois catégories.

Il est avant tout question de nombreuses modifications d'ordre terminologique. L'objectif étant d'exprimer la différence entre les missions de contrôle et les missions d'évaluation de manière plus claire et plus logique dans le texte légal, et d'apporter çà et là plus de réalisme à la description des missions, pour que le réviseur ne soit pas confronté à une tâche impossible, et que la description de sa mission dans le CSA soit davantage conforme à la terminologie des normes internationales.

Ensuite, un nombre limité de missions existantes ont été supprimées. La mission en lien avec les modifications de l'objet a par exemple été supprimée, car le législateur estimait inutile de conserver l'ancienne obligation de rapport décrivant la situation active et passive en cas de modification de l'objet. La déclaration conforme de la liste des conversions lors de la conversion d'obligations convertibles a également été supprimée, il s'agissait en effet d'une mission atypique pour les réviseurs, qui pouvait parfaitement être prise en charge par un notaire ou simplement le secrétaire de la société, et dont l'utilité semblait douteuse de manière générale. Point de controverse entre les réviseurs : la suppression de la mission lors d'un quasi-apport dans la SRL et la SC (mais conservée pour la SA). On peut argumenter qu'il n'est guère cohérent de supprimer cette mission, alors que le contrôle des apports en nature est maintenu. Mais le réviseur contestataire doit prendre conscience du fait que de nombreux non-réviseurs étaient partisans d'une suppression totale du contrôle révisoral des apports

en nature, ce qui aurait bien entendu été logique au vu du lien traditionnel qui unit ce contrôle à la constitution de capital, qui n'existe plus dans les SRL et les SC. En outre, cette suppression aurait eu parfaitement sa place dans le cadre de l'ambition politique visant à établir un droit des sociétés plus flexible, assorti de moindres coûts pour les entreprises débutantes. La suppression de l'intervention en cas de quasi-apport constitue dès lors un prix minime à payer pour le maintien de l'intervention, bien plus importante, dans le cas de l'apport en nature.

En troisième lieu, le réviseur se voit également attribuer des missions particulières importantes. Citons parmi les principaux exemples le contrôle du rapport d'émission qui doit désormais être établi lors de chaque émission de nouvelles actions par l'organe d'administration (même si les actionnaires peuvent dans de nombreux cas y renoncer à l'unanimité et le feront), et le contrôle, dans les sociétés ayant nommé un commissaire, du rapport de l'organe d'administration lors du test de liquidité. Etant donné que plusieurs opérations, comme l'utilisation du capital autorisé et le versement d'acomptes sur dividende, sont désormais également possibles pour des centaines de milliers de SRL alors qu'elles étaient auparavant l'apanage des SA, le nombre d'opérations dans lesquelles des réviseurs devront intervenir va également sensiblement augmenter.

Ce que le présent ouvrage ne contient pas, ce sont des recommandations destinées aux fondateurs et administrateurs sur la manière d'établir un plan financier adéquat et d'élaborer de manière qualitative un test de liquidité pour le versement de dividendes. L'IRE estime peut-être que ce n'est pas à lui de formuler de tels conseils, qui n'ont pas directement trait aux tâches du réviseur, d'autant plus que les cabinets d'audit individuels voudront présenter de tels conseils à leurs clients. Je pense cependant que l'IRE rendrait un service à la communauté en rédigeant des brochures à ce sujet, ne fût-ce que parce qu'un réviseur ne peut réaliser correctement sa mission de contrôle relative à ces rapports, que s'il a clairement connaissance des exigences minimales auxquelles les rapports de l'organe d'administration doivent répondre.

Il est indubitablement nécessaire d'avoir un aperçu clair et faisant autorité de toutes les modifications apportées aux missions particulières que le CSA confie aux réviseurs, et cet ouvrage comble parfaitement ce besoin. Les auteurs et les rédacteurs méritent toutes nos félicitations pour avoir réalisé cet instrument particulièrement pratique en si peu de temps, afin que tous les réviseurs puissent en disposer rapidement après l'entrée en vigueur du nouveau Code.

Pr. Dr. Hans DE WULF  
Université de Gand



## **EXECUTIVE SUMMARY (NL)**

De bepalingen van het nieuwe Wetboek van vennootschappen en verenigingen (WVV) met betrekking tot de inbreng in natura (bij de oprichting art. 5:7, 6:8, 7:7 en *mutatis mutandis* voor de opeenvolgende inbrengen: art. 5:133 Besloten Vennootschap (BV), 6:110 Coöperatieve Vennootschap (CV); in kapitaal voor de Naamloze Vennootschap (NV): art. 7:197), die het onderwerp uitmaken van het **eerste hoofdstuk**, zijn nu op een meer (chrono)logische wijze opgesteld door de revisorale praktijk te benutten waaruit reeds bleek dat men moet werken aan een ontwerpverslag van het bestuursorgaan. De quasi-inbreng wordt enkel voorzien in de NV. Als de inbreng wordt gedaan door het creëren van nieuwe aandelen, is de opdracht van de bedrijfsrevisor meervoudig en de conclusie van het verslag dubbel. Bovendien is de opdracht van de revisor zeer gelijkwaardig aan de opdracht die hij had in het kader van het Wetboek van vennootschappen (W. Venn.).

X

De inbreng in nijverheid heeft nu een volwaardige rol in het nieuwe WVV voor de vennootschap met beperkte aansprakelijkheid en de coöperatieve vennootschap en is verboden (indien deze in kapitaal wordt uitgevoerd) voor de naamloze vennootschap. De inbreng in nijverheid moet worden onderscheiden van de inbreng in *know-how*, vooral omdat de inbreng in nijverheid onlosmakelijk verbonden is met de inbrenger (*intuitu personae*) en een opeenvolgend (en dus toekomstgericht) karakter heeft.

Het Wetboek preciseert niet of de inbreng in nijverheid enkel door een natuurlijk persoon kan worden gedaan; het preciseert echter wel dat deze inbreng moet worden vergoed met aandelen en dus dividenden, waardoor de inbrenger aandeelhouder wordt met de rechten die daaruit voortvloeien.

De fiscale en boekhoudkundige aanpak is in meerdere opzichten nog onzeker en het zijn ongetwijfeld de oplossingen die de komende weken en maanden zullen worden gevonden die ervoor zullen zorgen dat deze inbreng in nijverheid al dan niet een succes wordt.

Wat de tussenkomst van de bedrijfsrevisor betreft, gaat het om een inbreng in natura waarvoor de bedrijfsrevisor een wettelijk monopolie heeft. Het feit dat de inbreng op een opeenvolgende manier gebeurt en dat men dus een toekomstgericht aspect moet beheren in het kader van de opdracht van de inbreng in natura betreffende toekomstige prestaties (inbreng in nijverheid), brengt evenwel een bepaald aantal moeilijkheden met zich mee.

In het **tweede hoofdstuk** gaat de aandacht naar de beschermende maatregelen tot instandhouding van het vermogen van de vennootschap bij de BV.

Ter compensatie van de afschaffing van het juridische- en boekhoudkundige kapitaal bij de BV, achtte de wetgever dat er compenserende beschermingsmaatregelen ten gunste van de schuldeisers dienen te worden uitgewerkt. Hiervan zijn de nettoactief- en de liquiditeitstest opvallende nieuwe bepalingen van het WVV.

Alhoewel de onderliggende principes, zoals het behoud van een voldoende solvabiliteit en een gezonde liquiditeitspositie die moet toelaten om de schulden te honoreren wanneer deze betaalbaar zijn, zeker niet nieuw zijn en voorheen werden ingebed in meerdere artikelen van de vennootschapswetgeving, leggen de wetsartikelen 5:142 en 5:143 WVV een meer doorgedreven formalisering en documentering op. Dit geldt zowel voor het bestuursorgaan als voor de commissaris, wanneer de vennootschap een commissaris heeft onafhankelijk van het feit of deze laatste zijn mandaat uit een wettelijke verplichting volgt of een vrijwillige aanduiding door de vennootschap betreft.

Zowel de nettoactief- als de liquiditeitstest behelzen beoordelingsopdrachten voor de commissaris en maken het voorwerp uit van een formeel verslag. Evenwel wordt het verslag van de commissaris over de nettoactiefest gevoegd bij het jaarlijks commissarisverslag over de jaarrekening, terwijl zijn verslag over de liquiditeitstest niet wordt openbaar gemaakt maar enkel het voorwerp is van een vermelding dat de procedure werd gevolgd in het commissarisverslag over de jaarrekening. Dit heeft het bedenkelijk corollarium dat het letterlijk volgen van de wettekst ertoe leidt dat de lezer geen inzicht krijgt over de conclusies van de verslaggeving van de commissaris over de liquiditeitstest van het bestuursorgaan. Enkel wanneer de conclusies dermate zijn dat zij tevens aan andere aspecten raken van het commissarisverslag van de jaarrekening, zal de lezer van de jaarrekening over bijkomende informatie beschikken. Dit zal gebeurlijk het geval zijn.

De draagwijdte van de opdracht van de commissaris conform de artikelen 5:142 en 5:143 WVV stelt duidelijk dat de commissaris een beoordeling doet van respectievelijk de staat van activa en passiva die aan de basis ligt van de nettoactiefest en van de boekhoudkundige en financiële informatie (zowel historische als prospectieve informatie) dewelke aan de basis ligt van de beslissing voor de effectieve uitbetaling van de eerder principieel besliste uitkering (de liquiditeitstest). Dit betekent tevens dat de commissaris in deze specifieke verslaggeving geen uitspraak doet over het bedrag en de opportuniteit van de uitkering op zich. Dit is een beoordeling en beslissing van de betreffende vennootschapsorganen.

Weliswaar kan een niet-gepaste uitkering de tussenkomst vereisen van de commissaris vanuit de invalshoek van zijn andere verantwoordelijkheden (*going concern* aspecten van de vennootschap, overtreding van statuten en/of WVV, enz.). Het is immers duidelijk dat er heel wat interferentie is tussen de artikelen die de nettoactief- en de liquiditeitstest betreffen en andere artikelen uit het WVV.

Om die reden lijkt het sterk aan te raden dat wanneer de commissaris de mening is toegedaan dat het voorgenomen bedrag van de uitkering wegens wettelijke (en aldus economische) redenen niet gepast is, hij dit simultaan met zijn verslaggeving meedeelt in een schrijven aan het bestuursorgaan en desgevallend toelicht op de algemene vergadering die besluit over een uitkering en waarop hij aanwezig is.

De nettoactief- en de liquiditeitstest zijn niet enkel van toepassing op een dividend of tantième maar eveneens op transacties die economisch vergelijkbaar zijn, zoals de inkoop van eigen aandelen, financiële steunverlening, terugbetaling van inbreng en uittredingen en uitsluitingen lastens het vennootschapsvermogen.

Het valt niet te ontkennen dat de nettoactief- en de liquiditeitstest de *governance*-organen op uitgesproken wijze doen ‘stilstaan’ bij een te nemen beslissing aangaande uitkeringen en dit temeer gezien de expliciete aansprakelijkheid die terzake is opgenomen in het WVV. Dit biedt aldus een bijkomende bescherming ten aanzien van schuldeisers. Evenwel valt het moeilijk te verklaren waarom deze bijkomende procedures worden opgelegd aan de BV en niet aan de NV. Het wegvallen van het (minimum-)kapitaal bij de BV kunnen we moeilijk als een economische grond beschouwen.

Bijgevolg zou het wel eens kunnen dat deze additionele procedure die enkel op de BV (en CV) betrekking heeft, een belangrijk beslissingselement zal zijn bij de afweging van de keuze tussen de BV en de NV. Het zou te betreuren zijn dat dit verschil de aanleiding is dat er minder gebruik zal worden gemaakt van de rechtsvorm BV, de voorgenomen “*one size fits all*”-vennootschapsvorm. Aldus zouden de vele mogelijkheden verwateren die deze structuur biedt dankzij de significant toegenomen flexibiliteit die werd ingebouwd in de wetgeving ten bate van het economisch verkeer.

Er bestond een discrepantie tussen de bewoording van de bijzondere opdrachten gebruikt in het W. Venn. en de terminologie van de opdrachten van de economische beroepsbeoefenaars in de internationale standaarden. Teneinde een maximale coherentie te bewerkstelligen met het voor de bedrijfsrevisoren toepasselijk normenkader, werd, op voorstel van het Instituut van de Bedrijfsrevisoren (IBR), in de gewijzigde formuleringen in het WVV rekening gehouden met de algemeen gehanteerde terminologie voor:

- 1) een (volledige) controleopdracht, waarbij dan ook de termen “gecontroleerd” worden gehanteerd (in het Frans “*contrôle*”) – controle leidt tot een verslag waarin een oordeel wordt gegeven over het getrouw beeld ;
- 2) een beoordelingsopdracht, waarbij ook de termen “beoordeelt” en “beoordelingsverslag” (in het Frans “*évalue*” en “*rapport d’examen limité*”) worden gehanteerd.

In het **derde hoofdstuk** worden de gewijzigde formuleringen en oordelen in de bijzondere opdrachten van vrijwillige ontbinding, omzetting van rechtsvorm, belangenconflicten en interimdividend in vennootschappen in het WVV behandeld.

Ingeval van een vrijwillige ontbinding van een vennootschap wordt bij het verslag van het bestuursorgaan een staat van activa en passiva gevoegd. In tegenstelling tot artikel 181, §1 W. Venn. wordt de datum van dit verslag en de notie “staat van activa [van] niet meer dan drie maanden” door artikel 2:71, §2, tweede lid WVV verduidelijkt: de datum van drie maanden betreft het afsluiten van de staat niet meer dan drie maanden vóór de algemene vergadering die over het voorstel tot ontbinding moet besluiten en dus niet het vaststellen van de staat. Hiermee komt een einde aan de discussie in de rechtsleer inzake het tijdstip waarop de drie maanden moeten worden beoordeeld.

Conform artikel 2:71, §2, eerste lid WVV controleert de beroepsbeoefenaar deze staat, brengt daarover verslag uit en vermeldt inzonderheid of daarin een getrouw beeld wordt gegeven. Er wordt aldus geen melding meer gemaakt aangaande de volledigheid en de juistheid van de toestand weergegeven in de staat van activa en passiva.

Artikel 2:80, 2° tweede lid WVV voorziet in een uitzondering op het eerste lid van artikel 2:80, 2°, namelijk in het geval dat er een schriftelijke instemming aanwezig is van vennoten of aandeelhouders, of derden, inzake de toepassing van de mogelijkheid van de ontbinding en vereffening in één akte. Ingevolge deze expliciete toestemming vervalt de verplichting dat hun vorderingen opgenomen in de staat van activa en passiva dienen te worden terugbetaald of geconsigneerd opdat de akte zou kunnen plaatsvinden. De beroepsbeoefenaar bevestigt dit schriftelijk akkoord in de conclusies van zijn verslag (art. 2:80, 2°, *in fine* WVV).

De normen inzake de controle bij het voorstel tot ontbinding van vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid zijn van toepassing. Ingevolge paragraaf 2.1.1. van deze normen wordt een “volkomen controle” van de boekhoudkundige staat vereist. In de huidige context beoogt deze term de audit zoals gedefinieerd door de *International Standards on Auditing* (ISA's).

In tegenstelling tot artikel 776 W. Venn. wordt ook bij de omzetting van vennootschappen de datum van “staat van activa [van] niet meer dan drie maanden” door artikel 14:3, eerste lid WVV verduidelijkt: “*niet meer dan drie maanden vóór de algemene vergadering die over het voorstel tot omzetting moet besluiten is afgesloten.*”.

Wat de opdracht van de beroepsbeoefenaar bij elke omzetting betreft, brengt deze over de staat van activa en passiva verslag uit en vermeldt inzonderheid of het nettoactief is overgewaardeerd (art. 14:4, eerste lid WVV). Het woord “enige” in de formulering “enige overwaardering” werd geschrapt. Het materialiteitsaspect wint aan belang overeenkomstig paragraaf 1.4.3., laatste lid van de normen inzake het verslag op de stellen bij de omzetting van een vennootschap. Op basis van de hiërarchie van de rechtsbronnen primeert het WVV op deze normen en dienen de controlewerkzaamheden niet langer te focussen op “elke” overwaardering. Aangezien de beroepsbeoefenaar slechts een beperkte controle uitvoert, zou zijn opdracht in een internationale context kunnen kwalificeren als een beoordeling van tussentijdse financiële informatie (*International Standards on Review Engagements*, ISRE 2410 voor de commissaris of ISRE 2400 voor de bedrijfsrevisor).

De formuleringen van de opdracht van de commissaris in de belangenconflictenregeling worden tevens gewijzigd.

Bij een belangenconflict in hoofde van een bestuurder moet de bestuurder met een belangenconflict de commissaris niet langer op de hoogte brengen van het strijdig belang. De aangepaste formulering in artikel 7:96 WVV verduidelijkt de finaliteit van de opdracht van de commissaris in deze context, met name dat de commissaris de omschrijving door de raad van bestuur van de vermogensrechtelijke gevolgen beoordeelt en deze beoordeling weergeeft in zijn commissarisverslag. Deze opdracht van de commissaris is te catalogeren als een “hybride” opdracht die niet kan worden ingepast in de terminologie van de internationale standaarden.

Ingeval van toepassing van een regeling van betrekkingen binnen een groep waarvan een groepsvennootschap is genoteerd, spreekt artikel 524 W. Venn. tot nog toe over een oordeel over de getrouwheid van de gegevens. Helaas gebruikt artikel 7:116, §4, derde lid WVV nog steeds deze formulering ingeval van de toepassing van de belangenconflictenprocedure van de controlerende aandeelhouder in een genoteerde vennootschap met duaal bestuur (directieraad en raad van toezicht). Het lijkt om een vergetelheid van de wetgever te gaan. Voortaan wordt er in artikel 7:97, §4, derde lid WVV gepreciseerd dat de commissaris beoordeelt of er geen van materieel belang zijnde inconsistenties zijn in de financiële en boekhoudkundige gegevens die vermeld staan in de notulen van het bestuursorgaan en in het advies van het comité ten opzichte van de informatie waarover hij beschikt in het kader van zijn opdracht. Het materialiteitsbegrip doet ook in deze opdracht zijn intrede. ISRE 2410 “Beoordeling van tussentijdse financiële informatie, uitgevoerd door de onafhankelijke auditor van de entiteit” is van toepassing op deze opdracht.

Met het oog op de flexibiliteit van het vennootschapsrecht, de handhaving van de concurrentiepositie van de Belgische bedrijven en de verbetering van de werking van de kapitaalmarkten is een interimdividend niet langer onderworpen aan de in artikel 618 W. Venn. voorgeschreven wettelijke tijdsbeperkingen van zes en drie maanden. Een interimdividend wordt niet langer enkel uitgekeerd op het resultaat van het lopend boekjaar, maar ook uit de winst van het voorgaande boekjaar zolang de jaarrekening van dat boekjaar nog niet is goedgekeurd (art. 7:213, tweede lid WVV). ISRE 2410 blijft ook hier de toe te passen standaard op de commissarisopdracht bij de uitkering van een interimdividend zoals vermeld in de Praktische nota van het IBR van 5 februari 2016 bij de uitvoering van de werkzaamheden van beoordeling in het kader van een interimdividend.

De goedkeuring van het nieuwe WVV leidt niet tot fundamentele wijzigingen voor de opdrachten met getrouwe en voldoende boekhoudkundige financiële gegevens die in het **vierde hoofdstuk** worden besproken.

De wetgever heeft immers de voorkeur gegeven aan een harmonisering van de gebruikte termen en een verduidelijking van de bijzondere verslagen die moeten worden opgesteld door het bestuursorgaan enerzijds, en door de commissaris, de bedrijfsrevisor of de externe accountant anderzijds.

De commissaris, de bedrijfsrevisor of de externe accountant hebben vier opdrachten met betrekking tot financiële en boekhoudkundige gegevens:

- de wijziging van de rechten verbonden aan soorten van aandelen
- de uitgifte van aandelen
- de uitgifte van converteerbare obligaties en inschrijvingsrechten
- de beperking van het voorkeurrecht

De wijziging van de rechten verbonden aan soorten van aandelen is een nieuwe opdracht voor de commissaris, de bedrijfsrevisor of de externe accountant. In het Wetboek van vennootschappen was de tussenkomst van de commissaris beperkt tot de controle van de naleving van de procedure voor de toepassing van artikel 144, 6° W. Venn.

Het toepassingsgebied van de procedure in geval van uitgifte van nieuwe aandelen werd uitgebreid. Onder het oude Wetboek was de tussenkomst van de commissaris, de bedrijfsrevisor of de externe accountant enkel verplicht in geval van uitgifte onder de fractiewaarde. Voortaan geldt deze procedure in alle gevallen van uitgifte van nieuwe aandelen, of deze nu boven, onder of aan fractiewaarde zijn.

Wat de uitgifte van converteerbare aandelen en inschrijvingsrechten betreft, heeft de wetgever gekozen voor een opdracht die gelijkaardig is aan de opdracht die van toepassing is in het geval van de uitgifte van nieuwe aandelen. Voorheen was de commissaris, de bedrijfsrevisor of de externe accountant enkel betrokken bij de omzetting of de uitoefening van deze rechten. Nu vindt deze tussenkomst plaats bij de uitgifte.

Ten slotte blijft de procedure die van toepassing is in het geval van een beperking of een opheffing van het voorkeurrecht, gelijkaardig aan de procedure die bestond in het W. Venn. Niettemin heeft de wetgever duidelijkheidshalve de voorkeur gegeven aan het gebruik van een “getrapte wetgeving” en één enkel instrumentum.

Al deze procedures brengen de creatie van nieuwe aandelen met zich mee. Het doel van de tussenkomst van de economische beroepsbeoefenaar is immers ervoor te zorgen dat de aandeelhouders naar behoren worden geïnformeerd, zodat zij zich met volledige kennis van zaken een mening kunnen vormen en een beslissing kunnen nemen tijdens de algemene vergadering.

Deze procedures kunnen ook worden gecombineerd, dit wordt verduidelijkt door de wetgever die in de desbetreffende bepalingen naar de ene of de andere procedure verwijst.

Ten slotte heeft de wetgever besloten om de formulering van al deze opdrachten te harmoniseren. De commissaris, bedrijfsrevisor of externe accountant moet dus voor

elke opdracht beoordelen “*of de in het verslag van het bestuursorgaan opgenomen financiële en boekhoudkundige gegevens in alle van materieel belang zijnde opzichten getrouw en voldoende zijn om de algemene vergadering die over het voorstel moet stemmen, voor te lichten*”. Er bestaat voortaan geen twijfel meer over het feit dat het gaat om beperkte beoordelingsopdrachten.

**Het vijfde hoofdstuk** beschrijft de aan de bedrijfsrevisoren toegewezen opdrachten in de context van het WVV: het betreft enerzijds een aanpassing van de reeds bekende opdrachten in het kader van de wet van 27 juni 1921 betreffende de verenigingen zonder winstoogmerk, de stichtingen en de Europese politieke partijen en stichtingen (dat wil zeggen het mandaat van de commissaris, de omzetting van een VZW in een vennootschap met sociaal oogmerk bedoeld in artikel 26ter van de wet, de omzetting van een private stichting in een stichting van openbaar nut bedoeld in artikel 44 en de omzetting van de Europese politieke partij (EUPP) in VZW bedoeld in artikel 58/4 en, anderzijds, een aantal nieuwe opdrachten toegewezen hetzij aan de commissaris, hetzij aan een bedrijfsrevisor of externe accountant.

Dit hoofdstuk behandelt echter niet de hierboven vermelde opdracht met betrekking tot de EUPP, aangezien boek 17 van het WVV (over “De Europese politieke partij en de Europese politieke stichting”) niet meer voorziet in een controleopdracht bij omzetting van een EUPP in een VZW.

Voorafgaand aan de beschrijving van de verschillende opdrachten, begint de uiteenzetting met een inleiding waar in een eerste deel van dit hoofdstuk wordt gewezen op de groottecriteria van verenigingen en stichtingen. Deze herinnering is nuttig gelet op de implicaties op het vlak van de wijze van het voeren van de boekhouding (dubbele boekhouding, vereenvoudigde boekhouding) en van de openbaarmaking van de jaarrekening. Deze informatie kan immers een significante invloed hebben op de opdrachtuitvoering en de conclusies van de verslagen. In een tweede deel wordt ingegaan op de verschillende termijnen voor de neerlegging van de jaarrekening in functie van de betrokken rechtspersoon, met inbegrip van de rechtspersonen naar buitenlands recht. Er zijn een aantal ontwikkelingen ten opzichte van de situatie vóór het WVV.

Een derde deel geeft een overzicht van de verplichtingen en de inhoud van het jaarverslag, een door het WVV voor verenigingen en stichtingen ingevoerde nieuwigheid die een impact heeft op de inhoud van de in het commissarisverslag op te nemen vermeldingen, een verplichting die niet voortvloeit uit het WVV maar wel uit ISA 720. Dit deel bevat ook de beschrijving van het begrip “belangenconflict” – nog een nieuwigheid voor de sector – en de gevolgen voor de werkzaamheden van de commissaris en de inhoud van zijn verslag. Worden ook behandeld: het begrip “continuïteit van de activiteiten” en de alarmbelprocedure in het kader van de continuïteit van de activiteiten. Hieromtrent dient te worden verwezen naar de bepalingen van het Wetboek van economisch recht dat in artikel XX.23, §3 de bepalingen beschrijft die de economische beroepen (bedrijfsrevisoren, externe accountants en boekhouders) verplichten om aandacht te besteden aan de continuïteit van de activiteiten van hun cliënten. In tegenstelling tot de wet van 27 juni 1921 betreffende de verenigingen zonder winstoogmerk, de stichtingen en de Europese politieke partijen en stichtingen



die niet ingaat op de kwestie van de continuïteit van de activiteiten, dient ook melding te worden gemaakt van artikel 2:52 betreffende de continuïteit in het algemeen: voor verenigingen en stichtingen die een commissaris hebben benoemd, legt het WVV in artikel 3:69 een bijkomende verplichting op met betrekking tot de kwestie van de continuïteit van de economische activiteit van de rechtspersoon.

Het hoofdstuk onderzoekt de taak van de commissaris aan de hand van zijn rol, de naleving van de wettelijke termijnen en de inhoud van zijn verslag. Een bijgewerkt modelverslag en een model van verslag van niet-bevinding zijn opgenomen. In de bijlagen vindt de lezer een uittreksel uit het WVV betreffende de definitie van de wettelijke controle van de rekeningen voor verenigingen en stichtingen; de basistekst met betrekking tot de vennootschappen werd specifiek aangepast aan de verenigingen en stichtingen.

Verder wordt ingegaan op alle opdrachten van het WVV met betrekking tot verenigingen en stichtingen, opdrachten die naargelang het geval zijn toegewezen hetzij aan de commissaris, hetzij aan een bedrijfsrevisor of externe accountant. In de preambule van dit deel wordt het normatief kader (of het momenteel ontbreken hiervan) uiteengezet. De verschillende opdrachten betreffen de tussenkomst in ontbindingsprocedures, belangenconflicten, fusies en splitsingen van (I)VZW's en stichtingen, (nationale en grensoverschrijdende) omzettingen van rechtsvorm, waarvan minstens één partij een VZW of een stichting is.

Teneinde een volledig overzicht te hebben van alle nieuwe en gewijzigde bijzondere opdrachten in het Wetboek van vennootschappen en verenigingen, is het uiteraard opportuun om in het **zesde hoofdstuk** ook de afgeschafte bijzondere opdrachten in kaart te brengen. Meer bepaald betreffen dit de bijzondere opdrachten die wel werden opgenomen in het W. Venn., maar die de wetgever heeft geschrapt in het nieuwe WVV.

In dit laatste hoofdstuk worden deze afgeschafte bijzondere opdrachten niet enkel telkens besproken, maar wordt dieper ingegaan op de achterliggende motieven van de wetgever om deze bijzondere opdrachten uiteindelijk niet te weerhouden in het nieuwe Wetboek van vennootschappen en verenigingen. Ten slotte wordt een evaluatie gemaakt of de afschaffing van deze welbepaalde bijzondere opdrachten in het nieuwe WVV al dan niet terecht is, rekening houdende de economische praktijk waarbinnen deze bijzondere opdrachten zich voordeden.

De wetgever heeft bij de invoering van het WVV drie bijzondere opdrachten afgeschaft, meer bepaald:

- (1) de bijzondere opdracht van de quasi-inbrengprocedure in de BVBA en de CVBA;
- (2) de bijzondere opdracht van de doelswijziging; en
- (3) de bijzondere opdracht van de kapitaalverhoging in de NV ten gevolge van een conversie van converteerbare obligaties in aandelen of van een inschrijving op aandelen.

Dit heeft als concreet gevolg dat de bijzondere opdrachten in kwestie niet langer het voorwerp zullen moeten uitmaken van een revisoraal verslag dienaangaande en dit vanaf 1 mei 2019 voor de vanaf die datum opgerichte rechtspersonen en vanaf 1 januari 2020 voor de bestaande rechtspersonen.

Inzake de quasi-inbrengprocedure in de BVBA en de CVBA werd gevonden dat deze oorspronkelijk door de wetgever werd ingevoerd om de ontduiking van de revisorale controle bij inbreng in natura onmogelijk te maken. Volgens de huidige wetgever kon het behoud van de regels inzake quasi-inbreng in de BV en de CV echter niet langer worden verantwoord, gelet op de vele beperkingen en de gewijzigde context (verdwijnen van het kapitaalbegrip in de BV en CV). De regels inzake belangenconflicten zouden volgens de wetgever ter zake de nodige garanties bieden. Samen met het IBR en een deel van de rechtsleer dienaangaande zijn wij van oordeel dat het alsnog nuttig was geweest dat de wetgever de regels inzake quasi-inbreng zou behouden in de BV en de CV, meer bepaald omdat het risico nog steeds bestaat dat een quasi-inbreng de belangen van de aandeelhouders niet-bestuurders zou schaden en omdat deze afschaffing meer bepaald het witwasrisico zal verhogen.

Wat betreft de bijzondere opdracht van de doelwijziging werd uitgekristalliseerd dat, terwijl de formaliteiten betreffende de doelwijziging destijds door de wetgever werden ingegeven door de bezorgdheid om de aandeelhouders zo goed mogelijk in te lichten omtrent de toestand van het vermogen van de vennootschap op het ogenblik dat een dergelijke belangrijke beslissing wordt genomen, de huidige wetgever het geweer van schouder verandert door nu te stellen dat de praktijk deze vereiste als een overbodige formaliteit ervaart, die geen meerwaarde biedt voor de te nemen beslissing van doelwijziging van de vennootschap. Wij zijn van oordeel dat de afschaffing van de bijzondere opdracht van de doelwijziging alsmede de opheffing van de vereiste in dit kader van het voorleggen van een staat van activa en passiva die niet meer dan drie maanden voordien is vastgesteld (en dit voor alle vennootschapsvormen) er in de economische praktijk opnieuw zal voor zorgen dat de aandeelhouders, en dan vooral de aandeelhouders niet-bestuurders, geen voldoende en getrouwe informatie zullen ontvangen omtrent de toestand van het nettoactief van de vennootschap op het ogenblik dat zulke ingrijpende beslissing wordt genomen, namelijk de wijziging van het doel van de vennootschap zoals beschreven in diens statuten. Daarenboven kan een doelwijziging resulteren in een fundamenteel verschillende bedrijfsvoering. In plaats van de cijfermatige reflectie af te schaffen, menen wij dat de wetgever deze had moeten uitbreiden met een reflectie over de toekomst en derhalve een prospectieve haalbaarheidstoets had moeten voorschrijven.

Ten slotte betreffende de bijzondere opdracht van de kapitaalverhoging in de NV ten gevolge van een conversie van converteerbare obligaties in aandelen of van een inschrijving op aandelen werd de bevinding gedaan dat de wetgever destijds geen nadere toelichting heeft gegeven omtrent de invoering van de bijzondere opdracht in kwestie en later ook niet omtrent de motieven om desbetreffende bijzondere opdracht terug af te schaffen. Zoals bij de afschaffing van bijzondere opdracht van de doelwijziging, heeft de wetgever hier wederom geopteerd om voorrang te verlenen aan de krachtlijnen van het vereenvoudigen en flexibiliseren van het vennootschapsrecht en

dit, tevens in dit kader, enigszins ten koste van de bescherming van de aandeelhouders niet-bestuurders. Voorheen hadden zij immers het comfort dat een commissaris (of bij diens ontstentenis de bedrijfsrevisor) als onafhankelijke en onpartijdige deskundige de lijst van gevraagde conversies voor echt verklaarde, teneinde de zekerheid voor alle aandeelhouders en derden te kunnen waarborgen.

Deze publicatie werd nagelezen door een leescomité bestaande uit:

- Paul Alain FORIERS, emeritus gewoon hoogleraar contractenrecht en verbintenissenrecht en titularis van het vak grondige studie van het vennootschapsrecht aan de *Université Libre de Bruxelles*, advocaat bij het Hof van Cassatie en lid van de Juridische Commissie van het IBR. Hij is één van de vier experts aangesteld door Minister van Justitie Koen GEENS voor de hervorming van het Wetboek van Vennootschappen. Hij is auteur van talrijke bijdragen en publicaties in het domein van contracten-, verbintenissen-, vennootschaps- en financieel recht (openbare overnamebiedingen, misbruik van voorkennis, belemmering van de vrije concurrentie, transparantie van het aandeelhouderschap, enz.); en
- Lieven ACKE, bedrijfsrevisor, raadslid en secretaris van het IBR, voorzitter van het ICCI, vennoot van het bedrijfsrevisorenkantoor Mazars Bedrijfsrevisoren, voorzitter van de Commissie Publieke Sector van het IBR en lid van de Juridische Commissie van het IBR.



## **EXECUTIVE SUMMARY (FR)**

Les dispositions du Code des sociétés et des associations (CSA) relatives à l'apport en nature (à la constitution art. 5:7, 6:8, 7:7 et *mutatis mutandis* pour les apports successifs : art. 5:133 Société à Responsabilité Limitée (SRL), 6:110 Société Coopérative (SC) ; en capital pour la Société Anonyme (SA), art. 7:197) qui font l'objet du **premier chapitre**, sont désormais rédigées de manière plus (chrono)logique en consacrant ainsi la pratique révisoriale qui considérait qu'il fallait travailler sur un projet de rapport de l'organe d'administration. Le quasi-apport n'est prévu que dans la SA. Si l'apport se réalise avec la création d'actions nouvelles, la mission du réviseur est multiple et la conclusion du rapport est double. Par ailleurs la mission du réviseur d'entreprises est très semblable à celle qu'il effectuait sous l'empire du Code des sociétés (C. Soc.)

## XXII

L'apport en industrie a désormais une place à part entière dans le nouveau Code pour la société à responsabilité limitée et la société coopérative et est interdit (s'il est effectué en capital) pour la société anonyme. Il doit être distingué de l'apport en savoir-faire (*know-how*) essentiellement car l'apport en industrie est indissociable de l'apporteur (*intuitu personae*) et qu'il revêt un caractère successif (et donc prospectif).

Le Code ne précise pas si l'apport en industrie ne peut être réalisé que par une personne physique toutefois il précise qu'il doit être rémunéré par des actions et donc des dividendes, de ce fait l'apporteur sera qualifié d'actionnaire avec les droits qui en découlent.

Les approches fiscale et comptable sont encore incertaines à plusieurs égards et c'est sans doute les solutions qui seront trouvées dans les semaines et les mois qui viennent qui feront que cet apport en industrie aura ou pas du succès.

Pour ce qui est de l'intervention du réviseur d'entreprises, il s'agit d'un apport en nature pour lequel le réviseur d'entreprises a un monopole légal, un certain nombre de difficultés résident dans le fait que l'apport se fait de façon successive et qu'il faudra donc gérer un aspect prospectif dans le cadre de la mission de l'apport en nature portant sur des prestations futures (apport en industrie).

Le **deuxième chapitre** attire l'attention sur les mesures de protection pour maintenir le patrimoine de la SRL.

Pour compenser la suppression du capital juridique et comptable pour la SRL, le législateur a considéré que des mesures de protection compensatoires en faveur des créanciers devaient être développées. Parmi celles-ci les test d'actif net et de liquidité sont des nouvelles dispositions frappantes du CSA.

Bien que les principes sous-jacents tels que le maintien d'une solvabilité suffisante et une position de liquidité saine qui doit permettre d'honorer les dettes à l'échéance ne sont certainement pas nouveaux et sont déjà intégrés dans plusieurs articles de la législation des sociétés, les articles 5:142 et 5:143 CSA imposent une formalisation et une documentation plus approfondies. Cela vaut tant pour l'organe d'administration que pour le commissaire, lorsque la société dispose d'un commissaire indépendamment du fait que son mandat soit une obligation légale ou une désignation volontaire par la société.

Tant le test d'actif net que le test de liquidité concernent des missions d'examen limité pour le commissaire et font l'objet d'un rapport formel. Cependant, le rapport du commissaire sur le test d'actif net est joint au rapport annuel du commissaire sur les comptes annuels, tandis que son rapport sur le test de liquidité n'est pas rendu public, mais fait seulement l'objet d'une mention dans le rapport du commissaire sur les comptes annuels attestant que la procédure a été suivie. Cela a pour corollaire discutable que le respect littéral du texte de loi a pour effet que le lecteur ne comprend pas les conclusions du rapport du commissaire sur le test de liquidité de l'organe d'administration. Ce n'est que lorsque les conclusions sont telles qu'elles affectent également d'autres aspects du rapport du commissaire sur les comptes annuels que le lecteur des comptes annuels disposera d'informations complémentaires. Ce sera éventuellement le cas.

La portée de la mission du commissaire conformément aux articles. 5:142 et 5:143 CSA indique clairement que le commissaire évalue respectivement l'état résumant la situation active et passive étant à la base du test d'actif net et des informations comptables et financières (tant les informations historiques que prospectives). Cette évaluation sous-tend la décision du paiement effectif de la distribution précédemment décidée en principe (le test de liquidité). Cela signifie également que dans ce rapport spécifique le commissaire ne se prononce pas sur le montant et l'opportunité de la distribution en soi. C'est une évaluation et une décision des organes de la société concernés.

Certes, une distribution non appropriée peut requérir l'intervention du commissaire du point de vue de ses autres responsabilités (aspects de continuité de la société, violation des statuts et/ou du CSA, etc.). En effet, il est clair qu'il y a beaucoup d'interférences entre les articles concernant les tests d'actif net et de liquidité et d'autres articles du CSA.

C'est pourquoi, il semble fortement recommandé, lorsque le commissaire estime que le montant prévu de la distribution n'est pas approprié pour des raisons légales (et donc économiques), qu'il mentionne cela simultanément dans son rapport et dans une lettre adressée à l'organe d'administration et que, le cas échéant, il clarifie cela à l'assemblée générale qui se prononce sur une distribution et à laquelle il est présent.

Les tests d'actif net et de liquidité ne sont pas seulement applicables à des dividendes ou tantièmes, mais également à des transactions économiquement comparables telles que le rachat d'actions propres, le financement de l'acquisition d'actions par des tiers, le remboursement d'apports et les démissions et exclusions à charge du patrimoine social.

Il est indéniable que les tests d'actif net et de liquidité amènent les organes de gouvernance à considérer avec attention une décision de distribution à prendre, d'autant plus compte tenu de la responsabilité explicite en la matière prévue par le CSA, et que cela constitue donc une protection supplémentaire à l'égard des créanciers. Il est cependant difficile d'expliquer pourquoi ces procédures supplémentaires sont imposées à la SRL et non à la SA. La suppression du capital minimum pour la SRL peut difficilement être considérée comme un motif économique.

Par conséquent, il est possible que cette procédure supplémentaire limitée à la SRL (et à la SC) soit un élément de décision important dans la réflexion sur le choix entre SRL et SA. Il serait regrettable que cette différence soit la raison pour laquelle la forme juridique SRL – la forme de société prévue « *one size fits all* » – serait moins utilisée. Cela compromettrait les nombreuses possibilités offertes par cette structure grâce à la flexibilité considérablement accrue incorporée dans la législation au profit du commerce.

Il y avait une divergence entre le libellé des missions particulières utilisé dans le C. Soc. et la terminologie des missions des professionnels économiques utilisée dans les normes internationales. Afin d'obtenir une cohérence maximale avec le cadre normatif applicable aux réviseurs d'entreprises, les énoncés modifiés dans le CSA tiennent compte, sur proposition de l'Institut des Réviseurs d'Entreprises (IRE), de la terminologie généralement utilisée pour :

- 1) une mission de contrôle (plénier), utilisant également le terme « contrôle » (en néerlandais « *gecontroleerd* ») – un contrôle conduit à un rapport dans lequel est exprimé une opinion sur l'image fidèle ;
- 2) une mission d'examen limité, utilisant également les termes « évalue » et « rapport d'examen limité » (en néerlandais « *beoordeelt* » et « *beoordelingsverslag* »).

Le **troisième chapitre** traite des formulations modifiées et des opinions dans le cadre des missions spéciales en cas de dissolution volontaire, de transformation de forme juridique, de conflits d'intérêts et d'acompte sur dividende dans les sociétés dans le CSA.

En cas de dissolution volontaire d'une société, un état résumant la situation active et passive est joint au rapport de l'organe d'administration. Contrairement à l'article 181, §1<sup>er</sup> C. Soc., la date de ce rapport et la notion d'« état résumant la situation active ne remontant pas à plus de trois mois » sont précisées par l'article 2:71, §2, alinéa 2 CSA : la date de trois mois concerne la clôture de l'état à une date ne remontant pas à plus de trois mois avant l'assemblée générale appelée à se prononcer sur la proposition de dissolution et non l'arrêt de l'état. Cela a mis fin au débat dans la doctrine concernant le moment d'évaluation des trois mois.



Conformément à l'article 2:71, §2, dernier alinéa CSA, le professionnel contrôle cet état, en fait rapport et indique spécialement s'il donne une image fidèle. Il n'est donc plus fait mention de l'exhaustivité et de l'exactitude de la situation figurant dans l'état résumant la situation active et passive.

L'article 2:80, 2<sup>o</sup>, alinéa 2 CSA prévoit une exception à l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 2:80, 2<sup>o</sup>, notamment dans le cas où il existe un accord écrit d'associés ou actionnaires, ou de tiers, sur l'application de la possibilité d'une dissolution et d'une liquidation en un seul acte. En vertu de cette autorisation explicite, l'obligation selon laquelle leurs créances figurant dans l'état résumant la situation active et passive doivent être remboursées ou consignées pour que l'acte puisse se produire, est suspendue. Le professionnel confirme l'existence de cet accord écrit dans les conclusions de son rapport (art. 2:80, 2<sup>o</sup> *in fine* CSA).

Les normes relatives au contrôle à opérer lors de la proposition de dissolution d'une société dont la responsabilité est limitée (ci-après dénommées « les normes ») sont d'application. Le paragraphe 2.1.1. des normes exige un « contrôle plénier » de l'état comptable. Dans le contexte actuel, ce terme vise l'audit tel que défini par les *International Standards on Auditing* (normes ISA).

Contrairement à l'article 776 C. Soc., en ce qui concerne la transformation des sociétés, l'article 14:3, alinéa 1<sup>er</sup> CSA précise la date de l'« état résumant la situation active ne remontant pas à plus de trois mois » : « *clôturé à une date ne remontant pas à plus de trois mois avant l'assemblée générale appelée à se prononcer sur la proposition de transformation* ».

En ce qui concerne la mission du professionnel dans le cadre d'une transformation, celui-ci fait rapport sur l'état résumant la situation active et passive et indique notamment si l'actif net est surévalué (art. 14:4, alinéa 1<sup>er</sup> CSA). Le mot « moindre » est supprimé dans la formulation « moindre surestimation ». L'aspect de l'importance relative gagne en importance, conformément au paragraphe 1.4.3., dernier alinéa des normes relatives au rapport à rédiger à l'occasion de la transformation d'une société. Sur la base de la hiérarchie des sources juridiques, le CSA prime sur les normes et les procédures d'audit ne devraient plus se concentrer sur « toute » surévaluation. Étant donné que le professionnel n'effectue qu'un examen limité, sa mission pourrait dans un contexte international être considérée comme un examen limité d'informations financières intermédiaires (*International Standard on Review Engagements*, norme ISRE 2410 pour le commissaire ou ISRE 2400 pour le réviseur d'entreprises).

La formulation de la mission du commissaire dans le cadre du règlement des conflits d'intérêts est également modifiée.

En cas d'un conflit d'intérêts dans le chef d'un administrateur, l'administrateur qui a le conflit d'intérêts ne doit plus informer le commissaire de l'intérêt opposé. Dans ce contexte, la formulation adaptée dans l'article 7:96 CSA clarifie la finalité de la mission du commissaire ; ainsi, le commissaire évalue la description des conséquences patrimoniales faite par le conseil d'administration et intègre cette évaluation dans son rapport. Cette mission du commissaire peut être qualifiée de mission « hybride » qui ne peut être intégrée dans la terminologie des normes internationales.

En cas d'application d'un règlement de relations au sein d'un groupe dont une société du groupe est cotée, l'article 524 C. Soc. fait référence, jusqu'à ce jour, à une appréciation quant à la fidélité des données. Malheureusement, l'article 7:116, §4, alinéa 3 CSA utilise encore cette formulation en cas d'application de la procédure de conflits d'intérêts de l'actionnaire de contrôle dans une société cotée avec une administration duale (conseil de direction et conseil de surveillance). Cela semble être un oubli du législateur. Désormais, l'article 7:97, §4, alinéa 3 CSA précise que le commissaire évalue si les données financières et comptables figurant dans le procès-verbal de l'organe d'administration et dans l'avis du comité, ne contiennent pas d'incohérences significatives par rapport à l'information dont il dispose dans le cadre de sa mission. Le principe de l'importance relative apparaît également dans cette mission. La norme ISRE 2410 « Examen limité d'informations financières intermédiaires effectué par l'auditeur indépendant de l'entité » s'applique à cette mission.

En vue de la flexibilité du droit des sociétés, du maintien de la compétitivité des entreprises belges et d'un meilleur fonctionnement des marchés des capitaux, les acomptes sur dividende ne sont plus soumis aux limites de temps légales de six et trois mois prévues par l'article 618 C. Soc. Les acomptes sur dividende ne sont plus uniquement distribués sur le résultat de l'exercice en cours, mais peuvent également être distribués sur le bénéfice de l'exercice précédent si les comptes annuels de cet exercice n'ont pas encore été approuvés (art. 7:213, alinéa 2 CSA). La norme ISRE 2410 reste ici également applicable à la mission du commissaire dans le cadre de la distribution d'un acompte sur dividende, comme indiqué dans la Note pratique de l'IRE du 5 février 2016 relative à l'exécution des travaux d'examen limité dans le cadre d'un acompte sur dividende.

L'adoption du nouveau CSA n'entraîne pas un bouleversement fondamental des missions de données financières et comptables fidèles et suffisantes qui sont abordées dans le **quatrième chapitre**.

En effet, dans cette matière le législateur a préféré opter pour une harmonisation des termes utilisés, ainsi que des clarifications sur les rapports spéciaux devant être établis d'une part par l'organe d'administration et d'autre part par le commissaire, le réviseur ou l'expert-comptable.

Les missions du commissaire, du réviseur d'entreprises ou de l'expert-comptable externe concernant des données financières et comptables sont au nombre de quatre :

- la modification des droits attachés à des classes d'actions;
- l'émission d'actions;
- l'émission d'obligations convertibles et de droits de souscriptions; et
- la limitation du droit de préférence.

La modification des droits attachés à des classes d'actions est une nouvelle mission pour le commissaire, le réviseur ou l'expert-comptable. Dans le Code des sociétés, l'intervention du commissaire se limitait à vérifier le respect de la procédure en application de l'article 144, 6° C. Soc.

Le champ d'application de la procédure en cas d'émission d'actions nouvelles a été étendu. Sous l'empire de l'ancien Code, l'intervention du commissaire du réviseur ou de l'expert-comptable n'était requise qu'en cas d'émission sous le pair comptable. Désormais, cette procédure s'applique dans tous les cas d'émission d'actions nouvelles, qu'elle soient au-dessus, en-dessous ou au pair comptable.

En matière d'émission d'actions convertibles et de droits de souscription le législateur a opté pour une mission similaire à celle applicable en cas d'émissions d'actions nouvelles. Auparavant, le commissaire, le réviseur d'entreprises ou l'expert-comptable n'intervenait qu'au stade de la conversion ou de l'exercice de ces droits. Désormais cette intervention a lieu lors de l'émission.

Enfin, la procédure applicable en cas de limitation ou de suppression des droits de préférence demeure similaire à celle qui existait dans le C. Soc. Néanmoins dans un souci de clarté, le législateur a privilégié l'utilisation d'une « législation en cascade » et d'un instrumentum unique.

Toutes ces procédures impliquent la création d'actions nouvelles. En effet, l'objectif de l'intervention du professionnel du chiffre est d'assurer la bonne information des actionnaires afin qu'ils puissent se faire une opinion et décider en connaissance de cause lors de l'assemblée générale.

Ces procédures peuvent également être combinées, ce fait est clarifié par législateur qui effectue, dans les dispositions concernées, des renvois à l'une ou l'autre procédure.

Enfin, le législateur a décidé d'harmoniser la formulation de l'ensemble de ces missions. Ainsi, pour chacune d'entre elles, le commissaire, le réviseur d'entreprises

ou l'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 tous leurs aspects significatifs pour éclairer l'assemblée générale appelée à voter sur cette proposition* ». Il n'y a désormais aucun doute sur le fait qu'il s'agisse de missions d'évaluation limitée.

**Le cinquième chapitre** décrit les missions dévolues aux réviseurs d'entreprises dans le cadre du CSA : ces missions sont d'une part une adaptation des missions déjà connues sous le coup de la loi du 27 juin 1921 sur les associations sans but lucratif, les fondations, les partis politiques européens et les fondations politiques européennes (à savoir le mandat du commissaire, la transformation d'une ASBL en une société à finalité sociale reprise à l'article 26ter de la loi, d'une fondation privée en fondation d'utilité publique reprise à l'article 44 et du Parti Politique Européen (PPEU) en ASBL reprise à l'article 58/4) et d'autre part un ensemble de nouvelles missions dévolues soit au commissaire soit à un réviseur d'entreprises ou à un expert-comptable externe.

Il ne sera par contre pas question de la mission reprise ci-dessus relative au PPEU, le livre 17 du CSA (sur « Le parti politique européen et la fondation politique européenne ») ne reprenant plus de mission de contrôle en cas de transformation du PPEU en ASBL.

Avant d'entamer la description des différentes missions, l'article commence par une introduction avec une première partie rappelant les critères de taille des associations et fondations, rappel utile vu les implications en termes de mode de tenue de la comptabilité (comptabilité en partie double, comptabilité simplifiée) et de publication des comptes annuels, ces informations pouvant influencer significativement la réalisation des missions et les conclusions des rapports. Dans une seconde partie, sont parcourus les différents délais de dépôt des comptes annuels en fonction de la personne morale concernée, y compris pour les personnes morales de droit étranger. Il y a quelques évolutions par rapport à la situation antérieure au CSA.

Une troisième partie parcourt les obligations et le contenu du rapport de gestion, nouveauté introduite par le CSA pour les associations et les fondations, avec un impact sur le contenu des mentions à reprendre dans le rapport du commissaire, obligation qui ne trouve pas sa source dans le CSA mais bien dans la norme ISA 720. Cette partie reprend également la description des notions de conflit d'intérêts, nouveauté également pour le secteur, et les implications pour le travail du commissaire et le contenu de son rapport. Sont également abordées la notion de continuité des activités et la sonnette d'alarme en matière de continuité des activités : pour ce point il faut se référer aux dispositions du Code de droit économique qui décrit en son article XX.23, §3, les dispositions obligeant les professionnels du chiffre (réviseurs d'entreprises, experts-comptables et comptables) à s'inquiéter de la continuité des activités de leurs clients. Au contraire de la loi du 27 juin 1921 muette sur la question de la continuité des activités, il faut également mentionner l'article 2:52 concernant la continuité en

général ; pour les associations et fondations qui ont nommé un commissaire, le CSA impose une obligation complémentaire en son article 3:69 relatif à la question de la continuité de l'activité économique de la personne morale.

Le chapitre examine la fonction du commissaire au travers de son rôle, du respect des délais légaux, du contenu de son rapport. Un modèle actualisé de rapport est repris, de même qu'un modèle de rapport de carence. Le lecteur trouvera dans les annexes un extrait du CSA relatif à la définition du contrôle légal des comptes pour les associations et fondations ; le texte de base est celui concernant les sociétés, dans son adaptation spécifique aux associations et fondations.

Le chapitre parcourt également l'ensemble des missions du CSA concernant les associations et fondations, missions dévolues suivant le cas soit au commissaire, soit à un réviseur d'entreprises ou à un expert-comptable externe. Le préambule de cette partie reprend le cadre normatif (ou son absence actuellement). Les différentes missions concernent l'intervention dans les procédures de dissolution, les conflits d'intérêts, les fusions et scissions des A(I)SBL et fondations, les transformations de forme juridique (nationales et transfrontalières) dont au moins une partie est une ASBL ou une fondation.

Afin d'avoir un aperçu complet de toutes les missions particulières nouvelles et modifiées prévues par le C. Soc. et des associations, il est évidemment approprié d'identifier également les missions particulières supprimées dans le **sixième chapitre**. Il s'agit notamment des missions particulières qui ont été reprises dans le C. Soc., mais supprimées par le législateur dans le nouveau CSA.

Le dernier chapitre n'aborde pas seulement les missions particulières supprimées, mais examine également plus en détail les motifs sous-jacents du législateur pour ne pas retenir ces missions particulières dans le nouveau Code des sociétés et des associations. Enfin, il est évalué si la suppression de ces missions particulières spécifiques dans le nouveau Code des sociétés et des associations est justifiée ou non, compte tenu de la pratique économique dans laquelle ces missions particulières ont eu lieu.

Lors de l'introduction du CSA, le législateur a supprimé trois missions particulières, notamment :

- (1) la mission particulière de la procédure de quasi-apport dans la SPRL et la SCRL ;
- (2) la mission particulière de la modification d'objet social ;
- (3) la mission particulière de l'augmentation de capital dans la SA à la suite de la conversion d'obligations convertibles en actions ou d'une souscription d'actions ou de parts.

Ceci a pour effet concret que les missions particulières en question ne devront plus faire l'objet d'un rapport révisoral et ce à partir du 1<sup>er</sup> mai 2019 pour les personnes morales constituées à partir de cette date et à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2020 pour les personnes morales existantes.

En ce qui concerne la procédure de quasi-apport pour la SPRL et la SCRL, il a été estimé qu'elle avait été initialement introduite par le législateur pour rendre impossible le contournement du contrôle révisoral en cas d'apport en nature. Selon le législateur actuel, le maintien des règles relatives au quasi-apport pour la SRL et la SC ne pouvait, cependant, plus être justifié, compte tenu des nombreuses contraintes et du contexte modifié (disparition du concept de capital dans la SRL et la SC). Selon le législateur, les règles concernant les conflits d'intérêts en la matière offriraient les garanties nécessaires. A l'instar de l'IRE et d'une partie de la doctrine en la matière, nous sommes d'avis qu'il aurait été utile que le législateur maintienne les règles relatives au quasi-apport pour la SRL et la SC, notamment parce que le risque persiste qu'un quasi-apport soit préjudiciable aux intérêts des actionnaires non-administrateurs et que cette suppression augmente notamment le risque de blanchiment de capitaux.

En ce qui concerne la mission particulière de modification d'objet social, il a été cristallisé que si les formalités relatives à une modification d'objet social étaient motivées par le souci du législateur de l'époque d'informer au mieux les actionnaires de la situation du patrimoine de la société au moment où une telle décision importante est prise, le législateur actuel a changé de cap en précisant que dans la pratique, cette exigence s'avère être une formalité superflue sans valeur ajoutée pour la décision de modification d'objet social de la société. Nous sommes d'avis que la suppression de la mission particulière de la modification d'objet social et l'abrogation de l'exigence y afférente de la présentation d'un état résumant la situation active et passive, arrêté à une date ne remontant pas à plus de trois mois (et ce pour toute forme de société), auront à nouveau comme conséquence dans la pratique économique que les actionnaires, et en particulier les actionnaires non-administrateurs, ne recevront pas d'informations suffisantes et fidèles sur la situation de l'actif net de la société au moment où une telle décision fondamentale est prise, à savoir la modification de l'objet social de la société tel que décrit dans ses statuts. En outre, une modification de l'objet peut entraîner l'exécution d'opérations commerciales fondamentalement différentes. Nous estimons qu'au lieu de supprimer la réflexion chiffrée, le législateur aurait dû élargir ce processus à une réflexion sur l'avenir et, par conséquent, aurait dû imposer un test de faisabilité prospectif.

Enfin, en ce qui concerne la mission particulière de l'augmentation de capital dans la SA à la suite de la conversion d'obligations convertibles en actions ou d'une souscription d'actions ou de parts, il a été constaté que le législateur de l'époque n'a pas détaillé l'introduction de la mission particulière en question, ni, ultérieurement, les motifs de suppression de la mission particulière concernée. Comme pour la suppression de la mission particulière de la modification d'objet social, le législateur a encore choisi de donner la priorité aux lignes directrices visant à simplifier le droit des sociétés et à le

rendre plus flexible, et ce, également dans ce contexte, d'une certaine manière au détriment de la protection des actionnaires non-administrateurs. Auparavant, ils avaient, en effet, le confort qu'un commissaire (ou, à défaut, le réviseur d'entreprises) certifiait, en tant qu'expert indépendant et impartial, le relevé des conversions demandées, afin de pouvoir assurer la sécurité pour l'ensemble des actionnaires et des tiers.

Cette publication a été relue par un comité de lecture composé de :

- Paul Alain FORIERS, professeur ordinaire émérite du droit des contrats et des obligations et titulaire du cours de droit approfondi des sociétés à l'Université Libre de Bruxelles, avocat à la Cour des cassation et membre de la Commission juridique de l'IRE. Il est l'un des quatre experts chargés par le Ministre de la Justice Koen GEENS de la réforme du Code des sociétés entrée en vigueur en mai 2019. Il est l'auteur de nombreuses contributions et publications en matière de droit des contrats et des obligations, du droit des sociétés et de droit financier (offres publiques, délits d'initié, abus de marché, transparence de l'actionnariat, etc.); et
- Lieven ACKE, réviseur d'entreprises, membre et secrétaire du Conseil de l'IRE, président de l'ICCI, associé du cabinet de révision Mazars réviseurs d'entreprises, président de la Commission secteur public de l'IRE et membre de la Commission juridique de l'IRE.





**EXECUTIVE SUMMARY (EN)**

The provisions of the new Code of Companies and Associations (WVV/CSA) with regard to contribution in kind (at the establishment: art. 5:7, 6:8, 7:7 and *mutatis mutandis* for successive contributions: art 5:133 (private limited company (BV/SRL)), 6:110 (cooperative company (CV/SC)), in capital for the public limited company (NV/SA): art. 7:197), which are the subject of the **first chapter**, have now been drawn up in a more (chrono)logical manner by using the auditing practice that already found it necessary to work on a draft report of the administrative body. The quasi-contribution is only provided in the SA. If the contribution is made by creating new shares, the auditor's assignment is multiple and the conclusion of the report is twofold. Moreover, the auditor's assignment is very similar to the mission he carried out under the Companies Code (CC).

The contribution in industry now has a full role in the new Code for the limited liability company and the cooperative company, and is prohibited (if it is made in capital) for the limited liability company. The contribution in industry must be distinguished from the contribution in know-how, essentially since the contribution in industry is inextricably linked to the contributor (*intuitu personae*) and has a consecutive (and therefore future-oriented) character.

The Code does not specify whether the contribution in industry can only be made by a natural person. However, it specifies that it must be compensated by shares and therefore dividends, so that the contributor will be qualified as a shareholder with the associated rights.

The tax and accounting approach is still uncertain in several respects and it is undoubtedly the solutions that will be found in the coming weeks and months will ensure that this contribution in industry will be a success or not.

With regard to the registered auditor's intervention, which is a contribution in kind, for which the registered auditor has a legal monopoly, a number of difficulties lie in the fact that the contribution is made in a consecutive way and that it will therefore be necessary to manage a prospective aspect in the context of the assignment of the contribution in kind regarding future performance (contribution in industry).

**The second chapter** focuses on the protective for maintaining the corporate assets of private limited companies.

To offset the abolition of the concept of legal and accounting capital in private limited companies, the legislator considered that compensating protective measures in favour of creditors should be drawn up. Of these measures, the net assets test and the liquidity test are striking new provisions in the Code of Companies and Associations.

Although the underlying principles, such as maintaining adequate solvency and a sound liquidity position ensuring that debts can be honoured when they become payable, are certainly not new and were previously embedded in several articles of the Companies Code, Articles 5:142 and 5:143 of the Code of Companies and Associations stipulate more comprehensive formalisation and documentation. This applies to both the administrative body and the statutory auditor, if the company has a statutory auditor, regardless of whether this person fulfils his mandate from a legal obligation or is voluntarily appointed by the company.

Both the net assets test and the liquidity test involve assessment assignments for the statutory auditor and are the subject of a formal report. However, the statutory auditor's report on the net assets test is appended to the annual statutory auditor's report on the financial statements, while his report on the liquidity test is not made public but is only the subject of a mention in the statutory auditor's report on the annual accounts that the procedure was followed. This has the dubious corollary that literally following the legal text leads to the reader not getting an insight into the conclusions of the statutory auditor's report on the liquidity test of the administrative body. Only if the conclusions are such that they also affect other aspects of the statutory auditor's report of the financial statements, the readers of the annual accounts will obtain additional information. This will probably be the case.

The scope of the statutory auditor's assignment in accordance with Articles 5:142 and 5:143 of the Code of Companies and Associations clearly states that the statutory auditor makes an assessment of the state of the assets and liabilities on which the net assets test is based and of the accounting and financial information (both historical and prospective information) on which the decision for the effective payment of the previously decided disbursement is based (the liquidity test). This also means that in this specific report, the statutory auditor does not express an opinion on the amount and the appropriateness of the payment as such. This is an assessment and a decision of the appropriate corporate bodies.

Admittedly, an inappropriate payment may require the intervention of the statutory auditor from the perspective of his other responsibilities (going concern aspects of the company, violation of the articles of association and/or the Code of Companies and Associations, etc.). After all, it is clear that there is a great deal of interference between the articles concerning the net assets and liquidity tests and other articles in the Code of Companies and Associations.

For that reason, it seems strongly advisable that if the statutory auditor has expressed the opinion that the intended amount of the payment is not appropriate for legal (and thus economic) reasons, he will communicate this simultaneously with his report in a letter to the administrative body and if necessary, explain this to the general meeting that decides on a distribution and to which he is present.

The net assets and liquidity tests do not only apply to dividends or a director's participation, but also to economically comparable transactions, such as the purchase of own shares, the allocation of financial support, reimbursement of contributions and withdrawals and exclusions borne by the company assets.

It cannot be denied that the net assets and liquidity tests expressly make the governance bodies think carefully about a decision to be taken regarding distributions, all the more so given the explicit liability included in the Code of Companies and Associations. This thus provides additional protection with regard to creditors. However, it is difficult to explain why these additional procedures are imposed on private limited companies and not on public limited companies. The abolition of the (minimum) capital for private limited companies can hardly be seen as an economic ground.

Consequently, it may well be that this additional procedure, which only concerns the private limited companies (and limited partnerships), will be an important element in the decision when considering the choice between a private limited company and a public limited company. It would be regrettable if this difference results in less use being made of the legal form of the private limited company, the intended 'one size fits all' corporate form. This would dilute the many possibilities that this structure offers thanks to the significantly increased flexibility that was built into legislation for the benefit of the economic transactions.

There was a discrepancy between the wording of the special assignments used in the Companies Code and the terminology of the assignments of the economic practitioners in the international standards. In order to achieve maximum coherence with the standards framework applicable to registered auditors, at the proposal of the Belgian institute of registered auditors (IBR-IRE), the revised wording in the Code of Companies and Associations has taken into account for the generally used terminology for:

- 1) a (full) audit engagement, for which the terms 'audited' (in Dutch '*gecontroleerd*'; in French '*contrôle*') are used – the audit leads to a report in which an opinion is expressed on the true and fair view;
- 2) an assessment assignment, for which the terms 'assesses' (in Dutch '*beoordeelt*'; in French '*évalue*') and 'assessment report' (in Dutch '*beoordelingsverslag*'; in French '*rapport d'examen limité*') are used.

The **third chapter** deals with the modified formulations and opinions in the special assignments of voluntary dissolution, conversion of legal form, conflicts of interest and interim dividend in companies in the Code of Companies and Associations.

In the event of a voluntary dissolution of a company, a statement of assets and liabilities is appended to the report from the administrative body. In contrast to Article 181, § 1 of the Companies Code, the date of this report and the notion 'statement of assets [of] not more than three months' is clarified by Article 2:71, § 2, second section of the Code of Companies and Associations: the three-month period concerns the closing of the statement not more than three months before the general meeting that must decide on the proposal for dissolution and therefore not the establishment of the statement. This puts an end to the discussion in the legal literature concerning the time at which the three months must be assessed.

In accordance with Article 2:71, § 2, first section of the Code of Companies and Associations, the professional practitioner checks this statement, issues a report on it and, in particular, states whether a true and fair view is given. There is thus no longer any mention of the completeness and accuracy of the situation reflected in the statement of assets and liabilities.

Article 2:80, 2°, second section of the Code of Companies and Associations provides for an exception to the first section of Article 2:80, 2°, namely in the event that written consent is obtained from partners or shareholders or third parties, regarding the application of the possibility of dissolution and liquidation in one deed. Pursuant to this explicit permission, the obligation for claims included in the statement of assets and liabilities to be reimbursed or consigned so that the deed can take place, no longer applies. The professional confirms this written agreement in the conclusions of his report (Art. 2:80, 2°, *in fine* Code of Companies and Associations).

The auditing standards regarding the proposal to dissolve limited liability companies (hereinafter referred to as 'the standard') apply. In accordance with paragraph 2.1.1. of the standard, a 'full audit' of the accounting statement is required. In the current context, this term refers to the audit as defined by the International Standards on Auditing (ISAs).

In contrast to Article 776 of the Companies Code, also for the conversion of companies the date of the 'statement of assets [of] not more than three months' is clarified by Article 14:3, first section of the Code of Companies and Associations: "*is closed no more than three months before the general meeting which has to decide on the conversion.*"

With regard to the professional's assignment for each conversion, he or she reports on the statement of assets and liabilities and, in particular, states whether the net assets are overvalued (Art. 14:4, first section Code of Companies and Associations). The word 'any' in the formulation 'any overvaluation' was deleted. The materiality aspect gains importance in accordance with paragraph 1.4.3., last section of the standard on the report to be established upon the conversion of a company. On the basis of the hierarchy of the legal sources, the Code of Companies and Associations prevails over the standard and the audit procedures no longer need to focus on 'any' overvaluation. As the practitioner only carries out a limited audit, his assignment could be qualified in an international context as an assessment of interim financial information (International Standards on Review Engagements, ISRE 2410 for the statutory auditor and ISRE 2400 for the registered auditor).

The wording of the statutory auditor's assignment in the conflicts of interest regulation has also been modified.

In the event of a conflict of interests on the part of a director, the director with the conflict of interest no longer needs to inform the statutory auditor of the conflicting interest. The amended wording in Article 7:96 of the Code of Companies and Associations clarifies the purpose of the statutory auditor's assignment in this context, in particular that the statutory auditor assesses the description of the property consequences provided by the Board of Directors and presents this assessment in his report. This statutory auditor's assignment can be catalogued as a 'hybrid' assignment that cannot be fitted into the terminology of the international standards.

In the event of the application of a settlement of relationships within a group of which a group company is listed, Article 524 of the Companies Code refers so far of a judgement on the faithfulness of the data. Unfortunately, Article 7:116, § 4, third section of the Code of Companies and Associations still uses this formulation in the event of the application of the conflict of interest procedure of the controlling shareholder in a listed company with dual management (management board and supervisory board). This appears to be an oblivion of the legislator. From now on, Article 7:97, § 4, third section of the Code of Companies and Associations specifies that the statutory auditor assesses whether there are any material inconsistencies in the financial and accounting data contained in the minutes of the administrative body and in the advice of the committee in relation to the information available to him in the context of his assignment. The materiality concept also appears in this assignment. ISRE 2410 'Review of Interim Financial Information Performed by the Independent Auditor of the Entity' applies to this assignment.

In view of the flexibility of company law, the maintenance of the competitive position of Belgian companies and the improvement of the functioning of the capital markets, an interim dividend is no longer subject to the legal time constraints of six and three months prescribed in Article 618 of the Companies Code. An interim dividend is no longer only paid on the result of the current financial year, but also from the profit of the previous financial year as long as the financial statements of that financial year have not yet been approved (Article 7:213, second section of the Code of Companies and Associations). ISRE 2410 also remains the applicable standard for the statutory auditor's assignment when paying an interim dividend as indicated in the IBR-IRE practice note of 5 February 2016 when carrying out the assessment activities in the context of an interim dividend.

The approval of the new Code of Companies and Associations Code does not lead to fundamental changes for the assignments regarding fair and sufficient financial accounting data, which are discussed in the **fourth chapter**.

After all, the legislator has opted for the harmonisation of the terms used and the clarification of the special reports that must be prepared on the one hand by the administrative body, and on the one hand by the statutory auditor, the registered auditor or the external accountant.

The statutory auditor, the registered auditor or the external accountant have four assignments with regard to financial and accounting data:

- the change in the rights attached to share classes;
- the issuance of shares;
- the issuance of convertible bonds and subscription rights; and
- the limitation of preferential rights.

The change in the rights attached to share classes are a new assignment for the statutory auditor, the registered auditor or the external accountant. In the Companies Code, the statutory auditor's intervention was limited to checking compliance with the procedure for the application of Article 144, 6° of the Companies Code.

The scope of the procedure in the event of the issuance of new shares has been extended. Under the former Code, the intervention of the statutory auditor, the registered auditor or the external accountant was only mandatory in the event of an issuance below the fractional value. From now on this procedure applies in all cases of issuance of new shares, whether they are above, below or at fractional value.

With regard to the issuance of convertible shares and subscription rights, the legislator has opted for an assignment similar to the one that is applicable in case of issuance of new shares. Previously, the statutory auditor, the registered auditor or the external accountant were only involved in the conversion or the exercise of these rights. Now, this intervention takes place during the issuance process.

Finally, the procedure that applies in case of a limitation or cancellation of the preferential subscription right remains similar to the procedure that existed in the Companies Code. Nevertheless, for the sake of clarity, the legislator has emphasised the use of a 'cascade legislation' and a unique *instrumentum*.

All these procedures entail the creation of new shares. The purpose of the intervention of the economic practitioners is to ensure that the shareholders are properly informed so they can form an opinion with full knowledge of the facts and make a decision at the general meeting.

These procedures can also be combined; this fact is clarified by the legislator who refers to one or the other procedure in the relevant provisions.

Finally, the legislator has decided to harmonise the wording of all these engagements. For each engagement, the statutory auditor, the registered auditor or the external

accountant must assess ‘*whether the financial and accounting data contained in the report of the administrative body are fair and sufficient, in all material aspects, to inform the general meeting called to vote on this proposal*’ (own translation). From now on, there is no longer any doubt about the fact that it concerns limited review engagements.

**The fifth chapter** describes the assignments assigned to the registered auditors in the context of the Code of Companies and Associations. These assignments are, on the one hand, an adaptation of the assignments already covered by the law of 27 June 1921 on non-profit associations, foundations, European political parties and foundations (*i.e.* the mandate of the statutory auditor, the conversion of a non-profit association into a company with a social purpose laid down in Article 26ter of the law, the conversion of a private foundation into a public utility foundation referred to in Article 44 and the conversion of the European political party (EUPP) into a non-profit association laid down in Article 58/4 and, on the other hand, a series of new assignments assigned either to the statutory auditor, a registered auditor or an external chartered accountant.

However, this chapter does not deal with the above-mentioned assignment with regard to the EUPP, since Book 17 of the Code of Companies and Associations (on ‘The European political party and the European political foundation’) no longer provides for an audit assignment in the event of the conversion of a EUPP into a non-profit association.

Prior to the description of the various assignments, the elaboration begins with an introduction where the first part of this chapter refers to the size criteria of associations and foundations. This reminder is useful in view of the implications with regard to the method of accounting (double-entry accounting, simplified accounting) and the publication of the financial statements. After all, this information can have a significant influence on the performance of the assignment and the conclusions of the reports. The second part discusses the different deadlines for the filing of the financial statements in function of the legal person involved, including legal persons incorporated under foreign law. A few changes have been made compared with the previous situation in the Code of Companies and Associations.

The third part provides an overview of the obligations and content of the management report, a new feature introduced by the Code of Companies and Associations for associations and foundations, with an impact on the content of the information to be included in the statutory auditor’s report, an obligation that does not arise from the Code of Companies and Associations but from ISA 720. This part also describes the concept of “conflict of interest”, which is another novelty for the sector, and the consequences for the work of the statutory auditor and the content of his report. The concept of the continuity of activities is also covered, as well as the alarm bell procedure in the context of continuity of activities: for this point, reference should be made to the provisions of the Code of Economic Law, which in Article XX.23, § 3 describes the provisions obliging economic practitioners (registered auditors, external accountants and external bookkeepers) to pay attention to the continuity of their clients’ activities. In contrast to the law of 27 June 1921 on non-profit associations, foundations and European political parties and foundations that does not address the issue of continuity



of activities, reference must also be made to Article 2:52 on continuity in general: for associations and foundations that have appointed a statutory auditor, Article 3:69 of the Code of Companies and Associations imposes an additional obligation relating to the issue of continuity of the economic activity of the legal person.

The chapter examines the role of the statutory auditor on the basis of his role, compliance with legal deadlines and the content of his report. An updated model report and a model of non-finding report are included. The appendices include an extract from the Code of Companies and Associations concerning the definition of the statutory audit of accounts for associations and foundations; for the basic text relating to the companies has been specifically adapted to the associations and foundations.

The next chapter also deals with all the assignments of the Code of Companies and Associations with regard to associations and foundations, assignments that have been assigned either to the statutory auditor, to a registered auditor or to an external accountant, depending on the case. The preamble to this part sets out the normative framework (or the current lack thereof). The various assignments concern the intervention in dissolution proceedings, conflicts of interest, mergers and divisions of (international) non-profit organisations and foundations and the (national and cross-border) conversions of legal form, of which at least one party is a non-profit organisation or a foundation.

In order to have a complete overview of all new and modified special assignments under the Code of Companies and Associations, it is of course appropriate to also map the abolished special assignments in the **sixth chapter**. More specifically, this concerns the special assignments that were that were included in the Companies Code, but which have been abolished by the legislator in the new Companies and Associations Code.

In this last chapter, these abolished special assignments are not only discussed each time, but the underlying motives of the legislator for ultimately not retaining these special assignments in the new Companies and Associations Code are elaborated in more detail. Finally, an evaluation is made as to whether or not the abolition of these specific special assignments in the new Companies and Associations Code is justified, taking into account the economic practice within which these special assignments occurred.

With the introduction of the new Code of Companies and Associations, the legislator has abolished three special assignments, more specifically:

- (1) the special assignment of the quasi-contribution procedure in the private limited liability company (BVBA/SPRL) and the limited liability cooperative company (CVBA/SCRL);
- (2) the special assignment of the change in company object;
- (3) the special assignment of the capital increase in the public limited liability company (NV/SA) as a result of a conversion of convertible bonds into shares or of a subscription for shares.

This has the concrete consequence that the special assignments in question will no longer have to be the subject of a registered auditor's report in this regard for new legal persons as of 1 May 2019 and for existing legal persons as of 1 January 2020.

With regard to the quasi-contribution procedure in the private limited liability company (BVBA/SPRL) and the limited liability cooperative company (CVBA/SCRL), it was found that this was originally implemented by the legislator to make it impossible to circumvent external audit in case of contribution in kind. According to the current legislator, the preservation of the rules on quasi-contribution in the private limited company (BV/SRL) and the cooperative company (CV/SC) could no longer be justified, given the many constraints and the changed context (disappearance of the concept of capital in the BV/SRL and CV/SC). According to the legislator, the rules on conflicts of interest would provide the necessary guarantees in this regard. Together with the IBR-IRE and part of the legal literature on the subject, we believe that it would still have been useful for the legislator to retain the rules on quasi-contribution in the BV/SRL and CV/SC, more specifically because there is still a risk that a quasi-contribution would harm the interest of shareholders that are non-directors and because this abolition will, in particular, increase the money laundering risk

With regard to the special assignment of the change in company object, it became clear that while the formalities relating to the change in company object were at the time motivated by the legislator's concern to inform the shareholders as well as possible about the position of the company's equity at the time such an important decision is taken, the current legislator changes course by stating that, in practice, this requirement is perceived to be an unnecessary formality with no added value for the decision of the change in company object to be taken by the company. We believe that the abolition of the special assignment regarding the change in company object and the elimination of the requirement in this context of submitting a statement of assets and liabilities that has been established not more than three months before (and this for all forms of company) will again, in the economic practice, result in the fact that shareholders, especially shareholders non-directors, do not receive sufficient and fair information about the position of the company's net assets at the time such major decision is taken, namely the change of the company's object as described in its articles of association. In addition, a change in company object can result in fundamentally different business operations. Instead of abolishing the numerical reflection, we believe that the legislator should have expanded this with a reflection on the future and therefore should have prescribed a prospective feasibility test.

Finally, regarding the special assignment of the capital increase in the public limited liability company (NV/SA) as a result of a conversion of convertible bonds into shares or of a subscription for shares, it was found that the legislator at the time did not provide any further explanation about the introduction of the special assignment in question, nor later about the motives for abolishing again the special assignment in question. As with the abolition of the special assignment of the change in company object, the legislator has once again opted to give priority to the guiding principles of simplifying company

law and making it more flexible, and this, also in this context, to some extent at the expense of the protection of the shareholders non-directors. After all, they previously had the comfort that a statutory auditor (or, in his absence, the registered auditor), as an independent and impartial expert, declared the list of requested conversions genuine, in order to guarantee the certainty for all shareholders and third parties.

This publication has been reviewed by a reading committee consisting of:

- Paul Alain FORIERS, emeritus professor contracts and torts and special issues of company law at the *Université Libre de Bruxelles*, attorney at the Belgian Supreme Court, member of the Legal Affairs Commission of the Belgian Institute of Registered Auditors (IRE-IBR). He is one of the four experts appointed by the Minister of Justice Koen GEENS to work on the reform of the Companies Code, which entered into force in May 2019. He is the author of numerous contributions and publications in the fields of contracts, company law and financial law (takeover bids, market abuses, shareholding transparency, etc.); and
- Lieven ACKE, registered auditor, board member and secretary of the Belgian Institute of Registered Auditors (IRE-IBR), president of the Belgian Information Centre of Corporate Audit (ICCI), partner of the audit firm Mazars, President of the IRE-IBR Public Sector Commission and member of the IRE-IBR Legal Affairs Commission.



# INHOUDSTAFEL – TABLE DES MATIERES – TABLE OF CONTENTS

<b>Woord vooraf</b>	<b>V</b>
<i>H. De Wulf</i>	
<b>Avant-propos</b>	<b>VII</b>
<i>H. De Wulf</i>	
<b>Executive summary (NL)</b>	<b>IX</b>
<b>Executive summary (FR)</b>	<b>XXI</b>
<b>Executive summary (EN)</b>	<b>XXXIII</b>
<b>Inhoudstafel – Table des matières – Table of contents</b>	<b>XLV</b>
<b>CHAPITRE 1<sup>ER</sup> MISSION D’APPORT EN NATURE DANS UNE SRL/SC/SA DANS LE CSA</b>	<b>1</b>
<b>HOOFDSTUK 1 OPDRACHT VAN INBRENG IN NATURA IN EEN BV/CV/NV IN HET WVV</b>	<b>1</b>
<i>C. Balestra &amp; R. Ghysels</i> <i>Avec la collaboration de C. Luxen</i>	
1.1. Preambule	2
1.1.1. Introduction	2
1.1.2. Apport en nature dans le CSA: une mission “polymorphe”?	2
1.1.3. Tableau synoptique de la problématique	4
1.1.4. Quelques questions qui émergent	5
1.1.5. Notion d’apport	6
1.2. Mission du réviseur relative à l’apport en nature	11
1.2.1. Généralités	11
1.2.2. Mission d’assurance	15
1.2.3. Modes d’évaluation	17
1.2.4. Rémunération effective en contrepartie	18
1.2.5. Libération de l’apport	19
1.2.6. Conclusion polymorphe du rapport	20
1.3. Difficultés particulières relatives à l’apport en industrie	21
1.3.1. Apport en industrie n’est pas un apport de savoir-faire	21
1.3.2. Défaut d’exécution de l’ « industrie »	23
1.3.3. Engagement de faire ou de ne pas faire et en principe successif	24
1.3.4. Corollaire nécessaire : ne pas nuire au bénéficiaire de l’apport	25
1.3.5. Cessibilité des actions	25
1.3.6. Difficultés en matière fiscale	26
A. Dans le chef de la société bénéficiaire de l’apport en industrie	26
B. Traitement fiscal dans le chef de l’apporteur en industrie	30

1.3.7.	Difficultés en matière comptable	30
	<i>A. Introduction</i>	30
	<i>B. Arrêté royal d'exécution du CSA</i>	31
	<i>C. Approche comptable proposée</i>	36
	<i>D. Modèles d'écritures comptables proposées relatives aux apports en industrie</i>	38
1.4.	Conclusion	44

## **HOOFDSTUK 2 NIEUWE COMMISSARISOPDRACHT BIJ ELKE UITKERING IN EEN BV/CV: NETTOACTIEF- EN LIQUIDITEITSTEST** 47

### **CHAPITRE 2 NOUVELLE MISSION DU COMMISSAIRE LORS DE CHAQUE DISTRIBUTION DANS LES SRL/SC : TESTS D'ACTIF NET ET DE LIQUIDITE** 47

#### *M. Mannekens*

2.1.	Omkadering en doelstelling van de nettoactief- en de liquiditeitstest – beschouwingen	48
2.2.	Algemene principes inzake winst- en andere uitkeringen	51
2.3.	Nettoactiefest	54
	2.3.1. Inleiding	54
	2.3.2. Met “uitkering” geassimileerde transacties	54
	2.3.3. Nettoactief en de hiermee verband houdende bepalingen	54
	A. Wettelijke definiëring	54
	B. Bepalen van het nettoactief	55
	2.3.4. Verantwoordelijkheid van de algemene vergadering en het bestuursorgaan inzake de nettoactiefest	57
	2.3.5. Opdracht van de commissaris	58
	A. Draagwijdte van de opdracht en toepasselijke standaard	58
	B. Staat van activa en passiva	62
	2.3.6. Relatie tussen het verslag opgesteld overeenkomstig artikel 5:142 WVV (“nettoactiefest”) en het commissarisverslag opgesteld overeenkomstig artikel 3:75 WVV (wettelijke controle van de jaarrekening)	62
2.4.	Liquiditeitstest	63
	2.4.1. Inleiding	63
	2.4.2. Verantwoordelijkheid van het bestuursorgaan	64
	2.4.3. Verantwoordelijkheid van de commissaris volgens uit artikel 5:143, tweede lid WVV	65
	A. Draagwijdte van de opdracht en toepasselijke standaarden	65
	B. Verslag en conclusie van de commissaris	67
	2.4.4. Op welk ogenblik dient de liquiditeitstest te worden uitgevoerd?	69
	2.4.5. Relatie tussen het verslag opgesteld overeenkomstig artikel 5:143 WVV (“nettoactiefest”) en het commissarisverslag opgesteld overeenkomstig artikel 3:75 WVV (wettelijke controle van de jaarrekening)	70
2.5.	Eindbeschouwingen	72

<b>HOOFDSTUK 3 AANGEPASTE FORMULERINGEN IN DE BIJZONDERE OPDRACHTEN VAN VRIJWILLIGE ONTBINDING, OMZETTING, BELANGENCONFLICTEN EN INTERIMDIVIDEND IN VENNOOTSCHAPPEN</b>	<b>73</b>
<b>CHAPITRE 3 FORMULATIONS ADAPTEES DANS LES MISSIONS SPECIALES DE DISSOLUTION VOLONTAIRE, DE TRANSFORMATION, DE CONFLITS D'INTERETS ET D'ACOMPTE SUR DIVIDENDE DANS LES SOCIETES</b>	<b>73</b>
<i>E. Vanderstappen</i>	
3.1. Inleiding	74
3.2. Voorstel tot vrijwillige ontbinding van vennootschappen	75
3.2.1. Inleiding	75
3.2.2. Ontbinding en vereffening in één akte	75
3.2.3. Verslag van het bestuursorgaan en staat van activa en passiva	76
3.2.4. Controleverslag	76
A. Wettelijke omschrijving van de opdracht	76
B. Controlewerkzaamheden	77
C. Verslaggeving	78
D. Mogelijke structuur van het verslag van de beroepsbeoefenaar	82
3.3. Omzetting van vennootschappen	84
3.3.1. Inleiding	84
3.3.2. Procedure voorafgaand aan het besluit tot omzetting	84
A. Overzicht	84
B. Staat van activa en passiva	85
C. Bijzonder verslag van het bestuursorgaan	85
D. Controleverslag	86
3.4. Belangenconflictenregeling in vennootschappen	90
3.4.1. Belangenconflict in hoofde van bestuurders	90
A. Toepassingsgebied	90
B. Procedure	91
C. Rol van de commissaris	93
3.4.2. Regeling van betrekkingen binnen een groep waarvan een groepsvennootschap is genoteerd	96
A. Toepassingsgebied	96
B. Procedure	99
C. Rol van de commissaris	100
3.5. Uitkering van een interimdividend in vennootschappen	102
3.5.1. Fundamentele voorwaarden	102
A. Statutaire clausule	102
B. Termijnen	103
C. Voorwerp van de uitkering	104
D. Berekening van de winst op basis van een gecontroleerde tussentijdse staat	105
3.5.2. Vorm en termijn voor de staat van activa en passiva	105
3.5.3. Beoordelingsopdracht	106
A. Normatief kader	106
B. Praktische toelichting	107
C. Voorbeeld van verslag	109

**CHAPITRE 4 MISSIONS LIEES A L’EVALUATION QUE LES DONNEES FINANCIERES ET COMPTABLES SONT FIDELES ET SUFFISANTES 111**

**HOOFDSTUK 4 OPDRACHTEN VERBONDEN MET DE BEOORDELING DAT DE FINANCIERE EN BOEKHOUDKUNDIGE GEGEVENS GETROUW EN VOLDOENDE ZIJN 111**

*C. Luxen & C. Balestra*

4.1.	Preambule	112
4.2.	Tableau synoptique de la problématique	114
4.3.	Emission d’actions nouvelles / augmentation du capital	115
4.3.1.	Champ d’application	115
4.3.2.	Procédure de « consentement éclairé »	116
4.4.	Emission d’actions convertibles et de droits de souscription	120
4.4.1.	Champ d’application	120
4.4.2.	Procédure	121
4.5.	Modification des droits attachés aux classes d’actions	123
4.5.1.	Champ d’application	123
4.5.2.	Procédure	125
4.6.	Limitation ou suppression du droit de préférence	127
4.6.1.	Champ d’application	127
4.6.2.	Procédures	129
	A. Introduction	129
	B. Limitation ou suppression du droit de préférence en faveur de personnes indéterminées	129
	C. Limitation ou suppression du droit de préférence en faveur d’une ou plusieurs personnes déterminées autres que des membres du personnel	131
4.7.	Mission du professionnel	133
4.7.1.	Mission	133
4.7.2.	Cadre normatif	135
4.7.3.	Exemple de rapport de commissaire	135
4.8.	Tableau résumant les interactions entre les différentes missions	136

**CHAPITRE 5 NOUVELLES MISSIONS SPECIALES ET MISSIONS ADAPTEES DANS LES A(I)SBL ET LES FONDATIONS 139**

**HOOFDSTUK 5 NIEUWE BIJZONDERE OPDRACHTEN EN AANGEPASTE OPDRACHTEN IN DE (I)VZW’S EN DE STICHTINGEN 139**

*F. Maillard*

5.1.	Introduction	140
5.2.	Délai de dépôt des comptes annuels	142
5.3.	rapport de gestion	143
5.3.1.	Généralités	143
5.3.2.	Contenu du rapport de gestion	145
5.3.3.	Continuité des activités	146
5.3.4.	Sonnette d’alarme en matière de continuité des activités	146



5.3.5.	Délais	148
5.3.6.	Quelques exemples de risques pour la continuité des activités	149
5.4.	Commissaire et son rôle	150
5.4.1.	Introduction	150
5.4.2.	Mission du commissaire	151
5.4.3.	Respect des délais	153
5.4.4.	Droit d'investigation des membres en l'absence de nomination d'un commissaire	153
5.5.	Modeles de rapport du commissaire	155
5.5.1.	Annexe 1 – Modèle de rapport sans réserve – comptes annuels – ASBL	155
5.5.2.	Annexe 2 – Modèle de rapport de carence	159
5.6.	Autres missions dévolues au commissaire, d'un réviseur d'entreprises ou d'un expert-comptable externe	161
5.6.1.	Introduction	161
5.7.	Autres missions dévolues au commissaire, à un réviseur d'entreprises ou à un expert-comptable externe : les différentes missions	164
	Missions pour le commissaire	164
	A. Dissolution volontaire A(I)SBLA(I)SBL (nouvelle mission prévue par le CSA)	164
	B. Clôture de liquidation A(I)SBL (nouvelle mission prévue par le CSA)	165
	C. Missions pour le commissaire ou, si un commissaire n'a pas été nommé, rapport d'un réviseur d'entreprises ou d'un expert-comptable externe	166
5.8.	Annexes de la contribution	172
5.8.1.	Annexe 1 – Extrait du CSA relatif au contrôle légal des comptes annuels « version association »	172
	A. Section 1. Définitions	172
	B. Section 2. Nomination	172
	C. Section 3. Durée du mandat et nombre de mandats successifs	173
	D. Section 4. Obligations	174
	E. Section 5. Honoraires	178
	F. Section 6. Démission et révocation	180
	G. Section 7. Compétences	181
	H. Section 8. Responsabilité	181
5.8.2.	Annexe 2 – Extrait du CSA – le délai de dépôt des comptes annuels	184
5.9.	Associations > A(I)SBL	185
5.9.1.	ASBL	185
5.9.2.	AISBL	185
5.9.3.	ASBL et AISBL	185
5.9.4.	Associations de droit étranger avec un siège en belgique :	187
5.10.	Fondations > fondations privées / fondation d'utilité publique	188

<b>HOOFDSTUK 6 AFGESCHAFTE OPDRACHTEN</b>	<b>191</b>
<b>CHAPITRE 6 MISSIONS ABROGEES</b>	<b>191</b>
<i>S. De Blauwe</i>	
6.1. Inleiding	192
6.2. Quasi-inbrengprocedure in BVBA	193
6.2.1. Beschrijving en achtergrond van de bijzondere opdracht	193
A. Wettelijke basis	193
B. Achtergrond	195
C. Te hanteren verslaggeving conform het W. Venn.	197
6.2.2. Motieven van de wetgever om de bijzondere opdracht af te schaffen en implicaties	197
A. Afschaffing van de bijzondere opdracht en implicaties	197
B. Motieven van de wetgever om de bijzondere opdracht af te schaffen	198
6.2.3. Evaluatie van de afschaffing van de bijzondere opdracht	198
6.3. Doelwijziging	202
6.3.1. Beschrijving en achtergrond van de bijzondere opdracht	202
A. Wettelijke basis	202
B. Achtergrond	203
C. Te hanteren verslaggeving conform het W. Venn.	205
6.3.2. Motieven van de wetgever om de bijzondere opdracht af te schaffen en implicaties	206
A. Afschaffing van de bijzondere opdracht en implicaties	206
B. Motieven van de wetgever om de bijzondere opdracht af te schaffen	208
6.3.3. Evaluatie van de afschaffing van de bijzondere opdracht	208
6.4. Kapitaalverhoging in nv ten gevolge van een conversie van converteerbare obligaties in aandelen of van een inschrijving op aandelen	210
6.4.1. Beschrijving en achtergrond van de bijzondere opdracht	210
A. Wettelijke basis	210
B. Achtergrond	210
C. Te hanteren verslaggeving conform het W. Venn.	211
6.4.2. Motieven van de wetgever om de bijzondere opdracht af te schaffen en implicaties	212
A. Afschaffing van de bijzondere opdracht en implicaties	212
B. Motieven van de wetgever om de bijzondere opdracht af te schaffen	213
6.4.3. Evaluatie van de afschaffing van de bijzondere opdracht	213
6.5. Besluit	214

# **CHAPITRE 1<sup>ER</sup>**

## **MISSION D'APPORT EN NATURE DANS UNE SRL/SC/SA DANS LE CSA**

### **HOOFDSTUK 1**

#### **OPDRACHT VAN INBRENG IN NATURA IN EEN BV/CV/NV IN HET WVV**

##### **C. BALESTRA**

Senior Manager Department of Professional Practice, KPMG Réviseurs d'Entreprises

##### **R. GHYSELS**

Expert-comptable & Conseil fiscal

##### ***AVEC LA COLLABORATION DE C. LUXEN***

Attachée Affaires juridiques IRE

Collaborateur scientifique ICCI

## 1.1. PREAMBULE <sup>(1)</sup>

### 1.1.1. Introduction

1. Le nouveau code des sociétés et des associations (CSA) est un véritable nouveau paradigme pour le professionnel.

En effet, dans le cadre de la société à responsabilité limitée (SRL) ou la société coopérative (SC), l'absence de capital social (au sens technique du terme, vu que le patrimoine constitué par des fonds propres existe) modifie fondamentalement le paysage dans lequel nous avons évolué les dernières années et bon nombre de raisonnements qui y étaient associés. De plus, l'apport en industrie est désormais autorisé sans restriction dans une SRL et une SC, pour ce qui est de la SA, le capital reste un élément constitutif et l'apport en industrie n'est dans ce cas admissible que s'il s'effectue « hors capital » sans qu'il puisse être rémunéré par des actions, mais par exemple par des parts bénéficiaires.

Dans cette contribution qui se veut au moins en partie exploratoire, nous aborderons le nouveau régime de l'apport en nature par le biais principalement de la société à responsabilité limitée en mettant en évidence les éventuelles différences avec les autres formes de société et nous aborderons succinctement et dans la mesure où ceci est intimement lié à l'apport en nature, la procédure supplémentaire introduite par le CSA relative à la création d'actions nouvelles (ceci faisant l'objet de développements complets dans un autre chapitre).

Quelques développements seront également consacrés à l'apport en industrie <sup>(2)</sup>.

### 1.1.2. Apport en nature dans le CSA: une mission “polymorphe”?

2. Afin d'aborder l'apport en nature, il faut, dans ce nouveau paysage, envisager la question en partant de la création d'actions nouvelles (ayant pour conséquence la modification des droits sociaux et/ou patrimoniaux des actionnaires), création que nous ne ferons qu'effleurer.

D'emblée il faut préciser que la notion de « création d'actions nouvelles » ne couvre pas la création d'actions, lors de la constitution de la société. En effet à ce stade l'assemblée générale n'est pas constituée et les différents droits des actionnaires ne sont pas modifiés mais bien constitués à ce moment.

– Le CSA prévoit que, lorsqu'un apport est effectué, il peut se faire avec ou sans création d'actions nouvelles <sup>(3)</sup> et ceci entraîne différentes conséquences. La philosophie

<sup>(1)</sup> Les auteurs s'expriment à titre personnel.

<sup>(2)</sup> Les commentaires relatifs à l'apport en industrie sont inspirés de l'article des mêmes auteurs « Apport en industrie quo vadis ? », TAA n° 64, 2019, p. 8 à 32.

<sup>(3)</sup> Art. 5:133, §1<sup>er</sup>, al. 5, *in fine*, dispose que : « Si l'apport ne donne pas lieu à l'émission d'actions nouvelles, la décision de l'organe d'administration est nulle en l'absence du rapport de celui-ci ou du rapport du commissaire ou du réviseur d'entreprises sur l'apport en nature » ce qui confirme en passant que la création d'actions nouvelles n'est pas obligatoire dans le cas

du CSA prévoit que, lors de la création d'actions nouvelles ou de la modification des droits attachés aux actions ou à une classe d'actions, l'assemblée générale doit se prononcer et être capable de donner son "consentement éclairé"<sup>(4)</sup> à l'opération proposée par l'organe d'administration au moyen d'un rapport spécial<sup>(5)</sup>.

En général, la procédure prévue par le CSA fait intervenir un expert (professionnel du chiffre), parfois il s'agit d'une « mission légalement réservée » au commissaire, sachant que (sauf exception) l'assemblée générale peut renoncer aux rapports de l'organe d'administration et de l'« expert » moyennant l'accord unanime de l'ensemble des actionnaires<sup>(6)</sup>. L'expert intervenant devra « évaluer si ces données financières et comptables figurant 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 sur cette proposition »<sup>(7)</sup>.

L'intervention du réviseur ou du commissaire devra sans doute s'inscrire dans le cadre d'une procédure de revue limitée.

Il est à noter que le législateur prévoit l'intervention d'un expert indépendant, afin de donner du confort à l'assemblée générale, pour que les actionnaires ne soient pas « abusés » ou trompés et renoncent à une partie de leurs droits sans être en pleine conscience des conséquences. Il est à noter également que l'expert (le réviseur) ne doit pas dire si c'est « raisonnable » d'accepter, mais uniquement si l'information comptable et financière est suffisante et fiable.

**3.** Cette situation est particulièrement indigeste surtout que cette situation est concomitante à chaque apport effectué qu'il soit en numéraire ou en nature<sup>(8)</sup>.

**4.** Or, dans le cas d'un apport en nature, on frôle le surréalisme en ce que (Cf. par exemple les articles 7:197 et 7:179) dans la SA le rapport destiné à éclairer l'assemblée générale dans le cas de la création d'actions nouvelles peut être rédigé également par un expert-comptable et c'est « dans ce rapport<sup>(9)</sup> » que le réviseur ou le commissaire

---

d'apport en nature dans une SRL. L'article 7:197 est moins clair à ce propos mais à notre avis rien n'empêcherait d'effectuer une augmentation de capital par un apport en nature dans une SA sans création d'actions nouvelles dans le cas où les droits des actionnaires sont préservés (par ex. lorsque l'apporteur en nature est un actionnaire et que les autres actionnaires compensent avec un apport en numéraire).

<sup>(4)</sup> Cette expression ne ressort pas du texte de la loi ni des travaux parlementaires.

<sup>(5)</sup> Cf. par ex.: art. 5:121, 5:122; 7:178, 179, CSA)

<sup>(6)</sup> Art. 5:121, §2, CSA et 7:179, §3, CSA.

<sup>(7)</sup> Art. 7:155, al. 2, 7:179, §1<sup>er</sup>, al. 2, CSA, 7:180, al. 2 et 7:191, al. 3, CSA.

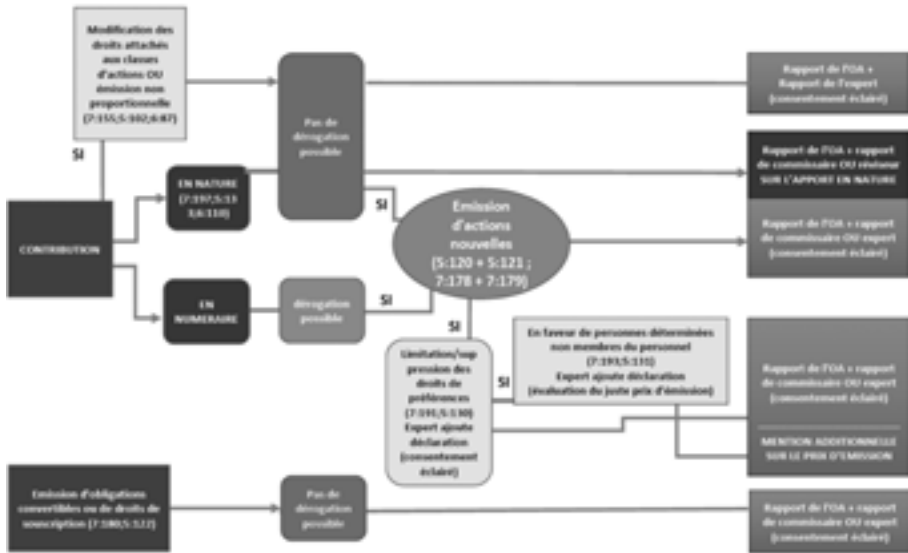
<sup>(8)</sup> De plus l'article 5:137, §2 et l'article 7:198, CSA, prévoient une possible délégation statutaire à l'organe d'administration ; cette hypothèse dans l'éventualité de l'émission d'actions par l'organe d'administration et les conséquences possibles sur les problématiques envisagées ne sera pas abordée dans cette contribution. Il est à noter qu'une proposition de loi <https://www.lachambre.be/flwb/pdf/55/0553/55K0553001.pdf> prévoit d'ajouter aux articles 5:137 et 7:198 actuels les renvois aux articles 5:120 à 5:133, à l'exception de l'article 5:130, §2 en cas d'émission d'actions nouvelles par l'organe d'administration dans une SRL et (par ex.).

<sup>(9)</sup> Les interventions sont juridiquement distincts même si en pratique elles peuvent être réunies dans un seul « papier »

désigné pour la mission portant sur l'apport en nature devra rédiger sa conclusion sur l'apport en nature d'après la loi. On le voit des solutions pratiques sont nécessaires par exemple prévoir une lecture combinée des articles visés qui permettrait de conclure qu'en cas de mission légalement réservée c'est le professionnel détenteur du « monopole » qui interviendra à tous les stades de la mission <sup>(10)</sup>.

5. Voici un tableau récapitulatif de la problématique.

1.1.3. Tableau synoptique de la problématique



N.B. : des modifications des droits attachés aux classes d'actions pourraient également intervenir en l'absence de tout apport lors d'une modification des statuts.

6. On aura noté que le législateur a prévu tout un dispositif complexe dans lequel le commissaire ou à défaut un réviseur ou un expert-comptable devra (sauf dérogation par décision de l'AG ou renonciation par les actionnaires le cas échéant) lorsque l'organe d'administration propose à l'AG ou (en cas de « délégation » de « capital autorisé ») procède à la création d'actions nouvelles (donc en dehors de la constitution) **dans le cadre d'une opération d'apport en nature** (notamment) des diligences supplémentaires devront être effectuées par le réviseur.

Le réviseur devra s'assurer que les actionnaires soient bien informés des conséquences de l'opération sur leurs droits existants et doivent décider en connaissance de cause. Il s'agit d'après nous d'un « consentement éclairé » (*informed consent*) dans lequel le réviseur intervient.

<sup>(10)</sup> Par ailleurs les articles 5:121 et 5:122 réservent la mission à l'existence d'un « commissaire désigné ».

Attardons nous sur la mission visée à l'article 5:102 (modification des droits attachés aux classes d'actions) à titre d'exemple :

L'organe d'administration dans son rapport spécial

– justifie

- les modifications proposées et
- leurs conséquences sur les droits des classes existantes.

le commissaire ou, lorsqu'il n'y a pas de commissaire, un réviseur d'entreprises ou un expert-comptable externe désigné par l'organe d'administration

- Si des données financières et comptables **sous-tendent** également le rapport de l'organe d'administration,
- évalue si ces données financières et comptables
  - **figurant** 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 sur cette proposition

#### 1.1.4. Quelques questions qui émergent

7. Les questions pratiques ne manquent pas : faudra-t-il faire plusieurs rapports ou, dans la mesure où cela s'inscrit dans une seule opération à soumettre à la même assemblée générale, un seul avec plusieurs conclusions ?

Comment traiter l'intervention « conditionnée » de l'expert (au sens large) (art. 5:102<sup>(11)</sup>) qui ne la prévoit que « **si des données financières et comptables sous-tendent également le rapport de l'organe d'administration** »<sup>(12)</sup>, et ensuite lui demander de se prononcer sur les données « figurant » dans ce rapport ? L'intervention de l'expert « si des données financières sous-tendent » ne semble pas se résumer aux données qui figurent dans le rapport justificatif de l'organe d'administration, il est évident que la proposition de décision contenue dans ledit rapport sera toujours fondée sur des données financières<sup>(13)</sup>, mais que fera le réviseur si l'organe d'administration n'en mentionne aucune explicitement ? Comment traiter la possibilité de renoncer à l'intervention d'un expert en cas de délégation statutaire à l'organe d'administration,

<sup>(11)</sup> Eventualité de la modification des droits attachés aux classes d'actions.

<sup>(12)</sup> L'interaction avec le secret professionnel mérite aussi réflexion.

<sup>(13)</sup> Les travaux parlementaires *Doc.*, Ch., 2018-2019, n° 54 3119/001, p. 249 semblent prévoir une seule exception en commentant une disposition applicable à la SA et vise le droit de présentation en ces termes ; « *Ensuite, compte tenu de l'importance de l'émission d'une nouvelle classe, un rapport du commissaire ou, à défaut, d'un réviseur d'entreprises ou d'un expert-comptable externe est également prévu. Si la création de classes ne repose sur aucun élément financier ou comptable – par exemple en matière de droits de présentation – l'organe d'administration peut se borner à en faire mention dans son rapport* » en excluant le rapport du professionnel dans ce cas qui semble quasi unique.

qui a la compétence de décider sur la dérogation ? S'agit-il, pour l'auditeur, dans le cadre du « consentement éclairé » de l'assemblée générale, d'émettre une conclusion sous forme négative (Cf. ISRE 2410) ou le législateur visait autre chose ?

8. Notre Institut prépare activement des notes techniques, afin de répondre aux besoins des praticiens face à des textes législatifs qui laissent le professionnel de l'audit par moments perplexe face à la formulation des nouvelles dispositions et à leurs « combinaisons » <sup>(14)</sup>.

9. Nous sommes donc désormais réellement face à une mission d'apport en nature qui a des allures polymorphes. Ce constat étant fait, commençons notre analyse de l'apport en nature en tant que tel.

### 1.1.5. Notion d'apport

10. L'apport des associés est l'une des conditions essentielles de l'existence d'une société dotée ou pas de la personnalité juridique (art. 1:1 CSA).

L'article 1:8, §1-3, CSA précise : « **L'apport** est l'acte par lequel une personne met quelque chose à disposition d'une société à constituer ou d'une société existante pour en devenir associé ou accroître sa part d'associé, et dès lors participer aux bénéfices (...) **L'apport en nature** est l'apport de tout autre bien corporel ou incorporel (...) **L'apport en industrie** est l'engagement d'effectuer des travaux ou des prestations de services. Il constitue une forme d'apport en nature (...) **L'apport en numéraire ou en nature peut être en propriété ou en jouissance** <sup>(15)</sup>. Il est en propriété, lorsque la propriété des biens qui en forment l'objet est transmise à la société dotée ou non de la personnalité juridique. Il est en jouissance, lorsqu'il est seulement mis à disposition de la société pour qu'elle puisse en user et en recueillir les fruits ».

11. L'article 3:17 de l'arrêté royal d'exécution du CSA <sup>(16)</sup> (AREx/CSA) traduit ces prémisses comptablement : « **La valeur d'apport correspond à la valeur conventionnelle des apports.**

*En cas d'affectation ou d'apport à une entreprise qui ne constitue ni une société ayant une personnalité juridique distincte, ni une ASBL, AISBL ou fondation, il y a lieu d'entendre par valeur d'apport la valeur attribuée à ces biens, lors de leur apport ou de leur affectation. Cette valeur ne peut excéder la valeur de marché à l'achat des biens en cause, au moment où l'apport ou l'affectation a eu lieu*

*La valeur d'apport ne comprend pas les impôts et les frais relatifs aux apports; si ceux-ci ne sont pas pris entièrement en charge par le compte de résultats de l'exercice au cours duquel l'apport est effectué, ils sont portés sous la rubrique « Frais d'établissement ».*

<sup>(14)</sup> Tel est également le cas avec les tests de distribution et la sonnette d'alarme

<sup>(15)</sup> L'apport en industrie en jouissance est difficilement envisageable vu qu'il porte sur des prestations ; il l'est par contre en propriété dans la mesure où il s'agit d'un « droit » à des prestations.

<sup>(16)</sup> AR du 29 avril 2019 portant exécution du Code des sociétés et des associations, M.B. 30 avril 2019, p. 42246.



L'article 3:19 de l'AREx/CSA prévoit concernant la valeur d'acquisition des participations reçues en rémunération qu'il faudra retenir « (...) *la valeur conventionnelle des biens et valeurs apportés ou des créances converties. Toutefois, si cette valeur conventionnelle est inférieure à la valeur de marché des biens et valeurs apportés ou des créances converties, la valeur d'acquisition correspond à cette valeur supérieure de marché* ».

La cour d'appel de Gand <sup>(17)</sup> (26 janvier 2019) confirme que c'est bien la valeur conventionnelle qui doit être retenue et ajoute une condition de « parallélisme » dans la comptabilisation pour les différentes parties (même valeurs) en raison précisément du fait qu'il s'agit d'une valeur conventionnelle et donc acceptée par les parties.

**12.** Les articles 1:8 à 1:10, CSA, ne se prononcent pas sur le caractère disponible ou non de l'apport ; d'où viendrait donc le caractère disponible ou non dudit apport ? Il faut, pour ce faire, se reporter à deux groupes de comptes généraux (110 et 111), insérés dans le plan comptable minimum normalisé (PCMN) par l'arrêté royal du 29 avril 2019 portant exécution du Code des sociétés et des associations :

- 110 Apport disponible hors capital<sup>18</sup>
  - 1100 Prime d'émission
  - 1109 Autres
- 111 Apport indisponible hors capital
  - 1110 Prime d'émission
  - 1119 Autres<sup>19</sup>.

Le professionnel du chiffre qui enregistrera l'opération d'apport se basera sur la pièce justificative qui devra ou aura dû spécifier le caractère disponible ou non dudit apport. A défaut de mention dans la pièce précitée (statuts, acte d'apport, rapport justificatif, *addendum*, etc.), il exercera son jugement professionnel pour effectuer le choix entre la disponibilité ou l'indisponibilité, après avoir interrogé son client sur cette lacune.

Pour ce qui est de la libération des apports l'AREx/CSA prévoit à l'article 3:44, §1<sup>er</sup>. « *Les montants non appelés sur participations, actions et parts sont mentionnés*

<sup>(17)</sup> « De l'avis de la cour d'appel de Gand, « les termes 'valeur conventionnelle des apports', tel que repris dans l'article 39, alinéa 1<sup>er</sup> de l'AR C. Soc., ont la même signification que la notion de 'valeur conventionnelle' telle que visée à l'article 41, §1<sup>er</sup>, alinéa 1<sup>er</sup> de l'AR C. Soc. Il s'agit dans les deux cas de la valeur convenue qui est déterminée dans l'acte d'apport. Celle-ci est la même pour les deux parties. » <https://www.cnc-cbn.be/fr/nouvelles/la-cour-dappel-de-gand-suit-la-cnc>

<sup>(18)</sup> Au nouveau groupe de comptes **110 Apport disponible hors capital** est ajoutée une note infra-paginale, numérotée 31, énoncée comme suit : « (31) *La partie non encore appelée de l'apport promis inscrit sur ce compte doit être portée au crédit d'un sous-compte distinct de ce groupe de comptes* ».

<sup>(19)</sup> Cf. <https://www.cnc-cbn.be/fr/node/2250> ; Cf. <http://www.ejustice.just.fgov.be/eli/arrete/2019/04/29/2019011967/justel> ; art. 9:10, 2° : Au chapitre 1<sup>er</sup> de l'annexe 1<sup>re</sup> à l'arrêté royal du 21 octobre 2018 portant exécution des articles III.82 à III.95 du Code de droit économique, les modifications suivantes sont apportées ... 2° le compte « 11 Primes d'émission » est remplacé par les comptes précités.

*distinctement dans l'annexe et ventilés selon les sous-rubriques dans lesquelles les participations, actions et parts restant à libérer sont portées ».*

**13.** L'apport nécessite donc trois éléments essentiels : (1) la mise à disposition par chaque associé de certains éléments patrimoniaux, (2) l'intention de soumettre l'apport aux aléas sociaux <sup>(20)</sup> et (3) l'acquisition de droits sociaux en contrepartie de l'apport.

Comme c'était déjà le cas sous le régime du Code des sociétés, le CSA (art. 1:9) prévoit que chaque associé reste débiteur envers la société de ce qu'il a promis d'apporter ainsi sauf convention contraire le débiteur d'un apport en nature est tenu de la même manière qu'un vendeur vis-à-vis de son acheteur. Quant au débiteur d'un apport en industrie, il a l'obligation de rendre compte à la société de tous les profits liés directement ou indirectement à l'activité qu'il a apportée à la société et il lui sera interdit de développer une activité qui serait de nature à porter atteinte à la société ou à la valeur de son apport (art. 1:9, §2,3°).

**14.** Par ailleurs, on ne trouve aucune précision relative à l'apport en industrie à l'article 3:89, §2, 2° et 3° AREx/CSA, décrivant le contenu des « capitaux propres » pour les SRL et SC.

Cet article dispose que la rubrique I. Apport comprend :

*« 2°, a. le montant des capitaux propres apportés, qui se compose de la valeur conventionnelle de tous les apports réalisés par les actionnaires en espèces ou en nature, dans la mesure où ils n'ont pas encore été remboursés, le cas échéant ventilé en (a) les capitaux propres apportés qui sont indisponibles en vertu des statuts et (b) les autres capitaux propres apportés,*

*b. les réserves qui, en vertu d'une disposition statutaire, ne peuvent être distribuées aux actionnaires que moyennant une modification des statuts ou auxquelles les actionnaires n'ont pas droit en cas de démission ou d'exclusion ;*

*3° pour les sociétés en nom collectif ou les sociétés en commandite, il faut entendre par I. Apport : le patrimoine de la société qui est constitué de la valeur conventionnelle des valeurs libérées ou non encore libérées, le cas échéant comme fixé statutairement ».*

Il n'est fait, dans cet article ni dans aucun autre article de l'AREx/CSA, aucune mention de l'« apport en industrie ». Seul le rapport au Roi, dans son commentaire relatif à

<sup>(20)</sup> Tel n'est pas le cas d'un apport **en jouissance**, puisque, comme l'indique son nom, seule la jouissance du bien est apportée à la société. En cas de faillite, ce bien reviendra donc à son propriétaire, car ne l'ayant jamais quitté. Par exemple « un apport en jouissance d'un immeuble. Celui-ci est mis à la disposition de la société sans qu'un loyer ne doive être payé. Le montant de l'apport correspond en conséquence aux loyers que la société ne doit pas payer. Une somme d'argent peut également être apportée en jouissance. Elle est alors mise à la disposition de la société sans que celle-ci ne doive payer d'intérêts. Le montant de l'apport correspond ici à l'économie d'intérêts réalisée par la société », Introduction au droit commercial, Livre III, Les Sociétés, A. BENOIT-MOURY et N. THIRION, Ed. 2008-2009, p. 51/283.

l'article 3:89 CSA, précité, copie un extrait de l'article 1:8, CSA, précité, sans le moindre éclaircissement en droit comptable de cette notion.

Nous verrons dans la suite les conséquences parfois malheureuses des formulations des textes légaux et réglementaires actuels ci-dessus rappelés.

**15.** Il faut toutefois dans l'analyse de la problématique de l'apport en nature sous forme d'apport en industrie, revenir aux fondements. En effet et avant tout, qui dit **apport** en société dit *soumettre un droit, un bien, ayant une valeur déterminée, aux risques et aléas de la société bénéficiaire* <sup>(21)</sup>. La responsabilité des actionnaires est réduite à leur apport, ce qui, dans le cas des SRL et SC qui ne sont plus soumises à des exigences de capital minimum (ni de capital tout court), fait des « apports » simplement des rubriques comptables réparties dans ces sociétés qui n'ont plus grande différence conceptuelle avec les autres rubriques des fonds propres du point de vue du droit des sociétés.

En d'autres termes, il ne peut être question d'apport en industrie, lorsqu'une personne met à disposition son travail moyennant une rémunération qui n'est pas soumise à cet aléa <sup>(22)</sup>. On pourrait sans doute objecter concernant cette affirmation que l'article 32 du C. Soc. (qui était une disposition générale applicable à toutes les sociétés) ne se retrouve que partiellement reproduit dans le CSA dans l'article 4:2 <sup>(23)</sup> applicable aux sociétés simples (et donc non aux SRL/SC) ; ce qui pourrait être de nature à supposer qu'on peut être actionnaire sans être tributaire des aléas de la société, mais en tout état de cause ceci ne s'appliquerait pas à la SRL/SC.

De plus l'**apport en nature** nécessite l'intervention d'un réviseur (sans qu'il s'agisse pour la SRL ou la SC de mouvements dans le capital (inexistant)).

Les **prestations** mises à disposition peuvent être des prestations intellectuelles ou manuelles. L'apport peut porter aussi sur des connaissances techniques, des relations

<sup>(21)</sup> Pour une discussion relative au terme «apport» utilisée dans le CSA, se référer aux remarques du Conseil d'Etat et les réponses du gouvernement dans le rapport au Roi précédant l'AR du 29 avril 2019 portant exécution du Code des sociétés et des associations (*M.B.* du 30-04-2019, entré en vigueur le 1<sup>er</sup> mai 2019) notamment les pages 42267 et 42256, le Ministre mettant particulièrement l'accent sur le fait que le terme désigne l'acte et non nécessairement le transfert du point de vue comptable (sic).

<sup>(22)</sup> Cf. <http://www.iec-iab.be/fr/membres/publication/Livres/Documents/Code-des-societes-annote-2010-2011.pdf> ; « *L'apport en société exige que la chose soit mise en commun et partant qu'elle subisse le risque social. La preuve d'un contrat de société est établie, lorsqu'un soi-disant prêteur soumet la somme prêtée aux aléas de l'entreprise* » ; Cass., 5 septembre 1961, Pas., 1962, I, 28 ; cité dans le Code des sociétés annoté, 2010-2011, IEC.

« *La mise à la disposition d'une société d'un prêt obligataire sans aucune garantie et avec l'abandon par celle-ci au prêteur de la quasi-totalité de ses bénéfices ne suffit pas à justifier qu'il ne s'agit pas d'un apport dès lors que la rémunération de ce capital est nécessairement soumise aux aléas sociaux* » ; Cass., 11 janvier 1966, Pas., 1966, I, 611 ; Code annoté, *op.cit.*

<sup>(23)</sup> Art. 4:2. « *Toute société simple doit avoir un objet licite. La convention qui donnerait à l'un des associés la totalité des bénéfices, ou exclurait un ou plusieurs associés de la participation aux bénéfices, est nulle à moins qu'elle puisse recevoir une autre qualification qui la rendrait valable ou lui permettrait de subsister partiellement.* »

commerciales ou des recherches qu'il est impossible de distinguer de l'apporteur lui-même (*intuitu personae*). Lorsque les prestations portent sur une activité future, l'apport en industrie devient une obligation à caractère successif<sup>(24)</sup>. Pourrait-on même défendre l'idée selon laquelle l'obligation de s'abstenir de toute concurrence, en qualité d'associé, pourrait, à elle seule, constituer un apport en industrie<sup>(25)</sup>? Les deux auteurs estiment que oui ; mais alors d'autres questions inattendues peuvent se poser :

1. la *recognition* (cf., *infra*) d'un tel engagement devrait s'accompagner d'une simple mention dans l'annexe des comptes annuels,
2. la *measurement* nous sembler dépourvue d'évaluation pour faire l'objet d'une écriture,
3. la rémunération de cet apport ou son absence de rémunération posera au réviseur d'entreprises une question à résoudre dans la mesure où, en principe, il doit mentionner dans son rapport de contrôle quelle est la rémunération *réelle* effectivement sera attribuée en contrepartie.

<sup>(24)</sup> Les travaux parlementaires semblent restreindre l'apport en industrie aux prestations futures en ces termes : « *l'apport en nature (à savoir l'apport de tout autre bien corporel ou incorporel en ce compris notamment les apports de créances et de services rendus) et l'apport en industrie (à savoir une forme d'apport en nature de services à rendre)* » Cf. DOC 54 3119/001 P. 32. De notre point de vue, il ne semble pas impossible de considérer des prestations de services réalisées au profit d'une société en constitution comme susceptibles de faire l'objet d'un apport en industrie.

<sup>(25)</sup> Il faudra y voir en quelque sorte un travail « négatif » une obligation de ne pas faire. Cependant, une clause statutaire en vertu de laquelle un ancien associé ou gérant d'une SPRL devra s'abstenir de toute concurrence, sans aucune limite de temps et de lieu, est néanmoins en contradiction avec la liberté personnelle d'exercer une profession et la liberté d'entreprendre, et, pour cette raison, doit être considérée comme totalement nulle, sans qu'il soit permis au juge de réduire l'étendue de l'interdiction ainsi prohibée dans les limites de ce qui serait admissible. Antwerpen, 13 septembre 1979, *RW*, 1979-80, 2008. Arrêt cité dans Code des sociétés annoté, 2010-2011, IEC, p. 24.

## 1.2. MISSION DU REVISEUR RELATIVE A L'APPORT EN NATURE

### 1.2.1. Généralités

**16.** Le CSA prévoit l'apport en nature à la constitution (art. 5:7 SRL, 6:8 SC, 7:7 SA) et lors de l'apport supplémentaire (art. 5:133 SRL, 6:110 SC ; en capital pour la SA, art. 7:197) <sup>(26)</sup>. Le quasi-apport n'est prévu que dans la SA (art. 7:8) <sup>(27)</sup>. L'apport en industrie par contre n'est autorisé que dans la SRL ou SC (la société simple également), lorsqu'il est rémunéré par des actions, dans une SA il ne pourra intervenir que dans le cadre d'un apport hors capital rémunéré par des parts bénéficiaires <sup>(28)</sup>. L'apport en industrie est comme nous l'avons vu une sous-catégorie des apports en nature et donc soumis au contrôle révisoral.

**17.** Les dispositions du CSA relatives à l'apport en nature (à la constitution art. 5:7, 6:8, 7:7 et *mutatis mutandis* pour les apports successifs : art. 5:133 SRL, 6:110 SC ; en capital pour la SA, art. 7:197) sont désormais rédigées de manière plus (chrono) logique en consacrant ainsi la pratique révisorale qui avait déjà trouvé qu'il fallait travailler sur un projet de rapport de l'organe d'administration.

À la constitution le CSA prévoit pour le réviseur en cas d'apport en nature que :

<sup>(26)</sup> L'hypothèse de la SRL cotée (Cf. art. 5:2 CSA qui définit limitativement les dispositions qui s'appliquent dans ce cas) et de l'interaction entre la procédure de conflit d'intérêts avec l'actionnaire de contrôle et l'opération d'apport en nature dépasse l'objet de la présente contribution.

<sup>(27)</sup> **L'art. 7:8** vise les quasi-apports de tout bien appartenant à (a) une personne qui a signé ou au nom de qui a été signé l'acte constitutif, (b) un administrateur, un membre du conseil de direction ou du conseil de surveillance, ou à un actionnaire, que la société se propose d'acquérir dans un délai de deux ans à compter de l'acquisition de la personnalité juridique, pour une contre-valeur au moins égale à 10% du capital souscrit, ce quasi-apport fait l'objet d'un **rapport de contrôle** par le **commissaire**, ou, lorsqu'il n'y a pas de commissaire, par un **réviseur d'entreprises** désigné par l'organe d'administration, sachant que cette procédure est aussi applicable à la cession faite par une personne agissant en son nom propre, mais pour compte d'une personne visée sub a et b ; **l'art. 7:9** précise : cette procédure (a) n'est ni applicable aux acquisitions faites dans les limites des opérations courantes conclues aux conditions et sous les garanties normalement exigées par la société pour les opérations de la même espèce, ni aux acquisitions en bourse, (b) ni aux acquisitions résultant d'une vente ordonnée par justice ; **l'art 7:10** stipule : le **rapport de contrôle** précité mentionne (a) le nom du propriétaire du bien que la société se propose d'acquérir, (b) la description de ce bien, (c) la rémunération effectivement attribuée en contrepartie de l'acquisition et les modes d'évaluation adoptés., (d) si les valeurs auxquelles conduisent ces modes d'évaluation correspondent au moins à la rémunération attribuée en contrepartie de l'acquisition.

<sup>(28)</sup> L'article 7 :6, CSA, dispose que : « *Les apports en nature ne peuvent être rémunérés par des actions que lorsqu'ils consistent en éléments d'actifs susceptibles d'évaluation économique, à l'exclusion des actifs constitués par des engagements concernant l'exécution de travaux ou la prestation de services* ».

Article 5:7, 6:8<sup>(29)</sup> :

« Le réviseur d'entreprises établit un rapport dans lequel il

- (1) **examine** la description faite par les fondateurs de chaque apport en nature,
- a. l'évaluation adoptée et
  - b. les modes d'évaluation appliqués.

- (2) Le rapport doit **indiquer** si les valeurs auxquelles conduisent ces modes d'évaluation correspondent au moins
- a. à la valeur de l'apport mentionné dans l'acte.

- (3) Il **indique** quelle est la rémunération réelle attribuée en contrepartie de l'apport »

Article 7:7 :

« Le réviseur d'entreprises établit un rapport dans lequel il

- (1) **examine** la description faite par les fondateurs de chaque apport en nature,
- a. l'évaluation adoptée et
  - b. les modes d'évaluation appliqués.

- (2) Le rapport doit **indiquer** si les valeurs auxquelles conduisent ces modes d'évaluation correspondent au moins
- a. au nombre et à la valeur nominale, ou à défaut,
  - b. au pair comptable des actions à émettre en contrepartie.

- (3) Le rapport **indique** quelle est la rémunération réelle attribuée en contrepartie de l'apport\*.

Par ailleurs les exceptions prévues dans le C. Soc. à l'intervention du réviseur et la rédaction par l'organe d'administration d'une attestation supplémentaire font toujours l'objet des §§2 et 3 des dispositions de base et sont inchangées<sup>(30)</sup>.

On remarquera au passage la différence de termes entre « examine » et « indique(r) » qui laisse entendre que les travaux à effectuer seront de différentes nature et qu'« indiquer » n'emporte pas l'idée d'une opinion ou d'un calcul particulièrement en rapport avec la rémunération « réelle » attribuée en contrepartie (Cf. *infra*).

**18.** Le CSA présente l'apport en nature en plusieurs étapes :

- les **fondateurs**<sup>(31)</sup> exposent dans un **rapport spécial**, en projet, l'intérêt que l'apport présente pour la société ;
  - ce rapport comporte une **description de chaque apport** et en donne une évaluation motivée,
  - il **indique** quelle est la **rémunération attribuée en contrepartie de l'apport** et
  - les fondateurs communiquent ce rapport **en projet** au **réviseur d'entreprises** qu'ils désignent ;

<sup>(29)</sup> Le texte est identique pour la SC et la SRL, mais pas pour la SA.

<sup>(30)</sup> Cf. Avis IRE 2015/01 [https://doc.ibr-ire.be/fr/Documents/reglementation-et-publications/Doctrine/Avis/2015\\_01\\_2015\\_01\\_07\\_Analyse\\_des\\_exceptions\\_a\\_l\\_etablissement\\_d\\_un\\_rapport\\_en\\_nature.pdf](https://doc.ibr-ire.be/fr/Documents/reglementation-et-publications/Doctrine/Avis/2015_01_2015_01_07_Analyse_des_exceptions_a_l_etablissement_d_un_rapport_en_nature.pdf)

<sup>(31)</sup> Ce qui suit s'applique *mutatis mutandis* à l'organe d'administration lors d'un apport supplémentaire.

- ce réviseur rédige un **rapport de contrôle** dans lequel
  - il **examine** la description faite par les fondateurs de chaque apport en nature et l'évaluation adoptée **et les modes d'évaluation** appliqués,
  - il **indique** aussi si les valeurs auxquelles conduisent ces modes d'évaluation correspondent **au moins à la valeur de l'apport mentionné dans l'acte** [pour la SA : correspondent au moins au nombre et à la valeur nominale, ou à défaut, au pair comptable des actions à émettre en contrepartie] et
  - il **indique** enfin quelle est la rémunération réelle attribuée en contrepartie de l'apport, mais, **il ne se prononcera cependant pas sur le caractère légitime et équitable de l'opération** <sup>(32)</sup> ;

N.B./ il est à noter que le texte final de la loi n'a pas retenu le membre de phrase « *Il doit spécialement déclarer si l'évaluation et la rémunération réelle attribuée en contrepartie de l'apport est raisonnable ou non* » <sup>(33)</sup>. La mission n'est donc pas fondamentalement différente de ce qu'elle était dans le C. Soc. Si la phrase avait été conservée, les choses auraient été différentes et le réviseur se serait vu confier une mission de **fairness opinion** <sup>(34)</sup>. Le fait que cette orientation originelle ait été abandonnée se justifie d'autant plus en cas de création d'actions nouvelles et de l'émission de rapports par le réviseur et l'organe d'administration dans le cadre du « consentement éclairé » de l'assemblée générale (cf art 5:121; 7:179) qui garantit le respect des intérêts des actionnaires.

Par ailleurs le fait que l'adjectif « réelle » soit ajouté dans la description des tâches du réviseur semble indiquer que ce dernier ne peut pas se contenter de décrire servilement dans son rapport les indications figurant dans le rapport spécial de l'organe d'administration. A notre avis le législateur indique ici l'approche indépendante du réviseur car l'adjectif « réelle » ne se retrouve pas dans les tâches de l'organe d'administration. Toute fois le réviseur doit se contenter de l'**indiquer** ce qui semble vouloir dire qu'aux yeux du législateur cela ne fait pas l'objet de travaux ou calculs particuliers par opposition à « examine » toutefois les travaux parlementaires sont muets et permettent toutes les conjectures.

- les fondateurs, à la réception du rapport de contrôle, indiquent, le cas échéant, dans leur **rapport définitif**, les raisons pour lesquelles ils s'écartent des conclusions du rapport de contrôle, même s'il veille « *tout particulièrement à ce que l'apport en nature ou le bien à céder ne soit pas surévalué* » ;
- les deux rapports, spécial et de contrôle, sont déposés et publiés <sup>(35)</sup>.

<sup>(32)</sup> Cf. <https://doc.ibr-ire.be/fr/Documents/reglementation-et-publications/Doctrine/communications/2018-02-note-technique-apports-en-nature-def-clean.pdf>; Note technique relative aux apports en nature, 7 mars 2018, p. 1 et dans Conclusion du commissaire/réviseur d'entreprises à l'assemblée générale extraordinaire de la société, p. 37, 38, 42 et 43.

<sup>(33)</sup> DOC 54 3119/001, p. 529.

<sup>(34)</sup> Rappel pour les professionnels, autres que du chiffre : un auditeur risque de compromettre son indépendance dans le cas où il doit donner un avis sur le caractère légitime et équitable d'une opération (« *fairness opinion* »).

<sup>(35)</sup> Conformément aux articles 2:8 et 2:14, 4° CSA.

19. Tant que des nouvelles normes ne seront pas entrées en vigueur, cette mission de contrôle fait l'objet des normes relatives au contrôle des apports en nature et quasi-apports, adoptées par le Conseil de l'IRE, en sa version actuelle le 7 décembre 2001 <sup>(36)</sup>.

Ces normes font encore référence aux dispositions du CSoc. Elles visent les opérations suivantes :

- articles 18, 220 et 312 en ce qui concerne les SPRL,
- articles 94, 396 §1er et 423 en ce qui concerne les SCRL,
- articles 43, 445, 601 et 657 en ce qui concerne les SA et les SCA et
- article 844 en ce qui concerne les GIE <sup>(37)</sup>.

14

On consultera aussi utilement les notes techniques de l'IRE :

- note technique relative aux apports en nature du 7 mars 2018 <sup>(38)</sup>,
- note technique relative aux apports en nature du 25 mars 2019 <sup>(39)</sup>.

20. Selon la norme actuelle qui n'est pas adaptée au CSA si la conclusion du **rapport de contrôle** du réviseur comporte une **opinion sans réserve**, il doit mentionner au moins :

- que l'opération a été contrôlée conformément auxdites normes de l'IRE et que l'organe de « gestion » de la société est responsable de l'évaluation des biens apportés, ainsi que de la détermination de la rémunération attribuée en contrepartie,
- le nom du cédant,
- la description des éléments constitutifs de l'acquisition,
- que les modes d'évaluation pour les biens à céder retenus par les parties sont justifiés par les principes de l'économie d'entreprise,
- la rémunération effectivement attribuée en contrepartie,

<sup>(36)</sup> Cf. <https://doc.ibr-ire.be/fr/Documents/reglementation-et-publications/normes-et-recommandations/normes/Normes-relative-au-controle-des-apports-en-nature-et-quasi-apports.pdf>; Normes relatives au contrôle des apports en nature et quasi-apports. Normes approuvées par le Conseil du 7 décembre 2001, applicables à partir du 1er avril 2002.

<sup>(37)</sup> Normes précitées, §1<sup>er</sup>, Principes. Quoiqu'il existe une distinction juridique entre l'apport en nature et une cession sous forme de quasi-apport, ce qui se reflète dans la nature du rapport à émettre par le réviseur d'entreprises, les principaux travaux de contrôle doivent être considérés comme comparables. L'annexe aux normes comporte un exemple de déclaration approbative de l'opération d'apport en nature.

<sup>(38)</sup> Cf. <https://doc.ibr-ire.be/fr/Documents/reglementation-et-publications/Doctrine/communications/2018-02-note-technique-apports-en-nature-def-clean.pdf> ; 7 mars 2018.

<sup>(39)</sup> Cf. <https://doc.ibr-ire.be/fr/Documents/reglementation-et-publications/Doctrine/Avis/2019-08-avis-annexe-Note-technique-apports-en-nature.pdf> ; 25 mars 2019. Consulter les locutions *fairness opinion* et *no fairness opinion* dans ladite note, spécialement, « 3. Conformément au paragraphe 1.4 de cette norme IRE de 2001, l'intervention du professionnel vise à commenter l'identification et la description du bien qui est apporté ou cédé, ainsi que les modes d'évaluation adoptés par l'organe de gestion pour fixer la rémunération. Le réviseur d'entreprises ne se prononcera cependant pas sur le caractère légitime et équitable de l'opération (« no fairness opinion »). Le réviseur d'entreprises veillera tout particulièrement à ce que l'apport en nature ou le bien à céder ne soit pas surévalué ». Voir également ; Avis CNC 2009/08; Avis ICCI du 29 mars 2017, <https://www.icci.be/fr/avis/avis-detail-page/r-partition-des-fonds-propres-entre-la-soci-t-scind-e-et-la-les-soci-t-s-b-n-ficiaire-s-dans-le-cadre-d-une-scission-partielle>. .



- que les valeurs auxquelles conduisent les modes d'évaluation correspondent au moins à la rémunération attribuée en contrepartie <sup>(40)</sup>.

S'il lui est impossible de souscrire dans leur totalité aux conclusions précitées, il formule des réserves, en termes clairs <sup>(41)</sup>.

**21.** Il nous semble que, sous l'empire du CSA, si la conclusion du rapport de contrôle du réviseur comporte une opinion sans réserve, il doit mentionner au moins :

- que l'opération a été contrôlée conformément auxdites normes de l'IRE et que **l'organe d'administration** de la société est responsable de l'évaluation des biens apportés, ainsi que de la détermination de la rémunération attribuée en contrepartie,
- le nom de l'apporteur,
- la description des éléments constitutifs de l'apport,
- que les modes d'évaluation pour les biens apportés retenus par les parties sont justifiés par les principes de l'économie d'entreprise,
- **indique** <sup>(42)</sup> quelle est la rémunération **réelle** effectivement attribuée en contrepartie,
- que les valeurs auxquelles conduisent les modes d'évaluation correspondent au moins à la **valeur de l'apport mentionnée (dans le projet) dans l'acte d'apport (pour la SA/ au nombre et à la valeur nominale, ou à défaut, au pair comptable des actions à émettre en contrepartie.)**

### 1.2.2. Mission d'assurance

**22.** Dans le cadre de cette mission, les cinq conditions de base pour une mission d'assurance doivent être respectées, à savoir :

1. Il y a trois parties :
  - a. le fournisseur d'informations à savoir l'apporteur ou le conseil d'administration de la société bénéficiaire,
  - b. l'utilisateur d'informations visé à savoir les stakeholders de la société bénéficiaire et
  - c. le réviseur d'entreprises ;
2. L'objet sous-jacent de la mission (les informations) est approprié <sup>(43)</sup> ;
3. Des critères adaptés permettant d'évaluer l'objet de la mission sont disponibles <sup>(44)</sup> ;
4. Des informations suffisantes et appropriées sur l'objet sous-jacent de la mission ont été recueillies ;
5. Il y a un rapport écrit adapté à la mission, qui formule une conclusion avec une assurance raisonnable ou limitée.

**23.** Le réviseur d'entreprises devra, à cet effet, définir la nature des informations qui constituent l'objet de la mission d'assurance : il s'agira généralement d'informations

<sup>(40)</sup> Normes précitées, §5.1. Les sociétés en commandite par actions et les groupements d'intérêt économique

<sup>(41)</sup> Normes précitées, §5.2.

<sup>(42)</sup> Pour la SRL et la SC

<sup>(43)</sup> *Quod non*, la *recognition* est impossible ; aucune mention à l'annexe n'est requise.

<sup>(44)</sup> *Quod non*, la *measurement* est impossible ; éventuellement une mention à l'annexe est souhaitable.

autres que des informations financières historiques dans le cas d'un apport en industrie, car il porte essentiellement sur des prestations futures.

**24.** Dans le cas de l'apport en industrie, il doit être tenu compte de certaines spécificités. Il s'agit de l'apport de prestations futures relatives à une entreprise individuelle ou de l'activité d'une profession libérale par le biais d'une personne morale ou physique dans une société à constituer ou existante. Nous sommes donc ici essentiellement confrontés à de l'**information prospective** : on pourra donc s'inspirer utilement de l'ISAE 3400 pour contrôler. Pour ce faire, l'auditeur veillera à ce que <sup>(45)</sup>:

1. les meilleures estimations du conseil d'administration ne sont pas déraisonnables et confronter les « suppositions hypothétiques » consistantes avec l'objectif d'information fournie,
2. l'information financière prospective est correctement préparée compte tenu des hypothèses,
3. l'information financière prospective est correctement présentée et toutes les hypothèses significatives sont correctement renseignées en annexe,
4. il y a cohérence entre préparation de l'Information Financière Prospective avec l'information financière historique.

Le réviseur ne se prononce pas sur le contrat d'apport (acte) mais devra en tenir compte dans le cadre de ses diligences.

La rédaction et la structure générale du contrat (acte d'apport) relèvent de la responsabilité de l'organe de gestion et le réviseur d'entreprises ne se prononcera pas sur les termes du contrat. En pratique, il convient de prévoir de rédiger des clauses supplémentaires relatives à la responsabilité du réviseur d'entreprises dans la lettre de mission. Le réviseur doit s'informer du contexte général de l'opération et son examen doit **prendre en considération la manière dont les intérêts des parties et des tiers ont été traités** (Cf. §2.2.6., norme actuelle apports en nature).

En se basant sur le projet de rapport des fondateurs ou de l'**organe de gestion en projet transmis au réviseur d'entreprises désigné**, celui-ci fait rapport sur :

1. la description de chaque apport en nature (l'industrie à prester),
2. les méthodes d'évaluation adoptées et appliquées,
3. l'évaluation adoptée en indiquant si les valeurs correspondent à la valeur indiquée dans l'acte,
4. détermine et indique quelle est la rémunération réelle attribuée en contrepartie.

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

<sup>(45)</sup> Cette norme internationale n'est pas encore d'application en Belgique. Dans l'état actuel du cadre normatif, le rapport ne comprendra aucune référence à une norme jusqu'à ce soit le cas. De plus dans le cas de l'apport en industrie l'intervention de l'auditeur est mise en question par le Conseil d'Etat en ces termes : « *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* ». DOC 54 3119/002, p. 57.

### 1.2.3. Modes d'évaluation

#### 25. Les normes actuelles (2.4.3.) stipulent :

« Pour apprécier les modes d'évaluation des apports en nature ou quasi-apports adoptés par les parties, le réviseur d'entreprises procède :

- à l'examen des modes d'évaluation adoptés par les parties;
- à l'étude des motivations du choix de ces modes d'évaluation;
- au jugement du caractère approprié des modes d'évaluation arrêtés en rapport avec l'économie d'entreprise, c'est-à-dire en fonction de leur utilité pour la société qui les reçoit et en tenant compte des circonstances de marché; les évaluations se feront en principe dans une perspective de continuité de l'exploitation.

*Le réviseur d'entreprises examine si les événements qui se sont produits ou qui ont été portés à sa connaissance après la clôture des comptes ou après la date d'établissement de la valeur des apports sont de nature à influencer les modes d'évaluation retenus. Dans l'affirmative, il en tiendra compte dans les conclusions de son rapport (paragraphe 3.6.). »*

#### 26. La **valeur d'apport** doit être déterminée conformément à la valeur conventionnelle déterminée lors de la conclusion de l'apport<sup>(46)</sup>.

27. Pour l'apport en industrie l'hypothèse de l'inexécution sera appréhendée par une clause statutaire qui pourra, en cas d'inexécution (le plus souvent) fautive, prendre la forme d'un pacte commissaire exprès.

Les travaux parlementaires mettent l'accent sur le fait que les apports en industrie constituent une valeur réelle en ces termes : « *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 du montant des capitaux propres suffisants visés à l'article 5:3. Enfin, le contrôle contribue à assurer l'image fidèle des comptes annuels. La valeur réelle que peuvent représenter les apports en industrie, surtout dans certains secteurs, et la constatation qu'aujourd'hui un apport en industrie est possible (mais par des voies détournées) plaident pour une autorisation de principe de ces apports dans la SRL. Le régime de base du contrôle des apports en nature est appliqué à ces apports* »<sup>(47)</sup>.

Dans le cadre de cette mission, comme le réviseur doit examiner l'évaluation adoptée, les modes d'évaluation appliqués et que le rapport doit indiquer si les valeurs auxquelles conduisent ces modes d'évaluation correspondent au moins à la valeur de l'apport mentionné dans l'acte, outre ce qui est repris aux paragraphes 2.4 et suivant de la norme, il devra tenir compte des informations prospectives sous-jacentes à ces évaluations (*cf., supra*).

<sup>(46)</sup> Art. 3:17, al. 1<sup>er</sup>, AREx/CSA.

<sup>(47)</sup> DOC 54, 3119/001, 4 juin 2018, Partie I, p. 130.

**28.** Dans le cadre d'un apport en industrie, le réviseur prêtera une attention particulière à l'activité apportée (prestations de services et livraison de biens) et au contexte dans son ensemble. Il prêtera entre autres une attention particulière à toutes les relations contractuelles existantes et en tiendra compte pour son analyse de l'industrie apportée.

#### 1.2.4. Rémunération effective en contrepartie

**29.** Pour la SRL et la SC, les actions sont liées aux capitaux propres. L'apport est rémunéré en actions et l'apporteur aurait les mêmes droits que les autres actionnaires, sauf dispositions statutaires spécifiques qui, en toute hypothèse, devront déterminer la façon :

1. de calculer les dividendes à payer, ainsi que la façon
2. de déterminer le bénéfice net de l'activité apportée.

**30.** Concernant l'apport en nature, les articles 5:10 et 6 :11 du CSA mentionnent que les actions émises en rémunération des apports en industrie sont frappées de caducité 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 (voir *infra* pour les autres hypothèses), sauf dispositions contraires des statuts.

**31.** Le CSA ne semble pas envisager d'autre rémunération qu'en actions, sans toutefois l'interdire. En effet, la SRL et la SC ne peuvent émettre de parts bénéficiaires<sup>48</sup>. La raison en est que la notion d'« action » est largement définie et que ces sociétés n'ont pas de capital social. Gageons que la pratique se montrera créative à ce sujet selon les régimes fiscaux applicables aux intervenants (surtout pour l'apport en industrie) qui pourraient être des sociétés et pourront envisager toutes sortes de « modalités » de paiement.

**32.** Les normes actuelles prévoient d'autres éléments de rémunération en ces termes : « Cf. 2.5.1. *Les avantages particuliers sont l'ensemble des éléments rémunérant directement ou indirectement l'apport en nature ou les biens à céder; l'attribution de parts bénéficiaires, d'un privilège dans la répartition bénéficiaire ou d'autres avantages dont ne bénéficient pas l'ensemble des associés. Ils peuvent également résider dans l'attribution de fonctions déterminées au sein de la société ou d'un taux d'intérêt privilégié. Le réviseur d'entreprises pourra juger utile d'en demander confirmation écrite à la société ou au cédant* ».

<sup>(48)</sup> Cf. <https://doc.ibr-ire.be/fr/Documents/reglementation-et-publications/Doctrine/communications/2019-09-Communication-CSA-15-04-2019.pdf> ; Communication 2019/09 de l'IRE du 17 avril 2019 concernant la loi du 23 mars 2019 introduisant le CSA : « Dorénavant, il est possible d'émettre des actions sans droit de vote, avec ou sans dividende privilégié. Les parts bénéficiaires n'ont toutefois pas d'utilité dans la SRL, où il n'y a plus de capital à distinguer d'autres éléments de fonds propres. Le moment où il est question de création et de modification des classes d'actions est défini en termes généraux : à savoir quand d'autres droits sont accordés à une action ou une part bénéficiaire ou à une série d'actions ou parts bénéficiaires, en comparaison avec les actions existantes. La validité juridique des obligations perpétuelles est confirmée ».

Il ne faut donc voir à notre avis dans la formulation « rémunération réelle » du CSA rien de très nouveau par rapport à la pratique traditionnelle compte tenu des normes actuelles.

**33.** L'analyse de la possibilité d'envisager des rémunérations « mixtes » dépasse l'objet de cet article et devra s'analyser selon l'approche à réserver en droit social et fiscal particulièrement en cas d'apport en industrie <sup>(49)</sup>.

### 1.2.5. Libération de l'apport

**34.** Le CSA prévoit un principe de libération à la constitution où à l'émission, sauf dispositions contraires dans les statuts <sup>(50)</sup>. En ce qui concerne l'apport en industrie, ***l'exécution des prestations promises, dont le rythme est défini par les statuts, a valeur de libération*** <sup>(51)</sup>.

L'AREx/CSA prévoit à l'article 3:44, §1<sup>er</sup>: « *Les montants non appelés sur participations, actions et parts sont mentionnés distinctement dans l'annexe et ventilés selon les sous-rubriques dans lesquelles les participations, actions et parts restant à libérer sont portées.* »

Lorsque l'apporteur en industrie est une entreprise soumise à la tenue d'une comptabilité les comptes annuels devront préciser dans l'annexe la partie restant à libérer des actions reçues en contrepartie.

**35.** Si les statuts ne précisent pas le sort réservé à la créance de libération qui subsiste en cas de faillite ou de décès de l'apporteur, l'obligation de libération s'exécutera par équivalent, de plus, dans les SC et les SRL ayant prévu une démission à charge du patrimoine social, l'actionnaire (sauf dispositions contraires) est réputé démissionnaire de plein droit à cette date <sup>(52)</sup>.

Le réviseur d'entreprises vérifiera l'existence desdites dispositions statutaires ou contractuelles dans la mesure où :

1. elles seront reproduites dans tous leurs aspects significatifs dans le rapport spécial de l'organe d'administration,
2. elles auront par hypothèse influencé l'évaluation de l'apport et
3. elles ne pourront pas être reproduites dans la conclusion du rapport du réviseur.

En cas d'opinion sans réserve, en raison de la libération successive, le réviseur devra probablement reprendre un paragraphe d'observation ou relatif à d'autres points dans son rapport.

<sup>(49)</sup> Voir par ex: S. COCKX et E. DIELENS, «Administrateur et travailleur: qu'en dit le CSA ?» *Pacoli* 488, 25 juin 2019.

<sup>(50)</sup> Art. 5:8, 5:125; 6:9, 6:109, CSA.

<sup>(51)</sup> DOC 54 3119/001, p. 131.

<sup>(52)</sup> Art. 5:156 et 6:121, CSA.

### 1.2.6. Conclusion polymorphe du rapport

36. La conclusion du rapport du réviseur se présentera donc comme suit :

« Au terme de nos travaux, nous sommes d'avis que :

- a) l'opération a été contrôlée conformément aux normes édictées par l'Institut des Réviseurs d'Entreprises en matière d'apports en nature et que l'organe de gestion de la société est responsable de l'évaluation des biens apportés, *ainsi que de la détermination de la rémunération [du nombre d'actions à émettre] attribuée en contrepartie de l'apport en nature;*
- b) la description de chaque apport en nature répond à des conditions normales de précision et de clarté;
- c) les modes d'évaluation de l'apport en nature arrêtés par les parties sont justifiés par les principes de l'économie d'entreprise et conduisent à des valeurs [d'apport] qui correspondent au moins **à la valeur de l'apport mentionnée dans le projet d'acte de ...EUR [pour la SA : correspondent au moins au nombre et à la valeur nominale, ou à défaut, au pair comptable et, le cas échéant, à la prime d'émission des actions à émettre en contrepartie],** de sorte que l'apport en nature n'est pas surévalué.

La rémunération **réelle** de l'apport en nature consiste en ... [... actions de la société XYZ, sans désignation de valeur nominale (d'une valeur nominale de ...)].

Nous croyons enfin utile de rappeler que notre mission ne consiste pas à nous prononcer sur le caractère légitime et équitable de l'opération ».

37. Si le rapport porte sur un « apport en industrie » (dans la SRL ou SC), il est recommandé de reprendre après la conclusion les mentions suivantes : « *Même si les événements prédits par les hypothèses, telles que décrites dans le projet de rapport spécial, se concrétisent, d'autres événements peuvent influencer le résultat et les variations peuvent être significatives* ».

38. Comme déjà précisé, si l'apport donne lieu à l'émission d'actions nouvelles ou modification des droits des classes d'actions (Cf. *supra*), dans les sociétés où un commissaire est en charge (dans la SRL), ce dernier rédige un rapport dans lequel il évalue si les données financières et comptables contenues dans le rapport spécial de l'organe d'administration sont fidèles et suffisantes dans tous leurs aspects significatifs pour éclairer l'assemblée générale appelée à voter sur cette proposition. Dans cette hypothèse la conclusion « apport en nature » sera complétée en conséquence (Cf. par ex.: art. 5:121, 5:122; 7:178, 7:179 CSA). En supposant que cette mission entre dans le cadre d'une revue limitée la « seconde conclusion » à ajouter sera formulée comme suit : « *Sur la base de notre examen limité, nous n'avons pas relevé de faits qui nous laissent à penser que les données financières et comptables contenues dans le rapport de l'organe d'administration ne sont pas fidèles et suffisantes dans tous leurs aspects significatifs pour éclairer l'assemblée générale appelée à voter sur cette proposition* ».

### 1.3. DIFFICULTES PARTICULIERES RELATIVES A L'APPORT EN INDUSTRIE

#### 1.3.1. Apport en industrie n'est pas un apport de savoir-faire

39. Dès la définition, l'apport en industrie est un défi. Il est nécessaire en effet de distinguer l'apport en industrie de l'apport de savoir-faire<sup>(53)</sup>. La prudence s'impose lorsqu'on aborde sa définition, en effet une certaine confusion pourrait facilement apparaître avec l'apport de « savoir-faire » ou « know-how ».

La distinction fondamentale réside dans le caractère essentiellement *intuitu personae* de l'apport en industrie.

A. BENOIT-MOURY et N. THIRION affirment dans le même sens que

*« Relativement à la classification des apports, il convient de préciser la nature de l'apport d'un savoir-faire (ou know-how). Le know-how peut être défini comme un ensemble de « connaissances techniques transmissibles non immédiatement accessibles au public et non brevetées ». Si le savoir-faire peut être « théorisé » (ou mis sur papier), et que, une fois ces connaissances théoriques transmises, l'intervention de la personne les détenant n'est plus nécessaire pour leur exploitation future, cet apport est considéré comme un apport en nature. Dans le cas contraire, il s'agira d'un apport en industrie, puisque des prestations de la personne détenant ces connaissances seront indispensables pour exploiter ce savoir-faire »<sup>(54)</sup> (ndlr : c'est nous qui soulignons).*

40. Le savoir-faire est « dissociable » de l'apporteur<sup>(55)</sup>:

- Lorsque le savoir-faire constitue une caractéristique particulière d'un bien, il en est partie intégrante. Dans ce cas, le savoir-faire ne peut être évalué séparément et fait partie de la valeur totale du bien dont il est indissociable.
- Le savoir-faire peut faire l'objet d'un apport en tant que tel si son objet est concrétisé par exemple sous forme d'une documentation écrite qui le rend compréhensible aux personnes initiées dans le domaine technique concerné. Le savoir-faire ainsi transmis sera mis en œuvre par une autre personne que l'apporteur.

<sup>(53)</sup> L'apport de savoir-faire est possible dans la SA contrairement à l'apport en industrie (art. 7:6 CSA).

<sup>(54)</sup> A. BENOIT-MOURY et N. THIRION, *op. cit.* « Ces différences ne relèvent pas de la pure théorie. Les apports en industrie ne peuvent, en effet, être pris en considération dans toutes les sociétés. Ils sont permis pour les SNC, SCS, SCRI. Mais ils ne peuvent entrer dans la composition du capital des SA (art. 443 C. Soc.), ni des SCA (art. 657 C. Soc.), ni des SPRL (art. 218 C. Soc.), ni des SCRL (art. 394 C. Soc.). Ces apports en industrie peuvent, cependant, être rémunérés dans les SA par des droits sociaux spécifiques, non représentatifs du capital social : les **parts bénéficiaires** (art. 483 C. Soc.). L'attribution de tels droits n'est pas possible dans les SPRL (art. 232 C. Soc.) ni dans les SC (art. 356 C. Soc.) ».

<sup>(55)</sup> Cf. CBNCR, « APPORT DE VALEURS INCORPORELLES », p. 62-63, <https://doc.ibr-ire.be/fr/Documents/reglementation-et-publications/publications/etudes-ire/Contrôle/Appports%20de%20valeurs%20incorporelles%20I.pdf>

Il est en effet fondamental que **le savoir-faire puisse être distingué de la personne qui le détient de manière à éviter que l'apport ne puisse être effectué que moyennant des prestations personnelles de l'apporteur**, car dans ce cas il revêtirait un caractère *intuitu personae* et se confondrait avec l'apport en industrie.

Donc si l'apport de savoir-faire consiste en un engagement d'exécution de travaux ou de prestations de services avec ou sans livraison de biens par une personne déterminée, il s'agit d'un apport d'industrie. L'apport en industrie ne constituera donc jamais un engagement essentiellement passif et sera donc un « travail » constitué de prestations successives et futures exécutées par l'apporteur.

22

MISSION D'APPORT EN NATURE DANS UNE SRL/SC/SA DANS LE CSA

41. Article 1:8, §2, al. 3 : l'apport en industrie est l'**engagement** <sup>(56)</sup> d'effectuer des travaux ou des prestations de services ; il constitue une forme d'apport en nature <sup>(57)</sup> ; il résulte donc de la lecture combinée de l'article 1:8, §1<sup>er</sup> et de l'article 1:8, §2, al. 3, que l'apport en industrie se rémunère par des actions ; contrairement aux autres apports en nature l'apport en industrie ne peut se faire « en jouissance » et l'apporteur (art 1:9, §2, 3<sup>o</sup>) en cas d'apport en industrie doit rendre compte à la société de tous les profits liés directement ou indirectement à l'activité qu'il a apportée

42. Les articles 5:10 et 6:11 du CSA mentionnent que les actions émises en rémunération des apports en industrie sont frappées de caducité 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. Les travaux parlementaires ajoutent de façon étonnante et critiquée par l'avis du Conseil d'Etat que les actions **ne donneront droit à un éventuel dividende relatif à l'exercice en cours que prorata temporis** <sup>(58)</sup>.

<sup>(56)</sup> Ce mot évoque la nécessité d'enregistrer, si la *recognition* est possible, l'apport en industrie comme s'il s'agissait d'une souscription d'actions. Ce constat est en parfaite cohérence avec l'article 5:5, CSA, qui dispose que : « *Les actions émises par la société doivent être intégralement et, nonobstant toute disposition contraire, inconditionnellement souscrites* ». Pour rappel, la procédure de l'apport en nature est fixée par l'article 5:7, CSA. Le rapport des fondateurs « indique quelle est la rémunération attribuée en contrepartie de l'apport » et le réviseur « *examine la description faite par les fondateurs de chaque apport en nature, l'évaluation adoptée et les modes d'évaluation appliqués. Le rapport doit indiquer si les valeurs auxquelles conduisent ces modes d'évaluation correspondent au moins à la valeur de l'apport mentionné dans l'acte. Il indique quelle est la rémunération réelle attribuée en contrepartie de l'apport* ».

<sup>(57)</sup> Art. 1:8, §1<sup>er</sup>, CSA : « *L'apport est l'acte par lequel une personne met quelque chose à disposition d'une société à constituer ou d'une société existante pour en devenir associé ou accroître sa part d'associé, et dès lors participer aux bénéfices* ».

<sup>(58)</sup> Le conseil d'Etat critique cette position comme suit : « *l'idée d'un dividende « relatif à l'exercice en cours » et de sa réduction « prorata temporis » est problématique. Rien n'impose à la société de verser un dividende pendant (ou au terme de) chaque exercice et rien ne lui interdit de distribuer en une fois les bénéfices réalisés pendant plusieurs exercices. En outre, l'arrêt de la Cour de cassation du 23 janvier 2003 (C.01 0536.F) confirme que les dividendes peuvent être versés à tout moment pendant l'exercice. Dans ce contexte, penser que les dividendes seraient distribués à la fin de chaque exercice bénéficiaire et représenteraient le revenu des actions pendant cet exercice n'a guère de sens. Autrement dit, cette règle traite les dividendes comme des intérêts, alors qu'ils sont, sur le point considéré, soumis à des régimes fondamentalement différents* ». Doc 54 3119/007 – avis du conseil d'état n° 63.906/2/v du 13 septembre 2018 p. 12.



### 1.3.2. Défaut d'exécution de l' « industrie »

43. Revenons un instant sur les articles jumeaux 5:10 (SRL) et 6:11, (SC) CSA, précités<sup>(59)</sup>. Ces articles disposent que « *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. 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**. Les statuts peuvent déroger aux dispositions du présent article* ».

44. Ces articles règlent, à titre supplétif (les statuts pouvant y déroger), l'hypothèse de l'inexécution non fautive des engagements découlant d'un apport en industrie. Ils transposent à la SRL et à la SC les règles relatives à la théorie des risques en matière contractuelle en distinguant selon que l'impossibilité d'exécution est définitive ou temporaire. N'est toutefois pas abordée l'hypothèse d'une exécution fautive qui pourrait faire l'objet d'une exécution forcée en équivalent. Rien n'empêche que les statuts prévoient, en outre, un pacte commissaire exprès aux termes duquel en cas de faute les actions représentatives de l'apport en industrie sont résolues en tout ou partie pour l'avenir.

45. Le réviseur devra donc faire une analyse complète des dispositions statutaires applicables à l'apport.

En pratique, il y a donc trois situations possibles :

1. le décès du prestataire ou une autre cause étrangère qui entraîne l'**inexécution définitive** de l'« industrie » ; les articles 5:10, al. 1<sup>er</sup> et 6:11, al. 1<sup>er</sup> CSA, prévoient dans ce cas que les actions émises en rémunération de cet apport sont caduques (sans effet juridique) ;
2. la survenance d'une cause étrangère qui entraîne une **inexécution temporaire** de plus de trois mois ; l'article 5:10 al 2 et 6:11 al 2 prévoit dans ce cas que les droits sociaux liés aux actions sont suspendus pour toute la durée de l'incapacité (un aménagement statutaire reste possible pour couvrir les inexécutions inférieures à trois mois par une « pénalité » par exemple) et
3. l'**exécution fautive** par exemple **partielle ou non conforme** aux accords ; dans ce cas les statuts devraient prévoir une « clause de résolution conventionnelle » (pacte commissaire exprès)<sup>(60)</sup> qui permet de mettre fin à l'industrie contractuellement

<sup>(59)</sup> Plusieurs critiques ont été faites par le conseil d'Etat concernant cette disposition, voir : Doc 54 3119/007 – Avis du Conseil d'Etat, n° 63.906/2/v du 13 septembre 2018, p.12-14.

<sup>(60)</sup> Art. 1184 CC : « *La condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des deux parties ne satisfera point à son engagement. Dans ce cas, le contrat n'est point résolu de plein droit. La partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté, a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts.*

sans passer devant un juge. Cette clause statutaire pourrait par exemple prévoir une indemnisation contractuelle.

### 1.3.3. Engagement de faire ou de ne pas faire et en principe successif

46. L'apport en industrie ne constituera donc jamais un engagement essentiellement passif, c'est une obligation de faire ou de ne pas faire<sup>(61)</sup>, tel que cela est réglé par le droit des obligations et sera donc un « travail », constitué de prestations en principe successives et futures, exécutées par l'apporteur. Si c'est une obligation de faire, il devrait correspondre à une prestation de services ou à une livraison de biens. La prestation et la livraison se réaliseront au sens comptable de ces deux termes, conformément au principe de réalisation des produits et de correspondance des charges aux produits (*matching principle*).

Il s'agit de l'*engagement souscrit par une personne* (physique essentiellement, mais pas exclusivement) qui est le plus souvent un associé (sans que cela ne soit requis – Cf. art 1:8 CSA- mais il doit toujours s'agir d'un « apport » cf., *supra*), de faire, c'est-à-dire travailler pour la société ou entreprendre des démarches au profit de la société. Les prestations sont effectuées *par principe en l'absence de lien de subordination* : l'apporteur en industrie, s'il travaille pour la société, n'est, toutefois, pas engagé envers celle-ci dans le cadre d'un contrat de travail (Loi du 3 juillet 1978) portant sur les prestations (industrie) apportées<sup>(62)</sup>.

47. Les prestations (industrie apportée) ont essentiellement un *caractère successif*<sup>(63)</sup> : l'apporteur/prestataire réalise son apport, le libère, au fur et à mesure de la vie sociale et de l'exécution de l'industrie. L'*inexécution* de cette obligation de faire serait sanctionnée par une indemnisation en dommages et intérêts qui se substituerait au travail promis<sup>(64)</sup>. Cet apport en industrie sera *rémunéré par des actions* (dans la SRL et la SC).

---

*La résolution doit être demandée en justice, et il peut être accordé au défendeur un délai selon les circonstances ».*

<sup>(61)</sup> Une obligation de ne pas faire, qui peut faire l'objet d'un apport en industrie (Cf. Introduction au droit commercial, Livre III, Les Sociétés, A. BENOIT-MOURY et N. THIRION, Ed. 2008-2009, p. 50/283), sera donc interprétée comme un « travail négatif ».

<sup>(62)</sup> Il convient d'apporter une légère nuance au caractère actif de l'industrie dans la mesure où il est possible de convenir d'une clause de non concurrence qui pourrait à elle seule constituer une industrie apportée qui serait essentiellement passive.

<sup>(63)</sup> L'apport de prestations déjà effectuées est plus délicat, mais il ne nous semble aucunement impossible à envisager à la lumière des textes actuels (Cf. prestations effectuées pour une société en formation).

<sup>(64)</sup> C'est l'application du vieil adage latin (encore) *nemo praecise cogi potest ad factum* (personne ne peut être contraint à effectuer une action déterminée), voir P. HAINAUT-HAMENDE et G. RAUCQ, 'Les sociétés anonymes', Rep. not., Tome XII, Livre III, 2005, p. 231, n° 141. Certains admettent par contre cette sanction de l'inexécution par paiement de dommages et intérêts (art. 1142 du Code civil) et le cas échéant l'octroi d'une astreinte pour obtenir l'exécution en nature de travail promis, VU que l'exécution forcée ne peut être exigée pour des obligations de faire (Cf. J. MALHERBE, Y. DE CORDT, P. LAMBRECHT, P. MALHERBE, *Droit des sociétés*, Précis, Droit Européen, Droit belge, 4<sup>e</sup> éd., Bruylant, 2011, p. 242, n°458).

Par ailleurs on comprendra d'autant plus que l'apport en industrie ne peut pas s'envisager en jouissance (*cf., supra*), car la caractéristique de l'apport en industrie est une obligation :

1. de faire (engagement à travailler pour le compte de la société, à définir dans les statuts) ou
2. de ne pas faire (respecter une clause de non concurrence).

### 1.3.4. Corollaire nécessaire : ne pas nuire au bénéficiaire de l'apport

48. Il va de soi que l'engagement de prêter un travail pour la société bénéficiaire de l'apport comporte un corollaire nécessaire <sup>(65)</sup> qui est celui de ne pas nuire aux intérêts du bénéficiaire ce qui aurait un impact sur la valeur de l'apport.

Le travail à exécuter en tant qu'apport en industrie doit être réel et effectif. Les parties doivent s'en assurer. Le CSA prévoit à titre supplétif quelques garanties minimales : « Art. 1:9 §1er. *Chaque associé est débiteur envers la société de ce qu'il a promis d'apporter. §2. Sauf convention contraire : (...) 3° le débiteur d'un apport en industrie doit rendre compte à la société de tous les profits liés directement ou indirectement à l'activité qu'il a apportée. Il ne peut faire directement ou indirectement concurrence à la société pendant toute la durée de son apport, ni développer aucune activité qui serait de nature à nuire à la société ou à réduire la valeur de son apport* » <sup>(66)</sup>.

### 1.3.5. Cessibilité des actions

49. Une autre situation digne d'intérêt consiste en la possibilité de céder les actions représentatives de l'apport en industrie. Ceci n'étant pas interdit par une disposition légale, il se pourrait que les statuts restreignent la cessibilité des actions représentatives d'un apport en industrie. On pourrait en effet prévoir des dispositions statutaires limitant la cessibilité des actions afin d'en garantir la libération. Toutefois il n'est pas nécessaire de prévoir des restrictions particulières concernant la cessibilité des actions non libérées émises en raison des apports en industrie puisque le cédant et le cessionnaire sont tenus solidairement à la libération intégrale, sauf dispositions contraires <sup>(67)</sup>.

Cette possibilité de céder les actions représentatives d'un apport en industrie est en effet peu compatible avec l'apport en industrie qui est par nature *intuitu personae*, mais en tout état de cause, la cession des actions n'exonérerait pas le prestataire de ses obligations <sup>(68)</sup> et ce, sans limite, car même en cas de cessions successives, tous les cessionnaires consécutifs sont tenus solidairement de la libération. En effet, sauf convention contraire, le cédant d'une action non libérée auquel la libération est demandée par la société ou un tiers, peut exercer un recours pour ce qu'il a payé contre le cessionnaire auquel il a cédé ses actions et tout cessionnaire ultérieur.

<sup>(65)</sup> Art. 24, C. Soc.

<sup>(66)</sup> Art. 1:9, § 1<sup>er</sup> et §2, 3°, CSA.

<sup>(67)</sup> DOC 54 3119/001, p. 131 ; Art. 5:66 et 6:55 CSA.

<sup>(68)</sup> Art. 5:66 et 6:55 CSA.

### 1.3.6. Difficultés en matière fiscale

#### A. Dans le chef de la société bénéficiaire de l'apport en industrie

50. C'est surtout en raison de l'approche fiscale et des incertitudes qui demeurent dans le domaine que certains ont qualifié les dispositions du CSA relatives à l'apport en industrie comme destinées à rester « lettre morte »<sup>(69)</sup>. L'avenir nous le dira. Ce qui suit n'a pas la prétention d'être exhaustif, mais devrait donner un aperçu de la problématique.

La suppression du capital social et du capital minimum pour la SRL et la SC a conduit à introduire une définition autonome et duale de la notion de 'capital' dans le CIR 1992. La loi du 17 mars 2019 adaptant certaines dispositions fiscales fédérales au nouveau Code des sociétés et des associations<sup>(70)</sup> a modifié la notion de capital dans l'article 2, §1<sup>er</sup>, 6°, CIR92, nouveau, comme suit. On entend par :

- a) Capital, dans le chef d'une société :
  - 1) le capital d'une société anonyme, tel que prévu par le Code des sociétés et des associations, ou, pour une société ayant une autre forme juridique pour laquelle le droit belge ou étranger qui la régit prévoit une notion analogue, cette notion telle que prévue dans ce droit ;
  - 2) pour les formes de sociétés pour lesquelles le droit belge ou étranger qui régit la société ne prévoit pas une notion analogue, les capitaux propres de la société tels que prévus par le droit belge ou étranger qui régit la société, dans la mesure où ils sont formés par des apports en numéraire ou en nature, **autres que des apports en industrie**.
- b) Capital libéré :
 

Tant pour une société résidente que pour une société étrangère, le capital réellement libéré au sens de ce qui est prévu en matière d'impôt des sociétés.

Une différence notable existe désormais entre la notion d'apports dans le CSA et l'approche fiscale des sociétés sans obligation de capital minimum selon le droit belge ou étranger qui leur est applicable.

Du point de vue fiscal, il est tenu compte des capitaux propres de la société tels que décrits par le droit qui la régit, **dans la mesure où ils sont formés par des apports en numéraire ou en nature autres que des apports en industrie**. Il est par ailleurs

<sup>(69)</sup> H. DE WULF, « De implicaties van het wetboek van vennootschappen en verenigingen voor de opdrachten van de commissaris bij vennootschappen: enkele opmerkingen », *TAA*, n° 62, avril 2019, p. 8: « *al zou het wel eens kunnen dat de mogelijkheid tot inbreng in nijverheid in de praktijk dode letter blijft, omdat de fiscale wet die naar aanleiding van het WVV is aangenomen (onder meer om het WIB aan te passen aan de afschaffing van het kapitaalconcept bij BV en CV), er lijkt op aan te sturen de waarde van dergelijke inbreng als winst te belasten in hoofde van de vennootschap, in plaats van haar met gestort kapitaal gelijk te stellen* ».

<sup>(70)</sup> Cf. <http://www.ejustice.just.fgov.be/eli/loi/2019/03/17/2019012297/justel>.

à remarquer que l'Annexe 3 de l'AREx/CSA <sup>(71)</sup> ne comporte hélas pas de rubrique spéciale au passif du bilan permettant de faire la différence entre ce qui est apporté en industrie ou pas <sup>(72)</sup>.

Bien que le CSA règle l'apport en industrie pour la SRL et la SC comme un apport en nature à part entière rémunéré par des actions, cet apport est explicitement exclu de la notion fiscale de capital (du point de vue fiscal) par la loi du 17 mars 2019 précitée <sup>(73)</sup>. Selon l'exposé des motifs, de tels apports sont en effet «très difficilement évaluables» et il existe un risque de surévaluation et d'abus <sup>(74)</sup>. La conséquence fiscale de cette exclusion est incertaine, s'agit-il d'un accroissement de patrimoine imposable <sup>(75)</sup>? Il nous semble, en tout cas, que le législateur a été vite en besogne pour exclure, *a priori*, les apports en industrie sous le seul motif invoqué dans l'exposé des motifs qu'ils sont «très difficilement évaluables» et qu'il existe un risque d'abus.

<sup>(71)</sup> Annexe 3 : Sociétés – comptes annuels selon le schéma complet : schéma du bilan et du compte de résultats.

<sup>(72)</sup> L. DE BROE et M. PEETERS, « Conséquences fiscales de la nouvelle notion de capital dans le CSA », *Fiscologue* 1609, 26-04-2019, p. 4.

<sup>(73)</sup> Cf. <http://www.ejustice.just.fgov.be/eli/loi/2019/03/17/2019012297/justel> ; Loi du 17 mars 2019 adaptant certaines dispositions fiscales fédérales au nouveau Code des sociétés et des associations. On entend par : a) « Capital », dans le chef d'une société ... 2) pour les formes de sociétés pour lesquelles le droit belge ou étranger qui régit la société ne prévoit pas une notion analogue, les capitaux propres de la société tels que prévus par le droit belge ou étranger qui régit la société, dans la mesure où ils sont formés par des apports en numéraire ou en nature, **autres que des apports en industrie** ; art. 2, §1<sup>er</sup>, 6°, a) 2°, CIR92, nouveau.

<sup>(74)</sup> Cf. <https://www.lachambre.be/FLWB/PDF/54/3367/54K3367001.pdf> ; DOC54, 3367/001, p. 31 et 32 ; « Pour les formes de sociétés pour lesquelles le droit belge ou étranger qui régit la société ne connaît pas la notion de capital, on entend par « capital » les capitaux propres de la société tels que décrits par le droit belge ou étranger qui régit la société, dans la mesure où ils sont formés par des apports en numéraire ou en nature autres que des apports en industrie. Bien que selon le CSA l'apport en industrie constitue dans la SRL et la SC un apport valable qui peut être rémunéré par l'émission d'actions (art. 5:7 et exposé des motifs de l'avant-projet CSA, p. 135)2, l'apport en industrie reste très difficilement évaluable. On ne peut donc exclure des surévaluations et des abus, également à des fins fiscales. En pratique, on constate d'ailleurs que le travail apporté n'est pas repris à l'actif du bilan (par exemple lors de l'émission de parts bénéficiaires, le travail promis n'est pas exprimé dans le bilan). Pour ces raisons, le projet de loi exclut de la notion fiscale de capital les capitaux propres d'une société constitués par un apport en industrie. Il est clair que la nouvelle définition de « capital » s'applique également lorsque ce mot est utilisé en combinaison avec d'autres (p.ex. « augmentation de capital », « remboursement de capital », etc.) ».

<sup>(75)</sup> L. DE BROE et M. PEETERS, « Conséquences fiscales de la nouvelle notion de capital dans le CSA », *Fiscologue* 1609, 26-04-2019 : « Pareil apport donne-t-il lieu à un accroissement de patrimoine imposable dans le chef de la société bénéficiaire ? Le statut fiscal de l'apporteur/personne physique est par ailleurs incertain. Réalise-t-il une plusvalue sur un actif incorporel ? Les actions qu'il reçoit en échange font-elles partie de son patrimoine privé ou de son patrimoine professionnel, etc. ? S'il est vrai qu'il ne relevait pas du mandat des auteurs de la loi fiscale du 13 mars 2019 de régler cette problématique dans son ensemble, il est néanmoins souhaitable que le législateur fiscal s'attèle à concevoir une solution offrant toute sécurité juridique. »

Comme indiqué *supra*, la notion de ‘capital libéré’ est définie à l’article 184, CIR92. La loi du 17 mars 2019, précitée, remplace désormais les deux premiers alinéas de l’article 184, CIR92 par trois alinéas <sup>(76)</sup>.

Une lecture comparée des deux versions, précédente et actuelle, facilitera la compréhension :

Art. 184, al. 1<sup>er</sup> et 2, CIR92

Le capital libéré est le capital statutaire dans la mesure où celui-ci est formé par des apports réellement libérés et où il n’a fait l’objet d’aucune réduction.

Les primes d’émission et les sommes souscrites à l’occasion de l’émission de parts bénéficiaires, sont assimilées au capital à la condition qu’elles soient portées dans les capitaux propres au passif du bilan, à un compte qui, au même titre que le capital social, constitue la garantie des tiers et ne peut être réduit qu’en exécution d’une décision régulière de l’assemblée générale prise conformément aux dispositions du Code des sociétés applicables aux modifications des statuts.

Dans l’éventualité d’un apport d’actions ou parts etc.

Art. 184, al. 1<sup>er</sup> à 3, nouveaux CIR92, modifiant ces al. 1er et 2, CIR92, remplacés par ces trois al.

Le capital libéré est le capital dans la mesure où celui-ci est formé par des apports réellement libérés en numéraire ou en nature, autres qu’en industrie, et où il n’a fait l’objet d’aucun remboursement ou réduction.

Dans la mesure où elles ne sont pas visées par l’alinéa 1er, les primes d’émission et autres sommes souscrites par des apports réellement libérés en numéraire ou en nature, autres qu’en industrie, à l’occasion de l’émission d’actions ou parts ou de parts bénéficiaires sont assimilées au capital libéré à la condition d’être portées et maintenues à un ou plusieurs comptes distincts dans les capitaux propres au passif du bilan.

Dans les associations, fondations, sociétés et autres organismes possédant la personnalité juridique qui poursuivent un but désintéressé, les alinéas 1er et 2 s’appliquent uniquement à la partie des apports qui peuvent être légalement repris par l’apporteur ou ses ayants droit.

Dans l’éventualité d’un apport d’actions ou parts etc.

<sup>(76)</sup> Cf. <http://www.ejustice.just.fgov.be/eli/loi/2019/03/17/2019012297/justel> ; Loi du 17 mars 2019 adaptant certaines dispositions fiscales fédérales au nouveau Code des sociétés et des associations, art. 23. « A l’article 184, du même Code, modifié par les lois des 28 juillet 1992, 30 janvier 1996, 22 décembre 1998, 4 mai 1999, 31 janvier 2006, 11 décembre 2008, 25 décembre 2016 et 25 décembre 2017, les modifications suivantes sont apportées : ... ».

L'ancien alinéa 1<sup>er</sup> précisait que le « *capital libéré est le capital statutaire dans la mesure où celui-ci est formé par des apports réellement libérés et où il n'a fait l'objet d'aucune réduction* » et le nouvel al. 1<sup>er</sup>, apporte une restriction, en ce sens que « *Le capital libéré est le capital dans la mesure où celui-ci est formé par des apports réellement libérés en numéraire ou en nature, autres qu'en industrie* ». La fin du nouvel alinéa 1<sup>er</sup>, sans changement par rapport à l'ancien, prévoit en fait qu'aucune réduction des apports effectués ne peut avoir eu lieu, la notion «réduction» visant la réduction formelle du capital à la suite d'une compensation des pertes. En effet dans le cas d'une telle compensation, il n'est pas procédé à un remboursement effectif aux actionnaires. T. AFSCHRIFT et M. DAUBE ont commenté les conséquences néfastes pour la société procédant à une réduction de capital irrégulière <sup>(77)</sup>.

L'exposé des motifs de la loi du 17 mars 2019 y ajoute que, outre une réduction, il ne peut pas non plus avoir été procédé à un remboursement des apports effectués, sachant que ce remboursement effectif profite aux actionnaires. L'ajout vise donc l'hypothèse : 1. où la société « réduit son capital libéré par un remboursement effectif à l'actionnaire » ou celle 2. où la société « ne procède pas immédiatement à un remboursement effectif mais reste débitrice du montant envers l'actionnaire » <sup>(78)</sup>.

L'ancien alinéa 2 de l'article 184 CIR92, contenait une assimilation au capital libéré des primes d'émission et des sommes souscrites à l'occasion de l'émission de parts bénéficiaires. Cette assimilation n'était toutefois acceptée que pour autant que ces sommes soient comptabilisées dans un compte distinct du capital (capitaux propres) et rendues indisponibles par les statuts <sup>(79)</sup>. Au nouvel alinéa 2, « *Dans la mesure où elles ne sont pas visées par l'alinéa 1er, les primes d'émission et autres sommes souscrites par des apports réellement libérés en numéraire ou en nature, autres qu'en industrie, à l'occasion de l'émission d'actions (...).* »

<sup>(77)</sup> Impôt des personnes physiques, Chronique de jurisprudence, 2000-2008, p. 331 et 332 ; Dossiers du Journal des tribunaux, Ed. Larcier, citant Civ. Anvers, 20 février 2004, *Le Courrier fiscal*, 2004/448 et note, *JDF*, 2006, et *Fiscaal Koerier*, 2004, p. 180.

<sup>(78)</sup> Cf. <https://www.lachambre.be/FLWB/PDF/54/3367/54K3367001.pdf> ; DOC54, 3367/001, Projet de loi du 22 novembre 2018 adaptant certaines dispositions fiscales fédérales au nouveau Code des sociétés et des associations, Exposé des motifs, p. 32 et 33. « *Le mot « réduction » vise la réduction formelle du capital à la suite d'une compensation des pertes dans laquelle il n'y a aucun remboursement effectif à l'actionnaire* ».

<sup>(79)</sup> Cette rubrique ne pouvant être mouvementée que par une décision régulière de l'assemblée générale (conformément aux règles applicables aux modifications des statuts).



La première condition de comptabilisation distincte est maintenue, mais l'indisponibilité statutaire des sommes disparaît<sup>(80)</sup> et en tout état de cause l'apport en industrie est écarté<sup>(81)</sup>.

### B. Traitement fiscal dans le chef de l'apporteur en industrie

**51.** Ce traitement fiscal nous semble devoir être traité, selon que l'apport en industrie provienne strictement du patrimoine privé ou de l'activité professionnelle imposable de l'apporteur.

Si l'apport provient du patrimoine privé de l'apporteur, personne physique, il ne sera éventuellement imposable, en principe selon un taux distinct, que s'il peut être qualifié de revenu divers<sup>(82)</sup>.

Si l'apport provient de l'activité professionnelle, d'une personne physique ou d'une personne morale, il ne sera éventuellement imposable, en principe selon un taux progressif ou distinct, que si l'apport en industrie est engagé pour une valeur d'acquisition par la société bénéficiaire qui soit supérieure à la valeur comptable pour laquelle il figurait dans les comptes de l'apporteur, étant entendu que l'apporteur enregistre dans ses comptes une plus-value de réalisation.

### 1.3.7. Difficultés en matière comptable

#### A. Introduction

**52.** Dans les sociétés sans capital, la notion même de primes d'émission disparaît. Une indisponibilité statutaire peut toujours être expressément prévue. Ceci se traduit dans l'AREx/CSA par une rubrique « I.B Apport indisponible » au passif du bilan pour les

<sup>(80)</sup> L. DE BROE et M. PEETERS, « Conséquences fiscales de la nouvelle notion de capital dans le CSA », *Fiscologue* 1609, 26-04-2019, la condition actuelle d'indisponibilité posait problème dans les cas où des sociétés régies par un droit étranger font des distributions à des résidents belges. En effet, le droit étranger régissant cette société ne connaît pas nécessairement cette condition d'indisponibilité (Cf. par ex. décision anticipée n° 2016.536 du 18 octobre 2016).

<sup>(81)</sup> Sur cette question, l'exposé des motifs précité s'exprime comme suit. « *La condition de comptabilisation des primes d'émission et des autres sommes mentionnées à l'article 184, alinéa 2, CIR 92 sur un compte distinct dans les capitaux propres au passif du bilan est maintenue, mais la condition d'indisponibilité statutaire des sommes à l'égal du capital social n'est plus requise. En effet, dans les sociétés sans capital tous les apports ont le même statut et une clause d'indisponibilité statutaire constitue l'exception. De plus, la condition actuelle d'indisponibilité statutaire pose problème dans les cas où des sociétés régies par un droit étranger font des distributions de capital à des actionnaires établis en Belgique, parce que le droit étranger ne connaît pas souvent cette condition (décisions anticipées n° 2016 536 du 18.10.2016, n° 2013 626 du 29.04.2014, n° 2011 564 du 24.01.2012, n° 800 343 du 25.11.2008, etc.). Sous le nouveau CSA, les primes d'émission seront probablement encore pertinentes uniquement pour les augmentations de capital réalisées par les sociétés anonymes* ». DOC54, 3367/001, p. 33.

<sup>(82)</sup> Cf. [https://finances.belgium.be/sites/default/files/Statistiekken\\_SD/FM\\_MF\\_TS\\_StM/MF2018\\_V01\\_complet.pdf](https://finances.belgium.be/sites/default/files/Statistiekken_SD/FM_MF_TS_StM/MF2018_V01_complet.pdf) ; A titre illustratif, ces taux distincts sont mentionnés dans le Memento fiscal, revenus de 2017 (le plus récent disponible), p. 80.



sociétés sans capital, et sans surprise, ne prévoit pas de « primes d'émission » pour ces sociétés (mais bien une rubrique « III.A.4. Autres réserves »<sup>(83)</sup>.

Il n'y a désormais plus du tout d'identité de concept dans les termes « capital » demeurant dans les textes fiscaux et les apports affectés à une forme sociétale sans capital, l'identification de l'origine des apports et leur régime fiscal propre y applicable ne ressortira pas clairement des schémas des comptes annuels et l'historique ou l'origine fiscaux des fonds propres continue à être nécessaire.

A cet effet, il se recommande que les professionnels du chiffre tiennent à jour les documents fiscaux suivants<sup>(84)</sup> :

1. 328 A : Relevé global des réserves taxées,
2. 328 D : Tableau détaillant l'origine du capital,
3. 328 R : Relevé détaillé des réserves taxées,
4. 328 S : Relevé des réserves exonérées.

Dans leur version actuelle, ces quatre tableaux sont en principe gratuits, cependant ces quatre tableaux ont été conçu relativement peu de temps après la réforme ISoc de 1964. Le tableau 328D notamment mentionne distinctement l'origine et les mouvements (augmentation et réduction) du capital ; ce qui n'a évidemment plus d'appropriation pour les SRL et SC sous l'empire du CSA. Ces tableaux se révéleront très utiles, mais il conviendra de les approprier au CSA et aux nouvelles dispositions du CIR92. Il est souhaitable que le SPF Finances rédige de nouveaux tableaux.

### B. Arrêté royal d'exécution du CSA

**53.** C'est à l'article 3:82, AREx/CSA, relatif au schéma complet des comptes annuels que sont décrits les renseignements à faire figurer dans l'état VIII. Cet état fait évidemment la distinction entre

1. d'une part, les sociétés anonymes, sociétés européennes et les sociétés coopératives européennes, au motif que celle-ci conservent un compte capital et
2. d'autre part, les autres sociétés qui n'ont plus de capital, mais des capitaux propres.

Voici la nouvelle distinction fondamentale de cette rubrique pour la SRL/SC, **dépourvues de capital**, dont l'article 3:89, §2, I. Apport, en décrit le contenu : (...) pour **les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés coopératives**, la rubrique **I. Apport** comprend :

- a. le montant des capitaux propres apportés, qui se compose **de la valeur conventionnelle de tous les apports réalisés par les actionnaires en espèces ou en nature, dans la mesure où ils n'ont pas encore été remboursés**, le cas échéant ventilé en
  - i. les capitaux propres apportés qui sont indisponibles en vertu des statuts et
  - ii. les autres capitaux propres apportés ;

<sup>(83)</sup> Annexe 3 à l'Arrêté royal du 29 avril 2019 portant exécution du Code des sociétés et des associations, *M.B.*, 30 avril 2019, p. 42409.

<sup>(84)</sup> Cf. [http://www.etaamb.be/fr/document\\_n2012003247.html](http://www.etaamb.be/fr/document_n2012003247.html) ; 24 août 2012, Comment obtenir une publication du SPF Finances ? Les détails des contacts figurent dans ce lien hypertexte.

- b. les réserves qui, en vertu d'une disposition statutaire, peuvent être distribuées aux actionnaires que moyennant une modification des statuts ou auxquelles les actionnaires n'ont pas droit en cas de démission ou d'exclusion.

En termes de plan comptable, on aura désormais ce qui a été décrit comme modifications par l'AREx/CSA à l'arrêté royal du 21 octobre 2018 portant exécution des articles III.82 à III.95, CDÉ, au chapitre 1er de l'annexe 1<sup>re</sup> à l'arrêté royal du 21 octobre 2018 <sup>(85)</sup> portant exécution des articles III.82 à III.95, CDÉ, des nouvelles modifications suivantes sont apportées (art. 9:10, AREx/CSA) :

1° l'intitulé de la *classe 1 « Patrimoine propre, provisions pour risques et charges et dettes à plus d'un an »* est remplacé par l'intitulé « Fonds propres, provisions pour risques et charges et dettes à plus d'un an » ;

2° la *sous-classe « 11 Primes d'émission »* est remplacée par les groupes de comptes et les comptes suivants :

- « 11 Apport hors capital
  - 110 Apport disponible hors capital
    - 1100 Prime d'émission
    - 1109 Autres
  - 111 Apport indisponible hors capital
    - 1110 Prime d'émission
    - 1119 Autres

Au nouveau groupe de comptes « 110 Apport disponible hors capital » est ajoutée une note en bas de page (31), énoncée comme suit: «31) La partie non encore appelée de l'apport promis inscrit sur ce compte doit être portée au crédit d'un sous-compte distinct de ce compte. » ;

La problématique relative à la comptabilisation de l'apport en industrie commence sans doute dans notre nouveau régime du CSA avec quelques remarques du Conseil d'Etat ayant examiné le projet d'AREx/CSA reprises ci-après en extrait (point 5, *M.B.* 30-04-2019, p. 42267) :

*« Pour remplacer la notion de capital dans les sociétés qui n'en auront plus sous l'empire du CSA, les auteurs du projet ont choisi d'utiliser le terme apport, utilisé au singulier. Ce terme est aussi utilisé dans les comptes des sociétés qui ont un capital, ce dernier étant désormais présenté comme une sous-rubrique de la rubrique «apport». Ce choix pose un problème de fond dans la mesure où sont ainsi présentés comme des apports :*

1.  *dans tous les types de sociétés, des montants figurant au passif du bilan, alors que les apports tels que définis par l'article 1:8, §2, al. 1er et 2, CSA [ndlr : apports en nature et en industrie], sont des éléments d'actif ;*
2.  *dans les sociétés dotées d'un capital, des montants qui ne représentent pas nécessairement la contrepartie d'apports, mais aussi, le cas échéant, des*

<sup>(85)</sup> Cf. <http://www.ejustice.just.fgov.be/eli/arrete/2018/10/21/2018014350/justel> ; AR du 21 octobre 2018 portant exécution des articles III.82 A III.95, CDÉ (annexe 1ère).

*incorporations de plus-values de réévaluation ou de réserves, comme le prévoient notamment l'article 3:89, §2, I, 1<sup>o</sup>, et le point C.1 de la partie Affectations et prélèvements.*

*Dans cette mesure, l'arrêté n'est pas conforme à l'article 1:8, CSA, qui définit l'apport. Il convient, en conséquence, d'opter pour un terme plus adapté ou d'exclure les incorporations de la notion d'apport. »*

L'écriture dans le cas d'un apport est de type : débit d'un compte d'actif par le crédit d'un compte de passif, alors que dans le cas d'une incorporation, l'écriture est de type : débit d'un compte de passif par le crédit d'un autre compte de passif.

L'extrait du rapport au Roi qui suit est réservé à l'article 3:89, AREx/CSA <sup>(86)</sup>, en réponse à la remarque précitée du Conseil d'Etat. Ce commentaire précise que :

*« L'article 1:8, CSA, donne une définition de l'apport en tant qu'acte'. Le terme apport est utilisé depuis très longtemps pour désigner à la fois l'acte et l'objet de l'acte. Les actes énumérés à l'article 1:8 du CSA, avec leur objet, sont :*

- 1. un apport en numéraire,*
- 2. un apport en nature ou*
- 3. un apport en industrie, qui constitue également un apport en nature.*

***D'un point de vue comptable, seuls les deux premiers actes sont pertinents, avec l'apport issu de ressources de la société (apport provenant de réserves ou apport interne). C'est la raison pour laquelle seuls ces deux actes sont définis séparément à des fins de droit comptable. »***

Voilà qui semble(ra)it clair, mais à l'analyse, on en est loin.

Du point de vue chronologique parle-t-on ici de la pertinence du point de vue comptable de la « valeur » à comptabiliser, lors de la souscription de l'apport ou lors de la « libération » successive de celui-ci ? Cette pertinence comptable, mise ici en question, vise-t-elle les comptes de l'actif, du passif, de l'annexe (y compris les engagements hors bilan <sup>(87)</sup> ?

Si le rapport au Roi semble clair et si le CSA est tout aussi affirmatif en ce qu'il traite les apports en industrie comme constitutifs d'une « valeur réelle » <sup>(88)</sup>, la question qui se

<sup>(86)</sup> M.B., 30 avril 2019, p. 42256.

<sup>(87)</sup> L'article 3:44 §1<sup>er</sup> de l'AREx/CSA dispose : §1<sup>er</sup>. « Les montants non appelés sur participations, actions et parts sont mentionnés distinctement dans l'annexe et ventilés selon les sous-rubriques dans lesquelles les participations, actions et parts restant à libérer sont portées. (...) ». Sans opérer aucune distinction selon que les actions soient représentatives d'un apport en industrie ou pas!

<sup>(88)</sup> Cf. <https://www.lachambre.be/FLWB/PDF/54/3119/54K3119001.pdf>; Exposé des motifs du projet de loi du 4 juin 2018 introduisant le Code des sociétés et des associations et portant des dispositions diverses, « La valeur réelle que peuvent représenter les apports en industrie, surtout dans certains secteurs, et la constatation qu'aujourd'hui un apport en industrie est possible (mais par des voies détournées) plaident pour une autorisation de principe de ces apports dans

pose au praticien est double et se traduit dans les termes de comptabilité internationale en : comment régler la *recognition* et la *measurement* de ce genre d'opération ?

La première question relève de la **recognition**. Steven BRAGG nous donne, avec son style didactique et familier habituel, sa conception de la *recognition* :

« *Revenue recognition is the conditions under which an organization can recognize a sale transaction as revenue. The intent of revenue recognition is to do so in a manner that reasonably depicts the transfer of goods or services to customers, for which consideration is paid that reflects the amount to which the seller expects to be entitled. The following is a five-step process to determine whether revenue can be recognized:*

1. *Link the contract with a specific customer;*
2. *Note the performance obligations required by the contract,*
3. *Determine the price of the underlying transaction,*
4. *Match this price to the performance obligations through an allocation,*
5. *Recognize revenue as the various obligations are fulfilled »<sup>(89)</sup>.*

Il suffit ensuite de respecter l'enseignement de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) dans l'affaire GIMLE<sup>(90)</sup> **où il est dit que** « *seuls les bénéfices réalisés à la date de clôture du bilan peuvent y être inscrits* ». **Dans ces motifs, la CJUE dit pour droit** « *Le principe de l'image fidèle énoncé à l'article 2, paragraphes 3 à 5, de la quatrième directive 78/660/CEE du Conseil, du 25 juillet 1978, fondée sur l'article [44, paragraphe 2, sous g), CE] et concernant les comptes annuels de certaines formes de sociétés, ne permet pas de déroger au principe de l'évaluation des actifs sur la base de leur prix d'acquisition ou de leur coût de revient, figurant à l'article 32 de ladite directive, au profit d'une évaluation sur la base de leur valeur réelle, lorsque le prix d'acquisition ou le coût de revient desdits actifs est manifestement inférieur à leur valeur réelle* ».

Il apparaît, *prima facie*, difficile d'enregistrer l'apport tant que le principe de réalisation des produits et de correspondance des charges aux produits (*matching principle*) n'est pas respecté, d'autant plus qu'il sera souvent difficile, voire impossible, de le valoriser avec une précision suffisante. A ce stade, aucune écriture ne peut être enregistrée, ni *a fortiori* valorisée. De ce point de vue, une mention circonstanciée à l'annexe, décrivant l'apport en industrie respectera le principe général du *full disclosure*. Cependant, si la *recognition* et la *measurement* sont faisables, l'enregistrement et la valorisation de l'opération peuvent être menés à bien. On verra ce qu'il en est *infra*.

la SRL. Le régime de base du contrôle des apports en nature est appliqué à ces apports », p. 130.

<sup>(89)</sup> Il s'agit ici de la description résumée du processus mis en place par IFRS 15

Cf. <https://www.accountingtools.com/summary-revenue-recognition>.

<sup>(90)</sup> Affaire C-322/12, 3 octobre 2013. ; Cf.

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=142616&pageIndex=0&doclang=fr&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=5340675> ; Cf. également, <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=100040&pageIndex=0&doclang=fr&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1113860>.

La seconde question relève de la *measurement* :

« *Accounting measurement is the aggregation of numeric information, typically in terms of a unit of currency. For example, the sales in a reporting period may be expressed in dollars of revenue. It is also possible to use some other unit of measure, such as hours of employee time or hours of machine time* »<sup>(91)</sup>.

La question de la valeur d'apport est examinée plus en détail infra.

Steven BRAGG raisonne ici en termes de produits et de charges dans le cadre d'un résultat. Il est également possible de raisonner en termes d'emplois (passif) et de ressources (actif).

Peut-on se permettre d'affirmer que, si un apport n'est pas *recognized* au bilan, il en va d'une distorsion de l'image fidèle ? Non, pas du tout ; car l'image fidèle n'a rien à voir avec une prétendue réalité économique, dont il n'existe aucune définition reconnue. « *Dans le référentiel comptable européen, l'image fidèle s'inscrit dans la conformité réglementaire* »<sup>(92)</sup>. En effet, dans la directive 2013/34/UE, il est clairement précisé que « *Les états financiers annuels devraient être établis avec prudence et devraient donner une image fidèle des éléments d'actif et de passif, de la situation financière et des résultats d'une entreprise. Il est possible que, dans des cas exceptionnels, un état financier ne donne pas une telle image fidèle lorsque des dispositions de la présente directive sont appliquées* »<sup>(93)</sup>.

Il est impossible d'être exhaustif dans le cadre de ce bref article particulièrement à ce sujet. Les avis éclairants de la CNC sont attendus à ce sujet. Nous proposerons

<sup>(91)</sup> Cf. <https://www.accountingtools.com/articles/2017/5/7/accounting-measurement?rq=measurement>.

<sup>(92)</sup> Cf. [https://www.iec-iab.be/fr/membres/publication/accountancy-tax/Documents/2006/2006-2-Droit\\_comptable.pdf](https://www.iec-iab.be/fr/membres/publication/accountancy-tax/Documents/2006/2006-2-Droit_comptable.pdf) ; Quelques réflexions sur la fidélité des images comptables, B. COLMANT, *A&T*, 2006/2, p. 5 à 16.

Cf. [https://doc.icci.be/fr/Documents/publications/magazine-taa/TAA\\_50\\_fr\\_def\\_proef.pdf](https://doc.icci.be/fr/Documents/publications/magazine-taa/TAA_50_fr_def_proef.pdf) ; Dans le même sens, Editorial du Rédacteur en chef, le principe *substance over form* fait-il désormais partie de l'ordre juridique comptable belge ? M. DE WOLF, *TAA*, n° 50, mars 2016, p. 45.

<sup>(93)</sup> Cf. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A32013L0034> ; Directive 2013/34/UE du parlement européen et du conseil du 26 juin 2013 relative aux états financiers annuels, aux états financiers consolidés et aux rapports y afférents de certaines formes d'entreprises, modifiant la directive 2006/43/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant les directives 78/660/CEE et 83/349/CEE du Conseil, art. 4, §3 et 4, Dispositions générales :

« 3. *Les états financiers annuels donnent une image fidèle du patrimoine, de la situation financière et des résultats de l'entreprise. Lorsque l'application de la présente directive ne suffit pas pour donner une image fidèle du patrimoine, de la situation financière et des résultats de l'entreprise, les informations complémentaires nécessaires pour respecter cette exigence sont fournies dans l'annexe.*

4. *Lorsque, dans des cas exceptionnels, l'application d'une disposition de la présente directive est incompatible avec l'obligation prévue au paragraphe 3, ladite disposition n'est pas appliquée afin de donner une image fidèle du patrimoine, de la situation financière et des résultats de l'entreprise. La non-application d'une telle disposition est mentionnée dans l'annexe et dûment motivée, avec une indication de son incidence sur le patrimoine, la situation financière et le résultat de l'entreprise* ».

donc une approche raisonnable et prudente, mais qui ne peut avoir d'autre valeur que d'hypothèse didactique, basée sur les principes généraux de droit comptable.

### C. Approche comptable proposée

**54.** Dans ce contexte, l'apport en industrie dans une SRL ou une SC, **pour autant qu'il soit reconnu et susceptible d'évaluation**, conformément à l'article 5:7, CSA (apports à la constitution) ou à l'article 5:121 CSA (apports supplémentaires et émission de nouvelles actions) sera enregistré

1. en **débit**, au moment de l'acte d'apport, pour sa valeur conventionnelle d'apport, conformément à l'article 3:17 AREx/CSA<sup>(94)</sup>, dans une rubrique ou sous-rubrique d'actifs immobilisés, et
2. en **crédit**, dans la sous-rubrique Apport hors capital, au passif (voy. *infra*).

Pour le reste,

1. s'il s'agit d'un actif immobilisé amortissable, il sera amorti selon les règles d'évaluation appropriées, arrêtées par l'organe d'administration, conformément à l'article 3:23, AREx/CSA,
2. selon la note 31 de l'annexe 1 de l'AR du 21 octobre 2018, modifiant le CDE,
  - a. la rubrique Apport hors capital, au passif devra(it) faire l'objet d'une sous-rubrique en **débit** pour la partie **non encore libérée** de l'apport promis tel que le rythme est défini par les statuts,
  - b. contrebalancée, pour le même montant, en **crédit**, dans une rubrique ou sous-rubrique d'actifs immobilisés, à la valeur d'apport conventionnelle non encore libérée.

De ce fait, les comptes annuels présenteront, tant à l'actif qu'au passif, des valeurs nettes. Cette manière de présenter les comptes améliore leur lisibilité.

Avant de poursuivre et s'agissant d'un apport, l'apport en industrie ne peut être rémunéré, en principe, que par des actions et par des droits patrimoniaux et sociaux qui en découlent, selon des dispositions essentiellement statutaires ou des arrangements contractuels concernant les modalités de valorisation et de rémunération.

En fait, la rémunération présente un double aspect :

1. d'abord, au moment de l'apport, celui qui rémunère l'apport en industrie concrétisé par l'**activité engagée** de l'apporteur ; cette rémunération prend la forme d'**actions**,
2. ensuite, postérieurement à l'apport, celui qui résulte des affectations en bénéfice de l'activité engagée de l'apporteur et libérée au rythme défini par les statuts ; cette rémunération prend la forme de **dividendes**.

Revenons plus en détail sur certains aspects des étapes de l'apport en industrie, si celui-ci est partiel ou si sa libération est successive, il faut donc distinguer pour l'apport en industrie la partie libérée et la partie restant à libérer.

<sup>(94)</sup> Art. 3:17 CSA: « La valeur d'apport correspond à la valeur conventionnelle des apports. »

**Lors de la souscription de l'apport**, il est donc recommandé de bien identifier, dans les comptes et sous-comptes généraux, la valeur de l'apport en industrie au moment de l'apport (souscription). Sous toutes réserves et dans l'attente des avis de la CNC en matière d'apport en industrie, cette approche nous semble conforme à la philosophie de l'IFRS 2 et à l'approche de la CNC<sup>95</sup> dans son avis 2012/03 qui prévoit une *vesting period*<sup>96</sup> qui conditionne l'attribution du titre selon des circonstances passées ou futures et permet notamment la prise en charge de charges futures (dans le cadre des options sur actions). Vu qu'un apport en industrie (prestations à fournir) rémunéré par des actions présente des similarités au moins économiques avec l'octroi d'options sur actions à des collaborateurs susceptibles d'être exercées après une période de travail passée et même future.

**Lors de la libération successive**, à chaque période comptable ou selon une périodicité à déterminer, il est recommandé de créditer la *réserve d'apport non libérée* préalablement constituée et de débiter la *réserve d'apport souscrit* pour sa valeur conventionnelle. Ce raccourci ne doit pas faire oublier les écritures d'actifs immobilisés.

**Concernant le paiement de la contrepartie de l'apport en industrie (actions et dividendes)**, nous formulons les observations suivantes :

#### 1. rémunération en dividendes :

- l'activité, concrétisée par des prestations de services ou des livraisons de biens initiées ou opérées par l'apporteur, fait naître un droit conditionnel aux dividendes contractuellement prévus, dans le respect des règles de bénéfice distribuable (même si les statuts en disposent autrement) ;
- l'attribution ou la mise en paiement des dividendes peut se réaliser avec souplesse, vu que leur régime est très souple pour les SRL et les SC dans le CSA, au motif que leur attribution ou mise en paiement peut intervenir à n'importe quel moment de l'exercice, permettant à l'organe d'administration d'y procéder aisément ;
- grâce à la souplesse du CSA, il est possible de prévoir un régime spécifique de droits sociaux liés à une classe d'action en respectant les dispositions de l'article 5:48 CSA<sup>(97)</sup> ;

<sup>(95)</sup> Cf. <https://www.cnc-cbn.be/fr/avis/le-traitement-comptable-des-plans-doptions-sur-actions> ;

Avis CNC 2012/3 du 11 janvier 2012, Le traitement comptable des plans d'options sur actions.

<sup>(96)</sup> L'avis CNC 2012/03 DEFINI LA VESTING PERIOD comme suit : « L'obtention d'une option est souvent assortie de conditions suspensives dites de performance ou de présence, par exemple, une période d'emploi minimale. La période au cours de laquelle ces conditions doivent être remplies est appelée, dans la pratique internationale du reporting financier, la « *vesting period* ». A partir du moment où les options sont *vested*, elles sont acquises et pourront être exercées au cours de la période d'exercice. Il arrive que la période d'exercice ne soit pas immédiatement subséquente à la « *vesting period* » et qu'un espace de temps soit prévu pendant lequel les options ne peuvent pas être exercées, même si elles sont déjà définitivement acquises à l'issue de la « *vesting period* ». » Cf. <https://www.cnc-cbn.be/fr/avis/le-traitement-comptable-des-plans-doptions-sur-actions>.

<sup>(97)</sup> L'article 5:48, CSA, dispose que : « *Lorsqu'il est attaché à une action ou à une série d'actions d'autres droits que ceux attachés à d'autres actions émises par la même société, chacune de ces séries constitue une classe à l'égard des autres séries d'actions. Les actions avec des droits de vote différents ou sans droit de vote constituent toujours des classes distinctes* ».



2. **possibilité de prévoir des modalités de paiement** : serait-il possible de prévoir statutairement des « modalités » de paiement auquel cas il y aura lieu de débiter *une charge* qui constituerait la contrepartie *pro rata temporis* par exemple des dividendes à pourvoir, en termes de modalités de paiement sous une autre forme qu'un dividende, mais dont la « cause » est le dividende qui serait en quelque sorte « promérité », l'avenir et la créativité des praticiens du droit nous surprendra peut-être.

Selon les circonstances, il se recommande que les apports en industrie fassent partie des Fonds propres indisponibles d'une SRL/SC dans une rubrique distincte, intitulée « 1119 Autres apports indisponibles hors capital » ce qui facilite les calculs en cas de réorganisation<sup>(98)</sup> et pour des raisons fiscales également (voy. *supra*).

#### D. Modèles d'écritures comptables proposées relatives aux apports en industrie

55. Après avoir esquissé l'approche comptable, venons-en aux écritures à enregistrer. Commençons par rappeler que le PCMN du 21 octobre 2018 a été modifié par l'article 9:10 de l'AREx/CSA du 29 avril 2019 de la manière suivante<sup>(99)</sup>. Mais, avant, **pourquoi faire ce rappel** et ceux qui vont suivre ; c'est parce qu'il faut s'assurer que les exemples d'écritures qui suivent, écrits à titre simplement illustratif, sont **conformes** à l'ensemble des dispositions légales et réglementaires y relatives.

Au chapitre 1<sup>er</sup> de l'annexe 1<sup>ère</sup> à l'arrêté royal du 21 octobre 2018 portant exécution des articles III.82 à III.95 du CDÉ<sup>(100)</sup>, les deux modifications suivantes<sup>(101)</sup>, limitées à la classe 1 et à la sous-classe 11, sont apportées :

1. l'intitulé de la classe « 1 Patrimoine propre, provisions pour risques et charges et dettes à plus d'un an » est remplacé par l'intitulé **Fonds propres, provisions pour risques et charges et dettes à plus d'un an** ;
2. la sous-classe « 11 Primes d'émission » est remplacée comme suit :

##### **11 Apport hors capital**

110 Apport disponible hors capital<sup>(102)</sup>

1100 Prime d'émission

1109 Autres

111 Apport indisponible hors capital

1110 Prime d'émission

1119 Autres.

<sup>(98)</sup> Dans le contexte des fusions les travaux parlementaires excluent les valeurs provenant des apports en industrie des « fonds propres », Cf. DOC 54 3119/001, 4 juin 2018, PARTIE I, p. 297

<sup>(99)</sup> Cf. <http://www.ejustice.just.fgov.be/eli/arrete/2019/04/29/2019011967/justel> ; Arrêté royal du 29 avril 2019 portant exécution du Code des sociétés et des associations.

<sup>(100)</sup> Cf. <http://www.ejustice.just.fgov.be/eli/arrete/2018/10/21/2018014350/justel> ; Arrêté royal du 21 octobre 2018 portant exécution des articles III.82 à III.95 du code de droit Economique.

<sup>(101)</sup> Art. 9:12 de l'AR du 29 avril 2019 dispose que l'article 9:10, précité, fixe l'entrée en vigueur de ces modifications au « *même jour que la date à laquelle les dispositions de la loi dont il assure l'exécution sont applicables* ».

<sup>(102)</sup> Au nouveau groupe de comptes **110 Apport disponible hors capital** est ajoutée une note infra-paginale, numérotée 31, énoncée comme suit : « (31) La partie non encore appelée de l'apport promis inscrit sur ce compte doit être portée au crédit d'un sous-compte distinct de ce groupe de comptes ».



Pour ce qui est des références aux modèles de comptes annuels, il faut se référer au site internet de la Centrale des bilans qui opère la distinction entre les modèles complets, abrégés et micro (C. Soc. et CSA), tant pour les sociétés à capital et que les sociétés sans capital <sup>(103)</sup>.

La locution apport en industrie est citée dans les principales dispositions suivantes du CSA :

1. Art. 1:8, §2, al. 3 : l'apport en industrie est l'**engagement** <sup>(104)</sup> d'effectuer des travaux ou des prestations de services ; il constitue une forme d'apport en nature <sup>(105)</sup> ; il résulte donc de la lecture combinée de l'article 1:8, §1<sup>er</sup> et de l'article 1:8, §2, al. 3, que l'apport en industrie se rémunère par des actions ; sans oublier que
  - a. « la valeur d'apport correspond à la valeur conventionnelle des apports » <sup>(106)</sup> ;
  - b. « chaque action est émise en contrepartie d'un apport » <sup>(107)</sup>,
  - c. « chaque action participe au bénéfice » <sup>(108)</sup> ;
  - d. « les parts bénéficiaires ne représentent pas le capital », dans les SA <sup>(109)</sup> ;
  - e. « sauf disposition contraire dans l'acte constitutif, tous les apports sont intégralement libérés dès la constitution » <sup>(110)</sup>,
  - f. « lorsqu'il est attaché à une action ou à une série d'actions d'autres droits que ceux attachés à d'autres actions émises par la même société, chacune de ces séries constitue une classe à l'égard des autres séries d'actions » <sup>(111)</sup> ;
  - g. en cas d'apport supplémentaire, à celui éventuellement réalisé à la constitution, l'organe d'administration « indique quelle est la rémunération attribuée en contrepartie de l'apport » ; le commissaire ou un réviseur d'entreprises examine « la description faite par l'organe d'administration de chaque apport en nature, l'évaluation adoptée et les modes d'évaluation appliqués ; le rapport doit indiquer si les valeurs auxquelles conduisent ces modes d'évaluation

<sup>(103)</sup> Cf. <https://www.nbb.be/fr/centrale-des-bilans/etablir/modeles/modeles-pour-societes-csa>

<sup>(104)</sup> Ce mot évoque la nécessité d'enregistrer, si la *recognition* est possible, l'apport en industrie comme s'il s'agissait d'une souscription d'actions. Ce constat est en parfaite cohérence avec l'article 5:5 CSA, qui dispose que : « Les actions émises par la société doivent être intégralement et, nonobstant toute disposition contraire, inconditionnellement souscrites ». Pour rappel, la procédure de l'apport en nature est fixée par l'article 5:7, CSA. Le rapport des fondateurs « indique quelle est la rémunération attribuée en contrepartie de l'apport » et le réviseur « examine la description faite par les fondateurs de chaque apport en nature, l'évaluation adoptée et les modes d'évaluation appliqués. Le rapport doit indiquer si les valeurs auxquelles conduisent ces modes d'évaluation correspondent au moins à la valeur de l'apport mentionné dans l'acte. Il indique quelle est la rémunération réelle attribuée en contrepartie de l'apport ».

<sup>(105)</sup> Art. 1:8, §1<sup>er</sup> CSA : « L'apport est l'acte par lequel une personne met quelque chose à disposition d'une société à constituer ou d'une société existante pour en devenir associé ou accroître sa part d'associé, et dès lors participer aux bénéfices ».

<sup>(106)</sup> Art. 3:17 AREx/CSA.

<sup>(107)</sup> Art. 540 CSA.

<sup>(108)</sup> Art. 541 al. 1<sup>er</sup> CSA.

<sup>(109)</sup> Art.7:58 CSA.

<sup>(110)</sup> Art. 5:8 CSA.

<sup>(111)</sup> Art. 5:48, première phrase CSA.

*correspondent au moins à la valeur de l'apport mentionné dans l'acte et quelle est la rémunération réelle attribuée en contrepartie de l'apport* »<sup>(112)</sup> ;

2. Art. 1:9, §2, 2° et 3° : le débiteur d'un apport en nature, en propriété, est tenu de la même manière qu'un vendeur vis-à-vis de son acheteur et il doit rendre compte à la société de tous les profits liés directement ou indirectement à l'activité qu'il a apportée ;
3. Art. 5:10, al. 1<sup>er</sup> et 2 : 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* ; lorsque le débiteur d'un tel apport 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<sup>(113)</sup>.

Les auteurs attirent l'attention sur une question de vocabulaire qu'ils n'ont pas eu l'occasion de résoudre, entre l'AREx/CSA et le CSA, en ce que le mot **appelé**, dans les locutions apport appelé ou partie non encore appelée de l'apport, n'est pas en ligne, par principe, avec celle d'apport **libéré**, citée

1. dans l'article 5:8 CSA, à la constitution de la SRL, spécialement parce que « *Sauf disposition contraire dans l'acte constitutif, tous les apports sont intégralement libérés dès la constitution* » et
2. citée dans l'article 5:125 CSA, lors d'apports supplémentaires, puisque « *Sauf disposition contraire des statuts ou des conditions d'émission, les actions doivent être libérées à leur émission* » ; quant aux apports en nature, la question de leur libération ou de leur appel, n'est pas traité dans l'article 5:133, CSA.

Il apparaît également que cette notion d'« appel » est liée à l'existence d'un capital et trouve sa place pour une SA mais pas pour une SRL bien que la note 31 de l'AR du 29 avril 2019 ne fait pas la différence (Cf. infra). Nous avons donc opté pour une terminologie unifiée par rapport au reste de cette contribution en nous cantonnant aux termes « libéré » et « non libéré ».

Venons-en aux écritures proposées à titre illustratif.

Si « *l'apport en industrie est l'engagement d'effectuer des travaux ou des prestations de services* » et si « *tous les apports sont intégralement libérés dès la constitution* », l'écriture se présente comme suit :

<sup>(112)</sup> Art. 5:33, §1<sup>er</sup>, al. 5, *in fine* CSA, dispose que : « *Si l'apport ne donne pas lieu à l'émission d'actions nouvelles, la décision de l'organe d'administration est nulle en l'absence du rapport de celui-ci ou du rapport du commissaire ou du réviseur d'entreprises sur l'apport en nature* ».

<sup>(113)</sup> L'article cité ne concerne que la SRL ; celle relative à la SC est identique (art. 6:11, al. 1<sup>er</sup> et 2 CSA).

1. Souscription intégrale de l'apport en industrie à la constitution <sup>(114)</sup>					
1	41600		Créance envers l'actionnaire apporteur	10.000	
		11190	À Apport en industrie réputé indisponible <sup>(115)</sup> hors capital		10.000
2. Libération intégrale de l'apport en industrie à la constitution					
2	21100		Concessions, brevets, licences, savoir-faire, marques et droits similaires <sup>116</sup>	5.000	
	26000		Autres immobilisations corporelles	5.000	
		41600	À Créance envers l'actionnaire apporteur		10.000

Or, le renvoi 31 de l'AR du 29 avril 2019, précité, signale que « *la partie non encore appelée [ndlr : lire libérée dans ce cas] de l'apport promis inscrit sur ce compte doit être portée au crédit d'un sous-compte distinct de ce groupe de comptes* ». Attention que cette éventualité nécessite, conformément à l'article 5:8 CSA, une « **disposition contraire dans l'acte constitutif** ». Dans ce cas, l'écriture se présente ainsi :

3. Souscription intégrale de l'apport en industrie à la constitution <sup>(117)</sup>					
1	41600		Créance envers l'actionnaire apporteur	10.000	
		11190	À Apport en industrie réputé indisponible <sup>(118)</sup> hors capital		10.000
4. Libération partielle de l'apport en industrie à la constitution					
2	21100		Concessions, brevets, licences, savoir-faire, marques et droits similaires	2.500	
	26000		Autres immobilisations corporelles	2.500	
	11191		Apport en industrie réputé indisponible <sup>(119)</sup> hors capital, non encore libérée	5.000	
		41600	À Créance envers l'actionnaire apporteur		10.000

Si « *l'apport en industrie est l'engagement d'effectuer des travaux ou des prestations de services* » et si, à la constitution, tous les apports ne sont pas intégralement libérés, l'écriture se présente de manière identique, conformément à l'article 5:121 CSA :

<sup>(114)</sup> Art. 5:5 CSA : « *Les actions émises par la société doivent être intégralement et, nonobstant toute disposition contraire, inconditionnellement souscrites* ».

<sup>(115)</sup> Selon que la convention d'apport précise l'indisponibilité ou la disponibilité, le crédit de l'écriture s'enregistrera dans le compte général 1119 ou 1109.

<sup>(116)</sup> La valorisation de cet actif doit être conforme à la procédure de l'article 5:33 CSA.

<sup>(117)</sup> Art. 5:5 CSA : « *Les actions émises par la société doivent être intégralement et, nonobstant toute disposition contraire, inconditionnellement souscrites* ».

<sup>(118)</sup> Selon que la convention d'apport précise l'indisponibilité ou la disponibilité, le crédit de l'écriture s'enregistrera dans le compte général 1119 ou 1109.

<sup>(119)</sup> Selon que la convention d'apport précise l'indisponibilité ou la disponibilité, le crédit de l'écriture s'enregistrera dans le compte général 1119 ou 1109.

5. Souscription intégrale de l'apport en industrie postérieurement à la constitution					
1	4160		Créances envers l'actionnaire apporteur	10.000	
		1119	À Apport en industrie réputé indisponible <sup>(120)</sup> hors capital		10.000
6. Libération partielle de l'apport en industrie postérieurement à la constitution					
2	2110		Concessions, brevets, licences, savoir-faire, marques et droits similaires	2.500	
	2600		Autres immobilisations corporelles	2.500	
	11191		Apport en industrie réputé indisponible <sup>(121)</sup> hors capital, non encore libérée	5.000	
		4160	À Créances envers l'actionnaire apporteur		10.000

A partir du moment où l'appel à la libération de l'apport en industrie est lancé et où cet apport n'est effectivement réalisé que pour les concessions, brevets, licences, savoir-faire, marques et droits similaires, mais pas pour les autres immobilisations, l'écriture se présente comme suit :

<i>Appel de libération de l'apport en industrie</i>					
1	41600		Créance envers l'actionnaire apporteur	2.500	
		11190	À Apport en industrie réputé indisponible <sup>(122)</sup> hors capital, non encore libérée		2.500
<i>Libération partielle de l'apport en industrie</i>					
2	21100		Concessions, brevets, licences, savoir-faire, marques et droits similaires	2.500	
	26000		Autres immobilisations corporelles (pour mémoire)		
		41600	À Créance envers l'actionnaire apporteur		2.500
<i>Enregistrement de la partie censée libérée et non respectée</i>					
3	41610		Créance d'apport en industrie censée libérée et non respecté	2.500	
		41600	À Créance envers l'actionnaire apporteur		2.500

Ensuite, à la fin du premier exercice, au moment de l'inventaire, conformément à l'article 1:9, §2, 3° CSA, l'actionnaire débiteur de l'apport en industrie rend compte à la société de tous les profits liés directement ou indirectement à l'activité qu'il a apportée et démontre qu'il a respecté son engagement de non concurrence envers la société

<sup>(120)</sup> Selon que la convention d'apport précise l'indisponibilité ou la disponibilité, le crédit de l'écriture s'enregistrera dans le compte général 1119 ou 1109.

<sup>(121)</sup> Selon que la convention d'apport précise l'indisponibilité ou la disponibilité, le crédit de l'écriture s'enregistrera dans le compte général 1119 ou 1109.

<sup>(122)</sup> Selon que la convention d'apport précise l'indisponibilité ou la disponibilité, le crédit de l'écriture s'enregistrera dans le compte général 1119 ou 1109.

pendant toute la durée de son apport et de non développement d'activité de nature à nuire à la société ou à réduire la valeur de son apport, la rémunération de l'apport en industrie prend la forme de la distribution de dividendes en faveur de l'actionnaire ; l'écriture se présente comme suit :

Dividendes attribués en faveur de l'actionnaire apporteur en industrie					
1	69400		Rémunération du capital	500	
		47100	À Dividendes de l'exercice		500
Dividendes mis en paiement en faveur de l'actionnaire apporteur en industrie					
2	47100		Dividendes de l'exercice	500	
		55000	À Etablissements de crédit		500

L'apport en industrie, étant en propriété, est soumis aux risques et aléas sociaux. De ce fait, en cas de pertes, les dividendes ne pourront pas être attribués, ni *a fortiori* mis en paiement.

Enfin, le mot profits, précité, n'est pas approprié en droit comptable. En effet, ce que le CSA appelle bizarrement des « *profits liés directement ou indirectement à l'activité qu'il a apportée* », n'est rien d'autre que le chiffre d'affaires et pas les profits. Outre que la convention d'apport devra déterminer comment ce chiffre d'affaires sera valorisé, l'apporteur en industrie n'étant pas l'expert-comptable de la SRL, ce n'est pas à lui que revient la responsabilité d'enregistrer les écritures de l'activité en industrie. Il n'a donc pas les moyens de fixer les « profits » précités. Cette responsabilité est celle de la société elle-même. En bonne gouvernance, la fixation, non pas des profits, mais du bénéfice net de l'activité en industrie à affecter doit se faire **contradictoirement**.

## 1.4. CONCLUSION

**56.** Fortement marqué par l'autonomie statutaire, l'absence possible de capital et le consentement éclairé, le CSA est un réel paysage nouveau pour le praticien. On aura retenu que la question primordiale en matière d'apport en nature sera désormais « avec ou sans création d'actions nouvelles ou modification des droits y attachés ? »; ensuite la question suivante : est-ce un apport en nature normal ou « en industrie » ? auquel cas il ne pourra être rémunéré par des actions dans une SA et donc pas d'intervention requise du réviseur *a priori*. Ces différentes questions auront un impact sur la conclusion du réviseur !

44

MISSION D'APPORT EN NATURE DANS UNE SRL/SC/SA DANS LE CSA

**57.** Le réviseur ne perdra pas de vue les dispositions suivantes :

1. « *la valeur d'apport correspond à la valeur conventionnelle des apports* »<sup>(123)</sup>;
2. « *chaque action est émise en contrepartie d'un apport* »<sup>(124)</sup>;
3. « *chaque action participe au bénéfice* »<sup>(125)</sup>;
4. « *les parts bénéficiaires ne représentent pas le capital* », dans les SA<sup>(126)</sup>;
5. « *sauf disposition contraire dans l'acte constitutif, tous les apports sont intégralement libérés dès la constitution* »<sup>(127)</sup>; et
6. « *lorsqu'il est attaché à une action ou à une série d'actions d'autres droits que ceux attachés à d'autres actions émises par la même société, chacune de ces séries constitue une classe à l'égard des autres séries d'actions* »<sup>(128)</sup>.

**58.** Concernant, l'organe d'administration le CSA précise qu'il « *indique quelle est la rémunération attribuée en contrepartie de l'apport* » ; par conséquent, le réviseur d'entreprises examine « *la description faite par l'organe d'administration de chaque apport en nature, l'évaluation adoptée et les modes d'évaluation appliqués ; le rapport doit indiquer si les valeurs auxquelles conduisent ces modes d'évaluation correspondent au moins à la valeur de l'apport mentionné dans l'acte et quelle est la rémunération réelle attribuée en contrepartie de l'apport* »<sup>(129)</sup> ; l'art. 1:9, §2, 2<sup>o</sup>: *le débiteur d'un apport en nature, en propriété, est tenu de la même manière qu'un vendeur vis-à-vis de son acheteur.*

**59.** On aura remarqué au passage qu'il est requis, par le CSA, de l'organe d'administration d'indiquer « *la rémunération* »<sup>(130)</sup>, alors qu'il incombe au réviseur d'indiquer la

<sup>(123)</sup> Art. 3:17, AREx/CSA.

<sup>(124)</sup> Art. 5:40, CSA.

<sup>(125)</sup> Art. 5:41, al. 1<sup>er</sup>, CSA.

<sup>(126)</sup> Art.7:58, CSA.

<sup>(127)</sup> Art. 5:8, CSA,

<sup>(128)</sup> Art. 5:48, première phrase, CSA.

<sup>(129)</sup> Art. 5:133, §1<sup>er</sup>, al. 5, *in fine*, dispose que : « *Si l'apport ne donne pas lieu à l'émission d'actions nouvelles, la décision de l'organe d'administration est nulle en l'absence du rapport de celui-ci ou du rapport du commissaire ou du réviseur d'entreprises sur l'apport en nature* » ce qui confirme en passant que la création d'actions nouvelles n'est pas obligatoire.

<sup>(130)</sup> Art. 5:7, §1<sup>er</sup>, al. 1<sup>er</sup> CSA : « *Il indique quelle est la rémunération attribuée en contrepartie de l'apport* ».

« rémunération réelle <sup>(131)</sup> ». Quant à la note technique de l'IRE <sup>(132)</sup>, relative aux apports en nature, elle mentionne tantôt que « *Le rapport indique quelle est la rémunération effectivement attribuée en contrepartie des apports* », tantôt de « *Rémunération réelle attribuée en contrepartie de l'apport* », On retiendra de la formulation du CSA qu'il s'agit dans l'esprit du législateur de deux approches séparées et non purement descriptive dans le chef du réviseur. Le professionnel ne pourra à notre avis se contenter d'un « copier-coller » sans autre commentaire, comme cela est déjà le cas dans la norme actuelle.

**60.** Un nouveau territoire toutefois se découvre par étapes et nous sommes en début de randonnée, les questions pratiques ne manquent pas (traitement comptable, fiscal, ISAs, etc.). Nous pouvons être certains que la lecture des statuts sera préalable à toute mission révisorale, pour le reste en raison de l'autonomie statutaire accrue chaque opération devra être analysée avec soin car les « approches créatives » ne manqueront pas.

D'ailleurs sans doute l'expression « sécurité juridique » prendra une tout autre dimension et on parlera peut-être d'avantage de stabilité ou « sécurité statutaire ».

\* \* \*

<sup>(131)</sup> Art. 5:7, §1<sup>er</sup>, al. 2, CSA : « *Il indique quelle est la rémunération réelle attribuée en contrepartie de l'apport* ».

<sup>(132)</sup> Cf. <https://doc.ibr-ire.be/fr/Documents/reglementation-et-publications/Doctrine/communications/2018-02-note-technique-apports-en-nature-def-clean.pdf> ; Note technique relative aux apports en nature du 10 novembre 2009.





## **HOOFDSTUK 2**

### **NIEUWE COMMISSARISOPDRACHT BIJ ELKE UITKERING IN EEN BV/CV: NETTOACTIEF- EN LIQUIDITEITSTEST**

## **CHAPITRE 2**

### **NOUVELLE MISSION DU COMMISSAIRE LORS DE CHAQUE DISTRIBUTION DANS LES SRL/SC : TESTS D'ACTIF NET ET DE LIQUIDITE**

**M. MANNEKENS**

Bedrijfsrevisor

Voorzitter van de werkgroep Bijzondere opdrachten IBR

Bestuurder ICCI

## 2.1. OMKADERING EN DOELSTELLING VAN DE NETTOACTIEF- EN DE LIQUIDITEITSTEST – BESCHOUWINGEN <sup>(1)</sup>

**61.** Met het oog op een modernisering van het vennootschapsrecht is het duidelijk dat de BVBA, het vehikel bij uitstek is om tegelijkertijd een vereenvoudiging, een verhoogde flexibiliteit en creativiteit te bewerkstelligen en hiermee gepaard gaand, het als verouderd gepercipieerd concept van kapitaal te verlaten. Immers, de BVBA en nu dus (ook) de BV, valt niet onder de Tweede Richtlijn 77/91/EEG van de Raad van 13 december 1976 (de zgn. Kapitaalrichtlijn) wat het mogelijk maakt om de voorheen aangebrachte “*goldplating*”, er weer netjes af te schrapen. Dit moet de aantrekkingskracht van de BV verhogen.

**62.** De afschaffing van het kapitaal in de besloten vennootschap (BV) en de coöperatieve vennootschap (CV) (hierna bespreken we specifiek de BV <sup>(2)</sup>), heeft de wetgever er toe aangezet een aantal beschermende maatregelen ten aanzien van schuldeiseres, in te voeren. Het Wetboek van vennootschappen voorziet immers in meerdere beschermende maatregelen voor schuldeisers (en andere belanghebbenden) dewelke rechtstreeks verbonden zijn met het begrip kapitaal, middels volgende bepalingen:

- minimumbedrag van het maatschappelijk kapitaal (art. 214 W. Venn.);
- minimum werkelijk gestort bedrag van het maatschappelijk kapitaal (art. 223 W. Venn.);
- vorming van een reservefonds (wettelijke reserve) (art. 319 W. Venn.);
- uitkeerbare winsten (art. 320 W. Venn.) waar bepaald wordt dat geen uitkering mag geschieden indien op de datum van afsluiting van het laatste boekjaar het nettoactief, zoals dat blijkt uit de jaarrekening, is gedaald of ten gevolge van de uitkering zou dalen beneden het bedrag van het gestorte of, indien dit hoger is, van het opgevraagde kapitaal, vermeerderd met alle reserves die volgens de wet of de statuten niet mogen worden uitgekeerd;
- verlies van het maatschappelijk kapitaal (zgn. alarmbelprocedure) (art. 332 W. Venn.); en
- enz.

**63.** Door het afstand nemen in het nieuwe vennootschapsrecht, van het juridisch kapitaal en het kapitaalconcept in het algemeen bij de BV, dienden de hiervoor opgesomde bepalingen hetzij afgeschaft, hetzij aangepast te worden aan de kapitaallose vennootschap. Geenszins is het de bedoeling van de wetgever om door het afschaffen van het maatschappelijk kapitaal de bescherming van de schuldeisers aan te tasten. Men kan zich hier trouwens de vraag stellen in hoeverre het wettelijk minimumkapitaal een daadwerkelijke garantie biedt voor de schuldeisers, enz. Dit minimumkapitaal is een juridische en boekhoudkundige notie, veeleer dan een economische waarde. De afschaffing ervan kan bezwaarlijk als een substantiële aantasting

<sup>(1)</sup> De beschouwingen van dit artikel zijn mede gegroeid uit, en het resultaat van de vele constructieve discussies binnen de IBR-werkgroep “Bijzondere opdrachten” naar aanleiding van het uitwerken van een “Technische nota” over de nettoactiefest en liquiditeitstest, dewelke op heden beschikbaar is op de website van het IBR.

<sup>(2)</sup> De bepalingen inzake de nettoactiefest en de liquiditeitstest zoals besproken in deze bijdrage, zijn onverminderd van toepassing op de CV.

van de schuldeisersbescherming worden beschouwd. De bepaling inzake een wettelijk minimumkapitaal behaalt zeker haar primaire doelstelling, een afdoende schuldeisersbescherming niet. Deze vaststellingen werden meermaals bevestigd<sup>(3)</sup>. We kunnen zelfs stellen dat dit, afhankelijk van de risico's waaraan een onderneming onderhevig is, gebeurlijk ook het geval is wanneer het kapitaal het wettelijk minimum overstijgt. Op basis van voorgaande valt het dan ook moeilijk te begrijpen waarom de dubbele testen bij uitkering, enkel van toepassing zijn op de BV en niet op de NV waar eigenlijk dezelfde voorgaande redenering opgaat, en bijgevolg het maatschappelijk kapitaal ook bij de NV niet echt een beschermende garantie is voor de schuldeisers.

Het is duidelijk dat voor de BV, het eigen vermogen in de plaats treedt van het juridisch kapitaal en de schuldeiser-beschermende maatregelen in essentie het eigen vermogen zullen betreffen. De artikelen 5:142 en 5:143 van het Wetboek van vennootschappen en verenigingen (WVV) betreffende de nettoactief- en liquiditeitstest, zijn dan ook gerubriceerd onder de titel “instandhouding van het vermogen van de vennootschap”.

**64.** Gepaard gaand met de afschaffing van het kapitaal, worden meerdere nieuwe beschermende maatregelen ingevoerd, zoals het toereikend aanvangsvermogen, de toegenomen prominentie van het financieel plan, de impact van de herformulering van de alarmbelprocedure (nl “... *wanneer het nettoactief negatief dreigt te worden...*” en een liquiditeitsbeoordeling), ... en *last but not least*, de nettoactief- en liquiditeitstest.

**65.** De nettoactiefstest en de liquiditeitstest worden in het WVV behandeld onder de artikelen 5:141, 5:143 en 5:144 wat de BV<sup>(4)</sup> betreft en onder de artikelen 6:114, 6:116 en 6:117 WVV, wat de CV, betreft. Onderhavige bespreking behandelt de toepassing van de nettoactief- en liquiditeitstest op de BV maar is dan ook *mutatis mutandis* van toepassing op de CV.

**66.** Als slotbeschouwing van deze omkadering ben ik van mening dat we niet zomaar kunnen voorbijgaan aan de problematiek van de procedure inzake het belangenconflict. Mijn inziens, kunnen zowel de nettoactiefstest als de liquiditeitstest, aanleiding geven tot een uitgesproken belangenconflict in hoofde van de te nemen beslissingen door de raad van bestuur. Desalniettemin ben ik ervan bewust dat bijzonderheden, eigen aan beide procedures, bepaalde nuanceringen kunnen aanbrengen bij de analyse van de problematiek of de procedure van het belangenconflict al dan niet van toepassing is. Terwijl het me lijkt dat er meer argumentatie voor handen is om de solvabiliteitstest niet te moeten onderwerpen aan de belangenconflictenprocedure, lijkt dit minder voor de hand liggend voor wat betreft de liquiditeitstest. De vraag is of er momenteel

<sup>(3)</sup> D. BRULOOT *Vennootschapskapitaal en schuldeisers. Een onderzoek naar de effectiviteit van de (Europese) kapitaalregelen en alternatieve technieken van schuldeisersbescherming*. Antwerpen, Cambridge, Intersentia, 2014.

<sup>(4)</sup> Memorie van toelichting van de wet van 23 maart 2019 tot invoering van het Wetboek van vennootschappen en verenigingen en houdende diverse bepalingen, *Parl. St. Kamer* 2018-19, nr. 54K 3119/001, 180 stelt hierover: “*Alhoewel het voor de hand ligt dat ook in andere vennootschapsvormen, zoals de NV, de vennootschap niet tot uitkering van winst mag overgaan indien de betaling van haar schulden daardoor in het gedrang komt, wordt de verplichting om over te gaan tot een liquiditeitstest en daarvan een verslag op te stellen, enkel in de BV opgelegd als compenserende maatregel voor de afschaffing van het kapitaal.*”.

een wettelijke grondslag is om de liquiditeitstest desgevallend vrij te stellen van de toepassing van de procedure inzake het belangconflict in hoofde van één of meerdere bestuurders.

Deze bijkomende thematiek wordt hier niet verder uitgediept maar ik wens dit met deze paragraaf onder de aandacht te hebben gebracht.

## 2.2. ALGEMENE PRINCIPES INZAKE WINST- EN ANDERE UITKERINGEN

**67.** Ongewijzigd blijft de regel dat de algemene vergadering bevoegd is voor de winstbestemming en de vaststelling van de uitkeringen, beiden op voorstel van het bestuursorgaan. Nieuw is evenwel dat artikel 5:141 WVV in haar tweede lid voorziet in de mogelijkheid voor de algemene vergadering om de bevoegdheid om over te gaan tot uitkeringen, statutair te delegeren aan het bestuursorgaan.

Binnen deze delegatie kan het bestuursorgaan uitkeren uit

- de winst van het lopende boekjaar;
- de winst van het vorige boekjaar, zolang de jaarrekening van dit boekjaar niet is goedgekeurd;
- beide vorige bronnen, vermeerderd of verminderd met respectievelijk de overgedragen winsten of verliezen.

Er kan geen delegatie gebeuren naar het bestuursorgaan om een uitkering te beslissen uit de reserves van de vennootschap, gezien de reserves het voorwerp zijn geweest van een expliciete bestemming van resultaten en overgedragen resultaten bij besluitvorming van de algemene vergadering en bijgevolg er door het bestuursorgaan hier niet kan worden tegen ingegaan. Dit zou als het ware betekenen dat een beslissing van de algemene vergadering, “*overruled*” wordt door het bestuursorgaan.

*De facto* hebben we hier aldus een *roll out* van de figuur van het interimdividend zoals we deze reeds kennen bij de NV, maar voorheen uitgesloten was voor de BVBA.

**68.** Wanneer een uitkering gebeurt uit het resultaat van het lopende boekjaar dienen deze winsten te blijken uit een recente staat van activa en passiva. Merk op dat hier met betrekking tot de staat van activa en passiva (in tegenstelling tot de bepalingen inzake interimdividend bij de NV waar wordt gesteld dat deze staat niet ouder mag zijn dan twee maanden op het ogenblik van de besluitvorming<sup>(5)</sup>), geen “houdbaarheidsdatum” is vastgelegd. Evenmin wordt enige beperking opgelegd aangaande de ogenblikken waarop een uitkering van de winst van het lopende boekjaar kan worden beslist en uitgevoerd<sup>(6)</sup>. De wetgever wenst hierdoor de erkenning dat uitkering van interimdividenden door het bestuursorgaan hun nut hebben bewezen, te vertalen naar de BV en tegelijkertijd beperkende maatregelen die bestonden bij de NV en hun doel, zijnde bescherming van vennootschapsschuldeisers, in haar ogen voorbijschoten, voor beide vennootschapsvormen weg te werken. Vooral het verbod om tot uitkering van interimdividenden over te gaan binnen de eerste zes maanden van het boekjaar, en de verplichting om drie maanden tussen twee uitkeringen te laten verlopen, bleek in de praktijk storend. Dit had immers voor gevolg dat het bestuursorgaan in een boekjaar slechts twee voorschotten kon uitkeren. Ook de beperking van de uitkeringen tot het resultaat van het lopend

<sup>(5)</sup> Deze wetsbepaling bleef ongewijzigd voor de NV in het WVV (art. 7:213 WVV).

<sup>(6)</sup> Deze beperkingen werden ook voor de NV in het WVV afgeschaft (art. 7:213 WVV).

boekjaar werd als storend ervaren <sup>(7)</sup>. Aldus wordt een zekere mate van aligering verkregen met andere landen, waaronder onze buurlanden.

Door de nieuwe wetsartikelen wordt het nu dus mogelijk om interimdividenden uit te keren uit het resultaat van het jaar n, tijdens dat jaar en tijdens het jaar n+1 tot de datum van de goedkeuring van de jaarrekening van het jaar n. In het jaar n+1 kunnen bovendien interimdividenden worden uitgekeerd uit de lopende winsten van dat boekjaar.

Ook met betrekking tot deze flexibilisering dienen de bepalingen betreffende de nettoactief- en de liquiditeitstest, gezien te worden als een beschermende maatregel voor schuldeisers.

**69.** Betreffende de principes van de uitkeringsbevoegdheden komen we tot de vaststelling dat er een belangrijk verschil is ontstaan tussen de BV en de NV hetwelk erin bestaat dat bij de BV, ook de algemene vergadering tot een uitkering kan beslissen van het resultaat van het lopende boekjaar terwijl dit bij de NV tot een exclusieve bevoegdheid behoort van het bestuursorgaan <sup>(8)</sup>. Hiermee volg ik deels de stellingname van Professor Hans DE WULF, voor wat de BV betreft. Professor DE WULF gaat evenwel verder in zijn stellingname waarin hij aangeeft dat ook de algemene vergadering van de NV winst van het lopende boekjaar mag uitkeren <sup>(9)</sup>. Conform de memorie van toelichting zou dit evenwel niet kunnen voor de algemene vergadering van een NV gezien de uitkering van winst van het lopende boekjaar tot de exclusieve bevoegdheid behoort van het bestuursorgaan. Dit laatste wordt niet gesteld bij de BV.

**70.** Op de vraag of het bestuursorgaan verplicht is om bij de bepaling van het uit te keren bedrag, vooreerst de overgedragen verliezen af te trekken van de winst van het lopende boekjaar en desgevallend de winst van het voorgaande boekjaar zolang de jaarrekening van deze laatste niet is goedgekeurd, dient mijn inziens positief te worden geantwoord. Dit is het geval, ook al zouden er voldoende beschikbare reserves zijn. Immers, mocht het bestuursorgaan bij aanwezigheid van voldoende beschikbare reserves, toch geen rekening houden met overgedragen verliezen, zou dit een impliciete voorafname betekenen van deze beschikbare reserves, wat uitgesloten is. Naar analogie van voorgaande lijkt het me dan ook dat het bestuursorgaan bij de bepaling van een uitkering op basis van de winst van het lopende boekjaar, eveneens moet rekening houden met desgevallende verliezen van het voorgaande boekjaar, indien de jaarrekening van dit boekjaar nog niet is goedgekeurd door de algemene vergadering.

In de marge van deze vraagstellingen ben ik van mening dat dit niet zou gelden wanneer de uitkering van de winst van het lopende boekjaar het voorwerp uitmaakt van

<sup>(7)</sup> Memorie van toelichting van de wet van 23 maart 2019 tot invoering van het Wetboek van vennootschappen en verenigingen en houdende diverse bepalingen, *Parl. St. Kamer* 2018-19, nr. 54K 3119/001, 267

<sup>(8)</sup> Memorie van toelichting van de wet van 23 maart 2019 tot invoering van het Wetboek van vennootschappen en verenigingen en houdende diverse bepalingen, *Parl. St. Kamer* 2018-19, nr. 54K 3119/001, 269.

<sup>(9)</sup> H. DE WULF, "De implicaties van het Wetboek van vennootschappen en verenigingen voor de opdrachten van de commissaris bij vennootschappen: enkele opmerkingen", *TAA* 2019, nr. 62, 15, voetnoot 14.

een beslissing van de algemene vergadering van de BV, gezien deze laatste over alle bevoegdheden beschikt aangaande de uitkering van de niet-onbeschikbare reserves.

**71.** Voorgaande bevoegdheidsverdeling aangaande uitkeringen bij de BV vatten we samen in volgend overzicht:

Bevoegd orgaan	Bevoegdheid
<b>Algemene vergadering</b> ⇒ Altijd	Bestemming van de winst En vaststelling van de uitkering  Uitkering uit de beschikbare reserves en het overgedragen resultaat
	Uitkering uit de winst van het lopende boekjaar <sup>1</sup> en van het voorgaande boekjaar, zolang de jaarrekening niet is goedgekeurd
<b>Bestuursorgaan</b> ⇒ Enkel mits statutaire delegatie	Uitkering uit de winst van het lopende boekjaar en het overgedragen resultaat
	Uitkering uit de winst van het voorgaande boekjaar, zolang de jaarrekening niet is goedgekeurd, en het overgedragen resultaat zoals deze blijkt uit de laatst goedgekeurde jaarrekening

## 2.3. NETTOACTIEFTEST

### 2.3.1. Inleiding

**72.** Uit de diverse bepalingen van het WVV die de nettoactief- en liquiditeitstest behandelen, blijkt duidelijk dat er twee onderscheiden ogenblikken zijn waarbij in chronologie als eerste een nettoactiefest dient te worden uitgevoerd om vervolgens een liquiditeitstest uit te voeren. De wetgever stelt hiervoor geen duidelijke termijnen voorop.

De nettoactiefest dient principieel te worden uitgevoerd wanneer de algemene vergadering (of het bestuursorgaan mits statutaire delegatie), wenst te besluiten over een uitkering. Vervolgens komt het aan het bestuursorgaan toe om te beslissen over de effectieve uitkering op basis van een liquiditeitstest.

**73.** De dubbele uitkeringstest leidt tot een nieuwe bevoegdheidsverdeling tussen de algemene vergadering en het bestuursorgaan waarbij we kunnen beschouwen dat er een verschuiving is van verantwoordelijkheid naar het bestuursorgaan ten opzichte van de regelgeving onder het Wetboek van vennootschappen (W. Venn.). Het bestuursorgaan krijgt hier immers de belangrijke ultieme verantwoordelijkheid van de daadwerkelijke uitkering.

### 2.3.2. Met “uitkering” geassimileerde transacties

**74.** Volgende transacties vallen onder het begrip “uitkeringen” waarvoor de dubbele uitkeringstest van toepassing is:

- de terugbetalingen van eerdere inbrengen in speciën of in natura aan de aandeelhouders; de oorspronkelijke inbrengen kunnen immers zonder statutenwijziging, bij besluit van een gewone meerderheid van de algemene vergadering, worden terugbetaald op voorwaarde dat ze niet volgens een statutaire bepaling, onbeschikbaar zijn gesteld.
- de betaling van tantièmes aan bestuurders (art. 5:141 WVV);
- de inkoop van eigen aandelen (art. 5:145, 2° WVV);
- financiële steunverlening; betreft de financiering door de vennootschap van de verwerving van derden van aandelen of het stellen van zekerheden tgv derden met het oog op het verwerven van aandelen van de vennootschap (art. 5:154, §1, 3° WVV); en
- uitsluitingen en uittredingen lastens het vennootschapsvermogen (art. 5:155, §3 WVV).

### 2.3.3. Nettoactief en de hiermee verband houdende bepalingen

#### A. Wettelijke definiëring

**75.** Artikel 5:142 WVV geeft duidelijk de begrenzing van de uitkeringen aan:

*“Geen uitkering mag gebeuren indien het nettoactief van de vennootschap negatief is of ten gevolge daarvan negatief zou worden. Indien de vennootschap*



*beschikt over eigen vermogen dat krachtens de wet of de statuten onbeschikbaar is, mag geen uitkering gebeuren indien het nettoactief is gedaald of door een uitkering zou dalen tot beneden het bedrag van dit onbeschikbare eigen vermogen. Voor de toepassing van deze bepaling wordt het niet afgeschreven gedeelte van de herwaarderingsmeerwaarden als onbeschikbaar beschouwd.*

*Het nettoactief van de vennootschap wordt bepaald op grond van de laatste goedgekeurde jaarrekening of van een recentere staat van activa en passiva. In de vennootschappen waarin een commissaris is benoemd, beoordeelt hij deze staat. Het beoordelingsverslag van de commissaris wordt bij zijn jaarlijks controleverslag gevoegd.*

*Onder nettoactief moet worden verstaan het totaalbedrag van de activa, verminderd met de voorzieningen, de schulden en, behoudens in uitzonderlijke gevallen te vermelden en te motiveren in de toelichting bij de jaarrekening, de nog niet afgeschreven bedragen van de oprichtings- en uitbreidingskosten en de kosten voor onderzoek en ontwikkeling.”*

We herkennen hier heel wat elementen uit de artikelen 320 voor de BVBA en 617 voor de NV van het W. Venn.

*B. Bepalen van het nettoactief*

76. Ter bepaling van het nettoactief kunnen we in twee stappen tewerkgaan:

**Stap 1:** Bepalen van het bedrag dat in aanmerking komt volgens artikel 5:141 WVV

In geval van principiëbeslissing genomen door de algemene vergadering	In geval van principiëbeslissing genomen door het bestuursorgaan
Winst [- verlies] van het voorgaande boekjaar zolang de jaarrekening van dat boekjaar nog niet is goedgekeurd	Winst [- verlies] van het voorgaande boekjaar zolang de jaarrekening van dat boekjaar nog niet is goedgekeurd
+/- overgedragen resultaat	+/- overgedragen resultaat
+ winst/[- verlies] van het lopende boekjaar	+ winst/[- verlies] van het lopende boekjaar
(+ alles wat niet onbeschikbaar eigen vermogen is)	
= winst die in aanmerking kan komen voor uitkering	= winst die in aanmerking kan komen voor uitkering

**Stap 2:** Bepalen van het maximum uitkeerbaar vermogen conform artikel 5:142, derde lid WVV

Totaalbedrag van de activa	
-	Voorzieningen
-	Schulden
<hr/>	
Netto-actief	
-	Nog niet afgeschreven oprichtings- en uitbreidingskosten
-	Nog niet afgeschreven kosten voor onderzoek en ontwikkeling
<hr/>	
Gecorrigeerd netto-actief	
-	Wettelijke en/of statutaire onbeschikbare eigen vermogensrekening <sup>1)</sup>
<hr/>	
Maximum uitkeerbaar vermogen	

\* Cfr artikel 39, §2, tweede lid (W. 23 maart 2019). Vermogen dat krachtens het WVV of de statuten onbeschikbaar gesteld is. Onder deze rubriek vallen hetgeen voorheen het “volgestort gedeelte van het kapitaal” of de “wettelijke reserve” werd genoemd, onbeschikbare reserve, het niet afgeschreven gedeelte van herwaarderingsmeerwaarden, enz. De bestaande uitgiftepremies kunnen hetzij beschikbaar worden verklaard door een expliciete indicatie in de aanpassing van de statuten, hetzij onbeschikbaar blijven (zoals voorheen statutair gerubriceerd) <sup>(10)</sup>.

De onbeschikbare eigenvermogensrekening kan bestaan uit volgende elementen:

Onbeschikbare inbreng (omvattende het vroegere kapitaal en de uitgiftepremies)	
-	Niet opgevraagd deel van de onbeschikbare inbreng
+	Herwaarderingsmeerwaarden <sup>1)</sup>
+	Onbeschikbare wettelijke en/of statutaire reserves
<hr/>	
Onbeschikbaar vermogen	

We hebben hier bewust de component “kapitaalsubsidie” niet opgenomen. Evenwel erkennen we dat dit voor discussie vatbaar kan zijn. Het lijkt ons evenwel aan te raden vanuit het voorzichtigheidsprincipe om dit niet als uitkeerbaar te beschouwen. Desgevallend kan men dit per casus beoordelen in functie van de karakteristieken en grond van de betrokken subsidie.

Betreffende belastingvrije reserves: terwijl deze principieel uitkeerbaar zijn, zal het doorgaans niet de bedoeling zijn om deze daadwerkelijk uit te keren gezien dit als gevolg zou hebben dat de onaantastbaarheidsvoorwaarde niet meer zal voldaan zijn en deze reeves belastbaar zouden worden.

<sup>(10)</sup> Tot de inwerkingtreding van de wet van 17 maart 2019 tot aanpassing van bepaalde federale fiscale bepalingen aan het nieuwe Wetboek van vennootschappen en verenigingen was de statutaire onbeschikbaarheid één van de voorwaarden opdat een uitgiftepremie kon worden aangemerkt als fiscaal gestort kapitaal. Deze voorwaarde geldt voortaan niet meer (wijziging van artikel 184 WIB 92 door artikel 23 van voormelde wet van 17 maart 2019).

### 2.3.4. Verantwoordelijkheid van de algemene vergadering en het bestuursorgaan inzake de nettoactiefest

77. De algemene vergadering (of het bestuursorgaan mits delegatie), beslist tot de uitkering en stelt het bedrag vast. Dit kan slechts gebeuren indien het nettoactief (zoals hiervoor gedefinieerd) positief is en dit blijft na de uitkering. De beslissing van de algemene vergadering gebeurt op voorstel van het bestuursorgaan die tevens voorafgaandelijk de nettoactiefest zal voorbereiden als basis voor de te nemen uitkeringsbeslissing.

78. De wetgever geeft niet expliciet aan dat er een formele verslaggeving over deze nettoactiefest wordt opgesteld door het bestuursorgaan. Hieruit kunnen we afleiden dat het opstellen en motiveren van de beslissing tot uitkering in een verslag, niet imperatief is, wat verwonderlijk is en te betreuren valt. Een dergelijke documentering van de beslissing draagt bij tot de kwaliteit van de informatie en de transparantie van het voorstel aan de algemene vergadering (of het bestuursorgaan mits statutaire delegatie) die moet beslissen op basis van de haar overgemaakt gegevens en motivering.

79. De nettoactiefest wordt uitgevoerd hetzij op basis van de laatst goedgekeurde jaarrekening, hetzij op basis van een meer recentere staat van activa en passiva. Hieruit leid ik af dat dit niet imperatief is.

De memorie van toelichting verduidelijkt de notie van “een meer recentere staat”:

*“Dat de staat recent dient te zijn, betekent dat de inhoud daarvan nog niet mag achterhaald zijn. In dat geval kan immers de persoonlijke aansprakelijkheid van de leden van het bestuursorgaan in het licht van het nieuwe artikel 5:144 in het gedrang komen.”*

De memorie van toelichting geeft als voorbeeld aan dat een meer recentere staat van toepassing zal zijn in het geval de algemene vergadering (of het bestuursorgaan mits delegatie), een uitkering voorziet uit de winst van het lopende boekjaar.

Alhoewel we deze verduidelijking in de memorie van toelichting vinden, blijft de notie “recentere” staat van activa en passiva vragen oproepen.

Geeft voormelde verduidelijking in de memorie van toelichting aan dat deze recentere staat enkel aan de orde is wanneer een uitkering uit de winst van het lopende boekjaar gebeurt of laten we nog aannemen bij extensie uit de winst van het vorige boekjaar zolang de jaarrekening van het vorige boekjaar niet is goedgekeurd?

... dan wel dient men steeds het opmaken van een recentere staat te beoordelen in functie van bepaalde gebeurtenissen en bijkomende informatie in het geval een beslissing van een uitkering niet gelijktijdig gebeurt met het voorstel tot winstbestemming naar aanleiding van de algemene jaarvergadering die de jaarrekening goedkeurt?

Eén en ander is op dit vlak nog onduidelijk in het kader van de nettoactiefest van de BV en dit in tegenstelling tot de NV waar wordt gestipuleerd dat bij de uitkering van een interimdividend, deze beslissing dient te worden onderbouwd op basis van een staat van activa en passiva van minder dan twee maanden oud.

Het lijkt me hoe dan ook dat het van een goede praktijk en diligentie zou getuigen indien een uitkering die beslist wordt op een ander ogenblik dan in het kader van de goedkeuring van de jaarrekening, wordt getoetst aan het nettoactief van een recentere staat dat rekening houdt met belangrijke evoluties die zowel van operationele als van uitzonderlijke aard kunnen zijn en markt- of entiteitgebonden.

We kunnen er hierbij van uitgaan dat er een tussentijdse staat werd opgesteld op een datum volgend op de meest recente gepubliceerde jaarrekening hetzij vrijwillig hetzij ingevolge wetgeving (bv. art. 3:68, §2, derde lid WV) <sup>(11)</sup>.

Dit raakt de verantwoordelijkheid van het bestuursorgaan en de algemene vergadering.

Artikel 5:144, tweede lid WV stipuleert immers dat “*De vennootschap kan elke uitkering die in strijd is met de artikelen 5:142 en 5:143 is verricht van de aandeelhouders terugvorderen, ongeacht hun goede of kwade trouw.*”

**80.** Wat de frequentie van de solvabiliteitstest betreft, zal de solvabiliteitstest worden uitgevoerd telkens wanneer er een (“princiële”) beslissing tot uitkering dient te worden genomen door de algemene vergadering of door de raad van bestuur mits statutaire delegatie.

We kunnen stellen dat dit niet het geval is wanneer een beslissing tot uitkering, vervolgens wordt gerealiseerd door spreiding in de tijd middels uitbetaling van schijven (dit in tegenstelling tot de liquiditeitstest). Hierbij kunnen we er evenwel van uitgaan dat, wanneer deze beslissingen zouden vallen met slechts een kleine tussenperiode, de “solvabiliteitstest” door de raad van bestuur zich in vele gevallen kan beperken tot de vaststelling dat er geen significante wijzigingen zijn ten aanzien van de vorige solvabiliteitstest en dit alsdusdanig zal worden genotuleerd.

### 2.3.5. Opdracht van de commissaris

#### A. Draagwijdte van de opdracht en toepasselijke standaard

**81.** Conform artikel 5:142, tweede lid WV zal in vennootschappen waarin een commissaris is benoemd, hij de staat van activa en passiva beoordelen. Het beoordelingsverslag wordt bij zijn jaarlijks controleverslag gevoegd.

**82.** Uit de formulering van de opdracht van de commissaris in artikel 5:142, tweede lid WV volgt dat het voor de commissaris een beoordeling van historische financiële

<sup>(11)</sup> Art. 3:68 §2, derde lid: “*Ten minste halfjaarlijks bezorgt het bestuursorgaan hun boekhoudkundige staat, opgesteld volgens het schema van balans en resultatenrekening.*”

informatie betreft en bijgevolg de toepassing van de Internationale Standaard voor beoordelingsopdrachten (ISRE 2410, *International Standard on Review Engagements*), de toepasselijke standaard is.

**83.** In het geval dat de nettoactiefest wordt uitgevoerd op de basis van de laatst goedgekeurde jaarrekening of wordt uitgevoerd naar aanleiding van de ter goedkeuring voorgelegde jaarrekening op de jaarlijkse algemene vergadering in het kader van de voorgestelde winstbestemming, is in beide gevallen geen specifieke verslaggeving er vereist door de commissaris.

Immers, de commissaris zal de nodige procedures betreffende de voorgestelde winstbestemming hebben uitgevoerd in het kader van zijn commissarismandaat. Het lijkt weinig zinvol om tegelijkertijd een verslag inzake beperkt nazicht uit te brengen in uitvoering van artikel 5:142 WVV en een controleverslag in uitvoering van artikel 3:74 en 3:75 WVV, over eenzelfde financiële staat. Tevens zijn we van mening dat dit geen afbreuk doet aan de verantwoordelijkheid van de commissaris om de vereiste procedures uit te voeren inzake gebeurtenissen na balansdatum.

**84.** Indien de commissaris voornamelijk op basis van zijn “*subsequent review*” procedures tot de bevinding komt dat de goedgekeurde jaarrekening mogelijk achterhaald is, lijkt het ons te verwachten dat hij het bestuursorgaan hiervan op de hoogte brengt.

De problematiek zou zich in dit verband kunnen stellen dat het bestuursorgaan niet reageert op voormelde bevinding en er geen meer recente staat wordt opgesteld. In dit scenario is de commissaris tevens in de onmogelijkheid om verslag uit te brengen over een tussentijdse staat aangezien deze ontbreekt.

Potentieel kan deze problematiek (deels) worden opgevangen middels de tussenkomst van de commissaris in de tweede, nog op dat ogenblik uit te voeren, verplichte test, zijnde de liquiditeitstest.

Voorgaande doet geen afbreuk aan het gegeven dat de beoordeling van het feit of de goedgekeurde jaarrekening of zelfs een meer recente staat van activa en passiva, achterhaald is, tot de verantwoordelijkheid behoort van het bestuursorgaan.

**85.** In het geval dat de nettoactiefest wordt uitgevoerd op de basis van een nog niet goedgekeurde jaarrekening, dient dit te worden beschouwd als tussentijdse financiële informatie, die door de commissaris dient te worden beoordeeld; hij zal zich voor zijn beoordeling evenwel mogelijk kunnen beroepen op de werkzaamheden die hij uitvoert in het kader van zijn mandaat als commissaris. Een specifieke verslaggeving is in dit geval vereist en dient te worden toegevoegd aan het commissarisverslag over de eerstvolgende jaarrekening.

**86.** Indien de nettoactiefest wordt uitgevoerd op grond van een meer recente staat van activa en passiva, dan betreft dit een tussentijdse staat (of tussentijdse historische financiële informatie), die de commissaris dient te beoordelen. Een specifieke verslaggeving

is in dit geval vereist en dient te worden toegevoegd aan het commissarisverslag over de eerstvolgende jaarrekening.

**87.** De commissaris zal dus steeds zijn beoordelingsopdracht voortvloeiend uit artikel 5:142, tweede lid WVV uitvoeren op een “tussentijdse staat van activa en passiva”. Overeenkomstig paragraaf 3 van de norm (herzien in 2018) van 21 juni 2018 inzake de toepassing in België van de Internationale controlestandaarden (ISA’s) dient de beoordeling van de tussentijdse historische financiële informatie uitgevoerd door een bedrijfsrevisor te gebeuren overeenkomstig de *International Standard on Review Engagement* (ISRE) 2410, “*Beoordeling van tussentijdse financiële informatie, uitgevoerd door de onafhankelijke auditor van de entiteit*”. Aangezien artikel 5:142 WVV de beoordelingsopdracht toevertrouwt aan de commissaris van de vennootschap, zal ISRE 2410 van toepassing zijn op deze opdracht.

**88.** Een opdracht tot het uitvoeren van een beoordeling van tussentijdse financiële informatie heeft tot doel de commissaris in staat te stellen een conclusie te formuleren of hem op basis van de door hem uitgevoerde beoordeling niets ter kennis is gekomen op grond waarvan hij ertoe wordt gebracht te concluderen dat de tussentijdse financiële informatie niet in alle van materieel belang zijnde opzichten is opgesteld in overeenstemming met een van toepassing zijnde stelsel inzake financiële verslaggeving (par. 7, ISRE 2410). Dit betreft aldus een zgn. “negatieve formulering van de conclusie”.

**89.** Op grond van paragraaf 2 van ISRE 2410 wordt onder “**tussentijdse financiële informatie**” verstaan, financiële informatie die wordt opgemaakt en gepresenteerd in overeenstemming met het van toepassing zijnde boekhoudkundig referentiestelsel en die, *in casu*, wordt opgemaakt volgens dezelfde methoden en dezelfde opstelling als de laatste jaarrekening, over een periode die korter is dan het boekjaar van de vennootschap. Naar analogie kan dit ook worden toegepast op een volledig boekjaar. Derhalve is het voorwerp van het beoordelingsverslag beoogd door artikel 5:142 WVV tussentijdse financiële informatie. Deze tussentijdse financiële informatie bevat tevens een aan de context aangepaste toelichting.

**90.** Wanneer de beslissing tot uitkering wordt genomen op basis van de jaarrekening vóór de gewone algemene jaarlijkse vergadering die de jaarrekening (en de resultaatverwerking) goedkeurt, gaat het om een financieel overzicht op afsluitingsdatum dat een volledig boekjaar omvat dat ook in het kader van deze wetgeving dient te worden onderworpen aan de beoordelingsopdracht van de commissaris.

**91.** De wettelijke opdracht van de commissaris zoals geformuleerd in artikel 5:142, tweede lid WVV heeft louter betrekking op de beoordeling van de staat van activa en passiva en niet op de voorgenomen uitkering *an sich*.

Wanneer de commissaris evenwel kennis krijgt van een voornemen of een beslissing tot uitkering van vermogen dat hoger ligt dan het voor uitkering vatbare vermogen, is het aangewezen dat hij het bestuursorgaan hiervan schriftelijk op de hoogte brengt, zonder dat dit evenwel impact heeft op het beoordelingsverslag over de staat van

activa en passiva. De commissaris moet zich immers niet uitspreken over het bedrag van de uitkering. Het beoordelingsverslag van de commissaris wordt uitgebracht alvorens de algemene vergadering of het bestuursorgaan beslist over het bedrag van de uitkering. Het is dan ook zeer opportuun dat de commissaris het bestuursorgaan erop wijst dat het voorgenomen bedrag, hetzij onvoorzichtig is, hetzij tot een inbreuk zal leiden. De commissaris zal eveneens de gelegenheid hebben dit aan te brengen en te verwijzen naar zijn schriftelijke communicatie hieromtrent aan het bestuursorgaan, op de algemene vergadering die de beslissing zal nemen (tenzij de beslissing kadert in de gedelegeerde bevoegdheid van het bestuursorgaan).

Deze handelwijze lijkt ons eveneens aan te sluiten bij het verwachtingspatroon. Gebreke hiervan zou kunnen aanleiding geven tot een *“expectation gap”*.

**92.** Een overdreven uitkering zal onvermijdelijk aan de orde komen en het voorwerp zijn van, naargelang de omstandigheden, een vermelding in (of andere impacten op) het commissarisverslag opgesteld naar aanleiding van de controle van de jaarrekening, gericht aan de algemene vergadering, conform artikel 3:75, §1, 8° WVV.

**93.** Teneinde een overzicht te geven van de casussen waarbij verslaggeving voortvloeiend uit artikel 5:142, tweede lid WVV, door de commissaris wordt uitgebracht, hernemen we de bevoegdheidstabel en breiden deze uit met de verslaggevingsverplichtingen.

Bevoegd orgaan	Bevoegdheid	Bijzonder verslag van de commissaris (art. 5:141-5:143 WVV)	
		Uitkering op grond van de laatste goedgekeurde jaarrekening	Uitkering op grond van een recentere staat van activa en passiva
<b>Algemene vergadering</b> ⇒ Altijd	Bestemming van de winst En vaststelling van de uitkering  Uitkering uit de beschikbare reserves en het overgedragen resultaat	Geen bijzonder verslag art. 5:141-5:143 WVV vereist (inbegrepen in het commissarismandaat art. 3:73 WVV)	Bijzonder verslag art. 5:141-5:143 WVV vereist
	Uitkering uit de winst van het lopende boekjaar <sup>4</sup> en van het voorgaande boekjaar, zolang de jaarrekening niet is goedgekeurd	X	X
<b>Bestuursorgaan</b> ⇒ Enkel mits statutaire delegatie	Uitkering uit de winst van het lopende boekjaar en het overgedragen resultaat	X	X
	Uitkering uit de winst van het voorgaande boekjaar, zolang de jaarrekening niet is goedgekeurd, en het overgedragen resultaat zoals deze blijkt uit de laatste goedgekeurde jaarrekening	X	X

*B. Staat van activa en passiva*

**94.** De staat van activa en passiva die wordt voorgelegd door het bestuursorgaan in het kader van zijn beoordelingsopdracht dient de nodige toelichtingen te bevatten die relevant zijn in het kader van de doelstelling van deze opdracht, waaronder de buitenbalansverplichtingen en de gehanteerde waarderingsregels. Indien deze waarderingsregels en/of de buitenbalansverplichtingen, ongewijzigd zijn, kan dit middels verwijzing naar de door de commissaris gecontroleerde en meest recent neergelegde jaarrekening van de vennootschap.

**95.** Ook inzake de staat van activa en passiva die als tussentijdse financiële informatie wordt beschouwd, dient een beoordeling te worden gemaakt, in functie van wijzigende omstandigheden en gebeurtenissen, of deze op het ogenblik dat de nettoactiefest wordt uitgevoerd, niet achterhaald is. In dit laatste geval dient een nieuwe staat te worden opgemaakt.

Deze beoordeling behoort tot de verantwoordelijkheid van het bestuursorgaan.

**96.** Het resultaat over het lopende boekjaar wordt bepaald met inachtneming van de regels van het boekhoudrecht, rekening houdend met de afschrijvingen, de waardeverminderingen, de voorzieningen voor risico's en kosten, de gepaste afgrenzing van kosten en opbrengsten en de te verwachten inkomstenbelastingen <sup>(12)</sup>.

### **2.3.6. Relatie tussen het verslag opgesteld overeenkomstig artikel 5:142 WVV (“nettoactiefest”) en het commissarisverslag opgesteld overeenkomstig artikel 3:75 WVV (wettelijke controle van de jaarrekening)**

**97.** Indien de nettoactiefest niet wordt uitgevoerd, dan impliceert dit een inbreuk op het WVV die overeenkomstig artikel 3:75, §1, 9° WVV dient te worden vermeld in het tweede deel van het commissarisverslag opgesteld naar aanleiding van de controle van de jaarrekening.

**98.** Artikel 5:142 WVV bepaalt dat geen uitkering mag gebeuren indien het nettoactief van de vennootschap negatief is of ten gevolge daarvan negatief zou worden. In de mate dat dit niet werd nageleefd, dient de commissaris eveneens hierover een vermelding over de inbreuk op dit wetsartikel op te nemen in zijn verslag overeenkomstig artikel 3:75, §1, 9° WVV.

**99.** De reviewwerkzaamheden gebeuren overeenkomstig de principes van de beoordelingsopdracht. Aangezien het een vennootschap betreft waarin de functie van commissaris wordt uitoefent, wordt hij geacht te beschikken over een voldoende algemene kennis van de onderneming en haar systeem van interne beheersing, wat het hem moet mogelijk maken de beoordelingswerkzaamheden toe te passen conform ISRE 2410.

<sup>(12)</sup> IAS 34 kan ter zake nuttige richtlijnen verstrekken.



## 2.4. LIQUIDITEITSTEST

### 2.4.1. Inleiding

**100.** De memorie van toelichting geeft duidelijk weer dat de tweede test, zijnde de liquiditeitstest een essentiële voorwaarde is om tot een effectieve uitkering te kunnen overgaan: *“Het besluit van de algemene vergadering heeft slechts uitwerking, en het bestuursorgaan mag slechts tot uitkering overgaan, indien aan deze liquiditeitstest is voldaan”*<sup>(13)</sup>.

We kunnen aldus interpreteren dat de beslissing van de algemene vergadering (of het bestuursorgaan mits statutaire delegatie) op basis van de nettoactiefest, een principiële beslissing is, onder opschortende voorwaarde van een positieve uitkomst van een liquiditeitstest en beslissing van het bestuursorgaan tot effectieve uitkering.

**101.** Artikel 5:143 WVV regelt de liquiditeitstest als volgt: *“Het besluit van de algemene vergadering tot uitkering heeft slechts uitwerking nadat het bestuursorgaan heeft vastgesteld dat de vennootschap, volgens de redelijkerwijs te verwachten ontwikkelingen, na de uitkering in staat zal blijven haar schulden te voldoen naarmate deze opeisbaar worden over een periode van ten minste twaalf maanden te rekenen van de datum van de uitkering. Het besluit van het bestuursorgaan wordt verantwoord in een verslag dat niet wordt neergelegd. In de vennootschappen waarin een commissaris is benoemd, beoordeelt hij de historische en prospectieve boekhoudkundige en financiële gegevens van dit verslag. De commissaris vermeldt in zijn jaarlijks controleverslag dat hij deze opdracht heeft uitgevoerd.”*

**102.** De memorie van toelichting geeft aan dat de liquiditeitstest een driedubbel doel voor ogen houdt:

- het spoort het bestuursorgaan aan om met de nodige zorgvuldigheid een liquiditeitstest uit te voeren;
- het stelt de kredietverstrekkers in voorkomend geval in staat zich ervan te vergewissen dat de voorgenomen uitkering de liquiditeitspositie van de vennootschap niet in gevaar brengt; en
- het biedt het bestuursorgaan de gelegenheid bewijsmateriaal te verzamelen voor het geval de rechtsgeldigheid van een uitkering naderhand zou worden betwist.

Hieruit blijkt dat de wetbepalingen inzake de liquiditeitstest gelijktijdig een bescherming biedt ten aanzien van de schuldeisers van de vennootschap enerzijds maar ook een bescherming van de bestuurdersverantwoordelijkheid door het bestuursorgaan te verplichten tot een weldoordachte besluitvorming en een gepaste documentatie ervan anderzijds. We verwijzen in dit verband tevens naar de hieropvolgende titel 2.4.2. en de bespreking van de “marginale toetsing”.

<sup>(13)</sup> Memorie van toelichting van de wet van 23 maart 2019 tot invoering van het Wetboek van vennootschappen en verenigingen en houdende diverse bepalingen, *Parl. St.* Kamer 2018-19, nr. 54K 3119/001, 178.

## 2.4.2. Verantwoordelijkheid van het bestuursorgaan

**103.** Zoals reeds eerder aangegeven, heeft het bestuursorgaan van de BV ingevolge de invoering van het WVV een nieuwe en belangrijke verantwoordelijkheid. De wetgever heeft hier duidelijk een ‘ultieme’ verantwoordelijkheid, namelijk deze van de daadwerkelijke uitkering, in de schoot gelegd van het bestuursorgaan die *de facto*, desgevallend, kan besluiten, op basis van de liquiditeitstest, om een beslissing van de algemene vergadering, niet uit te voeren.

**104.** Het bestuursorgaan dient een liquiditeitstest uit te voeren en uit de bewoordingen van zowel de wettekst als de memorie van toelichting kunnen we op niet mis te verstane wijze concluderen dat deze liquiditeitstest op afdoende wijze hoort te worden gedocumenteerd. Het besluit van het bestuursorgaan dient immers te worden verantwoord in een verslag. We herinneren eraan dat betreffende de nettoactiefest, de explicitering van de motivering middels een verslag in de wettekst ontbreekt.

**105.** Het bestuursorgaan zal haar verantwoordelijkheid moeten opnemen inzake de kwaliteit van de financiële en boekhoudkundige informatie, zowel historisch als prospectief, dewelke als basis zal dienen om te concluderen aangaande de liquiditeitspositie van de vennootschap en of de vennootschap in staat zal zijn om, rekening houdend met de voorgenomen uitkering, haar schulden te voldoen over een periode van minstens twaalf maanden. De periode van twaalf maanden is geen absolute beperking en het bestuursorgaan zal dus ook gebeurlijk, indien zij kennis heeft van belangrijke relevante informatie dewelke haar toekomstige liquiditeitspositie op significante wijze zou kunnen beïnvloeden, rekening moeten houden met een langere periode, *quid* met de verdere toekomst. Het behoort dus eveneens in eerste instantie tot de verantwoordelijkheid van het bestuursorgaan, om te beoordelen of het opportuun is om een tijdshorizon in beschouwing te nemen voor de uitvoering van haar liquiditeitstest die het wettelijk minimum van twaalf maanden overstijgt.

**106.** Het WVV geeft aan dat de liquiditeitstest zal zijn gebaseerd, op zowel historische gegevens als op prospectieve gegevens. Het gaat bovendien niet enkel om boekhoudkundige maar ook om financiële gegevens. De andere dan boekhoudkundige gegevens slaan op financiële projecties, die het bestuursorgaan opmaakt om de terugbetalingscapaciteit van de vennootschap in te schatten, om haar schulden te voldoen wanneer deze opeisbaar worden.

**107.** Aangaande de financiële en boekhoudkundige prospectieve informatie zal het bestuursorgaan vermoedelijk zich noodgedwongen moeten beroepen op een combinatie van ingeschatte assumpties (“*best estimate assumptions*”) en hypothetische assumpties (“*hypothetical assumptions*”) omtrent toekomstige gebeurtenissen en door het bestuur te nemen acties, waarvan niet vaststaat dat ze daadwerkelijk zullen plaatsvinden, zoals in het geval van entiteiten die zich in een aanloopfase bevinden of overwegen een belangrijke wijziging in de aard van de bedrijfsactiviteiten aan te brengen. Het bestuursorgaan zal de assumpties vastleggen op basis van hun kennis op dat ogenblik (“*to the best of their knowledge*”) en op basis van hun professionele integriteit en met

de nodige voorzichtigheid). Dit belet niet dat ingevolge gewijzigde omstandigheden deze later kunnen worden aangepast in een andere context.

Naar alle waarschijnlijkheid, maar afhankelijk van de concrete omstandigheden van de vennootschap, zal het bestuursorgaan een kasstroomoverzicht opmaken teneinde haar liquiditeitspositie en aldus betalingscapaciteit van de opeisbare schulden, te beoordelen over een vooropgestelde periode dewelke minimum twaalf maanden zal bestrijken.

Het is onvermijdelijk dat de toekomstgerichte informatie en projecties een bepaalde graad van onzekerheid met zich meebrengen. Artikel 5:143 WVV stelt dan ook onomwonden "... *nadat het bestuursorgaan heeft vastgesteld dat de vennootschap, volgens de **redelijkerwijs te verwachten** ontwikkelingen, na de uitkering in staat zal blijven haar schulden te voldoen naarmate deze opeisbaar worden over een periode van ...*", wat aangeeft dat er achteraf, mocht de rechtsgeldigheid van de uitkering worden betwist, "slechts" een marginale toetsing kan gebeuren door een rechter.

**108.** Het dient te worden gezegd dat de wet voorziet dat het verslag niet op straffe van nietigheid is voorgeschreven en niet wordt openbaar gemaakt.

### **2.4.3. Verantwoordelijkheid van de commissaris volgend uit artikel 5:143, tweede lid WVV**

#### *A. Draagwijdte van de opdracht en toepasselijke standaarden*

**109.** De opdracht met betrekking tot de liquiditeitstest moet worden verricht door de commissaris van de vennootschap. Indien er in de vennootschap geen commissaris is, is er wettelijk geen verslaggeving door een bedrijfsrevisor vereist. De commissaris richt een beoordelingsverslag aan het bestuursorgaan waarbij hij de historische en prospectieve boekhoudkundige en financiële gegevens ("staat") van dit verslag (liquiditeitstest) beoordeelt (art. 5:143 WVV).

**110.** Conform artikel 5:143 WVV bestaat de opdracht erin historische en prospectieve boekhoudkundige en financiële gegevens te beoordelen. In de mate dat er wordt gesteund op de staat van activa en passiva opgesteld op afsluitingsdatum<sup>(14)</sup>, zal de commissaris zich kunnen beroepen op onder meer de werkzaamheden die hij uitoefent in het kader van zijn mandaat als commissaris. De jaarrekening zal slechts een eerste vertrekpunt zijn, aangezien het bestuursorgaan inzicht moet verwerven in de capaciteit om opeisbare schulden in de toekomst te kunnen nakomen.

Het komt aan de commissaris toe om te beoordelen of de door het bestuursorgaan gehanteerde stukken, documenten en veronderstellingen voldoende zijn om zijn conclusie te kunnen formuleren.

<sup>(14)</sup> Wanneer het bijzonder verslag van het bestuursorgaan wordt opgemaakt tussen afsluitingsdatum en het opstellen van de jaarrekening, is dit niet noodzakelijk de jaarrekening en zal dit een tussentijdse staat van activa en passiva zijn.

**111.** Betreffende de beoordeling van de historische boekhoudkundige en financiële gegevens zal de commissaris in België van toepassing zijn de standaard, ISRE 2410, *Beoordeling van tussentijdse financiële informatie, uitgevoerd door de onafhankelijke auditor van de entiteit*, dienen toe te passen (paragraaf 3 van de norm (herzien in 2018) van 21 juni 2018 inzake de toepassing in België van de Internationale controlestandaarden (ISA's)). In het kader van de liquiditeitstest kunnen de historische boekhoudkundige en financiële gegevens beperkt zijn, bijvoorbeeld, tot de elementen die relevant zijn voor de bepaling van het werkkapitaal of andere door het bestuursorgaan relevant geachte elementen. De historische gegevens moeten worden opgesteld conform de door de vennootschap gehanteerde waarderingsregels.

**112.** Betreffende de beoordeling van de prospectieve boekhoudkundige en financiële gegevens zal de commissaris nagaan of deze zijn opgesteld overeenkomstig de door het bestuursorgaan aangenomen veronderstellingen en of deze veronderstellingen een redelijke basis vormen voor de prospectieve boekhoudkundige en financiële gegevens. Hiervoor kan de commissaris de werkzaamheden toepassen voorzien in ISAE 3400, *Onderzoek van toekomstgerichte financiële informatie* <sup>(15)</sup>.

**113.** Onder “toekomstgerichte financiële informatie” wordt verstaan financiële informatie welke is gebaseerd op verwachtingen omtrent toekomstige gebeurtenissen en mogelijke acties van een entiteit. Deze informatie is naar zijn aard uiterst subjectief waarbij het maken van afwegingen een belangrijke rol speelt. We verwijzen naar de aspecten die we bespreken terzake onder de titel van de verantwoordelijkheid van het bestuursorgaan. Het weze duidelijk dat het bestuursorgaan verantwoordelijk is voor de veronderstellingen die moeten worden opgenomen in zijn verslag en die aan de basis liggen van de liquiditeitstest.

**114.** De commissaris dient in het kader van zijn beoordelingsopdracht de toekomstgerichte financiële en boekhoudkundige informatie te onderzoeken met het oog op het kunnen concluderen dat:

- a. de aan de toekomstgerichte informatie ten grondslag liggende ingeschatte veronderstellingen (“*best estimate assumptions*”), zoals het kasstroomoverzicht, van het management niet onredelijk zijn en, in geval van “*hypothetische assumpties*” (“*hypothetical assumptions*”), deze veronderstellingen aansluiten op het doel van de informatieverstrekking;
- b. de toekomstgerichte financiële informatie op een juiste wijze is gebaseerd op de veronderstellingen;
- c. de toekomstgerichte financiële informatie op een juiste wijze is gepresenteerd en alle veronderstellingen van materieel belang toereikend zijn toegelicht met inbegrip van een duidelijke vermelding of het ingeschatte veronderstellingen (“*best estimate assumptions*”) van het management of “*hypothetische assumpties*” (“*hypothetical assumptions*”) betreft;

<sup>(15)</sup> Deze internationale standaard is nog niet van toepassing in België. In het verslag zal in de huidige stand van het normatief kader geen verwijzing naar een norm worden opgenomen. In de toekomst zal dit mogelijks wel veranderen.

- d. in voorkomend geval, de toekomstgerichte financiële informatie opgesteld is op dezelfde basis als de historische financiële informatie, met toepassing van adequate grondslagen voor financiële verslaggeving. Deze grondslagen zullen in principe dezelfde zijn als deze die worden gehanteerd voor het opstellen van de jaarrekening, behoudens in het geval van een adequate verantwoording door het bestuursorgaan.

**115.** De commissaris mag niet het werk van het bestuur overdoen <sup>(16)</sup>. Hij heeft niet de opdracht zelf een liquiditeitstest uit te voeren om te bepalen of de vennootschap nog in staat zal zijn haar opeisbare schulden te betalen. Het eindoordeel over de liquiditeit ligt bij het bestuursorgaan. De commissaris zal evenwel, indien hij een ernstige continuïteitsbedreiging vaststelt, daarover met het bestuursorgaan dienen te communiceren en opvolgen of het bestuursorgaan passend reageert. Zoniet, kan hij het opportuun achten de voorzitter van de ondernemingsrechtbank in te lichten <sup>(17)</sup>.

### B. Verslag en conclusie van de commissaris

**116.** Zoals voorheen besproken, beperkt de opdracht zich tot het nazicht van de historische en prospectieve boekhoudkundige en financiële gegevens die aan de beslissing van het bestuursorgaan ten grondslag liggen. Derhalve brengt de commissaris een beperkte mate van zekerheid tot uitdrukking over de vraag of:

- de historische financiële en boekhoudkundige gegevens die vermeld staan in het bijzonder verslag van het bestuursorgaan in alle van materieel belang zijnde aspecten opgesteld zijn overeenkomstig de door de vennootschap gehanteerde waarderingsregels zoals blijkt uit de laatst goedgekeurde jaarrekening;
- de prospectieve boekhoudkundige en financiële gegevens die vermeld staan in het bijzonder verslag van het bestuursorgaan opgesteld zijn overeenkomstig de door het bestuursorgaan aangenomen veronderstellingen; en
- deze veronderstellingen een redelijke basis vormen voor de prospectieve boekhoudkundige en financiële gegevens.

**117.** De commissaris spreekt zich evenwel niet uit over het geschikt karakter van de uitkering *an sich*, en evenmin over de vraag of de uitkering kan gebeuren. Naar analogie met de bespreking van de bevindingen van de commissaris in het kader van zijn beoordelingsopdracht bij de nettoactiefest is het sterk aangewezen om een schrijven te richten aan het bestuursorgaan, alvorens deze haar beslissing neemt, waarin de bevinding inzake het voornemen om een niet aangepast bedrag uit te keren, wordt meegedeeld. In dit geval zal de commissaris ook andere overwegingen moeten maken zoals zijn verantwoordelijkheid in het kader van zijn commissarismandaat aangaande de continuïteit van de vennootschap, de alarmbelprocedure en de implicatie van artikel 3:69 WVV <sup>(18)</sup>.

<sup>(16)</sup> Er bestaan diverse interessante documenten ter ondersteuning van het bestuursorgaan bij het opstellen van toekomstgerichte informatie (bv. de *Consultation on guidance for preparers of prospective financial information* uitgebracht in december 2018 door ICAEW). Deze moeten telkens worden aangepast aan de omvang en de specificiteiten van de BV (of CV).

<sup>(17)</sup> Art. 3:69 WVV en art. XX.23, §3 WER.

<sup>(18)</sup> Art. 3:69: “De commissarissen die in de uitoefening van hun opdrachtgewichtige en overeenstemmende feiten vaststellen die de continuïteit van de economische activiteit van de vennootschap in het gedrang kunnen brengen, moeten het bestuursorgaan hiervan schriftelijk en op een omstandige wijze op de hoogte brengen.”

In verband met de alarmbel procedure wijzen we erop dat de vernieuwde verwoording van deze procedure in het artikel 5:153 WVV, niet enkel aandacht heeft voor de solvabiliteitspositie, zoals voorheen, maar ook voor de liquiditeitspositie en de terugbetalingscapaciteit van de vennootschap van haar schulden<sup>(19)</sup>. Bovendien is de nuancering die de wetgever heeft aangebracht in de eerste paragraaf van art 5:153 WVV van belang voor de commissaris bij voormelde overwegen, waardoor de alarmbelprocedure dient te worden opgestart, niet enkel wanneer het nettoactief negatief is, maar tevens wanneer het negatief **dreigt** te worden.

Onverminderd het feit dat de commissaris zich niet uitspreekt over het bedrag van de transactie, is het van belang dat hij de samenhang met andere wetsartikels en zijn verantwoordelijkheden terzake onderkent.

Artikel 3:69 WVV aangaande de vaststelling van gewichtige en overeenstemmende feiten die de continuïteit van de economische activiteit van de vennootschap in het gedrang kunnen brengen, heeft specifiek betrekking op de bedrijfsrevisor in zijn hoedanigheid van commissaris.

Artikel XX.23, §3 WER bevat een gelijkaardige bepaling die alle bedrijfsrevisoren beoogt “in de uitoefening van hun opdracht”, hetzij een wettelijke (bijvoorbeeld als commissaris) dan wel een contractuele opdracht.<sup>(20)</sup>

**118.** Indien de commissaris van mening is dat één of meer belangrijke veronderstellingen *geen* redelijke basis vormen voor de toekomstgerichte financiële informatie opgesteld op basis van ingeschatte veronderstellingen (“assumpties”) of dat één of meer assumpties van materieel belang geen redelijke basis vormen voor de toekomstgerichte financiële informatie, door de aard van de gehanteerde schattingen of hypothetische assumpties, dient hij in het verslag over de toekomstgerichte financiële informatie een afkeurende conclusie tot uitdrukking te brengen.

**119.** Indien het onderzoek wordt beïnvloed door omstandigheden die het uitvoeren van één of meer noodzakelijk geachte procedures onmogelijk maken, dient de commissaris zich van een conclusie te onthouden en de beperking in de uitvoering van de werkzaamheden te beschrijven in het verslag over de toekomstgerichte financiële informatie.

<sup>(19)</sup> Art 5:153, §2 WVV: “Op dezelfde wijze als bedoeld in paragraaf 1 wordt gehandeld wanneer het bestuursorgaan vaststelt dat het niet langer vaststaat dat de vennootschap, volgens redelijkerwijs te verwachten ontwikkelingen, in staat zal zijn om gedurende minstens de twaalf volgende maanden haar schulden te voldoen naarmate deze opeisbaar worden.”

<sup>(20)</sup> In dit verband is het interessant om kennis te nemen van het Advies 2019/06 van de Raad van het IBR “Niet-automatische toepassing van art. 138 W. Venn. ingeval van daling van het nettoactief tot minder dan de helft van het kapitaal”, waar tevens een duidelijke weergave wordt gegeven van de verantwoordelijkheden.

**120.** De situatie waarin een beoordelingsverslag met voorbehoud over het verslag van de raad van bestuur in het kader van de liquiditeitstest wordt uitgebracht, lijkt gezien de aard en doelstelling van de opdracht onwaarschijnlijk of zelfs uitgesloten.

**121.** Gegeven dat de conclusie van de beoordelingsopdracht van de commissaris een beperkte mate van zekerheid tot uitdrukking brengt, zal deze negatief worden geformuleerd.

**122.** Conform artikel 5:143, tweede lid WVV “*vermeldt de commissaris in zijn jaarlijks controleverslag dat hij de opdracht heeft uitgevoerd*”. Volgens een letterlijke interpretatie van dit artikel dient de commissaris dus enkel een “loutere” melding te maken zonder enige toelichting over de conclusie van zijn beoordeling en dus evenmin bij een van een goedkeurende, afwijkende, conclusie (“*qualified conclusion*”). Dit lijkt me op zijn minst als hoogst merkwaardig beschouwd te worden om de volgende redenen:

- gezien de wetgever in de memorie van toelichting duidelijk aangeeft dat de liquiditeitstest, een beschermende maatregel is voor schuldeisers, zou men eerder verwachten dat de schuldeisers recht hebben op bijkomende informatie en alzeer bij een “*qualified conclusion*”; de loutere vermelding dat de procedure werd uitgevoerd, zonder bijkomende toelichting in het geval van een *qualified conclusion* doen ons inziens ontegensprekelijk een “*expectation gap* ontstaan”; dit verwerkt immers de indruk dat er geen afwijkende bevindingen te rapporteren zijn ; en
- de toegevoegde waarde van de loutere vermelding, ontgaat me. Immers is het niet de normaliteit dat de commissaris de procedures voorzien in de vennootschapswetgeving nauwgezet toepast? Immers, wanneer de vennootschap de dubbele test niet zou uitvoeren conform het WVV, is de commissaris, gehouden deze inbreuk op te nemen in het tweede deel van zijn controleverslag conform artikel 3:75 §1, 9°WVV.

#### **2.4.4. Op welk ogenblik dient de liquiditeitstest te worden uitgevoerd?**

**123.** De wet bevat geen termijnen binnen dewelke de liquiditeitstest moet worden uitgevoerd. Het lijkt evenwel duidelijk dat gezien de doelstelling van de liquiditeitstest, de periode tussen de uitvoering van de test en de daadwerkelijke uitkering, zo beperkt mogelijk wordt gehouden, en hierbij rekening wordt gehouden met het risicoprofiel en de impact hiervan op de liquiditeitspositie, van de vennootschap.

**124.** De liquiditeitstest en de bestuurdersaansprakelijkheid die hieraan wordt gekoppeld, creëren een inherent spanningsveld wanneer uit de nettoactiefest blijkt dat er tot uitkering kan worden overgegaan, maar het bestuursorgaan op basis van de liquiditeitstest van mening is dat de uitkering de liquiditeit van de vennootschap in het gedrang kan brengen. Daarom is het aangewezen dat het bestuursorgaan niet wacht tot de algemene vergadering beslist tot uitkering alvorens de liquiditeitstest uit te voeren, maar deze test al voorbereidt voorafgaand aan de algemene vergadering waar de uitkering op de agenda staat. We kunnen ons immers moeilijk indenken dat het bestuursorgaan bij het voorleggen van de jaarrekening en de winstbestemming aan de algemene vergadering (een bevoegdheid die exclusief aan het bestuursorgaan toebehoort), niet reeds een analyse van de liquiditeitspositie van de vennootschap zou hebben gemaakt naar aanleiding van het voorstel.



Dit alles neemt evenwel in geen geval weg dat de eindverantwoordelijkheid van de beslissing tot effectieve uitbetaling op basis van de liquiditeitstest bij het bestuursorgaan ligt. Naarmate de periode tussen de vastlegging van de jaarrekening door het bestuursorgaan en de effectieve uitbetaling van de uitkering toeneemt, kunnen zich immers nieuwe feiten voordoen die de liquiditeitspositie en/of projecties beïnvloeden.

**125.** Wanneer de “princiële” beslissing tot uitkering wordt genomen door het bestuursorgaan in het kader van haar statutaire delegatie, ook in dit geval dient zij voorafgaand aan de effectieve betaling een liquiditeitstest uit te voeren. De wet voorziet hier immers geen afwijking voor het feit dat de principiële beslissing door het bestuursorgaan zelf is genomen. Het bestuursorgaan zal zijn (eerste) beslissing aldus als het ware moeten bevestigen, zich hierbij baserend op de uitkomst van de liquiditeitstest.

**126.** Bij elke uitkering en daarmee geassimileerde transactie dient een liquiditeitstest te worden uitgevoerd door het bestuursorgaan en zal een verslag door de commissaris moeten worden opgesteld. (ter herinnering, dit in tegenstelling tot enkele scenario’s die we hebben aangehaald onder de nettoactiefest, waar de commissaris geen specifiek verslag dient op te stellen). Aldus zal in het geval van beslissing tot uitkering waarbij de effectieve uitbetaling wordt gespreid in de tijd middels uitbetaling in schijven, telkens een liquiditeitstest dienen te worden uitgevoerd.

#### **2.4.5. Relatie tussen het verslag opgesteld overeenkomstig artikel 5:143 WVV (“nettoactiefest”) en het commissarisverslag opgesteld overeenkomstig artikel 3:75 WVV (wettelijke controle van de jaarrekening)**

**127.** Het verslag opgesteld overeenkomstig artikel 5:143 WVV (“liquiditeitstest”) wordt niet openbaar gemaakt.

**128.** Het verslag van de commissaris opgesteld overeenkomstig artikel 5:143 WVV is **gericht aan het bestuursorgaan** die het besluit moet nemen vermogen uit te keren. In zijn commissarisverslag over de controle van de jaarrekening opgesteld overeenkomstig artikel 3:75, §1, 5° WVV vermeldt de commissaris dat hij de opdracht heeft uitgevoerd en hierover een verslag aan het bestuursorgaan op datum [XX] heeft uitgebracht.

**129.** De commissaris moet erover waken dat het bestuursorgaan een verslag opmaakt. Indien niet, dan is dit een inbreuk op het WVV die overeenkomstig artikel 3:75, §1, 9° WVV vermeld dient te worden in het tweede deel van het commissarisverslag opgesteld naar aanleiding van de jaarrekening.

**130.** Indien de procedure inzake de liquiditeitstest niet werd nageleefd, dient de commissaris in zijn commissarisverslag ook een vermelding op te nemen overeenkomstig artikel 3:75, §1, 9° WVV.



**131.** Het valt te noteren dat, indien het bestuursorgaan overgaat tot de uitkering op basis van de door haar opgestelde (positieve) liquiditeitstest en ondanks de negatieve conclusie van de commissaris die afwijkt van deze van het bestuursorgaan, er m.i. geen sprake is van een geval van niet-naleving van het WVV. Immers, er is een positieve vaststelling door het bestuursorgaan en de procedure is nageleefd. Desgevallend zou het kunnen dat dit een impact zal hebben op het oordeel van de commissaris over het getrouw beeld van de jaarrekening in het kader van de beoordeling van de continuïteitshypothese. Daarenboven kan het ook zijn dat de alarmbelprocedure (art. 5:153 WVV) van toepassing wordt. Bovendien bepaalt artikel 5:144 WVV: *“Indien komt vast te staan dat de leden van het bestuursorgaan bij het nemen van het besluit als bedoeld in artikel 5:143 wisten of, gezien de omstandigheden, behoorden te weten dat de vennootschap ten gevolge van de uitkering kennelijk niet meer in staat zou zijn haar schulden te voldoen zoals bepaald in artikel 5:143, zijn zij tegenover de vennootschap en derden hoofdelijk aansprakelijk voor alle daaruit voortvloeiende schade.”*

## 2.5. EINDBESCHOUWINGEN

**132.** In zekere zin zouden we kunnen stellen dat zowel de nettoactiefest als de liquiditeitstest niet nieuw zijn. Dezelfde aspecten dienen immers in beschouwing genomen te worden door zowel het bestuursorgaan als de commissaris bij hun respectievelijke analyse van het uitgangspunt van continuïteit van de jaarrekening of ook eerder in de tijd, wanneer solvabiliteits- en/of liquiditeitsproblemen in de loop van het jaar worden vastgesteld. Verder is het ook duidelijk dat er heel wat interferenties bestaan met diverse wetsartikelen.

Evenwel stellen we bij de BV, door de invoering van het WVV, een versterking van de formalisering en documentering vast en dit specifiek bij het voornemen tot uitkeringen of daarmee geassimileerde transacties.

Noch bij de nettoactiefest, noch bij de liquiditeitstest spreekt de commissaris zich expliciet uit in zijn verslag over de aanvaardbaarheid van het voorgenumen bedrag van de uitkering. Zijn verslaggeving betreft de financiële en boekhoudkundige gegevens en dient als element in de besluitvorming van de algemene vergadering en/of het bestuursorgaan, aangaande het uit te keren bedrag. Het strekt ertoe dat het orgaan die een beslissing moet nemen op behoorlijke wijze is geïnformeerd en bijgevolg de beslissing met voldoende kennis van zaken kan nemen.

De diverse aspecten met betrekking tot de praktische uitvoering van de dubbele test op het vlak van timing, documentering en inhoudelijke rapportering zullen aan duidelijkheid winnen naarmate er meer ervaring en bespreking van gevallenstudies ontstaat.

Het onderscheid gecreëerd tussen de BV en de NV op het vlak van de formalisering van de nettoactief- en liquiditeitstest, zou wel eens een meer ingrijpende impact kunnen hebben op de keuze van de vennootschapsvorm dan wat de wetgever had geanticipeerd. De verwachting dat de BV dé vennootschapsvorm bij uitstek zou zijn (voor niet-genoteerde vennootschappen) wegens de conceptuele benadering van “*one size fits all*”, zou de succesformule wel eens durven aantasten.

*Qui vivra, verra...*

## **HOOFDSTUK 3**

### **AANGEPASTE FORMULERINGEN IN DE BIJZONDERE OPDRACHTEN VAN VRIJWILLIGE ONTBINDING, OMZETTING, BELANGENCONFLICTEN EN INTERIMDIVIDEND IN VENNOOTSCHAPPEN**

## **CHAPITRE 3**

### **FORMULATIONS ADAPTEES DANS LES MISSIONS SPECIALES DE DISSOLUTION VOLONTAIRE, DE TRANSFORMATION, DE CONFLITS D'INTERETS ET D'ACOMPTE SUR DIVIDENDE DANS LES SOCIETES**

**E. VANDERSTAPPEN**

Diensthoofd Juridische zaken IBR

Algemeen afgevaardigde ICCI

Bedrijfsjurist

### 3.1. INLEIDING

**133.** Er bestond een discrepantie tussen de wording van de bijzondere opdrachten gebruikt in de het Wetboek van vennootschappen (W. Venn.) en de terminologie van de opdrachten van de economische beroepsbeoefenaars in de internationale standaarden. Daarom verdiende het aanbeveling dat de wetgever deze discrepantie zou wegwerken zodat er coherentie is tussen de normenkaders.

Teneinde een maximale coherentie met het voor de bedrijfsrevisoren toepasselijk normenkader te bewerkstelligen, werd in de voorstellen van het Instituut van de Bedrijfsrevisoren (IBR) tot wijziging van de voorgestelde formulering in het Wetboek van vennootschappen en verenigingen (WVV) telkens rekening gehouden met de algemeen gehanteerde terminologie<sup>(1)</sup> voor:

- 1) een (volledige) controleopdracht, waarbij dan ook de termen “gecontroleerd” worden gehanteerd (in het Frans “*contrôle*”) – controle leidt tot een verslag waarin een oordeel wordt gegeven over het getrouw beeld;
- 2) een beoordelingsopdracht, waarbij ook de termen “beoordeelt” en “beoordelingsverslag” (in het Frans “*évalue*” en “*rapport d’examen limité*”) worden gehanteerd.

De omvang en de inhoud van de opdrachten werden geenszins uitgebreid. Het was immers niet de bedoeling om middels de vertaling van de internationale terminologie in het Belgisch wetgevend kader de bestaande of voorgestelde beleidskeuzes te gaan wijzigen.

**2.** In dit hoofdstuk worden achtereenvolgens de aangepaste formuleringen en oordelen in de volgende bijzondere<sup>(2)</sup> opdrachten in vennootschappen<sup>(3)</sup> van het WVV behandeld:

- vrijwillige ontbinding;
- omzetting;
- belangenconflicten; en
- interimdividend.

<sup>(1)</sup> Voor een beschrijving van het onderscheid tussen *assurance*-opdrachten en andere opdrachten, zie H. DE WULF, “De implicaties van het Wetboek van vennootschappen en verenigingen voor de opdrachten van de commissaris bij vennootschappen: enkele opmerkingen”, *TAA* 2019, nr. 62, 10-12: <https://doc.icci.be/nl/Documents/publicaties/tijdschrift-taa/TAA-62-def.pdf>

<sup>(2)</sup> Voor een overzichtstabel van alle bijzondere opdrachten, zie: <https://doc.ibr-ire.be/nl/Documents/regelgeving-en-publicaties/rechtsleer/mededelingen/2019-09-Bijlage-2-Concordantietabel-bijzondere-opdrachten-WVV-update-19-09-2019.pdf>.

<sup>(3)</sup> In hoofdstuk 5 worden de nieuwe en gewijzigde bijzondere opdrachten in (1)VZW’s en stichtingen besproken.

## 3.2. VOORSTEL TOT VRIJWILLIGE ONTBINDING VAN VENNOOTSCHAPPEN

### 3.2.1. Inleiding

**134.** Een besloten vennootschap (BV), een coöperatieve vennootschap (CV), een naamloze vennootschap (NV), een Europese vennootschap (SE) of een Europese coöperatieve vennootschap (SCE) kan op elk ogenblik worden ontbonden door een besluit van de algemene vergadering genomen met inachtneming van de door het Wetboek van vennootschappen en verenigingen bepaalde vormvereisten, aanwezigheidsquorum en meerderheid (art. 2:71, §1 WVV). In dit verband bestaat in het kader van de door het WVV aangepaste alarmbelprocedure in de BV en de CV (art. 5:153 en 6:119 WVV) niet langer de mogelijkheid voor de algemene vergadering om te beslissen de vennootschap te ontbinden, zoals voorzien in het W. Venn. (art. 332 en 431)<sup>(4)</sup>.

De vennootschap onder firma (VOF) en de commanditaire vennootschap (CommV) zijn aan de bepalingen van de paragrafen 2 tot 4 van artikel 2:71 WVV onderworpen, indien zij gebruik wensen te maken van de procedure van ontbinding en vereffening in één akte (art. 2:71, §5 WVV). Dit houdt een uitbreiding van het toepassingsgebied van de bijzondere opdracht in.

Bij een vrijwillige ontbinding en invereffeningstelling van een vennootschap moet derhalve rekening worden gehouden met een aantal wettelijke formaliteiten<sup>(5)</sup> waaronder de tussenkomst van een notaris en van de commissaris of een door het bestuursorgaan aangewezen bedrijfsrevisor of externe accountant.

### 3.2.2. Ontbinding en vereffening in één akte

**135.** In artikel 2:80 WVV wordt de door artikel 184, §5 W. Venn. ingevoerde mogelijkheid hernomen om de voor de betaling van de nog openstaande schulden en de schulden die voortvloeien uit de vereffening en niet betaald zijn op het ogenblik van het verlijden van de akte noodzakelijke sommen te consigneren, zodat de vereffening meteen kan worden afgesloten.

Een nieuwigheid is dat de terugbetaling of consignatie niet is vereist voor wat betreft de schulden aan aandeelhouders, vennoten of derden wiens schuldvordering is opgenomen in de staat van activa en passiva bedoeld in artikel 2:71, §2, tweede lid, en die schriftelijk hebben bevestigd in te stemmen met de toepassing van de procedure van ontbinding en vereffening in één akte (art. 2:80, 2° WVV).

<sup>(4)</sup> R. AYDODGU, "Le nouveau régime de dissolution et de liquidation des sociétés" in *Le nouveau droit des sociétés et des associations. Le CSA sous la loupe*, Limal, Antemis, 2019, 455-456, nr. 6.

<sup>(5)</sup> Voor een bespreking : C. PIETTE, "Art. 181" in *Comm. V. en V.*, Mechelen, Kluwer, 1 augustus 2013, p. 10-24, nrs. 7-27. R. VAN BOVEN, "De ontbinding en vereffening van vennootschappen – de juridische aspecten" in *De meeste courante wettelijke opdrachten in het Wetboek van vennootschappen*, Brugge, die Keure, 2007, 104-112.

### 3.2.3. Verslag van het bestuursorgaan en staat van activa en passiva

**136.** Het voorstel tot ontbinding wordt toegelicht in een verslag van het bestuursorgaan. Het verslag wordt vermeld in de agenda van de algemene vergadering die zich over de ontbinding moet uitspreken (art. 2:71, §2, eerste lid WVV).

**137.** Bij het verslag van het bestuursorgaan wordt een staat van activa en passiva gevoegd. In tegenstelling tot artikel 181, §1 W. Venn. wordt de datum van dit verslag en de notie “staat van activa [van] niet meer dan drie maanden” door artikel 2:71, §2, tweede lid WVV verduidelijkt: “*niet meer dan drie maanden vóór de algemene vergadering die over het voorstel tot ontbinding moet besluiten is afgesloten.*”. De datum van drie maanden betreft het afsluiten en niet het vaststellen van de staat. Hiermee komt een einde aan de discussie in de rechtsleer inzake het tijdstip waarop de drie maanden moeten worden beoordeeld<sup>(6)</sup>.

### 3.2.4. Controleverslag

#### A. Wettelijke omschrijving van de opdracht

**138.** Artikel 2:71, §2, eerste lid WVV bepaalt: “*De commissaris of, als er geen commissaris is, een door het bestuursorgaan aangewezen bedrijfsrevisor of een externe accountant controleert deze staat, brengt daarover verslag uit en vermeldt inzonderheid of daarin een getrouw beeld wordt gegeven van de toestand van de vennootschap.*”.

Conform artikel 2:71 WVV wordt er verslag uitgebracht over het getrouw beeld van de staat van activa en passiva en wordt aldus geen melding meer gemaakt aangaande de volledigheid en de juistheid van de toestand weergegeven in de staat van activa en passiva.

Getrouw betekent dat de staat moet beantwoorden aan de vereisten van artikel 3:1 van het koninklijk besluit van 29 april 1919 tot uitvoering van het Wetboek van vennootschappen en verenigingen (art. 24 KB 30 januari 2001). De staat moet de aandeelhouders en derden correcte informatie verstrekken omtrent het maatschappelijk vermogen en het eigen vermogen van de te ontbinden vennootschap. In het bijzonder zal uit de staat moeten blijken of er latente meerwaarden bestaan die de omvang van het eigen vermogen gevoelig kunnen beïnvloeden in de positieve zin en of rekening werd gehouden met alle elementen die een negatieve impact kunnen hebben op de meerwaarde van het vermogen<sup>(7)</sup>.

<sup>(6)</sup> Voor een bespreking van deze discussie: C. PIETTE, “Art. 181” in *Comm. V. en V.*, Mechelen, Kluwer, 1 augustus 2013, p. 14-15, nr 13. R. AYDODGU, “Le nouveau régime de dissolution et de liquidation des sociétés” in *Le nouveau droit des sociétés et des associations. Le CSA sous la loupe*, Limal, Antemis, 2019, 456, nr. 7. In het algemeen: C. CLOTTENS “t Amendement. De tussentijdse staat van activa en passiva: referentiedatum en sanctie”, *TRV* 2015, 603.

<sup>(7)</sup> C. PIETTE, “Art. 181” in *Comm. V. en V.*, Mechelen, Kluwer, 1 augustus 2013, p. 18 die verwijst naar K. VAN HULLE, “Bepalingen inzake het commissariaat, de openbaarmaking van de jaarstukken en het jaarverslag” in Jan Ronse Instituut (ed.), *De nieuwe Vennootschapswetten van 7 en 13 april 1995*, Kalmthout, Biblo, 1995, 249.

### B. Controlewerkzaamheden

**139.** De normen inzake de controle bij het voorstel tot ontbinding van vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid van 6 december 2002 (hierna “de normen”) zijn van toepassing op de controleopdracht door de bedrijfsrevisor verricht in het kader van de artikelen 2:71, §2 en 2:80 WVV.

**140.** Ingevolge paragraaf 2.1.1. van de norm wordt een “volkomen controle” van de boekhoudkundige staat vereist. In de huidige context beoogt deze term de audit zoals gedefinieerd door de *International Standards on Auditing* (ISA’s). Paragraaf 1.3.2., tweede lid van de normen verduidelijkt evenwel dat “*dit doel te onderscheiden [is] van wat wordt beoogd door de controle van de jaarrekening, die een financiële staat is die aan de aandeelhouders en derden periodiek informatie verschaft over het vermogen, de financiële positie en het resultaat van de onderneming. De beroepsbeoefenaar zal zijn controlewerkzaamheden aanpassen aan het specifieke doel van deze controleopdracht.*”.

**141.** De te controleren staat van activa en passiva zal minstens bestaan uit de balans of een gelijkaardige tussentijdse situatie en een verklarende bijlage, die onder meer een samenvatting van rechten en verplichtingen kan bevatten. De staat van activa en passiva moet zonder toevoeging, noch weglating voortvloeien uit de balans van de rekeningen (par. 1.2. van de normen).

**142.** Paragraaf 2.1.1. van de normen bepaalt de omvang van het werkprogramma met betrekking tot de volkomen controle van de boekhoudkundige staat opgesteld bij de ontbinding van de vennootschap:

- de beoordeling van de administratieve organisatie van de vennootschap en de bijzondere risico’s waaraan zij is blootgesteld;
- de verificatie van de getrouwheid van de boekhoudkundige staat die voortvloeit uit de boekhouding opgesteld volgens het continuïteitsbeginsel;
- de verificatie van de waardecorrecties vereist door artikel 3:6, §2 van het koninklijk besluit van 29 april 2019; en
- het nazicht van het bijzonder verslag van het bestuursorgaan.

**143.** De uitvoering van een controleopdracht gebeurt thans conceptueel overeenkomstig de heersende controlestandaarden, *in casu* de ISA’s. Derhalve is het aan te raden om alle controlewerkzaamheden die door de ISA’s worden vereist, met inbegrip van de opdrachtaanvaarding en het bekomen van de schriftelijke bevestigingen van de leiding van de entiteit, uit te voeren.

Paragraaf 2.1.1. van de normen stelt immers dat de daar opgenomen elementen “in principe” deel uitmaken van de werkzaamheden en betreft aldus een niet-exhaustieve opsomming.

**144.** Op grond van het voorgaande zijn er vier fases in het kader van de controlewerkzaamheden te onderscheiden.

**145.** In de eerste fase identificeert de bedrijfsrevisor de voorgenomen verrichting. Met het oog daarop bestudeert hij het verslag van het bestuursorgaan van de vennootschap aan de algemene vergadering. Hij verzamelt bovendien alle informatie nodig om een voldoende kennis te verwerven van de vennootschap, haar risico's en de economische omgeving waarin zij beweegt.

In het licht van de toepassing van de ISA's op de opdracht, dienen de paragrafen 2.2.2 en 2.2.4. van de normen gelezen te worden met inbegrip van het door de ISA's vereiste uitvoeren van de risico-inschattingswerkzaamheden. De bedrijfsrevisor dient met andere woorden ook de risico's in kaart te brengen.

**146.** In de tweede fase van zijn werkzaamheden dient de bedrijfsrevisor, overeenkomstig paragraaf 2.3. e.v. van de normen, een analyse uit te voeren van de administratieve organisatie van de vennootschap.

**147.** In de derde fase van de opdracht dient de bedrijfsrevisor, overeenkomstig paragraaf 2.4. enz. van de normen, de bewijsstukken te verzamelen die hem, rekening houdend met de materialiteitsbepalingen (ISA 320), toelaten de saldi en transactiestromen te controleren van de balansrekeningen, zoals die voortvloeien uit de boekhouding, alvorens de correcties vereist door artikel 3:6, §2 van het koninklijk besluit van 29 april 2019 werden aangebracht.

**148.** In de vierde fase van de werkzaamheden, dient de bedrijfsrevisor, conform paragraaf 2.5. en verder van de normen, de waardecorrecties te bestuderen die werden aangebracht aan de rekeningen in toepassing van artikel 3:6, §2 van het koninklijk besluit van 29 april 2019.

Er dient te worden opgemerkt dat de latente meerwaarden en de latente belasting (schulden die pas ontstaan op het ogenblik van de ontbinding) niet moeten worden geboekt. In het kader van de ontbinding en vereffening in één akte (art. 2:80 WVV), hebben het IBR, het Instituut van de Accountants en Belastingconsulenten (IAB) en de Koninklijke Federatie van het Belgisch Notariaat (KFBN) hieromtrent een gezamenlijk bericht gepubliceerd <sup>(8)</sup>.

### C. Verslaggeving

**149.** Conform paragraaf 1.3.3. van de normen zal het verslag van de bedrijfsrevisor een uitvoerig verslag zijn, dit wil zeggen dat een gepaste beschrijving van de betekenisvolle posten van de staat van activa en passiva wordt gegeven met bijzondere aandacht voor de waarderingsregels en voor de voornaamste uitgevoerde controlewerkzaamheden. Het verslag moet bijdragen tot het verschaffen van inzicht aan de aandeelhouders en de vereffenaar in de werkelijkheid van het nettoactief. De boekhoudkundige staat wordt opgenomen in het verslag, of wordt erbij gevoegd (par. 3.6. van de normen). Het verslag van de bedrijfsrevisor zal bijgevolg een *long form report* zijn, doch waarbij kan worden verwezen naar de bijlagen bij het verslag.

<sup>(8)</sup> Ontbinding en vereffening in één akte – Gemeenschappelijk bericht IBR – IAB – KFBN, 25 juli 2014: <https://sfprod.ibr-ire.be/nl/actueel/news-detail/bericht-ontbinding-en-vereffening-in-n-akte-gemeenschappelijk-bericht-ibr-iab-kfbn>.



**150.** Conform artikel 2:71, §6, *in fine* WVV worden in de authentieke akte van de notaris de conclusies overgenomen van het verslag. Er wordt dan ook verwacht dat de volledige conclusie van de bedrijfsrevisor, met inbegrip van, in voorkomend geval, de paragraaf ter benadrukking van bepaalde aangelegenheden en de paragraaf inzake overige aangelegenheden, wordt opgenomen in de authentieke akte.

Inzake de inhoud en vorm van deze conclusie (par. 4 van de normen) wordt integraal verwezen naar de ISA's, in het bijzonder ISA 700. Het is dan ook aan te bevelen dat de ISA-terminologie wordt gehanteerd in het verslag over de staat van activa en passiva opgesteld door het bestuursorgaan.

Paragraaf 1.3.6. van de normen definieert wat onder de notie “getrouw” dient te worden verstaan: “*De boekhoudkundige staat moet getrouw zijn aan de werkelijkheid. Dat betekent dat de waarderingen te goeder trouw moeten worden verricht en dat het bestuursorgaan, indien nodig, de boekhoudkundige staat moet vervolledigen met een verklarende bijlage over de keuzes die het heeft gemaakt op het vlak van de waardering.*” Teneinde de gebruiker van het verslag volledig in te lichten, dient deze definitie ook te worden opgenomen in het verslag. Conform artikel 2:71, §2 WVV wordt er verslag uitgebracht over het getrouw beeld van de staat van activa en passiva en wordt, zoals vermeld *supra* in randnummer 138, geen melding meer gemaakt aangaande de volledigheid en de juistheid. Het gaat om een terminologische aanpassing aan de gebruikelijke auditterminologie, zonder dat er een inhoudelijke wijziging is van de uit te voeren controlewerkzaamheden. De vorige bewoordingen<sup>(9)</sup> deden een “*expectation gap*” ontstaan, aangezien juistheid en volledigheid van een boekhoudkundige staat zonder het materialiteitsbegrip niet kunnen worden gerealiseerd.

**151.** In een ISA-context kunnen een paragraaf ter benadrukking van bepaalde aangelegenheden of een paragraaf inzake overige aangelegenheden worden gebruikt (ISA 706).

**152** Een paragraaf ter benadrukking van bepaalde aangelegenheden is een in de controleverklaring opgenomen paragraaf waarin wordt verwezen naar een aangelegenheid die op passende wijze in de financiële overzichten is gepresenteerd of toegelicht en die, op grond van de oordeelsvorming van de bedrijfsrevisor, dermate belangrijk is dat ze fundamenteel is voor het begrip van gebruikers van de financiële overzichten.

Een paragraaf ter benadrukking van bepaalde aangelegenheden zou bijvoorbeeld kunnen worden gebruikt indien de staat van activa en passiva werd opgesteld in toepassing van continuïteit zoals voorzien door artikel 2:71, §2 WVV.

Het bestuursorgaan zou, voor de gevallen waarin wordt voorgesteld om de activiteiten van de vennootschap te beëindigen of indien er niet langer kan van worden uitgegaan dat de vennootschap haar bedrijf zal voortzetten de staat van de activa en passiva moeten

<sup>(9)</sup> Voor een bespreking van deze bewoordingen, zie C. PIETTE, “Art. 181” in *Comm. V en V*, Mechelen, Kluwer, 1 augustus 2013, p. 18 die verwijst naar K. VAN HULLE, “Bepalingen inzake het commissariaat, de openbaarmaking van de jaarstukken en het jaarverslag” in Jan Ronse Instituut (ed.), *De nieuwe Vennootschaps wetten van 7 en 13 april 1995*, Kalmthout, Biblio, 1995, 249.

opstellen in een discontinuïteitsveronderstelling overeenkomstig de waarderingsregels opgenomen in artikel 3:6, §2 van het koninklijk besluit van 29 april 2019. Als het bestuursorgaan een staat van activa en passiva opstelt in discontinuïteit, dan is het aan te bevelen om deze staat in de verklarende bijlage te vergelijken met de staat van activa en passiva in continuïteit. Indien het bestuursorgaan niet tot deze vergelijking overgaat, zal de beroepsbeoefenaar de opportuniteit nagaan om deze vergelijking in zijn verslag op te nemen (par. 1.2.2. van de normen). In deze context is het derhalve de verantwoordelijkheid van het bestuursorgaan om de nodige toelichtingen met betrekking tot de effecten van de discontinuïteitsveronderstelling op te nemen. De beroepsbeoefenaar gaat na of de door het bestuursorgaan gehanteerde discontinuïteitsveronderstelling en de door deze laatste verstrekte toelichtingen gepast zijn.

**153.** Een paragraaf inzake overige aangelegenheden is een in de controleverklaring opgenomen paragraaf waarin wordt verwezen naar een andere aangelegenheid dan de in de financiële overzichten gepresenteerde of toegelichte aangelegenheden die, op grond van de oordeelsvorming van de bedrijfsrevisor, relevant is voor het begrip van gebruikers van de controle, de verantwoordelijkheden van de auditor of de controleverklaring (ISA 706, par. 5).

Overeenkomstig paragraaf 3.3. van de normen moet het verslag van de bedrijfsrevisor de gebeurtenissen vermelden die zich hebben voorgedaan of die hem ter kennis zijn gebracht na de afsluiting van de boekhoudkundige staat, in de mate waarin zij van betekenis zijn voor de beslissing tot ontbinding. Dit zal worden opgenomen in hetgeen in een ISA-context een paragraaf inzake overige aangelegenheden wordt genoemd.

Het komt in eerste instantie toe aan het bestuursorgaan om de feiten na afsluiting van de boekhoudkundige staat te verwerken in de afsluiting (als *adjusting* of *nonadjusting event*). Ofwel is dit gebeurd en kan de beroepsbeoefenaar de aandacht vestigen op deze rapportering. Ofwel is dit niet gebeurd en dan kan hij zich niet in de plaats stellen van het bestuursorgaan; dit kan alleen impact hebben op zijn verklaring.

Ook de paragrafen 3.4. van de normen betreffen een paragraaf inzake overige aangelegenheden. Voorbeelden van punten die hierin opgenomen kunnen worden zijn mogelijks, in het kader van artikel 2:80 WVV, de liquidatiebonus, de belasting ten gevolge van de uitbreng, de vermelding dat er geen schulden meer zijn ontstaan tussen de ondertekening van het verslag en het verlijden van de akte, de vermelding dat de schulden t.a.v. vennoten of aandeelhouders, of derden zoals vermeld in de staat van activa en passiva, zijn terugbetaald of de nodige gelden om die te voldoen werden geconsigneerd of desgevallend de schriftelijke instemming van vennoten of aandeelhouders, of derden met de toepassing van de mogelijkheid van de ontbinding en vereffening in één akte waardoor hun vorderingen niet dienden te worden terugbetaald of geconsigneerd. Deze punten worden immers niet toegelicht in het financieel overzicht.

**154.** Overeenkomstig artikel 2:80, 2°, eerste lid WVV kan een ontbinding en vereffening slechts in één akte indien, onder meer, in het verslag werd vastgesteld dat de schulden aan derden werden terugbetaald of de nodige gelden om deze te voldoen

werden geconsigneerd. De toelichting uitgewerkt door het IBR, het IAB en de KFBN omtrent de ontbinding en vereffening in één akte stelt hierbij dat de beroepsbeoefenaar bij zijn controlewerkzaamheden – in voorkomend geval – in het bijzonder zal nagaan of de schulden opgenomen in de staat van activa en passiva op datum van ondertekening van het controleverslag werden terugbetaald of de nodige gelden om deze te voldoen, werden geconsigneerd. Dit wordt opgenomen in een paragraaf inzake overige aangelegenheden, doch slechts indien er schulden (passiva) bestaan. De verantwoordelijkheid van de commissaris slaat op de situatie waarin er passiva zijn en waarbij de commissaris moet nagaan dat deze werden terugbetaald of geconsigneerd tot aan het verlijden van de authentieke akte.

Artikel 2:80, 2° tweede lid WVV voorziet in een uitzondering op het eerste lid van artikel 2:80, 2° WVV, namelijk in het geval dat er een schriftelijke instemming aanwezig is van vennoten of aandeelhouders, of derden, inzake de toepassing van de mogelijkheid van de ontbinding en vereffening in één akte. Ingevolge deze expliciete toestemming vervalt de verplichting dat hun vorderingen opgenomen in de staat van activa en passiva dienen te worden terugbetaald of geconsigneerd opdat de akte zou kunnen plaatsvinden.

Voortaan is de terugbetaling of consignatie niet vereist voor wat betreft de schulden aan aandeelhouders, vennoten of derden onder de volgende drie voorwaarden (art. 2:80, eerste lid, 2° WVV):

- 1) hun schuldvordering is opgenomen in de staat van activa en passiva bedoeld in artikel 2:71, §2, tweede lid WVV;
- 2) zij hebben schriftelijk bevestigd in te stemmen met de toepassing van deze bepaling; en
- 3) de beroepsbeoefenaar bevestigt dit schriftelijk akkoord in de conclusies van zijn verslag (art. 2:80, 2°, *in fine* WVV).

Onder voormelde voorwaarden kan de ontbinding en vereffening in één akte voortaan dus van toepassing zijn op een deficitaire vereffening<sup>(10)</sup>, met name een vereffening waarvan uit de staat van activa en passiva naar aanleiding van de ontbinding blijkt dat niet alle schuldeisers volledig kunnen worden terugbetaald.

**155.** In paragraaf 3.5. van de normen worden de verschillende soorten van oordeel toegelicht. In de context van de ISA's gaat het om een oordeel zonder voorbehoud, een oordeel met voorbehoud, een afkeurend oordeel of een oordeelonthouding.

Een oordeel zonder voorbehoud dient, overeenkomstig paragraaf 35 van ISA 700, tot uitdrukking te worden gebracht indien er voldoende en geschikte controle-informatie werd verkregen dat de financiële overzichten vrij zijn van een afwijking van materieel belang. De doelstellingen en vereisten voor de bedrijfsrevisor om te kunnen concluderen of er voldoende en geschikte controle-informatie werd verkregen, worden in de ISA's zelf weergegeven.

<sup>(10)</sup> R. AYDODGU, "Le nouveau régime de dissolution et de liquidation des sociétés" in *Le nouveau droit des sociétés et des associations. Le CSA sous la loupe*, Limal, Antemis, 2019, 463-464, nr. 22.

Eigen aan het oordeel met voorbehoud is het feit dat het (mogelijk) effect van de aangelegenheid die de aanleiding vormt voor het aanpassen van het oordeel als van materieel belang, doch niet als van diepgaande invloed (*not pervasive*) op de financiële overzichten wordt beschouwd. Dit kan zowel gebeuren in de situatie dat de financiële overzichten een afwijking van materieel belang bevatten, als in de situatie waarbij de bedrijfsrevisor, bijvoorbeeld om redenen van een van materieel belang zijnde beperking in de uitvoering van de controle (*scope limitation*), niet in staat is voldoende en geschikte controle-informatie te verkrijgen dat de financiële overzichten vrij zijn van afwijkingen van materieel belang.

Eigen aan het afkeurend oordeel is het feit dat het effect van de afwijking op de financiële overzichten, zowel als zijnde van materieel belang als van diepgaande invloed (*pervasive*) op die financiële overzichten wordt beschouwd. Dat betekent dat het tot uitdrukking brengen van een oordeel met voorbehoud door de bedrijfsrevisor als onvoldoende wordt geacht in de gegeven omstandigheden van de controleopdracht.

De bedrijfsrevisor formuleert een oordeelonthouding indien hij niet in staat is voldoende en geschikte controle-informatie te verkrijgen in de gegeven omstandigheden (bv. omwille van redenen van een beperking in de uitvoering van de controle), en deze situatie zowel als zijnde van materieel belang als van diepgaande invloed op de financiële overzichten wordt beschouwd.

#### *D. Mogelijke structuur van het verslag van de beroepsbeoefenaar*<sup>(11)</sup>

##### **156. Opdracht**

*[De commissaris [bedrijfsrevisor] zet in algemene bewoordingen de opdracht die hem is toevertrouwd uiteen (par. 3.1. van de normen)]*

##### **157. Beschrijving**

*[Het verslag van de commissaris [bedrijfsrevisor] zal een gepaste beschrijving geven van de betekenisvolle posten van de staat van activa en passiva met bijzondere aandacht voor de waarderingsregels en voor de voornaamste uitgevoerde controlewerkzaamheden. (par. 1.3.3. van de normen) Indien hij de boekhoudkundige staat niet opneemt in zijn verslag, kan de commissaris [bedrijfsrevisor] hiervoor verwezen worden naar de bij het verslag gevoegde boekhoudkundige staat. (par. 3.6. van de normen)]*

##### **158. Conclusie**

*Overeenkomstig artikel 2:71 van het Wetboek van vennootschappen en verenigingen brengen wij aan de [buitengewone] algemene vergadering verslag uit in het kader van onze opdracht als commissaris [bedrijfsrevisor],*

<sup>(11)</sup> Slides 40 tot 43 van de presentatie van M. MANNEKENS, “WVV Wettelijke opdrachten: nieuwe opdrachten of belangrijke wijzigingen” op het ICCI-seminarie van 19 juni 2019 “Nieuwe en gewijzigde bijzondere opdrachten in de BV, CV en NV”.

*waarvoor wij aangesteld zijn [verwijzing naar het aanstellingsdocument]. Wij hebben de controle uitgevoerd van de hierbij gevoegde staat van activa en passiva per xx/xx/xx van de vennootschap opgesteld op grond van het in België van toepassing zijnde boekhoudkundig referentiestelsel.*

*Verantwoordelijkheid van het bestuursorgaan voor het opstellen van de staat van activa en passiva...*

*Verantwoordelijkheid van de commissaris [bedrijfsrevisor]...*

Oordeel zonder voorbehoud

*Benadrukking van een bepaalde aangelegenheid*

INDIEN VAN TOEPASSING [Zonder afbreuk te doen aan ons hierboven tot uitdrukking gebracht oordeel, vestigen wij de aandacht op het feit dat de staat van activa en passiva is opgesteld in toepassing van de regels van *going concern*. Wij verwijzen hiervoor uitdrukkelijk naar de bepalingen zoals opgenomen in het verslag van het bestuursorgaan en in de toelichting bij de staat van activa en passiva.]

INDIEN VAN TOEPASSING [Zonder afbreuk te doen aan ons hierboven tot uitdrukking gebracht oordeel, vestigen wij de aandacht op het feit dat de staat van activa en passiva is opgesteld met in acht name van artikel 3:6, §2 van het koninklijk besluit van 29 april 2019 tot uitvoering van het Wetboek van vennootschappen en verenigingen. Wij verwijzen hiervoor uitdrukkelijk naar de bepalingen zoals opgenomen in het verslag van het bestuursorgaan en de toelichting bij de staat van activa en passiva.]

*Overige aangelegenheid*

INDIEN VAN TOEPASSING [De te verstrekken stukken en informatie werden ons niet tenminste één maand voor de [buitengewone] algemene vergadering overhandigd, zodat wij niet in de mogelijkheid waren het verslag over te maken aan de vennootschap 15 dagen vóór de [buitengewone] algemene vergadering. Deze laattijdigheid heeft evenwel geen wezenlijke invloed op onze controle uitgeoefend.]

INDIEN VAN TOEPASSING [Wij vestigen op toelichting X inzake de gebeurtenissen die zich hebben voorgedaan na de afsluiting van de boekhoudkundige staat, in de mate waarin zij van betekenis zijn voor de beslissing tot ontbinding.]

*Beperking van verspreiding van onze conclusie*

Deze conclusie werd uitsluitend opgemaakt ingevolge artikel 2:71, §1 van het Wetboek van vennootschappen en verenigingen en mag niet voor andere doeleinden worden aangewend.

### 3.3. OMZETTING VAN VENNOOTSCHAPPEN

#### 3.3.1. Inleiding

**159.** De omzetting wijzigt de rechtsvorm van een rechtspersoon, die blijft bestaan in de nieuw aangenomen rechtsvorm. De rechtspersoon die werd omgezet, wordt dus niet ontbonden en er wordt geen nieuwe rechtspersoon opgericht. Het besluit tot omzetting wordt door de algemene vergadering genomen.

In Boek 14 WVV wordt de omzetting geregeld. De bestaande regels van boek XII van het W. Venn. zijn van toepassing op alle rechtspersonen die door het WVV worden hernomen, maar aangepast aan de kapitaallose BV en CV, gelet op de afschaffing van de notie kapitaal in deze vennootschapsvormen.

**160.** De bestaande regels inzake nationale omzetting worden aangevuld met een nieuwe regeling voor de grensoverschrijdende omzetting, dat wil zeggen de grensoverschrijdende verplaatsing van de statutaire zetel van de vennootschap. Immers, de invoering van de statutaire zetelleer moet in combinatie worden gezien met de invoering van een procedure tot grensoverschrijdende omzetting (zetelverplaatsing). In tegenstelling tot de situatie naar oud recht, waarbij het op een vennootschap met rechtspersoonlijkheid toepasselijke recht wordt gewijzigd ten gevolge van een verplaatsing van haar werkelijke zetel, kan een vennootschap met rechtspersoonlijkheid het op haar toepasselijke vennootschapsrecht alleen wijzigen via de procedure tot grensoverschrijdende omzetting <sup>(12)</sup>.

#### 3.3.2. Procedure voorafgaand aan het besluit tot omzetting

##### A. Overzicht

**161.** De procedure voorafgaand aan het besluit tot omzetting kan als volgt worden samengevat, met name het opmaken van :

- een staat van activa en passiva van de vennootschap (art. 14:3 WVV);
- een toelichtingsverslag door het bestuursorgaan (art. 14:5 WVV); en
- een controleverslag (art. 14:4 WVV).

<sup>(12)</sup> Voor een bespreking van de procedures van emigratie en immigratie van vennootschappen, lees E.-J. NAVEZ en H. CULOT “Les réorganisations de personnes morales. Présentation des principales innovations du CSA” in *Le nouveau droit des sociétés et des associations. Le CSA sous la loupe*, Limal, Antemis, 2019, 445-452. Artikel 14:21, tweede lid WVV schrijft ingeval van emigratie – doch verrassend niet ingeval van immigratie – de tussenkomst van een beroepsbeoefenaar voor zoals voor een nationale omzetting. De staat van activa en passiva mag evenwel niet meer dan vier maanden vóór de algemene vergadering die over het voorstel tot grensoverschrijdende omzetting moet besluiten, zijn afgesloten. De Memorie van toelichting bevat geen verduidelijking waarom men hier over vier maanden in plaats van de gebruikelijke drie maanden beschikt.

### B. Staat van activa en passiva

**162.** De staat van activa en passiva, die niet meer dan drie maanden oud mag zijn op de dag van de omzetting, met name de dag van de algemene vergadering die de omzetting goedkeurt, moet zonder toevoeging, noch weglating voortvloeien uit de rekeningenbalans. Wanneer er aanzienlijke niet in de balans opgenomen verplichtingen zijn, moet daar eveneens melding van worden gemaakt.

In tegenstelling tot artikel 776 W. Venn. wordt de datum van dit verslag en de notie “staat van activa [van] niet meer dan drie maanden” door artikel 14:3, eerste lid WVV verduidelijkt: “*niet meer dan drie maanden vóór de algemene vergadering die over het voorstel tot omzetting moet besluiten is afgesloten.*”. De datum van drie maanden betreft het afsluiten en niet het vaststellen van de staat. Hiermee komt een einde aan de discussie inzake het tijdstip waarop de drie maanden moeten worden beoordeeld<sup>(13)</sup>. Met de datum waarop deze staat is “afgesloten” wordt de datum bedoeld van de tussentijdse cijfers, wat niet noodzakelijk overeenkomt met de datum waarop de staat zelf (d.i. het document dat deze tussentijdse cijfers bevat) is opgesteld<sup>(14)</sup>.

**163.** Krachtens artikel 14:3, tweede lid WVV: “*Wanneer het nettoactief kleiner is dan het in de voormelde staat opgenomen kapitaal, vermeerderd met alle reserves die krachtens de wet of de statuten niet mogen worden uitgekeerd, of, als de vennootschap geen kapitaal heeft, het eigen vermogen, dan besluit de staat met de vermelding van het verschil.*”.

Hieruit volgt dat de staat van activa en passiva niet beperkt is tot de balans.

**164.** De staat van activa en passiva dient om het nettoactief te bepalen. Bijgevolg moet bijzondere aandacht worden besteed aan het nazicht van deze staat, zelfs wanneer het om een staat van activa en passiva gaat waarvan de datum niet overeenstemt met de afsluitingsdatum van het boekjaar. Zo moet louter bij wijze van voorbeeld rekening worden gehouden met de te betalen eindejaarspremies, het vakantiegeld, de te ontvangen of op te stellen facturen, bezoldigingen aan het bestuursorgaan, de belasting op het tussentijds resultaat, enz.

### C. Bijzonder verslag van het bestuursorgaan

**165.** Aangezien, overeenkomstig de toepasselijke regels, de beroepsbeoefenaar die het controleverslag opmaakt, moet vermelden dat hij kennis heeft genomen van het verslag van het bestuursorgaan, moet dit verslag noodzakelijkerwijs door het bevoegde orgaan

<sup>(13)</sup> Voor een bespreking van deze discussie : E. SPRUYT, “Art. 774-788” in *Comm. V. en V.*, Mechele, Kluwer, 15 mei 2008, p. 26; J. DE COSTER, “De omzetting van vennootschappen – de juridische aspecten” in *De meeste courante wettelijke opdrachten in het Wetboek van vennootschappen*, Brugge, die Keure, 2007, 271-272. In het algemeen, zie ook C. CLOTTENS “’t Amendement. De tussentijdse staat van activa en passiva: referentiedatum en sanctie”, *TRV* 2015, 604.

<sup>(14)</sup> Memorie van toelichting van het wet van 23 maart 2019 tot invoering van het Wetboek van vennootschappen en verenigingen en houdende diverse bepalingen, *Parl. St.* Kamer 2018-19, nr. 54K 3119/001, 323.

worden opgesteld, voordat de beroepsbeoefenaar zijn verslag afsluit. Bij dit verslag wordt de staat van activa en passiva gevoegd (art. 14:5 WVV).

Dit bijzonder verslag moet de redenen bevatten waarom het bestuursorgaan voorstelt de rechtsvorm te wijzigen. In voorkomend geval moeten de gevolgen worden uitgelegd die de wijziging kan hebben voor de aandeelhouders of voor het bestuursorgaan.

#### D. Controleverslag

**166.** Wat de opdracht van de commissaris bij elke omzetting betreft, of als er geen commissaris is, de aangewezen bedrijfsrevisor of externe accountant, “**brengt deze over de staat van activa en passiva verslag uit en vermeldt inzonderheid of het nettoactief is overgewaardeerd.**” (art. 14:4, eerste lid WVV). Het woord “enige” in de formulering “enige overwaardering” werd geschrapt.

De beroepsbeoefenaar voert immers slechts een beperkte controle uit<sup>(15)</sup>, het betreft geen certificering dat de staat een volledig, getrouw en juist beeld geeft van de vennootschap, hetgeen slechts mogelijk is na een volledige controle<sup>(16)</sup>, op grond waarvan men zijn opdracht in een internationale context zou kunnen kwalificeren als een beoordeling van tussentijdse financiële informatie (*International Standards on Review Engagements*, ISRE 2410) voor de commissaris en een beoordeling van financiële overzichten (ISRE 2400) voor de bedrijfsrevisor.

**167.** Artikel 14:4, tweede lid WVV bepaalt het volgende: “*Indien, in het geval bedoeld in artikel 14:3, tweede lid, het nettoactief van de vennootschap kleiner is dan het in de staat van activa en passiva opgenomen kapitaal of, als de vennootschap geen kapitaal heeft, het eigen vermogen, dan besluit het verslag met de vermelding van het verschil.*”

Men kan zich de vraag stellen hoe artikel 14:4, tweede lid WVV moet worden uitgelegd en meer bepaald wat er in dit lid wordt bedoeld met de noties “nettoactief” en “eigen vermogen”.

Om deze vraag te beantwoorden, kan worden verwezen naar artikel 5:142, eerste lid WVV dat stelt:

*“Geen uitkering mag gebeuren indien het nettoactief van de vennootschap negatief is of ten gevolge daarvan negatief zou worden. Indien de vennootschap beschikt over eigen vermogen dat krachtens de wet of de statuten onbeschikbaar is, mag geen uitkering gebeuren indien het nettoactief is gedaald of door een uitkering zou dalen tot beneden het bedrag van dit onbeschikbare eigen*

<sup>(15)</sup> K. GEENS, F. HELLEMANS en M. WYCKAERT “Artikelsgewijze commentaar van de inhoudelijke wijzigingen ingevolge het Wetboek van vennootschappen” in *Het Wetboek van vennootschappen en zijn uitvoeringsbesluit*, Kalmthout, Biblo, 1995, 2002, 399-400 met verwijzing naar de Memorie van toelichting, p. 166.

<sup>(16)</sup> Zie B. DE CALUWE en S. VAN LOOCK, “Reorganisatie en groepsvorming – Omzetting en aansprakelijkheid” in X, *Bestendig Handboek Vennootschap & Aansprakelijkheid*, Antwerpen, Kluwer, 2007, losbl. 9.



*vermogen. Voor de toepassing van deze bepaling wordt het niet afgeschreven gedeelte van de herwaarderingsmeerwaarden als onbeschikbaar beschouwd.”*

De Memorie van toelichting betreffende deze bepaling <sup>(17)</sup> geeft aan:

*“In de ontworpen bepaling wordt een definitie gegeven van het principieel uitkeerbare vermogen. Deze bepaling wordt aangepast in het licht van de afschaffing van het kapitaal. Het uitgangspunt is dat het nettoactief niet negatief mag zijn of door de uitkering mag worden. Indien de oprichters, of bij latere inbrengen de aandeelhouders, ervoor hebben geopteerd om hun inbrengen statutair onbeschikbaar te maken, of indien er wettelijke of statutair niet uitkeerbare reserves zijn, moet daarmee evenwel rekening worden gehouden.”*

Een mogelijke interpretatie van artikel 14:4, tweede lid WVV bestaat erin dat men hier het eigen vermogen bedoelt dat krachtens de wet of de statuten onbeschikbaar is.

Deze contradictie in kapitaallose vennootschapopen zal worden opgelost door de artikelen 157 en 158 van het wetsvoorstel 0553 tot omzetting van Richtlijn (EU) 2017/828 van het Europees Parlement en de Raad van 17 mei 2017 tot wijziging van Richtlijn 2007/36/EG wat het bevorderen van de lange termijnbetrokkenheid van aandeelhouders betreft, en houdende vennootschaps- en verenigingsbepalingen die de zinsnede *“of, als de vennootschap geen kapitaal heeft, het eigen vermogen,”* schrapt <sup>(18)</sup>.

**168.** De normen inzake het verslag op de stellen bij de omzetting van een vennootschap van 4 oktober 2002 (hierna “de normen”) zijn van toepassing op deze opdracht.

Het nettoactief omvat het kapitaal, de uitgiftepremies, de herwaarderingsmeerwaarden, de reserves, de overgedragen winst of het overgedragen verlies en de kapitaalsubsidies (par. 1.3.2. van de normen).

Overeenkomstig paragraaf 2.1. van de normen voert de beroepsbeoefenaar zijn opdracht uit volgens een gepast werkprogramma. Zijn verschillende werkzaamheden en het bewijskrachtig materiaal ter ondersteuning ervan worden opgenomen in een werkdoosier.

Wanneer hij de verificatie doet van de staat van activa en passiva van de vennootschap bij het aannemen door deze van een andere rechtsvorm, identificeert de beroepsbeoefenaar in de eerste fase van zijn werkzaamheden de voorgenomen verrichting (par. 2.2. van de normen).

<sup>(17)</sup> Memorie van toelichting van het wet van 23 maart 2019 tot invoering van het Wetboek van vennootschappen en verenigingen en houdende diverse bepalingen, *Parl. St.* Kamer 2018-19, nr. 54K 3119/001, 177-178.

<sup>(18)</sup> Wetsvoorstel van mevrouw Leen DIERICK van 4 oktober 2019 tot omzetting van Richtlijn (EU) 2017/828 van het Europees Parlement en de Raad van 17 mei 2017 tot wijziging van Richtlijn 2007/36/EG wat het bevorderen van de lange termijnbetrokkenheid van aandeelhouders betreft, en houdende vennootschaps- en verenigingsbepalingen, *Parl. St.* Kamer 2019-20, nr. 55K 0553/001, 118.

Overeenkomstig paragraaf 2.3. van de normen voert de beroepsbeoefenaar in de tweede fase van zijn werkzaamheden een analyse uit van de administratieve organisatie, hoofdzakelijk met betrekking tot de maatregelen die de betrouwbaarheid garanderen van de boekhouding.

In de derde fase van zijn opdracht zal de beroepsbeoefenaar het bewijskrachtig materiaal verzamelen dat hem toelaat de saldi te bekrachtigen van de rekeningen opgenomen in de staat van activa en passiva die bij het verslag van het bestuursorgaan is gevoegd (par. 2.4. van de normen).

Conform paragraaf 2.5. van de normen moeten de werkzaamheden van de beroepsbeoefenaar voldoende zijn om hem toe te laten te besluiten dat de staat die de activa- en passivatoestand weergeeft, een redelijke basis vormt voor de berekening van het nettoactief.

De beroepsbeoefenaar berekent het nettoactief van de vennootschap met aandacht voor de naleving van de wettelijke en reglementaire bepalingen, in hoofdzaak met betrekking tot de samenstelling van het maatschappelijk kapitaal van de vennootschap (par. 2.6. van de normen).

Overeenkomstig paragraaf 2.7. van de normen moet de beroepsbeoefenaar in de uitoefening van zijn opdracht aandacht besteden aan elke schending van de boekhoudwetgeving, van de vennootschapswetgeving of van de statuten die een invloed zouden kunnen hebben op de staat van activa en passiva en meer in het algemeen op de goede afloop van de verrichting van wijziging van de rechtsvorm van de vennootschap.

Als de beroepsbeoefenaar in de loop van zijn werkzaamheden gebeurtenissen vaststelt na de afsluitingsdatum van de staat van activa en passiva die een betekenisvol effect kunnen hebben op de voorstelling van de staat van activa en passiva of het bedrag van het nettoactief, dan moet hij dat melden in zijn verslag (par. 2.8. van de normen).

De normen vereisen evenwel een aanpassing op een aantal punten:

- 1) Het materialiteitsaspect wint aan belang, Cf. paragraaf 1.4.3., laatste lid van de normen: *“Het materialiteitsprincipe is van toepassing bij het verrichten van de verificaties en eventuele aanpassingen aan de rubrieken van het actief, de voorzieningen en de schulden”*.

De daaropvolgende zin *“Voor wat betreft het besluit met betrekking tot het nettoactief daarentegen, dient elke overwaardering, ongeacht het belang ervan, te worden vermeld.”* dient voor niet-geschreven te worden gehouden.

Dit geldt ook voor paragraaf 3.2.1. *“De beroepsbeoefenaar moet in zijn verslag vermelden dat het doel van zijn opdracht bestaat in het opsporen van elke overwaardering van het nettoactief zoals dat blijkt uit de door het bestuursorgaan opgestelde staat van activa en passiva.”*

Op basis van de hiërarchie van de rechtsbronnen primeert het WVV op de normen en dienen de controlewerkzaamheden niet langer te focussen op “*elke overwaardering*”.

- 2) Paragraaf 2.1.1. van de normen vereist in het controleprogramma het nazicht van het bijzonder verslag van het bestuursorgaan. Op basis van een letterlijke lezing is dit niet wettelijk voorgeschreven. Dit verslag wordt in het WVV vermeld nadat het bestuursorgaan de staat van activa en passiva heeft opgesteld en na het verslag van de beroepsbeoefenaar. Paragraaf 3.6.1. van de normen inzake het verslag stelt immers: “*Als de beroepsbeoefenaar het schriftelijk verslag van het bestuursorgaan ter verantwoording van de omzetting van de vennootschap niet heeft kunnen bekomen vóór hij zelf zijn verslag heeft opgesteld, dan kan hij zijn getekend verslag niet afleveren. In zulk geval zou de commissaris een verslag van niet-bevinding moeten afleveren.*”.

**169.** Een mogelijk aangepast voorbeeld<sup>(19)</sup> van besluit luidt als volgt: “*Onze werkzaamheden zijn er inzonderheid op gericht na te gaan of het **nettoactief is overgewaardeerd**, zoals dat blijkt uit de staat van activa en passiva per ... (datum) die het bestuursorgaan van de vennootschap heeft opgesteld. Uit onze werkzaamheden, uitgevoerd overeenkomstig de normen inzake het verslag op te stellen bij de omzetting van een vennootschap, zijn er geen elementen naar voren gekomen die ons erop wijzen dat het **nettoactief is overgewaardeerd**, in alle van materieel belang zijnde opzichten, in overeenstemming met het in België van toepassing zijnde boekhoudkundig referentiestelsel.*”.

<sup>(19)</sup> Slide 57 van de presentatie van O. VERTESEN, “Nouvelles missions spéciales et missions adaptées dans la SRL et la SA” op het ICCI-seminarie van 18 juni 2019 “Nouvelles missions spéciales et missions adaptées dans la SRL, la SC et la SA”.

### 3.4. BELANGENCONFLICTENREGELING IN VENNOOTSCHAPPEN

#### 3.4.1. Belangenconflict in hoofde van bestuurders

##### A. Toepassingsgebied

**170.** Indien een bestuurder in een NV rechtstreeks of onrechtstreeks, een belang van vermogensrechtelijke aard heeft dat strijdig is met het belang van de vennootschap naar aanleiding van een beslissing of een verrichting die tot de bevoegdheid van het bestuursorgaan behoort, moet de procedure van artikel 7:96 WVV (art. 523 W. Venn.) worden gevolgd.

Artikel 7:115 WVV herneemt de procedure van artikel 7:96 WVV ingeval van een NV met raad van toezicht en directieraad (dual bestuur) (zie ook art. 7:117 WVV).

De artikelen 5:76 tot 5:78 WVV verduidelijken hoe de belangenconflictenregeling moet worden toegepast in elk van de mogelijke bestuursvormen van de BV. Het bestuur van de BV kan immers verschillende vormen aannemen met uitzondering van het dual systeem met een raad van toezicht dat enkel voorbehouden is voor de NV: één of meerdere bestuurders, natuurlijke of rechtspersonen, die individueel bevoegd zijn of een college vormen. De artikelen 6:64 tot 6:66 WVV voorzien in de belangenconflictenregeling voor de CV.

Ingeval van een belangenconflict in hoofde van de enige bestuurder in een BV of een NV met meerdere aandeelhouders, wordt het voorgenomen besluit ter goedkeuring aan de algemene vergadering voorgelegd. Wanneer de enige bestuurder in een NV een rechtspersoon is met een collegiaal bestuur en een van de bestuurder heeft een belangenconflict (art. 7:102 WVV), wordt de belangenconflictenregeling binnen het collegiaal bestuur toegepast, tenzij alle bestuurders geconflicteerd zijn, in welk geval het voorgenomen besluit ter goedkeuring aan de algemene vergadering wordt voorgelegd<sup>(20)</sup>. Als de enige bestuurder ook de enige aandeelhouder is, kan deze zelf de beslissing nemen.

Wat de inwerkingtreding van de nieuwe belangenconflictenregeling voor bestaande vennootschappen betreft, is het zo dat wanneer de jaarrekening wordt afgesloten vóór 1 januari 2020, maar de commissaris zijn verslag na die datum opstelt, een bijzondere waakzaamheid aan de dag moet worden gelegd, omdat het mogelijk is dat hij beide Wetboeken tegelijk moet toepassen. Indien het belangenconflict plaatsvindt vóór 1 januari 2020 is het W. Venn. van toepassing. Indien er een belangenconflict plaatsvindt na 1 januari 2020 is het WVV van toepassing. Ongeacht het Wetboek waarnaar de commissaris – in functie van de afsluitingsdatum van de jaarrekening – moet verwijzen, dient hij in zijn commissarisverslag te melden overeenkomstig de hierboven uiteengezette principes.

<sup>(20)</sup> H. BRAECKMANS en R. HOUBEN, *Het nieuwe Wetboek van vennootschappen en verenigingen. Frisse wind of storm op zee?*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 70-71, nr. 94.

**171.** De betrokken bestuurder moet een vermogensrechtelijk belang hebben. Hieruit volgt dat een belang van louter affectieve, morele, familiale, vriendschappelijke, maatschappelijke, politieke of ideologische aard niet volstaat <sup>(21)</sup>. Ook het vermogensrechtelijk belang dat de bestuurder niet eigen zou zijn, wordt uitgesloten. Het lidmaatschap van een bestuurder van twee raden van bestuur van verschillende vennootschappen <sup>(22)</sup> valt bijgevolg niet onder het toepassingsgebied.

**172.** Het belang kan rechtstreeks of onrechtstreeks zijn. Een onrechtstreeks belang vloeit bijvoorbeeld voort uit het feit dat de wederpartij van de door de vennootschap aangegane overeenkomst de echtgenote van de betrokken bestuurder is of de wederpartij een vennootschap is waarvan hij bestuurder of aandeelhouder is <sup>(23)</sup>.

**173.** De belangenconflictenregeling voorziet in twee uitzonderingen <sup>(24)</sup>. Een eerste uitzondering bepaalt dat de procedure niet van toepassing is wanneer de beslissingen of de verrichtingen die tot de bevoegdheid behoren van de raad van bestuur, betrekking hebben op beslissingen of verrichtingen die tot stand zijn gekomen tussen vennootschappen waarvan de ene rechtstreeks of onrechtstreeks ten minste 95% bezit van de stemmen verbonden aan het geheel van de door de andere vennootschap uitgegeven effecten, dan wel tussen vennootschappen waarvan ten minste 95% van de stemmen verbonden aan het geheel van de door elk van hen uitgegeven effecten in het bezit zijn van een andere vennootschap. Een tweede uitzondering is ingebouwd ten aanzien van de gebruikelijke verrichtingen die plaatshebben onder de voorwaarden en tegen de zekerheden die op de markt gewoonlijk gelden voor soortgelijke verrichtingen. De Juridische Commissie van het IBR oordeelt dat het begrip “gebruikelijke verrichting” niet gelijkgeschakeld kan worden met het dagelijks bestuur, dat een engere betekenis heeft <sup>(25)</sup>.

## B. Procedure

### a. Voorafgaande mededeling aan de raad van bestuur

**174.** De bestuurder met een belangenconflict moet, op eigen initiatief en onder eigen verantwoordelijkheid, de raad van bestuur inlichten, nog vóór die beraadslaagt. Die verklaring, alsook de toelichting betreffende het strijdig belang moeten worden opgenomen in de notulen van de vergadering van de raad van bestuur die de beslissing moet nemen <sup>(26)</sup>.

<sup>(21)</sup> Ph. ERNST, “Art. 523” in *Comm. V. en V.*, Antwerpen, Kluwer, 4 november 2000, p. 35.

<sup>(22)</sup> IBR, *Vademecum van de bedrijfsrevisor, Deel 1: Rechtsleer*, Antwerpen, Standaard Uitgeverij, 2009, p. 703.

<sup>(23)</sup> Ph. ERNST, “Art. 523” in *Comm. V. en V.*, Antwerpen, Kluwer, 4 november 2000, p. 37.

<sup>(24)</sup> Art. 7:96, §3 WVV. Voor een analyse van de uitzonderingen onder art. 523 W. Venn., Cf. Ph. ERNST, “Art. 523” in *Comm. V. en V.*, Antwerpen, Kluwer, 4 november 2000, p. 43-51 en P. DE WOLF en G. STEVENS, “Commentaire de l’article 523 C. Soc.”, *Commentaire systématique Code des sociétés*, Antwerpen, Kluwer, 31 maart 2001, p. 8-10.

<sup>(25)</sup> IBR, *Vademecum, Deel 1: Rechtsleer*, Antwerpen, Standaard Uitgeverij, 2009, 702.

<sup>(26)</sup> Art. 7:96, §1, tweede zin WVV.

## b. Beraadslaging en stemming in de raad van bestuur

**175.** Bij een strijdig belang dient de betrokken bestuurder zich te onthouden van deelneming aan de beraadslaging van de raad van bestuur en van deelneming aan de besluitvorming en de stemming<sup>(27)</sup>. Hierdoor kan evenwel een probleem ontstaan wanneer meerdere of zelf alle bestuurders verplicht zijn zich te onthouden van beraadslaging en stemming, in welk geval de rechtsleer stelt dat de beslissing toekomt aan de algemene vergadering<sup>(28)</sup>. Thans wordt deze patstelling ondervangen door de wettelijke verduidelijking dat de algemene vergadering beslist indien alle bestuurders een belangenconflict hebben<sup>(29)</sup>.

## c. Notulen van de raad van bestuur

**176.** De raad van bestuur omschrijft in de notulen de aard van de beslissing of verrichting en de vermogensrechtelijke gevolgen ervan voor de vennootschap en verantwoordt het genomen besluit<sup>(30)</sup>. Artikel 7:96, §1, tweede lid, tweede zin WVV bepaalt dat de aandeelhouders op de hoogte worden gebracht middels de gehele opname van dit deel van notulen in het jaarverslag. Indien de vennootschap geen jaarverslag dient op te stellen overeenkomstig artikel 3:6 WVV, dan dient deze vermelding te gebeuren in een stuk dat gelijk met de jaarrekening moet worden neergelegd. Deze laatste bepaling werd opgenomen om tegemoet te komen aan de informatievereisten ten behoeve van de aandeelhouders in kleine vennootschappen, bedoeld in artikel 1:24 WVV, gezien deze vennootschappen er niet toe verplicht zijn een schriftelijk jaarverslag op te stellen. De informatie aan de aandeelhouders moet dus onvermijdelijk schriftelijk gebeuren<sup>(31)</sup>.

**177.** Voormeld artikel 7:96 preciseert evenwel niet of een dergelijke verrichting die werd behandeld door een raad van bestuur die werd gehouden na afsluitingsdatum van de jaarrekening, reeds moet worden vermeld in het jaarverslag dat rapporteert over het voorbije boekjaar. Bij gebrek aan enige precisering zou men kunnen besluiten dat dergelijke rapportering kan worden verdaagd naar het jaarverslag met betrekking tot het volgend boekjaar.

Er kan evenwel worden opgemerkt dat artikel 3:6, 2<sup>o</sup> stelt dat “*het jaarverslag informatie dient te bevatten omtrent de belangrijke gebeurtenissen die na het einde van het boekjaar hebben plaatsgevonden*”. Indien de toestand van tegenstrijdig belang inderdaad als “belangrijk” kan worden beschouwd, kan volgens het ICCI<sup>(32)</sup> worden gesteld dat daarvan melding zal moeten worden gemaakt in het eerstvolgend jaarverslag. Daarnaast is het aangewezen dat zogenaamde minder belangrijke transacties ook worden gerapporteerd in hetzelfde jaarverslag. Inderdaad, het is een verwachting van

<sup>(27)</sup> Art. 7:96, §1, vierde lid, eerste zin WVV.

<sup>(28)</sup> Voor een overzicht van deze rechtsleer, Cf. D. NAPOLITANO, *De Publieke vennootschap*, Brussel, Larcier, 2003, p. 65.

<sup>(29)</sup> Art. 7:96, §1, vierde lid, tweede zin WVV.

<sup>(30)</sup> Art. 7:96, §1, tweede lid, eerste zin WVV.

<sup>(31)</sup> IBR, *Vademecum, Deel 1: Rechtsleer*, Antwerpen, Standaard Uitgeverij, 2009, p. 704.

<sup>(32)</sup> ICCI, “Vermelding in het jaarverslag van een toestand van strijdig belang”, 5 juni 2007: <https://www.icci.be/nl/adviezen/advies-detail-page/vermelding-in-het-jaarverslag-van-een-toestand-van-strijdig-belang>

deugdelijk bestuur dat de aandeelhouders, en derden, zo snel en zo volledig mogelijk worden geïnformeerd.

Voormelde opmerkingen hebben eveneens betrekking op het “stuk” dat dient te worden neergelegd met de jaarrekening, indien er geen jaarverslag wordt opgesteld.

d. Mededeling van de notulen aan de commissaris

**178.** Voortaan moet de bestuurder met een belangenconflict de commissaris niet langer op de hoogte brengen van het strijdig belang. De notulen van de vergadering van de raad van bestuur worden aan hem meegedeeld <sup>(33)</sup>.

C. *Rol van de commissaris*

a. Beperkte toepassing ingeval er een commissaris in functie is

**179.** De opdracht van de commissaris wordt omschreven in artikel 3:73 WVV. Deze opdracht bevat de controle van de financiële toestand, de jaarrekening en de regelmatigheid van de in de jaarrekening weergegeven verrichtingen ten aanzien van het WVV en de statuten <sup>(34)</sup>.

**180.** Indien de commissaris bij de uitvoering van zijn controlewerkzaamheden met betrekking tot de in de jaarrekening weergegeven verrichtingen een onregelmatigheid ontdekt die een overtreding van het vennootschapsrecht inhoudt, is het zijn plicht om binnen de perken van de artikelen 3:71, tweede lid, 3:74 en 3:75, §1, 9<sup>o</sup> WVV de raad van bestuur van die overtreding op de hoogte te brengen en vervolgens, wanneer de raad van bestuur deze overtreding niet ongedaan maakt, deze overtreding in zijn commissarisverslag te vermelden <sup>(35)</sup>. Wanneer het voor de raad van bestuur echter niet mogelijk is om de overtreding te herstellen, bijvoorbeeld door het overschreden zijn van bepaalde termijnen, zal de commissaris dienen te beoordelen of een vermelding in het commissarisverslag zal bijdragen tot de juiste informatie voor de aandeelhouders <sup>(36)</sup>.

**181.** Het behoort tot de normale werkzaamheden van de commissaris dat hij de notulen van de raad van bestuur leest en zich er tevens dient van te vergewissen dat het jaarverslag of, bij gebrek daaraan, het stuk dat gelijk met de jaarrekening moet worden neergelegd, volledig is. Indien daar duidelijk uit blijkt dat er een toestand is geweest zoals bedoeld in artikel 7:96 WVV, moet de commissaris zich schriftelijk tot de raad van bestuur wenden. De commissaris heeft evenwel geen algemene

<sup>(33)</sup> Art. 7:96, §1, derde lid, eerste zin WVV.

<sup>(34)</sup> Voor een bespreking Cf. E. VANDERSTAPPEN, “Art. 3:73” in *Comm. V en V*, Mechelen, Kluwer, 3 mei 2019, p. 1-10.

<sup>(35)</sup> N. THIRION en C. BALESTRA, “De burgerrechtelijke aansprakelijkheid van de commissaris”, *Studies IBR, De aansprakelijkheid van de bedrijfsrevisor. Burgerrechtelijke, strafrechtelijke en tuchtrechtelijke aspecten*, Brugge, die Keure, 2003, p. 11.

<sup>(36)</sup> H. OLIVIER en V. VAN DE WALLE, “Art. 65” in *Artikelsgewijze commentaar vennootschapsrecht*, Antwerpen, Kluwer, 1 mei 1997, p. 10.

onderzoeksplicht<sup>(37)</sup> en moet derhalve geen specifieke werkzaamheden uitvoeren om systematisch verrichtingen op te sporen die kaderen binnen artikel 7:96 WV.

Dit wil zeggen dat de commissaris<sup>(38)</sup>:

- 1° schriftelijk bij de raad van bestuur (noch bij de vennootschap, noch aan een persoon die met het dagelijks bestuur is gelast, en zeker niet aan een bediende, wat ook diens niveau in de hiërarchie weze) elk strijdig belang moet aanklagen dat hij zou hebben vastgesteld en waarvoor de in artikel 7:96 WV bedoelde procedure niet zou zijn gevolgd; en
- 2° zich er moet van vergewissen dat de wettelijke procedure werd nageleefd en, in voorkomend geval, aan de algemene vergadering moet mededelen dat dit niet is gebeurd.

Ingeval er twijfel bestaat over de draagwijdte van bepaalde in de notulen opgenomen beslissingen, kan het nuttig zijn de voorzitter van de raad van bestuur een schriftelijke bevestiging te vragen, waarin hij bevestigt dat artikel 7:96 WV wel degelijk werd nageleefd in de gevallen waarin dat, naar zijn weten, diende te gebeuren<sup>(39)</sup>.

b. Beoordeling uit te oefenen nadat de raad van bestuur werd ingelicht

**182.** De opdracht van de commissaris met betrekking tot een belangenconflict wordt door het derde lid van de eerste paragraaf van artikel 7:96 WV als volgt omschreven: *“In zijn in artikel 3:74 bedoelde verslag **beoordeelt de commissaris, in een afzonderlijke sectie, de vermogensrechtelijke gevolgen voor de vennootschap van de besluiten van de raad van bestuur, zoals door hem omschreven, waarvoor een strijdig belang als bedoeld in het eerste lid bestaat.**”*

Deze aangepaste formulering verduidelijkt de finaliteit van de opdracht van de commissaris in deze context, met name dat de commissaris de omschrijving door de raad van bestuur van de vermogensrechtelijke gevolgen beoordeelt en deze beoordeling weergeeft in zijn commissarisverslag. Deze aanpassing is in lijn met de in 1994 aanvankelijk door de Kamer goedgekeurde ontwerp tekst volgens dewelke in het verslag van de commissaris een gemotiveerde beoordeling van de financiële gevolgen van de voorgenomen beslissing diende te worden opgenomen<sup>(40)</sup>.

De commissaris moet kennis nemen van de inhoud van de notulen van de vergadering van de raad van bestuur, waarin melding wordt gemaakt van het bestaan van een tegenstrijdigheid van belangen. Hij zal zich afvragen of dit deel van de notulen volledig werden overgenomen en dit met het oog op het oordeel dat hij over het jaarverslag, of bij gebreke daaraan, het stuk dat gelijk met de jaarrekening moet worden neergelegd, moet uitspreken. Indien hij oordeelt dat de notulen niet voldoende expliciet en duidelijk zijn wat betreft de aard van het besluit of de verantwoording die daarvan wordt

<sup>(37)</sup> E. WYMEERSCH, *De belangenconflictenregeling in de vennootschappen*, Antwerpen, Maklu, 1996, p. 63 nr. 51.

<sup>(38)</sup> IBR, *Vademecum, Deel 1: Rechtsleer*, Antwerpen, Standaard Uitgeverij, 2009, p. 705.

<sup>(39)</sup> IBR, *Vademecum, Deel 1: Rechtsleer*, Antwerpen, Standaard Uitgeverij, 2009, p. 705-706.

<sup>(40)</sup> Cf. Ph. ERNST, “Art. 523” in *Comm. V. en V.*, Antwerpen, Kluwer, 4 november 2000, p. 76.



gegeven, verdient het aanbeveling dat hij dit schriftelijk aan de raad van bestuur zou melden, in de mate van het mogelijke nog vóór de goedkeuring van de notulen <sup>(41)</sup>.

De taak van de commissaris slaat derhalve niet langer op de omschrijving van de desbetreffende vermogensrechtelijke gevolgen uit het bestuursverslag. Zijn taak omvat thans een beoordeling in een “afzonderlijke sectie” – “*une section séparée*” – van de vermogensrechtelijke gevolgen van de strijdige beslissing of verrichting.

In antwoord op een vraag of managementvergoedingen onder het toepassingsgebied van 7:96 WVV vallen, bevestigt het ICCI dat de zinsnede “vermogensrechtelijke gevolgen” slaat op het effectieve bedrag van managementvergoedingen, omdat dit bedrag juist het essentieel element uitmaakt vanuit het gezichtspunt van vermogensrechtelijke gevolgen <sup>(42)</sup>.

**183.** Om zich een oordeel te kunnen vormen over de vermogensrechtelijke gevolgen, moet de commissaris als volgt te werk gaan <sup>(43)</sup>:

- 1° de noodzakelijke informatie over de voorgestelde verrichting, de betrokken personen, de voorwaarden van verwezenlijking, de contractuele voorwaarden, enz. bijeenbrengen;
- 2° nagaan in hoeverre de verrichting verenigbaar is met het doel van de vennootschap; en
- 3° nagaan in hoeverre de voorwaarden, waaronder de verrichting plaatsvindt, in belangrijke mate verschillen van de voorwaarden die zich zouden kunnen voordoen bij het aangaan van een gelijkaardige verrichting tussen niet verbonden partijen.

Deze opdracht van de commissaris is te catalogeren als een “hybride” <sup>(44)</sup> opdracht die niet kan worden ingepast in de terminologie van de internationale standaarden, vermits het hier niet gaat om het verstrekken van een zekere mate van *assurance* van historische financiële informatie.

#### c. Verslag van de commissaris

**184.** Aangezien de beoordeling van de vermogensrechtelijke gevolgen die verbonden zijn met het strijdig belang wordt opgenomen in het commissarisverslag zoals bepaald in artikel 3:75 WVV, is deze beoordeling bijgevolg ook onderworpen aan de openbaarmakingsregels. Overeenkomstig artikel 3:75, §1, 4° WVV kan de verklaring in het commissarisverslag de vorm aannemen van een verklaring zonder voorbehoud, een verklaring met voorbehoud, een afkeurende verklaring of een onthoudende verklaring.

<sup>(41)</sup> IBR, *Vademecum, Deel 1: Rechtsleer*, Antwerpen, Standaard Uitgeverij, 2009, p. 706.

<sup>(42)</sup> ICCI, “Vermelding van bedrag van managementvergoedingen in het verslag van commissarissen ingevolge artikel 523 van het Wetboek van vennootschappen”, 15 juli 2011: <https://www.icci.be/nl/adviezen/advies-detail-page/vermelding-van-bedrag-van-managementvergoedingen-in-het-verslag-van-commissarissen-ingevoelge-artikel-523-van-het-wetboek-van-vennootschappen>

<sup>(43)</sup> IBR, *Vademecum, Deel 1: Rechtsleer*, Antwerpen, Standaard Uitgeverij, 2009, p. 706.

<sup>(44)</sup> Cf. H. DE WULF, “De implicaties van het Wetboek van vennootschappen en verenigingen voor de opdrachten van de commissaris bij vennootschappen: enkele opmerkingen”, *TAA* 2019, nr. 62, 12.

Onregelmatigheden naar aanleiding van belangenconflicten kunnen leiden tot een verklaring met voorbehoud <sup>(45)</sup>.

**185.** De commissaris moet in het commissarisverslag in een afzonderlijke sectie de vermogensrechtelijke gevolgen beoordelen en kan zich niet beperken tot een loutere verwijzing naar de wijze waarop die gevolgen in het jaarverslag, of bij gebreke daaraan, in het stuk dat gelijk met de jaarrekening moet worden neergelegd, werden omschreven. De Juridische Commissie van het IBR is de mening toegedaan dat die inlichtingen niet mogen worden beschouwd als een gewone bijlage tot het verslag van de commissarissen. Zij moeten dan ook vóór de handtekening van de commissaris worden overgenomen <sup>(46)</sup>.

d. Opdracht van de commissaris ingeval de procedure voorzien in artikel 7:96 WVV niet werd gevolgd

**186.** Het niet naleven van een procedure opgelegd door het WVV moet uiteraard worden vermeld in het tweede deel van het commissarisverslag. De commissaris zal eveneens moeten vermelden in het tweede deel van het verslag dat het niet mogelijk is in een afzonderlijke sectie een beoordeling te geven van de vermogensrechtelijke gevolgen voor de vennootschap van de besluiten van de raad van bestuur, ten aanzien waarvan een strijdig belang bestaat, zoals vereist door artikel 7:96, §1, derde lid WVV.

Bij gebrek aan rapportering door de raad van bestuur komt het niet aan de commissaris toe om een gedetailleerde omschrijving te geven van de betrokken verrichting en de gevolgen voor de vennootschap, gelet op de aangepaste formulering van zijn opdracht.

Indien de inbreuk het getrouw beeld van de jaarrekening aantast, moet de commissaris bovendien een voorbehoud maken in het eerste deel van zijn verslag. Dit voorbehoud moet, in de mate van het mogelijke, de impact op de jaarrekening kwantificeren.

Ten slotte wordt de aandacht gevestigd op het tweede lid van artikel 3:71 WVV dat de verplichting inhoudt elke overtreding aan te klagen bij het bestuursorgaan en, in voorkomend geval, indien daaraan geen passend gevolg werd gegeven, op de eerste daaropvolgende algemene vergadering.

### **3.4.2. Regeling van betrekkingen binnen een groep waarvan een groepsvennootschap is genoteerd**

#### *A. Toepassingsgebied*

**187.** Artikel 7:97 WVV voorziet in een procedure die niet als doel heeft belangenconflicten op te lossen door de mogelijke invloed van een referentieaandeelhouder <sup>(47)</sup> op een lid van de raad van bestuur te beperken, maar beoogt veeleer om de problematiek

<sup>(45)</sup> Ph. ERNST, "Art. 523" in *Comm. V. en V.*, Antwerpen, Kluwer, 4 november 2000, p. 77.

<sup>(46)</sup> IBR, *Vademecum, Deel 1: Rechtsleer*, Antwerpen, Standaard Uitgeverij, 2009, p. 707.

<sup>(47)</sup> Met name een aandeelhouder die een beslissende invloed of een invloed van betekenis uitoefent op de aanwijzing van de bestuurders van de vennootschap.

van de beslissingen in de context van een groep te regelen. Dit artikel zal worden gewijzigd door het wetsvoorstel 0553<sup>(48)</sup> ter omzetting van Richtlijn (EU) 2017/828 van het Europees Parlement en de Raad van 17 mei 2017 tot wijziging van Richtlijn 2007/36/EG wat het bevorderen van de lange termijnbetrokkenheid van aandeelhouders betreft.

**188.** Deze regeling werd uitgebreid en geldt enerzijds voor elke beslissing of verrichting ter uitvoering van een beslissing die tot de bevoegdheid behoort van de raad van bestuur van een genoteerde vennootschap, en die verband houdt met een verbonden partij in de zin van de internationale standaarden voor jaarrekeningen die zijn goedgekeurd overeenkomstig verordening (EG) 1606/2002. De toepassing van deze procedure is niet vereist voor de beslissingen of verrichtingen die verband houden met een dochtervennootschap van een genoteerde vennootschap, behalve als de natuurlijke of rechtspersoon die de rechtstreekse of onrechtstreekse controle<sup>(49)</sup> over de genoteerde vennootschap heeft, rechtstreeks of onrechtstreeks via andere natuurlijke of rechtspersonen dan de genoteerde vennootschap, een deelneming aanhoudt die minstens 25% van het kapitaal van de betrokken dochtervennootschap vertegenwoordigt of die hem ingeval van winstuitkering door die dochtervennootschap recht geeft op minstens 25% daarvan<sup>(50)</sup>.

Voor een samenvatting overzicht van het toepassingsgebied wordt verwezen naar het samenvattend overzicht “Reikwijdte van de consolidatie van de genoteerde vennootschap” opgenomen in de Memorie van toelichting<sup>(51)</sup>.

**189.** De niet-genoteerde dochtervennootschappen van de genoteerde vennootschap bedoeld in het eerste lid van artikel 7:97 WVV kunnen zonder voorafgaand akkoord van de raad van bestuur van deze genoteerde vennootschap geen beslissingen nemen of verrichtingen uitvoeren die verband houden met hun betrekkingen met een verbonden partij. De eerste zin is niet van toepassing als de verbonden partij de genoteerde vennootschap is, of een dochtervennootschap ervan, behalve als de natuurlijke of rechtspersoon die de rechtstreekse of onrechtstreekse controle over de genoteerde vennootschap heeft, rechtstreeks of onrechtstreeks via andere natuurlijke of rechtspersonen dan de genoteerde vennootschap, een deelneming aanhoudt die minstens 25% van het kapitaal van de betrokken dochtervennootschap vertegenwoordigt of die

<sup>(48)</sup> Wetsvoorstel van mevrouw Leen DIERICK van 4 oktober 2019 tot omzetting van Richtlijn (EU) 2017/828 van het Europees Parlement en de Raad van 17 mei 2017 tot wijziging van Richtlijn 2007/36/EG wat het bevorderen van de lange termijnbetrokkenheid van aandeelhouders betreft, en houdende vennootschaps- en verenigingsbepalingen, *Parl. St.* Kamer 2019-20, nr. 55K 0553/001, 80-83.

<sup>(49)</sup> Voor een analyse van het begrip controle, zie E. VANDERSTAPPEN, “Controle, consortium en dochteronderneming van te verwaarlozen betekenis in het vennootschapsrecht – een terminologische en functionele analyse”, *TAA* 2012, nr. 35, 35-43: [https://doc.icci.be/nl/Documents/publicaties/tijdschrift-taa/TAA\\_35\\_INHOUD.pdf](https://doc.icci.be/nl/Documents/publicaties/tijdschrift-taa/TAA_35_INHOUD.pdf).

<sup>(50)</sup> Art. 7:97, §1, eerste lid WVV zoals gewijzigd door het wetsvoorstel 0553.

<sup>(51)</sup> Memorie van toelichting van het wet van 23 maart 2019 tot invoering van het Wetboek van vennootschappen en verenigingen en houdende diverse bepalingen, *Parl. St.* Kamer 2018-19, nr. 54K 3119/001, 231.

hem ingeval van winstuitkering door die dochtervennootschap recht geeft op minstens 25% daarvan.<sup>(52)</sup>

**190.** Het gaat hier duidelijk om een groep, waarbij voor de invulling van het begrip “verbonden vennootschap” wordt verwezen naar artikel 1:20 WVV.

**191.** Het toepassingsgebied van de belangenconflictprocedure tussen een genoteerde vennootschap en diens controlerende aandeelhouder wordt tot naast de relaties van de genoteerde vennootschap met enige controlerende aandeelhouder(s), ongeacht diens vorm, tevens uitgebreid tot bepaalde voorbereidende handelingen, met name elke beslissing van de raad van bestuur van een genoteerde vennootschap om aan de algemene vergadering ter goedkeuring voor te leggen:

- 1° een voorstel tot inbreng in natura, met inbegrip van een inbreng van algemeenheid of van bedrijfstak, door een partij die met die genoteerde vennootschap is verbonden;
- 2° een voorstel tot fusie, splitsing, gelijkgestelde verrichting als bedoeld in artikel 12:7 WVV met, of een inbreng van algemeenheid in, een vennootschap die met die genoteerde vennootschap is verbonden<sup>(53)</sup>.

De verruimde regeling is echter niet van toepassing wanneer de met de genoteerde vennootschap verbonden partij, een dochtervennootschap van die genoteerde vennootschap is, behalve als de natuurlijke of rechtspersoon die de rechtstreekse of onrechtstreekse controle over de genoteerde vennootschap heeft, rechtstreeks of onrechtstreeks via andere natuurlijke of rechtspersonen dan de genoteerde vennootschap, een deelneming aanhoudt die minstens 25% van het kapitaal van de betrokken dochtervennootschap vertegenwoordigt of die hem ingeval van winstuitkering door die dochtervennootschap recht geeft op minstens 25% daarvan<sup>(54)</sup>.

**192.** De in randnummer 188 vermelde betrekkingen houden verband met beslissingen of verrichtingen gedaan ter uitvoering van een beslissing die tot de bevoegdheid behoort van de raad van bestuur van een genoteerde vennootschap.

In de voorbereidende werken van de wet van 2 augustus 2002<sup>(55)</sup> wordt geen definitie gegeven van het begrip beslissing zodat er wordt aangenomen dat, met verwijzing naar de wet van 18 juli 1991 – in voorbereiding<sup>(56)</sup> – tot wijziging van wetten betreffende de handelsvennootschappen gecoördineerd bij koninklijk besluit van 30 november 1935,

<sup>(52)</sup> Art. 7:97, §1, tweede lid WVV zoals gewijzigd door het wetsvoorstel 0553.

<sup>(53)</sup> Art. 7:97, §2, eerste lid WVV.

<sup>(54)</sup> Art. 7:97, §2, tweede lid WVV.

<sup>(55)</sup> Wet van 2 augustus 2002 houdende wijziging van het Wetboek van vennootschappen alsook van de Wet van 2 maart 1989 op de openbaarmaking van belangrijke deelnemingen in ter beurse genoteerde vennootschappen en tot reglementering van de openbare overnameaanbiedingen, *BS* 22 augustus 2002.

<sup>(56)</sup> *Parl. St. Kamer* 1992-93, nr. 1005/19, p. 105; aangehaald door Ph. HAMER, “La responsabilité des administrateurs au sein des groupes de sociétés et dans le cadre d’opérations financières”, p. 11, Seminarie VAN HAM & VAN HAM, 30 september 2004, *La responsabilité des administrateurs, dirigeants et conseillers, nouveaux risques, sanctions, prévention*.

het gaat om het nemen van een definitieve beslissing in de gebruikelijke betekenis van een handeling <sup>(57)</sup>.

Wat het begrip “verrichtingen” betreft, verduidelijken de voorbereidende werken <sup>(58)</sup> van de wet van 2 augustus 2002 dat de wetgever uitdrukkelijk heeft voorzien ze te beogen op grond van het feit dat alle verrichtingen niet het voorwerp uitmaken van een formele beslissing van de raad van bestuur of vallen onder een voorafgaande of algemene beslissing. De procedure van artikel 7:97 WVV is van toepassing zelfs wanneer er geen formele beslissing is <sup>(59)</sup>.

**193.** Zoals voorheen vindt de regeling geen toepassing op de beslissingen en verrichtingen die voor de genoteerde vennootschap of voor haar dochtervennootschappen gebruikelijk zijn, onder de voorwaarden en tegen de zekerheden die op de markt gebruikelijk zijn en evenmin op de beslissingen en verrichtingen waarvan de waarde minder dan 1% van het nettoactief van de genoteerde vennootschap op geconsolideerde basis bedraagt (*de mininis*-regel) <sup>(60)</sup>. Het wetsvoorstel 0553 voegt er nog enkele aan toe: beslissingen en de verrichtingen met betrekking tot de remuneratie van de bestuurders, de andere personen belast met de leiding en de personen belast met het dagelijks bestuur van de vennootschap, of bepaalde elementen van hun remuneratie, de beslissingen en verrichtingen van een kredietinstelling die zijn uitgevoerd op grond van maatregelen die door de toezichthouder bedoeld in artikel 134 van de wet van 25 april 2014 op het statuut van en het toezicht op kredietinstellingen en beursvennootschappen zijn vastgesteld ter vrijwaring van haar stabiliteit in gevallen waar de toezichthouder de kredietinstelling vrijstelt van de toepassing van de eerste paragraaf van artikel 7:97 WVV, en de verkrijging of de vervreemding van eigen aandelen, de uitkering van interimdividenden en kapitaalverhogingen in het kader van het toegestane kapitaal zonder beperking of opheffing van het voorkeurrecht van de bestaande aandeelhouders.

### B. Procedure

**194.** De procedure is vastgelegd in de paragrafen drie en vier van artikel 7:97 WVV.

**195.** Alle beoogde beslissingen of verrichtingen moeten voorafgaandelijk worden onderworpen aan de beoordeling van een comité van drie onafhankelijke bestuurders, dat als het dat nodig acht, wordt bijgestaan door één of meer onafhankelijke experts van zijn keuze <sup>(61)</sup>.

Het comité brengt over de voorgenomen beslissing of verrichting een schriftelijk en omstandig gemotiveerd advies uit bij het bestuursorgaan, waarin het minstens volgende

<sup>(57)</sup> IBR, *Vademecum, Deel 1: Rechtsleer*, Antwerpen, Standaard Uitgeverij, 2009, p. 708.

<sup>(58)</sup> *Parl. St. Kamer 2000-01, nr. 1211/001*, p. 19-20 aangehaald door Ph. HAMER, “La responsabilité des administrateurs au sein des groupes de sociétés et dans le cadre d’opérations financières”, p. 11, *Seminarie VAN HAM & VAN HAM*, 30 september 2004, *La responsabilité des administrateurs, dirigeants et conseillers, nouveaux risques, sanctions, prévention*.

<sup>(59)</sup> IBR, *Vademecum, Deel 1: Rechtsleer*, Antwerpen, Standaard Uitgeverij, 2009, p. 708.

<sup>(60)</sup> Art. 7:97, §1, derde lid WVV.

<sup>(61)</sup> Art. 7:97, §3, eerste lid WVV.

elementen behandelt: de aard van de beslissing of verrichting, een beschrijving en een begroting van de vermogensrechtelijke gevolgen, een beschrijving van eventuele andere gevolgen, de voor- en de nadelen ervan voor de vennootschap, in voorkomend geval op termijn. Het comité kadert de voorgestelde beslissing of verrichting in het beleid dat de vennootschap voert, en geeft aan of zij, als zij aan de vennootschap nadelen berokkent, wordt gecompenseerd door andere elementen in dat beleid, dan wel kennelijk onrechtmatig is. De opmerkingen van de expert worden in het advies van het comité verwerkt of er als bijlage aan toegevoegd<sup>(62)</sup>.

**196.** De raad van bestuur, na kennis te hebben genomen van het advies van het comité bepaald in §2, beraadslaagt over de voorgenomen beslissing of verrichting. In voorkomend geval is artikel 7:96 WVV van toepassing<sup>(63)</sup>. Indien bij de beslissing of verrichting een bestuurder betrokken is, neemt de bestuurder niet aan de beraadslaging of stemming deel. Wanneer alle bestuurders betrokken zijn, wordt de beslissing of de verrichting aan de algemene vergadering voorgelegd; ingeval de algemene vergadering de beslissing of de verrichting goedkeurt, kan de raad van bestuur ze uitvoeren.

De raad van bestuur bevestigt in zijn notulen dat de hiervoor omschreven procedure werd nageleefd, en motiveert, in voorkomend geval, op welke gronden van het advies van het comité wordt afgeweken<sup>(64)</sup>.

### C. Rol van de commissaris

**197.** Overeenkomstig artikel 7:97, §4, derde lid WVV “**beoordeelt** [de commissaris] **of er geen van materieel belang zijnde inconsistenties zijn in de financiële en boekhoudkundige gegevens die vermeld staan in de notulen van het bestuursorgaan en in het advies van het comité ten opzichte van de informatie waarover hij beschikt in het kader van zijn opdracht**”. Dit oordeel wordt aan de notulen van de raad van bestuur gehecht.

Tot nog toe spreekt artikel 524 W. Venn. over een oordeel over de getrouwheid van de gegevens. Helaas gebruikt artikel 7:116, §4, derde lid WVV nog steeds deze formulering ingeval van de toepassing van de belangenconflictenprocedure van de controlerende aandeelhouder in een genoteerde vennootschap met duaal bestuur (directieraad en raad van toezicht). Dit lijkt om een vergetelheid van de wetgever te gaan die door artikel 112 van het wetsvoorstel 0553 zal worden rechtgezet<sup>(65)</sup>. Voortaan wordt er gepreciseerd dat de commissaris beoordeelt of er geen van materieel belang zijnde inconsistenties zijn in de financiële en boekhoudkundige gegevens. Het materialiteitsbegrip doet ook in deze opdracht zijn intrede. Er staat nu duidelijk dat het gaat oom een beoordeling

<sup>(62)</sup> Art. 7:97, §3, tweede lid WVV.

<sup>(63)</sup> Art. 7:97, §4, eerste lid WVV.

<sup>(64)</sup> Art. 7:97, §4, tweede lid WVV.

<sup>(65)</sup> Wetsvoorstel van mevrouw Leen DIERICK van 4 oktober 2019 tot omzetting van Richtlijn (EU) 2017/828 van het Europees Parlement en de Raad van 17 mei 2017 tot wijziging van Richtlijn 2007/36/EG wat het bevorderen van de lange termijnbetrokkenheid van aandeelhouders betreft, en houdende vennootschaps- en verenigingsbepalingen, *Parl. St.* Kamer 2019-20, nr. 55K 0553/001, 108.

van de financiële en boekhoudkundige gegevens, daar waar het W. Venn. sprak over gegevens, niet slechts over cijfergegevens. De bedrijfsrevisor dient bijgevolg dan ook bijvoorbeeld het al dan niet bestaan van contracten of andere vaststaande of niet-vaststaande feiten niet langer te beoordelen <sup>(66)</sup>.

Voor de beoordeling van de historische boekhoudkundige en financiële gegevens dient de commissaris de in België van toepassing zijnde standaard, ISRE 2410, Beoordeling van tussentijdse financiële informatie, uitgevoerd door de onafhankelijke auditor van de entiteit, toe te passen (paragraaf 3 van de normen (herzien in 2018) van 21 juni 2018 inzake de toepassing in België van de Internationale controlestandaarden (ISA's)).

Aangezien het W. Venn. stipuleert dat het oordeel van de commissaris aan de notulen van de raad van bestuur wordt gehecht, is het duidelijk dat het moet gaan om een apart, door de bedrijfsrevisor geschreven stuk, en zijn beoordeling onmiddellijk na de vergadering van de raad van bestuur op papier moet worden gezet <sup>(67)</sup>.

De wetgever heeft niet voorzien dat de commissaris zijn mening geeft over de opportuniteit van de verrichting wat zou neerkomen op het zich bemoeien met het bestuur <sup>(68)</sup>. Hij wordt evenmin gevraagd de algemene naleving van de procedure te beoordelen, de raad van bestuur dient dit immers onder eigen verantwoordelijkheid te verklaren in zijn notulen (art. 7:97, §4 WVV) <sup>(69)</sup>. De opdracht van de commissaris beperkt zich tot het beoordelen of er geen van materieel belang zijnde inconsistenties zijn in de financiële en boekhoudkundige gegevens die vermeld staan in de notulen van het bestuursorgaan en in het advies van het comité ten opzichte van de informatie waarover hij beschikt in het kader van zijn opdracht.

**198.** Alle beslissingen of verrichtingen bedoeld in paragrafen 1 en 2 van artikel 7:97 worden openbaar aangekondigd, uiterlijk op het moment dat de beslissing wordt genomen of de verrichting wordt aangegaan. De mededeling bevat ten minste : 1° informatie over de aard van de relatie met de verbonden partij ; 2° de naam van de verbonden partij ; 3° de datum en de waarde van de verrichting; 4° alle andere informatie die noodzakelijk is om te beoordelen of de verrichting redelijk en billijk is vanuit het oogpunt van de vennootschap en van haar aandeelhouders die geen verbonden partijen zijn, met inbegrip van de minderheidsaandeelhouders. De mededeling gaat vergezeld van het besluit van het comité, in voorkomend geval van de motivering waarom de raad van bestuur afwijkt van het advies van het comité alsmede van de beoordeling van de commissaris bedoeld in paragraaf 4 van artikel 7:97. Het jaarverslag dient een overzicht te bevatten van alle mededelingen die tijdens het boekjaar werden gedaan, met verwijzing naar de plaats waar de mededelingen kunnen worden geraadpleegd. <sup>(70)</sup>.

<sup>(66)</sup> Cf. H. DE WULF, "Art. 524" in *Comm. V. en V.*, Antwerpen, Kluwer, 29 augustus 2003, p. 34.

<sup>(67)</sup> H. DE WULF, "Art. 524" in *Comm. V. en V.*, Antwerpen, Kluwer, 29 augustus 2003, p. 34.

<sup>(68)</sup> Het is niet de taak van de bedrijfsrevisor om de opportuniteitsoordelen van de onafhankelijke bestuurders te beoordelen; Cf. H. DE WULF, "Art. 524" in *Comm. V. en V.*, Antwerpen, Kluwer, 29 augustus 2003, p. 34.

<sup>(69)</sup> IBR, *Vademecum, Deel 1: Rechtsleer*, Antwerpen, Standaard Uitgeverij, 2009, p. 709.

<sup>(70)</sup> Art. 7:97, §4,1 WVV zoals voorgesteld door het wetsvoorstel 0553.



### 3.5. UITKERING VAN EEN INTERIMDIVIDEND IN VENNOOTSCHAPPEN

#### 3.5.1. Fundamentele voorwaarden

##### A. Statutaire clausule

**199.** Artikel 7:213 WVV bepaalt dat het bestuursorgaan statutair bevoegd kan zijn om op het resultaat van het boekjaar een interimdividend uit te keren, doch enkel nadat de raad van bestuur aan de hand van een staat van activa en passiva die de commissaris beoordeelt (in een zogeheten “beoordelingsverslag”, voorheen “verificatieverslag” genoemd), heeft vastgesteld dat de winst voldoende is om een interimdividend uit te keren.

De uitkering van een interimdividend op initiatief van het bestuursorgaan is slechts mogelijk wanneer de statuten van een naamloze vennootschap daar uitdrukkelijk in voorzien (art. 7:213, eerste lid WVV).

**200.** De mogelijkheid bestaat voortaan ook in de BV <sup>(71)</sup> om statutair aan het bestuursorgaan de bevoegdheid te delegeren om over te gaan tot uitkeringen uit de winst van het lopende boekjaar of uit de winst van het voorgaande boekjaar zolang de jaarrekening van dat boekjaar nog niet is goedgekeurd, en uit de overgedragen winsten, naar analogie met de regeling van de interimdividenden in de NV <sup>(72)</sup> (art. 5:141 WVV). Voor de BV gebruikt de wet echter het woord interimdividend niet en is er derhalve geen sprake van een exclusieve bevoegdheid van het bestuursorgaan om een interimdividend uit te keren: hoewel dat niet uitdrukkelijk wordt gezegd, lijdt het volgens professor Hans DE WULF geen twijfel dat in elk geval bij de BV de algemene vergadering op elk moment winst kan uitkeren en zowel het bestuur als de algemene vergadering kunnen winsten van het lopende jaar of overgedragen winsten uitkeren <sup>(73)</sup>.

Professor DE WULF merkt op dat de nieuwe wetgeving het onderscheid tussen interim- en tussentijdse dividenden *de facto* afschaft:

*“Onder het oude recht maakte men een onderscheid tussen beide. Interimdividenden waren alleen in de NV mogelijk en daar wettelijk geregeld; het woord sloeg op de uitkering door de raad van bestuur van winst uit het lopende boekjaar of overgedragen winst, en de wet bevatte periodiciteitsregels (men kon geen interimdividend uitkeren de eerste zes maanden van het boekjaar, en*

<sup>(71)</sup> Voor een bespreking van deze mogelijkheid in de BV en de procedurele verschillen met de NV, zie H. DE WULF, “De implicaties van het Wetboek van vennootschappen en verenigingen voor de opdrachten van de commissaris bij vennootschappen: enkele opmerkingen”, *TAA* 2019, nr. 62, 21-23.

<sup>(72)</sup> Memorie van toelichting van het wet van 23 maart 2019 tot invoering van het Wetboek van vennootschappen en verenigingen en houdende diverse bepalingen, *Parl. St.* Kamer 2018-19, nr. 54K 3119/001, 177.

<sup>(73)</sup> H. DE WULF, “De implicaties van het Wetboek van vennootschappen en verenigingen voor de opdrachten van de commissaris bij vennootschappen: enkele opmerkingen”, *TAA* 2019, nr. 62, 22.



*daarna ook niet een onbeperkt aantal keren). “Tussentijdse dividenden” was een concept dat niet in de wet voorkwam, maar werd in de praktijk gebruikt om dividenduitkeringen uit de winst van vorige boekjaren aan te duiden, beslist door de algemene vergadering, maar op een ander moment dan de gewone jaarlijkse algemene vergadering. De nieuwe wet – bv. art. 5:141 WVV – maakt nu duidelijk dat de algemene vergadering van zowel de NV als de BV op elk moment van het boekjaar winst mag uitkeren, hetzij (normale geval) winst uit vorige boekjaren, hetzij winst van het lopende boekjaar. Het bestuursorgaan kan dezelfde bevoegdheid krijgen op basis van een statutaire delegatie, met die bijkomende beperking dat het bestuursorgaan (uiteraard) niet mag ingaan tegen/terugkomen op een goedgekeurde jaarrekening, reden waarom de wet bepaalt dat het bestuursorgaan winst uit afgesloten boekjaren alleen kan uitkeren, indien er over het relevante boekjaar nog geen goedgekeurde jaarrekening bestaat.”<sup>(74)</sup>*

Zijn stelling dat de algemene vergadering van een NV op elk moment van het boekjaar winst van het lopende boekjaar mag uitkeren – die hij zelf verder in zijn artikel nuanceert in de zinsnede *“Dit heeft ermee te maken dat de wetgever niet alleen de regels over interimdividenden in zowel NV als BV heeft versoepeld, maar ook meteen het onderscheid tussen tussentijdse en interimdividenden in elk geval bij de BV heeft afgeschaft”*<sup>(75)</sup> (eigen onderlijning) – is evenwel in strijd met de Memorie van toelichting bij artikel 7:213 WVV: de bevoegdheid die in de statuten aan het bestuursorgaan van een NV kan worden gegeven om interimdividenden uit te keren, is volgens de rechtsleer een exclusieve bevoegdheid<sup>(76)</sup> en dit doet evenwel niets af aan de bevoegdheid van de algemene vergadering om op grond van de laatst goedgekeurde jaarrekening tussentijdse dividenden uit te keren uit de overgedragen winst<sup>(77)</sup> en reserves, zoals het Hof van Cassatie in zijn arrest van 23 januari 2003 heeft bevestigd<sup>(78)</sup>.

## B. Termijnen

**201.** Voorheen kon het besluit van het bestuursorgaan over de uitkering van een interimdividend nooit tijdens de eerste zes maanden van het boekjaar worden genomen. Indien na het verstrijken van die termijn de jaarrekening over het voorgaande boekjaar

<sup>(74)</sup> H. DE WULF, “De implicaties van het Wetboek van vennootschappen en verenigingen voor de opdrachten van de commissaris bij vennootschappen: enkele opmerkingen”, *TAA* 2019, nr. 62, 15, voetnoot 14.

<sup>(75)</sup> H. DE WULF, “De implicaties van het Wetboek van vennootschappen en verenigingen voor de opdrachten van de commissaris bij vennootschappen: enkele opmerkingen”, *TAA* 2019, nr. 62, 22.

<sup>(76)</sup> Voor een overzicht hiervan met verwijzingen naar de verschillende auteurs, zie V. COLAERT, “Uitkering van een superdividend: waar ligt de grens?”, *TRV* 2006, 468-483. Deze auteur verwijst ook naar het arrest van het Hof van Beroep te Gent van 14 september 2004 (Gent 14 september 2004, *FJF* 2005, 275; *TRV* 2006, p. 488; *TWVR* 2004, 410) dat de eerste (gepubliceerde) rechterlijke uitspraak over deze discussie inhoudt.

<sup>(77)</sup> ICCI-advies “Uitkering van een tussentijds dividend met de overgedragen winst”, 26 november 2012: <https://www.icci.be/nl/adviezen/advies-detail-page/uitkering-van-een-tussentijds-dividend-met-de-overgedragen-winst>

<sup>(78)</sup> Memorie van toelichting van het wet van 23 maart 2019 tot invoering van het Wetboek van vennootschappen en verenigingen en houdende diverse bepalingen, *Parl. St.* Kamer 2018-19, nr. 54K 3119/001, 269.

nog niet werd goedgekeurd, kon niet tot uitkering van een interimdividend worden besloten. Er moest dan worden gewacht tot de algemene vergadering die de rekening heeft goedgekeurd <sup>(79)</sup>.

De verplichting van de voorafgaande goedkeuring van de jaarrekening over het afgesloten boekjaar moest de raad van bestuur beletten een interimdividend uit te keren dat zou worden afgenomen van de winst van dat afgesloten boekjaar. Wanneer een eerste interimdividend is uitgekeerd, kan het besluit tot uitkering van een volgend interimdividend maar worden genomen drie maanden na het besluit over het eerste interimdividend <sup>(80)</sup>.

**202.** Met het oog op de flexibiliteit van het vennootschapsrecht en de handhaving van de concurrentiepositie van de Belgische bedrijven en de verbetering van de werking van de kapitaalmarkten <sup>(81)</sup> is een interimdividend niet langer onderworpen aan voormelde wettelijke tijdsbeperingen van zes en drie maanden (*Cf.* art. 7:213 WVV) <sup>(82)</sup>.

### C. Voorwerp van de uitkering

**203.** Het interimdividend kon tot nog toe slechts worden afgenomen op de winst van het lopende boekjaar en de overgedragen winst.

**204.** Een interimdividend wordt niet langer enkel uitgekeerd op het resultaat van het lopend boekjaar, maar ook uit de winst van het voorgaande boekjaar zolang de jaarrekening van dat boekjaar nog niet is goedgekeurd (art. 7:213, tweede lid WVV).

**205.** Deze uitkering dient evenwel nog steeds te gebeuren, in voorkomend geval verminderd met het eventueel overgedragen verlies of vermeerderd met de overgedragen winst en zonder onttrekking aan de reserves die volgens “een wettelijke of statutaire bepaling” moeten worden gevormd.

Artikel 7:212 WVV is toepasselijk op de uitkering van interimdividenden. Dit kan van belang zijn wanneer de vennootschap op de actiefzijde van het voorgaande boekjaar oprichtingskosten of kosten voor onderzoek en ontwikkeling boekt die nog niet zijn afgeschreven.

<sup>(79)</sup> IBR, *Vademecum, Deel 1: Rechtsleer*, Antwerpen, Standaard Uitgeverij, 2009, p. 698.

<sup>(80)</sup> De rechtsleer was erg verdeeld in verband met de betekenis van de wettelijke termijnen en de gevolgen op de mogelijkheid om meer dan twee interimdividenden uit te keren en ook in verband met de uitkering van een interimdividend uit de winst van een boekjaar na de afsluiting van dat boekjaar. Voor een synthese: M. FLAMEE, “Le régime des acomptes sur dividendes”, *RPS* 1987, 101 e.v.

<sup>(81)</sup> Memorie van toelichting van het wet van 23 maart 2019 tot invoering van het Wetboek van vennootschappen en verenigingen en houdende diverse bepalingen, *Parl. St.* Kamer 2018-19, nr. 54K 3119/001, 268.

<sup>(82)</sup> Voor een bespreking van de vroegere, strikte uitkeringstermijnen: T. MOERMAN en J. LAMBERTYN, “Het interimdividend en het tijdstip van uitkering”, *TRV* 2015, 495-507.

Het valt op te merken dat de wetgever het bestuursorgaan niet toelaat om afnemingen te doen op de beschikbare reserves met het oog op de uitkering van een interimdividend<sup>(83)</sup>. De wetgever heeft de bevoegdheid van de algemene vergadering die de reserves heeft gevormd, willen veilig stellen. Indien nodig kan zij bepaalde reserves beschikbaar maken door overboeking naar de overgedragen winst<sup>(84)</sup>.

Indien het interimdividend het bedrag te boven gaat van het later door de algemene vergadering vastgestelde jaardividend, wordt het meerdere beschouwd als een voorschot op het volgend dividend (art. 7:213, zesde lid WVV).

#### *D. Berekening van de winst op basis van een gecontroleerde tussentijdse staat*

**206.** Het bestuursorgaan moet een boekhoudkundige staat laten opstellen die hem de mogelijkheid biedt te besluiten dat er voldoende winst is voor uitkering. Wanneer er in de vennootschap een commissaris is, moet die de staat beoordelen en zijn verslag overleggen aan de raad van bestuur vooraleer deze tot uitkering overgaat. Indien er geen commissaris is, moet er geen worden aangesteld voor deze opdracht.

#### **3.5.2. Vorm en termijn voor de staat van activa en passiva**

**207.** Net zoals de halfjaarlijkse staat, moet ook de tussentijdse staat volgens het schema van de jaarrekening worden opgesteld. Hoewel er in de wettekst sprake is van een “staat van activa en passiva”, lijkt het onbetwistbaar dat de vennootschap een resultatenrekening moet opstellen waarin de nodige afschrijvingen (berekend *pro rata temporis* van de voorbije maanden), de waardeverminderingen en de voorzieningen voor risico's en kosten in rekening werden gebracht. Tevens dient men tussentijds de voorraadposities vast te leggen zodat de juiste voorraadwijzigingen in de resultatenrekening ingebracht worden. Indien dit niet gebeurt, kan men onmogelijk de winst van het lopende boekjaar bepalen<sup>(85)</sup>.

**208.** Artikel 7:213, vijfde lid van het WVV bepaalt een termijn van twee maanden tussen de datum van de staat van activa en passiva en het besluit om een interimdividend uit te keren. Vroeger bestond er ongelukkig genoeg een verschil tussen de Nederlandse en de Franse tekst. In de Nederlandse tekst begint de termijn te lopen “*de dag waarop de staat van activa en passiva is opgesteld*”; de Franse tekst luidt: “*la date à laquelle a été arrêté (vastgesteld) la situation active et passive*”. Dit verschil werd weggewerkt: “*de dag waarop de staat van activa en passiva is afgesloten.*”.

<sup>(83)</sup> Zie Cass. C.01.0536.F, 23 januari 2003, dat op elk ogenblik van het boekjaar de uitkering toelaat van dividenden die werden afgenomen op de beschikbare reserves, voor zover de algemene vergadering daartoe beslist (noot M. DE WOLF, “Du pouvoir de l’assemblée générale de procéder en tout temps à la distribution des réserves disponibles antérieurement constituées”, *RPS* 2004, 389-396).

<sup>(84)</sup> IBR, *Vademecum, Deel 1: Rechtsleer*, Antwerpen, Standaard Uitgeverij, 2009, p. 698.

<sup>(85)</sup> IBR, *Vademecum, Deel 1: Rechtsleer*, Antwerpen, Standaard Uitgeverij, 2009, p. 699.

**209.** De bedoeling van de wetgever is een zeer korte termijn te bepalen tussen de vaststelling van het resultaat en het besluit tot uitkering. De datum waarop de boekhoudafdeling een staat opstelt is niet relevant, alleen de datum van vaststelling strookt met de *ratio legis*. Deze termijn is erg kort: de staat moet niet alleen door de vennootschap worden opgesteld maar ook nog binnen de twee maanden door de bedrijfsrevisor worden gecontroleerd. Om elke verrassing te voorkomen, verdient het aanbeveling dat de commissaris de verantwoordelijken van de vennootschap zou vragen naar de bedoelingen van de raad van bestuur en in voorkomend geval naar de datum die voor de uitkering wordt vooropgesteld. Hij kan de timing van de controle daarop afstemmen <sup>(86)</sup>.

### 3.5.3. Beoordelingsopdracht

#### A. Normatief kader

**210.** Thans wordt in de wettelijke omschrijving verduidelijkt dat de commissaris een beoordelingsverslag (voorheen verificatieverslag) opstelt. De bedoeling van het beoordelingsverslag van de commissaris is geenszins te verklaren dat de staat die aan de basis van de uitkering ligt een getrouw beeld van het vermogen en van de resultaten van de onderneming geeft. Het verslag is er alleen maar om te bevestigen dat de uitkering van een interimdividend kan geschieden enkel door afneming op de winst van het lopende boekjaar of op de winst van het voorgaande boekjaar zolang de jaarrekening van dat boekjaar nog niet is goedgekeurd, na aftrek van de bedragen die nodig zijn voor de vorming van de door de wet of de statuten vereiste reserves.

De bedrijfsrevisor zal er zich van vergewissen dat de raad van bestuur met de nodige voorzichtigheid handelt en geen interimdividend uitkeert wanneer er – zij het ook maar een geringe – kans bestaat dat op het einde van het boekjaar zou worden vastgesteld dat die uitkering overdreven was gelet op artikel 2:213 WVV <sup>(87)</sup>.

De IBR-Aanbeveling “Uitvoering van een beperkt nazicht door de commissaris bij een tussentijdse toestand” bepaalde dat de opdracht toevertrouwd aan de commissaris in artikel 7:213 W. Venn. een beoordelingsopdracht is. Deze aanbeveling werd opgeheven door de norm van 10 november 2009, die de internationale standaarden voor beoordelingsopdrachten (*International Standards on Review Engagements*, ISRE’s) in België van toepassing heeft gemaakt op de beoordeling (“het beperkt nazicht”) van de historische financiële informatie.

Bijgevolg en aangezien artikel 7:213 WVV de opdracht toevertrouwt aan de commissaris van de vennootschap, zal ISRE 2410 “Beoordeling van tussentijdse financiële informatie, uitgevoerd door de onafhankelijke auditor van de entiteit” van toepassing zijn op deze opdracht. Indien geen verslaggeving vereist is door de wet, maar de vennootschap beslist om op contractuele basis een bedrijfsrevisor aan te stellen, dan zal

<sup>(86)</sup> IBR, *Vademecum, Deel 1: Rechtsleer*, Antwerpen, Standaard Uitgeverij, 2009, p. 699-700.

<sup>(87)</sup> IBR, *Vademecum, Deel 1: Rechtsleer*, Antwerpen, Standaard Uitgeverij, 2009, p. 700.

deze opdracht uitgevoerd worden conform ISRE 2400 “Opdrachten tot het beoordelen van financiële overzichten”.

Een opdracht tot het uitvoeren van een beoordeling van tussentijdse financiële informatie heeft tot doel de commissaris in staat te stellen een conclusie te formuleren of hem op basis van de door hem uitgevoerde beoordeling niets ter kennis is gekomen op grond waarvan hij ertoe wordt gebracht te concluderen dat de tussentijdse financiële informatie niet in alle van materieel belang zijnde opzichten is opgesteld in overeenstemming met een van toepassing zijnd stelsel inzake financiële verslaggeving. (par. 7, ISRE 2410).

### B. Praktische toelichting<sup>(88)</sup>

**211.** Onder “tussentijdse financiële informatie” wordt verstaan (par. 2, ISRE 2410): financiële informatie die wordt opgesteld en gepresenteerd in overeenstemming met het van toepassing zijnde boekhoudkundig referentiestelsel (zie hieronder nr. 215) en die, *in casu*, de vorm aanneemt van een staat van activa en passiva opgesteld conform het koninklijk besluit van 29 april 2019, over een periode die korter is dan het boekjaar van de vennootschap. Derhalve is het voorwerp van het verificatieverslag beoogd door artikel 7:213, vierde lid WVV tussentijdse financiële informatie. Aangezien de aard van de opdracht geen uitdrukking van een redelijke mate van zekerheid over deze tussentijdse financiële informatie vereist, wordt de doelstelling van de opdracht bereikt door het uitvoeren van een beoordeling.

**212.** Vooraleer een verslag uit te brengen in hoofde van artikel 7:213 WVV moet de commissaris nakijken of de statuten het bestuursorgaan toelaten om een interimdividend uit te keren.

**213.** De beoordeling van de staat van activa en passiva moet verricht worden door de commissaris. Indien er in de vennootschap geen commissaris is, is er wettelijk geen verslaggeving door een bedrijfsrevisor vereist.

De beoordelingswerkzaamheden geschieden overeenkomstig de principes van de beoordelingsopdracht. Aangezien het een vennootschap betreft waarin hij de functie van commissaris uitoefent, wordt hij geacht te beschikken over een voldoende algemene kennis van de onderneming en haar systeem van interne controle, wat het hem moet mogelijk maken de beoordelingswerkzaamheden toe te passen conform ISRE 2410.

**214.** Artikel 7:213, vierde lid WVV bepaalt dat het beoordelingsverslag van de commissaris moet worden gevoegd bij het jaarlijks controleverslag over de jaarrekening. Het lijkt geen twijfel dat deze bijlage ter beschikking van de aandeelhouders moet worden gesteld (art. 7:148 WVV) en die bescheiden zijn eveneens bedoeld in artikel 3:12 WVV, dat over de openbaarmaking handelt. De commissaris kan derhalve niet volstaan

<sup>(88)</sup> Cf. Praktische nota van het IBR van 5 februari 2016 bij de uitvoering van de werkzaamheden van beoordeling in het kader van een interimdividend (art. 618 W. Venn.): <https://doc.ibr-ire.be/nl/Documents/regelgeving-en-publicaties/publicaties/technische-notas/Bijlage%202016-03%20Praktische%20nota%20interimdividend%20NL.pdf>.

met het opnemen van een samenvatting in zijn verslag per einde boekjaar. Het gaat hier evenwel om twee onderscheiden opdrachten: de controleopdracht conform artikel 3:73 WVV en de opdracht toevertrouwd aan de commissaris in artikel 7:213 WVV. Derhalve dient ook voor deze laatste opdracht een opdrachtbrief opgesteld te worden (Cf. par. 11, ISRE 2410).

In de opdrachtbrief zal onder meer worden gewezen op de verantwoordelijkheden van het bestuursorgaan, in het bijzonder in het licht van artikelen 7:212, 7:213 en 7:214 WVV.

**215.** Teneinde het in artikel 7:213 WVV vermelde beoordelingsverslag op te stellen, dient de commissaris de staat van activa en passiva te beoordelen, die door het bestuursorgaan wordt opgesteld in overeenstemming met het in België van toepassing zijnde boekhoudkundig referentiestelsel volgens de principes van artikel 3:1, §1, eerste lid WVV rekening houdend met de wijze waarop artikel 7:213 WVV bepaalt hoe de winst moet worden berekend en dus worden geboekt. De winst dient evenwel op een afzonderlijke lijn in de staat van activa en passiva opgenomen te worden.

Deze staat van activa en passiva dient ook de buitenbalansverplichtingen te vermelden en tevens begeleid te worden door de waarderingsregels. Dit laatste kan middels verwijzing naar de door de commissaris gecontroleerde (en derhalve neergelegde) jaarrekening van de vennootschap.

De berekening van de winst over het lopende boekjaar of van de winst van het voorgaande boekjaar zolang de jaarrekening van dat boekjaar nog niet is goedgekeurd, moet worden gemaakt met inachtneming van de regels van het boekhoudrecht, waarbij rekening wordt gehouden met de afschrijvingen, de waardeverminderingen, de voorzieningen voor risico's en kosten en de te verwachten belastingen over de bedoelde winst. Dit veronderstelt dat de vennootschap een resultatenrekening opstelt die als grondslag dient voor de bepaling van de winst op datum van het afsluiten van de staat van activa en passiva.

De berekening van de winst gebeurt op grond van de vraag of deze, volgens de aan de commissaris voorgelegde staat, vatbaar is voor uitkering in overeenstemming met de artikelen 7:212, 7:213 en 7:214 WVV. Wanneer hij kennis krijgt van een voornemen of een beslissing tot uitkering van een interimdividend dat hoger ligt dan de voor uitkering vatbare winst, dan zal hij het bestuursorgaan hiervan schriftelijk op de hoogte brengen, zonder dat dit evenwel impact heeft op het beoordelingsverslag. De commissaris moet zich immers niet uitspreken over het bedrag van de uitkering. Het beoordelingsverslag van de commissaris wordt uitgebracht voordat het bestuursorgaan beslist over het bedrag van de uitkering.

De commissaris zal zich ervan vergewissen dat het bestuursorgaan met de nodige voorzichtigheid handelt en geen interimdividend uitkeert wanneer er waarschijnlijkheid bestaat dat op het einde van het boekjaar zou worden vastgesteld dat die uitkering overdreven was. In dat geval, zal hij het bestuursorgaan hiervan schriftelijk op de hoogte brengen, zonder dat dit evenwel impact heeft op het beoordelingsverslag.

Bij overdreven uitkering zal de commissaris dit in elk geval moeten vermelden in zijn verslag over de jaarrekening, gericht aan de algemene vergadering, conform artikel 3:75, §1, 9° WVV.

**216.** Het WVV bepaalt verder dat het besluit van het bestuursorgaan om een interimdividend uit te keren niet later mag worden genomen dan twee maanden na de dag waarop de staat van activa en passiva is afgesloten. Stelt de commissaris hierop een inbreuk vast, dan zal de commissaris dit, overeenkomstig artikel 3:75, §1, 9° WVV, in voorkomend geval, moeten opnemen in zijn verslag over de jaarrekening, gericht aan de algemene vergadering. Het verdient aanbeveling om deze vaststelling onverwijld te vermelden aan het bestuursorgaan, zonder dat evenwel impact heeft op het beoordelingsverslag.

**217.** Aangezien het gaat om een beoordelingsopdracht conform ISRE 2410, die te onderscheiden valt van de controleopdracht, dient de commissaris van de leiding van de vennootschap de nodige schriftelijke bevestigingen te verkrijgen. Het gaat hierbij onder meer over de fraude en de anti-witwasbepalingen.

**218.** Het verslag van de commissaris is gericht aan het bestuursorgaan die het besluit moet nemen een interimdividend uit te keren. Het wordt niet onmiddellijk bekendgemaakt. De wet bepaalt echter wel dat het gevoegd moet worden bij het controleverslag dat aan de gewone algemene vergadering wordt overgelegd (artikel 7:213, vierde lid WVV).

### *C. Voorbeeld van verslag*<sup>(89)</sup>

*Verslag aan het bestuursorgaan van vennootschap X inzake de beoordeling van de staat van activa en passiva in het kader van de uitkering van een interimdividend*

**219.** Overeenkomstig artikel 7:213 WVV en overeenkomstig de statuten van vennootschap [X] brengen wij in onze hoedanigheid van commissaris hierbij aan het bestuursorgaan het verificatieverslag uit over de staat van activa en passiva afgesloten op [xx/xx/xxxx].

Wij hebben de beoordeling uitgevoerd van de hierbij gevoegde staat van activa en passiva per xx/xx/xx van de vennootschap opgesteld in overeenstemming met het in België van toepassing zijnde boekhoudkundig referentiestelsel.

<sup>(89)</sup> Cf. Praktische nota van het IBR van 5 februari 2016 bij de uitvoering van de werkzaamheden van beoordeling in het kader van een interimdividend (art. 618 W .Venn.): <https://doc.ibr-ire.be/nl/Documents/regelgeving-en-publicaties/publicaties/technische-notas/Bijlage%202016-03%20Praktische%20nota%20interimdividend%20NL.pdf>

*Verantwoordelijkheid van het bestuursorgaan voor het opstellen van de staat van activa en passiva*

**220.** Het bestuursorgaan is verantwoordelijk voor het opstellen van deze staat van activa en passiva per xx/xx/xx in overeenstemming met het in België van toepassing zijnde boekhoudkundig referentiestelsel volgens de principes van artikel 3:1, §1, eerste lid WVV, alsook voor de naleving van de door artikel 7:213, tweede lid, van het WVV vereiste voorwaarden.

*Verantwoordelijkheid van de commissaris*

**221.** Onze verantwoordelijkheid bestaat erin een conclusie over de staat van activa en passiva, te formuleren op basis van de door ons uitgevoerde beoordeling.



## **CHAPITRE 4**

### **MISSIONS LIEES A L'EVALUATION QUE LES DONNEES FINANCIERES ET COMPTABLES SONT FIDELES ET SUFFISANTES**

## **HOOFDSTUK 4**

### **OPDRACHTEN VERBONDEN MET DE BEOORDELING DAT DE FINANCIELE EN BOEKHOUDKUNDIGE GEGEVENS GETROUW EN VOLDOENDE ZIJN**

#### **C. LUXEN**

Attachée service juridique IRE

Collaborateur scientifique ICCI

#### **C. BALESTRA**

Senior Manager Department of Professional Practice, KPMG Réviseurs  
d'Entreprises

## 4.1. PREAMBULE

**222.** L'adoption du nouveau Code des sociétés et des associations (CSA) a engendré une petite révolution pour les professionnels.

Le législateur s'est efforcé de formuler les missions des professionnels du chiffre de manière cohérente et en adéquation avec les normes internationales existantes. C'est ainsi qu'en ce qui concerne les missions examinées dans le cadre de cette contribution, l'objet de l'intervention du réviseur est toujours identique, il s'agit pour le professionnel du chiffre d'évaluer « *si les données financières et comptables contenues dans le rapport que l'organe d'administration a établi sont fidèles et suffisantes dans tous leurs aspects significatifs pour éclairer l'assemblée générale appelée à voter sur cette proposition* <sup>(1)</sup> ». Ce qui permet de déduire qu'il s'agit de mission d'assurance limitée <sup>(2)</sup>.

**223.** Cependant, si l'on peut saluer l'effort du législateur sur ce point, force est de constater que cela engendre un certain nombre d'interrogations.

Tout d'abord, en ce qui concerne le contenu même de la mission du professionnel, la disposition examinée prévoit que le réviseur doit :

- évaluer ;
- si les données financières et comptables ;
- contenues (ou sous-jacentes) dans le rapport de l'organe d'administration ;
- sont fidèles ;
- et suffisantes ; et
- pour éclairer l'assemblée générale appelée à voter sur cette proposition.

Les notions de « fidèles » et « suffisantes » doivent-elles être interprétées de manière séparées, pourrait-on ainsi conclure que les données figurant dans le rapport de l'organe d'administration sont infidèles mais suffisantes ou, à l'inverse, fidèles mais insuffisantes ? D'autre part, si la notion de « fidèle » semble devoir donner lieu à une opinion formulée de manière négative (*negative assurance*), que faut-il penser de la notion de « suffisant » qui semble revêtir un caractère essentiellement subjectif, en ce que,

<sup>(1)</sup> Les articles 5 :102 et 7:155 CSA concernant la modification des droits attachés aux classes sont formulés de manière légèrement différentes puisqu'il s'agit d'évaluer « *ces données financières et comptables figurant 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 sur cette proposition* ». Néanmoins, il nous paraît logique d'opter pour une interprétation unifiée de l'ensemble de ces missions. Cependant il faut remarquer que l'article 5:102 semble conditionner l'intervention du professionnel à l'existence de telles données en ces termes ; « *Si des données financières et comptables sous-tendent également le rapport de l'organe d'administration, le commissaire ou, lorsqu'il n'y a pas de commissaire, un réviseur d'entreprises ou un expert-comptable externe désigné par l'organe d'administration* » il faut sans doute comprendre la phrase dans un sens qui va vers l'interprétation unifiée; même si des données financières ne figurent pas dans le rapport de l'organe d'administration, on prendra en compte celles qui de façon certaine "sous-tendent" la proposition.

<sup>(2)</sup> Voy. H. DE WULF, « Les implications du Code des sociétés et des associations pour les missions du commissaire dans les sociétés : quelques observations », *TAA*, 2019, n° 64, p.70.

le législateur paraît demander au professionnel de se mettre à la place de l'assemblée générale ?

Ensuite, l'examen du schéma figurant à la page suivante permet de donner un aperçu de la difficulté que soulève l'interaction non seulement des différents rapports demandés, mais également des différents « monopoles ». A titre d'exemple l'émission d'actions nouvelles par apport en nature avec modification des droits attachés aux classes d'actions, dans une SRL, semble *a priori* requérir l'établissement de trois rapports. Toutefois il existe une petite subtilité lorsqu'il faut établir un rapport sur l'apport en nature. Seul le commissaire et à défaut, un réviseur d'entreprises, sont compétents, dans l'hypothèse où l'opération se solde par l'émission d'actions nouvelles, un rapport ne doit être établi que lorsqu'un commissaire a été nommé, tandis que le rapport concernant la modification des droits attachés aux classes d'actions peut être établi, si aucun commissaire n'est nommé, par un réviseur d'entreprises ou un expert-comptable externe ; sachant que tout ceci pourrait intervenir dans une seule opération, on aperçoit le niveau de complexité et des difficultés pratiques à venir. En outre, l'assemblée générale peut décider de renoncer à certains rapports (ex : le rapport relatif à l'émission d'actions nouvelles en cas d'apport en numéraire).

Faut-il considérer qu'un rapport unique (par opération) comportant plusieurs conclusions doit être établi, ou faut-il véritablement rédiger des rapports séparés ? La même question se pose pour l'organe d'administration. Si l'on opte pour la première proposition, faut-il considérer qu'un expert-comptable, pourrait intervenir « dans » le rapport établi par un réviseur ?

**224.** Au détour de cette petite introduction, il est déjà possible de mesurer les difficultés d'interprétations découlant des nouvelles formulations introduites par le législateur. La présente contribution n'as pas la prétention de trancher définitivement les débats relatifs à ces différentes questions, néanmoins elle pourra fournir des pistes d'interprétations qui seront ou non confirmées par la pratique.

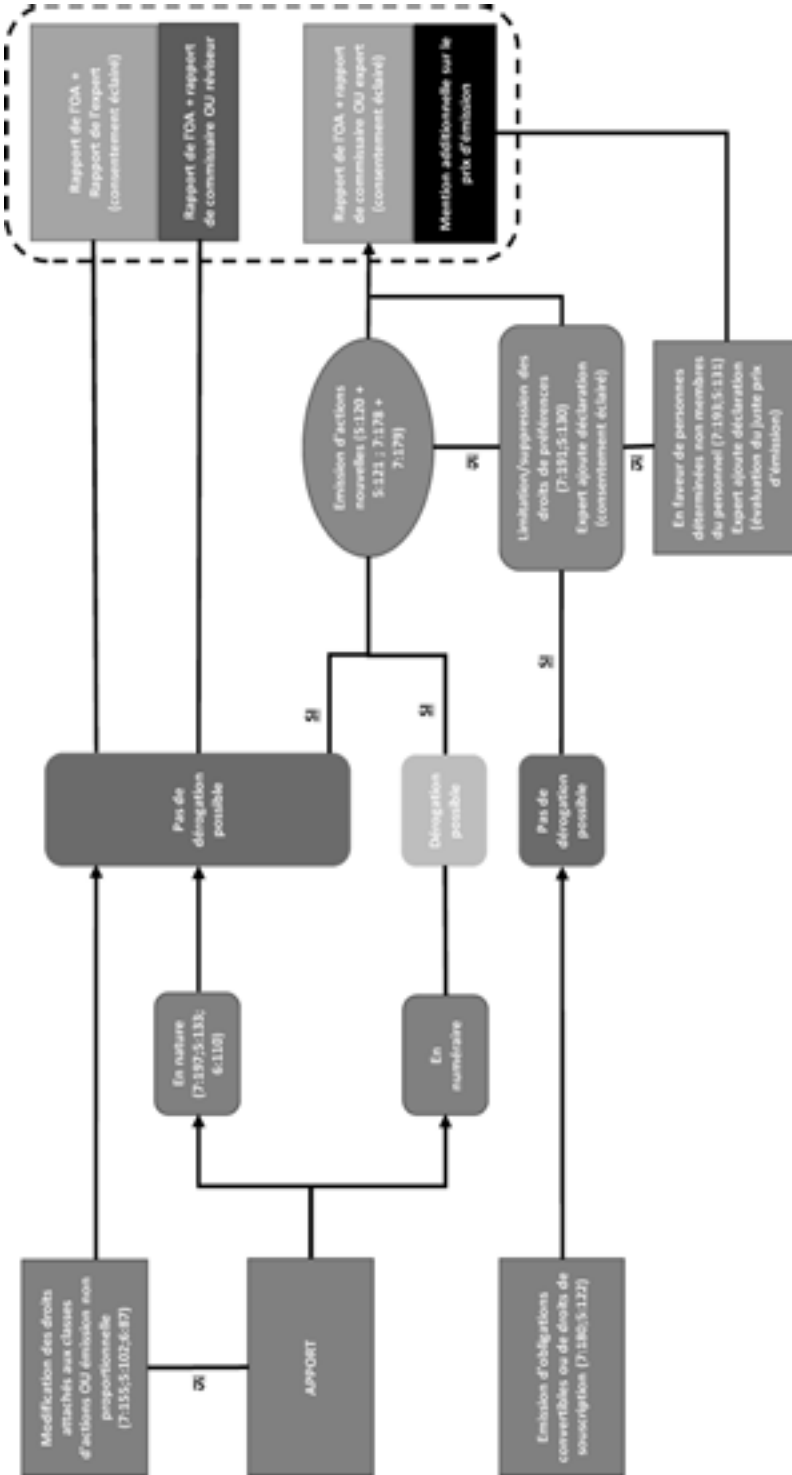
**225.** Nous examinerons successivement les champs d'application et les procédures prescrites donnant lieux aux quatre missions liées à la certification du caractère fidèle et suffisant des données financières et comptables. En termes de champ d'application, il s'agit plus précisément de l'émission d'actions nouvelles (par apport en nature ou en numéraire), l'émission d'obligations convertibles et de droits de souscription, la modification des droits attachés aux classes d'actions et la limitation ou la suppression du droit de préférence.

Ensuite, nous analyserons plus particulièrement la mission des professionnels du chiffre dans le cadre de ces différentes procédures, ainsi que le cadre normatif applicable.

Enfin nous tenterons, en conclusion, de présenter les pistes de solutions possibles pour la pratique des professionnels du chiffre.

Ci-après une vision synoptique de la problématique.

4.2. TABLEAU SYNOPTIQUE DE LA PROBLEMATIQUE



### 4.3. EMISSION D' ACTIONS NOUVELLES / AUGMENTATION DU CAPITAL

#### 4.3.1. Champ d'application

**226.** Les dispositions du Code des sociétés (C. Soc.) prévoyaient une procédure spécifique en cas d'émission d'actions sans mention de valeur nominale en dessous du pair comptable des actions anciennes de la même catégorie (art. 582 C. Soc.).

Avec l'adoption du Code des sociétés et des associations, une procédure similaire (art. 7:178 et 7:179 (SA) et 5:120 et 5:121 (SRL) CSA) s'applique désormais pour toute émission d'actions, qu'elles soient émises au-dessus, en-dessous ou au pair comptable des actions existantes de la même catégorie, avec ou sans prime d'émission, dans une entité disposant ou non d'un capital. L'élément déterminant (le fait générateur) est donc désormais la création d'actions nouvelles !

Cette procédure a également été étendue aux SRL, le législateur a ainsi expressément consacré l'application d'une procédure déjà implicitement mise en œuvre dans les SPRL<sup>(3)</sup>.

L'exposé des motifs précise, à cet égard que :

*« L'émission d'actions nouvelles peut porter préjudice aux actionnaires existants non seulement par l'émission d'actions en dessous du pair comptable des actions anciennes, mais aussi par l'émission d'actions nouvelles dont le prix d'émission est inférieur à la valeur réelle économique des actions anciennes. Contrairement à ce que paraît admettre le Conseil d'État, il importe peu à cet égard que l'émission se fasse au pair comptable.*

*C'est la valeur économique de l'entreprise, et donc des actions existantes, qui doit servir de fil conducteur. Ainsi, même une émission au ou au-dessus du pair comptable peut être préjudiciable aux anciens actionnaires si la prime d'émission est insuffisante. »*<sup>(4)</sup> C'est la raison pour laquelle, les obligations d'information des actionnaires ont été étendues et renforcées.

**227.** Pour rappel, le pair comptable des actions est obtenu en divisant le montant du capital souscrit par le nombre total d'actions émises. Toutes les actions sans valeur nominale d'une même classe ont un pair comptable égal, et ce même si la valeur à laquelle de nouvelles actions sont émises diffère du pair comptable des actions existantes de la même classe. Cependant, les statuts ou l'assemblée générale, lors d'une

<sup>(3)</sup> Voy. notamment, l'avis 2011/07 du Président du Conseil de l'IRE du 12 juillet 2011, concernant l'émission de parts sous le pair comptable dans une SPRL, Cf. [https://doc.ibr-ire.be/fr/Documents/reglementation-et-publications/Doctrine/Avis/9620\\_Avis-2011-7-Emission-de-parts-sous-le-pair-comptable-dans-une-SPRL.pdf](https://doc.ibr-ire.be/fr/Documents/reglementation-et-publications/Doctrine/Avis/9620_Avis-2011-7-Emission-de-parts-sous-le-pair-comptable-dans-une-SPRL.pdf).

<sup>(4)</sup> Projet de loi introduisant le Code des sociétés et des associations et portant des dispositions diverses, exposé des motifs, *Doc.*, Ch., 2018-2019, n° 54 3119/001, p. 256.

décision d'émission, peuvent prévoir l'émission d'actions à un pair comptable différent des actions existantes. Dans ce cas, une nouvelle classe d'action est émise <sup>(5)</sup>.

**228.** La règle selon laquelle seule l'assemblée générale est compétente pour décider de l'émission de nouvelles actions (art. 581 C. Soc.) est supprimée. Une lecture combinée des articles 7:177 et 7:198, alinéa 3 CSA (art. 5:137 CSA pour la SRL) permet de déduire que l'organe d'administration est désormais également habilité à procéder à l'émission de nouvelles actions, dans le cadre du capital autorisé ou, pour les SRL, dans des conditions similaires.

Cependant, l'organe d'administration ne peut utiliser ce pouvoir pour émettre des actions à droit de vote multiple ni pour émettre des actions créées principalement par un apport en nature réservé exclusivement à un actionnaire détenant des titres de cette société auxquels sont attachés plus de 10% des droits de vote (art. 5:136, 2° et 3° ; 7:201, 3° et 3° CSA).

**229.** En outre, en ce qui concerne les SA, le CSA prévoit une dérogation expresse à cette procédure en cas de fusion ou de scission (art. 12:30, §2 ; 12:43, §2 ; 12:53, §2 ; 12:67, §2 ; 12:83, §2 et 12:116, §2 CSA).

Une proposition de loi portant transposition de la directive (UE) 2017/828 du Parlement européen et du Conseil du 17 mai 2017 modifiant la directive 2007/36/CE en vue de promouvoir l'engagement à long terme des actionnaires, et portant des dispositions en matière de société et d'association (ci-après « loi de réparation ») <sup>(6)</sup> vient cependant d'être déposée à la Chambre des représentants. Cette loi prévoit entre-autres la même dérogation dans les SRL et les SC.

#### 4.3.2. Procédure de « consentement éclairé »

**230.** Pour les SRL, l'article 5:40 CSA prévoit que « *chaque action est émise en contrepartie d'un apport* ». Si pour les SA une telle limitation n'est pas prévue par le Code, dans le cadre de cette contribution, seule l'émission d'actions nouvelles (ou l'augmentation de capital) par apport en numéraire et par apport en nature sera envisagée.

**231.** L'organe d'administration doit rédiger un rapport sur l'opération qui 1) justifie spécialement le prix d'émission et 2) décrit les conséquences de l'opération sur les droits patrimoniaux et les droits sociaux des actionnaires. Il s'agit d'un renforcement de l'obligation d'information par rapport au régime de l'article 582 du C. Soc. Dorénavant, le rapport devra justifier le prix et indiquer les conséquences sur les droits des actionnaires. En particulier l'impact sur les droits patrimoniaux (bénéfice et boni de liquidation) et sociaux (droit de vote) des actionnaires <sup>(7)</sup>. Dans les SA, le commissaire

<sup>(5)</sup> E.-J., NAVEZ et A., NAVEZ, « *Le Code des sociétés et des associations* », Bruxelles, Larcier, 2019, p. 233.

<sup>(6)</sup> *Doc. Ch.*, 55, n° 0553/001, proposition d'articles 141 à 147, p.114 à 115.

<sup>(7)</sup> *Projet de loi introduisant le Code des sociétés et des associations et portant des dispositions diverses, exposé des motifs, Doc., Ch.*, 2018-2019, n° 54 3119/001, p. 256.

ou, à défaut, un réviseur d'entreprises ou un expert-comptable externe, désigné par l'organe d'administration doit établir un rapport dans lequel il évalue 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 la proposition d'augmentation de capital en numéraire.

Dans les SRL, un tel rapport n'est requis que si un commissaire a été désigné <sup>(8)</sup>.

**232.** Les rapports sont annoncés dans l'ordre du jour. Selon Jean VAN RYN cela sous-entend une obligation de consacrer à ce/ces rapport(s) une rubrique distincte dans l'ordre du jour <sup>(9)</sup>.

En outre, ils sont mis à disposition des actionnaires, conformément à l'article 7:132 CSA (art. 5:84 CSA (SRL)), c'est-à-dire, qu'une copie doit être adressée aux titulaires d'actions nominatives, d'obligations convertibles nominatives, de droits de souscription nominatifs et de certificats nominatifs émis avec la collaboration de la société, aux administrateurs et au commissaire, en même temps que la convocation et selon les mêmes modalités. De plus, dans les sociétés non cotés, les titulaires d'autres actions, obligations convertibles, droits de souscription et certificats émis avec la collaboration de la société peuvent, à partir de ce moment, recevoir, au siège de celle-ci, une copie de ces documents. Enfin, dans ces mêmes sociétés, une copie doit être adressée aux personnes qui, au plus tard sept jours avant l'assemblée générale, ont rempli les formalités requises par les statuts, afin d'être admises à l'assemblée générale. Pour les personnes qui ont rempli ces formalités après le délai précité, une copie leur sera transmise lors de l'assemblée générale.

**233.** Ces rapports doivent dans les trente jours, à compter de la date de l'acte définitif, être déposés au greffe du tribunal de l'entreprise du siège de la société, afin d'être versés au dossier (art. 2:8 CSA) et publiés dans les *Annexes du Moniteur belge* conformément à l'article 2:14, 4° CSA, c'est-à-dire que l'objet du document doit être publié.

En l'absence de ces deux rapports, la décision de l'assemblée générale est nulle. Toutefois, ces rapports ne sont pas requis en cas d'augmentation du capital par incorporation des réserves car dans ces cas il n'y a pas de création d'actions nouvelles. Cette opération est, en effet, purement interne et sans influence sur les droits patrimoniaux et sociaux des actionnaires <sup>(10)</sup>.

En outre, l'ensemble des actionnaires présents ou représentés à l'assemblée générale peuvent, de manière unanime, renoncer à ces rapports, sauf en cas d'augmentation de capital par apport en nature. Ici une (nouvelle) question se pose en cas de délégation. Les dispositions susmentionnées ne prévoient pas d'impossibilité de renoncer en cas de délégation du pouvoir d'émission à l'organe d'administration. Cependant, les articles

<sup>(8)</sup> Projet de loi introduisant le Code des sociétés et des associations et portant des dispositions diverses, exposé des motifs, *Doc.*, Ch., 2018-2019, n° 54 3119/001, p.171.

<sup>(9)</sup> J. VAN RYN, *Principes de droit commercial belge*, T. I, Bruxelles, Bruylant, 1954, p. 487.

<sup>(10)</sup> Projet de loi introduisant le Code des sociétés et des associations et portant des dispositions diverses, exposé des motifs, *Doc.*, Ch., 2018-2019, n° 54 3119/001, p.256.

visent bien une décision prise par « l'assemblée générale, à laquelle l'ensemble des actionnaires sont présents ou représentés ». Toutefois le texte de la loi ne permet pas d'exclure l'hypothèse selon laquelle en cas de délégation à l'organe d'administration l'assemblée n'est plus compétente et aucune renonciation n'est plus possible ; par prudence et en application du droit commun du mandat on considérera que même en cas de délégation l'assemblée générale n'a pas délégué le pouvoir de renonciation.

**234.** Lorsque la décision est prise par l'assemblée générale, elle suppose une modification des statuts (et donc un acte authentique), dès lors les conditions de quorum (les actionnaires présents ou représentés représentent la moitié au moins du capital) et de majorité (trois quarts des voix exprimées) sont d'application.

**235.** Le cas échéant, les dispositions relatives à la modification des droits attachés aux classes d'actions (*Cf. infra*, point 4.5.) devront également être appliquées (art. 5:102 CSA, dans la SRL, et article 7:155 CSA dans la SA). Néanmoins, l'exposé des motifs précise que : « *L'on admet généralement qu'il n'y a pas lieu d'appliquer la procédure relative à la modification des droits attachés aux titres (article 560 C. Soc., article 7:155 en projet), alors même que les actions sont émises en-dessous du pair comptable des actions anciennes, dans la mesure où toutes les actions existantes subissent de manière égale les conséquences de l'opération.* »<sup>(11)</sup>.

**236.** Comme déjà mentionné ci-dessus, l'organe d'administration peut également décider d'une augmentation de capital, dans le cadre du capital autorisé dans la SA ou de la procédure analogue en matière de SRL (*Cf. supra*, n° 228). Cette possibilité vise également le cas de l'émission d'actions sous le pair comptable des actions anciennes, l'interdiction formulée à l'article 606, 3° du Code des sociétés ayant été supprimée (art. 7:177, alinéa 1<sup>er</sup> et 7:198 ou 5:137 §1<sup>er</sup>).

Dans ce cas, l'article 7:198, alinéa 3 CSA prévoit que les articles 7:177, alinéa 3 et 7:178 CSA sont d'application. L'application de la procédure de l'article 7:179, en cas d'augmentation de capital dans les limites du capital autorisé, n'est pas expressément prévue. Cependant, sauf dans les petites sociétés, le rapport de gestion doit comporter un exposé relatif à cette augmentation de capital (art. 7:203 CSA). La loi de réparation susmentionnée (*Cf. supra*, n° 229) modifie cependant le libellé de l'article 7:198 CSA<sup>(12)</sup> et prévoit l'application des articles 7:177 à 7:197 CSA, à l'exception de l'article 7:192, alinéa 2 CSA. L'ensemble de la procédure devrait donc être appliquée dans les SA.

Dans les SRL, l'article 5:137 CSA prévoit l'application des articles 5:120, §1<sup>er</sup>, alinéa 2 et 5:121 CSA.

L'organe d'administration et le commissaire d'une SRL doivent donc également établir un rapport spécial (prévus à l'article 5:121 CSA) en cas de délégation de la décision à l'organe d'administration.

<sup>(11)</sup> Projet de loi introduisant le Code des sociétés et des associations et portant des dispositions diverses, exposé des motifs, *Doc.*, Ch., 2018-2019, n° 54 3119/001, p. 255.

<sup>(12)</sup> *Doc.* Ch., 55, n° 0553/001, proposition d'article 124, p. 111.



Il faut souligner qu'en cas d'émission d'actions nouvelles par apport en nature, lorsque le rapport sur l'apport en nature ne doit pas être établi par application de l'article 5:133, §2 CSA, une déclaration doit être déposée et publiée par l'organe d'administration dans le délai d'un mois suivant la date effective de l'apport. Cette déclaration mentionne la date à laquelle la décision d'émettre des actions a été prise et contient les éléments mentionnés à l'article 5:133, §3 CSA <sup>(13)</sup>.

**237.** En outre, dans le cadre du « capital autorisé », l'article 5:137, alinéa 3 CSA prévoit que : « *Lorsque l'organe d'administration a exercé le pouvoir qui lui a été conféré conformément à l'article 5:134, il en fait rapport lors de la première assemblée générale qui suit. (...)* ». C'est à cette date également que le rapport du commissaire sera présenté aux actionnaires qui se retrouveront ainsi devant le fait accompli. En effet, si chaque rapport doit être déposé conformément à l'article 2:8 CSA, et ensuite publié, conformément à l'article 2:14, 4° CSA les délais ne permettent pas aux actionnaires de réagir avant que la décision ne soit prise. Le dépôt doit avoir lieu dans les 30 jours de l'acte définitif et la publication dans les dix jours du dépôt. Dans la plupart des cas, la décision aura déjà été prise par l'organe d'administration, supprimant ainsi la possibilité pour les actionnaires, représentant au moins 1/10<sup>ème</sup> des actions, de demander à l'organe d'administration ou au commissaire de convoquer une assemblée générale. Seule une action en justice pourra leur permettre de contester la décision de l'organe d'administration.

**238.** Enfin dans les SRL, l'émission d'actions nouvelles par l'organe d'administration et la modification des statuts qui en résulte doivent être constatés par un acte authentique. Toutefois, les statuts peuvent prévoir que l'organe d'administration peut émettre des actions sans modifier immédiatement les statuts (art. 5:137, §2 CSA). Dans ce cas, les émissions et les modifications statutaires qui en découlent sont constatées, avant la fin de chaque exercice, par un acte authentique reçu à la demande de l'organe d'administration. Cette disposition doit être lue en liaison avec le titre 6 du livre 5 (« Démission et exclusion à charge du patrimoine social »). En combinant les facultés offertes par le titre 6 et l'article 5:137, §2 CSA, la SRL peut ainsi largement « fonctionner » comme une SCRL. Il s'agit donc de la contrepartie à la modification de la définition de la société coopérative.

<sup>(13)</sup> « *Dans les cas visés au paragraphe 2 où l'apport a lieu sans application du paragraphe 1er, l'organe d'administration dépose une déclaration et la publie conformément aux articles 2:8 et 2:14, 4°, dans le délai d'un mois suivant la date effective de l'apport de l'élément d'actif. Cette déclaration contient les éléments suivants:*

*1° une description de l'apport en nature concerné;*

*2° le nom de l'apporteur;*

*3° la valeur de cet apport, l'origine de cette évaluation et, le cas échéant, le mode d'évaluation;*

*4° le nombre des actions émises en contrepartie de chaque apport en nature;*

*5° une attestation selon laquelle aucune circonstance nouvelle susceptible d'influencer l'évaluation initiale n'est survenue. »*

#### 4.4. EMISSION D' ACTIONS CONVERTIBLES ET DE DROITS DE SOUSCRIPTION

##### 4.4.1. Champ d' application

**239.** Les articles 7:177 et 7:180 CSA (art. 5:120 et 5:122 CSA pour les SRL) ont modifié la procédure précédemment prévue par l'article 583 C. Soc. Ces dispositions traitent de l'émission d'obligations convertibles et de droits de souscription. Il s'agit d'augmentations de capital ou d'émission d'actions nouvelles « différées ». Auparavant, une intervention de la FSMA était prévue dans ce cadre, pour les sociétés ayant fait ou faisant publiquement appel à l'épargne.

Les articles 590 et 591 du C. Soc. prévoyaient l'intervention du commissaire ou, à défaut, d'un réviseur d'entreprises ou d'un expert-comptable externe lors d'une augmentation du capital, à la suite de la conversion des obligations convertibles en actions ou à la souscription des actions en cas d'exercice du droit de souscription. Cette intervention a désormais lieu lors de l'émission d'obligations convertibles ou de droits de souscription. Dès lors la mission précitée a été supprimée (Cf. art. 7:187 CSA). Cette nouvelle mission est similaire à celle prévue dans le cadre de l'émission d'actions nouvelles (Cf. *supra*, n° 226 e.s.).

Le CSA a, en outre, supprimé l'intervention de la FSMA (Cf. art. 7:187 CSA). L'exposé des motifs précise à cet égard qu'elle constituait « *un reliquat de méfiance à l'égard des valeurs mobilières concernées, datant d'une époque où ces valeurs mobilières étaient encore relativement nouvelles. Or la pratique a montré qu'une telle méfiance est désormais dénuée de fondement.* »<sup>(14)</sup>.

**240.** Comme auparavant, les opérations visées sont l'émission d'obligations convertibles et l'émission de droits de souscription.

Une telle augmentation peut être décidée tant par l'assemblée générale, que par l'organe d'administration, dans le cadre du « capital autorisé », en l'espèce, l'organe d'administration ne peut pas utiliser ce pouvoir si l'émission des droits de souscription est réservée à titre principal à une ou plusieurs personnes déterminées autre que des membres du personnel. De même, il ne peut utiliser ce pouvoir pour l'émission d'obligations convertibles à réaliser par un apport en nature réservé exclusivement à un actionnaire de la société détenant des titres de cette sociétés auxquels sont attachés plus de 10% des droits de votes. Enfin, il ne peut pas non plus émettre des titres donnant droit à l'émission de ou à la conversion en actions à droit de vote multiple. (art. 5:136, 1°, 2° et 3° ; 7:201, 1°, 2° et 3° CSA).

Enfin, la procédure s'applique tant dans les SA (art. 7:180 CSA) que dans les SRL (art. 5:122 CSA).

<sup>(14)</sup> Projet de loi introduisant le Code des sociétés et des associations et portant des dispositions diverses, exposé des motifs, *Doc.*, Ch., 2018-2019, n° 54 3119/001, p. 257.

#### 4.4.2. Procédure

**241.** Le législateur a maintenu l'obligation pour l'organe d'administration d'établir un rapport spécial, dans ce cadre, pour éclairer l'assemblée générale. Toutefois, la formulation de cette obligation d'information a été modifiée. L'organe d'administration est désormais tenu de 1) justifier l'opération proposée dans un rapport, mais également de 2) justifier le prix d'émission et de 3) décrire les conséquences de l'opération sur les droits patrimoniaux et sociaux des actionnaires.

**242.** Ensuite, le commissaire ou, lorsqu'il n'y a pas de commissaire, un réviseur d'entreprises ou un expert-comptable externe désigné par l'organe d'administration doit rédiger un rapport dans lequel il évalue 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 sur cette proposition. Il s'agit d'une toute nouvelle mission pour le commissaire, le réviseur ou l'expert-comptable, dont l'intervention n'était pas prévue à ce stade dans le Code des sociétés. Cette nouvelle mission vient, notamment, pallier la suppression de l'intervention de la FSMA. À nouveau, dans le cas de la SRL, un tel rapport ne doit être établi que si un commissaire a été désigné (art. 5:122, al.2 CSA).

**243.** Ces deux rapports doivent être déposés et publiés conformément aux articles 2:8 et 2:14, 4° CSA. Ils sont annoncés dans l'ordre du jour et une copie peut être obtenue conformément à l'article 7:132 CSA (ou à l'article 5:84 CSA pour les SRL – Cf. *supra* numéros 232 et 233 pour une explication plus détaillée concernant ces différentes formalités).

En l'absence de ces rapports, ou de l'un de ces deux rapports, la décision de l'assemblée générale est nulle. Il n'est pas possible pour l'assemblée générale de renoncer à ces rapports par une décision unanime, en raison du délai entre l'émission et la conversion ou l'exercice de ce droit <sup>(15)</sup>.

**244.** La décision de l'assemblée générale doit être prise dans les conditions requises pour la modification des statuts.

**245.** Le pouvoir d'émettre des obligations convertibles ou des droits de souscription peut être délégué à l'organe d'administration, dans le cadre du « capital autorisé » (art. 7:177, alinéa 2 et 7:198, alinéa 2 CSA ou 5:134, alinéa 1<sup>er</sup> CSA – cf. *supra* n° 240). Toutefois, une autorisation expresse doit être prévue si une telle émission a pour effet de limiter ou supprimer les droits de préférence, que ce soit en faveur de personnes déterminées autres que des membres du personnel ou non (art. 7:200, 1° et 2° CSA ou 5:135, 1° et 2° CSA). Dans le cas où cette compétence est déléguée à l'organe d'administration, la procédure susmentionnée doit être suivie, puisque l'article 7:198, alinéa 3 CSA prévoit expressément l'application de l'article 7:180 CSA. En outre, l'article 7:203 CSA prévoit que le rapport de gestion doit comporter un exposé à ce sujet.

<sup>(15)</sup> Projet de loi introduisant le Code des sociétés et des associations et portant des dispositions diverses, exposé des motifs, *Doc.*, Ch., 2018-2019, n° 54 3119/001, p. 257.

Dans les SRL, l'article 5:137 CSA prévoit que : « *En cas d'émission d'actions par l'organe d'administration, les articles 5:120, §1er, alinéa 2, 5:121 à 5:130 sont d'application.* ». Cette disposition vise l'émission d'actions, mais renvoie également à l'article 5:123 CSA, qui traite de l'émission d'obligations convertibles. Il semble dès lors que l'ensemble de la procédure prévue à l'article 5:123 CSA doit être suivie en cas d'émission d'obligations convertibles ou de droits de souscriptions par l'organe d'administration. Enfin, un rapport doit être fait lors de la première assemblée générale qui suit la décision d'émission d'obligations convertibles.

De la même manière qu'en ce qui concerne l'émission d'actions nouvelles, les actionnaires pourraient ainsi se retrouver devant le fait accompli sans autre possibilité que d'intenter une action en justice. La prudence est donc de mise lorsqu'une telle délégation est envisagée par l'assemblée générale.

## 4.5. MODIFICATION DES DROITS ATTACHES AUX CLASSES D' ACTIONS

### 4.5.1. Champ d' application

**246.** Le C. Soc. (art. 560 (SA), 288 (SPRL) et 657 (SCA) C. Soc.) consacrait déjà l'existence de différentes « catégories » d'actions (ou parts bénéficiaires), auxquelles pouvaient être attachées statutairement des prérogatives distinctes.

Ainsi, cette méthode permettait par exemple, aux actionnaires minoritaires d'assurer une représentation au conseil d'administration, leur donnant la possibilité de présenter des candidats, dont certains pouvaient être élus administrateurs par l'assemblée générale.

Les statuts pouvaient également prévoir un droit privilégié au boni de liquidation ou un dividende privilégié à certaines catégories d'actionnaires <sup>(16)</sup>.

**247.** Ce régime a été en grande partie maintenu dans le CSA. Ainsi l'article 7:60 CSA (art. 5:48 (SRL) et 6:46(SC) CSA) prévoit que lorsque la société émet des actions ou parts bénéficiaires auxquelles il est reconnu des droits distincts par rapport à d'autres actions ou parts bénéficiaires émises par la même société (sur le plan des répartitions bénéficiaires ou des droits de vote), chacune de ces séries constitue une « classe » d'actions.

La disposition précise en outre, que : « *les actions et parts bénéficiaires auxquelles un droit de vote différent est attaché et les actions sans droit de vote constituent toujours des classes distinctes.* »

Cependant, l'article 7:53, §3 CSA prévoit que le droit de vote de loyauté, attribué à un actionnaire dans une SA (ou une SRL) cotée ne constitue jamais une classe particulière <sup>(17)</sup>. Le double droit de vote étant un droit attaché à la personnalité de l'actionnaire plutôt qu'à l'action elle-même <sup>(18)</sup>.

**248.** Le législateur n'a cependant pas voulu qu'une société demeure tenue des avantages attribués à certaines catégories de titres, représentatifs du capital, ou non. C'est la raison pour laquelle l'article 7:155 CSA (5:102 (SRL) et 6:87 (SC) CSA) prévoit une procédure permettant de modifier les droits attachés à des classes d'actions ou à des parts bénéficiaires.

<sup>(16)</sup> A., COIBION et E., POTTIER, « Commentaire de l'art. 560. C. Soc. », in *Commentaires systématiques du Code des sociétés*, Anvers, Wolters Kluwer, mis à jour le 15 septembre 2007, feuillets mobiles, p.1.

<sup>(17)</sup> Bien qu'il soit possible de prévoir statutairement des votes multiples par action dans les SRL non cotées, les SC et les SA non cotées (art. 5:42 et 5:41 CSA ; 6:40 et 6:41 CSA ; 7:52 CSA), une telle dérogation n'est prévue que dans les SA et les SRL cotées. Pour les autres formes, des actions auxquelles des droits de vote multiples sont attachés constitueront toujours une classe d'action spécifique, dans ce cas, ces droits seront transmis avec l'action.

<sup>(18)</sup> E-J., NAVEZ, et A., NAVEZ *Le Code des sociétés et des associations*, Bruxelles, Larcier, 2019, p.202.

Cette disposition prévoit que nonobstant toute clause statutaire contraire, l'assemblée générale peut : « *approuver l'émission de nouvelles classes d'actions ou de parts bénéficiaires, supprimer une ou plusieurs classes, assimiler les droits attachés à une classe et ceux attachés à une autre classe ou modifier directement ou indirectement les droits respectifs attachés à une classe de titres.* ».

Il s'agit d'une extension du champ d'application par rapport au régime du C. Soc. (art. 560) qui ne prévoyait que la modification des droits respectifs ou le remplacement des actions ou parts bénéficiaires d'une catégorie par celles d'une autre.

Une précision est également ajoutée, puisque la disposition prévoit que : « *L'émission de nouvelles actions ou parts bénéficiaires qui ne s'effectue pas proportionnellement au nombre d'actions ou de parts bénéficiaires émises dans chaque classe, constitue une modification des droits attachés à chacune des classes* ». En effet, lorsqu'une société émet de nouvelles actions de manière non proportionnelle au nombre d'actions émises dans chaque classe, elle modifie implicitement la répartition des droits entre les classes d'actions<sup>(19)</sup>.

Dans tous les cas, il faudra également être attentif à l'interaction entre cette procédure et l'exercice du droit de préférence. Deux situations peuvent, en effet, être distinguées<sup>(20)</sup> :

- Soit plusieurs classes d'actions existent et l'émission de nouvelles actions ne porte que sur une seule de ces classes. Dans ce cas, l'émission d'actions d'une classe déterminée implique une modification des droits respectifs de l'ensemble des classes d'actions. La procédure examinée *infra* doit alors être appliquée. En outre, le droit de préférence s'exercera par classe.
- Soit une nouvelle classe d'actions est émise, les titulaires des actions existantes disposeront alors tous d'un droit de préférence sur l'émission des nouvelles actions. En outre, l'émission a lieu pour tous les actionnaires proportionnellement au nombre d'actions existantes qu'ils détiennent la procédure examinée *infra* ne doit pas être appliquée.

**249.** Le pouvoir d'émettre une nouvelle classe d'actions appartient exclusivement à l'assemblée générale et ne peut être déléguée à l'organe d'administration (art. 5:136, 4° CSA ; 7:201, 4° CSA) sauf dans la SC où l'assemblée générale peut spécialement habiliter l'organe d'administration à émettre une nouvelle classe d'actions (art. 6:108, §1<sup>er</sup>, al. 2 CSA). Par contre, le pouvoir de supprimer une ou plusieurs classe, d'assimiler les droits attachés à une classe d'actions et ceux attachés à une autre classe ou de modifier directement ou indirectement les droits attachés à une classe peut être délégué.

**250.** Enfin, cette procédure est d'application dans les sociétés anonymes, les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés coopératives.

<sup>(19)</sup> H., CULOT et O., MARESCHAL, « Les titres et leur transfert dans la SRL » in *La société à responsabilité limitée*, Bruxelles, Larcier, 2019, p. 92.

<sup>(20)</sup> E-J., NAVEZ, et A., NAVEZ, *Le Code des sociétés et des associations*, Bruxelles, Larcier, 2019, p. 118.

#### 4.5.2. Procédure

**251.** L'organe d'administration doit justifier les modifications proposées ainsi que leurs conséquences sur les droits des classes existantes.

**252.** En outre, et il s'agit d'une nouveauté (*Cf.* art. 5:102, 7:155, 6:87 CSA), le commissaire ou, à défaut, un réviseur d'entreprise ou un expert-comptable désigné par l'organe d'administration, évalue si les données financières et comptables figurant 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, et ce si des données financières ou comptables sous-tendent le rapport de l'organe d'administration. L'on demeure perplexe devant cette intervention conditionnée de l'expert, il est en effet difficile d'imaginer une situation où des données financières et comptables ne sous-tendraient pas le rapport de l'organe d'administration.

A cet égard, l'exposé des motifs <sup>(21)</sup> précise que lorsque la création d'une classe ne repose sur aucun élément financier ou comptable, par exemple en matière de droits de présentation, l'organe d'administration peut se borner à le mentionner dans son rapport. Il semble néanmoins que dans la majorité des cas le rapport d'un expert sera nécessaire.

L'exposé des motifs précise également que lorsque la modification des droits est prise à l'unanimité par l'assemblée générale, à laquelle tous les actionnaires sont présents ou représentés, il n'est pas nécessaire de faire appel à un expert externe <sup>(22)</sup>. Cette affirmation ne semble pas correspondre à la lettre de la disposition. En effet, il n'est fait nulle mention d'une possibilité pour les actionnaires de renoncer au rapport de l'expert, alors que cette faculté est expressément prévue dans d'autres cas. Néanmoins, étant donné que l'exposé des motifs n'a pas force de loi, il nous semble plus prudent d'écarter cette possibilité. Surtout que les deux rapports spéciaux sont prévus à peine de nullité de la décision de l'assemblée générale

**253.** Dans le cas où l'intervention du commissaire ou du réviseur n'est pas nécessaire (car aucune donnée financière ou comptable ne sous-tend le rapport de l'organe d'administration), ce dernier se bornera à vérifier dans le cadre de son rapport d'audit que la procédure susmentionnée a bien été suivie, en application de l'article 3:75, 9°, comme c'était déjà le cas dans le régime prévu par le C. Soc.

Les rapports sont déposés et publiés conformément aux articles 2:8 et 2:14, 4° CSA. Ils sont annoncés dans l'ordre du jour et une copie peut être obtenue conformément à l'article 7:132 CSA (ou à l'article 5:84 CSA (SRL) ou 6:70, §2 CSA (SC) – *Cf. supra*, numéros 232 et 233 pour une explication plus détaillée concernant ces différentes modalités).

<sup>(21)</sup> Projet de loi introduisant le Code des sociétés et des associations et portant des dispositions diverses, exposé des motifs, *Doc.*, Ch., 2018-2019, n° 54 3119/001, p. 249.

<sup>(22)</sup> Projet de loi introduisant le Code des sociétés et des associations et portant des dispositions diverses, exposé des motifs, *Doc.*, Ch., 2018-2019, n° 54 3119/001, p. 249.

**254.** La modification des droits attachés à une ou plusieurs classes nécessite une modification des statuts (et donc un acte authentique), la décision doit être prise dans chaque catégorie dans le respect des conditions de quorum et de majorité requises pour la modification des statuts. Cela signifie qu'au sein de chaque classe d'actions, les actionnaires présents ou représentés représentent la moitié au moins du capital (ou du nombre d'actions émises dans les sociétés sans capital) et la modification ne sera admise que si au sein de chacune des classes, trois quarts des voix sont favorables.

Comme auparavant, les parts bénéficiaires donnent droit à une voix par titre, nonobstant toute clause statutaire contraire. Enfin, chaque porteur de coupure doit être admis à la délibération et au vote dans la classe concernée. Dans ce cas, chaque coupure donne droit à un droit de vote dans la classe concernée, la coupure la plus faible devenant le point de référence pour le comptage des voix.

**255.** Lorsque la possibilité de modifier les droits attachés <sup>(23)</sup> aux actions est déléguée à l'organe d'administration, ce dernier ne semble pas tenu d'appliquer la procédure examinée ci-dessus. En effet, contrairement aux autres missions analysées dans le cadre de cette contribution ni les dispositions relatives à la procédure ni les dispositions relatives à la délégation de pouvoirs à l'organe d'administration ne prévoient l'application des articles 5:102, 7:155 et 6:87 CSA, même dans les articles relatifs à la SC, où la délégation de l'émission d'une classe d'action nouvelle à l'organe d'administration est possible. Par mesure de prudence, il semble néanmoins raisonnable de prévoir l'application des dispositions susmentionnées, sans toutefois que l'absence des rapports de l'organe d'administration et du commissaire ou de l'expert ne puisse entraîner la nullité de la décision, puisqu'une telle sanction n'est prévue que lorsque l'assemblée générale prend la décision.

<sup>(23)</sup> Pour rappel, l'émission d'une classe d'actions nouvelle est, par contre, une compétence exclusive de l'assemblée générale (sauf pour la SC) – cf., *supra*, n° 249.



## 4.6. LIMITATION OU SUPPRESSION DU DROIT DE PRÉFÉRENCE

### 4.6.1. Champ d'application

**256.** Les articles 7:188 et 7:189 CSA (art. 5:128 et 5:129 CSA dans les SRL) prévoient un droit de préférence en faveur des actionnaires existants dans les SA et les SRL. Ces dispositions reprennent les articles 592 et 593 (art. 309 et 310) C. Soc., ajustés suite à l'introduction du droit de vote multiple. Ainsi, le nouveau Code introduit un droit de préférence en cascade, qui s'applique tant lors de l'émission de nouvelles actions (souscrites en numéraire) que lors de l'émission d'obligations convertibles ou de droits de souscription.

Lorsqu'il existe plusieurs classes d'actions, le droit de préférence s'applique désormais par classe d'actions, à l'exclusion des titulaires d'actions d'une classe différente. Les titulaires d'actions d'une autre classe, ne pourront faire usage d'un droit de préférence que si les titulaires d'actions de la classe dans laquelle de nouvelles actions sont émises n'en font pas usage. Enfin, un droit de préférence est accordé sans distinction à tous les titulaires d'actions du capital, lors de l'émission d'une nouvelle classe d'actions, en proportion de la part de capital représentée par leurs actions (ou proportionnellement aux nombres d'actions déjà détenues dans le cas des SRL) <sup>(24)</sup>.

**257.** Il est cependant des cas où le respect du droit de préférence ne paraît pas opportun (par exemple, lorsqu'une société souhaite voir un tiers déterminé entrer dans son actionnariat) <sup>(25)</sup>.

Le législateur, conscient de cette réalité, a donc introduit une procédure de dérogation au droit de préférence dans les articles 595 à 599 C. Soc., cette dérogation a été maintenue dans le nouveau Code et figure désormais aux articles 7:190 à 7:194 (art. 5:130 CSA et 5:131 CSA pour les SRL).

**258.** Il est important d'opérer deux distinctions dans ce cadre :

- Le droit de préférence peut être limité ou supprimé soit en faveur de personnes indéterminées (art. 7:191 et 5:130 CSA) soit en faveur de personnes déterminées autre que des membres du personnel (art. 7:193 et 5:131 CSA) soit en faveur de membres du personnel au sens large que l'article 1:27 CSA attribue à ces personnes (art. 7:204 CSA). Cette dernière option ne sera pas analysée dans le cadre de cette contribution, puisqu'elle n'implique pas d'intervention révisoriale *per se*.
- L'augmentation de capital par apport en numéraire avec limitation ou suppression du droit de préférence peut être décidée soit par l'assemblée générale (art. 7:191, 7:193 et 7:204 CSA ou 5:130 et 5:131 CSA) soit par l'organe d'administration dans le cadre du capital autorisé (art. 7:198 et 7:204 CSA ou 5:137 CSA).

**259.** Dans les SA comme dans les SRL, l'assemblée générale peut décider de limiter ou de supprimer le droit de préférence dans l'intérêt social, à l'occasion d'une

<sup>(24)</sup> Projet de loi introduisant le Code des sociétés et des associations et portant des dispositions diverses, exposé des motifs, *Doc.*, Ch., 2018-2019, n° 54 3119/001, p. 258.

<sup>(25)</sup> G. DE PIERPONT, « art. 595 et 596 C. Soc. », in *Commentaire systématique du Code des sociétés*, Anvers, Wolters Kluwer, mis à jour le 1<sup>er</sup> septembre 2015, feuillets mobiles, p. 1.

augmentation de capital par apport en numéraire, d'une émission d'obligations convertibles ou de l'émission de droits de souscription.

**260.** Cette compétence peut être déléguée à l'organe d'administration, qui devra alors respecter les mêmes conditions (art. 7:198, al.3 et 5:137, alinéa 1<sup>er</sup> CSA). En outre, cette délégation doit être expressément prévue par les statuts, que la limitation ou la suppression des droits de préférence ait lieu en faveur d'une personne déterminée autre que les membres du personnel ou non (art. 7:200, 1<sup>o</sup> et 2<sup>o</sup> et 5:135, 1<sup>o</sup> et 2<sup>o</sup> CSA).

**261.** L'article 7:192, alinéa 2 CSA (ou art. 5:130, §2 CSA pour les SRL) consacre expressément la solution doctrinale qui considèrerait que si chaque actionnaire renonce à son droit de préférence lors de la décision de l'assemblée générale d'augmenter le capital, il n'y a pas de suppression ou de limitation du droit de préférence. La disposition précise encore que pour les actionnaires représentés, la renonciation doit être faite par procuration. Enfin, la renonciation de chaque actionnaire doit être actée dans l'acte authentique relatif à la décision d'augmentation du capital.

Cette possibilité de renonciation est néanmoins expressément exclue lorsque l'organe d'administration procède à une augmentation de capital (art. 7:198, alinéa 3 CSA). Dans la SRL, une telle limitation n'est pas expressément prévue (art. 5:137 CSA), il semble toutefois qu'il s'agisse d'un oubli du législateur, puisqu'aucune justification à cet égard n'apparaît dans l'exposé des motifs

**262.** Enfin, une délégation est également possible lors d'une émission d'actions, d'obligations convertibles ou de droits de souscription à l'occasion desquelles le droit de préférence des actionnaires est limité ou supprimé en faveur d'une ou plusieurs personnes déterminées, autres que les membres du personnel, moyennant autorisation statutaire expresse (art. 7:200, 2<sup>o</sup> et 5:135, 2<sup>o</sup> CSA). Cependant, l'article 5:137 ne prévoit pas expressément l'application de la procédure visée à l'article 5:131 (art. 5:137, §1<sup>er</sup>, alinéa 1<sup>er</sup> CSA). La volonté du législateur, rappelée maintes fois dans l'exposé des motifs, étant de rapprocher les procédures susmentionnées de celles applicables dans les SA, l'on ne comprend pas la différence de traitement entre la SRL et la SA sur ce point.

**263.** La loi de réparation<sup>(26)</sup> tend cependant, à « corriger » les deux oublis susmentionnés, l'article 5:137, §1<sup>er</sup>, alinéa 1<sup>er</sup> CSA devrait dès lors, après adoption par le Parlement, disposer ce qui suit :

*« En cas d'émission d'actions par l'organe d'administration, les articles 5:120, §1er, alinéa 2, 5:121 à 5:133, à l'exception de l'article 5:130, §2, sont d'application. »<sup>(27)</sup>*

<sup>(26)</sup> Doc. Ch., 55, n° 0553/001, proposition d'article 87, p.103.

<sup>(27)</sup> Actuellement le même article dispose que : « En cas d'émission d'actions par l'organe d'administration, les articles 5:120, §1er, alinéa 2, 5:121 à 5:130 sont d'application. ».

## 4.6.2. Procédures

### A. Introduction

**264.** Le législateur a opté, dans ce contexte, pour une « législation en cascade ». Par exemple, si l'assemblée générale d'une SA veut émettre de nouvelles actions en limitant le droit de préférence des actionnaires existants, en faveur de personnes autres que les membres du personnel, les articles 7:179, 7:191 et 7:193 CSA devront être appliqués. Les rapports spéciaux de l'organe d'administration requis dans le cadre de ces différentes procédures ne formeront qu'un seul et même rapport, celui requis en cas d'augmentation de capital (art. 7:179, §1<sup>er</sup> alinéa 1<sup>er</sup> CSA), complété par une justification de la limitation du droit de préférence (art. 7:191, alinéa 2 CSA), encore complété par la justification de la limitation du droit de préférence en faveur d'une personne autre qu'un membre du personnel (art. 7:193, §1<sup>er</sup>, alinéa 2 CSA). Il en va de même pour les rapports du commissaire ou, à défaut, du réviseur d'entreprises ou de l'expert-comptable externe.

### B. Limitation ou suppression du droit de préférence en faveur de personnes indéterminées

**265.** Comme susmentionné, cette procédure s'ajoute à celles prévues aux articles 7:178 et 7:179 CSA ou 5:120 et 5:121 CSA, en cas d'émission d'actions nouvelles ou aux articles 7:177 et 7:180 CSA ou 5:122 CSA en cas d'émission d'obligations convertibles ou de droits de souscriptions (*Cf. supra*, 4.3.2. et 4.4.2. pour une analyse de ces procédures).

**266.** Lorsque l'assemblée générale décide de limiter ou de supprimer le droit de préférence des actionnaires existants, les conditions de quorum (les actionnaires présents ou représentés représentent la moitié au moins du capital) et de majorité (trois quarts des voix exprimées) requises pour la modification des statuts doivent être remplies pour que la décision soit valablement prise.

Cette proposition doit être spécialement annoncée dans la convocation.

**267.** L'organe d'administration doit justifier, dans le rapport établi en application de l'article 7:179, §1<sup>er</sup> alinéa 1<sup>er</sup> ou 7:180, alinéa 1<sup>er</sup> CSA (pour les SRL l'article 5:121, §1<sup>er</sup>, ou 5:122, alinéa 1<sup>er</sup> CSA), explicitement les raisons de la limitation ou de la suppression du droit de préférence et indiquer les conséquences de cette opération pour les droits patrimoniaux et les droits sociaux des actionnaires existants.

**268.** Le commissaire ou, à défaut, un réviseur d'entreprises ou un expert-comptable externe désigné par l'organe d'administration doit ensuite évaluer, dans le rapport visé à l'article 7:179, §1<sup>er</sup>, alinéa 2, ou à l'article 7:180, alinéa 2 CSA (pour les SRL il s'agit de l'article 5:121, §2, ou 5:122, alinéa 2 CSA) si les données financières et comptables contenues dans le rapport établi par l'organe d'administration sont fidèles et suffisantes dans tous leurs aspects significatifs pour éclairer l'assemblée générale appelée à voter sur cette proposition.

Dans les SRL, les rapports des articles 5:121 et 5:122 CSA ne doivent être établis que lorsqu'un commissaire a été désigné, dès lors, si un commissaire n'a pas été désigné, un réviseur ou un expert-comptable doit néanmoins rédiger le rapport requis dans le cadre de la suppression ou de la limitation du droit de préférence. Cependant, ce rapport sera limité aux exigences prévues par cette dernière procédure. En effet, l'article 5:130, §3, alinéa 3, *in fine* CSA, dispose que : « *Lorsqu'il n'y a pas de commissaire, cette déclaration est faite par un réviseur d'entreprises ou un expert-comptable externe désigné par l'organe d'administration.* ».

**269.** Dans le cadre d'une limitation ou d'une suppression du droit de préférence en faveur de personnes indéterminées, le commissaire, réviseur ou expert-comptable doit évaluer 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.

**270.** L'absence de cette justification spéciale de l'organe d'administration ou de la déclaration du commissaire, du réviseur ou de l'expert-comptable, entraîne la nullité de la décision subséquente de l'assemblée générale, sauf renonciation (*Cf. supra*, n° 261).

Enfin, la décision de l'assemblée générale de limiter ou de supprimer le droit de préférence doit être déposée et publiée conformément aux articles 2:8 et 2:14, 4° CSA.

**271.** Lorsque l'organe d'administration procède à une augmentation de capital ou à l'émission d'obligations convertibles ou de droits de souscription, l'article 7:198, alinéa 3 CSA prévoit expressément que les articles 7:188 à 7:197 CSA, à l'exception de l'article 7:192, alinéa 2 CSA (renonciation des actionnaires) sont applicables. La procédure examinée ci-dessus devra donc être intégralement suivie. Comme déjà mentionné, une disposition statutaire expresse doit prévoir cette délégation et une mention de cette opération devra figurer dans le rapport de gestion (art. 7:203 CSA).

Il en va de même dans les SRL, puisque l'article 5:137, §1<sup>er</sup>, alinéa 1<sup>er</sup> CSA prévoit expressément que les articles 5:121 à 5:130 CSA sont applicables. Nous avons déjà exposé le fait que le législateur semble avoir omis de déroger à la possibilité de renonciation individuelle au droit de préférence par les actionnaires, au vu de la proposition de loi (*Cf. supra*, n° 263) tendant à « corriger » cet oubli, il semble qu'il faille considérer que les actionnaires ne peuvent renoncer individuellement à leur droit de préférence, par analogie avec les règles applicables dans les SA, lorsque l'organe d'administration effectue l'opération visée.

**272.** Enfin, l'organe d'administration sera, dans les SRL, tenu d'en faire rapport lors de la première assemblée générale qui suit cette opération (art. 5:137, §1<sup>er</sup>, al. 3 CSA). Dans les SA, le rapport de gestion devra comporter un exposé ainsi qu'un commentaire approprié portant sur les conditions et les conséquences effectives des augmentations de capital ou des émissions d'obligations convertibles ou de droits de souscription à l'occasion desquelles l'organe d'administration a limité ou supprimé le droit de préférence des actionnaires. Ces obligations ne sont toutefois pas requises dans les petites SA (art. 7:203 CSA).

*C. Limitation ou suppression du droit de préférence en faveur d'une ou plusieurs personnes déterminées autres que des membres du personnel*

**273.** Les articles 7:193 et 5:131 CSA prévoient l'application d'une procédure spécifique, qui vient « s'ajouter » à la précédente, en cas de limitation ou de suppression du droit de préférence en faveur de personnes déterminées qui ne sont pas membres du personnel.

Le Code des sociétés et des associations introduit dans ce contexte quelques modifications par rapport au régime de l'article 598 C. Soc.

**274.** Comme auparavant, l'identité du ou des bénéficiaire(s) de la limitation doit(-vent) être mentionné(s) dans le rapport établi par l'organe d'administration ainsi que dans la convocation.

L'exigence d'un prix minimum d'émission a, par contre, été supprimée car considérée comme inutilement lourde et ne permettant pas d'atteindre l'objectif visé<sup>(28)</sup>. Néanmoins, deux mesures viennent renforcer la protection des actionnaires.

**275.** Premièrement l'obligation d'information des actionnaires est renforcée. Le rapport de l'organe d'administration établi conformément à l'article 7:191, alinéa 2 CSA (ou à l'article 5:130, §3, alinéa 2 CSA pour les SRL) doit justifier en détail l'opération et le prix d'émission au regard de l'intérêt social, en tenant compte en particulier de la situation financière de la société, de l'identité des bénéficiaires, de la nature et de l'importance de leur apport.

De même, le commissaire ou, à défaut, un réviseur d'entreprises ou un expert-comptable externe désigné par l'organe d'administration évalue, de manière circonstanciée, la justification du prix d'émission. La nouvelle formulation est heureuse dans ce contexte, car l'ancien article 598 du C. Soc. semblait obliger le commissaire à procéder à une valorisation de la société, ce qui soulevait des problèmes d'indépendance<sup>(29)</sup>.

L'absence de la justification de l'organe d'administration ou de l'évaluation susmentionnées entraîne la nullité de la décision de l'assemblée générale, sauf renonciation (*Cf. supra*, n° 263).

**276.** Deuxièmement, si le bénéficiaire de la limitation ou de la suppression du droit de préférence est un actionnaire significatif existant (détenant des titres de la société auxquels sont attachés plus de 10% des droits de vote), il ne pourra pas participer au vote lors de l'assemblée générale qui se prononce sur l'opération. Selon l'exposé des motifs : « *Cette mesure est inspirée du droit français. Elle fait exception à la règle selon laquelle il n'y a pas d'interdiction d'exercer le droit de vote à l'assemblée générale pour les actionnaires qui auraient un conflit d'intérêts, et ne constitue donc pas une application d'un principe général.* ».

**277.** Une règle spécifique lorsqu'une SA cotée émet des obligations convertibles ou des droits de souscription est également introduite (art. 7:193, §2 CSA). Dans ce cas,

<sup>(28)</sup> Projet de loi introduisant le Code des sociétés et des associations et portant des dispositions diverses, exposé des motifs, *Doc.*, Ch., 2018-2019, n° 54 3119/001, pp.260-261.

<sup>(29)</sup> IRE, *Rapport annuel* 2008, p.84.

l'organe d'administration doit transmettre à l'Autorité des services et marchés financiers (FSMA) une copie des rapports susmentionnés quinze jours avant la convocation de l'assemblée générale. A ces rapports est joint un dossier établi conformément aux prescriptions de l'Autorité des services et marchés financiers.

*« Lorsque l'Autorité des services et marchés financiers estime que ce rapport éclaire insuffisamment les actionnaires ou qu'il est de nature à les induire en erreur; elle informe immédiatement la société et chacun des membres de l'organe d'administration. S'il n'est pas tenu compte des observations formulées, l'Autorité des services et marchés financiers peut, par décision motivée et notifiée à la société par lettre recommandée, suspendre la convocation, la délibération ou l'émission projetée, pendant trois mois au plus. Ce délai court à partir du jour de la notification par lettre recommandée de la décision de l'Autorité des services et marchés financiers. L'Autorité peut rendre sa décision publique.*

*Aucune mention de l'intervention de l'Autorité des services et marchés financiers ne peut être faite sous quelque forme que ce soit dans la publicité ou les documents relatifs aux opérations visées à l'alinéa 1<sup>er</sup>. »*

Cette obligation n'est pas d'application dans les SRL, même si elles sont cotées (art. 5:2 CSA).

**278.** Lorsque l'organe d'administration décide, par délégation et moyennant autorisation expresse dans les statuts, d'une augmentation de capital ou de l'émission d'obligations convertibles ou de droits de souscription, l'article 7:198, alinéa 2 CSA prévoit expressément l'application des articles 7:188 à 7:197 CSA. Dès lors, toutes la procédure susmentionnée sera applicable de la même manière. Dans les SRL, nous avons déjà mentionné le fait que l'article 5:137 CSA ne prévoit pas l'application de la procédure prescrite par l'article 5:131 CSA, mais qu'une proposition de loi a été déposée à la Chambre, qui tend notamment à corriger cet oubli. Dès lors, par sécurité, l'organe d'administration devrait suivre l'ensemble de la procédure susmentionnée.

En outre, un règle supplémentaire a été instaurée dans ce cadre, tant dans les SA que dans les SRL. Les administrateurs qui représentent en fait le bénéficiaire de l'exclusion du droit de préférence ou une personne liée au bénéficiaire ne peuvent participer au vote (art. 7:200, 2<sup>o</sup> ou 5:135, 2<sup>o</sup> CSA).

**279.** Dans les SA cotées, en cas de délégation, l'intervention de la FSMA est également prévue. L'organe d'administration doit alors communiquer son rapport et le rapport du commissaire ou du réviseur ou de l'expert-comptable dans les quinze jours avant la convocation de l'organe d'administration appelé à délibérer sur l'émission d'obligations convertibles ou de droits de souscription (art. 7:193, §2 CSA).

**280.** Enfin, l'organe d'administration sera, dans les SRL, tenu d'en faire rapport lors de la première assemblée générale qui suit cette opération. Dans les SA, le rapport de gestion devra comporter un exposé ainsi qu'un commentaire approprié portant sur les conditions et les conséquences effectives des augmentations de capital ou des émissions d'obligations convertibles ou de droits de souscription à l'occasion desquelles l'organe d'administration a limité ou supprimé le droit de préférence des actionnaires. Ces obligations ne sont toutefois pas requises dans les petites SA (art. 7:203 CSA).

## 4.7. MISSION DU PROFESSIONNEL

### 4.7.1. Mission

**281.** L'ensemble des missions examinées sont formulées de manière identique dans le Code des sociétés et des associations, il s'agit pour l'expert d'évaluer « *si les données financières et comptables contenues dans le rapport que l'organe d'administration a établi sont fidèles et suffisantes dans tous leurs aspects significatifs pour éclairer l'assemblée générale* ». Plusieurs commentaires peuvent être faits sur les différentes interrogations soulevées par ce nouveau libellé.

Tout d'abord, l'analyse des différentes missions ci-dessus nous permet de conclure qu'en cas d'interaction entre différentes mission (ce qui devrait arriver souvent en pratique), les différents rapports forment un seul et même *instrumentum*, comprenant différentes conclusions. Il nous semble totalement illogique d'imposer la rédaction de deux voire trois rapports différents, alors que l'opération est « unique ». Les différences de rédaction dans les différentes dispositions (parfois le commissaire doit rédiger un rapport, parfois il doit simplement ajouter une déclaration) semblent logiques dans le sens où certaines opérations sont dépendantes<sup>(30)</sup> et d'autres peuvent être réalisées de manière autonome<sup>(31)</sup>.

Ensuite, les notions de données « fidèles » et « suffisantes » ne semblent pas devoir être interprétées indépendamment l'une de l'autre. Si les données sont insuffisantes, il semble que cela ait un impact sur leur fidélité et vice versa. Par ailleurs, la même logique est utilisée en matière de fusion, qui requiert du réviseur qu'il atteste le caractère « pertinent » et « raisonnable » du rapport d'échange. La norme actuellement applicable en matière de fusion<sup>(32)</sup> (qui est en cours d'actualisation) prévoit bien une même conclusion pour attester des deux éléments<sup>(33)</sup>.

Enfin, il faut bien garder à l'esprit que l'objectif de la mission est l'information des actionnaires. Par ailleurs, un parallèle peut également être établi avec la fusion dans ce contexte. En effet, dans le cadre de la fusion, le commissaire émet une opinion sur le caractère raisonnable de l'opération dans son rapport, néanmoins, les actionnaires peuvent décider malgré tout de procéder à l'opération. Ainsi, pour les missions qui nous occupent, si les actionnaires sont totalement floués par la proposition de l'organe d'administration, mais que ce dernier en fait état clairement dans son rapport, le commissaire ou l'expert ne pourra que conclure que les données sont effectivement fidèles et suffisantes pour éclairer l'assemblée générale. Dans ce cadre le réviseur ne doit pas se prononcer sur le caractère légitime et équitable de l'opération, il doit

<sup>(30)</sup> Par exemple une limitation de droit de préférence ne peut avoir lieu que si des nouvelles actions sont émises, en contrepartie d'un apport en numéraire.

<sup>(31)</sup> Par exemple l'émission d'actions nouvelles en contrepartie d'un apport en numéraire ne suppose pas automatiquement une modification des droits de préférence.

<sup>(32)</sup> Norme relative au contrôle des opérations de fusion et de scission de sociétés, du 16 mai 2014, disponible sur le site web de l'IRE : <https://doc.ibr-ire.be/fr/Documents/reglementation-et-publications/normes-et-recommandations/normes/Norme-operations-fusion-scission-societes.pdf>.

<sup>(33)</sup> *Voy.* notamment les paragraphes 3.3 et 3.4 de cette Norme.



cependant s'assurer que l'assemblée dispose de toutes les informations nécessaires pour donner son « consentement éclairé », le rapport présentera donc un caractère plutôt descriptif.

Au contraire si le commissaire ou l'expert estime que l'organe d'administration n'a pas correctement évalué la rémunération ou que l'organe a omis de mentionner certains éléments il n'aura d'autre choix que de conclure que les données financières et comptables, contenues dans le rapport ne sont pas fidèles et suffisantes dans tous leurs aspects significatifs pour éclairer l'assemblée générale.

**282.** Une note technique est actuellement en cours de rédaction au sein de l'Institut des réviseurs d'entreprises, concernant les différentes opérations analysées dans le cadre de la présente contribution. En attendant sa publication, il semble possible de mettre en avant les éléments suivants.

L'opinion du professionnel devrait porter sur:

- la fidélité des données comptables et financières pour prendre une décision ;
- le caractère suffisant des informations figurant dans le rapport de l'organe d'administration: dans ce cadre le professionnel devra « *se demander quelles données financières et comptables devraient être mises à la disposition d'un investisseur diligent pour qu'il puisse se forger une opinion sur le bien-fondé de l'émission d'actions nouvelles* »<sup>(34)</sup>.

Cette opinion sera soit non modifiée soit modifiée sous forme de refus d'attestation ou d'abstention, aucune réserve ne semble possible.

L'absence de réserve se justifie par le fait que le professionnel ne peut pas se substituer à l'organe d'administration.

Les cas d'opinion modifiée sous forme d'abstention se produiront :

- soit lorsque les informations pour contrôler sont insuffisantes
- soit lorsque les incertitudes liées à ces informations sont trop importantes.

Les diligences à effectuer par le professionnel, devraient, entre-autres, porter sur :

- le contexte et les caractéristiques de l'opération, de la société et de son organisation administrative et comptable;
- le cas échéant le prix d'émission ;
- le cas échéant l'examen limité de la situation active et passive et du P&L qui ont conduit à l'évaluation;
- l'appréciation de la valeur réelle des actions;
- le cas échéant la concordance entre le prix d'émission et la valeur intrinsèque des actions à émettre;
- le calcul des conséquences financières et les modifications portant sur les droits de vote pour les anciens actionnaires à la suite de l'opération;

<sup>(34)</sup> H. DE WULF, « Les implications du code des sociétés et des associations pour les missions du commissaire dans les sociétés: quelques observations », *TAA*, n° 63, juin 2019, p. 68 et suiv.



- toutes les autres informations financières et comptables figurant dans le rapport de l'organe d'administration;
- la justification présentée par l'organe d'administration ;
- l'aspect suffisant de l'ensemble des données présentes dans le rapport de l'organe d'administration pour éclairer l'assemblée générale.

#### 4.7.2. Cadre normatif

**283.** Étant donné que le CSA demande au professionnel d'évaluer les données comptables et financières contenues dans le rapport de l'organe d'administration, le rapport du professionnel sera établi en respectant le modèle de l'ISRE 2400 (ou 2410<sup>(35)</sup> lorsqu'il est commissaire) et par conséquent sera de type court. Un modèle tenant compte du contexte lié au CSA est repris en annexe.

En ce qui concerne la justification du prix d'émission dans le cadre de la procédure de limitation ou de suppression des droits de préférence en faveur de personnes déterminées autres que des membres du personnel, il s'agit d'un cadre *sui generis*.

#### 4.7.3. Exemple de rapport de commissaire

***Rapport d'examen limité des données comptables en financières adressé à l'assemblée générale (ou l'organe d'administration) de la société X dans le cadre [XX]***

Conformément à l'article [xx] du Code des sociétés et des associations, nous publions, en notre qualité de commissaire, un rapport d'examen limité adressé à l'assemblée générale (ou à l'organe d'administration dans le cas de délégations) de la société X sur les données comptables et financières reprises dans le rapport spécial de l'organe d'administration. Ainsi, notre mission s'inscrit dans la prise de décision envisagée de [description].

Nous avons effectué l'examen limité des données comptables et financières reprises dans le rapport spécial de l'organe de gestion et joint à notre rapport.

*Responsabilité de l'organe d'administration relative à l'établissement d'un rapport spéciale contenant des données comptables et financières.*

L'organe d'administration est responsable de l'établissement d'un rapport qui [reprendre le texte de la loi]

*Responsabilité du commissaire*

Notre responsabilité est d'exprimer une conclusion sur les informations comptables et financières reprises dans le rapport spéciale de l'organe d'administration en vertu de l'article XXX CSA, sur la base de notre examen limité.

<sup>(35)</sup> Norme internationale d'examen limité 2410 examen limité d'informations financières intermédiaires effectué par l'auditeur indépendant de l'entité, 15 décembre 2006, Cf. [https://doc.ibr-ire.be/nl/Documents/regelgeving-en-publicaties/rechtsleer/normen-en-aanbevelingen/ISA-s/clarified-ISA-s/ISA%20update%202015/ISRE\\_2410\\_-\\_version\\_18\\_d%C3%A9cembre\\_2009.pdf](https://doc.ibr-ire.be/nl/Documents/regelgeving-en-publicaties/rechtsleer/normen-en-aanbevelingen/ISA-s/clarified-ISA-s/ISA%20update%202015/ISRE_2410_-_version_18_d%C3%A9cembre_2009.pdf).

Nous avons effectué notre examen limité selon la Norme ISRE 2410 « Examen limité d'informations financières intermédiaires effectué par l'auditeur indépendant de l'entité ». Un tel examen limité consiste en des demandes d'informations, principalement auprès des personnes responsables des questions financières et comptables et dans la mise en œuvre de procédures analytiques et d'autres procédures d'examen limité. L'étendue d'un examen limité est très inférieure à celle d'un audit effectué selon les normes internationales d'audit (normes ISA, *International Standards on Auditing*) et, en conséquence, ne nous permet pas d'obtenir l'assurance que nous avons relevé tous les faits significatifs qu'un audit permettrait d'identifier.

En conséquence, nous n'exprimons pas d'opinion d'audit sur cet état résumant la situation active et passive.

#### *Conclusion*

Sur base de notre examen limité, nous n'avons pas relevé de faits qui nous laissent à penser que les données comptables et financières incluses dans le rapport spécial de l'organe d'administration, – lequel rapport contient [LE CAS ECHEANT la justification du prix d'émission et] les conséquences sur les droits patrimoniaux et sociaux des actionnaires-, ne sont pas fidèles et suffisantes, dans tous leurs aspects significatifs, pour éclairer l'assemblée générale appelée à voter sur cette proposition.

#### *Paragraphe d'observation*

*LE CAS ECHEANT : droit de préférence limité à une personne déterminée non membre du personnel : Le prix d'émission est justifié au regard de l'intérêt social, en tenant compte en particulier de la situation financière de la société, de l'identité des bénéficiaires et de la nature et de l'ampleur de leur apport par l'organe d'administration au paragraphe X de son rapport spécial.*

#### *Restriction de l'utilisation de notre rapport*

Ce rapport a été établi uniquement en vertu de l'article [XX] du Code des sociétés et des associations dans le cadre de [mention de la transaction] proposée aux actionnaires] et ne peut être utilisé à d'autres fins.

[Lieu], [Date]

Cabinet de révision XYZ

Commissaire

Représenté par

Nom

Réviseur d'entreprises

#### 4.8. TABLEAU RESUMANT LES INTERACTIONS ENTRE LES DIFFÉRENTES MISSIONS

Opérations	Rapports requis	Rapports/déclarations supplémentaires		Dérogation possible	Délégation à l'organe d'administration
<b>Apport en nature (pas lors de la constitution)</b> (art. 7:197 ; 5:133 ; 6:110)	Rapport de l'OA + Rapport du commissaire ou d'un réviseur	<b>SI émission d'actions</b> (art. 5:121 ; 7:179) = Rapport de l'OA + SRL: rapport du commissaire SA: rapport du commissaire ou d'un expert	<b>SI émission d'obligation convertibles ou droits de souscription</b> (art. 5:122 ; 7:180) = Rapport de l'OA + SRL: rapport du commissaire ou d'un expert	NON	OUI dans le cadre du « capital autorisé » (art. 5:134 à 5:137 ; 7:198 à 7:202)
<b>Apport en numéraire</b>	<b>SI émission d'actions</b> (art. 5:121 ; 7:179) = Rapport de l'OA + SRL: rapport du commissaire ou d'un expert	<b>SI limitation / suppression des droits de préférence</b> (art. 5:130 ; 7:191) = Justification par l'OA dans le rapport établi en vertu des articles 5:121/5:122 ou 7:179/7:180 + Le commissaire ou l'expert ajoute une déclaration sur ce point au rapport établi en vertu des articles 5:121/5:122 ou 7:179/7:180 + <b>SI en faveur d'une personne déterminée autre qu'un membre du personnel</b> (art. 5:131 ; 7:193) = Justification par l'OA dans le rapport établi en vertu des articles 5:130 ou 7:191 + Le commissaire ou l'expert ajoute au rapport établi en vertu des articles 5:130 ou 7:191 une évaluation circonstanciée de la justification du prix d'émission	<b>SI modification des droits attachés aux classes d'actions ou émission non proportionnelle</b> (art. 5:102 ; 6:87 ; 7:155) = Rapport de l'OA + Rapport conditionné du commissaire ou d'un expert (si des données financières ou comptables sous-tendent le rapport de l'organe d'administration)	pour la déclaration relative à la limitation / suppression des droits de préférence (art. 5:130, §2 ; 7:192) + pour l'émission d'actions nouvelles	OUI dans le cadre du « capital autorisé » (art. 5:134 à 5:137 ; 7:198 à 7:202)

Opérations	Rapports requis	Rapports/déclarations supplémentaires	Dérogation possible	Délégation à l'organe d'administration
<p>Émission d'obligation convertibles ou droits de souscription (art. 5:122 ; 7:180)</p>	<p>Rapport de l'OA + SRL: rapport du commissaire expert SA: rapport du commissaire ou d'un expert</p>	<p><b>SI apport en nature</b> (art. 7:197 ; 5:133 ; 6:110) = Rapport de l'OA + Rapport du commissaire ou d'un réviseur</p>	<p>pour la déclaration relative à la limitation / suppression des droits de préférence (art. 5:130, §2 ; 7:192)</p>	<p>OUI dans le cadre du « capital autorisé » (art. 5:134 à 5:137 ; 7:198 à 7:202)</p>
<p>Modification des droits attachés aux classes d'actions ou émission non proportionnelle (art. 5:102 ; 6:87 ; 7:155)</p>	<p>Rapport de l'OA + Rapport conditionné du commissaire ou d'un expert (si des données financières ou comptables sous-tendent le rapport de l'organe d'administration)</p>	<p><b>SI émission d'actions</b> (art. 5:121 ; 7:179) = Rapport de l'OA + SRL: rapport du commissaire SA: rapport du commissaire ou d'un expert</p>	<p>pour la déclaration relative à la limitation / suppression des droits de préférence (art. 5:130, §2 ; 7:192) + pour l'émission d'actions nouvelles (SAUF apport en nature)</p>	<p>OUI dans le cadre du « capital autorisé » (art. 5:134 à 5:137 ; 7:198 à 7:202) SAUF émission d'une nouvelle classe d'actions</p>
		<p><b>SI apport en nature</b> (art. 7:197 ; 5:133 ; 6:110) = Rapport de l'OA + Rapport du commissaire ou d'un réviseur</p>		
		<p><b>SI limitation / suppression des droits de préférence</b> (art. 5:130 ; 7:191) = Justification par l'OA dans le rapport établi en vertu des articles 5:122 ou 7:180 + Le commissaire ou l'expert ajoute une déclaration sur ce point au rapport établi en vertu des articles 5:122 ou 7:180</p>		
		<p><b>SI en faveur d'une personne déterminée autre qu'un membre du personnel</b> (5:131 ; 7:193) = Justification par l'OA dans le rapport établi en vertu des articles 5:130 ou 7:191 + Le commissaire ou l'expert ajoute au rapport établi en vertu des articles 5:130 ou 7:191 une évaluation circonstanciée de la justification du prix d'émission</p>		

## **CHAPITRE 5**

### **NOUVELLES MISSIONS SPECIALES ET MISSIONS ADAPTEES DANS LES A(I)SBL ET LES FONDATIONS**

## **HOOFDSTUK 5**

### **NIEUWE BIJZONDERE OPDRACHTEN EN AANGEPASTE OPDRACHTEN IN DE (I)VZW'S EN DE STICHTINGEN**

**F. MAILLARD**

Réviseur d'entreprises

Vice-président IRE

## 5.1. INTRODUCTION

**284.** Avant de commencer le commentaire relatif aux nouvelles missions spéciales ou adaptées confiées à un réviseur d'entreprises (ou au commissaire le cas échéant), il paraît important de rappeler les critères de taille des associations et fondations telles qu'elles ressortent du Code des sociétés et associations (CSA). Il y a en effet un impact sur le mode de tenue de la comptabilité (et par conséquent sur les schémas et modalités de publication des comptes annuels), et donc sur les données comptables disponibles qui serviront de base aux différents rapports à émettre par le réviseur d'entreprises (ou un expert-comptable externe dans certains cas) et qui devraient donner lieu à des rapports d'abstention dans certains cas.

**285.** Les associations/fondations connaissent 3 tailles suivant le CSA : les petites associations (art.1:28 §1<sup>er</sup> CSA), les micro-associations (art. 1:29 §1<sup>er</sup> CSA), et par défaut les autres associations que nous pourrions qualifier de « grandes » (la même déclinaison existe pour les fondations, respectivement aux articles art.1:30 §1<sup>er</sup> et 1:31 §1<sup>er</sup> CSA). Cela donne ceci en synthèse, sachant que la taille « micro » est en fait une déclinaison de la petite association/fondation et non une catégorie à part :

CSA 1 <sup>er</sup> mai 2019 (Art.1:28 CSA)			
CRITERES DE TAILLE association/fondation	grandes	petites	micro
	dépassent critères petite	n'atteignent pas plus d'un critère :	n'atteignent pas plus d'un critère :
Moyenne annuelle du nombre de personnes occupées (en E.T.P.)	> 50	50	10
Total du bilan	> 4.500.000 €	= ou > 4.500.000 €	350.000,00 €
Total des recettes (hors TVA) autres qu'exceptionnelles	> 9.000.000 €	= ou > 9.000.000 €	700.000,00 €
Changement de taille : vérification à la date de clôture annuelle et changement si dépassement 2 exercices consécutifs et changement exercice suivant — Art.1.28/1.29/1.30/1.31 CSA			

En termes d'obligations comptables, cela donne :

**286.** Les grandes associations/fondations doivent nommer un commissaire, publier un rapport de gestion et dresser leurs comptes annuels sous forme d'un schéma complet (même si dans la rédaction de l'article 3:47, §3 CSA le mot « petite » a sauté ; la version néerlandaise du texte montre qu'il s'agit d'une erreur dans le texte français ; une prochaine loi de réparation devrait corriger cet oubli) ;

**287.** Les petites associations/fondations ne doivent ni nommer de commissaire (sauf si leurs statuts le prévoient) ni publier un rapport de gestion (sauf décision volontaire), elles publient leurs comptes annuels avec un schéma abrégé.

**288.** Les micro-associations/fondations micro ASBL ne doivent ni nommer de commissaire (sauf si leurs statuts le prévoient) ni publier un rapport de gestion (sauf décision volontaire), elles publient leurs comptes annuels avec un microschéma.

**289.** Mais cela serait trop simple : les articles 3:47, §2 et 3:51, §2 CSA ajoutent une catégorie, mais uniquement utilisée pour déterminer la possibilité de tenir une comptabilité simplifiée (recettes/dépenses) et de publier en conséquence leurs comptes annuels sous forme d'un modèle simplifié :

CSA 1 <sup>er</sup> mai 2019	
CRITERES DE TAILLE pour la tenue d'une comptabilité simplifiée	petites
	n'atteignent pas plus d'un critère :
Moyenne annuelle du nombre de personnes occupées (en E.T.P.)	5
Total des avoirs (schéma simplifié)	= ou > 1.337.000 €
Total des dettes (schéma simplifié)	= ou > 1.337.000 €
Total des recettes (hors TVA) autres qu'exceptionnelles	= ou > 334.500 €
Critère suivant le dernier exercice clôturé	

**290.** L'article 3:185 de l'arrêté royal du 29 avril 2019 portant exécution du code des sociétés et des associations prévoit que :

*«Une ASBL, AISBL ou fondation qui peut tenir une comptabilité simplifiée et établir ses comptes annuels conformément aux dispositions du présent titre peut néanmoins décider de se soumettre volontairement aux obligations résultant, pour les ASBL, AISBL et fondations qui ne remplissent pas les conditions prévues à l'article iii.85, §2, du Code de droit économique.»*

**291.** Dans ce cas, l'ASBL, l' AISBL ou la fondation applique l'intégralité des dispositions applicables à l'élaboration et la publication des comptes annuels des ASBL, AISBL et fondations qui ne répondent pas aux conditions prévues à l'article III.85, §2, du code de droit économique.

**292.** Si ultérieurement l'ASBL, l' AISBL ou la fondation décide de tenir à nouveau une comptabilité simplifiée, cette décision est mentionnée et justifiée dans l'annexe des comptes annuels avec indication des principales conséquences pour l'ASBL, l' AISBL ou la fondation. »

**293.** Concernant la comptabilité simplifiée, on gardera en tête qu'elle ne permet pas d'obtenir une image fidèle de la situation et du patrimoine de la personne morale. Partant de là, lorsque le réviseur d'entreprises devra faire un rapport sur l'image fidèle d'une situation active/passive à l'occasion d'une des missions légales prévues dans le CSA pour les associations et fondations, il n'aura pas d'autre solution que celle de rédiger un rapport d'abstention si la comptabilité de la personne morale concernée est tenue de manière simplifiée, faute de disposer d'informations suffisantes pour étayer son avis sur l'image fidèle de la situation qui lui est présentée. Il en sera de même pour le commissaire qui serait nommé dans une association ou fondation qui tient sa comptabilité de manière simplifiée.

## 5.2. DELAI DE DEPOT DES COMPTES ANNUELS

**294.** Ce point relatif au délai de dépôt des comptes annuels est aussi important puisque le retard de dépôt est une infraction tant à la loi du 27 juin 1921 qu'au CSA, et doit à ce titre être mentionnée dans le rapport du commissaire.

**295.** La rédaction du CSA montre que le législateur a manifestement enfin constaté une faiblesse (un oubli) dans la loi du 27 juin 1921, faiblesse toujours pas corrigée depuis la modification fondamentale de cette loi par celle du 2 mai 2002 : cette dernière ne mentionnait pas de délai de dépôt des comptes annuels pour les « petites » ASBL, AISBL et fondations (petites au sens de la loi du 27 juin 1921). Le délai de dépôt des comptes annuels était « *dans les trente jours de leur approbation* » : cela concernait uniquement les grandes et très grandes ASBL (art.17 §6), les grandes et très grandes fondations (art. 37 §6 CSA), les grandes et très grandes AISBL (art. 53 §8 CSA) et les ASBL de droit étranger en vertu de l'article 26*octies* §1<sup>er</sup>. Par contre, la loi était muette pour les petites associations et fondations qui doivent quant à elles déposer leurs comptes annuels au greffe du tribunal de l'entreprise, mais sans qu'un délai ne soit stipulé ni dans les articles repris ci-dessus ou dans les articles 26*novies*, 31 et 51 de cette même loi concernant le dossier tenu pour chaque association/fondation par le greffe du tribunal de l'entreprise.

**296.** Il faut néanmoins se rappeler que le CSA s'appliquera au 1<sup>er</sup> janvier 2020 pour toutes les associations créées avant le 1<sup>er</sup> mai 2019, et que par conséquent il semble clair que les nouveaux délais fixés par le CSA aux articles pour la tenue du dossier par le greffe du tribunal de l'entreprise aux articles 2:9 §1<sup>er</sup>, 8<sup>o</sup> CSA (ASBL), article 2:10 §1<sup>er</sup>, 8<sup>o</sup> (AISBL) et article 2:11 §1<sup>er</sup>, 8<sup>o</sup> (fondation) CSA, soit un délai de trente jours, s'appliquent dès le 1<sup>er</sup> janvier 2020 et donc pourraient concerner tous les dépôts même ceux des années antérieures (une mise à jour pour les retardataires ! il ne faut pas négliger les articles 2:113 §1<sup>er</sup>, 4<sup>o</sup> CSA (associations) et 2:114 §1<sup>er</sup>, 5<sup>o</sup> CSA (fondations) qui prévient que le tribunal peut procéder à une dissolution judiciaire d'une association en défaut de publication de ses comptes annuels (un seul exercice manquant suffit) ou d'une fondation en défaut de publication de ses comptes annuels (là par contre, le législateur a laissé (erreur ?) la mention qu'il faut l'oubli de trois exercices consécutifs ! on imagine déjà certains créatifs publiant les comptes de la fondation un an sur deux...).

**297.** Pour les structures de droit étranger le législateur a prévu des conditions plus strictes que pour les structures de droit belge puisqu'il prévoit aux articles 3:50 al.2 (associations) et 3:54 al.2 CSA que le « *dépôt a lieu annuellement, dans le mois qui suit son approbation et au plus tard sept mois après la date de clôture de l'exercice* », cette dernière contrainte n'étant pas prévue pour les associations/fondations de droit belge.



### 5.3. RAPPORT DE GESTION

#### 5.3.1. Généralités

**298.** Il s'agit d'une nouveauté dans le code des sociétés et des associations par rapport aux anciennes obligations de la loi du 27 juin 1921. Le code prévoit maintenant l'obligation pour l'organe d'administration des grandes associations (donc celle qui ne sont pas définies comme petites par le code) de rédiger un rapport de gestion.

**299.** Pour des raisons évidentes de transparence, rien n'empêche même les petites associations de rédiger un tel rapport.

**300.** En effet, il faut avoir en tête que dans le non marchand, les données comptables (chiffres financiers) ne sont et ne seront toujours qu'un reflet partiel des activités développées par une association et de leur volume. La comptabilité ne traduit que des opérations qui peuvent se traduire en données financières, dans les limites du droit comptable. Les comptes seront donc pour la plupart du temps « incomplets » dans le secteur non marchand !

**301.** Si les schémas des comptes annuels ont l'avantage d'être standards pour toutes les associations, ils n'en restent pas moins synthétiques et ne permettent pas d'avoir quelques informations basiques, comme la nature des activités d'une association, sa dénomination n'étant pas toujours significative.

**302.** Pour bien les comprendre, les analyser, les communiquer, les données extra-comptables (non convertibles en données financières traditionnelles) sont impératives au travers du rapport moral ou rapport d'activités pour connaître la nature, le volume, l'ampleur des activités (exemple : le volume de temps passé par les bénévoles, le nombre d'étudiants d'un école, le nombre de journées d'hospitalisation, le nombre de repas donnés dans un restaurant social, le volume de produits alimentaires récoltés et distribués, etc.). Seule la combinaison du bilan financier et du rapport d'activités permet de comprendre et d'apprécier une association/fondation !

L'analyse de « performance » s'impose, au-delà des traditionnels ratios d'analyses financières, pour bien comprendre une association, ses types et volumes d'activités.

**303.** Si le principe d'un rapport de gestion est à noter positivement, le contenu imposé par le législateur s'inspire de ce qui est prévu de manière similaire pour les sociétés depuis de nombreuses années, malheureusement sans pour autant être vraiment adapté aux associations quant à son contenu.

**304.** L'article 3:48 CSA définit le contenu du rapport :

*« §1er. Les organes d'administration des ASBL ou AISBL autres que les petites ASBL ou AISBL rédigent un rapport dans lequel ils rendent compte de leur gestion.*

*§2. Le rapport de gestion visé au paragraphe 1er comporte:*

*1° au moins un exposé fidèle sur l'évolution et les résultats des activités et sur la situation de l'association, ainsi qu'une description des principaux risques et incertitudes auxquels elle est confrontée. Cet exposé consiste en une analyse équilibrée et complète de l'évolution et des résultats des activités et de la situation de l'association, en rapport avec le volume et la complexité de ces activités.*

*Dans la mesure nécessaire à la compréhension de l'évolution, des résultats ou de la situation de l'association, l'analyse comporte des indicateurs clés de performance de nature tant financière que, le cas échéant, non financière ayant trait aux activités spécifiques de l'association, notamment des informations relatives aux questions d'environnement et de personnel.*

*En donnant son analyse, le rapport de gestion contient, le cas échéant, des renvois aux montants indiqués dans les comptes annuels et des explications supplémentaires y afférentes;*

*2° des données sur les événements importants survenus après la clôture de l'exercice;*

*3° des indications sur les circonstances susceptibles d'avoir une influence notable sur le développement de l'association, pour autant que ces indications ne soient pas de nature à porter gravement préjudice à l'association;*

*4° des indications relatives aux activités en matière de recherche et de développement;*

*5° des indications relatives à l'existence de succursales de l'association;*

*6° au cas où le bilan fait apparaître une perte reportée ou le compte de résultats fait apparaître pendant deux exercices successifs une perte de l'exercice, une justification de l'application des règles comptables de continuité;*

*7° en ce qui concerne l'utilisation des instruments financiers par l'association et lorsque cela est pertinent pour l'évaluation de son actif, de son passif, de sa situation financière et de son résultat:*

*a) les objectifs et la politique de l'association en matière de gestion des risques financiers, y compris sa politique concernant la couverture de chaque catégorie principale des transactions prévues pour lesquelles il est fait usage de la comptabilité de couverture, et*

*b) l'exposition de l'association au risque de prix, au risque de crédit, au risque de liquidité et au risque de trésorerie.».*

**305.** Pour les grandes associations, il est donc impératif de commenter et donner les informations requises pour les 7 points repris ci-dessus, le cas échéant en mentionnant simplement ceux qui ne sont pas d'application pour l'association concernée.

**306.** Toutes les associations n'ont par exemple pas recours à des instruments financiers, par contre le premier point relatif à l'évolution et aux résultats des activités doit concerner toutes les associations.

**307.** On ajoutera à la liste ci-dessus l'information sur les situations où la notion d'intérêt opposé d'un administrateur envers l'association (voir l'art. 9:8, §1<sup>er</sup> CSA – cette notion est plus amplement décrite dans le chapitre relatif au fonctionnement des organes de l'association) s'applique. Dans ce cas l'organe d'administration d'une

grande association (celle qui à la date du bilan du dernier exercice clôturé dépasse plus d'un des critères visés à l'article 3:47, §2 CSA ; les petites associations ne sont pas concernées par ce point), doit décrire l'opération/la décision dans le procès-verbal la nature de la décision ou de l'opération visée et les conséquences patrimoniales de celle-ci pour l'association et justifier la décision qui a été prise. Cette partie du procès-verbal est reprise dans son intégralité dans le rapport de gestion ou dans le document déposé en même temps que les comptes annuels (uniquement donc pour les grandes associations).

**308.** Le rapport de gestion concernant les grandes associations et ces dernières devant nommer obligatoirement un commissaire, ce dernier vérifiera le contenu du rapport de gestion et le respect de la législation en la matière, même si étonnamment le législateur n'a pas prévu que le commissaire en fasse mention dans son rapport ; en effet l'article 3:75 §1<sup>er</sup>, alinéa 1<sup>er</sup>, 6° CSA (« 6° *une opinion indiquant si le rapport de gestion concorde avec les comptes annuels pour le même exercice et s'il a été établi conformément aux articles 3:5 et 3:6. Si la déclaration non financière, requise par l'article 3:6, §4, est établie dans un rapport distinct, le rapport des commissaires contient une opinion indiquant si ce rapport distinct comprend les informations requises et concorde ou non avec les comptes annuels pour le même exercice;* ») relatif au contenu du rapport du commissaire s'applique aux sociétés mais pas aux associations (art. 3:98, §2 CSA). Par contre les normes internationales d'audit (normes ISA, et plus particulièrement l'ISA 720) imposent, au-delà du prescrit du CSA, que le commissaire mentionne dans son rapport qu'il a contrôlé le rapport de gestion et donne une opinion indiquant si le rapport de gestion concorde avec les comptes annuels pour le même exercice et s'il a été établi conformément à l'article 3:48, §2 CSA. Par ailleurs, si le rapport de gestion est incomplet, le commissaire devra le mentionner dans son rapport, s'agissant d'une infraction au CSA, même pour les associations.

**309.** Le rapport de gestion doit être obligatoirement joint aux comptes annuels publiés à la centrale des bilans de la BNB (art. 3:47 §7, alinéa 2, 3° CSA), de même que le rapport du commissaire (art. 3:47 §7, alinéa 2, 2° CSA).

**310.** Il faut noter que si le législateur impose de joindre le rapport de gestion tel que prévu à l'article 3:49 CSA, rien n'empêche une association de joindre à ses comptes annuels toute pièce ou document qu'elle juge pertinent pour l'information des tiers.

### 5.3.2. Contenu du rapport de gestion

**311.** Par ailleurs, l'organe d'administration sera attentif à compléter le rapport de gestion sur les divers points repris ci-dessus, de sorte que les membres de l'assemblée générale disposent de toute l'information requise pour approuver les comptes annuels en connaissance de cause et que les tiers, lecteurs des comptes annuels, disposent des informations nécessaires pour analyser la situation de l'association. Cela concerne les explications et éclaircissements sur les comptes annuels, un commentaire sur les événements importants survenus après la clôture de l'exercice et leur conséquence (par exemple : un incendie qui a ravagé les locaux de l'association après la date de clôture et qui remet en cause l'avenir de l'association), des indications sur les circonstances

susceptibles d'avoir une influence notable sur le développement de l'association (par exemple : la perte ou l'obtention d'un agrément important influençant significativement la vie de l'association) et ce pour autant que ces indications ne soient pas de nature à porter gravement préjudice à l'association, des indications relatives aux activités en matière de recherche et de développement, des indications relatives à l'existence de succursales de l'association (en Belgique et/ou à l'étranger). Si l'association a recours à des instruments financiers (par exemple : pour le placement de ses disponibilités financières, pour la couverture de ses risques en matière de change), il y a lieu de les décrire si cela est pertinent pour assurer une information transparente de ses comptes annuels.

**312.** Un point très important, en cas de situation déficitaire persistante (soit une perte reportée, soit le compte de résultats faisant apparaître pendant deux exercices successifs une perte de l'exercice), l'organe d'administration doit justifier l'application des règles d'évaluation comptables en continuité (ou adapter les règles d'évaluation). Au travers de cette information, il ne s'agit pas simplement de répondre à un besoin d'ordre purement comptable mais également d'expliquer ce que l'organe d'administration a mis en place pour assurer la continuité des activités, pour peu qu'elle soit remise en cause bien entendu. La présence de pertes reportées au bilan ou de pertes deux années de suite ne signifie pas en effet qu'il existe un risque de discontinuité si l'association dispose par ailleurs de fonds associatifs largement positifs malgré ces pertes. Les explications sont importantes de par les responsabilités que prennent les administrateurs au niveau de la gestion de l'association.

### 5.3.3. Continuité des activités

**313.** Commençons tout d'abord par définir le concept de continuité des entreprises : communément, il s'agira de la poursuite des activités économiques durant une période minimale de douze mois.

### 5.3.4. Sonnette d'alarme en matière de continuité des activités

**314.** Si la loi du 27 juin 1921 <sup>(1)</sup> est muette sur le sujet, il n'en est pas de même pour le CDE <sup>(2)</sup> dont l'article XX.23, §3, concerne les entreprises (dont les associations font partie depuis le 1er novembre 2018). Cette disposition oblige les professionnels du chiffre (réviseurs d'entreprises, experts-comptables et comptables) à s'inquiéter de la continuité des activités de leurs clients :

*« §3. L'expert-comptable externe, le comptable agréé externe, le comptable-fiscaliste agréé externe et le réviseur d'entreprises qui constatent dans l'exercice de leur mission des faits graves et concordants susceptibles de compromettre la continuité de l'activité économique du débiteur, en informant par écrit et de manière circonstanciée ce dernier, le cas échéant au travers de son organe de gestion. Si dans un délai d'un mois à dater de l'information faite au débiteur,*

<sup>(1)</sup> Loi du 27 juin 1921 sur les associations sans but lucratif, les fondations, les partis politiques européens et les fondations politiques européennes.

<sup>(2)</sup> Code de Droit Economique.

*ce dernier ne prend pas les mesures nécessaires pour assurer la continuité de l'activité économique pendant une période minimale de douze mois, l'expert-comptable externe, le comptable agréé externe, le comptable-fiscaliste agréé externe ou le réviseur d'entreprises peuvent en informer par écrit le président du tribunal de [l'entreprise]. Dans ce cas, l'article 458 du code pénal n'est pas applicable. »*

**315.** La mise en application de l'article XX.23 §3 du cde est pour le secteur des associations de toutes tailles une première forme de sonnette d'alarme : après interpellation par le professionnel du chiffre, l'association doit l'aviser des mesures mises en place pour redresser la situation, faute de quoi le professionnel du chiffre peut en aviser le président du tribunal de l'entreprise pour que ce dernier puisse prendre le cas échéant les mesures qui s'imposent.

**316.** Dès le 1<sup>er</sup> mai 2019 pour les structures créées à partir de cette date (ou les structures existantes ayant opté pour l'application immédiate du CSA <sup>(3)</sup>, ou le 1<sup>er</sup> janvier 2020 pour les structures constituées antérieurement, le nouveau CSA impose de nouvelles obligations concernant la continuité. Son article 2:52 prévoit en effet que « lorsque des faits graves et concordants sont susceptibles de compromettre la continuité de l'entreprise, l'organe d'administration est tenu de délibérer sur les mesures qui devraient être prises pour assurer la continuité de l'activité économique pendant une période minimale de douze mois. »

**317.** Pour les associations qui ont nommé un commissaire, le CSA impose une obligation complémentaire en son article 3:69 (comme c'était le cas via l'article 138 du Code des sociétés – article qui s'appliquait aussi aux mandats de commissaire dans les associations) : « *Les commissaires qui constatent dans l'exercice de leur mission, des faits graves et concordants susceptibles de compromettre la continuité de l'activité économique de la société, en informent l'organe d'administration par écrit et de manière circonstanciée.* »

**318.** Dans ce cas, l'organe d'administration doit délibérer sur les mesures qui devraient être prises pour assurer la continuité de l'activité économique de la société pendant une période minimale de douze mois.

**319.** Si dans un délai d'un mois à dater de la communication de l'information visée au premier alinéa, les commissaires n'ont pas été informés de la délibération de l'organe d'administration sur les mesures prises ou envisagées pour assurer la continuité de l'activité économique pendant une période minimale de douze mois, ou s'ils estiment que ces mesures ne sont pas susceptibles d'assurer la continuité de l'activité économique pendant une période minimale de douze mois ils peuvent communiquer par écrit leurs constatations au président du tribunal de l'entreprise. Dans ce cas, l'article 458 du code pénal n'est pas applicable. (n<sup>dr</sup> : l'article 458 du Code pénal concernant l'application stricte du secret professionnel).

<sup>(3)</sup> Code des sociétés et des associations.

**320.** Le cas échéant, on aura en tête que le conseil d'administration devra adapter les règles d'évaluation comptable dans l'hypothèse où la continuité des activités ne peut pas être raisonnablement maintenue. L'article 28 de l'arrêté royal du 30 janvier 2001 portant exécution du Code des sociétés (applicable aux associations)<sup>(4)</sup> (qui devient l'art. 3:6 de l'AR du 29 avril 2019 portant exécution du code des sociétés et des associations) prévoit que les règles d'évaluation sont établies dans une perspective de continuité des activités de la société : lorsqu'elle ne peut être maintenue, les règles d'évaluation sont adaptées en conséquence et, notamment :

- a) les frais d'établissement doivent être complètement amortis ;
- b) les immobilisations et les actifs circulants font, le cas échéant, l'objet d'amortissements ou de réduction de valeur additionnels pour en ramener la valeur comptable à la valeur probable de réalisation ;
- c) des provisions sont formées pour faire face aux charges inhérentes à la cessation des activités, notamment au coût des indemnités à verser au personnel.

### 5.3.5. Délais

**321.** Dès que le conseil d'administration constate que la continuité des activités est remise en cause, il doit délibérer sur les mesures à prendre soit pour permettre la poursuite de l'activité économique pendant une période minimale de douze mois, soit pour envisager la cessation des activités.

**322.** Cela suppose que le conseil d'administration veille à se tenir informé de l'évolution de la situation de l'association. *A contrario*, cela veut dire que le conseil d'administration qui se réunit une fois par an sera bien en peine d'assurer ce suivi de la situation. Il s'agit bien d'avoir un suivi proactif permanent. Par ailleurs la tenue d'une comptabilité régulière et le suivi de tableaux prévisionnels de budget et de trésorerie seront des outils utiles pour informer les gestionnaires de l'association et leur donner l'occasion de prendre toutes les décisions en temps utiles.

**323.** Il faut à ce propos rappeler l'article XX.227 du CDE qui, en substance, prévoit que la poursuite déraisonnable des activités peut entraîner la responsabilité financière personnelle (en matière de dettes sociales) entre autres des administrateurs délégués à la gestion journalière en cas de faillite (ceci étant cependant non applicable aux petites associations qui tiennent leur comptabilité de manière simplifiée), « *si à un moment donné antérieur à la faillite, la personne concernée savait ou devait savoir qu'il n'y avait manifestement pas de perspective raisonnable pour préserver l'entreprise ou ses activités et d'éviter une faillite* ».

**324.** Le fonctionnement du conseil d'administration se limitant à une réunion annuelle juste avant l'assemblée générale ne permettra pas de respecter l'esprit du CDE quant au suivi proactif de la gestion par le conseil d'administration, compte tenu des responsabilités des administrateurs. Des réunions régulières avec comptes-rendus écrits s'imposent, ainsi qu'un suivi budgétaire régulier.

<sup>(4)</sup> L'article 3:6. §1<sup>er</sup> de l'arrêté royal du 29 avril 2019 portant exécution du Code des sociétés et des associations qui accompagne le CSA confirme l'application des mêmes règles aux ASBL.

### 5.3.6. Quelques exemples de risques pour la continuité des activités

**325.** Il n'existe bien entendu pas de liste exhaustive des risques ou circonstances mettant en cause la continuité des activités de l'association, mais on pourra citer entre autres :

- l'insuffisance de trésorerie pour financer les activités et dettes courantes ;
- l'allongement des délais de paiement des fournisseurs ;
- l'incapacité à rembourser les crédits bancaires (l'échéance des emprunts approchant leur terme, sans possibilité réaliste d'extension ou de remboursement), le recours excessif à des emprunts à court terme pour financer des actifs à long terme ;
- la réduction du volume des activités (exemple : nombre d'entrées dans un théâtre ou un musée, nombre de patients dans un centre médical, nombre d'étudiants dans une institution scolaire ou un organisme de formation, etc.) ;
- la perte d'un agrément pour réaliser des activités ;
- la fin ou la perte d'un agrément donnant droit à des subsides, ou l'absence de perspective sérieuse de renouvellement ;
- des informations concernant la réduction ou la perte de libéralités reçues, le soutien financier par des sponsors historiques ou réguliers ;
- les difficultés de paiement de créanciers entraînant des difficultés de trésorerie de l'association ;
- des contestations sur le paiement de soldes de subsides à recevoir ou la remise en cause de subventions reçues suite à des contrôles des pouvoirs subsidants ;
- un allongement des délais de paiement des subventions et des difficultés pour l'association à les préfinancer ;
- un fonds social négatif ;
- des pertes récurrentes au niveau des résultats ;
- l'analyse des ratios financiers montrant des flux de trésorerie d'exploitation négatifs ;
- des litiges sociaux entraînant des responsabilités financières pour l'association ou impactant les activités.

**326.** Les points ci-dessus peuvent toucher une association dans son ensemble ou dans une de ses branches d'activités significatives qui aura un impact pour toute l'association.

**327.** Ces informations pertinentes devraient figurer dans le rapport de gestion, pour peu bien entendu qu'elles ne risquent pas de porter préjudice à l'association.

## 5.4. COMMISSAIRE ET SON ROLE

### 5.4.1. Introduction

**328.** La nomination d'un commissaire (obligatoirement un réviseur d'entreprises) s'impose soit par la taille de l'association (associations autres que petites : art. 3:47, §6 CSA <sup>(5)</sup>, anciennement l'article 17§5 de la loi du 27 juin 1921 sur les associations sans but lucratif, les fondations, les partis politiques européens et les fondations politiques européennes), soit parce que les statuts de l'association l'ont prévu, quelle que soit sa taille. C'est une compétence exclusive de l'assemblée générale, sur proposition de l'organe d'administration ; cette nomination est parfois aussi imposée par le pouvoir subsidiant au travers des termes de références des subventions ou dans une législation particulière (par exemple : les ONG reconnues par la DGD).

**329.** On sera attentif à ne pas confondre la nomination statutaire d'un commissaire et/ou celle d'un vérificateur aux comptes, compétences de l'assemblée générale dans les deux cas. Pour les associations non soumises au contrôle externe obligatoire d'un commissaire, le contrôle externe sera soit réglé par les statuts (avec un rapport adressé à l'assemblée générale : dans ce cas, seul le rapport du commissaire (réviseur d'entreprises) sera publié (obligatoirement) avec les comptes annuels, alors que le rapport du vérificateur aux comptes ne sera en aucun cas publié avec les comptes annuels), soit organisé de manière ponctuelle ou régulière par l'organe d'administration (avec un rapport qui lui est adressé, et non à l'assemblée générale ; ce rapport ne peut en aucun cas être publié avec les comptes annuels).

**330.** Les statuts peuvent donc :

- prévoir la nomination d'un commissaire (bien que l'association ne remplisse pas les critères pour ce faire) comme dans le régime légal (suivant les mêmes règles, les statuts ne peuvent y déroger).
- prévoir la nomination d'un ou plusieurs vérificateur(s) aux comptes (ou toute autre appellation, à l'exclusion du terme « commissaire » dont l'usage est strictement réservé au mandat tel que prévu par le CSA). Les statuts devront alors prévoir les règles de fonctionnement de ce mandat (mission, rôle, limites de la mission, pouvoirs, responsabilité, le cas échéant rémunération ou gratuité). Le vérificateur aux comptes remettra son rapport à l'assemblée générale. Son rapport ne sera pas joint aux comptes annuels publiés (pour éviter toute confusion avec un rapport de commissaire). Sans pour autant considérer ce mandat comme sans valeur, loin s'en faut, le vérificateur aux comptes n'étant pas nécessairement un professionnel du chiffre, on se rappellera les limites de ses contrôles, de sa mission et de la portée de son rapport : il n'appliquera généralement pas des règles officielles d'éthique et de déontologie, des normes professionnelles de contrôle.

<sup>(5)</sup> Extrait CSA : Art.3:47 §6. « *Les associations autres que les petites ASBL ou AISBL sont tenues de confier à un ou plusieurs commissaires le contrôle de la situation financière, des comptes annuels et de la régularité au regard de la loi et des statuts, des opérations devant être constatées dans les comptes annuels.*

*Les commissaires sont nommés par l'assemblée générale parmi les membres, personnes physiques ou morales, de l'Institut des réviseurs d'entreprises. »*



**331.** En cas de nomination d'un vérificateur aux comptes, si on veut atteindre néanmoins un certain niveau de qualité, on veillera toutefois à assurer un minimum d'indépendance (exemple : pas de lien familial proche avec un membre du conseil d'administration) et de cohérence (exemple : un administrateur ne peut être en même temps vérificateur aux comptes de la même association : le contrôleur contrôlé n'est pas un signe de bonne gouvernance).

**332.** On peut aussi imaginer que l'association nomme à la fois un commissaire et un ou plusieurs vérificateurs aux comptes. On sera attentif aux règles, portées et limites différentes de ces fonctions. De même il sera important de prévoir la fonction réelle du vérificateur aux comptes (celle du commissaire étant régie par la loi et les règlements, on ne peut déroger à ces derniers). On notera que le commissaire est soumis à un secret professionnel strict (même envers le vérificateur aux comptes) au contraire de ce dernier ; le commissaire ne pourra jamais signer un rapport commun avec le vérificateur aux comptes, les deux mandats n'étant pas soumis aux mêmes prescriptions législatives et réglementaires.

**333.** Par ailleurs le conseil d'administration peut de lui-même requérir un contrôle externe en faisant appel soit à un contrôleur externe bénévole, soit à un professionnel du chiffre (comptable, expert-comptable, réviseur d'entreprises) qui pourra exécuter une mission de contrôle ponctuelle ou régulière mais au bénéfice de son seul demandeur qu'est le conseil d'administration et qui sera le destinataire de son rapport. Les termes de référence de cette mission devront être clairement définis : on peut se référer dans ce cas à la « norme relative au contrôle contractuel des pme et des petites A(I)SBL et fondations et aux missions légales réservées et partagées auprès des pme et des petites A(IFS)BL et fondations »<sup>(6)</sup> telle que publiée par l'institut des réviseurs d'entreprises (IRE) et l'institut des experts-comptables et des conseils fiscaux (IEC).

#### **5.4.2. Mission du commissaire**

**334.** La mission du commissaire est définie à l'article 3:98, §2 CSA et est similaire à celle d'un commissaire dans les sociétés, tenant compte des spécificités légales des associations, à savoir le contrôle légal des comptes annuels.

En synthèse

Le commissaire a pour rôle essentiel de vérifier :

- que les comptes annuels reflètent bien l'image fidèle de la situation financière, du patrimoine et des résultats de l'association ;
- que le contrôle a été effectué suivant les normes professionnelles (normes ISA) ;
- qu'il n'y a pas d'inexactitude significative (cela ne sous-entend pas qu'il n'y a pas du tout d'inexactitudes) ;
- le bien fondé des règles d'évaluation ; et

<sup>(6)</sup> <https://www.ibr-ire.be/fr/reglementation-et-publications/normes-et-recommandations/normes/norme-detail-page/missions-communes-aupr-s-des-pme>

- l'absence d'infraction à la loi du 27 juin 1921 et/ou au code des sociétés et des associations et aux statuts.

**335.** Pour exécuter sa mission, le commissaire a accès illimité à tout ce qu'il juge nécessaire à l'exercice de sa mission, sans que l'organe d'administration puisse s'y opposer.

Le commissaire exécute un contrôle des comptes annuels qui n'est pas et ne sera jamais un contrôle exhaustif qui devrait aboutir à la certitude de l'absence de toute erreur ou de toute fraude. Le travail de contrôle porte tout d'abord sur la vérification du contrôle interne (les procédures internes en vue d'assurer le bon fonctionnement de l'organisation ainsi que de son suivi administratif et financier) <sup>(7)</sup> et ensuite sur le contrôle des comptes, en fonction d'un seuil de matérialité défini pour chaque entreprise contrôlée.

**336.** Pour les ASBL où le CSA s'applique, une nouvelle obligation intervient tant pour l'ASBL que pour le commissaire lorsqu'un administrateur a un intérêt direct ou indirect de nature patrimoniale qui est opposé à l'intérêt de l'association.

**337.** Étonnamment, si la notion d'intérêt opposé s'applique en toutes circonstances (avec pour effet que l'administrateur doit en informer les autres administrateurs avant que l'organe d'administration ne prenne une décision), seul l'organe d'administration d'une grande association, doit décrire l'opération/la décision dans un procès-verbal et le reprendre dans son intégralité dans le rapport de gestion ou dans le document déposé en même temps que les comptes annuels : cela ne concerne donc pas les petites associations.

**338.** Dans tous les cas où l'association a nommé un commissaire, le procès-verbal de la réunion lui est communiqué. Dans son rapport, le commissaire évalue dans une section séparée, les conséquences patrimoniales pour l'association des décisions de l'organe d'administration pour lesquelles il existe un intérêt opposé.

**339.** En synthèse, le rapport du commissaire pourra se conclure avec la mention :

- Sans réserve : les comptes annuels reflètent bien l'image fidèle de la situation financière, du patrimoine et des résultats de l'association (ce qui ne signifie pas que la situation financière est bonne, mais que l'information financière présentée n'est pas trompeuse).
- Sans réserve mais avec un paragraphe explicatif (concernant une incertitude sur la continuité de l'association).

<sup>(7)</sup> L'examen du contrôle interne porte notamment sur :

- a) l'organigramme des fonctions dans l'entité;
- b) les organigrammes de la circulation interne des documents;
- c) l'organisation de la circulation des biens et valeurs;
- d) la vérification de la bonne organisation des moyens informatiques;
- e) l'adaptation au cas spécifique de l'entité des principes généraux du contrôle interne et, notamment, la séparation des fonctions de dispositions de valeurs et de biens, de conservation de celles-ci et d'enregistrement des mutations;
- f) l'organisation, les programmes et le fonctionnement d'un éventuel département d'inspection interne.

- Avec réserve à cause d'un contrôle interne insuffisant, d'un désaccord sur certains postes significatifs (quant à leur contenu, leur présentation, leur évaluation).
- Avec réserve (voir ci-dessus) et en plus avec un paragraphe explicatif (concernant une incertitude sur la continuité de l'association ou sur un autre point).
- Avec une déclaration d'abstention : le commissaire ne peut se prononcer sur l'image fidèle vu des insuffisances graves et/ou un contrôle interne insuffisant, et/ou des incertitudes graves sur la continuité.
- Avec une opinion négative, le commissaire estimant que les comptes annuels ne reflètent pas l'image fidèle de la situation financière, du patrimoine et des résultats de l'association.

### 5.4.3. Respect des délais

**340.** L'organe d'administration sera attentif aux délais de transmission des comptes annuels au commissaire. le CSA (et la loi du 27 juin 1921 antérieurement) est strict sur ce point et prévoit à l'article 3:74 CSA <sup>(8)</sup> que les comptes annuels arrêtés par l'organe d'administration doivent être communiqués au commissaire au plus tard trente jours avant la date de l'assemblée générale. Cela suppose que l'organe d'administration ait arrêté les comptes annuels dans le même délai : il ne suffit donc pas que des comptes annuels non encore arrêtés par l'organe d'administration (lors d'une réunion de ce dernier) soient transmis. Le non-respect du délai ne laisse pas place à l'interprétation et entraîne l'obligation pour le commissaire d'émettre un rapport de carence (voir exemple en annexe), quel que soit le motif du manquement au délai ; ce rapport ne sera pas publié. Le rapport final du commissaire devra par ailleurs mentionner l'existence de ce rapport de carence. Compte tenu de la publicité du rapport du commissaire, il est important pour l'association de strictement respecter les délais.

### 5.4.4. Droit d'investigation des membres en l'absence de nomination d'un commissaire

**341.** Il faut retenir les termes précis du CSA en la matière :

*« Art. 3:103. au cas où aucun commissaire n'est nommé, tous les membres peuvent consulter au siège de l'ASBL ou AISBL tous les procès-verbaux et décisions de l'assemblée générale, de l'organe d'administration ou des personnes, occupant ou non une fonction de direction, qui sont investies d'un mandat au sein ou pour le compte de l'association, de même que tous les documents comptables de l'association. A cette fin, ils adressent une demande écrite au*

<sup>(8)</sup> Art. 3:74 CSA ; « Les commissaires rédigent à propos des comptes annuels un rapport écrit et circonstancié. A cet effet, l'organe d'administration de la société leur remet les pièces, un mois ou, dans les sociétés cotées, quarante-cinq jours avant la date prévue pour l'assemblée générale.

Si l'organe d'administration reste en défaut de leur remettre ces pièces dans le délai légal visé à l'alinéa 1er, les commissaires émettent un rapport de carence destiné à l'assemblée générale et adressé à l'organe d'administration pour autant qu'ils ne soient pas en mesure de respecter les délais prévus par le présent code en matière de mise à disposition de leur rapport de commissaire. ».

*conseil d'administration avec lequel ils conviendront d'une date et heure de consultation des documents et pièces. Ceux-ci ne pourront être déplacés. Les copies à délivrer aux tiers sont signées par un ou plusieurs membres de l'organe d'administration ayant le pouvoir de représentation. »*

**342.** Cet article est une réécriture plus précise et règlementée de l'article 10 de la loi du 27 juin 1921 qui dit en son alinéa 2 :

*« Tous les membres peuvent consulter au siège de l'association le registre des membres, ainsi que tous les procès-verbaux et décisions de l'assemblée générale, du conseil d'administration ou des personnes, occupant ou non une fonction de direction, qui sont investies d'un mandat au sein ou pour le compte de l'association, de même que tous les documents comptables de l'association. Le Roi fixe les modalités d'exercice de ce droit de consultation. Les présentes dispositions ne s'appliquent pas si l'association a nommé un commissaire. »*

**343.** Au contraire de ce qui est prévu pour les associés ou actionnaires de sociétés, aucune assistance d'un expert-comptable externe n'est prévue (art. 3:100 à 3:102 CSA) ; on pourrait même se demander si cette assistance serait autorisée dans la mesure où d'une part le droit d'investigation du membre est individuel et que d'autre part la confidentialité des opérations de l'association ou fondation ne permet pas de laisser un accès aux informations par un tiers sans intervention de l'assemblée générale (qui pourrait organiser volontairement ce type d'assistance) ou de l'organe d'administration (en se demandant sur quelle base légale celui-ci pourrait ouvrir l'accès à des tiers, même soumis au secret professionnel).

## 5.5. MODELES DE RAPPORT DU COMMISSAIRE

### 5.5.1. Annexe 1 – Modèle de rapport sans réserve – comptes annuels – ASBL

*Rapport du commissaire à l'assemblée générale des membres de  
[l'association \_\_\_\_\_] pour l'exercice clos le \_\_\_\_\_ 20\_\_*

(comptes annuels)

Dans le cadre du contrôle légal des comptes annuels de [l'association \_\_\_\_] (l' « association »), nous vous présentons notre rapport du commissaire. Celui-ci inclut notre rapport sur les comptes annuels ainsi que les autres obligations légales et réglementaires. Le tout constitue un ensemble et est inséparable.

Nous avons été nommés en tant que commissaire par l'assemblée générale des membres du [xx], conformément à la proposition de l'organe d'administration [émission sur présentation du conseil d'entreprise]. Notre mandat de commissaire vient à échéance à la date de l'assemblée générale des membres délibérant sur les comptes annuels clôturés au [xx]. Nous avons exercé le contrôle légal des comptes annuels de [l'association xx] durant [xx] exercices consécutifs.

#### a. Rapport sur les comptes annuels

Opinion sans réserve

Nous avons procédé au contrôle légal des comptes annuels de l'association, comprenant le bilan au \_\_\_\_ 20\_\_, ainsi que le compte de résultats pour l'exercice clos à cette date et l'annexe, dont le total du bilan s'élève à € \_\_\_\_\_ et dont le compte de résultats se solde par un résultat positif [négatif] de l'exercice de € \_\_\_\_\_.

À notre avis, ces comptes annuels donnent une image fidèle du patrimoine et de la situation financière de l'association au \_\_\_\_ 20\_\_, ainsi que de ses résultats pour l'exercice clos à cette date, conformément au référentiel comptable applicable en Belgique.

Fondement de l'opinion sans réserve

Nous avons effectué notre audit selon les normes internationales d'audit (ISA) telles qu'applicables en Belgique. Les responsabilités qui nous incombent en vertu de ces normes sont plus amplement décrites dans la section « responsabilités du commissaire relatives à l'audit des comptes annuels » du présent rapport. Nous nous sommes conformés à toutes les exigences déontologiques qui s'appliquent à l'audit des comptes annuels en Belgique, en ce compris celles concernant l'indépendance.

Nous avons obtenu de l'organe d'administration et des préposés de l'association, les explications et informations requises pour notre audit.

Nous estimons que les éléments probants que nous avons recueillis sont suffisants et appropriés pour fonder notre opinion.

Responsabilités de l'organe d'administration relatives à l'établissement des comptes annuels.

L'organe d'administration est responsable de l'établissement des comptes annuels donnant une image fidèle conformément au référentiel comptable applicable en Belgique, ainsi que du contrôle interne qu'il estime nécessaire à l'établissement de comptes annuels ne comportant pas d'anomalies significatives, que celles-ci proviennent de fraudes ou résultent d'erreurs.

Lors de l'établissement des comptes annuels, il incombe à l'organe d'administration d'évaluer la capacité de l'association à poursuivre son exploitation, de fournir, le cas échéant, des informations relatives à la continuité d'exploitation et d'appliquer le principe comptable de continuité d'exploitation, sauf si l'organe d'administration a l'intention de mettre l'association en liquidation ou de cesser ses activités ou s'il ne peut envisager une autre solution alternative réaliste.

Responsabilités du commissaire relatives à l'audit des comptes annuels.

Nos objectifs sont d'obtenir l'assurance raisonnable que les comptes annuels pris dans leur ensemble ne comportent pas d'anomalies significatives, que celles-ci proviennent de fraudes ou résultent d'erreurs, et d'émettre un rapport du commissaire contenant notre opinion. L'assurance raisonnable correspond à un niveau élevé d'assurance, qui ne garantit toutefois pas qu'un audit réalisé conformément aux normes ISA permettra de toujours détecter toute anomalie significative existante. Les anomalies peuvent provenir de fraudes ou résulter d'erreurs et sont considérées comme significatives lorsque l'on peut raisonnablement s'attendre à ce qu'elles puissent, prises individuellement ou en cumulé, influencer les décisions économiques que les utilisateurs des comptes annuels prennent en se fondant sur ceux-ci.

Lors de l'exécution de notre contrôle, nous respectons le cadre légal, réglementaire et normatif qui s'applique à l'audit des comptes annuels en Belgique.

Dans le cadre d'un audit réalisé conformément aux normes ISA et tout au long de celui-ci, nous exerçons notre jugement professionnel et faisons preuve d'esprit critique. en outre:

Nous identifions et évaluons les risques que les comptes annuels comportent des anomalies significatives, que celles-ci proviennent de fraudes ou résultent d'erreurs, définissons et mettons en œuvre des procédures d'audit en réponse à ces risques, et recueillons des éléments probants suffisants et appropriés pour fonder notre opinion. Le risque de non-détection d'une anomalie significative provenant d'une fraude est plus élevé que celui d'une anomalie significative résultant d'une erreur, car la fraude peut impliquer la collusion, la falsification, les omissions volontaires, les fausses déclarations ou le contournement du contrôle interne ;

Nous prenons connaissance du contrôle interne pertinent pour l'audit afin de définir des procédures d'audit appropriées en la circonstance, mais non dans le but d'exprimer une opinion sur l'efficacité du contrôle interne de l'association ;

Nous apprécions le caractère approprié des méthodes comptables retenues et le caractère raisonnable des estimations comptables faites par l'organe de gestion, de même que des informations les concernant fournies par ce dernier ;

Nous concluons quant au caractère approprié de l'application par l'organe d'administration du principe comptable de continuité d'exploitation et, selon les éléments probants recueillis, quant à l'existence ou non d'une incertitude significative liée à des événements ou situations susceptibles de jeter un doute important sur la capacité de l'association à poursuivre son exploitation. Si nous concluons à l'existence d'une incertitude significative, nous sommes tenus d'attirer l'attention des lecteurs de notre rapport du commissaire sur les informations fournies dans les comptes annuels au sujet de cette incertitude ou, si ces informations ne sont pas adéquates, d'exprimer une opinion modifiée. Nos conclusions s'appuient sur les éléments probants recueillis jusqu'à la date de notre rapport du commissaire. Cependant, des situations ou événements futurs pourraient conduire l'association à cesser son exploitation ;

Nous apprécions la présentation d'ensemble, la structure et le contenu des comptes annuels et évaluons si les comptes annuels reflètent les opérations et événements sous-jacents d'une manière telle qu'ils en donnent une image fidèle.

Nous communiquons à l'organe d'administration notamment l'étendue des travaux d'audit et le calendrier de réalisation prévus, ainsi que les constatations importantes relevée lors de notre audit, y compris toute faiblesse significative dans le contrôle interne.

#### b. Autres obligations légales et réglementaires

##### Responsabilités de l'organe de gestion

L'organe d'administration est responsable [de la présentation et du contenu des autres informations contenues dans le rapport annuel/rapport d'activités et] du respect des dispositions légales et réglementaires applicables à la tenue de la comptabilité, ainsi que du respect de la loi du 27 juin 1921 sur les associations sans but lucratif, les fondations, les partis politiques européens et les fondations politiques européennes, et des statuts de l'association.

##### Responsabilités du commissaire

Dans le cadre de notre mandat et conformément à la norme belge complémentaire (révisée en 2018) aux normes internationales d'audit (ISA) applicables en Belgique, notre responsabilité est de vérifier, dans leurs aspects significatifs [les autres informations contenues dans le rapport annuel/rapport d'activités et], le respect de certaines dispositions de la loi du 27 juin 1921 sur les associations sans but lucratif, les fondations,

les partis politiques européens et les fondations politiques européennes [> le code des sociétés et des associations] et des statuts, ainsi que de faire rapport sur ces éléments.

[Aspects relatifs aux autres informations contenues dans le rapport annuel/le rapport d'activités] [paragraphe à utiliser lorsque la norme ISA 720 (révisée) s'applique]

[Dans le cadre de notre audit des comptes annuels, nous devons apprécier, en particulier sur la base de notre connaissance acquise lors de l'audit, si les autres informations contenues dans le rapport annuel [rapport d'activités], à savoir :

[À compléter] [ ]

...

Comportent une anomalie significative, à savoir une discordance significative par rapport aux comptes annuels ou une information incorrectement formulée ou autrement trompeuse. Sur la base de ces travaux, nous n'avons pas d'anomalie significative à vous communiquer.]

#### c. Mentions relatives à l'indépendance

Notre cabinet de révision n'a pas effectué de missions incompatibles avec le contrôle légal des comptes annuels et est resté indépendant vis-à-vis de l'association au cours de notre mandat.

[Lorsqu'il y a eu des missions complémentaires compatibles avec le contrôle légal des comptes annuels visées à l'article 134 du code des sociétés [> art.3:65 CSA], choix à faire entre une des options suivantes :

[Les honoraires relatifs aux missions complémentaires compatibles avec le contrôle légal des comptes annuels visées à l'article 17 de la loi du 27 juin 1921 sur les associations sans but lucratif, les fondations, les partis politiques européens et les fondations politiques européennes [> art.3:47 et 3:98 CSA], qui se réfère à l'article 134 du code des sociétés [> art.3:65 CSA], ont correctement été valorisés et ventilés dans l'annexe des comptes annuels.]

ou

[Etant donné que l'association n'a pas mentionné [correctement] les honoraires relatifs aux missions complémentaires compatibles avec le contrôle légal des comptes annuels visées à l'article 17 de la loi du 27 juin 1921 sur les associations sans but lucratif, les fondations, les partis politiques européens et les fondations politiques européennes [> art.3:47 et 3:98 CSA], qui se réfère à l'article 134 du code des sociétés [> art.3:65 CSA], dans l'annexe aux comptes annuels, nous vous précisons que ceux-ci devraient être valorisés et/ou ventilés comme suit [référence aux comptes annuels] [type de mission] [montants].]



## d. Autres mentions

[Pour les ASBL dont l'organe d'administration a rédigé un rapport de gestion ou autre rapport d'activités : point à ajouter le cas échéant: [paragraphe à utiliser lorsque l'association publie un rapport annuel]

Dans le cadre de notre audit des comptes annuels, nous devons également apprécier, en particulier sur la base de notre connaissance acquise lors de l'audit, si le rapport de gestion rédigé par l'organe d'administration, comporte une anomalie significative, à savoir une information incorrectement formulée ou autrement trompeuse. Sur la base de ces travaux, nous n'avons pas d'anomalie significative à vous communiquer.

[Pour les ASBL où l'art.9:8 CSA sur les conflits d'intérêts vient à s'appliquer : point à ajouter le cas échéant: « l'organe d'administration du [insérer la date] a pris une décision et/ou s'est prononcé sur une(des) opération(s) pour lesquelles il existe un intérêt opposé visé à l'art.9:8 §1er CSA et l'a justifié dans un procès-verbal de réunion ; les conséquences patrimoniales pour l'association sont les suivantes : [...] »].

Sans préjudice d'aspects formels d'importance mineure, la comptabilité est tenue conformément aux dispositions légales et réglementaires applicables en Belgique.

Nous n'avons pas à vous signaler d'opération conclue ou de décision prise en violation des statuts ou de la loi du 27 juin 1921 [> du code des sociétés et des associations], sur les associations sans but lucratif, les fondations, les partis politiques européens et les fondations politiques européennes.

Lieu d'établissement, date et signature

Cabinet de révision xyz

Commissaire

Représenté par

Nom

Réviseur d'entreprises

### 5.5.2. Annexe 2 – Modèle de rapport de carence

*A. Rapport de carence, établi par le commissaire, destine a l'assemblée générale de [ASBL \_\_\_\_\_] pour l'exercice clos le \_\_\_\_\_ 20\_\_*

Dans le cadre du contrôle légal des comptes annuels de votre association, nous vous faisons rapport dans le cadre de notre mandat de commissaire [le cas échéant : de réviseur d'entreprises désigné par le président du tribunal de l'entreprise], en application de l'article 143, deuxième alinéa, du code des sociétés [> art.3:74 (3:98) CSA].

Nous constatons, à la date du présent rapport, que nous n'avons pas encore reçu les comptes annuels clôturés par l'organe d'administration. Nous ne sommes, par conséquent, pas en mesure d'établir notre rapport de commissaire destiné à l'assemblée générale ni de respecter les délais prescrits par la loi du 27 juin 1921 sur les associations

sans but lucratif, les fondations, les partis politiques européens et les fondations politiques européennes [> le code des sociétés et des associations] en rapport avec sa mise à disposition.

Nous avons appelé à l'organe d'administration l'obligation légale relative aux délais fixés par la loi du 27 juin 1921 sur les associations sans but lucratif, les fondations, les partis politiques européens et les fondations politiques européennes [> le code des sociétés et des associations] pour la remise au commissaire et aux membres des documents requis.

Le présent rapport n'est pas le rapport du commissaire visé par les articles 143, premier alinéa [> art. 3:74 CSA], et 144 C. Soc. [> art. 3:75 CSA] et ne peut être utilisé pour répondre à l'exigence de l'article 17, §6 de la loi du 27 juin 1921 sur les associations sans but lucratif, les fondations, les partis politiques européens et les fondations politiques européennes [> art. 3:47, §7 CSA].

## 5.6. AUTRES MISSIONS DEVOLUES AU COMMISSAIRE, D'UN REVISEUR D'ENTREPRISES OU D'UN EXPERT-COMPTABLE EXTERNE

### 5.6.1. Introduction

**344.** En dehors du contrôle des comptes annuels, l'intervention du commissaire, d'un réviseur d'entreprises ou d'un expert-comptable externe est nécessaire à certains moments de la vie d'une ASBL, dans le cadre du CSA.

**345.** Lorsqu'à l'occasion de la réalisation d'une mission dévolue à un réviseur d'entreprises ou un expert-comptable externe, ce dernier constate que l'association ou fondation est en défaut de nommer un commissaire (alors que la loi en prévoit l'obligation), le réviseur d'entreprises ou l'expert-comptable externe est tenu de mentionner cette infraction au CSA dans son rapport, même si le CSA ne prévoit pas de sanction pénale en cas d'absence de nomination d'un commissaire dans le cas des associations et fondations (un oubli du législateur ?) alors que c'est prévu à l'article 3:97 CSA pour les sociétés.

**346.** Dans un autre ordre d'idée, on peut même se poser la question de l'accomplissement d'une mission contractuelle dans une association ou fondation par un réviseur d'entreprises ou un expert-comptable externe alors que cette mission aurait normalement été dévolue au commissaire (s'il avait été nommé comme prévu) en application du CSA. Ne faudrait-il pas renoncer à cette mission ?

**347.** Concernant les missions dont il va être question ci-après, l'Institut des Réviseurs d'Entreprises est occupé à préparer des avis, guides et notes techniques sur la manière de conduire ces missions, dans l'attente de la mise en place d'un cadre normatif, entre autres pour les missions qui peuvent être réalisées par un réviseur d'entreprises ou un expert-comptable externe, suivant le choix de la personne morale concernée.

**348.** Concernant les missions relatives à la dissolution, dans l'attente ce cadre normatif et autres avis, il convient de se référer aux normes ISA et, à la « norme relative au contrôle contractuel des pme et des petites A(I)SBL et fondations et aux missions légales réservées et partagées auprès des pme et des petites A(I)SBL et fondations »<sup>(9)</sup>, tout en s'inspirant des principes, *mutatis mutandis*, repris dans les « normes relatives au contrôle à opérer lors de la proposition de dissolution d'une société dont la responsabilité est limitée »<sup>(10)</sup> (sachant qu'auparavant aucune mission de ce type n'était prévue dans le secteur non marchand).

<sup>(9)</sup> <https://www.ibr-ire.be/fr/reglementation-et-publications/normes-et-recommandations/normes/norme-detail-page/missions-communes-aupr-s-des-pme>

<sup>(10)</sup> <https://www.ibr-ire.be/fr/reglementation-et-publications/normes-et-recommandations/normes/norme-detail-page/contr-le-op-rer-de-la-proposition-de-dissolution-d-une-soci-t-dont-la-responsabilite-est-limit-e>

**349.** Extrait de ces normes relatives à la dissolution (attention au fait que pour certaines nouvelles missions, c'est l'image fidèle qui doit être certifiée et non l'identification d'une surévaluation) :

**350.** « *Le professionnel doit adapter ses travaux à l'objectif spécifique de sa mission, à savoir l'identification de toute surévaluation de l'actif net. en conséquence, le programme de travail sera orienté vers l'identification des surévaluations éventuelles des rubriques d'actif ainsi que des sous-évaluations des provisions pour risques et charges et des dettes. Il ne doit pas couvrir tous les aspects qui seraient nécessaires dans le cadre de l'attestation de l'image fidèle des comptes annuels (structure des résultats, situation financière, etc.).* »

**351.** « *La mise en œuvre du principe général d'importance relative doit être adaptée à l'objectif d'identification de surévaluations dans les rubriques de l'actif et de sous-évaluations dans les rubriques du passif autres que les capitaux propres. En conséquence, le professionnel pourra réduire ses travaux lorsqu'il a pu conclure avant que le risque qu'il existe des inexactitudes conduisant à la surévaluation des capitaux propres est peu important.* »

**352.** Concernant les missions relatives à la transformation, dans l'attente ce cadre normatif et autres avis, il convient de se référer à nouveau aux normes ISA et, à la « norme relative au contrôle contractuel des pme et des petites A(I)SBL et fondations et aux missions légales réservées et partagées auprès des pme et des petites A(I)SBL et fondations »<sup>(11)</sup>, tout en s'inspirant des principes, *mutatis mutandis*, repris dans les « normes relatives au rapport à rédiger lors de la transformation d'une société. »<sup>(12)</sup>:

**353.** Extrait de ces normes relatives à la transformation (attention au fait que pour certaines nouvelles missions, c'est l'image fidèle qui doit être certifiée et non l'identification d'une surévaluation) :

*« L'état comptable doit être fidèle à la réalité. Ceci signifie que les évaluations doivent être faites de bonne foi et que l'organe d'administration doit, si nécessaire, compléter l'état comptable par des notes explicatives des choix opérés en matière d'évaluation. »*

*« Le professionnel doit étudier les conditions dans lesquelles l'information comptable est élaborée. S'il est le commissaire de la société, il doit seulement s'assurer de la continuité du système de contrôle interne depuis sa précédente révision. Dans le cas contraire, il doit mettre en œuvre les diligences requises pour s'assurer de l'existence de procédures internes appropriées à la taille et à l'activité de l'entreprise, garantissant la fiabilité des données. »*

<sup>(11)</sup> <https://www.ibr-ire.be/fr/reglementation-et-publications/normes-et-recommandations/normes/norme-detail-page/missions-communes-aupr-s-des-pme>

<sup>(12)</sup> <https://www.ibr-ire.be/fr/reglementation-et-publications/normes-et-recommandations/normes/norme-detail-page/rapport-a-rediger-l-occasion-de-la-transformation-d-une-societe>

*« L'état comptable ne peut faire apparaître des plus-values de réévaluation que dans la mesure où elles répondent aux principes généraux de l'article 57 de l'arrêté royal du 30 janvier 2001. Toutefois, le professionnel pourrait recommander à l'organe d'administration de faire mention dans une note annexe à l'état comptable de dissolution, des plus-values latentes probables y compris sur les valeurs incorporelles, lorsque cette information lui paraît indispensable à la bonne information des actionnaires. »*

**354.** Il est bien entendu que toutes les missions contractuelles décrites ci-après, dévolues ou non au commissaire, une lettre de mission devra être rédigée.

**355.** Lors de ses missions non seulement de commissaire mais également et particulièrement dans les missions relatives aux dissolutions, liquidations et transformations, le réviseur d'entreprises devra être particulièrement attentif aux spécificités du secteur non marchand : ces dernières peuvent en effet avoir une importance et présenter des risques significatifs dans l'établissement des situations à contrôler (entre autres pour les clôtures de liquidation).

**356.** Nous pensons particulièrement à :

- la comptabilité simplifiée qui ne permet pas de refléter l'image fidèle de la situation d'une personne morale ;
- la problématique des subsides (le cut off, les termes de référence et le caractère remboursable ou pas de certaines subventions, les particularités des subsides en capitaux quant aux obligations d'utilisation, etc.) ;
- les relations mal interprétées et par conséquent mal comptabilisées chez les divers partenaires concernés (associations, fondations, sociétés ou autres tiers) : confusion entre prêt et don suite à la mauvaise interprétation d'un des partenaires ; et
- etc.

## 5.7. AUTRES MISSIONS DEVOLUES AU COMMISSAIRE, D'UN REVISEUR D'ENTREPRISES OU D'UN EXPERT-COMPTABLE EXTERNE : LES DIFFERENTES MISSIONS

**357.** Voici une synthèse des missions à réaliser soit par un commissaire, soit par un réviseur d'entreprises ou un expert-comptable externe :

### Missions pour le commissaire

#### A. Dissolution volontaire A(I)SBLA(I)SBL (nouvelle mission prévue par le CSA)

**358.** Quand l'assemblée générale d'une A(I)SBL décide d'une dissolution volontaire et qu'un commissaire a été nommé parce que l'A(I)SBL rentre dans les critères prévus à l'article 3:47, §5 CSA (une « grande » ASBL), le commissaire doit remettre un rapport de contrôle sur l'état résumant la situation active et passive en vue de la dissolution volontaire de l'A(I)SBL. Dans le cas de la nomination volontaire d'un commissaire (volonté exprimée dans les statuts de l'A(I)SBL), aucun rapport du commissaire n'est étonnement prévu : oubli, erreur ou volonté claire du législateur ? On ne sait pas. Rien n'empêche cependant que l'assemblée générale (via l'organe d'administration) demande volontairement aussi au commissaire d'émettre ce rapport, en dehors de toute obligation légale.

*Art. 2:110, §1<sup>er</sup> CSA : « Une A(I)SBL peut à tout moment être dissoute par une délibération de l'assemblée générale prise aux mêmes conditions que celles prévues pour la modification de l'objet ou du but de l'association.*

*Une AISBL peut à tout moment être dissoute conformément aux conditions prévues par les statuts.*

*§2. Dans les ASBL et les AISBL qui, conformément à l'article 3:47, §5, doivent désigner un ou plusieurs commissaires, la proposition de dissolution fait l'objet d'un rapport établi par l'organe d'administration et mentionné dans l'ordre du jour de l'assemblée appelée à se prononcer sur la dissolution.*

*À ce rapport est joint un état résumant la situation active et passive de l'association, clôturé à une date ne remontant pas à plus de trois mois avant l'assemblée appelée à se prononcer sur la proposition de dissolution. Dans les cas où l'association décide de mettre fin à ses activités ou si l'on ne peut plus escompter qu'elle poursuivra son activité, l'état précité, sous réserve d'une dérogation motivée, est établi conformément aux règles d'évaluation fixées en exécution de l'article 3:1.*

*Le commissaire contrôle cet état, en fait rapport et indique spécialement s'il donne une image fidèle de la situation de l'association.*

*§3. Une copie des rapports et de l'état résumant la situation active et passive, visés au §2, est adressée aux membres conformément à l'article 2:31.*

*§4. En l'absence des rapports prévus par cet article la décision de l'assemblée générale est nulle.*

*§5. Le procès-verbal de l'assemblée générale qui ordonne la dissolution reproduit les conclusions du rapport établi par le commissaire conformément au §2. ».*

**359.** Il est important de noter que le rapport demandé porte sur un avis concernant l'image fidèle de la situation de l'association, ce qui implique un contrôle plénier (et le cas échéant une abstention si l'A(I)SBL tient sa comptabilité de manière simplifiée ne permettant pas d'obtenir des comptes annuels présentant une image fidèle de la situation).

*B. Clôture de liquidation A(I)SBL (nouvelle mission prévue par le CSA)*

**360.** Concernant la clôture de la liquidation, le législateur impose maintenant un rapport de contrôle du commissaire (si un commissaire a été nommé, peu importe la taille de l'A(I)SBL) sur les comptes de liquidation, et si un commissaire n'a pas été nommé, c'est chaque membre qui a un droit d'investigation et qui peut se faire assister dans ce cas par un réviseur d'entreprises ou un expert-comptable externe (rien n'est prévu dans le CSA concernant la prise en charge de sa rémunération par l'A(I)SBL ou le membre à titre personnel). Le législateur est muet quant à la mission précise du commissaire et au contenu du rapport qu'il doit rédiger.

**361.** Art. 2:134. §1<sup>er</sup> CSA :

*« §1<sup>er</sup>. Après la liquidation et au moins un mois avant l'assemblée générale de l'ASBL ou de la réunion de l'organe désigné dans les statuts de l'ASBL, les liquidateurs déposent au siège de l'association un rapport chiffré sur la liquidation comportant les comptes de liquidation et pièces à l'appui. Le cas échéant, ces documents sont contrôlés par le commissaire. Lorsqu'il n'y a pas de commissaire, les membres disposent d'un droit individuel d'investigation, pour lequel ils peuvent se faire assister d'un réviseur d'entreprises ou d'un expert-comptable externe. Il ne peut être renoncé au délai d'un mois qu'avec l'accord de tous les membres, donné soit individuellement avant l'assemblée lors de laquelle la clôture sera décidée, soit ensemble à l'occasion de cette assemblée, préalablement à l'examen de tout autre point à l'ordre du jour.*

*Après avoir entendu, le cas échéant, le rapport du commissaire, l'assemblée se prononce sur l'approbation des comptes. Elle statue ensuite par un vote spécial sur la décharge des liquidateurs et, le cas échéant, du commissaire ainsi que sur la clôture de la liquidation.*

*§2. Par dérogation au §1er, en cas de dissolution judiciaire, les liquidateurs font rapport au tribunal, après la liquidation, en lui présentant, le cas échéant, une situation des valeurs de l'association et de leur emploi.*

*Le tribunal prononce la clôture de la liquidation.*

*§3. En cas de dissolution sur la base de l'article 2:106, §1er, 4°, le roi détermine la procédure de consignation des actifs qui appartiendraient à l'association et le sort de ces actifs en cas d'apparition de nouveaux passifs. »*

C. *Missions pour le commissaire ou, si un commissaire n'a pas été nommé, rapport d'un reviseur d'entreprises ou d'un expert-comptable externe*

a. *Dissolution/liquidation en un seul acte (A(I)SBL) (nouvelle mission prévue par le CSA)*

**362.** *Quand l'assemblée générale décide d'opérer la dissolution de l'A(I)SBL et la clôture de la liquidation en un seul acte, un rapport de contrôle est demandé au commissaire ou, si un commissaire n'a pas été nommé, à un réviseur d'entreprises ou un expert-comptable externe, sur le paiement des dettes figurant dans les comptes de liquidation ou la consignation des sommes nécessaires à leur acquittement.*

**363.** *Art. 2:135 CSA :*

*« Sans préjudice de l'article 2:110, une dissolution et une liquidation dans en un seul acte ne sont possibles que moyennant le respect des conditions suivantes :*

*1° aucun liquidateur n'est désigné ;*

*2° toutes les dettes à l'égard de membres ou de tiers mentionnées dans l'état résumant la situation active et passive visé à l'article 2:103, §2, alinéa 2, ont été remboursées ou les sommes nécessaires à leur acquittement ont été consignées ; le commissaire, qui fait rapport conformément à l'article 2:103, §2, alinéa 3, ou, lorsqu'il n'y a pas de commissaire, un réviseur d'entreprises, ou un expert-comptable externe confirme ce paiement ou cette consignation dans les conclusions de son rapport ; le remboursement ou la consignation n'est toutefois pas requis pour ce qui concerne les dettes à l'égard de membres ou de tiers dont la créance figure dans l'état résumant la situation active et passive visé à l'article 2:103, §2, alinéa 2, et qui ont confirmé par écrit leur accord sur l'application de l'article 2:128 ; le commissaire, qui fait rapport conformément à l'article 2:103, §2, alinéa 3, ou, lorsqu'il n'y a pas de commissaire, le réviseur d'entreprises ou l'expert-comptable externe, confirme l'existence de cet accord écrit dans les conclusions de son rapport ;*

*3° tous les membres sont présents ou représentés à l'assemblée générale et se prononcent à l'unanimité des voix.*

*L'actif restant est affecté au but désintéressé à cette fin indiqué dans les statuts, ou, à défaut, au but désintéressé que l'assemblée générale indique dans le respect des conditions de quorum et de majorité requises pour la modification des statuts. »*



b. Fusion et scission d'associations et fondations (nouvelle mission prévue par le CSA)

**364.** Le CSA prévoit maintenant la possibilité d'opérer une fusion ou une scission d'associations ou de fondations. Dans ce cas il est demandé un rapport de contrôle du commissaire ou, si un commissaire n'a pas été nommé, d'un réviseur d'entreprises ou d'un expert-comptable externe, sur l'état résumant la situation active et passive en vue de la fusion/scission d'associations ou fondations.

**365.** Art. 13:3 CSA :

*« §1<sup>er</sup>. Les organes d'administration des personnes morales parties à l'opération établissent conjointement un projet d'opération.*

*Le projet d'opération décrit les motifs de cette opération ainsi que l'ensemble de ses modalités et, si le patrimoine de la personne morale dissoute est apporté à plusieurs bénéficiaires, la manière dont il est réparti.*

*À ce projet est joint un état résumant la situation active et passive de la personne morale appelée à se dissoudre clôturé pas à plus de trois mois avant la date à laquelle les organes compétents des personnes morales concernées doivent se prononcer et, si la personne morale appelée à bénéficier de l'apport est une ASBL, une AISBL ou une fondation, un état résumant la situation active et passive de celle-ci.<sup>(13)</sup>*

*§2. Le commissaire ou, lorsqu'il n'y a pas de commissaire, un réviseur d'entreprises ou un expert-comptable externe désigné par l'organe d'administration, établit un rapport sur le projet d'opération et la situation active et passive qui y est jointe.*

*Si aucune des personnes morales concernées par l'opération n'a de commissaire, un réviseur d'entreprises ou un expert-comptable externe peut être désigné de commun accord entre elles.*

*Les rapports prévus au présent paragraphe indiquent notamment si les états auxquels ils ont trait traduisent d'une manière complète, fidèle et exacte la situation de la personne morale concernée.*

*§3. Le projet d'opération, l'état résumant la situation active et passive des parties ainsi que le rapport du commissaire ou du réviseur d'entreprises ou expert-comptable externe sur ces états sont transmis aux membres des associations concernées ou aux membres des organes des autres personnes morales*

<sup>(13)</sup> Le projet de loi de réparation 0553/0010 ajoute à la fin de ce premier paragraphe : « (après : ... un état résumant la situation active et passive de celle-ci) ,qui n'a pas été clôturé plus de trois mois avant la date à laquelle les organes compétents des personnes morales concernées doivent se prononcer. ».

*appelées à délibérer sur l'opération en même temps que l'ordre du jour de ces organes. ».*

**366.** Il est important de noter que le rapport demandé porte sur un avis concernant l'image fidèle (le CSA dit que la situation traduit « *d'une manière complète, fidèle et exacte* » de la situation des associations et/ou fondations concernées), ce qui implique un contrôle plénier (et le cas échéant une abstention si les A(I)SBL/fondations concernées tiennent leur comptabilité de manière simplifiée ne permettant pas d'obtenir des comptes annuels présentant une image fidèle de la situation).

c. Transformation d'une société en ASBL (nouvelle mission prévue par le CSA)

**367.** A nouveau il est demandé ici que le commissaire ou, si un commissaire n'a pas été nommé, un réviseur d'entreprises ou un expert-comptable externe, fasse rapport sur l'état résumant la situation active et passive en vue de la transformation d'une société en une ASBL, en indiquant notamment s'il y a eu surestimation de l'actif net (pour mémoire dans les missions similaires reprises dans le code des sociétés et dans la loi du 27 juin 1921, le législateur imposait d'indiquer dans le rapport « *la moindre surestimation de l'actif net.* » ; la rédaction de la mission demandée dans le cadre du CSA semble comprendre maintenant un certain seuil de matérialité).

**368.** Art. 14:32 CSA :

*« L'organe d'administration établit un rapport justifiant le projet de transformation, ses raisons et ses conséquences pour les droits des associés ou actionnaires, qui est annoncé dans l'ordre du jour de l'assemblée générale.*

*À ce rapport sont joints les documents suivants :*

*1° le projet de statuts de l'ASBL en laquelle la société sera transformée ;*

*2° un état résumant la situation active et passive de la société, clôturé à une date ne remontant pas à plus de trois mois avant l'assemblée générale appelée à statuer sur la transformation ;*

*3° le rapport du commissaire de la société ou, lorsqu'il n'y a pas de commissaire, d'un réviseur d'entreprises ou expert-comptable désigné par l'organe d'administration sur cet état, qui indique notamment s'il y a eu surestimation de l'actif net. ».*

d. Transformation d'une ASBL en SCES agréée ou en SC agréée comme ES (nouvelle mission prévue par le CSA)

**369.** Il est demandé ici que le commissaire ou, si un commissaire n'a pas été nommé, un réviseur d'entreprises ou un expert-comptable externe, fasse rapport sur l'état résumant la situation active et passive en vue de la transformation d'une ASBL en une société coopérative agréée comme entreprise sociale» (SC agréée comme ES > art. 8:5, §1<sup>er</sup>

CSA) ou en une société coopérative entreprise sociale agréée (SCES > art. 8:5, §2 CSA), en indiquant notamment s'il y a eu surestimation de l'actif net (pour mémoire dans les missions similaires reprises dans le code des sociétés et dans la loi du 27 juin 1921, le législateur imposait d'indiquer dans le rapport « *la moindre surestimation de l'actif net.* » ; la rédaction de la mission demandée dans le cadre du CSA semble comprendre maintenant un certain seuil de matérialité).

**370. Art. 14:38 CSA :**

*« La proposition de transformation fait l'objet d'un rapport justificatif établi par l'organe d'administration et annoncé dans l'ordre du jour de l'assemblée.*

*À ce rapport sont joints les documents suivants :*

*1° le projet de statuts de la société coopérative en laquelle l'ASBL sera transformée ;*

*2° un état résumant la situation active et passive de l'ASBL, arrêté à une date ne remontant pas à plus de trois mois avant l'assemblée générale appelée à statuer sur la transformation ;*

*3° le rapport du commissaire de l'ASBL, ou, lorsqu'il n'y a pas de commissaire, d'un réviseur d'entreprises ou de l'expert-comptable externe désigné par l'organe d'administration sur cet état qui indique notamment s'il y a eu surestimation de l'actif net.*

*Une copie du rapport de l'organe d'administration et de ses annexes est adressée conformément à l'article 2:31 aux membres en même temps que la convocation à l'assemblée générale appelée à statuer sur la transformation. ».*

- e. Transformation d'une association en une autre forme d'association (nouvelle mission prévue par le CSA)

**371.** Il est demandé ici que le commissaire ou, si un commissaire n'a pas été nommé, un réviseur d'entreprises ou un expert-comptable externe, fasse rapport sur l'état résumant la situation active et passive en vue de la transformation d'une ASBL en une AISBL (ou inversement), en indiquant notamment s'il y a eu surestimation de l'actif net (pour mémoire dans les missions similaires reprises dans le code des sociétés et dans la loi du 27 juin 1921, le législateur imposait d'indiquer dans le rapport « *la moindre surestimation de l'actif net.* » ; la rédaction de la mission demandée dans le cadre du CSA semble comprendre maintenant un certain seuil de matérialité).

**372. Art. 14:47 CSA :**

*« La proposition de transformation fait l'objet d'un rapport justificatif établi par l'organe d'administration et annoncé dans l'ordre du jour de l'assemblée.*

*À ce rapport sont joints les documents suivants :*

*1° le projet de statuts de l' AISBL ou de l' ASBL en laquelle l' association sera transformée ;*

*2° un état résumant la situation active et passive de l' association, clôturé à une date ne remontant pas à plus de trois mois avant l' assemblée générale appelée à statuer sur la transformation ;*

*3° le rapport du commissaire de l' ASBL, ou, lorsque l' ASBL n' a pas de commissaire, un réviseur d' entreprises ou expert-comptable désigné par l' organe d' administration sur cet état qui indique notamment s' il y a eu surestimation de l' actif net.*

*Une copie du rapport de l' organe d' administration et de ses annexes est adressée conformément à l' article 2:31 aux membres en même temps que la convocation à l' assemblée générale appelée à statuer sur la transformation. »*

f. Transformation transfrontalière – émigration A(I)SBL (nouvelle mission prévue par le CSA)

**373.** Il est demandé ici que le commissaire ou, si un commissaire n' a pas été nommé, un réviseur d' entreprises ou un expert-comptable externe, fasse rapport sur l' état résumant la situation active et passive ne remontant pas à plus de quatre mois (à noter ce délai particulier, contre habituellement un délai de trois mois pour les autres missions) en vue de la transformation d' une A(I)SBL vers une forme étrangère (et donc une sortie du territoire belge) d' association, en indiquant notamment s' il y a eu surestimation de l' actif net :

**374.** Art. 14:57 CSA :

*« L' organe d' administration joint au rapport visé à l' article 14:56 un état résumant la situation active et passive, clôturé à une date ne remontant pas à plus de quatre mois avant l' assemblée générale pour l' ASBL ou la réunion de l' organe désigné par les statuts pour l' AISBL appelée à se prononcer sur la proposition de transformation transfrontalière.*

*Le commissaire ou, lorsqu' il n' y a pas de commissaire, un réviseur d' entreprises ou un expert-comptable externe désigné par l' organe d' administration, fait rapport sur cet état et indique notamment si l' actif net est surévalué. »*

g. Transformation d' une fondation privée en une fondation d' utilité publique (nouvelle mission prévue par le CSA)

**375.** Il est demandé ici que le commissaire ou, si un commissaire n' a pas été nommé, un réviseur d' entreprises ou un expert-comptable externe, fasse rapport sur l' état résumant la situation active et passive en vue de la transformation d' une fondation

privée en une fondation d'utilité publique. Ici, contrairement à ce qui est prévu pour les autres missions de transformation, le législateur impose que le rapport porte sur l'image fidèle <sup>(14)</sup> de la situation active passive de la fondation, ce qui implique un contrôle plénier (et le cas échéant une abstention si la fondation tient sa comptabilité de manière simplifiée ne permettant pas d'obtenir des comptes annuels présentant une image fidèle de la situation).

**376. Art. 14:67 CSA :**

*« §1er. Par acte authentique et moyennant l'approbation du roi, toute fondation privée peut, en se conformant aux dispositions du livre 11, être transformée en fondation d'utilité publique. Cette transformation n'entraîne aucun changement dans la personnalité juridique de la fondation.*

§2. A l'acte sont joints:

*1° un rapport justificatif établi par l'organe d'administration;*

*2° un état résumant la situation active et passive de la fondation, clôturé à une date ne remontant pas à plus de trois mois avant la réunion de l'organe d'administration appelée à se prononcer sur le projet;*

*3° un rapport de contrôle sur cet état indiquant spécialement s'il donne une image fidèle de la situation de la fondation, établi par le commissaire de la fondation ou, lorsqu'il n'y a pas de commissaire, par un réviseur d'entreprises ou un expert-comptable externe désigné par l'organe d'administration. L'acte est déposé au dossier usé à l'article 2:11, et publié conformément à l'article 2:17. »*

<sup>(14)</sup> Il faut noter que le concept « d'image fidèle » dans cet article soit une erreur du législateur : un projet de loi de réparation prévoit de le remplacer par une mission déterminat s'il y a eu surestimation de l'actif net.

## 5.8. ANNEXES DE LA CONTRIBUTION

### 5.8.1. Annexe 1 – Extrait du CSA relatif au contrôle légal des comptes annuels « version association »

Les textes barrés ne sont pas applicables aux associations. Le mot « société » a été remplacé par « association ».

#### A. Section 1. Définitions

Art. 3:56. Par «réseau», il faut entendre la structure plus vaste:

1° destinée à un but de coopération, à laquelle appartient un réviseur d'entreprises ou un cabinet d'audit enregistré, et

2° dont le but manifeste est le partage de résultats ou de coûts ou qui partage un actionariat, un contrôle ou une direction communs, des politiques et des procédures communes en matière de contrôle de qualité, une stratégie commerciale commune, l'utilisation d'une même marque ou d'une partie importante des ressources professionnelles.

Art. 3:57. Par «cabinet d'audit enregistré», il faut entendre un cabinet d'audit agréé dans un autre état membre de l'union européenne ou dans un état qui est partie à l'accord sur l'espace économique européen, répondant aux conditions visées à l'article 10, §2, de la loi du 7 décembre 2016 portant organisation de la profession et de la supervision publique des réviseurs d'entreprises, et mentionné de manière distincte dans le registre public des réviseurs d'entreprises.

#### B. Section 2. Nomination

Art. 3:58. §1<sup>er</sup>. Le commissaire est nommé, par l'assemblée générale, parmi les réviseurs d'entreprises, inscrits au registre public des réviseurs d'entreprises ou les cabinets d'audit enregistrés, pour la mission de contrôle légal des comptes annuels et, le cas échéant, des comptes consolidés.

§2. Sans préjudice du rôle dévolu au conseil d'entreprise tel que défini aux articles 3:88 et 3:89, l'assemblée générale décide sur la base d'une proposition formulée par l'organe d'administration

§3. Lorsque la association est tenue de constituer un comité d'audit en vertu de la loi, la proposition de l'organe d'administration relative à la nomination du commissaire destinée à être soumise à l'assemblée générale est émise sur recommandation du comité d'audit.

La recommandation du comité d'audit est motivée.

Si la proposition de l'organe d'administration diffère de la préférence mentionnée dans la recommandation du comité d'audit, l'organe d'administration expose les raisons pour lesquelles il n'y a pas lieu de suivre la recommandation du comité d'audit.

§4. Toute décision de nomination ou de renouvellement du mandat d'un commissaire prise sans respecter les paragraphes 1 à 3 est nulle. la nullité est prononcée par le président du tribunal de l'entreprise du siège de l'association siégeant comme en référé.

§5. Les dispositions contractuelles qui limitent le choix de l'assemblée générale à certaines catégories ou listes de réviseurs d'entreprises ou cabinets de révision ou de cabinet d'audit enregistré en ce qui concerne la désignation d'un commissaire en particulier ou d'un réviseur d'entreprises en particulier chargé du contrôle des comptes consolidés de cette association sont interdites. Toute disposition existante de ce type est nulle et non avenue.

Art. 3:59. Lorsqu'il n'y a pas de commissaires, ou lorsque tous les commissaires se trouvent dans l'impossibilité d'exercer leurs fonctions, il est immédiatement pourvu à leur nomination ou à leur remplacement. a défaut, le président du tribunal de l'entreprise, siégeant comme en référé, sur requête de tout intéressé, nomme un réviseur d'entreprises dont il fixe les honoraires et qui est chargé d'exercer les fonctions de commissaire jusqu'à ce qu'il ait été pourvu régulièrement à sa nomination ou à son remplacement. Une telle nomination ou un tel remplacement ne produira toutefois ses effets qu'après la première assemblée générale annuelle qui suit la nomination du réviseur d'entreprises par le président.

Art. 3:60. Lorsqu'un cabinet de révision visé à l'article 3, 2°, de la loi du 7 décembre 2016 portant organisation de la profession et de la supervision publique des réviseurs d'entreprises, ou un cabinet d'audit enregistré est nommé en tant que commissaire, au moins un réviseur d'entreprises personne physique est désigné en tant que représentant permanent du cabinet de révision ou du cabinet d'audit enregistré disposant d'un pouvoir de signature.

La désignation et la cessation des fonctions du représentant permanent du cabinet de révision ou du cabinet d'audit enregistré qui a été nommé commissaire sont soumises aux mêmes règles de publicité que si ce représentant permanent exerçait cette mission en son nom et pour compte propre.

### *C. Section 3. Durée du mandat et nombre de mandats successifs*

Art. 3:61. §1er. le commissaire est nommé pour un terme de trois ans renouvelable.

§2. le commissaire chargé d'une mission de contrôle légal d'une entité d'intérêt public visée à l'article 1:12 ne peut exercer plus de trois mandats consécutifs auprès de cette même entité, soit couvrir une durée maximale de neuf ans.

§3. par dérogation au paragraphe 2, l'entité d'intérêt public visée à l'article 1:12 peut décider de renouveler le mandat du commissaire:

a) pour effectuer seul le contrôle légal des comptes, pour autant que l'entité d'intérêt public puisse se baser sur une procédure d'appel d'offres public visée à l'article 17, §4, a), du règlement n° 537/2014;

b) pour effectuer le contrôle légal des comptes conjointement avec un ou plusieurs autres commissaires, qui forment un collège de commissaires indépendants les uns des autres en charge du contrôle conjoint.

les renouvellements visés à l'alinéa 1er permettent de couvrir une durée maximale totale de:

a) dix-huit ans, soit au maximum trois mandats supplémentaires, lorsqu'il est décidé de renouveler le mandat du commissaire en place;

b) vingt-quatre ans, soit au maximum cinq mandats supplémentaires, lorsqu'il est décidé de nommer plusieurs commissaires chargés du contrôle conjoint.

§4. Après l'expiration des durées maximales visées aux paragraphes 2 et 3 et sans préjudice du paragraphe 5, ni le commissaire ni, le cas échéant, aucun membre du réseau dans l'union européenne dont il relève ne peut entreprendre le contrôle légal des comptes de la même entité d'intérêt public visée à l'article 1:12 au cours des quatre années qui suivent.

§5. Après l'expiration des durées maximales visées aux paragraphes 2 et 3, l'entité d'intérêt public visée à l'article 1:12 peut, à titre exceptionnel, demander au collège de supervision des réviseurs d'entreprises visé à l'article 32 de la loi du 7 décembre 2016 portant organisation de la profession et de la supervision publique des réviseurs d'entreprises d'autoriser une prolongation au titre de laquelle l'entité d'intérêt public peut à nouveau désigner le même commissaire pour la mission de contrôle légal conformément aux conditions définies au paragraphe 3. la durée de ce nouveau mandat ne dépasse pas deux ans.

#### *D. Section 4. Obligations.*

##### *a. Sous-section 1<sup>re</sup>. Principes d'indépendance*

Art. 3:62. §1<sup>er</sup>. Ne peuvent être désignés comme commissaire ceux qui se trouvent dans des conditions susceptibles de mettre en cause l'indépendance de l'exercice de leur fonction de commissaire, conformément aux règles de la profession de réviseur d'entreprises. Les commissaires doivent veiller à ne pas se trouver placés, postérieurement à leur désignation, dans de telles conditions. Leur indépendance est exigée, au minimum, à la fois pendant la



période couverte par les comptes annuels à contrôler et pendant la période au cours de laquelle le contrôle légal est effectué.

§2. En particulier, les commissaires ne peuvent accepter, ni dans l'association soumise à leur contrôle légal ni dans une association ou personne liée à celle-ci au sens de l'article 1:20, aucune autre fonction, mandat ou mission à exercer au cours de leur mandat ou après celui-ci et qui serait de nature à mettre en cause l'indépendance de l'exercice de leur fonction de commissaire.

§3. Jusqu'au terme d'une période de deux années prenant cours à la date de cessation de leur fonction de commissaire, ils ne peuvent accepter un mandat de membre de l'organe d'administration ou toute autre fonction auprès de l'association qui est soumise à leur contrôle légal, ni auprès d'une association ou personne liée au sens de l'article 1:20.

Le réviseur d'entreprises qui a directement participé à la mission de contrôle légal, en tant qu'associé, collaborateur ou employé du commissaire, ne peut accepter les mandats ou fonctions visées à l'alinéa 1er qu'après qu'une période d'un an au moins ne se soit écoulée depuis qu'il a directement participé à la mission de contrôle légal.

§4. Le paragraphe 2 est également applicable aux personnes avec lesquelles le commissaire a conclu un contrat de travail ou avec lesquelles il se trouve, sous l'angle professionnel, dans des liens de collaboration ainsi qu'aux membres du réseau visé à l'article 3:56 dont relève le commissaire et aux associations ou personnes liées au commissaire visées à l'article 1:20.

§5. Durant les deux ans précédant la nomination de commissaire, ni le réviseur d'entreprises, ni les membres du réseau visé à l'article 3:56 dont relève le réviseur d'entreprises ne peuvent effectuer de prestations susceptibles de mettre en cause son indépendance en tant que commissaire.

Sauf cas exceptionnels dûment motivés, le réviseur d'entreprises ne pourra être nommé commissaire lorsque lui-même ou un membre du réseau visé à l'article 3:56 dont il relève, dans les deux ans précédant la nomination du commissaire: 1° a assisté ou participé de manière régulière à la tenue de la comptabilité ou à l'établissement des comptes annuels ou des comptes consolidés de l'association visée, d'une association belge qui la contrôle ou de l'une de ses filiales belges ou étrangères significatives;

2° est intervenu dans le recrutement de personnes appartenant à un organe ou faisant partie du personnel dirigeant de la association visée, d'une association belge qui la contrôle ou de l'une de ses filiales belges ou étrangères significatives.

#### b. Sous-section 2. Services non-audit

Art. 3:63. §1<sup>er</sup>. Un commissaire ainsi que tout membre du réseau visé à l'article 3:56 dont relève un commissaire ne peuvent fournir, que ce soit directement ou indirectement, à la association soumise au contrôle légal, à sa association mère

ou aux entreprises qu'elle contrôle au sein de l'union européenne des services non-audit interdits:

1° au cours de la période s'écoulant entre le commencement de la période contrôlée et la publication du rapport de contrôle; et

2° au cours de l'exercice précédant immédiatement la période visée au 1° en ce qui concerne les services énumérés au paragraphe 2, 3°.

§2. Pour l'application du paragraphe 1er, il convient d'entendre par « services non-audit interdits »:

1° des services qui supposent d'être associé à l'administration ou à la prise de décision de la association soumise au contrôle légal;

2° la comptabilité et la préparation de registres comptables et d'états financiers;

3° la conception et la mise en œuvre de procédures de contrôle interne ou de gestion des risques en rapport avec la préparation et/ou le contrôle de l'information financière ou la conception et la mise en œuvre de systèmes techniques relatifs à l'information financière;

4° les services d'évaluation, notamment les évaluations réalisées en rapport avec les services actuariels ou les services d'aide en cas de litige;

5° les services liés à la fonction d'audit interne de la association soumise au contrôle légal;

6° les services ayant trait à:

a) la négociation au nom de la association soumise au contrôle légal;

b) l'exercice d'un rôle de défenseur dans le cadre de la résolution d'un litige;

c) la représentation de la association soumise au contrôle légal dans le règlement de litiges, fiscaux ou autres;

7° les services de ressources humaines ayant trait:

a) aux membres de la direction en mesure d'exercer une influence significative sur l'élaboration des documents comptables ou des états financiers faisant l'objet du contrôle légal, dès lors que ces services englobent:

i) la recherche ou la sélection de candidats à ces fonctions; ou

ii) la vérification des références des candidats à ces fonctions;

b) à la structuration du modèle organisationnel; et

c) au contrôle des coûts.

§3. en application de l'article 5, §1<sup>er</sup>, deuxième alinéa, du règlement (UE) n° 537/2014, il convient, en cas de contrôle légal d'une entité d'intérêt public visée à l'article 1:12, pour l'application du paragraphe 1er, d'entendre par services non-audit interdits en sus des services visés au paragraphe 2:

1° les services fiscaux portant sur:

a) l'établissement des déclarations fiscales;

b) l'impôt sur les salaires;

c) les droits de douane;

d) l'identification des subventions publiques et des incitations fiscales, à moins qu'une assistance de la part du contrôleur légal des comptes ou du cabinet d'audit pour la fourniture de ces services ne soit requise par la loi;

e) l'assistance de la société soumise au contrôle légal lors de contrôles fiscaux menés par les autorités fiscales;

- f) le calcul de l'impôt direct et indirect ainsi que de l'impôt différé;
- g) la fourniture de conseils fiscaux;
- 2° les services juridiques ayant trait à la fourniture de conseils généraux;
- 3° les services de paie;
- 4° la promotion, le commerce ou la souscription d'actions ou de parts de la société soumise au contrôle légal;
- 5° les services liés au financement, à la structure, ainsi qu'à l'allocation des capitaux et à la stratégie d'investissement de la société soumise au contrôle légal, sauf en ce qui concerne la fourniture de services d'assurance en rapport avec les états financiers, telle que l'émission de lettres de confort en lien avec des prospectus émis par une société soumise au contrôle légal.

§4. en application de l'article 5, §3, du règlement (UE) n° 537/2014, les services non-audit visés au paragraphe 2, 4°, et au paragraphe 3, 1°, a) et d) à g), sont cependant autorisés à condition que les exigences cumulatives suivantes soient respectées:

- a) les services n'ont pas d'effet direct ou ont un effet peu significatif, séparément ou dans leur ensemble, sur les comptes annuels contrôlés;
- b) l'appréciation de l'effet sur les comptes annuels contrôlés est documenté et expliqué de manière complète dans le rapport complémentaire destiné au comité d'audit visé à l'article 11 du règlement (ue) n° 537/2014;
- c) le commissaire respecte les principes généraux en matière d'indépendance.

§5. (ndr ce paragraphe de l'article 3:63 se trouve bien dans l'énumération de l'article 3:98, §2 mais ne s'applique qu'aux entités d'intérêt public et donc pas aux ASBL. Oubli ou erreur du législateur... matière pour la loi de réparation)

§6. Lorsqu'un membre du réseau visé à l'article 3:56 dont relève le commissaire fournit l'un des services autres que d'audit, visés aux paragraphes 2 ou 3, à une entreprise ayant une personnalité juridique dans un pays qui ne fait pas partie de l'union européenne ou de l'espace économique européen qui est contrôlée par la association soumise au contrôle légal, le commissaire apprécie si son indépendance serait compromise par cette prestation de services du membre du réseau.

Si son indépendance est compromise, le commissaire prend, le cas échéant, des mesures de sauvegarde afin d'atténuer les risques causés par cette prestation de services dans un pays qui n'est pas membre de l'union européenne. Le commissaire ne peut continuer d'effectuer le contrôle légal de l'entité d'intérêt public que s'il peut justifier que cette prestation de services n'influe pas sur son jugement professionnel ni sur le rapport de contrôle.

Aux fins du présent paragraphe:

- a) le fait d'être associé au processus décisionnel de l'association soumise au contrôle légal et de fournir les services visés au paragraphe 2, 1° à 3°, est toujours considéré comme une atteinte à cette indépendance qui ne peut être atténuée par des mesures de sauvegarde;

b) il est considéré que la prestation des services autres que ceux visés au paragraphe 2, 1° à 3°, porte atteinte à cette indépendance et requiert dès lors des mesures visant à atténuer les risques causés par cette prestation de services.

c. sous-section 3. rapport entre les honoraires relatifs au contrôle des comptes et les autres honoraires.

Art. 3:64. (ndr cet article concernant le comité d'audit se trouve bien dans l'énumération de l'article 3:98, §2 mais ne s'applique qu'aux entités d'intérêt public et donc pas aux ASBL. oubli ou erreur du législateur... matière pour la loi de réparation)

178

### *E. Section 5. Honoraires*

Art. 3:65. §1<sup>er</sup>. Pour l'application du présent article, on entend par:

1° «personne liée au commissaire»: toute personne qui relève du réseau visé à l'article 3:56 dont le commissaire fait partie ainsi que toute association ou personne liée au commissaire visée à l'article 1:20;

2° «mandat assimilé»: un mandat exercé dans une association de droit étranger similaire à celui de commissaire dans une association belge.

§2. Les honoraires des commissaires sont établis au début de leur mandat par l'assemblée générale. Ces honoraires consistent en une somme fixe garantissant le respect des normes de révision. Ils ne peuvent être modifiés que du consentement des parties. Ils sont mentionnés en annexe aux comptes annuels.

Les honoraires doivent être suffisants pour permettre au commissaire d'effectuer sa mission en toute indépendance et dans le respect des normes et recommandations professionnelles approuvées conformément à l'article 31 de la loi du 7 décembre 2016 portant organisation de la profession et de la supervision publique des réviseurs d'entreprises.

§3. Les montants des honoraires liés aux prestations exceptionnelles ou aux missions particulières accomplies au sein de la association dont le commissaire contrôle les comptes annuels, visé à l'article 3:77, par le commissaire d'une part, et par une personne liée au commissaire d'autre part, sont mentionnés en annexe aux comptes annuels, selon les catégories suivantes:

1° autres missions d'attestation;

2° missions de conseils fiscaux; et

3° autres missions extérieures à la mission révisoriale.

§4. Le montant des honoraires du commissaire visés au paragraphe 2 d'une part, et le montant des honoraires afférents aux mandats de commissaire ou aux mandats assimilés exercés par une personne liée au commissaire d'autre part, au sein d'une association belge soumise au contrôle légal de ses comptes consolidés, visé à l'article 3:77, et au sein des filiales de cette dernière, sont mentionnés:

1° en annexe aux comptes consolidés, ou à défaut de comptes consolidés, en annexe aux comptes annuels de la association qui fait usage de l'exemption prévue à l'article 3:26, sauf si cette association est filiale d'une association belge qui fait usage de l'exemption précitée;

2° ainsi qu'en annexe aux comptes annuels de l'association qui est dispensée d'établir des comptes consolidés en vertu de l'article 3:25, sauf si cette association est filiale d'une association belge.

§5. Les montants des honoraires liés aux prestations exceptionnelles ou aux missions particulières accomplies au sein d'une association belge soumise au contrôle légal de ses comptes consolidés, visé à l'article 3:77, et des filiales de cette dernière, par le commissaire d'une part, et par une personne liée au commissaire d'autre part, sont mentionnés selon les catégories suivantes:

1° autres missions d'attestation;

2° missions de conseil fiscaux; et

3° autres missions extérieures à la mission révisoriale

En annexe aux comptes consolidés, ou, à défaut de comptes consolidés, en annexe aux comptes annuels de la association qui fait usage de l'exemption prévue à l'article 3:26, sauf si cette association est filiale d'une association belge qui fait usage de l'exemption précitée;

2) ainsi qu'en annexe aux comptes annuels de la association qui est dispensée d'établir des comptes consolidés en vertu de l'article 3:25, sauf si cette association est filiale d'une association belge.

§6. Les honoraires du commissaire visés au paragraphe 2 ne peuvent être ni déterminés, ni influencés par la fourniture de services complémentaires à la association dont il contrôle les comptes annuels, visée à l'article 3:73, ou d'une association belge soumise au contrôle légal de ses comptes consolidés, visé à l'article 3:77. en dehors de ces honoraires, les commissaires ne peuvent recevoir aucun avantage de l'association, sous quelque forme que ce soit. la association ne peut leur consentir des prêts ou avances, ni donner ou constituer des garanties à leur profit.

Lorsque des missions sont effectuées par le commissaire ou par un membre du réseau visé à l'article 3:56 dont relève le commissaire dans une association dans laquelle le commissaire est chargé du contrôle légal ou dans une association qui la contrôle ou qu'elle contrôle au sein de l'union européenne, le commissaire ou un membre du réseau dont il relève ne peut prester aucune mission contre des honoraires subordonnés, quelles que soient les mesures de sauvegarde mises en place.

§7. Lorsque les honoraires totaux reçus d'une entité d'intérêt public visée à l'article 1:12 au cours de chacun des trois derniers exercices consécutifs représentent plus de quinze pour cent du total des honoraires reçus par le commissaire effectuant le contrôle légal des comptes au cours de chacun de ces exercices, le commissaire, en application de l'article 4, §3, du règlement (UE) n° 537/2014, en informe le comité d'audit et analyse avec lui les risques

pesant sur son indépendance et les mesures de sauvegarde appliquées pour atténuer ces risques.

#### F. Section 6. Démission et révocation

Art. 3:66. §1<sup>er</sup>. sous peine de dommages-intérêts, le commissaire ne peut être révoqué en cours de mandat que pour juste motif, par l'assemblée générale. en particulier, une divergence d'opinion sur un traitement comptable ou une procédure de contrôle ne constitue pas en soi un juste motif de révocation.

En cas de contrôle légal d'une entité d'intérêt public visée à l'article 1:12, un recours visant à révoquer le commissaire peut, s'il existe des motifs valables pour ce faire, être introduit devant le tribunal de l'entreprise par:

1° tout actionnaire représentant au moins cinq pour cent des droits de vote ou du capital;

2° le collège de supervision des réviseurs d'entreprises visé à l'article 32 de la loi du 7 décembre 2016 portant organisation de la profession et de la supervision publique des réviseurs d'entreprises.

Le commissaire ne peut, sauf motifs personnels graves, démissionner en cours de mandat que lors d'une assemblée générale et après lui avoir fait rapport par écrit sur les raisons de sa démission.

§2. L'association contrôlée et le commissaire informent le collège de supervision des réviseurs d'entreprises visé à l'article 32 de la loi du 7 décembre 2016 portant organisation de la profession et de la supervision publique des réviseurs d'entreprises, soit de la révocation, soit de la démission du commissaire en cours de mandat et en exposent les motifs de manière appropriée, que l'interruption de mandat ait ou non été convenue de commun accord.

Art. 3:67. Si l'assemblée générale est appelée à délibérer sur la révocation d'un commissaire, l'inscription de cette question à l'ordre du jour doit immédiatement être notifiée à l'intéressé. Le commissaire peut faire connaître par écrit à l'association ses observations éventuelles. Ces observations sont annoncées dans l'ordre du jour et elles sont mises à la disposition des actionnaires, conformément aux articles 5:84, 6:70, §2, et 7:132. Un exemplaire de ces observations est également transmis sans délai aux personnes qui ont accompli les formalités requises pour être admises à l'assemblée générale.

L'association peut, par requête adressée au président du tribunal de l'entreprise et notifiée préalablement au commissaire, demander l'autorisation de ne point communiquer aux actionnaires les observations qui sont irrelevantes ou de nature à nuire injustement au crédit de la association. Le président du tribunal de l'entreprise entend l'association et le commissaire en chambre du conseil et statue en audience publique. Sa décision n'est susceptible ni d'opposition ni d'appel.

### G. Section 7. Compétences

Art. 3:68. §1<sup>er</sup>. Les commissaires peuvent, à tout moment, prendre connaissance, sans déplacement, des livres, de la correspondance, des procès-verbaux et généralement de tous les documents et de toutes les écritures de l'association. Ils peuvent requérir de l'organe d'administration, des agents et des préposés de la association toutes les explications ou informations et procéder à toutes les vérifications qui leur paraissent nécessaires.

Ils peuvent requérir de l'organe d'administration d'être mis en possession, au siège de la association, d'informations relatives aux associations liées ou aux autres associations avec lesquelles il existe un lien de participation, dans la mesure où ces informations leur paraissent nécessaires pour contrôler la situation financière de la association.

Ils peuvent requérir de l'organe d'administration qu'il demande à des tiers la confirmation du montant de leurs créances, dettes et autres relations avec l'association contrôlée.

§2. Les pouvoirs visés au paragraphe 1er peuvent être exercés par les commissaires conjointement ou individuellement.

Si plusieurs commissaires ont été nommés, ils forment un collège. ils peuvent se répartir entre eux les charges du contrôle de la association.

Il leur est remis chaque semestre au moins par l'organe d'administration un état comptable établi selon le schéma du bilan et du compte de résultats.

Art. 3:69. Les commissaires qui constatent dans l'exercice de leur mission, des faits graves et concordants susceptibles de compromettre la continuité de l'activité économique de la association, en informent l'organe d'administration par écrit et de manière circonstanciée.

Dans ce cas, l'organe d'administration doit délibérer sur les mesures qui devraient être prises pour assurer la continuité de l'activité économique de la association pendant une période minimale de douze mois.

Si dans un délai d'un mois à dater de la communication de l'information visée au premier alinéa, les commissaires n'ont pas été informés de la délibération de l'organe d'administration sur les mesures prises ou envisagées pour assurer la continuité de l'activité économique pendant une période minimale de douze mois, ou s'ils estiment que ces mesures ne sont pas susceptibles d'assurer la continuité de l'activité économique pendant une période minimale de douze mois ils peuvent communiquer par écrit leurs constatations au président du tribunal de l'entreprise. Dans ce cas, l'article 458 du code pénal n'est pas applicable.

Art. 3:70. Les commissaires peuvent, dans l'exercice de leur fonction, et à leurs frais, se faire assister par des préposés ou d'autres personnes dont ils répondent.

### H. Section 8. Responsabilité.

Art. 3:71. Sans préjudice de la limitation de la responsabilité conformément à l'article 24, §1er, de la loi du 7 décembre 2016 portant organisation de la

profession et de la supervision publique des réviseurs d'entreprises, les commissaires sont responsables envers la personne morale des fautes commises par eux dans l'accomplissement de leurs fonctions. Ils répondent solidairement tant envers la personne morale qu'envers les tiers de tout dommage résultant d'infractions aux dispositions du présent code ou des statuts.

Ils ne sont déchargés de leur responsabilité, quant aux infractions auxquelles ils n'ont pas pris part, que s'ils prouvent qu'ils ont accompli les diligences normales de leur fonction et qu'ils ont dénoncé ces infractions à l'organe d'administration et, le cas échéant, s'il n'y a pas été remédié de façon adéquate, à l'assemblée générale la plus prochaine après qu'ils en auront eu connaissance.

## Chapitre 2. Contrôle légal des comptes annuels.

Art. 3:72. Sauf s'il s'agit d'une des sociétés visées à l'article 3:1, §3, 1°, 2° ou 4°, ou d'une entreprise d'investissement ayant le statut de société de bourse en vertu de l'article 6, §1<sup>er</sup>, 1°, de la loi du 25 octobre 2016 relative à l'accès à l'activité de prestation de services d'investissement et au statut et au contrôle des sociétés de gestion de portefeuille et de conseil en investissement, le présent chapitre n'est pas applicable:

1° aux sociétés en nom collectif, aux sociétés en commandite et aux groupements européen d'intérêt économique dont tous les associés à responsabilité illimitée sont des personnes physiques;

2° aux petites sociétés visées à l'article 1:24, non cotées, ou aux petites sociétés qui ne sont pas des entités d'intérêt public visées à l'article 1:12, 2°, étant entendu que, pour l'application du présent chapitre, chaque société sera considérée individuellement, sauf les sociétés qui font partie d'un groupe qui est tenu d'établir et de publier des comptes annuels consolidés;

3° aux entreprises agricoles agréées conformément l'article 8:2 qui ont pris la forme d'une société en nom collectif ou d'une société en commandite et qui sont assujetties à l'impôt des personnes physiques.

Art. 3:73. Le contrôle dans les associations de la situation financière, des comptes annuels et de la régularité au regard du présent code et des statuts, des opérations à constater dans les comptes annuels doit être confié à un ou plusieurs commissaires.

Art. 3:74. Les commissaires rédigent à propos des comptes annuels un rapport écrit et circonstancié. a cet effet, l'organe d'administration de la association leur remet les pièces, un mois ou, dans les sociétés cotées, quarante-cinq jours avant la date prévue pour l'assemblée générale.

Si l'organe d'administration reste en défaut de leur remettre ces pièces dans le délai légal visé à l'alinéa 1er, les commissaires émettent un rapport de carence destiné à l'assemblée générale et adressé à l'organe d'administration pour autant qu'ils ne soient pas en mesure de respecter les délais prévus par le présent code en matière de mise à disposition de leur rapport de commissaire.



Art. 3:75. §1<sup>er</sup>. Le rapport des commissaires visé à l'article 3:74, alinéa 1<sup>er</sup>, comprend au moins les éléments suivants:

1° Une introduction, qui contient au moins l'identification des comptes annuels qui font l'objet du contrôle légal et de la association soumise au contrôle légal, les intervenants dans la procédure de nomination des commissaires visés à l'article 3:58, la date de nomination des commissaires, le terme de leur mandat, le nombre d'exercices consécutifs durant lesquels le cabinet de révision ou le cabinet d'audit enregistré ou, à défaut, le réviseur d'entreprises est chargé du contrôle légal des comptes annuels de la association depuis sa première nomination, le référentiel comptable qui a été appliqué lors de l'établissement des comptes annuels ainsi que la période couverte par les comptes annuels;

2° Une description de l'étendue du contrôle, qui contient au moins l'indication des normes selon lesquelles le contrôle a été effectué et s'ils ont obtenu de l'organe d'administration et préposés de la association les explications et informations requises pour leur contrôle;

3° Une mention indiquant si la comptabilité est tenue conformément aux dispositions légales et réglementaires applicables;

4° Une opinion dans laquelle les commissaires indiquent si, à leur avis, les comptes annuels donnent une image fidèle du patrimoine, de la situation financière et des résultats de la association compte tenu du référentiel comptable applicable et, le cas échéant, quant au respect des exigences légales applicables. elle peut prendre la forme d'une opinion sans réserve, d'une opinion avec réserve, d'une opinion négative, ou, si les commissaires sont dans l'incapacité de se forger une opinion, d'une déclaration d'abstention;

5° Une référence à quelque question que ce soit sur laquelle les commissaires attirent spécialement l'attention, qu'une réserve ait ou non été incluse dans l'opinion;

6° une opinion indiquant si le rapport de gestion concorde avec les comptes annuels pour le même exercice et s'il a été établi conformément aux articles 3:5 et 3:6. si la déclaration non financière, requise par l'article 3:6, §4, est établie dans un rapport distinct, le rapport des commissaires contient une opinion indiquant si ce rapport distinct comprend les informations requises et concorde ou non avec les comptes annuels pour le même exercice;

7° Une déclaration sur d'éventuelles incertitudes significatives liées à des événements ou à des circonstances qui peuvent jeter un doute important sur la capacité de la association à poursuivre son exploitation;

8° une mention indiquant si la répartition des résultats proposée à l'assemblée générale est conforme aux statuts et au présent code;

9° L'indication qu'ils n'ont point eu connaissance d'opérations conclues ou de décisions prises en violation des statuts ou du présent code. S'ils ont eu connaissance de telles infractions, ils doivent en faire mention. Toutefois, cette mention peut être omise lorsque la révélation de l'infraction est susceptible de causer à la association un préjudice injustifié, notamment parce que l'organe d'administration a pris des mesures appropriées pour corriger la situation d'illégalité ainsi créée;

10° Une mention indiquant si les documents à déposer conformément à l'article 3:12, §1er, 5°, 7°, 8°, et §2 reprennent, tant au niveau de la forme qu'au niveau du contenu, les informations requises par le présent code;

11° Une mention confirmant, d'une part, qu'ils n'ont pas effectué de missions incompatibles avec le contrôle légal des comptes et qu'ils sont restés indépendants vis-à-vis de la association au cours de leur mandat et, d'autre part, que les missions complémentaires compatibles avec le contrôle légal des comptes visées à l'article 3:65 ont, le cas échéant, correctement été ventilées et valorisées dans l'annexe des comptes. a défaut, les commissaires mentionnent eux-mêmes l'information détaillée dans leur rapport de commissaire(s);

12° Une mention du lieu d'établissement du (des) commissaire(s).

Le rapport est signé et daté par les commissaires.

§2. Lorsque le contrôle légal des comptes est confié à plusieurs commissaires, ils conviennent ensemble des résultats du contrôle légal et présentent un rapport conjoint sur le contrôle légal des comptes et une opinion conjointe. en cas de désaccord, chaque commissaire présente son avis dans un paragraphe distinct du rapport et expose les raisons de ce désaccord.

En outre, lorsque le contrôle légal des comptes est confié à plusieurs commissaires, le rapport sur le contrôle légal des comptes est signé par tous les commissaires.

§3. Lorsque le contrôle légal des comptes est confié à un cabinet de révision ou à un cabinet d'audit enregistré, le rapport sur le contrôle légal des comptes porte au moins la signature du représentant permanent qui effectue le contrôle légal des comptes pour le compte du cabinet de révision ou du cabinet d'audit enregistré.

§4. L'étendue du contrôle légal des comptes ne comprend pas d'assurance quant à la viabilité future de l'association ni quant à l'efficacité ou l'efficacé avec laquelle l'organe d'administration a mené ou mènera les affaires de la association.

### 5.8.2. Annexe 2 – Extrait du CSA – le délai de dépôt des comptes annuels

*Délai de dépôt des comptes annuels (dans les trente jours de leur approbation pour toutes les associations et fondations) :*

- Petites et grandes associations > dépôt bnb > art. 3:47, §7 CSA
- « nano » association > dépôt au greffe du tribunal de l'entreprise uniquement > art. 3:47, §7 alinéa 1<sup>er</sup> + art. 2:9 §1<sup>er</sup>, 8° et art. 2:10 §1<sup>er</sup>, 8° CSA
- Petites et grandes fondations > dépôt bnb > art. 3:51, §7 CSA
- « nano » fondations > dépôt au greffe du tribunal de l'entreprise uniquement > art. 3:51, §7 alinéa 1<sup>er</sup> + art. 2:11 §1<sup>er</sup>, 8° CSA
- structures de droit étranger = art. 3:50 (associations) et 3:54 (fondations) CSA ce dépôt a lieu annuellement, dans le mois qui suit son approbation et au plus tard sept mois après la date de clôture de l'exercice !!!

## 5.9. ASSOCIATIONS > A(I)SBL

### 5.9.1. ASBL

Art. 2:9, §1<sup>er</sup>. Afin d'être versés au dossier de l'association, les documents suivants sont déposés pour l'ASBL, dans les trente jours à compter de la date de l'acte définitif, du prononcé du jugement exécutoire par provision ou du moment où le jugement est passé en force de chose jugée:

- 1° l'acte constitutif;
- 2° la première version du texte des statuts ainsi que l'acte constitutif, et le texte coordonné de ces statuts mis à jour ainsi que chaque modification des statuts;
- 3° .../...
- 8° les comptes annuels, établis conformément à l'article 3:47;
- 9° les décisions prises et les actes passés relatifs à la transforma

### 5.9.2. AISBL

Art. 2:10, §1<sup>er</sup>. Afin d'être versés au dossier de l'association, les documents suivants sont déposés pour l'AISBL dans les trente jours, à compter de la date de l'acte définitif, du prononcé du jugement exécutoire par provision ou de la date à laquelle le jugement est passé en force de chose jugée:

- 1° l'acte constitutif;
- 2° .../...
- 8° les comptes annuels, établis conformément à l'article 3:47;
- .../...

### 5.9.3. ASBL et AISBL

Art. 3:47, §1<sup>er</sup>. L'organe d'administration établit chaque année des comptes annuels, dont la forme et le contenu sont déterminés par le roi.

Les comptes annuels de l'ASBL ou l'AISBL, ainsi que le budget de l'exercice social qui suit l'exercice social sur lequel portent ces comptes annuels, doivent être soumis pour approbation à l'assemblée générale dans les six mois de la date de clôture de l'exercice social.

L'organe d'administration dresse chaque année un inventaire suivant les critères d'évaluation fixés par le roi.

§2. Les petites ASBL ou AISBL peuvent établir leurs comptes annuels conformément à un modèle simplifié déterminé par le roi si, à la date du bilan du dernier exercice clôturé, elles ne dépassent pas plus d'un des critères suivants:

- 1° Un nombre de travailleurs en moyenne annuelle de 5, déterminé conformément l'article 1:28, §5;
- 2° 334 500 euros pour le total des recettes, autres que non récurrentes, hors taxe sur la valeur ajoutée;
- 3° 1 337 000 euros pour le total des avoirs;
- 4° 1 337 000 euros pour le total des dettes.

Le roi peut adapter les montants visés à l'alinéa 1er à l'évolution de l'indice des prix à la consommation.

§3. Les (petites) ASBL ou AISBL peuvent établir leurs comptes annuels suivant un schéma abrégé déterminé par le roi.

§4. Les micro-ASBL ou micro-AISBL peuvent établir leurs comptes annuels suivant un microschéma déterminé par le roi.

§5. Le paragraphe 1er, alinéa 3, et les paragraphes 2 à 3 ne sont pas applicables aux:

1° Aux ASBL ou AISBL soumises, en raison de la nature des activités qu'elles exercent à titre principal, à des règles particulières, résultant d'une législation ou d'une réglementation publique, relatives à la tenue de leur comptabilité et à leurs comptes annuels, pour autant qu'elles soient au moins équivalentes à celles prévues en vertu du présent titre;

2° Aux associations visées à l'article 1er, 1°, de la loi du 14 juillet 1989 relative à la limitation et au contrôle des dépenses électorales engagées pour les élections des chambres fédérales, ainsi qu'au financement et à la comptabilité ouverte des partis politiques.

§6. .../...

**§7. Dans les trente jours de leur approbation par l'assemblée générale, les comptes annuels des ASBL ou AISBL autres que celles qui à la date du bilan du dernier exercice clôturé ne dépassent pas plus d'un des critères visés au paragraphe 2 sont déposés par les administrateurs à la banque nationale de belgique.**

Sont déposés en même temps et conformément à l'alinéa 1er:

1° .../...

La banque nationale de belgique est chargée de délivrer copie, sous la forme déterminée par le roi, à ceux qui en font la demande, même par correspondance, soit de l'ensemble des documents qui lui ont été transmis en application des alinéas 1er et 2, soit des documents visés aux alinéas 1er et 2 relatifs à des associations nommément désignées et à des années déterminées qui lui ont été transmis. le roi détermine le montant des frais à acquitter à la banque nationale de belgique pour l'obtention des copies visées au présent alinéa.

Les greffes des tribunaux obtiennent sans frais et sans retard de la banque nationale de belgique, copie de l'ensemble des documents visés aux alinéas 1er et 2, sous la forme déterminée par le roi.

La banque nationale de belgique est habilitée à établir et à publier, selon les modalités déterminées par le roi, des statistiques globales et anonymes relatives à tout ou partie des éléments contenus dans les documents qui lui sont transmis en application des alinéas 1er et 2.

§8. Le paragraphe 7, alinéa 1er, n'est pas applicable aux associations visées au paragraphe 5, 2°.

.../...

#### **5.9.4. Associations de droit étranger avec un siège en belgique :**

Art. 3:50. Toute association étrangère ayant une succursale en belgique est tenue de déposer ses comptes annuels relatifs au dernier exercice clôturé à la banque nationale de belgique, sous la forme dans laquelle ces comptes ont été établis, contrôlés et rendus publics conformément au droit de l'état auquel l'association est soumise.

Ce dépôt a lieu annuellement, dans le mois qui suit son approbation et au plus tard sept mois après la date de clôture de l'exercice.

## 5.10. FONDATIONS > FONDATIONS PRIVEES / FONDATION D'UTILITE PUBLIQUE

Art. 2:11. §1<sup>er</sup>. Afin d'être versés au dossier de la fondation, les documents suivants sont déposés pour la fondation dans les trente jours, à compter de la date de l'acte définitif, du prononcé du jugement exécutoire par provision ou du moment où le jugement est passé en force de chose jugée:

- 1° l'acte constitutif;
- 2° .../...

### **8° les comptes annuels, établis conformément à l'article 3:51;** .../...

Art. 3:51. §1<sup>er</sup>. Chaque année et au plus tard six mois après la date de clôture de l'exercice social, l'organe d'administration de la fondation établit les comptes annuels de l'exercice social écoulé, dont la forme et le contenu sont déterminés par le roi, ainsi que le budget de l'exercice qui suit celui auquel ces comptes annuels se rapportent.

L'organe d'administration dresse chaque année un inventaire suivant les critères d'évaluation fixés par le roi.

§2. Les petites fondations peuvent établir leurs comptes annuels conformément à un modèle simplifié déterminé par le roi si à la date du bilan du dernier exercice clôturé, elles ne dépassent pas plus d'un des critères suivants:

- 1° Un nombre de travailleurs en moyenne annuelle de 5, déterminé conformément l'article 1:28, §5;
- 2° 334 500 euros pour le total des recettes, autres que non récurrentes, hors taxe sur la valeur ajoutée;
- 3° 1 337 000 euros pour le total des avoirs;
- 4° 1 337 000 euros pour le total des dettes.

Le roi peut adapter les montants visés à l'alinéa 1er à l'évolution de l'indice des prix à la consommation.

§3. Les petites fondations peuvent établir leurs comptes annuels suivant un schéma abrégé déterminé par le roi.

§4. Les microfondations peuvent établir leurs comptes annuels suivant un microschéma déterminé par le roi.

§5. Le paragraphe 1er, dernier alinéa, et les paragraphes 2 à 3, ne sont pas applicables aux fondations soumises, en raison de la nature des activités qu'elles exercent à titre principal, à des règles particulières, résultant d'une législation ou d'une réglementation publique, relatives à la tenue de leur comptabilité et à leurs comptes annuels, pour autant qu'elles soient au moins équivalentes à celles prévues en vertu du présent titre.

§6. .../...

**§7. Dans les trente jours de leur approbation par l'organe d'administration, les comptes annuels des fondations autres que celles qui à la date du bilan du dernier exercice clôturé ne dépassent pas plus d'un des critères visés au paragraphe 2 sont déposés par les administrateurs à la banque nationale de belgique.**

Sont déposés en même temps et conformément à l'alinéa 1er:

1° .../...

La banque nationale de belgique est chargée de délivrer copie, sous la forme déterminée par le roi, à ceux qui en font la demande, même par correspondance, soit de l'ensemble des documents qui lui ont été transmis en application des alinéas 1er et 2, soit des documents visés aux alinéas 1er et 2 relatifs à des fondations nommément désignées et à des années déterminées qui lui ont été transmis. Le roi détermine le montant des frais à acquitter à la banque nationale de belgique pour l'obtention des copies visées au présent alinéa.

Les greffes des tribunaux obtiennent sans frais et sans retard de la banque nationale de belgique, copie de l'ensemble des documents visés aux alinéas 1er et 2, sous la forme déterminée par le roi.

La banque nationale de belgique est habilitée à établir et à publier, selon les modalités déterminées par le roi, des statistiques globales et anonymes relatives à tout ou partie des éléments contenus dans les documents qui lui sont transmis en application des alinéas 1er et 2.

§8. .../....

Art. 3:54. Toute fondation étrangère ayant une succursale en belgique est tenue de déposer ses comptes annuels relatifs au dernier exercice clôturé à la banque nationale de belgique, sous la forme dans laquelle ces comptes ont été établis, contrôlés et rendus publics conformément au droit de l'état auquel la fondation est soumise.

Ce dépôt a lieu annuellement, dans le mois qui suit son approbation et au plus tard sept mois après la date de clôture de l'exercice.





# **HOOFDSTUK 6**

## **AFGESCHAFTE OPDRACHTEN**

### **CHAPITRE 6**

#### **MISSIONS ABROGEES**

**S. DE BLAUWE**

Adviseur Juridische zaken IBR

Wetenschappelijk medewerker ICCI

## 6.1. INLEIDING

**377.** Teneinde een volledig overzicht te hebben van alle nieuwe en gewijzigde bijzondere opdrachten in het Wetboek van vennootschappen en verenigingen, is het uiteraard opportuun om finaal ook de afgeschafte bijzondere opdrachten in kaart te brengen. Meer bepaald betreffen dit de bijzondere opdrachten die wel werden opgenomen in het Wetboek van vennootschappen (W. Venn.), maar die de wetgever heeft geschrapt in het nieuwe Wetboek van vennootschappen en verenigingen (WVV).

In dit hoofdstuk zullen deze afgeschafte bijzondere opdrachten niet enkel telkens worden besproken, maar zal tevens dieper worden ingegaan op de achterliggende motieven van de wetgever om deze bijzondere opdrachten uiteindelijk niet te weerhouden in het nieuwe Wetboek van vennootschappen en verenigingen. Ten slotte zal een evaluatie worden gemaakt of de afschaffing van deze welbepaalde bijzondere opdrachten in het nieuwe Wetboek van vennootschappen en verenigingen al dan niet terecht is, rekening houdende de economische praktijk waarbinnen deze bijzondere opdrachten zich voordeden.

Hierna zullen de afgeschafte bijzondere opdrachten in het nieuwe Wetboek van vennootschappen één voor één systematisch op voormelde wijze worden geanalyseerd, met name: de quasi-inbrengprocedure in de BVBA (*cf. infra*, nr. 378 e.v.), de doelwijziging (*Cf. infra*, nr. 385 e.v.) en de kapitaalverhoging in de NV ten gevolge van een conversie van converteerbare obligaties in aandelen of van een inschrijving op aandelen (*Cf. infra*, nr. 391 e.v.), om daarna deze bijdrage af te ronden met een besluit (*Cf. infra*, nr. 397).

## 6.2. QUASI-INBRENGPROCEDURE IN BVBA

### 6.2.1. Beschrijving en achtergrond van de bijzondere opdracht

#### A. Wettelijke basis

**378.** De wettelijke basis van de bijzondere opdracht van de quasi-inbrengprocedure in de BVBA is te vinden in Boek VI, Titel II, Hoofdstuk II, afdeling III van het Wetboek van vennootschappen, met name de artikelen 220 t.e.m. 222 W. Venn.:

Art. 220 W. Venn.:

*“Omtrent elk vermogensbestanddeel, toebehorend aan een oprichter, zaakvoerder of vennoot, hetwelk de vennootschap overweegt binnen twee jaar te rekenen van de oprichting, in voorkomend geval met toepassing van artikel 60, te verkrijgen tegen een vergoeding van ten minste een tiende van het geplaatste kapitaal, wordt een verslag opgemaakt door de commissaris, of in de vennootschappen waar die er niet is, door een bedrijfsrevisor, die wordt aangewezen door het bestuursorgaan.*

*Het eerste lid is van toepassing op de overdracht gedaan door een persoon die handelt in eigen naam, maar voor rekening van een persoon zoals bedoeld in het eerste lid.”.*

Art. 221 W. Venn.:

*“Artikel 220 is niet van toepassing op verkrijgingen in het gewone bedrijf van de vennootschap en die plaatshebben onder de voorwaarden en tegen de zekerheden die de vennootschap normaal voor soortgelijke verrichtingen eist, en evenmin op verkrijgingen ter beurze en op verkrijgingen bij een gerechtelijke verkoop.”.*

Art. 222 W. Venn.:

*“§1. Het verslag bedoeld in artikel 220, vermeldt de naam van de eigenaar van het goed dat de vennootschap wil verkrijgen, de beschrijving van dit goed, alsook de vergoeding die werkelijk als tegenprestatie voor de verkrijging wordt verstrekt en de toegepaste waarderingsmethode. Het verslag moet aangeven of de waarden waartoe deze methoden leiden, tenminste gelijk zijn aan de als tegenprestatie verstrekte vergoeding.*

*Bij dit verslag wordt een bijzonder verslag gevoegd, waarin het bestuursorgaan uiteenzet waarom de overwogen verkrijging van belang is voor de vennootschap en eventueel ook waarom afgeweken wordt van de conclusies van het bijgevoegde verslag. Het verslag van de revisor en het bijzonder verslag van het bestuursorgaan wordt op de griffie van de rechtbank van koophandel neergelegd op de wijze voorgeschreven bij de artikelen 75.*

*Deze verkrijging behoeft vooraf de goedkeuring van de algemene vergadering. De in het tweede lid genoemde verslagen worden in de agenda vermeld.*

*Een afschrift van deze verslagen wordt verzonden overeenkomstig artikel 269.*

*Het ontbreken van de verslagen bedoeld in dit artikel heeft de nietigheid van de beslissing van de algemene vergadering tot gevolg.*

§2. Artikel 220 is niet van toepassing wanneer een quasi-inbreng plaatsvindt :

*1° in de vorm van effecten of geldmarktinstrumenten zoals bepaald in artikel 2, 31° en 32°, van de wet van 2 augustus 2002 betreffende het toezicht op de financiële sector en de financiële diensten, die worden gewaardeerd tegen de gewogen gemiddelde koers waartegen zij gedurende de drie maanden voorafgaand aan de daadwerkelijke datum van de verwezenlijking van de quasi-inbreng op een of meer gereguleerde markten zoals bepaald in artikel 3, 7°, 8° en 9°, van de wet van 21 november 2017 over de infrastructuren voor de markten voor financiële instrumenten en houdende omzetting van Richtlijn 2014/65/EU zijn toegelaten;*

*2° in de vorm van andere vermogensbestanddelen dan de in het 1° bedoelde effecten en geldmarktinstrumenten, welke reeds door een bedrijfsrevisor zijn gewaardeerd en wanneer aan de volgende voorwaarden is voldaan :*

*a) de waarde in het economisch verkeer werd bepaald op een datum die niet meer dan zes maanden aan de effectieve datum van de quasi-inbreng voorafgaat;*

*b) de waardering is uitgevoerd met inachtneming van de algemeen aanvaarde normen en beginselen voor de waardering van de categorie vermogensbestanddelen die de quasi-inbreng vormen;*

*3° in de vorm van andere vermogensbestanddelen dan de in het 1° bedoelde effecten en geldmarktinstrumenten, waarbij de waarde in het economisch verkeer van elk vermogensbestanddeel is afgeleid uit de jaarrekeningen van het voorgaande boekjaar, mits de jaarrekeningen door de commissaris of door de met de controle van de jaarrekeningen belaste persoon werden gecontroleerd en mits het verslag van die persoon een verklaring zonder voorbehoud bevat.*

Artikel 220 is evenwel van toepassing op de herwaardering waartoe wordt overgegaan op initiatief en onder de verantwoordelijkheid van het bestuursorgaan :

*1° op het in paragraaf 2, eerste lid, 1°, bepaalde geval indien de koers is beïnvloed door uitzonderlijke omstandigheden die zouden leiden tot een aanzienlijke wijziging van de waarde van het vermogensbestanddeel op de effectieve datum van de quasi-inbreng ervan, met inbegrip van situaties waarin de markt voor die effecten of geldmarktinstrumenten niet meer liquide is;*

*2° op de in paragraaf 2, eerste lid, 2° en 3°, bepaalde gevallen indien nieuwe bijzondere omstandigheden zouden leiden tot een aanzienlijke wijziging van de waarde in het economisch verkeer van het vermogensbestanddeel op de effectieve datum van de quasi-inbreng ervan.*

*Bij het ontbreken van een herwaardering zoals bedoeld in paragraaf 2, tweede lid, 2°, kunnen een of meer aandeelhouders die op de dag dat het besluit tot quasi-inbreng wordt genomen gezamenlijk ten minste 5% van het geplaatste kapitaal in hun bezit hebben, een waardering volgens paragraaf 1 door een bedrijfsrevisor eisen.*

*Deze eis kan ingediend worden tot de effectieve datum van de quasi-inbreng van het vermogensbestanddeel, op voorwaarde dat zij op datum van de eis nog steeds ten minste 5% van het geplaatste kapitaal, zoals dat kapitaal luidde op de dag dat het besluit tot quasi-inbreng werd genomen, gezamenlijk in hun bezit hebben.*

*De kosten van deze herwaardering komen ten laste van de vennootschap.*

§3. In de gevallen van paragraaf 2 waarin de quasi-inbreng plaatsvindt zonder toepassing van artikel 220, wordt binnen één maand na de effectieve datum van de quasi-inbreng van het vermogensbestanddeel een verklaring neergelegd overeenkomstig artikel 75, waarin de volgende inlichtingen worden vermeld :

- 1° een beschrijving van de desbetreffende quasi-inbreng;*
- 2° de naam van de eigenaar van het goed dat de vennootschap wil verkrijgen;*
- 3° de waarde van deze quasi-inbreng, de herkomst van deze waardering, en in voorkomend geval, de waarderingsmethode;*
- 4° een attest dat de vergoeding bepaalt die werkelijk als tegenprestatie voor de verkrijging wordt verstrekt;*
- 5° een attest dat er zich geen nieuwe bijzondere omstandigheden hebben voorgedaan ten opzichte van de oorspronkelijke waardering die deze kunnen beïnvloeden.”.*

## *B. Achtergrond*

**379.** De artikelen 220 t.e.m. 222 W. Venn. (oude artt. 120*quater*, §1, al. 1 en laatste alinea, en 120*quater*, §3 Venn. W.) werden ingevoegd bij artikel 44 van de wet van 5 december 1984 tot wijziging van de wetten op de handelsvennootschappen, gecoördineerd op 30 november 1935 <sup>(1)</sup>. De parlementaire voorbereiding van deze wet van 5 december 1984 opperde hieromtrent het volgende:

*“De verwerving van belangrijke vermogensbestanddelen binnen twee jaar na de oprichting*

*Dit artikel heeft betrekking op artikel 11 van de tweede richtlijn, die op dat punt geïnspireerd is door het Duitse recht. Het is de bedoeling te vermijden dat de controle door de bedrijfsrevisor bij inbreng in natura wordt ontdekt.*

*De voorafgaande goedkeuring van de algemene vergadering is vereist om van bepaalde personen en binnen een termijn van twee jaar te rekenen vanaf de oprichting van de vennootschap een vermogensbestanddeel te verwerven waarvan de waarde gelijk of groter is dan 1/10 van her geplaatste kapitaal, Een verslag moet opgesteld worden door een bedrijfsrevisor.*

*(...)*

*Met betrekking tot de definitieve versie van de tekst die ter stemming wordt gelegd, wijst de Regering erop dat artikel 29*quater*, Venn. W., tot doel heeft de ontduiking van de revisorale controle bij inbreng in natura onmogelijk te maken.*

*(...)*

<sup>(1)</sup> BS 12 december 1984.

*Bedoeld wordt dus concreet dat de revisorale controle ook verplicht is wanneer bij het verlijden van de oprichtingsakte of nadien, de vennootschap een verbintenis overneemt die werd aangegaan voor de vennootschap in oprichting voor zover door de overname van de verbintenis een vermogensbestanddeel wordt verworven dat toebehoorde aan een persoon bedoeld in artikel 30, 12°, Venn. W., aan een beheerder of aan een aandeelhouder tegen een vergoeding van één tiende of meer van het geplaatste kapitaal.*

(...)

*De periode, waarin die speciale procedure moet worden toegepast, wordt op twee jaar vastgesteld vanaf de oprichting. De bedoeling is immers onregelmatigheden in de oprichtingsfase uit te sluiten en daarom hoeft men niet verder te gaan dan noodzakelijk is.*

(...)

*De Regering deelt nog mee dat in Frankrijk eveneens een toepassingsperiode van twee jaar geldt. Dezelfde regeling geldt ook in Duitsland (§ SI Akt. G.), Nederland (art. 94 d, Boek 2, Titel 3) en Groot-Brittannië (Sect. 26 Companies Act 1980) betreft.*

*Een lid laat hier nog oprmerken dat voor de procedure van artikel 29quater een controle kan gebeuren door de commissaris-revisor. Aangezien de commissaris-revisor als orgaan van de vennootschap door de vennootschap zelf, zonder tussenkomst van de voorzitter van de Rechtbank van Koophandel geschiedt, lijkt ook de aanstelling van de bedrijfsrevisor zonder tussenkomst van de rechtbank te kunnen geschieden. Belangrijk is dat een beroep gedaan wordt op onafhankelijk experts.*

(...)<sup>(2)</sup>.

Hieruit volgt dat de wetgever met het invoeren van de bijzondere opdracht van de quasi-inbrengprocedure in de BVBA de bedoeling had om de ontduiking van de revisorale controle bij inbreng in natura onmogelijk te maken<sup>(3)(4)</sup>. De wetgever vond

<sup>(2)</sup> Verslag VERHAEGEN, *Parl. St. Kamer* 1981-82, nr. 45K 210/009, p. 23 t.e.m. 26, <https://www.dekamer.be/digidoc/DPS/K2034/K20343100/K20343100.PDF>.

<sup>(3)</sup> Cf. eveneens W. VAN GAVER, "Commentaar bij art. 220 W. Venn." in *Vennootschappen en verenigingen: Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Kluwer, 2016, p. 5; P. HAINAUT-HAMENDE, "Commentaire de l'art. 220 C. Soc." in X., *Commentaire systématique du Code des sociétés*, Bruxelles, Kluwer, 2007, p. 1; M. WYCKAERT, *Kapitaal in NV en BVBA, Vermogens- en kapitaalvorming door inbreng, Rechten en plichten van vennoten*, Kalmthout, Biblo, 1995, p. 289, nr. 401; M. MASSAGE, "L'adaptation des lois coordonnées..." , *JT* 1981, p. 127, nr. 12; B. VAN BRUYSTEGEM, "Inbreng in natura en quasi-inbreng", *TBH* 1984, bijzonder nummer, p. 43, nr. 154.

<sup>(4)</sup> In de rechtsleer geeft Prof. Dr. D. BRULOOT hieromtrent een meer omstandige uiteenzetting: "Een derde en laatste bepaling uit de richtlijn die met de inbreng in natura verband houdt, viseert de zogenaamde quasi-inbrengen, in internationaal perspectief ook wel aangeduid als de *Nachgründung*-regeling (art. 11 Tweede Richtlijn. Voor de omzetting in het Belgische recht zie de artikelen 445 t.e.m. 447 W. Venn.). Deze regeling werd ingevoerd om een eenvoudige omzeiling van de inbrengcontrole tegen te gaan (Wanneer een inbreng in geld wordt gedaan en vervolgens voor hetzelfde bedrag een bepaald vermogensbestanddeel door de vennootschap van deze inbrenger wordt gekocht, wordt immers hetzelfde resultaat bereikt als bij een inbreng in natura, maar zonder dat een inbrengcontrole zou moeten worden verricht.). Om dit te vermijden wordt de verrichting waarbij een vennootschap binnen de twee jaar na haar oprichting een ver-

het immers noodzakelijk om onregelmatigheden in de oprichtingsfase van de BVBA uit te sluiten door te verplichten dat bij verwerving door de BVBA van belangrijke vermogensbestanddelen binnen twee jaar na de oprichting een beroep wordt gedaan op een commissaris of, bij zijn ontstentenis, een bedrijfsrevisor voor de inbrengcontrole.

### C. Te hanteren verslaggeving conform het W. Venn.

**380.** De vraag rijst welke verslaggeving men dient te hanteren voor het opstellen van het revisoraal verslag in het kader van de voormelde artikelen 220 t.e.m. 222 W. Venn.

Er kan worden verwezen naar de door het IBR gepubliceerde technische nota bij de inbreng in natura <sup>(5)</sup>, gepubliceerd met het IBR-Advies 2019/08 <sup>(6)</sup>. Deze technische nota bevestigt dat voor deze verrichtingen door het IBR een norm werd ontwikkeld, met name de Normen inzake controle van inbreng in natura en quasi-inbreng <sup>(7)</sup>. De laatste versie hiervan werd goedgekeurd door de Raad van het IBR op 7 december 2001. Het is deze norm die dient te worden gehanteerd door de bedrijfsrevisor voor de verslaggeving van de bijzondere opdracht van de quasi-inbrengprocedure in de BVBA conform het Wetboek van vennootschappen.

## 6.2.2. Motieven van de wetgever om de bijzondere opdracht af te schaffen en implicaties

### A. Afschaffing van de bijzondere opdracht en implicaties

**381.** De opheffing van de bijzondere opdracht van de quasi-inbrengprocedure in de BVBA (alsook in de CVBA) werd bij de invoering van het W. Venn. bewerkstelligd doordat de wetgever deze bijzondere opdracht niet heeft hernomen in het WVV.

---

*mogensbestanddeel verkrijgt van een oprichter voor een tegenwaarde van meer dan een tiende van het geplaatste kapitaal, op het vlak van de na te leven formaliteiten met een inbreng in natura gelijkgesteld. (De toepasselijkheid van de regeling werd door de Belgische wetgever uitgebreid tot transacties met bestuurders en aandeelhouders.). Verkrijgingen in het gewone bedrijf van de vennootschap, op last of onder toezicht van de overheid of verkrijgingen ter beurze, worden evenwel van de toepassing van deze regel uitgesloten. (Naar Belgisch recht heet het dat de regeling niet van toepassing is op “verkrijgingen in het gewone bedrijf van de vennootschap die plaatshebben op de voorwaarden en tegen de zekerheden die zij normaal voor soortgelijke verrichtingen eist, en evenmin op verkrijgingen ter beurze, noch op verkrijgingen bij een gerechtelijke verkoop” (art. 446 W. Venn.).” (D. BRULOOT, *Vennootschapskapitaal en schuldeisers: een onderzoek naar de effectiviteit van de (Europese) kapitaalregelen en alternatieve technieken van schuldeisersbescherming*, Antwerpen, Intersentia, 2014, p. 82-83, nr. 123).*

<sup>(5)</sup> In geen geval wijzigen de technische nota's de bestaande normen noch worden deze erdoor opgeheven. Technische nota's verstrekken toelichting over de wijze waarop de in België van toepassing zijnde internationale standaarden toegepast moeten worden op de exclusieve bijzondere opdrachten en, in voorkomend geval, in het kader van de door het IBR reeds aangenomen normen met betrekking tot de exclusieve bijzondere opdrachten.

<sup>(6)</sup> <https://sfprod.ibr-ire.be/nl/regelgeving-en-publicaties/technische-nota-s/technische-notas-detail-page/technische-nota-bij-de-inbreng-in-natura>.

<sup>(7)</sup> IBR, *Normen inzake controle van inbreng in natura en quasi-inbreng*, 7 december 2001, <https://doc.ibr-ire.be/nl/Documents/regelgeving-en-publicaties/rechtsleer/normen-en-aanbevelingen/normen/Normen-inzake-controle-van-inbreng-in-natura-en-quasi-inbreng.pdf>.

Dit heeft als concreet gevolg dat de quasi-inbrengen in de BV's en de CV's niet langer het voorwerp zullen moeten uitmaken van een verslag van de bedrijfsrevisor en dit vanaf 1 mei 2019 voor de vanaf die datum opgerichte BV's en CV's en vanaf januari 2020 voor de bestaande BV's en CV's. Voor de NV worden de regels inzake quasi-inbreng behouden, nu daar ook het kapitaalconcept blijft behouden en die regels overigens aan België worden opgelegd door de voormalige Tweede Europese vennootschapsrichtlijn <sup>(8)</sup>.

*B. Motieven van de wetgever om de bijzondere opdracht af te schaffen*

**382.** De afschaffing van de bijzondere opdracht van de quasi-inbrengprocedure in de BVBA wordt als volgt gerechtvaardigd in de memorie van toelichting bij het wetsontwerp tot invoering van het WVV en houdende diverse bepalingen:

*“Gelet op de vele beperkingen en de gewijzigde context kan het behoud van de regels inzake quasi-inbreng niet langer worden verantwoord (artikelen 220-222 W. Venn.). De regels inzake belangenconflicten bieden ter zake de nodige garanties”<sup>(9)</sup>.*

De gewijzigde context waarnaar wordt verwezen, lijkt het schrappen van het begrip kapitaal in de betrokken vennootschappen te zijn, en de vele beperkingen zouden kunnen verwijzen naar de enge definitie van, en uitzonderingen op, de controle van de quasi-inbreng in de vorige wetgeving – een vorige wetgeving waarvan, dit gezegd zijnde, de inhoud voor de naamloze vennootschappen met dezelfde beperkingen werd overgenomen <sup>(10)</sup>.

**6.2.3. Evaluatie van de afschaffing van de bijzondere opdracht**

**383.** Op het eerste zicht lijkt ons de voormelde motivatie van de wetgever in de memorie van toelichting voor de afschaffing van de bijzondere opdracht van de quasi-inbrengprocedure in de BVBA weinig overtuigend.

Prof. Dr. H. DE WULF, die lid was van de expertenwerkgroep die mede de wettekst van het Wetboek van vennootschappen en verenigingen heeft voorbereid <sup>(11)</sup>, heeft reeds in het vaktijdschrift *Tax, Audit & Accountancy* geopperd dat het hier in feite zou gaan om een compromis van de wetgever:

<sup>(8)</sup> Cf. art. 7:8 t.e.m. 7:10 WVV.

<sup>(9)</sup> Memorie van toelichting van het wet van 23 maart 2019 tot invoering van het Wetboek van vennootschappen en verenigingen en houdende diverse bepalingen, *Parl. St.* Kamer 2018-19, nr. 54K 3119/001, p. 131, <http://www.dekamer.be/FLWB/PDF/54/3119/54K3119001.pdf>.

<sup>(10)</sup> M. DE WOLF, “Woord van de Hoofdredacteur: De afschaffing van de controle van quasi-inbrengen in BV's en in CV's: een stap achteruit voor het deugdelijk bestuur van ondernemingen / Mot du Rédacteur en chef: La suppression du contrôle des quasi-apports dans les SRL et les SC: un pas en arrière pour la bonne gouvernance des entreprises”, *TAA* 2019, nr. 63, p. 86-87, <https://doc.ici.be/nl/Documents/publicaties/tijdschrift-taa/TAA-63-def.pdf>.

<sup>(11)</sup> Cf. memorie van toelichting van het wet van 23 maart 2019 tot invoering van het Wetboek van vennootschappen en verenigingen en houdende diverse bepalingen, *Parl. St.* Kamer 2018-19, nr. 54K 3119/001, p. 7, <http://www.dekamer.be/FLWB/PDF/54/3119/54K3119001.pdf>.



“In de BV is de regeling inzake quasi-inbreng afgeschaft. Dit lag in het logische verlengde van de afschaffing van het kapitaal, al is het waar dat de revisorale controle op inbrengen in natura niet is afgeschaft, en de regeling inzake quasi-inbreng net bedoeld is om omzeiling van de regels inzake inbreng in natura tegen te gaan. Er kan niet worden ontkend dat het hier om een compromis gaat: enerzijds vond de wetgever het nuttig om, vooral met het oog op bescherming van schuldeisers tegen overwaarding, de revisorale tussenkomst bij inbrengen in natura te behouden, anderzijds zou het te ver zijn gegaan om ook de quasi-inbreng te behouden”<sup>(12)</sup>.

Reeds vóór de invoering van het WVV pleitte Prof. Dr. D. BRULOOT in zijn proefschrift<sup>(13)</sup> voor de afschaffing van de ganse quasi-inbrengprocedure (i.e. *Nachgründung*-regeling) in haar huidige vorm, en dit voor alle rechtsvormen<sup>(14)</sup>. De auteur vindt namelijk dat de regeling als zeer rigide wordt ervaren en het nut van de hele regeling ook in twijfel kan worden getrokken in het licht van de beperking van het toepassingsgebied tot transacties die binnen de twee jaar na de oprichting plaatsvinden. Dit zorgt er volgens hem immers voor dat de regels vrij eenvoudig kunnen worden omzeild en bijgevolg *de facto* voornamelijk transacties dreigen te viseren waarbij het net niet de bedoeling was om de regels inzake inbrengcontrole uit de weg te gaan. Bovendien heeft de regeling door de beperking in de tijd helemaal geen vat op constructies die pas op een later tijdstip, buiten de oprichtingscontext en dus in het kader van een kapitaalverhoging, worden opgezet<sup>(15)</sup>. Ook de verkoop van een actiefbestanddeel door een partij die pas na deze verrichting aandeelhouder van de vennootschap wordt, lijkt niet door de quasi-inbrengprocedure te worden gevisieerd.

<sup>(12)</sup> H. DE WULF, “De implicaties van het Wetboek van vennootschappen en verenigingen voor de opdrachten van de commissaris bij vennootschappen: enkele opmerkingen”, *TAA* 2019, nr. 62, p. 12-13, <https://doc.icci.be/nl/Documents/publicaties/tijdschrift-taa/TAA-62-def.pdf>.

Er kan hier o.i. inderdaad over een Belgisch compromis worden gesproken indien de vergelijking wordt gemaakt met het Nederlandse BV-recht, waar voor BV's niet enkel de *Nachgründung*-regeling (equivalent quasi-inbrengprocedure) werd geschrapt (oud art. 2:204c BW Nederland), maar ook de verplichte accountantsverklaring bij een inbreng in natura werd afgeschaft. Het volstaat voor Nederlandse BV's voortaan dat de in te brengen vermogensbestanddelen op nauwkeurige wijze door de oprichters worden beschreven met vermelding van de daaraan toegekende waarde en van de toegepaste waarderingsmethoden (artt. 2:204a en 2:204b BW Nederland).

Een andere strekking in de rechtsleer is zelfs de mening toegedaan dat het feit dat de Belgische wetgever de revisorale tussenkomst bij inbrengen in natura in de BV en de CV heeft behouden een voorbeeld van “*goldplating*” uitmaakt waar de Belgische wetgever de Europese vennootschapsrichtlijnen ook toepast op vennootschapsvormen die niet onder hun toepassingsgebied vallen (bijv. BV en CV). (H. CULOT, “La SRL sans capital : quels sont les (réels) changements ?” in *Le nouveau droit des sociétés et des associations*, Limal, Anthemis, 2019, p. 176).

<sup>(13)</sup> D. BRULOOT, *Vennootschapskapitaal en schuldeisers: een onderzoek naar de effectiviteit van de (Europese) kapitaalregelen en alternatieve technieken van schuldeisersbescherming*, Antwerpen, Intersentia, 2014, p. 88-89, nr. 134.

<sup>(14)</sup> Cf. eveneens een latere bijdrage van dezelfde auteur die ietwat milder is voor de inbrengcontrole: D. BRULOOT, “t Amendement. Inbreng in natura zonder inbrengcontrole: tijd voor een ruimer en duidelijker toepassingsgebied”, *TRV-RPS* 2015, p. 788-792.

<sup>(15)</sup> Cf. eveneens M. WYCKAERT, “De notaris kan tellen: een wandeling doorheen de kapitaalbewegingen in de naamloze vennootschap”, *Not.Fisc.M.* 2006, p. 286.

**384.** Samen met het IBR <sup>(16)</sup> en een deel van de rechtsleer dienaangaande, zijn wij van oordeel dat het alsnog nuttig was geweest dat de wetgever de regels inzake quasi-inbreng zou behouden in de BV en de CV, meer bepaald omdat het risico nog steeds bestaat dat een quasi-inbreng de belangen van de overige aandeelhouders zou schaden <sup>(17)</sup> en omdat deze afschaffing meer bepaald het witwasrisico zal verhogen <sup>(18)</sup>. Een aantal overtuigende voorbeelden worden in deze context aangehaald door Prof. Dr. M. DE WOLF, Erevoorzitter van het IBR. Een eerste voorbeeld <sup>(19)</sup> betreft de vordering op een derde. Hierbij zal de oprichter van een BV of een CV heel vaak in de verleiding komen om deze aan de vennootschap over te dragen voor de nominale waarde, ook al heeft de betaling van deze schuld reeds veel achterstand opgelopen en is de schuldenaar insolvent, met alle gevolgen van dien. Een tweede voorbeeld <sup>(20)</sup> is deze van de soms twijfelachtige oorsprong (bv. inkomsten van verkopen op de zwarte markt) van fondsen die in de loop der jaren beetje bij beetje werden verzameld op een privérekening, dan naar een speciale rekening worden overgeschreven voor de oprichting van een BV of een CV, en tenslotte, door middel van een quasi-inbreng van een vordering, worden opgenomen met als resultaat dat een vennootschap achterblijft met een oninbare vordering.

Het argument in de memorie van toelichting dat de problemen waartoe quasi-inbreng kan leiden grotendeels zal worden ondervangen door de regels over belangenconflicten

<sup>(16)</sup> Cf. T. DUPONT, “Editoriaal van de Voorzitter van het IBR: Visie, lef, moed en vastberadenheid / Editorial du Président de l’IRE : Vision, audace, courage et obstination”, *TAA* 2019, nr. 62, p. 5-6, <https://doc.icci.be/nl/Documents/publicaties/tijdschrift-taa/TAA-62-def.pdf>. Hierin verduidelijkt de toenmalige Voorzitter van het IBR namelijk terecht dat het IBR de aandacht van de minister en de andere actoren heeft gevestigd op het feit dat deze afschaffing meer bepaald het witwasrisico zal verhogen omdat het relatief eenvoudig is om quasi-inbrengen te gebruiken voor witwaspraktijken en dat het aangewezen zou zijn om de tussenkomst van de bedrijfsrevisor te handhaven voor de quasi-inbrengen die een bepaald bedrag overschrijden. Er werd evenwel aangenomen dat de in dit geval enigszins verscherpte regels inzake belangenconflicten in dit opzicht toereikend waren.

<sup>(17)</sup> M. WYCKAERT en B. VAN BAELEN, “Wie is er bang van de kapitaallose BV?” in M. WYCKAERT (ed.), *Vennootschapsrecht*, Themis 105, Brugge, die Keure, 2018, p. 40, nr. 15. Weliswaar nuanceert de auteur deze visie nog ietwat door te stellen dat er voor die aandeelhouders er echter andere rechtsmiddelen openstaan om de quasi-inbreng aan te vechten (zoals bv. op basis van niet-of niet-correcte naleving van de regels inzake belangenconflicten, die in hun essentie worden overgenomen in het WVV).

<sup>(18)</sup> Cf. M. DE WOLF, “Woord van de Hoofdredacteur: De afschaffing van de controle van quasi-inbrengen in BV’s en in CV’s: een stap achteruit voor het deugdelijk bestuur van ondernemingen / Mot du Rédacteur en chef: La suppression du contrôle des quasi-apports dans les SRL et les SC: un pas en arrière pour la bonne gouvernance des entreprises”, *TAA* 2019, nr. 63, p. 88-89 en 91-92, <https://doc.icci.be/nl/Documents/publicaties/tijdschrift-taa/TAA-63-def.pdf>.

<sup>(19)</sup> M. DE WOLF, “Woord van de Hoofdredacteur: De afschaffing van de controle van quasi-inbrengen in BV’s en in CV’s: een stap achteruit voor het deugdelijk bestuur van ondernemingen / Mot du Rédacteur en chef: La suppression du contrôle des quasi-apports dans les SRL et les SC: un pas en arrière pour la bonne gouvernance des entreprises”, *TAA* 2019, nr. 63, p. 88-89, <https://doc.icci.be/nl/Documents/publicaties/tijdschrift-taa/TAA-63-def.pdf>.

<sup>(20)</sup> M. DE WOLF, “Woord van de Hoofdredacteur: De afschaffing van de controle van quasi-inbrengen in BV’s en in CV’s: een stap achteruit voor het deugdelijk bestuur van ondernemingen / Mot du Rédacteur en chef: La suppression du contrôle des quasi-apports dans les SRL et les SC: un pas en arrière pour la bonne gouvernance des entreprises”, *TAA* 2019, nr. 63, p. 88-89, <https://doc.icci.be/nl/Documents/publicaties/tijdschrift-taa/TAA-63-def.pdf>.

van bestuurders (artt. 5:76-5:78 WVV) klopt naar onze mening niet langer wanneer de tegenpartij van de BV of de CV waarin de quasi-inbreng gebeurt een aandeelhouder is die niet tegelijk bestuurder is <sup>(21)</sup>. Hierbij zouden de regels over behoorlijk bestuur o.i. niet volstaan om misbruiken tegen te gaan en zou de verplichte tussenkomst van een bedrijfsrevisor als onafhankelijke en onpartijdige deskundige in het kader van de quasi-inbreng in de BV en de CV derhalve nog steeds van onmiskenbaar belang zijn om de zekerheid voor alle aandeelhouders en derden te waarborgen <sup>(22)</sup>.

---

<sup>(21)</sup> Cf. eveneens H. DE WULF, “De implicaties van het Wetboek van vennootschappen en verenigingen voor de opdrachten van de commissaris bij vennootschappen: enkele opmerkingen”, *TAA* 2019, nr. 62, p. 13, <https://doc.icci.be/nl/Documents/publicaties/tijdschrift-taa/TAA-62-def.pdf>; H. CULOT, “La SRL sans capital : quels sont les (réels) changements ?” in *Le nouveau droit des sociétés et des associations*, Limal, Anthemis, 2019, p. 177.

<sup>(22)</sup> Cf. voor een interessante bijdrage inzake het algemeen belang van de inbrengcontrole door de bedrijfsrevisor: H.J VAN IMPE en F. DRIEGHE, “Het maatschappelijk nut van de revisorale rapportering bij inbrengen in natura” in X (ed.), *Liber Amicorum Henri Olivier*, Brugge, die Keure, 2000, pp. 549-566.

## 6.3. DOELWIJZIGING

### 6.3.1. Beschrijving en achtergrond van de bijzondere opdracht

#### A. Wettelijke basis

**385.** In het W. Venn. komt de bijzondere opdracht van de doelwijziging voor zowel bij de BVBA, als bij de CVBA en de NV. De wettelijke basis dienaangaande is respectievelijk het artikel 287 (BVBA), artikel 413 (CVBA) en artikel 559 (NV) W. Venn.:

– Art. 287 W. Venn. (BVBA):

*“Indien de statutenwijziging betrekking heeft op het doel van de vennootschap, moet het bestuursorgaan de voorgestelde wijziging omstandig verantwoorden in een verslag dat in de agenda vermeld wordt. Bij dat verslag wordt een staat van activa en passiva gevoegd die niet meer dan drie maanden voordien is vastgesteld. De commissarissen brengen afzonderlijk verslag uit over die staat. Een afschrift van deze verslagen wordt verzonden overeenkomstig artikel 269.*

*Het ontbreken van deze verslagen heeft de nietigheid van de beslissing van de algemene vergadering tot gevolg.*

*De algemene vergadering kan over een wijziging van het doel alleen dan geldig beraadslagen en besluiten, wanneer de aanwezigen ten minste de helft van het maatschappelijk kapitaal vertegenwoordigen.*

*Is de laatste voorwaarde niet vervuld, dan is een tweede bijeenroeping nodig en de nieuwe vergadering beraadslaagt en besluit op geldige wijze, ongeacht het door de aanwezige vennoten vertegenwoordigde deel van het kapitaal.*

*Een wijziging is alleen dan aangenomen wanneer zij ten minste vier vijfde van de stemmen heeft gekregen.”.*

– Art. 413 W. Venn. (CVBA):

*“Indien de statutenwijziging betrekking heeft op het doel van de vennootschap, moet het bestuursorgaan de voorgestelde wijziging omstandig verantwoorden in een verslag dat in de agenda vermeld wordt. Bij dat verslag wordt een staat van activa en passiva gevoegd die niet meer dan drie maanden voordien is vastgesteld. De commissarissen brengen afzonderlijk verslag uit over die staat.*

*Een afschrift van deze verslagen wordt aan de vennoten verzonden overeenkomstig artikel 381. Het ontbreken van deze verslagen heeft de nietigheid van de beslissing van de algemene vergadering tot gevolg.*

*De algemene vergadering kan over een wijziging van het doel alleen dan geldig beraadslagen en besluiten, wanneer de aanwezigen ten minste de helft van het maatschappelijk kapitaal vertegenwoordigen.*

*Is de laatste voorwaarde niet vervuld, dan is een tweede bijeenroeping nodig en de nieuwe vergadering beraadslaagt en besluit op geldige wijze, ongeacht het door de aanwezige vennoten vertegenwoordigde deel van het kapitaal.*

*Een wijziging is alleen dan aangenomen wanneer zij ten minste vier vijfde van de stemmen heeft gekregen.”.*

– Art. 559 W. Venn. (NV):

*“Indien de statutenwijziging betrekking heeft op het doel van de vennootschap, moet de raad van bestuur de voorgestelde wijziging omstandig verantwoorden in een verslag dat in de agenda vermeld wordt. Bij dat verslag wordt een staat van activa en passiva gevoegd die niet méér dan drie maanden voordien is vastgesteld. De commissarissen brengen afzonderlijk verslag uit over die staat.*

*Een exemplaar van deze verslagen kan worden verkregen overeenkomstig artikel 535.*

*Het ontbreken van deze verslagen heeft de nietigheid van de beslissing van de algemene vergadering tot gevolg.*

*De algemene vergadering kan alleen dan op geldige wijze over een wijziging van het doel van de vennootschap beraadslagen en besluiten, wanneer de aanwezigen niet alleen de helft van het maatschappelijk kapitaal vertegenwoordigen, maar ook de helft van het totale aantal winstbewijzen, indien er zulke effecten zijn.*

*Is deze voorwaarde niet vervuld, dan is een nieuwe bijeenroeping nodig. Opdat de tweede vergadering op geldige wijze kan beraadslagen en besluiten, is het voldoende dat enig deel van het kapitaal er vertegenwoordigd is.*

*Een wijziging is alleen dan aangenomen, wanneer zij ten minste vier vijfde van de stemmen heeft verkregen.*

*De winstbewijzen geven recht op één stem per effect, niettegenstaande elke hiermee strijdige bepaling in de statuten. In het geheel kunnen aan die effecten niet meer stemmen worden toegekend dan de helft van het aantal dat toegekend is aan de gezamenlijke aandelen; bij de stemming kunnen zij niet worden aange-rekend voor meer dan twee derde van het aantal stemmen uitgebracht door de aandelen. Worden de aan de beperking onderworpen stemmen in verschillende zin uitgebracht, dan wordt de vermindering evenredig toegepast; gedeelten van stemmen worden verwaarloosd.”.*

*B. Achtergrond*

**386.** Voormeld artikel 559 W. Venn. (oud art. 70bis Venn. W.) inzake doelswijziging van een vennootschap werd ingevoegd bij artikel 4 van de wet van 6 januari 1958 tot wijziging van de bij koninklijk besluit van 30 november 1935 samengeordende wetten op de handelsvennootschappen <sup>(23)</sup>. Bij de parlementaire voorbereiding van deze wet van 6 januari 1958, werd dienaangaande gesteld:

<sup>(23)</sup> BS 16 januari 1958.

Vóór deze wet van 6 januari 1958 was het niet mogelijk het doel van de vennootschap te wijzigen. Men was het erover eens dat het onveranderlijk karakter van het ‘*pactum societatis*’ voor de wijziging van het maatschappelijk doel een onoverkomenlijke hinderpaal vormde; het doel van de vennootschap werd toen zo essentieel geacht dat daaraan niet kon worden getornd zonder tenietgaan van de rechtspersoon. (F. BOUCKAERT, *Notarieel vennootschapsrecht: NV en BVBA*, Brussel, Kluwer, 2000, p. 829, nr. 16.1; J. VAN HOUTTE, “Verandering van het doel der vennootschap en de Wet van 6 januari 1958”, *T.Not.* 1958, p. 98; J. ‘T KINT, “Projet de loi modifiant les lois sur les sociétés commerciales”, *J.T.*, 1957, p. 51).

“De voorwaarden lijken werkelijk niet overdreven gelet op het belang van de wijziging die men in het maatschappelijk contract wil aanbrengen.

De aandeelhouders moeten over een minimum aan inlichtingen kunnen beschikken zonder welke het hun onmogelijk is, met kennis van zaken, een beslissing te treffen die in de praktijk van beslissend belang is voor de toekomst van de vennootschap.”<sup>(24)</sup>.

Het is dus duidelijk dat de formaliteiten zijn ingegeven door de bezorgdheid om de aandeelhouders zo goed mogelijk in te lichten omtrent de toestand van het vermogen van de vennootschap op het ogenblik dat een dergelijke belangrijke beslissing wordt genomen<sup>(25)</sup>.

Er valt op te merken dat het afzonderlijk verslag van de commissaris over de staat van activa en passiva dienaangaande enkel is vereist indien er een commissaris werd benoemd<sup>(26)</sup>. Werd er geen commissaris benoemd, dan kan aan dit voorschrift niet worden voldaan en in dat geval wordt er dan ook geen afzonderlijk verslag van de commissaris opgemaakt<sup>(27)</sup>.

Bovendien heeft het ontbreken van de voormelde verslagen van de raad van bestuur en de commissaris de nietigheid van de beslissing van de algemene vergadering tot gevolg. De wetgever heeft de intentie om binnen dezelfde bepaling niet alleen de verplichting op te nemen tot het opstellen van voormelde verslagen, maar ook om de nietigheidssanctie op te leggen in geval van niet-naleving van deze verplichting<sup>(28)</sup>. Het opzet van de wetgever is dus duidelijk niet alleen om de aandeelhouders zoveel mogelijk te betrekken, maar ook zo goed mogelijk te informeren over het (wijzigings) proces dat net raakt aan het wezen (de ‘*crux*’) van de vennootschap: het maatschappelijke doel, zoals vastgesteld in het vennootschapscontract of de statuten<sup>(29)</sup>.

<sup>(24)</sup> Verslag DERUELLES, *Parl. St. Kamer 1956-1957*, nr. 36K 641/002, p. 9 <https://www.dekamer.be/digidoc/DPS/K3160/K31602086/K31602086.PDF>.

<sup>(25)</sup> IBR, *Jaarverslag*, 1997, p. 253, zoals hernomen in de publicatie ICCI (ed.), *Een overzicht van de adviezen van de Juridische Commissie van het Instituut van de Bedrijfsrevisoren (1988-2012)*, Antwerpen, Maklu, 2012-3, p. 96, nr. 531.

<sup>(26)</sup> J. VAN HOUTTE, “Société privée à responsabilité limitée”, in *Rép.not.*, t. XII, Livre IV, nr. 438, onderaan p. 269.

<sup>(27)</sup> F. BOUCKAERT, *Notarieel vennootschapsrecht: NV en BVBA*, Brussel, Kluwer, 2000, p. 832, nr. 16.4; E. POTTIER en A. COIBION, “Commentaire de l’art. 559 C. Soc.” in X., *Commentaire systématique du Code des sociétés*, Bruxelles, Kluwer, 2005, p. 2.

<sup>(28)</sup> K. GEENS, F. HELLEMANS en M. WYCKAERT, “Artikelsgewijze commentaar van de inhoudelijke wijzigingen ingevolge het Wetboek van vennootschappen” in Jan Ronse Instituut (ed.), *Het Wetboek van vennootschappen en zijn uitvoeringsbesluit, Reeks Rechtspersonen- en vennootschapsrecht*, nr. 14, Kalmthout, Biblo, 2002, 298. Zie eveneens: Kh. Brussel 11 september 1981, *JT* 1981, p. 743.

<sup>(29)</sup> S. DE JONGHE, “Commentaar bij art. 559 W. Venn.” in *Vennootschappen en verenigingen: Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Kluwer, 2009, p. 7.

### C. Te hanteren verslaggeving conform het W. Venn.

**387.** Aan het ICCI werd recent de vraag gesteld welke verslaggeving men dient te hanteren voor het opstellen van het revisoraal verslag in het kader van de voormelde artikelen 287, 413 en 559 W. Venn.

In diens gepubliceerd advies van 7 februari 2019<sup>(30)</sup>, verwijst het ICCI naar de door het IBR gepubliceerde technische nota bij de artikelen 287, 413 en 559 van het Wetboek van vennootschappen (wijziging van het maatschappelijk doel)<sup>(31)</sup>, gepubliceerd met de IBR-Omzendbrief 2016/03<sup>(32)</sup>. Deze technische nota bevestigt dat, hoewel de IBR-Aanbeveling “Uitvoering van een beperkt nazicht door de commissaris bij een tussentijdse toestand” opgeheven is, de opdracht inderdaad een beoordelingsopdracht is.

Overeenkomstig de norm van 10 november 2009 inzake de toepassing van de ISA's in België, zijn de internationale standaarden voor beoordelingsopdrachten (*International Standards on Review Engagements*, ISRE's) van toepassing op de beoordeling (“het beperkt nazicht”) van de historische financiële informatie<sup>(33)</sup>. Aangezien de artikelen 287, 413 en 559 W. Venn. de opdracht aan de commissaris van de vennootschap toevertrouwen en een afzonderlijk verslag over de staat van activa en passiva vereisen, zal ISRE 2410 “Beoordeling van tussentijdse financiële informatie, uitgevoerd door de onafhankelijke auditor van de entiteit” van toepassing zijn op deze opdracht.

Paragraaf 3a van ISRE 2410, zoals van toepassing in België<sup>(34)</sup>, bepaalt dat:

***“3a. Deze ISRE is gericht op de uitvoering van een beoordeling van de tussentijdse financiële informatie door de auditor van een entiteit. Echter, deze standaard moet worden toegepast, in zoverre aangepast aan de gegeven omstandigheden als noodzakelijk is, in het geval de auditor van een entiteit een opdracht onderneemt tot het uitvoeren van een beoordeling van historische***

<sup>(30)</sup> <https://sfprod.icci.be/nl/adviezen/advies-detail-page/verslaggeving-inzake-revisorale-opdracht-van-doelwijziging>.

<sup>(31)</sup> In geen geval wijzigen de technische nota's de bestaande normen noch worden deze erdoor opgeheven. Technische nota's verstrekken toelichting over de wijze waarop de in België van toepassing zijnde internationale standaarden toegepast moeten worden op de exclusieve bijzondere opdrachten en, in voorkomend geval, in het kader van de door het IBR reeds aangenomen normen met betrekking tot de exclusieve bijzondere opdrachten.

<sup>(32)</sup> De technische nota's van het IBR kunnen worden geraadpleegd op de volgende website: <https://sfprod.ibr-ire.be/nl/regelgeving-en-publicaties/technische-nota-s>.

<sup>(33)</sup> Voor de vertaling van de in België van toepassing zijnde ISRE 2410 kan men de website van het IBR raadplegen: <https://sfprod.ibr-ire.be/nl/regelgeving-en-publicaties/normen-en-aanbevelingen/clarified-isas/tabel-clarified-isa-s>.

<sup>(34)</sup> Een ontwerp van norm tot wijziging van de norm van 10 november 2009 werd op 10 augustus 2018 goedgekeurd door de Hoge Raad voor de Economische Beroepen en ligt ter goedkeuring door de minister van Economie voor. Dit ontwerp van norm voorziet dat §3 als volgt zal luiden: “De beoordeling van de tussentijdse historische financiële informatie uitgevoerd door een bedrijfsrevisor dient te gebeuren overeenkomstig de *International Standard on Review Engagement (ISRE) 2410 (...)*”.



**financiële informatie anders dan de tussentijdse financiële informatie van een controlecliënt.**”.

Het ICCI is derhalve van oordeel dat men in voorkomend geval een beperkt nazicht moet uitvoeren en dus ISRE 2410 moet toepassen op de opdracht van artikelen 287, 413 en 559 W. Venn. (in zoverre als noodzakelijk aangepast aan de gegeven omstandigheden).

### **6.3.2. Motieven van de wetgever om de bijzondere opdracht af te schaffen en implicaties**

#### *A. Afschaffing van de bijzondere opdracht en implicaties*

**388.** Zoals gesteld, werd voormelde bijzondere opdracht van de doelwijziging opgeheven bij de invoering van het WVV. De huidige artikelen 5:101, 6:86 en 7:154 WVV maken immers geen melding meer van deze bijzondere opdracht:

– Art. 5:101 WVV (BV):

*“Indien wordt voorgesteld het voorwerp of de doelen van de vennootschap, zoals beschreven in de statuten, te wijzigen, verantwoordt het bestuursorgaan de voorgestelde wijziging omstandig in een verslag. Een kopie van dit verslag wordt aan de houders van aandelen, converteerbare obligaties, inschrijvingsrechten en met medewerking van de vennootschap uitgegeven certificaten ter beschikking gesteld overeenkomstig artikel 5:84.*

*Indien dit verslag ontbreekt, is het besluit van de algemene vergadering nietig. De algemene vergadering kan over een wijziging van het voorwerp en van de doelen alleen dan geldig beraadslagen en besluiten, wanneer de aanwezige of vertegenwoordigde aandeelhouders ten minste de helft van het totaal aantal uitgegeven aandelen vertegenwoordigen.*

*Is de laatste voorwaarde niet nageleefd, dan is een tweede bijeenroeping nodig en de nieuwe vergadering beraadslaagt en besluit op geldige wijze, ongeacht het door de aanwezige of vertegenwoordigde aandeelhouders vertegenwoordigde aantal aandelen.*

*Een wijziging is alleen dan aangenomen wanneer zij ten minste vier vijfde van de uitgebrachte stemmen heeft gekregen, waarbij onthoudingen in de teller noch in de noemer worden meegerekend.”.*

– Art. 6:86 WVV (CV):

*“Indien wordt voorgesteld het voorwerp, de doelen, de finaliteit of de waarden van de vennootschap, zoals beschreven in de statuten, te wijzigen, verantwoordt het bestuursorgaan de voorgestelde wijziging omstandig in een verslag. Een kopie van dit verslag wordt aan de aandeelhouders ter beschikking gesteld overeenkomstig artikel 6:70, §2.*

*Indien dit verslag ontbreekt, is de beslissing van de algemene vergadering nietig.*



*De algemene vergadering kan over een wijziging van het voorwerp, de doelen, de finaliteit en de waarden van de vennootschap alleen dan geldig beraadslagen en besluiten, en behoudens andersluidende statutaire bepaling, wanneer de aanwezige of vertegenwoordigde aandeelhouders ten minste de helft van het totaal aantal uitgegeven aandelen vertegenwoordigen.*

*Is de laatste voorwaarde niet nageleefd, dan is behoudens een andersluidende statutaire bepaling een tweede bijeenroeping nodig en de nieuwe vergadering beraadslaagt en besluit op geldige wijze, ongeacht het door de aanwezige of vertegenwoordigde aandeelhouders vertegenwoordigde aantal aandelen.*

*Behoudens een andersluidende statutaire bepaling, is een wijziging alleen dan aangenomen wanneer zij ten minste vier vijfde van de uitgebrachte stemmen heeft gekregen, waarbij onthoudingen in de teller noch in de noemer worden meegerekend.”*

– Art. 7:154 WVV (NV):

*“Indien wordt voorgesteld het voorwerp of de doelen van de vennootschap, zoals omschreven in de statuten te wijzigen, verantwoordt het bestuursorgaan de voorgestelde wijziging in een omstandig verslag dat in de agenda wordt vermeld.*

*Een kopie van dit verslag wordt aan de houders van aandelen, winstbewijzen, converteerbare obligaties, inschrijvingsrechten of met medewerking van de vennootschap uitgegeven certificaten ter beschikking gesteld overeenkomstig artikel 7:132.*

*Ontbreekt dit verslag, dan is het besluit van de algemene vergadering nietig.*

*De algemene vergadering kan over een wijziging van het voorwerp en de doelen van de vennootschap alleen dan geldig beraadslagen en besluiten, wanneer de aanwezigen niet alleen de helft van het kapitaal vertegenwoordigen, maar ook, in voorkomend geval, de helft van het totale aantal winstbewijzen.*

*Is deze voorwaarde niet vervuld, dan is een nieuwe bijeenroeping nodig, en de nieuwe vergadering beraadslaagt en besluit op geldige wijze zodra het kapitaal er is vertegenwoordigd.*

*Een wijziging is alleen dan aangenomen, wanneer zij ten minste vier vijfde van de uitgebrachte stemmen heeft verkregen, waarbij onthoudingen in de teller noch in de noemer worden meegerekend.*

*De winstbewijzen geven recht op één stem per effect, niettegenstaande andersluidende statutaire bepaling. In het geheel kunnen aan die effecten niet meer stemmen worden toegekend dan de helft van het aantal dat is toegekend aan de gezamenlijke aandelen; bij de stemming kunnen zij niet worden aangerekend voor meer dan twee derde van het aantal stemmen uitgebracht door de aandelen. Worden de aan de beperking onderworpen stemmen in verschillende zin uitgebracht, dan wordt de vermindering evenredig toegepast; gedeelten van stemmen worden verwaarloosd.”*

Deze opheffing heeft als concreet gevolg dat de doelswijziging van een BV, CV en NV niet langer het voorwerp zal moeten uitmaken van een afzonderlijk verslag van de commissaris over de staat van activa en passiva dienaangaande (deze staat

werd trouwens zelf ook afgeschaft) en dit vanaf 1 mei 2019 voor de vanaf die datum opgerichte BV's, CV's en NV's en vanaf januari 2020 voor de bestaande BV's, CV's en NV's.

*B. Motieven van de wetgever om de bijzondere opdracht af te schaffen*

**389.** In de memorie van toelichting bij het wetsontwerp tot invoering van het WVV en houdende diverse bepalingen verduidelijkt de wetgever bij de toelichting van de artikelen 5:101, 6:86 en 7:154 WVV:

*“De ontworpen bepaling herneemt artikel 287 W. Venn. [/ 413 W. Venn. / 559 W. Venn.], met dien verstande dat de vereiste om een staat van activa en passiva voor te leggen, wordt afgeschaft. De praktijk ervaart deze vereiste als een overbodige formaliteit, die geen meerwaarde biedt voor de te nemen beslissing.”<sup>(35)</sup>*

Bijgevolg wordt duidelijk dat, terwijl de formaliteiten betreffende de doelwijziging destijds door de wetgever werden ingegeven door de bezorgdheid om de aandeelhouders zo goed mogelijk in te lichten omtrent de toestand van het vermogen van de vennootschap op het ogenblik dat een dergelijke belangrijke beslissing wordt genomen, de huidige wetgever het geweer van schouder verandert door nu te stellen dat de praktijk deze vereiste als een overbodige formaliteit ervaart, die geen meerwaarde biedt voor de te nemen beslissing van doelwijziging van de vennootschap.

### **6.3.3. Evaluatie van de afschaffing van de bijzondere opdracht**

**390.** Wij zijn van oordeel dat de afschaffing van de bijzondere opdracht van de doelwijziging alsmede de opheffing van de vereiste in dit kader van het voorleggen van een staat van activa en passiva die niet meer dan drie maanden voordien is vastgesteld (en dit voor alle vennootschapsvormen) er in de economische praktijk opnieuw zal voor zorgen dat de aandeelhouders, en dan vooral de aandeelhouders niet-bestuurders, geen voldoende en getrouwe informatie zullen ontvangen omtrent de toestand van het nettoactief van de vennootschap op het ogenblik dat zulke ingrijpende beslissing wordt genomen, namelijk de wijziging van het doel van de vennootschap zoals beschreven in diens statuten.

De wetgever heeft met deze maatregel duidelijk de krachtlijnen van het vereenvoudigen en flexibiliseren van het vennootschapsrecht<sup>(36)</sup> laten primeren op de aandeelhoudersbescherming alsook op de transparantie van de financiële informatie,

<sup>(35)</sup> Memorie van toelichting van het wet van 23 maart 2019 tot invoering van het Wetboek van vennootschappen en verenigingen en houdende diverse bepalingen, *Parl. St. Kamer* 2018-19, nr. 54K 3119/001, p. 164 en 248, <http://www.dekamer.be/FLWB/PDF/54/3119/54K3119001.pdf>.

<sup>(36)</sup> *Cf.* voor de drie krachtlijnen van het moderniseren van het vennootschapsrecht: memorie van toelichting van het wet van 23 maart 2019 tot invoering van het Wetboek van vennootschappen en verenigingen en houdende diverse bepalingen, *Parl. St. Kamer* 2018-19, nr. 54K 3119/001, p. 7-16, <http://www.dekamer.be/FLWB/PDF/54/3119/54K3119001.pdf>.

wat in deze context misschien als ietwat té flexibel kan worden beschouwd, zonder dienaangaande overtuigend rekening te houden met de risico's van misbruik en negatieve impact op de bescherming van de aandeelhouders niet-bestuurders, en dit voor alle vennootschapsvormen.

Daarenboven kan een doelwijziging resulteren in een fundamenteel verschillende bedrijfsvoering. In plaats van de cijfermatige reflectie af te schaffen, menen wij dat de wetgever deze had moeten uitbreiden met een reflectie over de toekomst en derhalve een prospectieve haalbaarheidstoets had moeten voorschrijven. Het voorbeeld kan worden aangehaald van een doelwijziging van een recent opgerichte vennootschap, waar het mogelijk is dat door de doelwijziging het aanvankelijk opgesteld financieel plan niet langer gepast is voor de nieuwe voorgenomen bedrijvigheid.

## 6.4. KAPITAALVERHOOGING IN NV TEN GEVOLGE VAN EEN CONVERSIE VAN CONVERTEERBARE OBLIGATIES IN AANDELEN OF VAN EEN INSCHRIJVING OP AANDELEN

### 6.4.1. Beschrijving en achtergrond van de bijzondere opdracht

#### A. Wettelijke basis

**391.** De wettelijke basis van de bijzondere opdracht van de kapitaalverhoging in de NV ten gevolge van een conversie van converteerbare obligaties in aandelen of van een inschrijving op aandelen is te vinden in artikel 591 W. Venn.:

*“Wanneer het kapitaal wordt verhoogd ten gevolge van een conversie van converteerbare obligaties in aandelen of van een inschrijving op aandelen, in geval van uitoefening van de warrant worden de conversie of de inschrijving, de daaruit voortvloeiende verhoging van het maatschappelijk kapitaal en het aantal ter vertegenwoordiging van die verhoging uitgegeven nieuwe aandelen vastgesteld bij een authentieke akte. Deze akte wordt op verzoek van de raad van bestuur opgemaakt onder overlegging van een lijst van de gevraagde conversies of van de uitgeoefende warrants, voor echt verklaard door de commissaris of de commissarissen, of bij ontstentenis van dezen, door een bedrijfsrevisor. Deze vaststelling heeft wijziging tot gevolg van de statutaire bepalingen betreffende het bedrag van het maatschappelijk kapitaal en het aantal aandelen die ze vertegenwoordigen; zij verleent de hoedanigheid van aandeelhouder aan de obligatiehouder die de conversie van zijn effect heeft gevraagd, en aan de houder van de warrant die zijn recht heeft uitgeoefend.”.*

#### B. Achtergrond

**392.** Het artikel 591 W. Venn. (oud art. 101octies Venn. W.) werd ingevoegd bij artikel 1 van de wet van 23 juli 1962 tot wijziging van de op 30 november 1935 gecoördineerde wetten op de handelsvennootschappen wat de in aandelen converteerbare obligaties of de obligaties met inschrijvingsrecht betreft <sup>(37)</sup>. Noch de memorie van toelichting van het wetsontwerp tot wijziging van de op 30 november 1935 gecoördineerde wetten op de handelsvennootschappen wat de in aandelen converteerbare obligaties of de obligaties met inschrijvingsrecht betreft <sup>(38)</sup>, noch het verslag over het wetsontwerp tot wijziging van de op 30 november 1935 gecoördineerde wetten op de handelsvennootschappen wat de in aandelen converteerbare obligaties of de obligaties

<sup>(37)</sup> BS 10 augustus 1962.

<sup>(38)</sup> Memorie van toelichting van het wetsontwerp tot wijziging van de op 30 november 1935 gecoördineerde wetten op de handelsvennootschappen wat de in aandelen converteerbare obligaties of de obligaties met inschrijvingsrecht betreft, *Parl.St.* Senaat 1960-61, nr. 18, p. 8-9, [https://www.senate.be/www/?Mlval=/index\\_senate&MENUID=22103&LANG=nl](https://www.senate.be/www/?Mlval=/index_senate&MENUID=22103&LANG=nl).

met inschrijvingsrecht betreft <sup>(39)</sup> geeft nadere toelichting omtrent de invoering van de bijzondere opdracht in kwestie.

Wel bepaalde de oorspronkelijk versie van oud art. 101 *octies* Venn. W.:

*“De conversie van de obligaties in aandelen (...) worden vastgesteld door een openbare akte, op verzoek van de raad van beheer opgemaakt op overlegging van een door de commissaris-revisor of commissarissen-revisoren dan wel, bij dezer ontstentenis, door een bedrijfsrevisor gewaarmerkte lijst van de gevraagde conversies of van de uitgeoefende inschrijvingsrechten. (...)”.*

C. Te hanteren verslaggeving conform het W. Venn.

**393.** Een beroepsbeoefenaar stelde aan het ICCI de vraag of bij de conversie van converteerbare obligaties, ook een revisoraal verslag inzake inbreng in natura vereist zou zijn omdat bij de rechtstreekse omzetting van de bestaande lening in kapitaal eveneens een revisoraal verslag inzake inbreng in natura noodzakelijk is.

Het ICCI stelt in zijn gepubliceerd advies van 6 november 2012 <sup>(40)</sup> dat er bij de conversie van obligaties op geen enkel ogenblik een revisoraal verslag inzake inbreng in natura moet worden opgesteld. Deze vereiste is immers terug te vinden noch bij de formaliteiten die moeten worden nageleefd bij conversie van obligaties (art. 591 W. Venn.), noch op een andere plaats in het W. Venn. Wel dient de commissaris of commissarissen of bij ontstentenis van deze, een bedrijfsrevisor de lijst van de gevraagde conversies of van de uitgeoefende warrants voor echt te verklaren (art. 591 W. Venn.). Daarmee bevestigt het ICCI wederom zijn reeds standpunt van advies “Uitgifte van converteerbare obligaties” van 16 februari 2007 <sup>(41)</sup>.

Het ICCI wenst echter de aandacht te vestigen op de volgende punten:

- de uitgifte van converteerbare obligaties moet door een bijzondere algemene vergadering worden goedgekeurd want het gaat om een mogelijke kapitaalverhoging (bij uitoefening van de conversie); de uitgifte van converteerbare obligaties kan mits een uitdrukkelijke bepaling ook eventueel geschieden in het kader van het toegestane kapitaal;
- de uitgifte van converteerbare obligaties zou kunnen worden voorbehouden aan een welbepaalde persoon wat, bij de uitgifte, leidt tot de procedure inzake afschaffing van het voorkeurrecht; en
- om de ingeschreven obligaties te kunnen volstorten met de openstaande vordering op de vennootschap, dient het bestuursorgaan te verifiëren of voldaan is aan de voorschriften van het Burgerlijk Wetboek over de schuldvergelijking.

<sup>(39)</sup> Verslag over het wetsontwerp tot wijziging van de op 30 november 1935 gecoördineerde wetten op de handelsvennootschappen wat de in aandelen converteerbare obligaties of de obligaties met inschrijvingsrecht betreft, *Parl.St.*, Senaat 1961-62, nr. 247, p. 6, [https://www.senate.be/www/?MIval=/index\\_senate&MENUID=22103&LANG=nl](https://www.senate.be/www/?MIval=/index_senate&MENUID=22103&LANG=nl).

<sup>(40)</sup> <https://www.icci.be/nl/adviezen/advies-detail-page/conversie-van-obligaties>.

<sup>(41)</sup> <https://www.icci.be/nl/adviezen/advies-detail-page/uitgifte-van-converteerbare-obligaties>.

Naar de mening van het ICCI heeft de wetgever geen revisoraal verslag inzake inbreng in natura voorzien bij een conversie van obligaties omdat de algemene vergadering bij de uitgifte van de converteerbare obligaties reeds haar goedkeuring had verleend; bovendien moet de commissaris (of bij diens ontstentenis de bedrijfsrevisor) de lijst van gevraagde conversies voor echt verklaren. De kapitaalverhoging is het gevolg van deze conversie van de converteerbare obligaties in aandelen die reeds voor echt verklaard zijn geweest. Het lijkt dan ook niet opportuun dat daarnaast nog een revisoraal verslag inzake inbreng in natura vereist zou worden.

Ten slotte zijn wij van oordeel dat men in voorkomend geval de “overeengekomen procedures” (*agreed-upon procedures*) dient uit te voeren en dus ISRS 4400 dient toe te passen op de opdracht van artikel 591 W. Venn. (in zoverre als noodzakelijk aangepast aan de gegeven omstandigheden). Bij het gebruik van ISRS 4400 als referentiekader moet de cliënt duidelijk worden ingelicht dat het afzonderlijk verslag van de commissaris (of bij diens ontstentenis de bedrijfsrevisor) enkel melding zal maken van de uitgevoerde “overeengekomen procedures” (*agreed-upon procedures*) en van de resultaten van deze uitgevoerde procedures zonder evenwel enige attestering te bevatten.

#### 6.4.2. Motieven van de wetgever om de bijzondere opdracht af te schaffen en implicaties

##### A. Afschaffing van de bijzondere opdracht en implicaties

**394.** De opheffing van de bijzondere opdracht van de kapitaalverhoging in de NV ten gevolge van een conversie van converteerbare obligaties in aandelen of van een inschrijving op aandelen werd bij de invoering van het WVV bewerkstelligd doordat het huidig artikel 7:187 WVV deze bijzondere opdracht niet heeft hernomen:

*“Wanneer het kapitaal wordt verhoogd ten gevolge van een conversie van converteerbare obligaties in aandelen, van een vervanging van obligaties door aandelen overeenkomstig artikel 7:162, 3°, of van een inschrijving op aandelen in geval van uitoefening van het inschrijvingsrecht worden de conversie, de vervanging of de inschrijving, de daaruit voortvloeiende verhoging van het kapitaal en het aantal ter vertegenwoordiging van die verhoging uitgegeven nieuwe aandelen vastgesteld bij een authentieke akte. Deze akte wordt op verzoek van het bestuursorgaan of van één of meer daarvoor speciaal gemachtigde bestuurders of lasthebbers opgemaakt onder overlegging van een lijst van de gevraagde conversies of vervangingen of van de uitgeoefende inschrijvingsrechten. Deze vaststelling verleent de hoedanigheid van aandeelhouder aan de obligatiehouder die de conversie van zijn effect heeft gevraagd, aan de obligatiehouder wiens obligaties werden vervangen door aandelen, en aan de houder van het inschrijvingsrecht die zijn recht heeft uitgeoefend. In de statuten worden het bedrag van het kapitaal en het aantal aandelen aangepast.”*

Hieruit volgt dat de kapitaalverhoging in de NV ten gevolge van een conversie van converteerbare obligaties in aandelen of van een inschrijving op aandelen niet langer

het voorwerp zal moeten uitmaken van een verslag van de bedrijfsrevisor en dit vanaf 1 mei 2019 voor de vanaf die datum opgerichte NV's en vanaf 1 januari 2020 voor de bestaande NV's.

*B. Motieven van de wetgever om de bijzondere opdracht af te schaffen*

**395.** De memorie van toelichting bij het wetsontwerp tot invoering van het WVV en houdende diverse bepalingen stelt, bij de toelichting van huidig artikel 7:187 WVV:

*“De ontworpen bepaling beantwoordt grotendeels aan artikel 589 W. Venn. De voorgestelde wijziging biedt de mogelijkheid de authentieke akte waarin de totstandkoming van de kapitaalverhoging wordt vastgesteld te laten verlijden op verzoek van door het bestuursorgaan speciaal daartoe gemachtigde lasthebbers die niet noodzakelijk zelf bestuurders hoeven te zijn.”<sup>(42)</sup>*

De wetgever geeft derhalve geen nadere toelichting omtrent de motieven om desbetreffende bijzondere opdracht af te schaffen.

**6.4.3. Evaluatie van de afschaffing van de bijzondere opdracht**

**396.** Zoals bij de afschaffing van bijzondere opdracht van de doelwijziging, heeft de wetgever hier wederom geopteerd om voorrang te verlenen aan de krachtlijnen van het vereenvoudigen en flexibiliseren van het vennootschapsrecht<sup>(43)</sup> en dit, tevens in dit kader, enigszins ten koste van de bescherming van de aandeelhouders niet-bestuurders. Voorheen hadden zij immers het comfort dat een commissaris (of bij diens ontstentenis de bedrijfsrevisor) als onafhankelijke en onpartijdige deskundige de lijst van gevraagde conversies voor echt verklaarde, teneinde de zekerheid voor alle aandeelhouders en derden te kunnen waarborgen.

<sup>(42)</sup> Memorie van toelichting van het wet van 23 maart 2019 tot invoering van het Wetboek van vennootschappen en verenigingen en houdende diverse bepalingen, *Parl. St.* Kamer 2018-19, nr. 54K 3119/001, p. 258, <http://www.dekamer.be/FLWB/PDF/54/3119/54K3119001.pdf>.

<sup>(43)</sup> *Cf.* voor de drie krachtlijnen van het moderniseren van het vennootschapsrecht: memorie van toelichting van het wet van 23 maart 2019 tot invoering van het Wetboek van vennootschappen en verenigingen en houdende diverse bepalingen, *Parl. St.* Kamer 2018-19, nr. 54K 3119/001, p. 7-16, <http://www.dekamer.be/FLWB/PDF/54/3119/54K3119001.pdf>.

## 6.5. BESLUIT

**397.** Uit voorgaande uiteenzetting kan worden geconcludeerd dat de wetgever bij de invoering van het nieuwe WVV drie bijzondere opdrachten heeft afgeschaft, meer bepaald:

- (1) de bijzondere opdracht van de quasi-inbrengprocedure in de BVBA en de CVBA;
- (2) de bijzondere opdracht van de doelswijziging; en
- (3) de bijzondere opdracht van de kapitaalverhoging in de NV ten gevolge van een conversie van converteerbare obligaties in aandelen of van een inschrijving op aandelen.

214

MISSIONS ABROEGEES

Dit heeft als concreet gevolg dat de bijzondere opdrachten in kwestie niet langer het voorwerp zullen moeten uitmaken van een revisoraal verslag dienaangaande en dit vanaf 1 mei 2019 voor de vanaf die datum opgerichte rechtspersonen en vanaf januari 2020 voor de bestaande rechtspersonen.

Inzake de quasi-inbrengprocedure in de BVBA en de CVBA werd gevonden dat deze oorsponkelijk door de wetgever werd ingevoerd om de ontduiking van de revisorale controle bij inbreng in natura onmogelijk te maken. Volgens de huidige wetgever kon het behoud van de regels inzake quasi-inbreng in de BV en de CV echter niet langer worden verantwoord, gelet op de vele beperkingen en de gewijzigde context (verdwijnen van het kapitaalebegrip in de BV en CV). De regels inzake belangenconflicten zouden volgens de wetgever ter zake de nodige garanties bieden. Samen met het IBR en een deel van de rechtsleer dienaangaande, zijn wij van oordeel dat het alsnog nuttig was geweest dat de wetgever de regels inzake quasi-inbreng zou behouden in de BV en de CV, meer bepaald omdat het risico nog steeds bestaat dat een quasi-inbreng de belangen van de aandeelhouders niet-bestuurders zou schaden en omdat deze afschaffing meer bepaald het witwasrisico zal verhogen.

Wat betreft de bijzondere opdracht van de doelswijziging werd uitgekristalliseerd dat, terwijl de formaliteiten betreffende de doelswijziging destijds door de wetgever werden ingegeven door de bezorgdheid om de aandeelhouders zo goed mogelijk in te lichten omtrent de toestand van het vermogen van de vennootschap op het ogenblik dat een dergelijke belangrijke beslissing wordt genomen, de huidige wetgever het geweer van schouder verandert door nu te stellen dat de praktijk deze vereiste als een overbodige formaliteit ervaart, die geen meerwaarde biedt voor de te nemen beslissing van doelswijziging van de vennootschap. Wij zijn van oordeel dat de afschaffing van de bijzondere opdracht van de doelswijziging alsmede de opheffing van de vereiste in dit kader van het voorleggen van een staat van activa en passiva die niet meer dan drie maanden voordien is vastgesteld (en dit voor alle vennootschapsvormen) er in de economische praktijk opnieuw zal voor zorgen dat de aandeelhouders, en dan vooral de aandeelhouders niet-bestuurders, geen voldoende en getrouwe informatie zullen ontvangen omtrent de toestand van het nettoactief van de vennootschap op het ogenblik dat zulke ingrijpende beslissing wordt genomen, namelijk de wijziging van het doel van de vennootschap zoals beschreven in diens statuten. Daarenboven kan een doelswijziging resulteren in een fundamenteel verschillende bedrijfsvoering. In plaats van de cijfermatige reflectie af te schaffen, menen wij dat de wetgever deze had



moeten uitbreiden met een reflectie over de toekomst en derhalve een prospectieve haalbaarheidstoets had moeten voorschrijven.

Ten slotte betreffende bijzondere opdracht van de kapitaalverhoging in de NV ten gevolge van een conversie van converteerbare obligaties in aandelen of van een inschrijving op aandelen werd de bevinding gedaan dat de wetgever destijds geen nadere toelichting heeft gegeven omtrent de invoering van de bijzondere opdracht in kwestie en later ook niet omtrent de motieven om desbetreffende bijzondere opdracht terug af te schaffen. Zoals bij de afschaffing van bijzondere opdracht van de doelwijziging, heeft de wetgever hier wederom geopteerd om voorrang te verlenen aan de krachtlijnen van het vereenvoudigen en flexibiliseren van het vennootschapsrecht en dit, tevens in dit kader, enigszins ten koste van de bescherming van de aandeelhouders niet-bestuurders. Voorheen hadden zij immers het comfort dat een commissaris (of bij diens ontstentenis de bedrijfsrevisor) als onafhankelijke en onpartijdige deskundige de lijst van gevraagde conversies voor echt verklaarde, teneinde de zekerheid voor alle aandeelhouders en derden te kunnen waarborgen.

