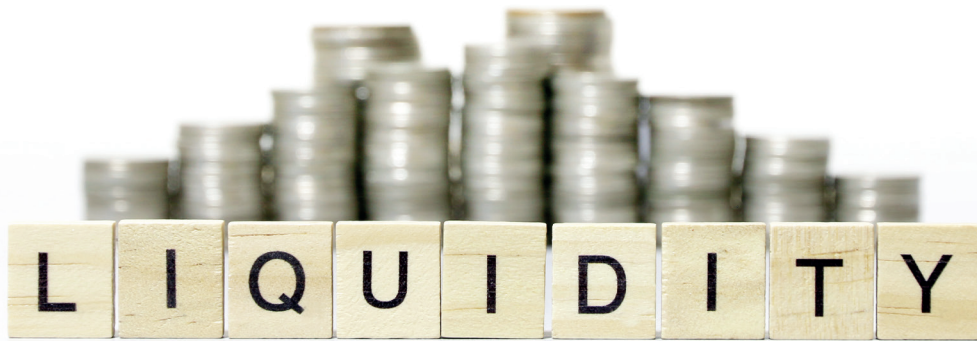


TAX, AUDIT & ACCOUNTANCY

NR
N° **65**

JAARGANG 14 / 14e ANNEE
DECEMBER /
DÉCEMBRE 2019
4X/JAAR / 4X/AN



WVV: Nettoactief- en liquiditeitstest in de BV/CV – CSA : Tests d'actif net et de liquidité dans la SRL/SC

- Determinanten van een vrijwillige audit bij Belgische VZW's**
- Impacts fiscaux de la réforme du CSA**
- The 2020 Belgian Code on Corporate Governance**

SOMMAIRE

INHOUD

- 01** Editoriaal van de Voorzitter van het IBR
Editorial du Président de l'IRE
-
- 08** De determinanten van een vrijwillige audit bij Belgische VZW's
-
- 23** *Les impacts fiscaux de la réforme du Code des sociétés et associations*
-
- 34** De nettoactief- en de liquiditeitstest in de besloten vennootschap en de beoordelingsopdrachten van de commissaris
-
- 56** *The 2020 Belgian Code on Corporate Governance and the external auditor*
-
- 69** Woord van de Hoofdredacteur
Laten we het Belgisch boekhoudrecht legaliseren
Mot du Rédacteur en chef
Légalisons le droit comptable belge
-

TAX AUDIT & ACCOUNTANCY

Revue trimestrielle du Centre d'Information du Révisoriat d'entreprises (ICCI)
Abréviation recommandée : TAA

Driemaandelijks tijdschrift van het Informatiecentrum voor het Bedrijfsrevisorat (ICCI)
Aanbevolen afkorting: TAA

COMITE DE REDACTION REDACTIECOMITE

L. Acke
P.P. Berger
T. Carlier
M. De Wolf (Hoofdredacteur/Rédacteur en chef)
T. Dupont
A. Jorissen
F. Maillard
P. Minne
D. Schockaert
C. Van der Elst

SECRETARIAT DE REDACTION REDACTIESECRETARIAAT

ICCI
E. Vanderstappen, C. Luxen et/en
S. De Blauwe
Bd. E. Jacquainlaan 135
1000 Brussel - Bruxelles

EDITEUR RESPONSABLE VERANTWOORDELIJKE UITGEVER

P.P. Berger
Bd. E. Jacquainlaan 135
1000 Bruxelles - Brussel

MISE EN PAGE VORMGEVING

die Keure/la Charte
Brugge

Editoriaal van de Voorzitter van het IBR

Beste TAA-lezer,

Laat mij dit editoriaal wijden aan de Dag van het Revisoraat die plaatsvond op 28 november in aanwezigheid van ongeveer 228 confraters en stagiairs, een nieuwe formule die de oude regionale ontmoetingsavonden met succes vervangt! De organisatie van deze Dag van het Revisoraat past volledig binnen de realisatie van de prioriteiten die ik bij de start van mijn mandaat heb geformuleerd:

- het promoten van ons beroep en de aantrekkelijkheid ervan bevorderen;
- het verhogen van de impact van onze beroepsgroep bij de autoriteiten van ons land; en
- het opbouwen en behouden van een constructieve relatie met het ITAA.

De deelnemers konden kiezen uit vier workshops waarin actuele topics werden gepresenteerd door de beste sprekers:

1. De bedrijfsrevisor en de *compliance*-uitdaging
Topics: Van ISQC-1 naar ISQM | Handleiding en compendium AML | Kwaliteitscontrole en toezicht



Editorial du Président de l'IRE

Cher lecteur du TAA,

Permettez-moi de consacrer cet éditorial à la journée du révisorat qui s'est tenue le 28 novembre dernier en la présence d'environ 228 confrères, confrères et stagiaires, une nouvelle formule qui a remplacé les anciennes rencontres régionales, et un succès ! L'organisation de cette journée cadre parfaitement dans la réalisation des priorités que j'avais annoncées au début de mon mandat :

- la promotion de notre profession ainsi que le renforcement de l'attractivité;
- l'augmentation de notre impact auprès des autorités du pays ; et
- l'établissement et le maintien des relations constructives avec l'ITAA.

Les participants avaient le choix entre quatre workshops, explorant des thèmes d'actualité animés par des orateurs de grande qualité :

1. Le réviseur face au défi de la *compliance*
Thèmes : ISQC-1 vers ISQM | Manuel et recueil AML | Contrôle qualité et supervision

2. Zijn de ISA's op maat van KMO's?
Topics: Planning en evolutie normen | Controle van minder complexe entiteiten/KMO's
3. Het WVV: opportuniteiten en uitdagingen voor de bedrijfsrevisor
Topics: Bijzondere opdrachten | Insolventie
4. Zullen robots het werk van de bedrijfsrevisor overnemen?
Topics: Circularisatie in de cloud | Data Analytics | Toegang tot databanken

De Dag van het Revisoraat had als centraal thema: "Een kwaliteitsvolle audit ten dienste van een sterke economie".

Ik ben ervan overtuigd dat ons beroep zich moet richten op kwaliteit. Om deze kwaliteit te bereiken, moeten we terugkeren naar de grondbeginselen van ons beroep.

1/ Audit is onontbeerlijk voor een markteconomie

Zoals vaak wordt gezegd, is de bedrijfsrevisor een vertrouwenspartner. Onze tussenkomst is nodig om de financiële transparantie te waarborgen. Financiële transparantie is één van de basisvoorwaarden voor een goed functionerende markteconomie, die garant staat voor onze gemeenschappelijke welvaart. Laten we niet uit het oog verliezen dat wij niet enkel ten dienste staan van onze

2. Les normes ISA sont-elles adaptées aux PME ?
Thèmes : Planning et évolution des normes | audit des entités peu complexes/PME
3. Le CSA : opportunités et menaces pour le réviseur
Thèmes : Missions spéciales | Insolventie
4. Les robots vont-ils remplacer le réviseur ?
Thèmes : Lettre de circularisation via le cloud | Data Analytics | Accès aux banques de données

Le thème central retenu pour la journée du révisorat était « un audit de qualité au service d'une économie forte » .

Je suis convaincu que notre profession doit tout miser sur la qualité. Pour atteindre cette qualité, il faut retourner aux fondamentaux de notre métier.

1/ L'audit est indispensable pour une économie de marché

On le dit souvent, le réviseur d'entreprises est un créateur de confiance. Notre intervention est nécessaire pour assurer la transparence financière. Or, la transparence financière est une des conditions *sine qua non* du bon fonctionnement de l'économie de marché, laquelle est le gage de notre prospérité commune. Gardons à l'esprit que nous sommes non seulement au

klanten, maar vooral ten dienste van het algemeen belang.

2/ De impact van ons beroep op de economie is aanzienlijk

Onlangs hebben we aangetoond dat door een bedrijfsrevisor gecontroleerde ondernemingen meer dan de helft van de in ons land gecreëerde toegevoegde waarde genereren. Deze ondernemingen stellen dagelijks bijna twee derde van de werknemers in de privésector tewerk. Ons beroep kan trots zijn op deze cijfers en op onze impact op de economie.

3/ Kwaliteit als drijfveer van onze werkzaamheden

De kwaliteitseisen moeten onze eerste bekommernis zijn. Het is onze taak om aan onze klanten en aan alle belanghebbenden de toegevoegde waarde van onze tussenkomsten aan te tonen. De kosten van een audit – en ik ben hiervan overtuigd op grond van mijn dagelijkse ervaring – zijn beduidend lager dan de baten ervan. Maar kwaliteit heeft uiteraard een prijs! We moeten voorzien in het aantal uren dat nodig is voor het uitvoeren van kwaliteitsvolle controlewerkzaamheden.

4/ Beroepsethiek en onafhankelijkheid

Onze beroepsethiek en onafhankelijkheid vormen het DNA van ons beroep. Een professioneel-kritische instelling is niet alleen een wettelijke vereiste, het is ook een ingesteldheid.

service de nos clients, mais surtout au service de l'intérêt général.

2/ L'impact de notre métier est très important sur l'économie

Nous avons récemment démontré que les entreprises contrôlées par un réviseur génèrent plus de la moitié de la valeur ajoutée créée dans notre pays. Ces entreprises mettent chaque jour au travail près de deux tiers des travailleurs du secteur privé. Notre profession peut être fière de ces chiffres et de son impact sur l'économie.

3/ La qualité au cœur de nos travaux

Les exigences de qualité doivent être la première de nos préoccupations. Il nous appartient de démontrer à nos clients et à tous les *stakeholders* la valeur ajoutée apportée par nos interventions. Le coût d'un audit – j'en suis convaincu par mon expérience au quotidien – est non significatif par rapport aux bénéfices qu'il génère. Mais la qualité a bien évidemment un prix ! Il est nécessaire de prévoir les heures nécessaires à la réalisation de travaux d'audit de qualité.

4/ Ethique et indépendance

L'éthique et l'indépendance constituent l'ADN de notre métier. Le scepticisme professionnel n'est pas seulement une exigence légale, c'est un état d'esprit.

We kunnen geen compromissen aanvaarden wanneer het hierover gaat.

5/ De internationale standaarden zijn geen beperking voor ons beroep maar een opportuniteit

Sommige confraters klagen over de "zwarte ISA's" en kijken vol nostalgie terug op een tijd waarin het werk – volgens hen – minder formalistisch was. Dit verleden komt niet meer terug. Integendeel: de internationale standaarden (en in het bijzonder de ISA's) zijn een echte kans voor ons beroep. Zij vormen een internationaal algemeen normatief kader dat toelaat om de audits wereldwijd met elkaar te vergelijken. De gemeenschappelijke standaarden, zijnde de ISA's, ISAE en ISRS, maken het mogelijk om in de meeste landen van de wereld te zorgen voor een coherent kwaliteitsniveau van de audits. Zij stellen ondernemingen in staat elkaar te begrijpen, met elkaar handel te drijven en zelfs dichter bij elkaar te komen, dankzij de financiële transparantie die ze creëren, en tot slot stellen zij auditkantoren op internationaal vlak in staat om zich efficiënt en effectief te organiseren. Deze standaarden staan garant voor de waarde van onze werkzaamheden.

6/ Het extern publiek toezicht op het beroep

De audithervorming die de kwaliteitscontrole en het toezicht toevertrouwt aan het College van

Nous ne pouvons pas accepter de compromis dans ce domaine.

5/ Les normes internationales ne sont pas une contrainte, mais une opportunité

Certains confrères se plaignent de la lourdeur des normes ISA et regardent avec nostalgie une époque qui – selon eux – était moins formaliste. Ce passé ne reviendra pas. Au contraire : les normes internationales (et en particulier les normes ISA) sont une véritable chance pour notre profession. Elles forment un cadre normatif international global permettant la comparabilité des audits à travers le monde. Ces standards communs que sont les ISAs, les ISAEs et les ISRS permettent d'assurer un niveau de qualité de l'audit qui est cohérent dans la grande majorité des pays de notre planète. Ils permettent aux entreprises de se comprendre au travers de la transparence financière qu'ils créent, de commercer entre elles, voire de se rapprocher et, finalement, ils permettent aux cabinets d'audit de s'organiser au niveau international de manière efficiente et efficace. Ces normes sont le garant de la valeur de nos travaux.

6/ La supervision publique de la profession

La réforme de l'audit confiant le contrôle de qualité et la surveillance au Collège de supervision des réviseurs

toezicht op de bedrijfsrevisoren betekende een kleine revolutie in ons land, dat tot 2016, voor een groot deel, het beginsel van de confraternele controle in stand had gehouden.

Het IBR voert een openhartige en open dialoog met het College. Ik kan u verzekeren dat het College gehoor geeft aan onze opmerkingen en ik verheug me erover dat het College tot nu toe prioriteit heeft verleend aan een aanpak die vooral gericht is op het verbeteren van de auditkwaliteit veeleer dan op het bestraffen. Ik hoop dat het College in de toekomst de excessen zal vermijden waaraan onze confraters van bepaalde buurlanden onderhevig zijn.

Wanneer wij kwaliteit in het middelpunt van onze bekommernissen plaatsen, wanneer de organisatie van onze kantoren de beginselen van ISQC-1 naleeft en wanneer wij ons normatief kader naar behoren toepassen, zullen de controles van het College zonder grote problemen kunnen verlopen.

7/ De digitale revolutie

De digitale revolutie treft tal van beroepen. Ook de auditors ontsnappen er niet aan. We moeten geen paniek zaaien (ons beroep zal de komende jaren niet verdwijnen) maar ook niet passief aan de zijlijn blijven (door te doen alsof de digitale revolutie ons niet aangaat).

d'entreprises fut une petite révolution dans notre pays, qui avait préservé jusqu'en 2016, en grande partie, le principe du contrôle confraternel.

L'IRE entretient un dialogue franc et ouvert avec le Collège. Je puis vous assurer que le Collège est à l'écoute de nos remarques et je me réjouis qu'il ait jusqu'à présent privilégié une approche ayant essentiellement pour but l'amélioration de la qualité de l'audit plutôt que la répression. Je formule le vœu que le Collège évitera à l'avenir les dérives auxquelles sont soumis nos consœurs et confrères de certains pays limitrophes.

Si, comme je le recommande, nous plaçons la qualité au centre de nos préoccupations, si l'organisation de nos cabinets respecte les principes de l'ISQC-1, si nous appliquons correctement notre cadre normatif, les contrôles du Collège devraient se dérouler sans problème majeur.

7/ La révolution digitale

La révolution digitale frappe de nombreuses professions. Les auditeurs n'y échapperont pas. Il ne faut être ni alarmiste (notre profession ne va pas disparaître dans les prochaines années), ni passéiste (en prétendant que la révolution digitale ne nous concerne pas).

Wat ons beroep betreft, is het duidelijk dat repetitieve taken steeds meer geautomatiseerd zullen worden en dat kantoren die niet investeren in performante audittools een aanzienlijk concurrentienadeel zullen ondervinden ten aanzien van degenen die deze investeringen wel zullen hebben gedaan.

Onze kantoren zullen vooral nieuwe vaardigheden moeten aantrekken om audits uit te voeren in een gedigitaliseerde omgeving: IT-specialisten, programmeurs, burgerlijke en systeem-ingenieurs, wiskundigen en statistici.

Ik besef heel goed dat deze investeringen voor kleinere kantoren zwaar kunnen lijken in verhouding tot de omvang van hun organisaties. Ik moedig hen ten zeerste aan om hun krachten te bundelen en zich te verenigen om de investeringen te delen die noodzakelijk zijn om de digitalisering het hoofd te bieden.

8/ Het promoten van ons beroep en de aantrekkelijkheid ervan

Mijn laatste punt betreft het promoten van ons beroep. Telkens als ik de kans krijg, verdedig ik de belangen van ons beroep ten opzichte van het bedrijfsleven, onze politieke vertegenwoordigers, de vakbonden, de overheidsdiensten en de beroepsverenigingen. Het betreft hier niet een partijdige lobbyactiviteit. Ik verdedig uw belangen door het

En ce qui concerne notre métier, il est clair que les tâches répétitives seront de plus en plus automatisées et que les cabinets qui n'investissent pas dans des outils d'audit performants souffriront d'un désavantage concurrentiel important par rapport à ceux qui auront fait ces investissements.

Nos cabinets devront surtout attirer de nouvelles compétences pour réaliser des audits dans un environnement digitalisé : des spécialistes IT, des codeurs, des ingénieurs civils, des ingénieurs systèmes, des mathématiciens, des statisticiens.

Je me rends bien compte que pour les plus petits cabinets, ces investissements peuvent paraître lourds par rapport à la taille de leurs organisations. Je les encourage vivement à se regrouper et à s'associer afin de mutualiser les investissements indispensables pour faire face à la digitalisation.

8/ Promotion et attractivité

Mon dernier point concerne la promotion de notre profession. Chaque fois que j'en ai l'occasion, je défends les intérêts de notre profession envers le monde économique, nos représentants politiques, les syndicats, l'administration, les associations professionnelles. Il ne s'agit pas d'un lobbying partisan. Je défends vos intérêts en expliquant la

toelichten van de toegevoegde waarde die wij creëren door onze tussenkomsten (voor onze klanten en voor het algemeen belang).

Dit is echter enkel mogelijk indien wij (blijven) focussen op kwaliteit, indien wij geen toegevingen doen met betrekking tot de naleving van onze ethische en onafhankelijkheidsvoorschriften en indien onze opdrachten worden uitgevoerd ten behoeve van het algemeen belang.

Met betrekking tot de aantrekkelijkheid van het beroep bij de jonge generatie ben ik blij met het initiatief van de Jongerenraad om alle Belgische universiteiten en hogescholen te bezoeken om ons beroep te promoten, alsook de stage van bedrijfsrevisor die bijzonder veeleisend is en zonder twijfel kan worden vergeleken met een bijkomende master van hoog niveau. Ik moedig hen aan om hun inspanningen voort te zetten.

Conclusie

Ons beroep is essentieel voor de goede werking van onze economie. Laten we de kwaliteit vooropstellen en trots zijn op ons beroep!

Tom MEULEMAN
Voorzitter IBR

plus-value que nous créons par nos interventions (pour nos clients et pour l'intérêt général).

Ceci n'est toutefois possible que si nous mettons et continuons à mettre la qualité en avant, si nous n'acceptons aucun compromis quant au respect de nos règles d'éthique et d'indépendance et si nos missions sont au service de l'intérêt général.

En ce qui concerne l'attractivité de la profession auprès de la jeune génération, je me réjouis de l'initiative du conseil des jeunes de visiter de manière systématique toutes les universités et hautes écoles du pays afin d'y faire la promotion de notre profession et du stage de réviseur d'entreprises, lequel est particulièrement exigeant et peut, sans conteste, se comparer à un master complémentaire de haute qualité. Je les encourage à poursuivre leurs démarches.

Conclusion

Notre métier est indispensable au bon fonctionnement de l'économie. Mettons la qualité en avant et soyons en fier !

Tom MEULEMAN
Président IRE

DE DETERMINANTEN VAN EEN VRIJWILLIGE AUDIT BIJ BELGISCHE VZW'S¹

MATHIEU DE WAELE

*Master student Social sciences & Solvay Business School,
Department Business (BUSI), Accountancy & Auditing*



STEFANIE CEUSTERMANS

*Professor Social sciences & Solvay Business School,
Department Business (BUSI), Accountancy & Auditing*



Inleiding

In dit artikel wordt er onderzocht wat de determinanten zijn van een vrijwillige audit bij Belgische verenigingen zonder winst oogmerk (hierna VZW's). Het doel is om na te gaan hoeveel VZW's op vrijwillige basis een wettelijke controle laten uitvoeren en welke determinanten bepalend zijn in hun keuze.

In de wetenschappelijke literatuur heeft er nog maar nauwelijks onderzoek plaatsgevonden naar een vrijwillige audit bij VZW's. In 2011 onderzochten VERBRUGGEN, REHEUL, VAN CANEGHEM, DIERICK, CHRISTIAENS & VANHEE als eerste in een grootschalige studie wat de rol en de perceptie is van de bedrijfsrevisor in de Belgische non-

profitsector. In deze studie gaf 18 % van de 285 ondervraagde stichtingen en verenigingen aan, dat het aanstellen van een commissaris een vrijwillige keuze was. Tevens stellen de auteurs vast dat het bestaande onderzoek naar een financiële audit in de non-profitsector schaars is. In het algemeen hinkt de non-profitsector achterop wat betreft onderzoek naar auditgerelateerde onderwerpen. Dit kan te wijten zijn aan het feit dat er pas recent in vele landen de verplichting bestaat voor de non-profitsector om net zoals de vennootschappen een jaarrekening op te stellen en in te dienen bij een officiële instantie. De laatste decennia zijn de Belgische VZW's onderhevig aan een sterke verandering op zowel juridisch als boekhoudkundig vlak. In 2002 vond er reeds een eerste metamorfose plaats van de toenmalige wetgeving. Deze wetswijziging kwam er doordat er een algemene nood was aan meer transparantie en controle. Voordien hadden VZW's praktisch geen verplichtingen

¹ Dit artikel is gebaseerd op de thesis van de schrijver die is ingediend in het academiejaar 2017-2018. Onder invloed van het nieuwe Wetboek van vennootschappen en verenigingen (hierna WVV) zijn er intussen verschillende wetteksten gewijzigd of vervangen.

wat betreft het voeren van een boekhouding en het rapporteren van financiële informatie (CHRISTIAENS & VANHEE, 2015).

Sedert 1 mei 2019 is het nieuwbakken WVV² van kracht. Een doel van het nieuwe WVV is om tegemoet te komen aan de Europese evoluties. Met het nieuwe wetboek tracht de wetgever het vennootschap- en verenigingslandschap te moderniseren om zo voor meer eenvoud, flexibiliteit en uniformiteit te zorgen.

De non-profitsector vormt een belangrijk aandeel in de Belgische economie. Uit een rapport van de Koning Boudewijnstichting (2017) blijkt dat het aandeel van de izw's³ 5,4 % van het Belgische BBP bedroeg in 2014. Bovendien stelden de izw's maar liefst 467.000 gesalarieerde werknemers te werk in 2014 wat 12,3 % vertegenwoordigde van de totale gesalarieerde werkgelegenheid in de Belgische economie.

2 Sedert 1 mei 2019 is het nieuwe WVV van kracht voor nieuwe vennootschappen en verenigingen. Bestaande vennootschappen en verenigingen moeten de nieuwe regelgeving toepassen vanaf 1 januari 2020.

3 De NBB publiceert een door het Instituut van de Nationale Rekeningen (INR) opgestelde satellietrekening. Deze satellietrekening omvat alle instellingen zonder winstoogmerk (izw's). "De populatie die door de satellietrekening van de izw's wordt gedekt omvat onder meer het geheel van VZW's, stichtingen, de vakverenigingen en beroepsorganisaties, de bedienaars van de eredienst en de politieke partijen. Organisaties die door de administratie worden gecontroleerd horen hier niet in thuis. Vanwege de onbeschikbaarheid van gegevens werden alleen de organisaties met bezoldigd personeel en/of die hun jaarrekeningen neerleggen bij de Balanscentrale van de NBB opgenomen." (Koning Boudewijnstichting, 2017, p. 9). De satellietrekening omvat dus meer dan alleen de VZW's. Het aandeel van de VZW's is wel veruit het meest omvangrijke in de satellietrekening, deze bedraagt maar liefst 97,7 % van de arbeidplaatsen van alle izw's (Koning Boudewijnstichting, 2008). Er kan dus worden geconcludeerd dat de satellietrekening een goede weerspiegeling geeft van de werkgelegenheid die VZW's creëren in België.

VAN DE 5.172 VZW'S DIE WERDEN GEANALYSEERD BLIJKT 23 % OP VRIJWILLIGE BASIS EEN AUDITOR AAN TE STELLEN. VOOR MAAR LIEFST ÉÉN VIJFDE VAN DE BESCHOUWDE VZW'S IN DIT ONDERZOEK BLIJKEN DE BATEN VAN EEN AUDIT DUS GROTER TE ZIJN DAN DE KOSTEN

Deze studie richt zich enkel op VZW's⁴ die bij wet van 27 juni 1921 betreffende de verenigingen zonder winstoogmerk, de stichtingen en de Europese politieke partijen niet verplicht zijn om een commissaris aan te stellen. Om te weten te komen welke de determinanten zijn van een vrijwillige audit bij Belgische VZW's zal er een uitgebreide data-analyse plaatsvinden. Hiervoor zal er gebruik worden gemaakt van informatie die afkomstig is uit de jaarrekeningen van VZW's met een verkort schema.

Boekhoudkundige en auditverplichtingen van VZW's

De wettelijke controleverplichtingen hangen af van de omvang van de VZW's. VZW's kunnen worden onderverdeeld in drie verschillende categorieën. Zie tabel⁵ 1 voor een overzicht.

4 De volgende entiteiten vallen buiten het toepassingsgebied van deze studie: IVZW's, stichtingen, buitenlandse VZW's, buitenlandse IVZW's, zeer grote VZW's, kleine en grote VZW's die op vrijwillige basis een jaarrekening volgens het volledig schema neerleggen en kleine en grote VZW's die geen jaarrekening neerleggen bij de balanscentrale van de NBB.

5 Aangezien het onderzoek in dit artikel nog plaatsvond onder de voormalige wetgeving, bevat deze tabel de regelgeving zoals gestipuleerd in de gecoördineerde wet van 27 juni 1921 betreffende de VZW's, de stichtingen en de Europese politieke partijen en stichtingen.

Tabel 1. Groottecriteria en verplichtingen van verenigingen en stichtingen (niet meer geldig sinds 1 mei 2019)

	Kleine VZW's	Grote VZW's	Zeer grote VZW's
Criteria	Alle VZW's die niet voldoen aan de criteria van een grote of zeer grote VZW	VZW's die minstens twee van de volgende criteria overschrijden: - jaargemiddelde aantal werknemers (in VTE): 5 - jaaromzet (excl BTW): € 312.500 - balanstotaal: € 1.249.000	VZW's die gemiddeld 100 werknemers (VTE) in dienst hebben of minstens twee van de volgende criteria overschrijden: - jaargemiddelde aantal werknemers (in VTE): 50 - jaaromzet (excl BTW) € 7.300.000 - balanstotaal: € 3.650.000
Boekhouding	Enkelvoudige boekhouding	Dubbele boekhouding	
Rapportering	Vereenvoudigde jaarrekening	Minstens een VKT model neerleggen bij de balanscentrale van de NBB	VOL model neerleggen bij de balanscentrale van de NBB
Commissaris	Nee	Nee	Ja

Bron: NBB en MATHEÏ (2010).

Zoals blijkt uit tabel 1 moeten alleen de zeer grote VZW's één of meerdere commissarissen aanstellen.

Opvallend is dat recentelijk de commissie voor handels- en economisch recht een wetsvoorstel⁶ heeft goedgekeurd die elke VZW ertoe verplicht, ongeacht haar grootte, een jaarrekening neer te leggen bij de balanscentrale van de NBB.

Deze verplichting zou pas in werking treden voor de jaarrekeningen die moeten worden neergelegd in het jaar 2021. Momenteel heerst er wel nog onzekerheid aangezien dit wetsvoorstel nog moet worden goedgekeurd door de Kamer van volksvertegenwoordigers.

Daarnaast dient er te worden opgemerkt dat heel wat VZW's tevens onderworpen zijn aan een sectorale auditreglementering. Uit een studie van VERBRUGGEN *et al.* (2011) worden er maar liefst 59 sectorale auditreglementeringen vastgesteld. Via deze sectorale auditreglementeringen wordt er telkens een zekere vorm van jaarlijkse controle over de jaarrekening opgelegd. Dit impliceert dus dat een grote of kleine VZW die conform de VZW-wet niet verplicht is een commissaris aan te stellen, toch onderhevig zou kunnen zijn aan een controle van de jaarrekening.

Deze sectorale auditreglementeringen komen hoofdzakelijk voor in sectoren waar VZW's een erkenning dienen te krijgen of substantieel afhankelijk zijn van subsidiering door officiële overheidsinstanties (VERBRUGGEN *et al.*, 2011).

⁶ Wetsvoorstel tot wijziging van het wetboek van vennootschappen met betrekking tot de giften en de jaarrekeningen van verenigingen en stichtingen, memorie van toelichting, *Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 3550/003.

Volgens CHRISTIAENS, VANHEE & VERBRUGGEN (2012) zijn er drie expliciete en negen impliciete sectorale regelgevingen die het aanstellen van een bedrijfsrevisor in zijn hoedanigheid als commissaris opleggen. De volgende drie instellingen werden geïdentificeerd onder een expliciete sectorale regelgeving:

- de Franstalige inrichtingen van het basis- en secundair onderwijs;
- de niet-gouvernementele ontwikkelingsorganisaties met "programma"-erkenning;
- de dienstverlenende en opdrachthoudende verenigingen in het kader van de Vlaamse intergemeentelijke samenwerkingsverbanden.

De vraag naar audit

Onderzoek naar de factoren voor de vraag naar een vrijwillige audit bij VZW's heeft tot op heden nauwelijks plaatsgevonden. De determinanten die we in dit artikel onderzoeken zijn bijgevolg voornamelijk afgeleid uit eerdere studies die een vrijwillige audit bij vennootschappen onderzochten.

De vraag naar een audit wordt verklaard door drie klassieke theorieën. Deze theorieën verklaren in grote mate waarom er op vrijwillige basis een beroep wordt gedaan op een wettelijke controle. Het gaat om de principaal-agent⁷ theorie, de signaaltheorie en de verzekeringstheorie.

Volgens de *agency* theorie die in het leven is geroepen door JENSEN en MECKLING in 1976, ontstaan er in een entiteit conflicterende belangen tussen de verschillende contracterende partijen. De principaal zal een agent aanstellen om een welbepaalde dienst te vervullen in zijn naam. Aangezien er traditioneel informatieasymmetrie heerst tussen beide partijen en ze allebei ook nutsmaximalisatie nastreven, zal de agent niet altijd in het

beste belang handelen van de principaal. Het is dergelijk gedrag dat welvaartsverlies veroorzaakt voor de principaal en aanleiding geeft tot *agency* problemen (BREESCH, BRANSON & HARDIES, 2017). Er bestaan heel wat relaties die de hoedanigheid hebben van de principaal – agent vorm, namelijk tussen aandeelhouders en het management, managers en ondergeschikten, donors en donatie ontvangers, de overheid en gesubsidieerde organisaties (JEGERS, 2009).

De signaaltheorie van AKERLOF (1970) veronderstelt ook het bestaan van informatieasymmetrie net zoals het geval is bij de *agency* theorie. In de signaaltheorie ligt de focus op de informatieasymmetrie die zich bevindt tussen de entiteit en de externe gebruikers van de financiële overzichten (BREESCH *et al.*, 2017). Een VZW die op vrijwillige basis een onafhankelijke auditor aanstelt zal hiermee een signaal willen uitzenden naar de buitenwereld toe. Zij zullen trachten te bewijzen aan hun verschillende stakeholders (donors, werknemers, overheid, schuldeisers, maatschappij) dat de entiteit op een betrouwbare en professionele manier wordt geleid.

Via de verzekeringstheorie kan een entiteit een deel van de financiële verantwoordelijkheid doorschuiven naar een wettelijke auditor (BEATTIE & FEARNLEY, 1995; ITTONEN, 2010). In België worden auditors weliswaar zelden aangeklaagd. Dit komt omdat het oorzakelijk verband tussen het commissarisverslag en de beslissing van de derde partij (aanklager) moeilijk aan te tonen is. De aanklager moet kunnen bewijzen dat indien de auditor geen fout had begaan, hij een andere beslissing had genomen en bijgevolg geen schade had geleden (DE POORTER, 2008).

Op basis van deze theorieën worden een aantal ondernemingskenmerken onderzocht die in voorgaand onderzoek in verband werden gebracht met de vraag naar een vrijwillige audit.

Grootte. Uit een aanzienlijk aantal studies bij vennootschappen blijkt dat grootte een belangrijke determinant is voor het aangaan van

7 Wordt ook wel de *agency* theorie genoemd.

een vrijwillige audit (ABDEL-KHALIK, 1993; BREESCH, HARDIES, DE MUYLDER & DOPCHIE, 2012; COLLIS, JARVIS & SKERRATT, 2004; COLLIS, 2010; COLLIS, 2012; DEDMAN, KAUSAR & LENNOX, 2014; NIEMI, KINNUNEN, OJALA & TROBERG, 2012; OJALA, COLLIS, KINNUNEN, NIEMI & TROBERG, 2016). Dit is logisch aangezien de wetgever zelf de grootte van een entiteit hanteert om een verplichte audit op te leggen. De groottecriteria voor een zeer grote vereniging vormen volgens de wetgever het punt waar de voordelen van een audit de nadelen overstijgen. Onder deze limiet kunnen VZW's zelf via een kosten baten analyse bepalen of ze een audit willen laten uitvoeren (tenzij ze zijn onderworpen aan een van de specifieke sectorale auditbepalingen). Bovendien geldt dat hoe groter een VZW is, hoe kleiner de marginale kost is van een audit (CHOW, 1982).

Hypothese 1: Ceteris paribus, er is een positieve relatie tussen de grootte van een VZW en een vrijwillige audit.

Proportie financiële schulden. Indien een VZW beroep doet op vreemd kapitaal geeft dit aanleiding tot het ontstaan van een principaal-agent relatie. Uit verschillende studies blijkt dat de schuldgraad een belangrijke motivatie is voor een vrijwillige audit (CHOW, 1982; COLLIS et al., 2004; COLLIS, 2010; HAY & DAVIS, 2004; NIEMI et al., 2012). De schuldgraad geeft weer in welke mate er beroep wordt gedaan op vreemd kapitaal en wordt gemeten als het totaal aan financiële schulden in de kapitaalstructuur van een entiteit.

Hypothese 2: Ceteris paribus, er is een positieve relatie tussen de proportionele hoeveelheid financiële schulden in de kapitaalstructuur en een vrijwillige audit bij VZW's.

Proportie handelsschulden. Een leverancier kan ook optreden als kredietverstrekker. Het betalingsuitstel dat verkregen wordt bij een aankoop, wordt bestempeld als 'leverancierskrediet'. Volgens OJALA et al. (2016) zouden kleine vennootschappen die sterk

afhankelijk zijn van hun leveranciers meer geneigd zijn om een vrijwillige audit te ondergaan. Op deze manier kan de vennootschap haar kredietwaardigheid bewijzen en vergewist ze zich van een blijvende aanvoer van goederen of diensten. De jaarrekening vormt de belangrijkste bron van informatie die leveranciers kunnen raadplegen. Leveranciers kunnen namelijk niet zoals banken een waarborg eisen of extra informatie opvragen indien ze dit nodig achten. Indien de entiteit een audit heeft laten uitvoeren schept dit een groter vertrouwen in de objectiviteit van de jaarrekening.

Hypothese 3: Ceteris paribus, er is een positieve relatie tussen de proportionele hoeveelheid handelsschulden in de kapitaalstructuur en een vrijwillige audit bij VZW's.

Financiële moeilijkheden. Organisaties in financiële moeilijkheden zullen mogelijk sneller op vrijwillige basis een auditor aanstellen. Het advies en expertise van de auditor wordt namelijk beschouwd als hulpmiddel tijdens een financieel moeilijke situatie (Niemi et al., 2012). BEATTIE, FEARNLEY & BRANDT (2004) tonen aan dat bedrijven die financiële moeilijkheden ervaren sneller geneigd zijn om hun resultaat te manipuleren. DEDMAN et al. (2014) maken wel gewag van een tegengesteld effect. De auditprijs die de auditor aanreken zal namelijk hoger liggen vanwege het extra risico dat ontstaat als gevolg van de financiële moeilijkheden. Desondanks blijkt uit eerder onderzoek dat vennootschappen die vrijwillig een audit ondergaan, meer financiële moeilijkheden ervaren (DEDMAN et al., 2014; OJALA et al., 2016; VANDERGUCHT, CEUSTERMANS & BREESCH, 2017).

Hypothese 4: Ceteris paribus, er is een positieve relatie tussen het ervaren van financiële moeilijkheden en een vrijwillige audit bij VZW's.

Leeftijd. De leeftijd van een entiteit behelst een zekere mate van risico. Bij een jonge entiteit is er meer informatieasymmetrie aanwezig dan

DE AFHANKELIJKHEID VAN DONATIES EN SUBSIDIES HEEFT EEN POSITIEVE INVLOED OP EEN VRIJWILLIGE AUDIT

bij een oudere entiteit (DEDMAN *et al.*, 2014). Een oudere entiteit heeft immers gedurende haar bestaan al een betrouwbare reputatie ten aanzien van verscheidene stakeholders opgebouwd. Een jongere entiteit zal zodoende als risicovoller worden beschouwd en meer baat hebben om een vrijwillige audit aan te gaan dan een oudere entiteit. Maar door het grotere geassocieerde risico zal de kost van de audit wel hoger zijn. Er zal worden nagegaan welk effect leeftijd heeft op een vrijwillige audit zonder een richting te specificeren.

Hypothese 5: Ceteris paribus, er is een relatie tussen leeftijd en een vrijwillige audit bij VZW's.

Transparantie. VZW's die het verkort model van de jaarrekening neerleggen, mogen zelf bepalen of ze in de jaarrekening hun bedrijfsopbrengsten en de hoeveelheid lidgeld, schenkingen, legaten en subsidies die ze ontvangen rapporteren. Het enige dat in het verkort model verplicht moet worden vermeld qua opbrengsten is de brutomarge. VZW's die de inspanning leveren om hun bedrijfsopbrengsten en/of hun lidgeld, schenkingen, legaten en subsidies te rapporteren, worden geacht meer belang te hechten aan financiële transparantie. Het valt te vermoeden dat deze VZW's ook sneller op vrijwillige basis een auditor zullen aanstellen.

Hypothese 6: VZW's die het verkort model hanteren en hierbij hun bedrijfsopbrengsten en/of hun lidgelden, schenkingen, legaten en subsidies rapporteren zullen, *ceteris paribus*, sneller geneigd zijn een vrijwillige audit te ondergaan.

Sector. Net zoals in enkele voorgaande VZW studies zal er een controlevariabele worden gehanteerd voor de sector waarin de VZW actief is (REHEUL, VAN CANEGHEM & VERBRUGGEN, 2013; BEATTIE, GOODACRE, PRATT & STEVENSON, 2001; VERMEER, RAGHUNANDAN & FORGIONE, 2009). De sectoren worden geïdentificeerd aan de hand van de NACE-BEL code.

Dataverzameling en onderzoeksmethode

Om te achterhalen wat de determinanten zijn van een vrijwillige audit bij VZW's zal er een logistisch regressiemodel worden opgesteld. De vereiste data voor dit model is afkomstig uit de Bel-first databank. Er zal worden gebruik gemaakt van de financiële gegevens daterend uit het boekjaar 2016.

Eerst worden alle Belgische VZW's in de Bel-first databank geselecteerd. Vervolgens selecteren we alleen de VZW's die een jaarrekening volgens het verkorte schema neerleggen. Deze moeten namelijk geen auditor op verplichte basis aanstellen. Nadien filteren we alle VZW's uit ons databestand die geen jaarrekening hebben neergelegd voor het jaar 2016. Zo komen we tot het totaal aantal VZW's die een verkorte jaarrekening hebben neergelegd voor het jaar 2016. Vervolgens worden ook de VZW's met ontbrekende of foutieve data uit de steekproef geweerd.

Tabel 2. *Selectieprocedure dataverzameling*

Beschrijving	Aantal
Totaal aantal Belgische VZW's in de Bel-first databank	28.206
- VZW's die een jaarrekening neerleggen volgens een specifiek of volledig schema	-20.585
- VZW's die geen jaarrekening hebben neergelegd voor het jaar 2016	-2.046
VZW's die een jaarrekening volgens het verkort schema hebben neergelegd voor het jaar 2016	5.575
- VZW's met ontbrekende of foutieve data ⁸	-403
Totale steekproef	5.172
Aantal VZW's die een vrijwillige audit ondergaan	1.197
Percentage van totale steekproef	23 %

A. Schatting logistisch regressiemodel

Aan de hand van volgend multivariabel logistisch regressiemodel zullen de eerder vermelde hypothesen worden getest. In tabel 3 (zie bijlage) wordt er een overzicht gegeven van alle variabelen

$$\text{VRIJWILIGE AUDIT} = \beta_0 + \beta_1 \text{GROOTTE} + \beta_2 \text{FINSCHULD} + \beta_3 \text{HANDELSSCHULD} + \beta_4 \text{FINMOEILIKHEDEN} + \beta_5 \text{WINST} + \beta_6 \text{LEEFTIJD} + \beta_7 \text{TRANSPARANTIE} + \beta_8 \text{SECTOR}$$

Resultaten

Maar liefst 23 % van alle VZW's in onze steekproef beslist om op vrijwillige basis een audit te ondergaan voor het jaar 2016. 20 % van de VZW's die een audit laat uitvoeren, doet hiervoor een beroep op één van de big 4 kantoren.

⁸ VZW's met ontbrekende of foutieve data:

- VZW's waarvan de jaarrekening niet voldoet aan alle controles.
- Andere rechtsvormen dan privaatrechtelijke VZW's en normale VZW's
- VZW's die onder invloed van de twee eerder vermelde sectorale auditreglementering worden onderworpen aan een verplichte controle van de jaarrekening (er werd geen rekening gehouden met de derde sectorale auditreglementering betreffende de dienstverlenende en opdracht houdende verenigingen in het kader van de Vlaamse Intergemeentelijke samenwerkingsverbanden. Dit was niet mogelijk aangezien deze instellingen niet ressorteren onder één welbepaalde NACE-BEL code).

In tabel 4 (zie bijlage) worden de resultaten van de logistische regressie weergegeven. Uit de Chi-kwadraattest blijkt dat het model globaal gezien statistisch significant is. Via de pseudo R² wordt de verklarende kracht van het model nagegaan, deze bedraagt 9,3 %.

Om een antwoord te krijgen op de hypothesen wordt er gekeken naar de individuele variabelen en hun significantie.

GROOTTE heeft een positieve waarde en is sterk significant ($p < 0,01$). VZW's die groter zijn zullen zoals verwacht in hypothese één, sneller geneigd zijn om een vrijwillige audit te laten uitvoeren. Dit is in lijn met eerder onderzoek waar de grootte van een entiteit een belangrijke factor is voor het verklaren van een vrijwillige audit.

Hypothese twee wordt getest via de variabele FINSCHULD. Deze variabele blijkt sterk significant ($p < 0,01$) te zijn en heeft een negatief teken. Dit staat in contrast met het vooropgestelde positieve verband vanwege de *agency* kosten die zouden ontstaan bij het aangaan van een lening. Een mogelijke verklaring is dat banken over eigen controlemethodes beschikken waarmee het risico op eigenhandige basis wordt ingeschat. Bovendien kunnen banken zelf bijkomstige informatie opvragen en een waarborg eisen. Om deze redenen hechten banken mogelijk minder waarde aan een audit.

In hypothese drie wordt de invloed van de *agency* relatie tussen de VZW's en haar leveranciers op het al dan niet aangaan van een vrijwillige audit getest. Hiervoor wordt er gebruik gemaakt van de variabele HANDELSSCHULD. Deze variabele blijkt sterk significant te zijn ($p < 0,01$) en heeft zoals verwacht een positief teken. Dit wijst op een positief verband, VZW's met meer handelsschulden zijn dus sneller geneigd om op vrijwillige basis een auditor aan te stellen.

In hypothese vier werd er verondersteld dat VZW's die financiële moeilijkheden ervaren sneller een auditor zouden aanstellen. Om deze hypothese te testen werden er twee variabelen opgenomen in het logistische regressie model. Het gaat om de variabelen FINMOEILIJKHEDEN en WINST. Beide variabelen blijken niet significant te zijn ($p > 0,05$). Volgens ons model is er dus geen verband tussen financiële moeilijkheden en een vrijwillige audit.

Via hypothese vijf wordt er getest welke invloed leeftijd heeft op een vrijwillige audit. Er werd vooraf geen richting gespecificeerd aangezien in twee eerdere studies de resultaten afwijkend waren. In tabel 4 zien we dat de variabele LEEFTIJD sterk significant is ($p < 0,01$) en wordt er een negatief verband waargenomen. Hoe meer informatie-asymmetrie er aanwezig is hoe groter de kans op een vrijwillige audit, jongere VZW's zullen sneller geneigd zijn om op vrijwillige basis een auditor aan te stellen.

In hypothese zes wordt er vermoed dat VZW's die belang hechten aan transparantie sneller geneigd zijn om een vrijwillige audit te laten uitvoeren. Om dit na te gaan werd er gebruik gemaakt van een categorische variabele met drie mogelijkheden (zie tabel 4). De VZW's die zowel rekening 70/74 als rekening 73 niet rapporteren wordt opgenomen als referentiecategorie. In tabel 4 zien we dat de variabele TRANSPARANTIE in zijn geheel sterk significant is ($p < 0,01$). De tweede categorie zijnde VZW's die alleen de rekening 70/74 vermelden in hun jaarrekening blijkt niet significant te zijn ($p > 0,05$). De

derde categorie blijkt daarentegen waarbij VZW's die zowel rekening 70/74 als rekening 73 vermelden in hun jaarrekening, wel sterk significant te zijn ($p < 0,01$). VZW's die dus zowel hun bedrijfsopbrengsten als hun lidgeld, schenkingen, legaten en subsidies rapporteren zijn sneller geneigd om een vrijwillige audit te laten uitvoeren dan VZW's die geen van beide rapporteren.

Tot slot geven de resultaten aan dat de variabele SECTOR als geheel sterk significant is ($p < 0,01$). Van de opgenomen dummy variabelen blijken alleen sector drie gezondheidszorg en sector zes overige sterk significant te zijn ($p < 0,01$). VZW's actief in sector zes⁹ overige zullen sneller beroep doen op een vrijwillige audit dan de VZW's in de maatschappelijke dienstverlening sector. Voor VZW's actief in sector drie gezondheidszorg geldt het tegendeel, deze zullen minder snel een vrijwillige audit laten uitvoeren dan VZW's die actief zijn in de maatschappelijke dienstverlening sector.

B. Bijkomende analyse: afhankelijkheid van donaties en subsidies

VZW's kunnen in het algemeen hun inkomsten halen uit drie verschillende bronnen (1) donaties, (2) subsidies en (3) commerciële inkomsten via de verkoop van goederen of diensten. In de literatuur wordt er een onderscheid gemaakt tussen *donatieve*¹⁰ en commerciële VZW's (REHEUL *et al.*, 2013, 2014). Het verschil tussen beiden is dat de eerstgenoemde voornamelijk hun inkomsten halen uit donaties en subsidies terwijl de tweede hun inkomsten bekomen via het verkopen van goederen of diensten. De output van "commerciële" VZW's is gemakkelijker te evalueren aangezien er een beoordeelbare tegenprestatie onder de vorm van een goed of dienst wordt bekomen (REHEUL *et al.*, 2014).

9 Voor een definitie van sector zes, zie tabel 3 hierna.

10 In het Engels spreekt men van *donative non-profit organizations*.

Om dit euvel te omzeilen kunnen donors en overheden de beschikbare financiële informatie van een VZW raadplegen alvorens een bijdrage te leveren. Uit enkele studies blijkt dat donors en overheden steeds meer belang hechten aan de beschikbare financiële informatie van een VZW. Uit VERBRUGGEN *et al.* (2011) blijkt dat een audit als kwaliteitslabel wordt gezien en bevorderlijk is voor het eventueel verkrijgen van subsidies. Via een vrijwillige audit zouden VZW's zich kunnen onderscheiden om zo meer donaties en subsidies te kunnen ontvangen (REHEUL *et al.*, 2014).

Uit de eerste logistische regressie in tabel 4 blijkt dat VZW's die zowel rekening 70/74 als rekening 73 vermelden in hun jaarrekening sneller beroep doen op een vrijwillige audit. Het lijkt dus ook interessant om voor deze specifieke groep VZW's te gaan kijken of de afhankelijkheid van donaties en subsidies een invloed heeft op een vrijwillige audit.

Om dit te testen zal de variabele AFHDONAT&SUB aan het vorig logistisch regressiemodel worden toegevoegd. Deze variabele wordt als volgt gedefinieerd: lidgeld, schenkingen, legaten en subsidies (73) / bedrijfsopbrengsten (70/74).

Uit de steekproef van 5.172 VZW's zijn er 1.325 VZW's die zowel hun bedrijfsopbrengsten als hun lidgeld, schenkingen, legaten en subsidies rapporteren. Hierdoor zal de logistische regressie alleen op deze 1.325 VZW's plaatsvinden aangezien voor de overige 3.847 VZW's de variabele AFHDONAT&SUB niet kan worden berekend.

In tabel 5 (zie bijlage) zien we dat de variabele AFHDONAT&SUB sterk significant is en er een positief verband bestaat met een vrijwillige audit. Voor de beschouwde VZW's in de tweede logistische regressie blijkt dat de afhankelijkheid van donaties en subsidies een positief effect heeft op een vrijwillige audit.

Conclusie en beperkingen

Uit dit onderzoek blijkt dat maar liefst 23 % van de 5.172 onderzochte VZW's op vrijwillige basis een audit laat uitvoeren. Dit impliceert dat voor meer dan één vijfde van de onderzochte VZW's de baten van een vrijwillige audit groter zijn dan de kosten.

Uit de resultaten blijkt dat handelsschulden de belangrijkste determinant is voor VZW's om een vrijwillige audit te laten uitvoeren. Verder bleek dat hoe groter en jonger een VZW is hoe groter de kans dat deze een vrijwillige audit laat uitvoeren. Financiële schulden blijken een negatief verband te hebben met een vrijwillige audit.

Het belang dat een VZW hecht aan financiële transparantie blijkt ook van belang te zijn in de vraag naar een vrijwillige audit. Zo wordt er gevonden dat VZW's die zowel hun bedrijfsopbrengsten als hun lidgeld, schenkingen, legaten en subsidies rapporteren tevens meer belang hechten aan een vrijwillige audit.

Uit de bijkomende analyse blijkt bovendien dat de afhankelijkheid van donaties en subsidies een positieve invloed heeft op de vraag naar een vrijwillige audit.

Er zijn zes belangrijke beperkingen die mee in beschouwing moeten worden genomen.

Een eerste beperking is dat er geen rekening wordt gehouden met alle 59 sectorale auditreglementeringen die worden ontdekt in de studie van VERBRUGGEN, REHEUL, VAN CANEGHEM, DIERICK, CHRISTIAENS & VANHEE (2011). Er werd enkel getracht rekening te houden met de drie sectorale auditreglementeringen die het aanstellen van een commissaris expliciet verplichten. Met één van de drie expliciete sectorale auditreglementering kon er geen rekening worden gehouden. Hierdoor zal het aantal VZW's dat vrijwillig een audit ondergaat mogelijk worden overschat.

Een tweede beperking van deze studie is dat alleen de VZW's worden onderzocht die een verkorte jaarrekening neerleggen bij de balanscentrale van de NBB. Hierdoor wordt er geen rekening gehouden met de VZW's die een specifiek model van de jaarrekening neerleggen, de kleine en grote VZW's die vrijwillig voor een volledig model van de jaarrekening kiezen en de kleine en grote VZW's die geen jaarrekening neerleggen bij de balanscentrale van de NBB.

Een derde beperking is dat de invloed van de belangrijkste interne *agency* relatie in een VZW's, deze tussen de algemene vergadering en de raad van bestuur niet wordt getest. Deze kan niet worden nagegaan doordat in de context van een VZW's er geen valabele surrogaatvariabele voorhanden blijkt te zijn voor de *agency* problemen tussen de algemene vergadering en de raad van bestuur.

De vierde beperking is dat het hoge percentage van vrijwillige audits ook gedeeltelijk het gevolg kan zijn van het doorlopen van een commissarismandaat. Zeer grote VZW's kunnen intussen kleiner zijn geworden waardoor het dus eigenlijk geen vrijwillige audit is maar het aflopen van een verplicht mandaat.

De vijfde beperking is dat er geen rekening wordt gehouden met mogelijke andere controleverplichtingen¹¹ waaraan verscheidene VZW's worden onderworpen. Een specifiek voorbeeld hier betreft de gesubsidieerde scholen, deze kunnen worden gecontroleerd door het agentschap voor onderwijsdiensten.

De zesde en laatste beperking is dat er geen rekening wordt gehouden met de mogelijkheid dat het bestuursorgaan een vrijwillige audit oplegt om zo meer zekerheid te verkrijgen over de betrouwbaarheid van de jaarrekening. Dit kon niet worden getest via het logistisch regressiemodel. Om dit te onderzoeken zouden enquêtes of interviews meer geschikt zijn.

Toekomstig onderzoek naar een vrijwillige audit bij VZW's is zeker noodzakelijk. Deze studie vormt namelijk maar een eerste aanzet om de determinanten van een vrijwillige audit bij Belgische VZW's te onderzoeken.

Zo kan er worden onderzocht of VZW's op de hoogte zijn van de verscheidene audit reglementeringen en of deze wel degelijk worden gerespecteerd.

Verder zouden de beweegredenen die VZW's hebben om een vrijwillige audit te laten uitvoeren meer in detail kunnen worden geanalyseerd op basis van kwalitatief onderzoek.

Gezien de afhankelijkheid van donaties en subsidies in dit onderzoek een positieve significante invloed heeft op een vrijwillige audit, achten we het nuttig dat er in toekomstig onderzoek diepgaander wordt onderzocht welke verschillen er heersen tussen "commerciële" en donatieve VZW's.

¹¹ Deze controleverplichtingen moeten niet noodzakelijk door een bedrijfsrevisor worden uitgevoerd.

Bijlage

Tabel 3. Variabelen logistische regressie

Variabelen	Omschrijving	Verwacht teken	Hypothese
VRIJWILLIGEAUDIT	Afhankelijke variabele die waarde 1 aanneemt indien de VZW voor een audit opteert en anders 0		
GROOTTE	Ln (totaal actief)	+	1
FINSCHULD	<u>Financiële schulden (170/4 en 43)</u> totaal passief	+	2
HANDELSCHULD	<u>Handelsschulden (44)</u> totaal passief	+	3
FINMOEILIKHEDEN	Indicator variabele die waarde 1 aanneemt bij een negatief eigen vermogen en anders 0	+	4
WINST	<u>EBIT</u> totaal passief	-	4
LEEFTIJD	Aantal jaren sinds de oprichting	?	5
TRANSPARANTIE	1. VZW's die geen bedrijfsopbrengsten (code 70/74) en lidgeld, schenkingen, legaten en subsidies (code 73) rapporteren 2. VZW's die alleen hun bedrijfsopbrengsten (70/74) rapporteren 3. VZW's die zowel hun bedrijfsopbrengsten (70/74) als lidgeld, schenkingen, legaten en subsidies (73) rapporteren	+	6
SECTOR	1. Maatschappelijke dienstverlening (NACE-BEL code 87 - 88) 2. Onderwijs (NACE-BEL code 85) 3. Gezondheidszorg (NACE-BEL code 86) 4. Kunst, amusement en recreatie (NACE-BEL code 90 - 93) 5. Belangenverenigingen, politieke partijen, vakbonden en beroepsverenigingen (NACE-BEL code 94 - 99) 6. overige (NACE-BEL code 01 - 84)		

Tabel 4. Logistische regressie

Variabelen	Verwacht teken	β	Wald	p
Constante		-4,012	369,537	0,000
GROOTTE	+	0,405	195,263	0,000
FINSCHULD	+	-0,654	8,111	0,004
HANDELSSCHULD	+	1,369	26,561	0,000
FINMOEILIJKHEDEN	+	0,149	1,038	0,308
WINST	-	-0,198	0,829	0,363
LEEFTIJD	?	-0,011	37,115	0,000
TRANSPARANTIE			51,730	0,000
VZW's die enkel rekening 70/74 rapporteren		-0,005	0,002	0,962
VZW's die zowel rekening 70/74 als rekening 73 rapporteren		0,539	46,807	0,000
SECTOR			42,943	0,000
Onderwijs		0,113	0,805	0,370
Gezondheidszorg		-0,434	6,749	0,009
Kunst, amusement en recreatie		-0,176	1,657	0,198
Belangenverenigingen, politieke partijen, vakbonden en beroepsverenigingen		0,050	0,236	0,627
Overige		0,407	19,056	0,000
Model toets				
N		5.172		
Chi-kwadraat		328,63		
p-waarde		0,000		
Pseudo R ²		9,3 %		

Tabel 5. Logistische regressie 2

Variabelen	Verwacht teken	β	Wald	p
Constante		-2,936	45,126	0,000
GROOTTE	+	0,259	22,489	0,000
FINSCHULD	+	-0,788	3,036	0,081
HANDELSSCHULD	+	1,636	10,425	0,001
FINMOEILIJKHEDEN	+	0,199	0,597	0,440
WINST	-	-0,093	0,049	0,825
LEEFTIJD	?	-0,014	15,594	0,000
AFHDONAT&SUB	+	0,555	6,793	0,009
SECTOR			20,832	0,001
Onderwijs		0,113	0,264	0,608
Gezondheidszorg		-0,067	0,048	0,827
Kunst, amusement en recreatie		0,019	0,006	0,937
Belangenverenigingen, politieke partijen, vakbonden en beroepsverenigingen		0,459	7,193	0,007
Overige		0,692	14,900	0,000
Model toets				
N		1.325		
Chi-kwadraat		63,765		
p-waarde		0,000		
Pseudo R ²		6,7 %		

Bronnen

ABDEL-KHALIK, A. R. (1993). Why do private companies demand auditing? A case for organizational loss of control. *Journal of Accounting, Auditing & Finance*, 8(1), 31-52.

AKERLOF, G. (1970). The market for lemons. *Quarterly journal of Economics*, 84(3), 488-500.

BEATTIE, V., & FEARNLEY, S. (1995). The importance of audit firm characteristics and the drivers of auditor change in UK listed companies. *Accounting and Business Research*, 25(100), 227-239.

BEATTIE, V., FEARNLEY, S., & BRANDT, R. (2004). A grounded theory model of auditor-client negotiations. *International journal of auditing*, 8(1), 1-19.

BEATTIE, V., GOODACRE, A., PRATT, K., & STEVENSON, J. (2001). The determinants of audit fees – Evidence from the voluntary sector. *Accounting and Business Research*, 31(4), 243-274.

BREESCH, D., BRANSON, J., & HARDIES, K. (2017). *Auditing*. Brugge: die Keure.

BREESCH, D., HARDIES, K., DE MUYLDER, J., & DOPCHIE, A. (2012). The Added Value of Auditing in Belgium: Does audit remain if no longer mandatory? *Accountancy & Bedrijfskunde*, 32(9), 9-20.

CHOW, C. W. (1982). The demand for external auditing: Size, debt and ownership influences. *Accounting review*, 272-291.

CHRISTIAENS, J., & VANHEE, C. (2015). *Non-profitsector accounting*. Brugge: die Keure.

- CHRISTIAENS, J., VANHEE, C., & VERBRUGGEN, S. (2012). Problematiek commissarisfunctie in de verenigingen en stichtingen ten gevolge van de sectorale boekhoud- en externe auditregelingen. *Accountancy & Bedrijfskunde*, 32(6), 26-34.
- COLLIS, J. (2010). Audit exemption and the demand for voluntary audit: A comparative study of the UK and Denmark. *International journal of auditing*, 14(2), 211-231.
- COLLIS, J. (2012). Determinants of voluntary audit and voluntary full accounts in micro-and non-micro small companies in the UK. *Accounting and Business Research*, 42(4), 441-468.
- COLLIS, J., JARVIS, R., & SKERRATT, L. (2004). The demand for the audit in small companies in the UK. *Accounting and business research*, 34(2), 87-100.
- DEDMAN, E., KAUSAR, A., & LENNOX, C. (2014). The demand for audit in private firms: recent large-sample evidence from the UK. *European Accounting Review*, 23(1), 1-23.
- DE POORTER, I. (2008). Auditor's liability towards third parties within the EU: A comparative study between the United Kingdom, the Netherlands, Germany and Belgium. *Journal of International Commercial Law and Technology*, 3, 68.
- HAY, D., & DAVIS, D. (2004). The voluntary choice of an auditor of any level of quality. *Auditing: A journal of practice & theory*, 23(2), 37-53.
- ITTONEN, K. (2010). *A Theoretical Examination of the Role of Auditing and the Relevance of Audit Reports*. Vaasa: University of Vaasa.
- JEGERS, M. (2009). "Corporate" governance in nonprofit organizations. *Nonprofit Management and Leadership*, 20(2), 143-164.
- JENSEN, M. C., & MECKLING, W. H. (1976). Theory of the firm: Managerial behavior, agency costs and ownership structure. *Journal of Financial Economics*, 3(4), 305-360.
- Koning Boudewijnstichting (2008). Verenigingen in België. Een kwantitatieve en kwalitatieve analyse van de sector - editie 2008. Geraadpleegd op 20 november 2017.
- Koning Boudewijnstichting (2017). Het economische gewicht van instellingen zonder winstoogmerk in België. Geraadpleegd op 20 november 2017, van <https://www.kbs-frb.be/nl/Activities/Publications/2017/306217>
- MATHEÏ, S. (2010). *De VZW'S stap voor stap: oprichting en werking*. Gent: Larcier.
- NIEMI, L., KINNUNEN, J., OJALA, H., & TROBERG, P. (2012). Drivers of voluntary audit in Finland: to be or not to be audited?. *Accounting and business research*, 42(2), 169-196.
- OJALA, H., COLLIS, J., KINNUNEN, J., NIEMI, L., & TROBERG, P. (2016). The Demand for Voluntary Audit in Micro-Companies: Evidence from Finland. *International Journal of Auditing*, 20(3), 267-277.
- REHEUL, A.-M., VAN CANEGHEM, T., & VERBRUGGEN, S. (2013). Audit report lags in the Belgian non-profit sector: an empirical analysis. *Accounting and Business Research*, 43(2), 138-158.
- REHEUL, A.-M., VAN CANEGHEM, T., & VERBRUGGEN, S. (2014). Financial reporting lags in the non-profit sector: An empirical analysis. *Voluntas: International Journal of Voluntary and Nonprofit Organizations*, 25(2), 352-377.
- VANDERGUCHT, M., CEUSTERMANS, S. & BREECH, D. (2017). Determinanten van een vrijwillige wettelijke controle bij Belgische ondernemingen. *Accountancy & Bedrijfskunde*, 36(4), 36-48.
- VERBRUGGEN, S., REHEUL, A.-M., VAN CANEGHEM, T., DIERICK, J., CHRISTIAENS, J., & VANHEE, C. (2011). *Het bedrijfsrevisoraat in de verenigingssector*. Antwerpen: Maklu.

VERMEER, T. E., RAGHUNANDAN, K., & FORGIONE, D. A. (2009). Audit fees at US non-profit organizations. *Auditing: A Journal of Practice & Theory*, 28(2), 289-303.

Résumé

Cet article examine les déterminants d'un audit volontaire auprès des ASBL belges. Le législateur oblige uniquement les très grandes ASBL à se soumettre annuellement à un contrôle légal. La littérature scientifique qui a déjà examiné un audit volontaire est principalement axée sur les sociétés. Néanmoins il y a également des ASBL qui optent pour un audit volontaire (VERBRUGGEN *et al.*, 2011).

23 % des 5.172 ASBL qui ont été analysées semblent désigner un contrôleur des comptes sur base volontaire. Pour pas moins d'un cinquième des ASBL considérées dans cette étude, les bénéfices d'un audit semblent donc l'emporter sur les coûts.

Ainsi, nous avons constaté que le niveau des dettes envers les fournisseurs constitue pour les ASBL la motivation principale pour désigner volontairement un contrôleur des comptes. En outre, il s'est avéré que la taille et la transparence financière des ASBL ont également un impact positif sur un audit volontaire. Les dettes financières par contre ont un impact négatif : plus l'ASBL a des dettes financières, moins il est probable qu'elle désigne un contrôleur des comptes sur base volontaire.

En outre, l'analyse supplémentaire a révélé que les ASBL qui sont plus fortement dépendantes de dons et de subventions, optent plus facilement pour un audit volontaire.

Summary

This paper identifies the determinants of voluntary audit in Belgian non-profit organisations (NPOs). The legislator obliges only very large NPOs to undergo an annual statutory audit. Scientific literature that has already analysed voluntary audit adoption is mainly focused on companies. Nevertheless, there are also NPOs that opt for voluntary audit (VERBRUGGEN *et al.*, 2011).

23% of the 5,172 analysed NPOs voluntarily appoint an auditor. For as many as one fifth of the considered NPOs in this study, the benefits of an audit appear to outweigh the costs.

For instance, we found that the level of trade payables constitutes for NPOs the principal motivation for appointing an auditor on a voluntary basis. Furthermore, it appeared that the NPO's size and financial transparency also have a positive impact on the voluntary audit decision. Financial liabilities, on the other hand, have a negative impact: the more financial liabilities the NPO has, the less likely that it appoints an auditor on a voluntary basis.

Moreover, the additional analysis revealed that NPOs that are more dependent on donations and grants, are more inclined to opt for voluntary audit.

LES IMPACTS FISCAUX DE LA RÉFORME DU CODE DES SOCIÉTÉS ET ASSOCIATIONS

RENAUD THONET

Avocat, Assistant à l'ULB



VIRGINIE BEUMIER

Avocat



Introduction

La réforme du droit des sociétés qui a abouti à l'adoption récente du nouveau Code des sociétés et des associations (ci-après « CSA ») a apporté des modifications profondes au droit des sociétés, à savoir l'application de la théorie du siège statutaire pour déterminer la « nationalité » d'une société, la suppression de la notion de « capital social » pour la plupart des sociétés, l'élargissement des possibilités de transformation des sociétés, ou encore la suppression de certaines formes de société. La volonté du législateur étant de garantir la neutralité fiscale de la réforme, ces adaptations nécessitaient une intervention législative, le droit fiscal se référant, expressément ou implicitement, à ces notions.

La loi du 17 mars 2019 « adaptant certaines dispositions fiscales fédérales au nouveau Code des sociétés et des associations »¹ (ci-après « loi fiscale CSA ») est donc venue modifier le Code des impôts sur les revenus 1992 (ci-après « CIR 92 »), afin d'assurer la neutralité sur le plan fiscal des dispositions du CSA².

La présente contribution a pour but de parcourir les principales adaptations apportées au CIR 92 par loi fiscale CSA ainsi que d'évoquer le traitement fiscal de certaines opérations

- 1 Loi du 17 mars 2019 « adaptant certaines dispositions fiscales fédérales au nouveau code des sociétés et des associations », *M.B.*, 10 mai 2019.
- 2 Chaque région doit, de son côté, modifier le cas échéant ses codes fiscaux. Au moment de clôturer cette contribution, seule la région flamande l'a fait par un décret du 21 décembre 2018 « contenant diverses mesures fiscales », qui a ainsi adapté les dispositions du Code flamand de la fiscalité, notamment celles relatives au régime de faveur des transmissions d'entreprise.

qu'autorise le CSA et qui n'ont pas fait l'objet de dispositions de la loi fiscale CSA³.

Changement du critère de la « nationalité » des sociétés, la *lex societatis*

Avant l'entrée en vigueur du CSA, le Code des sociétés et le Code de droit international privé se référaient, pour déterminer le droit de l'Etat qui régit la personne morale, au critère du siège réel, c'est-à-dire la loi du lieu où celle-ci à son siège de direction effective, à savoir, en principe, le lieu où se réunissent habituellement le conseil d'administration et l'assemblée générale. L'assujettissement à l'impôt des sociétés (ci-après « ISoc ») est déterminé par le même critère dans le CIR 92. L'adoption du CSA a mis fin à la coïncidence qui existait entre le droit des sociétés et le CIR 92 en choisissant comme critère de la *lex societatis* la loi du siège statutaire, c'est-à-dire celle de l'adresse indiquée dans les statuts de la société. Naturellement, le critère du siège réel a été maintenu pour déterminer la résidence fiscale pour les besoins de l'assujettissement à l'ISoc.

Il en résulte qu'une société gérée depuis la Belgique reste donc assujettie à l'ISoc mais ne sera pas nécessairement une société de droit belge puisque, tout en ayant son siège réel en Belgique, elle pourrait avoir son siège statutaire dans un autre pays, et donc être régie par le droit des sociétés de cet Etat.

Dans ce contexte, des modifications ont été apportées au CIR 92 pour assurer, dans la mesure du possible, la neutralité fiscale de la réforme : (A.) l'adaptation de la notion de « société résidente » du CIR 92 afin de maintenir le critère du siège réel en droit fiscal, (B.) la confirmation que le droit comptable belge

UNE SOCIÉTÉ AYANT SON SIÈGE RÉEL EN BELGIQUE ET SON SIÈGE STATUTAIRE DANS UN AUTRE ETAT SERA SOUMISE À L'ISOC EN BELGIQUE TOUT EN ÉTANT RÉGIE PAR LE DROIT DES SOCIÉTÉS DE CET AUTRE ETAT

continue à s'appliquer et (C.) l'introduction de définitions autonomes pour les restructurations.

A. La notion de « société résidente »

En vertu de l'article 179 du CIR 92, pour qu'un organisme soit soumis à l'ISoc, il faut qu'il soit une « société résidente » au sens de l'article 2, § 1^{er}, 5^o, b du CIR 92. Le CIR 92 commence par définir ce qu'est « une société » au sens fiscal en se référant à « toute société, association, établissement ou organisme quelconque (...) qui possède la personnalité juridique et se livre à une exploitation ou à des opérations de caractère lucratif »⁴. Dès lors qu'auparavant, toute société soumise à l'ISoc était nécessairement belge, la question de la personnalité juridique ne posait pas de difficulté en pratique puisqu'il suffisait de se référer à notre Code des sociétés pour savoir si telle ou telle société en était dotée. Or, dorénavant, une société peut avoir son siège réel en Belgique et être assujettie à l'impôt des sociétés mais être régie par un droit étranger. La question de savoir si une société a acquis la personnalité juridique doit être tranchée au regard de ce droit étranger, ce qui ne sera pas toujours aisé compte tenu du fait que les concepts de droit étranger pourront ne pas toujours coïncider avec la notion belge de « personnalité juridique ».

³ Pour plus de détails : voy. R. THONET, « Les conséquences fiscales de la réforme du Code des sociétés et des associations », *Le nouveau code des sociétés : une réforme fondamentale aux impacts majeurs pour les entreprises*, VANHAM & VANHAM, 13 juin 2019 ; L. HERVE et I. RICHELLE (dir.), *Incidences fiscales de la réforme du droit des sociétés*, Bruxelles, Larcier, 2019.

⁴ Art. 2, § 1^{er}, 5^o, b. CIR 92.

Une règle a dès lors été introduite dans le CIR 92 selon laquelle si une société est régie par « *un droit étranger qui ne lui accorde pas la personnalité juridique mais a une forme juridique analogue à celle d'une société de droit belge dotée de la personnalité juridique en vertu du droit belge* », cette société sera assujettie à l'ISoc comme si elle avait la personnalité juridique⁵. Concrètement, dans l'hypothèse où une société « étrangère » au sens du CSA qui a son siège réel en Belgique n'a pas la personnalité juridique mais a une forme analogue à celle d'une société belge dotée de la personnalité juridique, la société est résidente fiscale belge et sera considérée comme une société dotée de la personnalité juridique pour son imposition à l'ISoc.

En ce qui concerne la notion de « société résidente », elle est définie comme la société dotée de la personnalité juridique qui a en Belgique « *son principal établissement ou son siège de direction ou d'administration* »⁶. Autrement dit, la société qui a son siège statutaire en Belgique mais qui n'a pas en Belgique son siège de direction effective n'est pas assujettie à l'ISoc. Toutefois, pour que l'administration ne doive elle-même démontrer qu'une société de droit belge est une société résidente, la loi fiscale CSA a prévu deux règles⁷ :

- Premièrement, une présomption *juris tantum* selon laquelle la société qui a son siège statutaire en Belgique, y a aussi « *son principal établissement ou son siège de direction ou d'administration* », sauf preuve contraire.
- Deuxièmement, l'obligation pour la société qui a son siège statutaire en Belgique et son siège réel à l'étranger de démontrer qu'elle a un domicile fiscal dans un autre Etat que la Belgique en vertu de la législation fiscale de cet autre Etat. Cette règle a été prévue pour éviter des cas de double non-imposition ou

de double non résidence de société, et ainsi éviter que la Belgique ne soit critiquée en ayant créé une opportunité de planification fiscale, sachant que le contexte international actuel oblige les Etats à éviter de telles situations⁸.

B. Le droit comptable belge continue à s'appliquer

Le principe de primauté du droit comptable sur le droit fiscal, admis de longue date par la Cour de cassation⁹, implique que le bénéfice imposable des sociétés est déterminé avant tout par le droit comptable¹⁰, sauf dans la mesure où le droit fiscal y déroge. Avant l'entrée en vigueur du CSA, le CIR 92 partait du présupposé qu'une société assujettie à l'impôt des sociétés était une société de droit belge, et par conséquent soumise au droit comptable belge. Or, depuis le passage du critère du siège réel au critère du siège statutaire pour déterminer la *lex societatis*, si une société a son siège réel en Belgique mais son siège statutaire à l'étranger, elle sera soumise non seulement à ce droit des sociétés étranger mais aussi au droit comptable étranger. Afin d'éviter qu'une telle société puisse soutenir que, bien qu'ayant son siège réel en Belgique, son bénéfice imposable devrait être soumis au droit comptable étranger, la loi fiscale CSA a codifié la jurisprudence de la Cour de cassation précitée, et dès lors complété l'article 24 du CIR 92 en confirmant, expressément à présent, que le bénéfice imposable est déterminé d'après les règles comptables belges.

Certains auteurs¹¹ ont vu dans cette codification une violation possible du principe de légalité

5 Art. 2, § 1^{er}, 5^e, a, 2^e tiret, CIR 92.

6 Art. 2, § 1^{er}, 5^e, b, CIR 92.

7 Art. 2, § 1^{er}, 5^e, b, 2e alinéa CIR 92.

8 On peut toutefois supposer que ces cas demeureront rares en pratique.

9 Voy. Cass., 20 février 1997, *Pas.*, 1997, I, n° 100, et Cass., 22 juin, 2000, *Pas.*, 2000, I, n° 393 ; Cass., 10 juin 2010, *Pas.*, 2010, n° 41.

10 Ces règles comptables se trouvent principalement dans les articles III.82 à III.95 du Code de droit économique, qui a repris les dispositions de la loi du 17 juillet 1975 relative à la comptabilité des entreprises, et surtout dans les dispositions comptables de l'arrêté royal d'exécution du CSA du 29 avril 2019 remplaçant l'arrêté d'exécution du Code des sociétés.

11 M. DE WOLF, « Chapitre 3 - Code des sociétés et des associations : de nouveaux développements quant à la « primauté » du droit

consacré par l'article 170 de la Constitution puisque certaines dispositions comptables sont issues de deux arrêtés royaux¹². D'une part, ces arrêtés royaux transposent pour une grande partie en droit belge des dispositions de droit européen, mais surtout, l'objet desdits arrêtés royaux ne consiste pas à déterminer le bénéfice taxable, mais uniquement le bénéfice comptable. Le législateur fiscal a décidé de se fonder sur ce bénéfice comptable pour asseoir l'assiette imposable, et ne viole pas de ce fait le principe de légalité, sauf si l'exécutif use de ces prérogatives comptables dans le but de modifier l'assiette fiscale¹³.

C. Introduction de définitions autonomes pour les restructurations

Jusqu'à l'adoption de la loi fiscale CSA, le CIR 92 traitait des opérations de restructuration sans toutefois les définir puisqu'une société soumise à l'impôt des sociétés était nécessairement régie par les règles de droit des sociétés belges. Dorénavant, ça ne sera plus obligatoirement le cas.

L'application de la théorie du siège statutaire en droit privé a ainsi nécessité l'introduction de définitions spécifiques en droit fiscal des fusions, scissions, opérations assimilées à la fusion par absorption ou à la scission, ou encore des apports d'universalité ou de branche d'activité, les dispositions du Livre XII du CSA s'appliquant aux sociétés ayant leur siège statutaire en Belgique, alors que les dispositions assurant, sous certaines conditions, la neutralité fiscale de ces opérations devaient s'appliquer aux sociétés résidentes au sens du droit fiscal, c'est-à-dire à celles ayant leur siège réel sur le territoire du Royaume. Dès lors, la loi fiscale CSA a introduit

des définitions fiscales dans le CIR 92¹⁴ pour les opérations de fusion, scission et opération assimilée à une fusion ou à une scission.

Rien de particulier ne devrait changer sur le fond, ces définitions étant étroitement inspirées des anciennes définitions du droit des sociétés, des nouvelles définitions du CSA et de celles de la directive fiscale fusion¹⁵.

Toutefois, l'exigence fiscale suivant laquelle l'opération devait être « *réalisée conformément au droit des sociétés* »¹⁶, a été abrogée car elle était déjà d'application malaisée lors de fusions impliquant une société intra-européenne. Comme auparavant, les restructurations seront taxées dans le cas où l'une ou l'autre des conditions prévues par l'article 211, § 1^{er}, alinéa 4, 1^o et 3^o du CIR 92 ne serait pas satisfaite, notamment si la société absorbante ou bénéficiaire n'est pas une société résidente ou une société intra-européenne, et/ou si l'opération ne répond pas au prescrit de l'article 183bis du CIR 92¹⁷.

La loi fiscale CSA a également adapté le CIR 92 afin d'éviter qu'une société résidente, qui serait soumise à un droit des sociétés étranger, ne transfère tout ou partie de son patrimoine en neutralité fiscale dans le cadre d'une opération qui ne répondrait pas à l'une des définitions de restructuration prévues dorénavant dans le CIR 92¹⁸.

comptable sur le droit fiscal ? » in *Incidences fiscales de la réforme du droit des sociétés*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2019, p. 131-133.

12 Arrêté royal du 21 octobre 2018 portant exécution des articles III.82 A III.95 du code de droit Economique, *M.B.*, 29 octobre 2018 ; Arrêté royal du 29 avril 2019 portant exécution du Code des sociétés et des associations, *M.B.*, 30 avril 2019.

13 Voir en ce sens D. GARABEDIAN, note sous Cass., 20 février 1997 ; *R.C.J.B.*, 2000, p. 525 et les nombreuses références citées.

14 Art. 2, § 1^{er}, 6^o/1 et 6^o/2., CIR 92.

15 Directive (UE) 2009/133 du conseil du 19 octobre 2009 concernant le régime fiscal commun applicable aux fusions, scissions, scissions partielles, apports d'actifs et échanges d'actions intéressant des sociétés d'États membres différents, ainsi qu'au transfert du siège statutaire d'une SE ou d'une SCE d'un État membre à un autre, *J.O.U.E.*, L310/34, 25 novembre 2009. Voy. pour plus de détails quant à l'impact de ces nouvelles définitions sur la scission partielle non proportionnelle et la scission partielle par absorption en faveur d'une société mère qui détient 100 % des actions de la filiale à scinder : R. THONET, « Les conséquences fiscales de la réforme du Code des sociétés et des associations », *Le nouveau code des sociétés : une réforme fondamentale aux impacts majeurs pour les entreprises*, VANHAM & VANHAM, 13 juin 2019, pp. 8 et 9.

16 Art. 46, § 1^{er}, al. 3, 2^o et 211, § 1^{er}, al. 4. CIR 92.

17 Exposé des motifs, *Doc.parl.*, Chambre, 2018-2019, n° 54-3367/001, p. 15.

18 Art. 210, § 1^{er}, 2^o et 2^o bis. CIR 92.

Les sociétés sans capital et la SA

Considérant que « le concept de capital est actuellement dépassé et ne répond plus à la réalité économique »¹⁹, le CSA a supprimé la notion de « capital social » pour toutes les sociétés sauf la SA²⁰ et, en conséquence, l'exigence d'un capital minimum de 18.550 euros telle qu'elle était en vigueur pour les SPRL. Il n'en demeure pas moins que le CSA prévoit à présent pour certaines formes de sociétés que les fondateurs doivent veiller à ce que la société dispose de « capitaux propres » suffisants²¹.

La suppression dans le CSA de cette notion de « capital social » a nécessité quelques modifications dans le CIR. Tout d'abord, une définition de la notion de « capital » a été introduite dans le CIR 92²². Elle distingue les sociétés qui ont un capital de celles qui n'en ont pas, c'est-à-dire les autres formes de sociétés. S'agissant des sociétés avec capital, il est fait logiquement référence à la notion de capital telle que celle-ci est connue dans le droit qui régit la société, c'est-à-dire la SA en droit belge. S'agissant des formes de sociétés sans capital, de droit belge ou étranger, on entend par « capital », au sens du CIR, « 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 »²³.

La loi fiscale CSA a par ailleurs adapté la définition fiscale de « capital libéré »²⁴, qui confirme que cette notion de « capital libéré »

PASSAGE DE LA NOTION DE « CAPITAL SOCIAL » À CELLE DE « CAPITAUX PROPRES » POUR LES SOCIÉTÉS « SANS CAPITAL »

s'applique tant à des sociétés résidentes qu'aux sociétés étrangères. Par exemple, en cas de remboursement de capital par une société non résidente, il conviendra de se référer à cette définition du CIR 92.

L'article 184 du CIR 92 dispose à présent 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, et où il n'a fait l'objet d'aucun remboursement ou réduction ». Par l'utilisation de l'expression "apports réellement libérés", l'on veut éviter que des apports surévalués donnent lieu à la formation de capital réellement libéré.

A certaines conditions, certains concepts sont assimilés dans le CIR 92 à du capital libéré : les primes d'émission payées lors d'augmentations de capital et les sommes souscrites à l'occasion d'émissions de parts bénéficiaires²⁵. L'alinéa 2 de l'article 184 du CIR 92 a maintenu cette assimilation mais en tenant compte notamment du fait que ces notions s'appliqueront à des sociétés de droit étranger, qu'elles soient résidentes ou non. C'est pourquoi, si la condition selon laquelle ces primes d'émission doivent figurer à un compte distinct du passif est maintenue, en revanche, la condition d'indisponibilité statutaire à l'égal du capital social a été supprimée. Cette dernière posait des difficultés en pratique dans les cas des sociétés étrangères qui ne connaissent généralement pas cette condition d'indisponibilité²⁶.

19 Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2017-2018, n° 54-3319/001, p. 12.

20 Même pour les SA, la notion de capital « social » n'est plus utilisée et a été remplacé par la notion de « capital ».

21 Pour la SRL : article 5:3 CSA. O. BERTIN, « Les opérations sur le capital : apports, augmentations et réductions de capital » in *Incidences fiscales de la réforme du droit des sociétés*, Bruxelles, Editions Larcier, 2019, p. 106.

22 Art. 2, § 1^{er} 6°, a. CIR 92.

23 Art. 2, § 1^{er}, 6°, a. CIR 92.

24 Art. 2, § 1^{er}, 6°, b renvoyant implicitement à l'article 184 du CIR 92.

25 Voy. également pour plus d'explications quant à l'impact du droit étranger et cette assimilation, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, 2018-2019, n° 54-3367/001, p. 33 et 34.

26 Voy. notamment les décisions du SDA citées dans l'exposé des motifs de la loi fiscale CSA, p. 33.

Enfin, il a fallu adapter les dispositions fiscales de certaines opérations, comme les réductions de capital, qui devront s'appliquer à des sociétés « sans capital »²⁷.

Conséquences fiscales de la rupture du lien proportionnel entre l'importance des apports et le nombre d'actions émises

Jusqu'à l'entrée en vigueur du CSA, le nombre d'actions ou de parts sociales émises en rémunération d'un apport au capital était proportionnel à la valeur de l'apport par rapport au capital existant. Si, en raison des résultats passés mis en réserve, ou en raison de perspectives prometteuses de la société, les parties entendaient augmenter le prix d'émission des nouvelles actions émises, cette augmentation était intégrée dans un compte de primes d'émission.

En raison de la disparition du capital dans les SRL et les sociétés autres que la SA, la prime d'émission n'aura plus d'utilité. La rémunération des apports ne sera plus fonction de leur proportion dans un capital, mais bien d'un rapport d'échange purement contractuel.

Selon l'exposé des motifs du CSA²⁸, « cela ne signifie toutefois pas que la valeur des apports ne devrait plus être constatée et contrôlée objectivement, ni que cette valeur ne devrait plus être utilisée comme paramètre des droits attachés à l'action. Les sociétés peuvent encore choisir librement d'attribuer les droits au sein de la société en fonction de la valeur des apports réalisés. On peut s'attendre à ce que, en particulier lors de la constitution, ce soit la règle plutôt que l'exception. C'est

27 Relevons également que la question anciennement controversée de la possibilité pour une association ou une fondation d'avoir un capital et un capital libéré est maintenant tranchée par l'article 184, al. 3 du CIR 92. En effet, le capital libéré d'un tel organisme sera constitué des sommes qui ont été apportées à l'organisme et qui peuvent légalement être reprises par l'apporteur ou ses ayants droit. Voy. Exposé des motifs, *Doc.parl.*, Chambre, 2018-2019, n° 54-3367/001, p. 67 et 68.

28 Exposé des motifs, *Doc.parl.*, Chambre, 2017-2018, n° 54-3119/001, p. 13.

notamment cet élément qui a conduit à opter pour le maintien du contrôle des apports par un réviseur d'entreprise lorsqu'il s'agit d'apports en nature ». Tel sera effectivement le cas lorsque les actionnaires sont des parties indépendantes l'une à l'égard de l'autre.

Il se pourrait toutefois, notamment pour des motifs fiscaux, que le nombre ou les droits attachés à des actions émises à l'occasion de la constitution ou à l'occasion d'une augmentation des capitaux propres ne soient pas proportionnels aux apports effectués. Tel pourrait être notamment le cas pour permettre à un actionnaire société – dont l'apport est calculé proportionnellement aux capitaux propres existants – d'obtenir un nombre d'actions représentant 10 % du nombre d'actions émises par la société ou de se voir attribuer un nombre d'actions excédentaire pour lui permettre de bénéficier de la déduction RDT ou, en cas de cession, de l'exonération de la plus-value dont les conditions d'exonération sont, depuis la loi du 25 décembre 2017 instaurant l'impôt des sociétés, identiques à celles qui conditionnent cette déduction au titre de RDT²⁹. Des situations excessives seront probablement examinées par l'administration sous l'angle de l'abus fiscal ou de la taxation au titre d'avantage anormal ou bénévole³⁰ si les conditions d'application de ces dispositions sont réunies.

Les apports en industrie³¹

Le CSA³² définit l'apport en industrie comme l'engagement d'effectuer des travaux ou des

29 Art. 202, § 2 CIR 92.

30 Art. 79 et 207, al. 2 CIR 92.

31 Sur cette question, voy. également J. TERFVE, « Les apports en industrie dans les (nouvelles) SRL : aspects de droit des sociétés et de droit fiscal » in *Comptabilité et fiscalité : Actualités et perspectives, Liber Amicorum OECCBB*, Limal, Anthemis, 2019 pp. 89 et s. ; G. DELVAUX, « Analyse juridique et comptable des dispositions du CSA et des associations concernant l'apport en industrie dans les SRL et les sociétés coopératives », in *Comptabilité et fiscalité : Actualités et perspectives, Liber Amicorum OECCBB*, Limal, Anthemis, 2019 pp. 99 et s. ; C. BALESTRA et R. GHYSELS, « Apport en industrie quo vadis ? », *Tax, audit and accountancy*, n° 64, octobre 2019, pp. 8 à 31. <https://doc.icci.be/fr/Documents/publications/magazine-taa/TAA-64-2019-def.pdf>

32 Art. 1:8, § 2, CSA.

prestations de services et autorise à l'avenir une SRL à émettre des actions en rémunération d'un apport en industrie³³. Se pose alors la question de savoir si les actions nouvellement émises et attribuées à l'apporteur constituent dans son chef un bénéfice ou un profit imposable, et dans l'affirmative, quel est le moment de l'attribution de ce bénéfice ou de ce profit. Le traitement fiscal de l'apport en industrie ne faisant pas l'objet d'un texte spécifique, cette question devra être résolue sur la base des dispositions de droit commun, en n'oubliant pas de distinguer selon que l'apporteur est une personne physique ou une société assujettie à l'Isoc³⁴.

L'émission par la société de nouvelles actions est la contrepartie d'un engagement à effectuer un travail. Cette contrepartie pourrait donc être susceptible, dans le chef de l'apporteur personne physique, d'une imposition au titre de revenus professionnels ou au titre de revenus divers qui comprennent « les bénéfices ou profits, quelle que soit leur qualification, qui résultent, même occasionnellement ou fortuitement, de prestations, opérations ou spéculations quelconques ou de services rendus à des tiers, en dehors de l'exercice d'une activité professionnelle, à l'exclusion des opérations de gestion normale d'un patrimoine privé consistant en biens immobiliers, valeurs de portefeuille et objets mobiliers »³⁵. Toutefois l'émission de nouvelles actions ne pourra être imposable au titre d'un avantage de toute nature que (i) s'il est évaluable en argent, d'une part, et (ii) si l'attribution a lieu à titre définitif, d'autre part³⁶:

(i) Les actions nouvellement émises seront certainement évaluables en argent si celles-ci doivent faire l'objet d'une comptabilisation

L'APPORT EN INDUSTRIE EST DÉSORMAIS POSSIBLE DANS LES SRL ET LES SC

au titre de fonds propres dans le chef de la SRL. L'arrêté royal d'exécution du CSA³⁷ dispose, tout comme l'AR/C.S., que la valeur d'apport correspond à la valeur conventionnelle des apports. Les travaux préparatoires de la loi fiscale CSA estiment toutefois que l'engagement des prestations ne sera probablement pas acté à l'actif du bilan³⁸. Le Conseil central de l'Economie³⁹ a estimé qu'« il semble (...) approprié de ne pas comptabiliser un apport en industrie » et recommandait « que ce point soit clarifié au moyen d'un avis de la Commission des normes comptables ». Dans son projet d'avis du 4 septembre 2019, la CNC estime « qu'en règle générale, un apport en industrie ne peut être reconnu *ab initio* comme un élément des capitaux propres » mais « qu'il revient en définitive à l'organe d'administration de la société de se prononcer à ce sujet »⁴⁰.

(ii) Concernant l'attribution à titre définitif, nous rappellerons qu'en vertu de l'article 5:10 du CSA, les actions émises en contrepartie d'un apport en industrie sont frappées de caducité en cas de décès, d'incapacité ou de toute cause étrangère rendant définitivement impossible l'exécution de ses obligations par le débiteur d'un apport en industrie. Cette disposition est toutefois supplétive.

33 Sur la question des apports en industrie sous l'ancien Code des sociétés, voy. art. 19, al. 2 et 24 C.Soc.

34 Voy. sur cette question J. TERFVE, « Les apports en industrie dans les (nouvelles) SRL : aspects de droit des sociétés et de droit fiscal » in *Comptabilité et fiscalité : Actualités et perspectives, Liber Amicorum OECCBB*, Limal, Anthemis, 2019, p. 96.

35 Art. 90, 1^o CIR.

36 Cass., 4 février 2005, F.02.0043 N., www.taxwin.be.

37 Arrêté royal du 29 avril 2019 portant exécution du Code des sociétés et des associations, M.B., 30 avril 2019, art. 3:17.

38 Exposé des motifs, *Doc. parl.*, 2018-2019, n^o 54-3367/001, p. 31 et 32.

39 « Vers une législation sur les comptes annuels plus cohérente », Avis CCE 2018-3220, Bruxelles, 18 décembre 2018, p. 9, disponible sur <http://www.ccecrb.fgov.be>.

40 La CNC estime néanmoins que « le droit d'une société sur la personne qui réalise l'apport en industrie doit être inscrit parmi les droits et engagements hors bilan et donc être comptabilisé dans la classe 0 », voy. Projet d'avis de la CNC du 4 septembre 2019 « Apport en industrie chez les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés coopératives », publié le 10 septembre 2019.

L'absence de comptabilisation de l'apport en industrie au titre d'apport dans les comptes annuels ne signifie toutefois pas nécessairement que l'apport n'est pas évaluable en argent. L'administration pourrait en effet déduire de la répartition des droits patrimoniaux et sociaux retenue dans l'acte constitutif une valeur certaine des titres émis en rémunération des apports en industrie.

L'attribution d'un dividende aux actions émises en rémunération d'un apport en industrie pourrait également constituer un revenu professionnel imposable⁴¹ si l'avantage n'a pas été imposé lors de l'émission des actions.

Nous avons vu ci-dessus que les apports en industrie ne sont pas pris en compte pour la formation du capital au sens fiscal. Par conséquent, si un tel apport devait être comptabilisé à l'actif du bilan, il y aurait un risque potentiel de taxation dans le chef de la société à l'impôt des sociétés⁴² comme l'a considéré par le passé la jurisprudence en matière de primes d'émission⁴³.

Vu la crainte du risque de surévaluation du législateur fiscal, notamment au regard de la grande difficulté d'évaluation de l'apport en industrie, son régime fiscal reste incertain, tant dans le chef de l'apporteur que dans celui de la société qui reçoit cet apport. Il devrait être clarifié par le législateur.

Acquisition d'actions propres

Sous certaines conditions, le Code des sociétés autorisait une société à acquérir ses propres actions et à les conserver en portefeuille. L'une de ces conditions était que le nombre d'actions acquises ne pouvait excéder 20 % du nombre total des actions représentant le capital souscrit.

D'un point de vue fiscal, l'article 186, alinéa 1^{er} du CIR assimile le rachat d'actions propres à une distribution de dividendes : « *lorsqu'une société acquiert de quelque façon que ce soit ses propres actions ou parts, l'excédent que présente le prix d'acquisition ou, à défaut, la valeur de ces actions ou parts, sur la quote-part de la valeur réévaluée du capital libéré représenté par ces actions ou parts est considéré comme un dividende distribué* », à savoir le « boni d'acquisition ».

Toutefois, l'article 186, alinéa 2 du CIR octroie un sursis à la taxation immédiate du boni d'acquisition, si « *les actions ou parts sont acquises aux conditions prescrites par le Code des sociétés* », jusqu'à l'un des moments suivants : si des réductions de valeur sont actées sur les actions ou parts acquises, ou font l'objet d'une moins-value, au moment de leur aliénation ; au moment où les actions ou parts sont détruites ou nulles de plein droit ; au plus tard lors de la dissolution de la société. Comme vu ci-dessus, l'une de ces conditions du Code des sociétés était la conservation d'actions ou parts propres en portefeuille à concurrence de maximum 20 %. Le boni d'acquisition est considéré comme un dividende distribué au moment où l'acquisition de parts propres aboutit à un prélèvement sur les fonds propres de la société.

Désormais, l'article 186, alinéa 2, CIR renvoie « *aux conditions prescrites par le CSA* » ou, dans la mesure où une société soumise à l'ISoc peut être régie par un droit étranger, aux conditions prescrites par le droit des personnes morales qui la régit.

Le CSA a maintenant supprimé le plafond de 20 %. Or, le législateur fiscal a toujours considéré que cette opération de rachat ne constituant pas un dividende devait rester limitée. Dès lors, afin de répondre à l'objectif de neutralité fiscale, ce plafond de 20 % est désormais repris expressément dans le CIR 92 qui prévoit que, dans la mesure où l'acquisition des actions ou parts propres a pour effet que

⁴¹ Mons, 25 juin 1999, RG. 1995/FI/153, www.taxwin.be.

⁴² Art. 184, CIR 92.

⁴³ Bruxelles, 25 janvier 1913, Revue, 1913, p. 47 ; Cass., 13 avril 1978, RG F-19780413-2, Bull. 580, p. 136 ; ComIR, n° 184/28.

la société émettrice détient en portefeuille des actions ou parts propres représentant plus de 20 % de son capital, les actions ou parts propres nouvellement acquises sont censées être détruites⁴⁴.

Pour ces actions et parts excédant la limite de 20 %, le « boni d'acquisition » de ces actions ou parts est immédiatement considéré comme un dividende distribué dans le chef de la société émettrice et de l'actionnaire ou associé cédant.

Rappelons que l'article 186 du CIR 92 maintiendra le sursis de taxation à la condition de conformité de l'opération d'acquisition d'actions propres aux dispositions du CSA. Or, selon le CSA, les sommes affectées à l'acquisition d'actions propres par une SRL sont une distribution soumise aux conditions des articles 5:142 CSA⁴⁵ et 5:143 CSA⁴⁶, à savoir au test d'actif net et au test de liquidité. À défaut de réalisation de ces tests avant l'acquisition, l'administration pourrait donc taxer immédiatement le dividende.

Régime VVPR bis

Depuis le 1^{er} juillet 2013, il est possible pour les petites sociétés au sens de l'article 1:24 du CSA de bénéficier d'un taux réduit de précompte mobilier pour les dividendes versés aux nouvelles actions ou parts émises en contrepartie d'un apport en numéraire réalisé après le 1^{er} juillet 2013⁴⁷. Ce régime est appelé VVPR bis.

Le précompte sera ainsi de 15 ou 20 % au lieu de 30 %, pour autant que certaines conditions soient respectées. L'une des conditions était l'exigence d'un capital minimum au moins égal au capital social minimum d'une SPRL – soit € 18.550 –, dans le chef de la société qui émettait les actions ou parts.

Le CSA ayant supprimé l'exigence de fonds propres minimaux, la loi fiscale CSA a supprimé l'exclusion des sociétés sans capital minimum du régime VVPR bis. Il s'agit là d'une des seules mesures de la loi fiscale qui ne répond pas à l'objectif de la neutralité fiscale, mais celle-ci est à l'avantage du contribuable.

Suppression de certaines formes juridiques et changement de forme juridique

Certaines formes juridiques spécifiques ont été supprimées par le CSA, telles que la société à finalité sociale, la société agricole et le groupement d'intérêt économique. Pour pallier la suppression de ces types de sociétés, le CSA prévoit pour quelle forme juridique, nouvelle ou encore existante, les sociétés concernées pourront opter. Ainsi, le CSA prévoit la société coopérative comme la forme la plus appropriée pour une société à finalité sociale mais celle-ci devra être agréée comme entreprise sociale⁴⁸. Les anciens groupements d'intérêt économique peuvent être transformés en société en nom collectif⁴⁹ et continueront à bénéficier, à certaines conditions⁵⁰, d'un régime de transparence prévu par l'article 29 CIR. Quant aux sociétés agricoles, elles pourront obtenir un agrément comme « entreprise agricole » pour autant qu'elles soient transformées en société en nom collectif, en société en commandite, en société coopérative, ou encore en société à responsabilité limitée. On relèvera toutefois que seule la transformation en la forme d'une société en nom collectif ou d'une société en commandite permettra à une société agricole de continuer à bénéficier d'être imposée, sur la base l'article 29 CIR, de manière fiscalement transparente, sauf si elle opte

44 Art. 186, al. 6 CIR 92.

45 Test d'actif net.

46 Test de liquidité, voy. art. 5:145, al. 1^{er}, 2^o CSA.

47 J. TERFVE, « Réflexions sur quelques clauses fiscales à insérer dans les actes de sociétés ensuite de l'adoption du CSA » in *Le nouveau droit des sociétés et des associations*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2019, p. 563-575.

48 Pour plus de détails quant au non assujettissement à l'ISoc à certaines conditions : voy. R. THONET, « Les conséquences fiscales de la réforme du Code des sociétés et des associations », *Le nouveau code des sociétés : une réforme fondamentale aux impacts majeurs pour les entreprises*, VANHAM & VANHAM, 13 juin 2019, pp. 19 et 20.

49 Art. 32 CSA.

50 Voy. Exposé des motifs, *Doc.parl.*, 2018-2019, n° 54-3367/001, p. 41.

pour l'assujettissement à l'impôt des sociétés. Si l'entreprise agricole prend l'une des deux autres formes possibles pour l'agrément, elle sera certes agréée mais ne sera pas imposée en transparence fiscale.

Le CSA offre de nouvelles possibilités de transformation des sociétés qui ont nécessité d'adapter les dispositions du CIR qui prévoyaient déjà des cas où une société pouvait se transformer en neutralité fiscale. Dorénavant, une société de droit étranger – avec siège réel en Belgique – peut se transformer en une société d'une forme juridique différente de droit étranger – avec siège réel en Belgique –; une société de droit belge peut se transformer en une société de droit étranger ; une société peut se transformer en ASBL, etc.

Le CIR 92 prévoit que ces transformations échapperont à la taxation pour autant qu'elles se réalisent sans rupture de la personnalité juridique et en conformité avec le droit des personnes morales qui s'applique à la transformation⁵¹, ce qui assure la neutralité voulue par le législateur. Si, lors de la transformation, le siège réel est transféré à l'étranger ou si la société passe de l'Isoc à l'IPM, le régime de la liquidation prévu par le CIR 92 s'appliquera⁵².

Entrée en vigueur

La loi fiscale CSA est entrée en vigueur le 1er mai 2019, comme le CSA, mais des dispositions transitoires ont été prévues pour les sociétés existantes au 1er mai 2019 qui continueront à être soumises à l'ancien Code des sociétés jusqu'au 1er janvier 2020, voire jusqu'au 1er janvier 2024⁵³. En effet, pour ces sociétés, les paragraphes 2 et 3 de l'article 119 de la loi fiscale CSA ont notamment veillé à maintenir les références du CIR 92 aux dispositions du Code des sociétés, ainsi qu'à maintenir, pour les sociétés qui peuvent garder temporairement

une forme juridique abrogée, comme la société agricole ou le groupement d'intérêt économique, la référence dans le CIR 92 à ces formes de sociétés disparues.

Une attention particulière a également été portée au fait que les changements n'annulent pas les conséquences d'opérations à long terme qui ont eu lieu avant l'entrée en vigueur. Ainsi, les définitions autonomes des restructurations s'appliqueront uniquement aux opérations réalisées depuis le 1^{er} mai 2019. Une société absorbée sous l'ancien régime conserve donc les conséquences de neutralité qui lui ont été appliquées.

Conclusion

Les modifications substantielles apportées par le CSA au droit des sociétés ont nécessité l'adaptation des dispositions fiscales au regard de ce nouveau droit, afin d'en assurer la neutralité fiscale, ce qui a toujours été l'objectif poursuivi. Les nouvelles possibilités offertes par le CSA auront nécessairement pour effet qu'un certain nombre d'opérations accomplies par des contribuables devront être examinées à l'aune des dispositions fiscales existantes, en raison notamment du caractère supplétif d'un grand nombre de dispositions du CSA. Espérons toutefois que les dispositions du droit fiscal n'aient pas pour effet de réduire – dans la pratique – les effets de cette flexibilité nouvelle voulue par les auteurs du CSA.

51 Art. 210, § 1^{er}, 3^o et 214, § 1^{er}, al. 1^{er} CIR 92.

52 Art. 210, § 1^{er}, 4^o et 210/1 CIR 92.

53 Art. 119, § 1^{er} Loi fiscale CSA.

Samenvatting

De hervorming van het vennootschapsrecht die heeft geleid tot de recente aanneming van het nieuwe Wetboek van vennootschappen en verenigingen (hierna "WVV") heeft een aantal ingrijpende wijzigingen aan het vennootschapsrecht aangebracht, namelijk de toepassing van de theorie van de statutaire zetel voor het bepalen van de "nationaliteit" van een vennootschap, de opheffing van het begrip "maatschappelijk kapitaal" voor de meeste vennootschappen, de uitbreiding van de mogelijkheden tot omzetting van vennootschappen, of nog de afschaffing van bepaalde vennootschapsvormen. Aangezien het de bedoeling van de wetgever is om de fiscale neutraliteit van de hervorming te waarborgen, vereisten deze aanpassingen een aantal wetgevende maatregelen omdat het fiscaal recht, uitdrukkelijk of impliciet, naar deze begrippen verwijst.

In dit verband heeft de wet van 17 maart 2019 tot aanpassing van bepaalde federale fiscale bepalingen aan het nieuwe Wetboek van vennootschappen en verenigingen (hierna "fiscale wet WVV") het Wetboek van de Inkomstenbelastingen 1992 (hierna "WIB 92") gewijzigd ter waarborging van de fiscale neutraliteit van de bepalingen van het WVV.

Dit artikel beoogt een overzicht te geven van de belangrijkste aanpassingen aan het WIB 92 aangebracht door de fiscale wet WVV, alsook de fiscale behandeling van bepaalde door het WVV toegestane verrichtingen die niet het voorwerp hebben gevormd van bepalingen van de fiscale wet WVV, te bespreken.

Summary

The reform of company law which led to the recent adoption of the new Code of Companies and Associations (hereinafter 'WVV/CSA') has made significant changes to company law, namely the application of the registered office doctrine in order to determine a company's 'nationality', the removal of the concept of 'share capital' for most companies, the enhanced opportunities for the conversion of companies, or the abolition of certain company forms. Since it is the intention of the legislator to ensure the fiscal neutrality of the reform, these adjustments required a number of legislative measures because tax law refers, explicitly or implicitly, to these concepts.

The Law of 17 March 2019 adapting certain federal tax provisions to the new Code of Companies and Associations (*Wet van 17 maart 2019 tot aanpassing van bepaalde federale fiscale bepalingen aan het nieuwe Wetboek van vennootschappen en verenigingen/Loi du 17 mars 2019 adaptant certaines dispositions fiscales fédérales au nouveau Code des sociétés et des associations*) (hereinafter 'Tax Law WVV/CSA') has modified the Income Tax Code 1992 (hereinafter 'WIB 92/CIR 92') in order to ensure the fiscal neutrality of the provisions of the WVV/CSA.

This paper aims to explore the main adjustments made to the WIB 92/CIR 92 by the Tax Law WVV/CSA and to discuss the tax treatment of certain transactions permitted by the WVV/CSA and which have not been subject to the provisions of the Tax Law WVV/CSA.

DE NETTOACTIEF- EN DE LIQUIDITEITSTEST IN DE BESLOTEN VENNOOTSCHAP EN DE BEOORDELINGSOPDRACHTEN VAN DE COMMISSARIS*

MARLEEN MANNEKENS

*Bedrijfsrevisor, Voorzitter van de werkgroep
Bijzondere opdrachten IBR, Bestuurder ICCI*



Inleiding

De doorgedreven hervorming van het Belgisch vennootschapsrecht middels het Wetboek van vennootschappen en verenigingen (hierna WVV) met als objectief een modernisering door aanpassing aan internationale juridische tendenzen evenals maatschappelijke evoluties, doet onmiskenbaar een nieuwe frisse wind waaien doorheen het vennootschapslandschap. De flexibilisering (gekenmerkt door heel wat domeinen waar suppletieve rechtsregels van toepassing zijn) die werd ingebouwd om dit te bereiken, laat zicht niet het minst voelen voor de Besloten Vennootschap (BV), temeer de wetgever hier niet gebonden is door de EU Tweede (Kapitaal-) Richtlijn (richtlijn die op heden met andere richtlijnen geconsolideerd is). Voorheen ging de BVBA al te veel gebukt onder de restricties die voormelde Richtlijn oplegde en die gericht was op kapitaalvennootschappen. De inzichten aan de basis van het gemoderniseerd Vennootschapsrecht hebben ertoe geleid deze 'goldplating' met betrekking tot de BVBA van zich af te schudden met de bedoeling dat de BV de meest courante vennootschapsvorm in onze jurisdictie wordt.

De bezorgdheid van de wetgever aangaande de bescherming van derden-schuldeisers blijft evenwel primordiaal, wat ertoe geleid

heeft om bij de BV, parallel met de afschaffing van de notie kapitaal (en dus ook wettelijke reserve), voorzieningen en mechanismen in te bouwen ter behartiging van de belangen van derden-schuldeisers. De nettoactief- en de liquiditeitstest behoren tot die voorzieningen ter behartiging van de belangen van derden-schuldeisers.

De nettoactief- en de liquiditeitstest worden in het Wetboek van vennootschappen en verenigingen (WVV) behandeld onder de artikelen 5:141, 5:143 en 5:144 WVV wat de besloten vennootschap (BV)¹ betreft en onder de artikelen 6:114, 6:116 en 6:117 WVV, wat de coöperatieve vennootschap (CV), betreft. Onderhavige bespreking behandelt de toepassing van de nettoactief- en liquiditeitstest

* Dit artikel is de vrucht van de vele productieve discussies, interacties en gedachtenwisselingen binnen de werkgroep Bijzondere opdrachten, de Commissie Normen en het Comité wetgevende werkzaamheden van het IBR evenals met confraters buiten het kader van voormelde commissies en met professoren nauw betrokken bij de redactie van het WVV.

1 De memorie van Toelichting (MvT) (Parl.St. Kamer 2018-19, nr. 54 K 3119/001 p. 180) stelt hierover: "Althoewel 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."

op de BV maar is dan ook *mutatis mutandis* van toepassing op de CV.

Als slotbeschouwing van deze inleiding, ben ik van mening dat we niet zomaar kunnen voorbijgaan aan de problematiek van de procedure inzake het belangenconflict. Mijns inziens, kunnen zowel de nettoactief- als de liquiditeitstest, aanleiding geven tot een uitgesproken belangenconflict in hoofde van de te nemen beslissingen door de raad van bestuur. Vooreerst zou een belangenconflict kunnen voorkomen naar aanleiding van de nettoactief- test waarbij het bestuursorgaan beslist om een uitkering voor te stellen aan de aandeelhoudersvergadering² of mits statutaire delegatie de principiële beslissing van een uitkering zelf neemt. Wanneer vervolgens de beslissing tot effectieve uitkering op basis van de liquiditeitstest gebeurt, durven we te stellen dat dit een onmiskenbare besluitvorming en verantwoordelijkheid is van het bestuursorgaan en aldus de procedure van het tegenstrijdige belang, zijn plaats heeft. Desalniettemin ben ik ervan bewust dat bijzonderheden, eigen aan beide procedures, bepaalde nuanceringsen 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 is³ om de solvabiliteitstest niet te moeten onderwerpen aan de belangenconflictprocedure, lijkt dit minder voor de hand liggend voor wat betreft de liquiditeitstest. De vraag is of er momenteel 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 wens dit met deze paragraaf

2 In het geval dat de aandeelhoudersvergadering de beslissing tot uitkering neemt op basis van het voorstel van het bestuursorgaan en diens nettoactief- test, kan men vermoedelijk argumenteren dat gezien de eigenlijke beslissing wordt genomen door de aandeelhoudersvergadering, er geen belangenconflict is, in hoofde van het bestuursorgaan.

3 Vermoedelijk is het evenmin de bedoeling geweest van de wetgever om bij de dubbele uitkeringstest, de toepassing van de procedure van het tegenstrijdig belang, toe te voegen.

onder de aandacht gebracht te hebben. Een volgend TAA-nummer zal specifiek ingaan op deze thematiek.

Nettoactief- en liquiditeitstest – algemene beschouwingen

De regel dat de algemene vergadering bevoegd is voor de winstbestemming en de vaststelling van de uitkeringen, beide op voorstel van het bestuursorgaan, blijft ongewijzigd. 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 bevoegdheidsdelegatie 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.

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.

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 die gold onder de Vennootschappenwet. Het bestuursorgaan krijgt hier immers de belangrijke 'ultieme' verantwoordelijkheid van de daadwerkelijke uitkering.

Uit diverse bepalingen van het WVV blijkt duidelijk de uitgebreide 'scoping' van wat onder "uitkering" dient te worden begrepen.

Aldus vallen volgende transacties onder het begrip "uitkeringen" waarvoor bijgevolg de dubbele uitkeringstest van toepassing is:

- de uitkering van dividenden aan de aandeelhouders (art. 5:141 WVV);
- de betaling van tantièmes aan bestuurders (art. 5:141 WVV);
- 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, terugbetaald worden op voorwaarde dat ze niet volgens een statutaire bepaling, onbeschikbaar zijn gesteld;
- 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 ten gunste van derden met het oog op het verwerven van aandelen van de vennootschap (art. 5:152, § 1, 3° WVV);
- uittredingen en uitsluitingen lastens het vennootschapsvermogen (resp. art. 5:154, § 1, 6° en art. 5:155, § 3 WVV).

Gezien de overkoepelende titel in de wet van de besproken artikels duidelijk de "uitkering aan aandeelhouders betreft EN tantièmes" meldt, is het duidelijk dat elke andere uitkering dan deze opgesomd in de wet, hier niet onder valt. Aldus betreffen de dubbele uitkeringstest geenszins winstdelingen van werknemers, noch periodieke vergoedingen door/van het bestuursorgaan die geen tantièmes zijn.

Nettoactiefest

A. Wettelijke definiëring

Artikel 5:142 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."

B. Beschouwingen

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

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, geen 'houdbaarheidsdatum' is vastgelegd (dit, in tegenstelling tot de bepalingen inzake interimdividend bij de NV waar wordt gesteld dat deze staat niet ouder mag zijn dan 2 maanden op het ogenblik van de besluitvorming⁴).

Evenmin wordt enige beperking opgelegd aangaande de ogenblikken waarop een uitkering van de winst van het lopende boekjaar kan beslist en uitgevoerd worden⁵.

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 voorbij schoten, voor beide vennootschapsvormen weg te werken. Vooral het verbod om tot uitkering van interimdividenden over te gaan

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

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 boekjaar werd als storend ervaren⁶.

Aldus wordt een zekere mate van alineëring met andere landen, waaronder onze buurlanden, verkregen.

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 voormelde flexibilisering, dienen de bepalingen betreffende de nettoactief- en de liquiditeitstest, gezien te

4 Deze wetsbepaling bleef ongewijzigd voor de NV in het WVV (art. 7:213 WVV).

5 Deze beperkingen werden ook voor de NV in het WVV afgeschaft (art. 7:213 WVV).

6 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.

worden als een beschermende maatregel voor schuldeisers.

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 bestuursorgaan⁷. 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 uitkeren⁸. 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.

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 mijns inziens positief geantwoord te worden. 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 een beslissing van de algemene vergadering van de BV, gezien deze laatste over alle bevoegdheden beschikt aangaande uitkering van de niet-onbeschikbare reserves.

C. Bepalen van het nettoactief

Ter bepaling van het nettoactief kunnen we in twee stappen tewerk gaan:

⁷ 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.

⁸ 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.

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

In geval van principiële beslissing genomen door de algemene vergadering	In geval van principiële beslissing 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
-

Netto-actief

- Nog niet afgeschreven oprichtings- en uitbreidingskosten
 - Nog niet afgeschreven kosten voor (onderzoek en) ontwikkeling
-

Gecorrigeerd netto-actief

- Wettelijke en/of statutaire onbeschikbare eigen vermogensrekening *
-

Maximum uitkeerbaar vermogen

* Cfr. artikel 39, § 2, tweede lid WVV. 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)⁹.

⁹ 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).

De onbeschikbare eigenvermogensrekening kan bestaan uit volgende elementen:

- Onbeschikbare inbreng (omvattende het vroegere kapitaal en de uitgiftepremies)**
 - Niet opgevraagd deel van de onbeschikbare inbreng
 + Herwaarderingsmeerwaarden¹⁵
 + Onbeschikbare wettelijke en/of statutaire reserves

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 reserves belastbaar zouden worden.

D. Verantwoordelijkheid van de algemene vergadering en het bestuursorgaan inzake de nettoactietest – aandachtspunten

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 ook blijft na de uitkering. De beslissing van de algemene vergadering gebeurt op voorstel van het bestuursorgaan die tevens voorafgaandelijk de nettoactietest zal voorbereiden als basis voor de te nemen uitkeringsbeslissing.

De wetgever geeft niet expliciet aan dat er een formele verslaggeving over deze netto-actief test 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, hetgeen 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.

De nettoactietest 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 en een beoordeling uitmaakt van het bestuursorgaan.

In dit verband verduidelijkt de memorie van toelichting 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.

Onverminderd de toelichtingen die terug te vinden zijn in de memorie van toelichting, 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?
- danwel, dient men steeds het opmaken van een recentere staat te beoordelen i.f.v. 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 gestipuleerd wordt dat bij de uitkering van een interimdividend, deze beslissing dient onderbouwd te worden 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 een uitkering die beslist wordt op een ander ogenblik dan in het kader van de goedkeuring van de jaarrekening, getoetst wordt aan het nettoactief van een recentere staat die 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 wanneer 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)¹⁰, men niet meer de wettelijke jaarrekening als referentiepunt zal gebruiken.

¹⁰ Art. 3:68, § 2, derde lid WVV: "Ten minste halfjaarlijks bezorgt het bestuursorgaan hun boekhoudkundige staat, opgesteld volgens het schema van balans en resultatenrekening."

DE BEPALINGEN BETREFFENDE DE NETTOACTIEF- EN DE LIQUIDITEITSTEST, DIENEN GEZIEN TE WORDEN ALS EEN BESCHERMENDE MAATREGEL VOOR SCHULDEISERS

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

Artikel 5:144, tweede lid WVV stipuleert immers dat "De vennootschap kan elke uitkering die in strijd met de artikelen 5:142 en 5:143 is verricht, van de aandeelhouders terugvorderen en dit **ongeacht**¹¹ hun goede of kwade trouw".

E. Frequentie van de solvabiliteitstest

De solvabiliteitstest zal uitgevoerd worden telkens wanneer er een ("principiële") beslissing tot uitkering dient genomen te worden door de algemene vergadering of door het bestuursorgaan mits statutaire delegatie aan deze laatste.

We kunnen stellen dat dit niet het geval is wanneer een beslissing tot uitkering, vervolgens gerealiseerd wordt door spreiding in de tijd middels uitbetaling van schijven (dit i.t.t. de liquiditeitstest). Hierbij kunnen we evenwel ervan 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 genotuleerd worden.

¹¹ Dit in tegenstelling tot de NV waar de terugvordering enkel is voorzien in geval van "kwade trouw".

F. Opdracht van de commissaris – draagwijdte van de opdracht en toepasselijke standaard

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

Uit de formulering van de opdracht van de commissaris in artikel 5:142, tweede lid WVV, volgt dat het voor de commissaris een beoordeling van historische financiële informatie betreft en bijgevolg de toepassing van de Internationale Standaard voor beoordelingsopdrachten (ISRE 2410, *International Standard on Review Engagements*), de toepasselijke standaard is.

In het geval dat de nettoactietest 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 er in beide gevallen geen specifieke verslaggeving vereist door de commissaris.

Immers, de commissaris zal de nodige procedures met betrekking tot de voorgestelde winstbestemming hebben uitgevoerd in het kader van zijn commissarismandaat. Het lijkt weinig zinvol om tegelijkertijd een verslag beperkt nazicht uit te brengen in uitvoering van artikel 5:142 WVV en een controleverslag in uitvoering van artikelen 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.

Indien de commissaris vooralsnog op basis van zijn 'subsequent review'-procedures tot de bevinding komt dat de goedgekeurde jaarrekening mogelijks 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) opgevangen worden 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.

In het geval dat de nettoactietest wordt uitgevoerd op de basis van een nog niet goedgekeurde jaarrekening, dient dit beschouwd te worden als tussentijdse financiële informatie, die door de commissaris beoordeeld dient te worden; hij zal zich voor zijn beoordeling evenwel mogelijks 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.

Indien de nettoactietest 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.

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 ISRE 2410. Aangezien artikel 5:142 WVV de beoordelingsopdracht toevertrouwt aan de commissaris van de vennootschap, zal ISRE 2410 van toepassing zijn op deze opdracht.

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 "(dubbele) negatieve formulering van de conclusie".

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. Na analogie kan dit ook toegepast worden 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. Een aan de context aangepaste toelichting zal materiële buitenbalans verplichtingen dienen te

bevatten en de gehanteerde waarderingsregels. We verwijzen in dit verband naar praktische toelichting aangaande de notie "tussentijdse financiële informatie", opgenomen in de "praktische nota bij artikel 618 W. Venn." zoals gehecht aan de omzendbrief 2016/03 van het IBR.

Wanneer de beslissing tot uitkering genomen wordt 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 onderworpen dient te worden aan de beoordelingsopdracht van de commissaris.

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'.

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.

Teneinde een overzicht te geven van de casussen waarbij verslaggeving voortvloeiend uit artikel 5:142, tweede lid WVV, door de commissaris wordt uitgebracht, geven we vervolgens een verslaggevingsverplichtingen dewelke we ter informatie combineren met de bevoegdheidstabel inzake de uitkeringsbeslissingen¹².

Bevoegd orgaan	Bevoegdheid	Bijzonder verslag van de commissaris (art. 5:142 WVV)	
		Uitkering op grond van de laatst goedgekeurde jaarrekening	Uitkering op grond van een recentere staat van activa en passiva
Algemene vergadering ⇒ Altijd	Bestemming van de winst En vaststelling van de uitkering (GAV) Uitkering uit de beschikbare reserves en het overgedragen resultaat zoals blijkt uit de laatst goedgekeurde jaarrekening (tussentijds dividend – BAV)	Geen bijzonder verslag art. 5:142 WVV vereist (inbegrepen in het commissarismandaat art. 3:73 WVV)	Bijzonder verslag art. 5:142 WVV vereist
	Uitkering uit de winst van het lopende boekjaar ⁴ en van het voorgaande boekjaar, zolang de jaarrekening niet is goedgekeurd	X	Bijzonder verslag art. 5:142 WVV vereist
Bestuursorgaan ⇒ Enkel mits statutaire delegatie	Uitkering uit de winst van het lopende boekjaar en het overgedragen resultaat zoals blijkt uit de laatst goedgekeurde jaarrekening	X	Bijzonder verslag art. 5:142 WVV vereist
	Uitkering uit de winst van het voorgaande boekjaar, zolang de jaarrekening niet is goedgekeurd, uit het resultaat van het lopend boekjaar en uit het overgedragen resultaat zoals deze blijkt uit de laatst goedgekeurde jaarrekening	X	Bijzonder verslag art. 5:142 WVV vereist

¹² Overzicht zoals voorbereid in de IBR-werkgroep Bijzondere opdrachten en opgenomen in de Technische nota goedgekeurd door de Raad van het IBR op 30.08.2019 en beschikbaar is op de website van het IBR en momenteel voorligt ter "fieldtesting": <https://www.ibr-ire.be/nl/regelgeving-en-publicaties/technische-nota-s/technische-notas-detail-page/technische-nota-s-nettoactief-en-liquiditeitstest>.

G. Relatie tussen het verslag opgesteld in het kader van de nettoactiefest en het commissarisverslag opgesteld overeenkomstig artikel 3:75 WVV (wettelijke controle van de jaarrekening)

Indien de procedure inzake de nettoactiefest niet werd uitgevoerd of niet nageleefd conform de procedure voorzien in artikel 5:142 WVV, dient de commissaris in zijn jaarlijkse commissarisverslag een vermelding op te nemen overeenkomstig artikel 3:75, § 1, 9° WVV. Het valt te noteren dat 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 aan deze uitkeringsbeperking niet is voldaan, dient de commissaris bijgevolg een vermelding over deze inbreuk op te nemen in zijn commissarisverslag over de jaarrekening.

Het spreekt voor zich dat de commissaris bijzonder aandachtig zal zijn ter bewaking van de coherentie tussen beide verslaggevingen.

Liquiditeitstest

A. Wettelijke definiëring

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."*¹³

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

¹³ 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.

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

beslissing van het bestuursorgaan tot effectieve uitkering.

Wanneer een principiële beslissing tot uitkering wordt genomen door het bestuursorgaan in het kader van haar statutair gedelegeerde bevoegdheid en op basis van de nettoactiefest, is deze beslissing eveneens onder opschortende voorwaarde, van een positieve uitkomst van een liquiditeitstest.

De liquiditeitstest kan als het ware beschouwd worden als de betaalbaarstelling van de uitkering.

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."

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 wetsbepalingen 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. We verwijzen in dit verband naar de bespreking inzake de "marginale toetsing" (zie verder).

B. Verantwoordelijkheid van het bestuursorgaan

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, nl 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.

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 gedocumenteerd hoort te worden. Het besluit van het bestuursorgaan dient immers verantwoord te worden in een verslag.

We herinneren eraan dat betreffende de nettoactietest, de explicitering van de motivering middels een verslag ontbreekt in de wettekst.

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 12 maanden. De periode van 12 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 12 maanden overstijgt.

Het WVV geeft aan dat de liquiditeitstest gebaseerd zal zijn, 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.

Het WVV geeft verder geen preciseringen of guidance aangaande de op te nemen elementen in de liquiditeitstest, tenzij dat de balans van de vennootschap als eerste vertrekpunt kan dienen voor de liquiditeitstest met meer bepaald als eerste indicatie de omvang van het eigen vermogen en de quickratio. Ter vergelijking, doet zij dit wel aangaande het financieel plan bij oprichting van een vennootschap¹⁴. Terwijl de wetgever dit niet expliciet oplegt kan een financieel plan een nuttig instrument zijn bij de liquiditeitstest.

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 veranderde 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 12 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.

Het dient gezegd dat de wet voorziet dat het verslag niet op straf van nietigheid is voorgeschreven en niet wordt openbaar gemaakt.

Op welk ogenblik, dient de liquiditeitstest te worden uitgevoerd?

De wet bevat geen termijnen binnen dewelke de liquiditeitstest uitgevoerd moet worden. 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.

De liquiditeitstest en de bestuurdersaansprakelijkheid die hieraan wordt gekoppeld, creëren een inherent spanningsveld wanneer uit de nettoactietest 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

14 Art. 5:4, § 2 WVV met betrekking tot de BV.

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.

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.

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 nettoactietest, waar de commissaris geen specifiek verslag dient op te stellen).

Aldus zal in het geval van beslissing tot uitkering waarbij de effectieve uitbetaling gespreid wordt in de tijd middels uitbetaling in schijven, telkens een liquiditeitstest uitgevoerd dienen te worden.

C. Verantwoordelijkheid van de commissaris volgend uit artikel 5:143, tweede lid WVV

- Draagwijdte van de opdracht en toepasselijke standaarden

De opdracht met betrekking tot de liquiditeitstest moet verricht worden 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).

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 afsluitingsdatum¹⁵, 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.

Betreffende de beoordeling van de historische boekhoudkundige en financiële gegevens zal de commissaris de in België van toepassing zijnde standaard, ISRE 2410, *Beoordeling van tussentijdse financiële informatie, uitgevoerd door de onafhankelijke auditor van de entiteit*,

¹⁵ Wanneer het bijzonder verslag van het bestuursorgaan opgemaakt wordt 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.

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 opgesteld worden conform de door de vennootschap gehanteerde waarderingsregels.

Betreffende de beoordeling van de prospectieve boekhoudkundige en financiële gegevens, zal de commissaris nagaan of deze opgesteld zijn 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 voorzien in ISAE 3400, *Onderzoek van toekomstgerichte financiële informatie*, toepassen¹⁶.

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 opgenomen worden in zijn verslag en die aan de basis liggen van de liquiditeitstest.

¹⁶ 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 opgenomen worden. In de toekomst zal dit mogelijks wel veranderen.

DE COMMISSARIS MAG NIET HET WERK VAN HET BESTUUR OVERDOEN. 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

De commissaris dient in het kader van zijn beoordelingsopdracht de toekomstgerichte financiële en boekhoudkundige informatie te onderzoeken met het oog op het kunnen concluderen dat¹⁷:

- 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;
- de toekomstgerichte financiële informatie op een juiste wijze is gebaseerd op de veronderstellingen;
- 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

¹⁷ Deze opsomming a tot d is tot stand gekomen in de IBR-werkgroep Bijzondere opdrachten naar aanleiding van het ontwerpen van de technische nota betreffende de liquiditeitstest, <https://www.ibr-ire.be/nl/regelgeving-en-publicaties/technische-nota-s/technische-notas-detail-page/technische-nota-s-nettoactief-en-liquiditeitstest> zoals gepubliceerd voor een "fieldtesting" en vindt haar aansluiting met ISAE 3400.

“hypothetische assumpties” (“*hypothetical assumptions*”) betreft;

- 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.
- e. de weerhouden ingeschatte veronderstellingen en hypothetische assumpties een redelijke basis vormen voor de prospectieve boekhoudkundige en financiële informatie.

De commissaris mag niet het werk van het bestuur overdoen¹⁸. 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 lichten¹⁹.

- Verslag en conclusie van de commissaris

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.

De commissaris spreekt zich evenwel niet uit over het geschikt karakter van de uitkering *an sich*, noch 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 nettoactietest is het sterk aangewezen om een schrijven te richten aan het bestuursorgaan, alvorens deze zijn 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 WVV²⁰.

In verband met de alarmbelprocedure wijzen we erop dat de vernieuwde verwoording van deze

¹⁸ 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 aangepast worden aan de omvang en de specificiteiten van de BV (of CV).

¹⁹ Art. 3:69 WVV en art. XX.23, § 3 WER.

²⁰ Art. 3:69 WVV: “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.”

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 schulden²¹. Bovendien is de nuancering die de wetgever heeft aangebracht in de eerste paragraaf van artikel 5:153 WVV van belang voor de commissaris bij voormelde overwegen, waardoor de alarmbelprocedure dient opgestart te worden, 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 wetsartikelen en zijn verantwoordelijkheden terzake onderkent. Aldus denken we hierbij in het bijzonder aan volgende wetsartikelen.

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 opdracht²².

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.

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.

De situatie waarin een beoordelingsverslag met voorbehoud over het verslag van het bestuursorgaan in het kader van de liquiditeitstest wordt uitgebracht, lijkt gezien de aard en doelstelling van de opdracht onwaarschijnlijk of zelfs uitgesloten.

Gegeven dat de conclusie van de beoordelingsopdracht van de commissaris een beperkte mate van zekerheid tot uitdrukking brengt, zal deze negatief worden geformuleerd.

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 te worden beschouwd 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

21 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."

22 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. in geval van daling van het netto-actief tot minder dan de helft van het kapitaal", waar tevens een duidelijke weergave wordt gegeven van de verantwoordelijkheden. <https://www.ibr-ire.be/nl/actueel/news-detail/advies-2019-06>

eerder verwachten dat de schuldeisers recht hebben op bijkomende informatie en alzekeer 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. 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.

D. De relatie tussen het verslag opgesteld in het kader van de liquiditeitstest en het commissarisverslag opgesteld overeenkomstig artikel 3:75 WVV (wettelijke controle van de jaarrekening)

Het is van belang indachtig te zijn dat het verslag opgesteld door de commissaris in het kader van de liquiditeitstest, niet wordt openbaar gemaakt. Het verslag 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.

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.

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.

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 mijns inziens 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.”*

Het spreekt voor zich dat de commissaris bijzonder aandachtig zal zijn ter bewaking van de coherentie tussen beide verslaggevingen.

Eindbeschouwingen

In zekere zin zouden we kunnen stellen dat zowel de nettoactietest als de liquiditeitstest niet nieuw zijn. Men kan stellen dat deze oefeningen minstens intellectueel reeds (dienden) uitgevoerd te worden. Dezelfde aspecten hoorden immers in beschouwing te worden genomen 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 van uitkeringen of daarmee geassimileerde transacties.

Noch bij de nettoactief- en liquiditeitstest, noch bij de liquiditeitstest spreekt de commissaris zich expliciet uit in zijn verslag over de aanvaardbaarheid van het voorgenomen 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 moeilijk verklaarbaar 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 geanticipeerd had. 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 misschien wel eens kunnen worden aangetast door de wettelijke voorzieningen

inzake de formaliteiten voor de nettoactief- en liquiditeitstest waarvan de wetgever geoordeeld heeft deze niet toepasselijk te maken voor de naamloze vennootschap.

Résumé

Les tests d'actif net et de liquidité dans la société à responsabilité limitée et la société coopérative sont des mesures de protection en faveur des créanciers pour compenser la suppression de la notion de capital.

Ces tests ne sont pas seulement applicables à la distribution d'un dividende ou tantième, mais également à d'autres opérations 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.

Tant le test d'actif net que le test de liquidité concernent des missions d'examen limité relatives aux informations comptables et financières (tant les informations historiques que prospectives) confiées au commissaire et font l'objet d'un rapport formel. En septembre 2019, l'IRE a publié à ce sujet deux projets de notes techniques avec pour objectif de les soumettre à un test sur le terrain (*fieldtesting*), avant de publier une version finale. En ce qui concerne le test d'actif net, le commissaire n'intervient que si le test est effectué sur la base de comptes annuels non encore approuvés ou sur la base d'un état intermédiaire (plus récent) résumant la situation active et passive, contrairement au test de liquidité où l'intervention du commissaire est toujours obligatoire, même en cas de distributions multiples ou successives.

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 que la procédure a été suivie.

Summary

The net assets and liquidity tests in the private limited and cooperative companies are compensating protective measures in favour of creditors to offset the abolition of the concept of capital.

These tests do not only apply to the payment of a dividend or a director's participation, but also to other 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.

Both the net assets test and the liquidity test involve assessment assignments for the statutory auditor of the accounting and financial information (both historical and prospective information) and are the subject of a formal report. In September 2019, the IBR/IRE published two draft technical notes on this matter for the purpose of subjecting them to a field testing before issuing a final version. Regarding the net assets test, the statutory auditor will intervene only if the test is based on annual accounts not yet approved or on a (more recent) interim statement of assets and liabilities, in contrast to the liquidity test where the intervention of the statutory auditor is always mandatory, even in the event of multiple or sequential disbursements.

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.

Cela a pour conséquence que le lecteur n'a pas d'accès « direct » aux conclusions du rapport du commissaire sur le test de liquidité effectué par l'organe d'administration. L'opinion émise devrait pouvoir figurer dans la conclusion sur le test de liquidité si elle est négative. Le cas échéant, une conclusion négative aura une incidence sur le rapport de contrôle légal des comptes annuels du commissaire en raison de la menace sur la continuité ou d'une infraction à la législation relative aux sociétés et aux associations. En outre, il y a beaucoup d'interférences entre les articles concernant les tests d'actif net et de liquidité et d'autres articles du CSA concernant notamment la procédure d'alerte et la procédure de sonnette d'alarme.

Le commissaire ne se prononce pas sur le montant et l'opportunité de la distribution en tant que tels. Sa mission consiste à évaluer les informations sur lesquelles se fondent les décisions, respectivement de l'assemblée générale et de l'organe d'administration, qui doivent décider d'une distribution et de son montant spécifique.

La raison pour laquelle le test de liquidité n'a pas été prévu dans les SA et l'application potentielle du règlement des conflits d'intérêts dans le cadre d'une décision de l'organe d'administration relative au test de liquidité ne sont pas claires.

This leads to the reader not getting an insight directly into the conclusions of the statutory auditor's report on the liquidity test achieved by the administration body. If the opinion expressed is negative, it must be possible to mention it in the conclusion on the liquidity test. As applicable, a negative conclusion will have an impact on the statutory auditor's report on the statutory audit of the annual accounts because of the going concern threat or a breach of the law on companies and associations. Furthermore, 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 concerning the warning and alarm bell procedure.

The statutory auditor does not express an opinion on the amount and the appropriateness of the payment as such. His assignment consists of making an assessment of the information underlying the decisions of respectively the meeting of shareholders and the administration body that must decide on a payment and on the specific amount.

It is not clear why the liquidity test was not foreseen in the public limited liability company (NV/SA) and whether the conflicts of interest regulation should be applied in the context of a decision of the administration body regarding the liquidity test.

THE 2020 BELGIAN CODE ON CORPORATE GOVERNANCE AND THE EXTERNAL AUDITOR

CHRISTOPH VAN DER ELST

Prof. dr. Universiteit Gent, Faculteit Recht en Criminologie, Vakgroep Metajuridica, Privaat- en Ondernemingsrecht



Introduction

The 9th of May 2019 the Corporate Governance Committee published the long expected new 2020 Belgian Code on Corporate Governance. The Code replaces the previous 2009 Code that itself replaced the 2004 Code. Before 2004 several organisations, including the predecessors of the FSMA and Euronext and the employers' association FEB/VBO published different corporate governance codes.

Already in 2017 the Corporate Governance Committee, chaired by mr. Thomas LEYSEN, launched a public consultation for the revision of the 2009 Code accompanied with a detailed study of ALLEN & OVERY that reported on the needs for revision. In spring 2018 a public hearing took place. In July 2018 the Committee announced that the Code would be published soon, but in January 2019 the Committee informed the market that this publication was postponed. The delay found its roots in the long process for the approval of the new Code of Companies and Associations (CCA). Shortly after the enactment of the CCA on 23 March 2019 and its publication in the Official Gazette on 4 April 2019, the 2020 Code was presented to the public. Contrary to the former editions of the Companies Code, the relationship between the corporate governance code and the CCA

is explicitly acknowledged in the latter, inter alia regarding the identification of independent directors for which article 7:87 CCA refers to the Code of good governance that the King indicates¹. The new 2020 Code will serve as the referential code for listed companies for their corporate governance statement in accordance with article 3:6, § 2 CCA. The Royal Decree of 11 May 2019 as published in the Belgian Official Gazette of 17 May 2019 identified this Code as the only referential code for the Belgian listed companies.²

From the 1st of January 2020 those companies that are submitted to the Code must apply this Code for their reporting years that start after this date. It can be expected that some companies will not wait to report in their corporate

1 As required by European Directive 46/2006/EC of the European Parliament and of the Council of 14 June 2006 amending Council Directives 78/660/EEC on the annual accounts of certain types of companies, 83/349/EEC on consolidated accounts, 86/635/EEC on the annual accounts and consolidated accounts of banks and other financial institutions and 91/674/EEC on the annual accounts and consolidated accounts of insurance undertakings, *Pb. L.* 16 August 2006, nr. 224.

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32006L0046>

2 It must be noted that the Council of State that was consulted for rendering its advice on the proposal for the Royal Decree considered this request as inadmissible as the King is only authorized for "indicating" the Code, not for setting the Code. Further, the Council of State noted that the Corporate Governance Committee is not a governmental body.

SUSTAINABLE VALUE CREATION IS A NEW CORPORATE PARADIGM

governance statement 2020, which will be published in the spring of 2021 but already start reporting accordingly in 2020 (corporate governance statement 2019). The Code identifies the companies that are submitted as "companies incorporated in Belgium whose shares are admitted to trading on a regulated market ('listed companies') as defined by the Code on Companies and Associations". Listed companies are companies of which shares, profit shares or certificates of shares are admitted for trading on a regulated market.³

The overarching goals of the new Code is helping companies in their development and reaching out for sustainability.⁴ Similar to the previous 2009 Code, the 2020 Code requires the companies to comply with its principles and comply with all the provisions or explain the deviations. The principles are "considered as essential pillars of good governance."⁵ The provisions are recommendations as to how the different principles can be effectively

implemented. Different from the ten principles, it is allowed for a company to provide an adequate explanation for deviating from one or more provisions.⁶ The 2009 Code also contained guidelines providing in guidance how the companies should implement or interpret the provisions. Guidelines are no longer part of the 2020 Code. A number of the guidelines have been deleted while other guidelines have been transposed in provisions.

In the next sections, we first briefly enumerate the ten corporate governance principles of the 2020 Code. Next, in the major part of this paper we assess the provisions of the Code and discuss the position of the external auditor in the next section. The last section provides in a conclusion.

The Ten Corporate Governance Principles

The new code contains 10 Principles, one more than its predecessor. The principles are:

Principle 1. The company shall make an explicit choice regarding its governance structure and clearly communicate it

Principle 2. The board and the executive management shall remain within their respective remits and interact constructively

Principle 3. The company shall have an effective and balanced board

Principle 4. Specialised committees shall assist the board in the execution of its responsibilities

Principle 5. The company shall have a transparent procedure for the appointment of board members

3 A regulated market is a by a market operator operated and/or managed multilateral system that brings together multiple buy or sell intentions of third parties with regard to financial instruments or facilitates the process of bringing these intentions together within this system according to the rules and systems of the market admitted for trading and for which a permit has been granted and which works regularly (in accordance with Directive 2014/65/EU). <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A32014L0065>
<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0065&from=FR>
<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0065&from=FR>

4 Foreword by the chairman, 4.

5 2020 Code, 6. <https://www.corporategovernancecommittee.be/fr/over-de-code-2020/code-belge-de-gouvernance-dentreprise-2020>
<https://www.corporategovernancecommittee.be/nl/over-de-code-2020/belgische-corporate-governance-code-2020>
<https://www.corporategovernancecommittee.be/en/over-de-code-2020/2020-belgian-code-corporate-governance>

6 It can be questioned when a company deviates from a large number of recommendations that exist for the implementation of a particular principle, the latter principle is still complied with.

Principle 6. All board members shall demonstrate independence of mind and shall always act in the best interests of the company

Principle 7. The company shall remunerate board members and executives fairly and responsibly

Principle 8. The company shall treat all shareholders equally and respect their rights

Principle 9. The company shall have a rigorous and transparent procedure for evaluating its governance regime

Principle 10. The company shall publicly report on the application of the code

The 2009 Code contained only 9 principles. The new code does not add a new tenth principle but four of the former 2009 principles have now assorted in six of the new 2020 principles. For example, the previous 2009 principle 4 related to the rigorous and transparent procedure of appointing and evaluating the board of the directors and its members is now included in principle 5 regarding the appointment of the board and principle 9 regarding the evaluation of corporate governance. Similarly, the 2009 principles 1, 3 and 6 are now included in the 2020 principles 1, 2, 3, 5, 6 and 9.

Most principles already existed in an identical or similar form or in an embryonic style in the 2009 Code. For example, principle 7 of the 2009 Code not only survived in the 2020 Code, it remained unchanged. All board members should receive a fair and responsible remuneration package. However, the composition of the remuneration packages must in the 2020 Code comply with other provisions than those enumerated in the 2009 Code⁷. Non-executive directors should, according to the 2020 Code be partially paid in shares, whereas the 2009 Code remained silent regarding share-based remuneration for non-executive directors.

⁷ Cf. *infra*, section 3.

A short assessment of the principles and provisions

Principle 1 of the 2020 Code requires the company to reflect on its governance structure of a one-tier or two-tier board. Chapter 1 of Title 4 of Book 7 of the CCA distinguishes between two different board models: the monistic board model which is the model that existed at least since the Companies Act of 1873 and consists of one fraternal board of directors and a two-tier board model that consists of a supervisory board and a management board. The former is responsible for the general policy and strategy of the company, for monitoring the management board and for all deeds for which the CCA empowers the supervisory board. The management board is responsible for all other deeds. Principle 1 requires from each company a recurrent reflection which governance model serves the company best. This principle is different from principle 1 in the 2009 Code that started from the premise of a one-tier board developing the best strategy for the company. More precisely, the board of directors of a one-tier company must assess once every five years whether this governance structure is the most appropriate, whilst the supervisory board should do the same if the company has opted for the two-tier board structure. In the latter structure, the supervisory board should, if need be, propose the general meeting of shareholders, to abolish itself. Why the Commission did not consider the involvement of the management board when assessing the abolishment of the supervisory board is not clear. Every year the company must disclose the relevant information on the events affecting the governance structure.

Further, in some industries, like the financial industry, companies must take into account the *lex specialis*. A bank that is established as a public limited liability company must be governed by a management board in accordance with article 7:104 CCA of which all members are also members of the 'board of directors'.⁸ The

⁸ Art. 24 of the Banking Act of 25 April 2014.

Banking Act was modified to enter some of the specificities of the dual system as provided in the CCA but retained the former governance names “management committee” and “board of directors”.⁹ As this bank governance structure is mandatory, the banking legislation offers banks no room for any kind of reflection of its governance structure.

Principle 2 emphasizes the division of powers between the different board and management levels. Further, sustainable value creation is a new corporate paradigm. The board of directors must guarantee, through its setting of the company’s strategy, ethical leadership and monitoring corporate performance that this kind of value creation has achieved. Further, the board must balance both the interests and expectations of shareholders and other stakeholders. At the same time, provision 6.6 also requires the board members “to look after the interests of all shareholders on an equivalent basis”. The 2009 Code did not yet reach out for sustainable value creation, only a guideline accompanying provision 1.2 related to defining the strategy and values of the company provides in the recommendation of paying “attention to corporate social responsibility, gender diversity and diversity in general”.

This innovative principle 2 brings the 2020 Corporate Governance Code in line with the Codes of other Western European countries. In the 2016 Dutch Corporate Governance Code, Principle 1.1 on Long-Term value creation states: “The management board focuses on long-term value creation for the company and its affiliated enterprise, and takes into account the stakeholder interests that are relevant in this context”. The notes to this Dutch Principle add: “*Management board members and supervisory board members are expected to act in a sustainable manner ...*”. The UK Corporate Governance Code 2018 articulates in

IF NOT ALL CONDITIONS FOR DEVIATING FROM THE PROVISIONS HAVE BEEN ADEQUATELY ADDRESSED, CAN THE DIRECTOR BE CONSIDERED “INDEPENDENT ENOUGH”

Principle A: “[...] the board, whose role is to promote the long-term sustainable success of the company, generating value for shareholders and contributing to wider society and adds in provision 1: “The board should assess the basis on which the company generates and preserves value over the long-term”. In the French AFEP-MEDEF 2018 Corporate Governance Code of Listed Companies it sounds: “[The Board] endeavors to promote long-term value creation by the company by considering the social and environmental aspects of its activities”.

Most of the other provisions of Principle 2 further specify the specific duties of the board of directors and the executive management as well as the interaction between the board and the executive management. Principle 2 is to be considered pivotal in the Code as it contains the most provisions of all principles.

Principle 3 contains the framework for a balanced board composition. Many provisions in this principle remain unchanged. The board of directors should be composed of a majority of non-executive directors. At least three directors must be independent and the 2009 guideline of balancing size, experience and knowledge turned in the 2020 edition into a provision. Principle 3 – Principle 2 in the 2009 Code – gained importance as the conditions for being considered as an independent director are provided in this principle. Those conditions have transferred from article 526ter of the former Companies Code. The new CCA contains (only) two general conditions that

9 For an extensive analysis of the effects of the new CCA on the financial industry see L. THIJIS and C. HAVERANS, “Het nieuwe WVV en de KREDIETINSTELLING: simple comme bonjour?”, *Bank. Fin. R.* 2019, 183-231.

independent directors have to meet and refers to the Corporate Governance Code for the criteria of which compliance result in adherence with those two general conditions in the CCA. The CCA requires from the independent directors that they have no relationship with the company or with an important shareholder that could jeopardize the independence.¹⁰ In case the director is a legal entity, both the latter and its representative have to meet these requirements. The assessment of the compliance with the Companies Act must take into account all the criteria in the Corporate Governance Code 2020. The conditions in the Corporate Governance Code 2020 are very similar to those laid down in the former Companies Code, but not all are identical. For example, previously a former executive of a company could not become an independent director before a cooling-off period of five years was taken into account. In the Corporate Governance Code 2020 a cooling-off period of three years before the appointment of the former executive is sufficient.

Further, in the former Companies Code the criteria the new CCA allows that not all criteria have been complied with for becoming an independent director if the board of directors informs the general meeting of shareholders why the director is effectively independent.¹¹ This option was not provided in the former system.

This new approach of establishing the independence requirements has important consequences for the registered auditors. For example, the board of directors of a company that has not established an audit committee can permit the external auditor to provide in additional services of which the consideration exceeds the remuneration of the external auditor for providing in its opinion in accordance with article 3:65, § 2 of the Belgian CCA, only if the independent director or the

FOR THE BELGIAN CODE 2020, THE QUESTION CAN BE RAISED: WHERE ARE THE EXTERNAL AUDITORS?

majority of the independent directors agree to approve those services.¹² We are of the opinion that the external auditor must control whether the company complies with the new procedure for determining the independence of those directors before making use of the option for rendering additional services.

Principle 3 has also further elaborated on the company secretary with three provisions (the former Code contained only one provision and a guideline with respect to the company secretary). This secretary has a legal position according the UK Companies Act¹³, but it lacks a legal connection under Belgian law. While the competence of the company secretary did not significantly change with the exception of a task defined in provision 10.2, the promotion of a 2009 guideline into a provision in the 2020 Code requires companies to spend more attention to and report on the position, if any, and competences of this company secretary. According to provision 10.2 it belongs to the company secretary to make sure that the board of directors assesses the explanations of the deviations from the provisions at least once a year.

Principle 4 provides the companies with further provisions on how to establish subcommittees within the board of directors. The 2020 Corporate Governance Code recommends the establishment of an audit committee, a remuneration committee and a nomination committee. However, the latter can be

¹⁰ Art. 7:87, § 1, section 1 Belgian CCA.

¹¹ Art. 7:87, § 1, section 2 Belgian CCA.

¹² Art. 3:64, § 4 Belgian CCA. The company can make use of two other options to have those services approved.

¹³ See Section 271 UK Companies Act: "A public company must have a secretary".

combined with the remuneration committee. Those subcommittees must perform the duties that have been defined in the CCA. For audit committees the duties of the committee follow from the transposition of European Directive 2006/43/EU¹⁴ and includes inter alia the monitoring of the work of the external auditor. For remuneration committees, the Belgian legislator considered their establishment and duties pivotal for enforcing corporate governance in 2010, including the duty of proposing the remuneration policy¹⁵. The 2020 Code further elaborates on the tasks of those committees, which should be read in accordance with the legal duties. For example, it is the role of the audit committee to monitor the management responsiveness to the recommendations of the external auditor's management letter¹⁶, which can be seen as part of the legal duty of the audit committee to monitor the follow up of the questions and recommendations of the external auditor¹⁷.

The differences in the scope of application of the CCA and the 2020 Code regarding the establishment of the audit committee and the remuneration committee, create a number of ambiguities. While the CCA mandatorily requires the establishment of the former two committees only for the larger companies¹⁸, all listed companies must, for acting in compliance with the 2020 Code, establish three committees¹⁹. A first ambiguity exists for the companies that do not mandatorily have to establish an audit committee and a remuneration committee²⁰,

but must consider their establishment as a best practice at least, and, more likely, even as a principle. Principle 4 requires subcommittees to assist the board, which can only be complied with if the subcommittees are established. Therefore it can be debated whether those companies can validly explain the option of not establishing any subcommittee. On the other side, if companies that do not legally have to establish subcommittees must establish those committees according to the 2020 Code, the Corporate Governance Commission takes the position of legislator.

Further, in case a company must not legally establish those committees²¹, the company can comply with provision 4.10 and 4.17, and in accordance with article 7:98 CCA establish an audit committee, a remuneration and a nomination committee. Article 7:98 CCA allows every board to establish any subcommittee of which it determines its composition and duties. The board of directors remains liable. The three aforementioned committees have to be provided with different duties than those that are enumerated in article 7:99 and 7:100 CCA. However, companies submitted to the 2020 Code, but exempted from the legal duty to establish an audit committee and a remuneration committee, must establish those committees in accordance with the provisions of the 2020 Code and empower the committees with the duties as defined in article 7:99 and 7:100 CCA. However, according to article 7:99, § 2 and 7:100, § 4 CCA the board of directors must perform those duties of the audit committee and the remuneration committee in case those committees have not been established. Therefore, according to the CCA those responsibilities belong to the board and according to the 2020 Code to the committees. It is not obvious for those companies to comply with all the requirements²².

14 For an analysis of the legal duties of the audit committee, see for example C. VAN DER ELST and I. DE POORTER, "Upgrading corporate governance: auditcomités in het Wetboek van Vennootschappen", *TRV* 2009, 397-415.

15 For an analysis of this remuneration committee, see for example H. DE WULF, C. VAN DER ELST, S. VERMEESCH, "Radicalisering van corporate governance-regelgeving: remuneratie en transparantie na de wet van 6 april 2010", *TBH* 2010, (909), 939-945.

16 Provision 4.12 of the Code.

17 Art. 7:99, § 4, 4° Belgian CCA.

18 See art. 7:99, § 3 and 7:100, § 4 Belgian CCA.

19 The remuneration and nomination committee can be combined (provision 4.20).

20 See for the criteria for this waiver: art. 7:99, § 3 Belgian CCA.

21 Which is the case if the size criteria that the CCA defines for establishing those committees have not been met.

22 Unless the company explains why it deviates from the 2020 Code.

Principle 5 of the Code 2020, regarding the appointment of the members of the board repeats to a very large extent principle 4 of the 2009 Code. There are only minor changes in the new 2020 Code. One is the promotion of the guidelines to develop a process of succession planning in the 2009 Code into a provision in the 2020 Code.

The interest of the company must be the guiding principle of a director, according to principle 6. The board should also demonstrate independence of mind. This kind of independence did not constitute a principle in the 2009 Code but it results from a reshuffling of the structure of the Code. The preamble of the 2009 Code mentions that *"All directors should demonstrate independence of judgement and objectivity in making board decisions"*. Principle 6 of the 2020 Code states that *"board members [...] should be able to make their own [...] independent judgements when discharging their responsibilities"*.

Further, the new Code spends several provisions on conflicts of interests. Both the former Companies Code as well as the current Code of Companies and Association provide in a detailed set of rules how to address conflicts of interest, which the Corporate Governance Code 2020 even further elaborates with a number of provisions. Any conflict of interest must be reported if it could affect the capacity of judgement. Board members must carefully watch over conflicts of interests that can occur between the company and its significant or controlling shareholders. The members of the board proposed by the latter shareholders must make sure that all board members are aware of the intentions and interests of those shareholders. Provision 6.9 takes care of the reporting requirements of conflicts of interest, including the procedure to protect the interest of the company, which has been followed for addressing this conflict. As article 7:96 CCA already provides in detailed disclosure rules in case of a direct or indirect conflict of interest of a financial nature, we are of the opinion that

provision 6.9 of the Governance Code will be applicable in case another conflict of interest emerges. Also for the potential conflicts of interests between a controlling shareholder and the company, the Belgian legislator provides in a detailed procedure in article 7:97 CCA. This article is currently under revision, inter alia to make it compliant with Directive (EU) 2017/828 (see hereinafter).

Remuneration of the board and top management is set in principle 7. Each member must be remunerated in a fair and responsible manner. Thereto a remuneration policy has to be developed. While the content of the report is provided in the CCA, the objectives for developing this policy are further developed in the provision 7.1 of the Code 2020: attracting, rewarding and retaining talent; promoting the achievement of the strategic objectives and promoting sustainable value creation. Belgian listed companies are already familiar with the general meeting voting for the remuneration report²³. The Code 2020 also requires the general meeting to vote on the remuneration policy and adds that even if the remuneration report has been approved, the board should take action when a significant proportion of the votes have been cast against this policy. More in particular, the company "should take the necessary steps to address the concerns of those voting against it, and consider adapting its remuneration policy". This principle is a forerunner of the expected changes of the CCA. In accordance with Directive (EU) 2017/828 of the European Parliament and of the Council of 17 May 2017 amending Directive 2007/36/EC as regards the encouragement of long-term shareholder engagement²⁴, the Belgian Parliament is discussing a proposal for a law transposing this Directive²⁵, which

²³ See article 554 former Companies Code and article 7:149 Belgian CCA.

²⁴ Directive (EU) 2017/828 of the European Parliament and of the Council of 17 May 2017 amending Directive 2007/36/EC as regards the encouragement of long-term shareholder engagement, *Pb. L.* 20 May 2017, nr. 60, 1.

²⁵ Proposition de loi portant transposition de la directive (UE) 2017/828 du Parlement européen et du Conseil du 17 mai

includes the introduction of a new article 7:89/1 CCA that requires listed companies to develop a remuneration policy²⁶. This proposal does not request the company to respond to the significant opposition of an approved remuneration policy. However, corporate governance practices are also familiar with this requirement. The UK Code 2018 requires from the company an explanation what actions it intends to take to consult shareholders in order to understand the reasons behind the significant opposition, an update on the views of the shareholders within the next six months and a disclosure of a summary in the next annual report explaining this issue²⁷. Significant opposition is defined as 20 per cent or more of the votes being cast against the agenda item. In the UK there is a database on the Public Register where the details of votes against can be consulted²⁸. A similar register does not exist in Belgium. Finally, it can be noted that this provision could also be part of principle 8 of the Code 2020, which further elaborates the relationship between shareholders and the company.

An important new remuneration topic can be found in provision 7.6. Non-executive board members should receive part of their

remuneration in the form of shares, but stock options should not be granted. The shares must be held for at least three years and at least one year after leaving the board. Whilst less explicit, other corporate governance codes do not oppose this component in a remuneration package of a non-executive director. In the UK Corporate Governance Code 2018 a non-prohibition provision for granting shares is to be found: "Remuneration for all non-executive directors should not include share options or other performance-related elements". Consequently, shares can even be granted without time constraints. Recommendation 22 and 24.2 of the French Corporate Governance Code 2018 reads: "*The Board of Directors defines a minimum number of registered shares that the company officers must retain through to the end of their term of office [... for] non-executive directors [...] it is not desirable to award variable compensation, stock options or performance shares.*" The Belgian Code follows the provisions of the other codes but it adds that shares must be kept until after the end of the directorship. Further, it remains unclear what the consequences of a breach of the time constraint would be. Article 7:91 CCA can provide in a solution: shares, option on shares and other rights for acquiring shares have a vesting period of at least three years, unless the general meeting of shareholders or the articles of association decides otherwise.

Finally, with respect to the remuneration of the executive board members and management, the work of the Corporate Governance Commission reducing the number of principles as to maintain only principles that are not already provided in the CCA is very visible. Out of the 10 principles addressing executive remuneration in the 2009 Code only 6 have been preserved. In particular, the disclosure requirements and part of the severance pay arrangements are now part of the Code of Companies and Associations and were superfluous in the corporate governance code. It can be questioned whether some of the remaining principles are or will also become part of the CCA in light of the transposition of

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/Wetsvoorstel 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 langetermijnbetrokkenheid van aandeelhouders betreft, en houdende vennootschaps- en verenigingsbepalingen, *Parl.St. Kamer BZ 2019-20, nr. 553/1*. <https://www.corporategovernancecommittee.be/fr/reglementation/projets-de-texte-belges/55k0553-proposition-de-loi-portant-transposition-de-la>
<https://www.corporategovernancecommittee.be/nl/regelgeving/belgische-ontwerpteksten/55k0553-wetsvoorstel-tot-omzetting-van-richtlijn-eu-2017828-van>

26 This policy should contain the information as required in Directive (EU) 2017/828 which goes beyond the limited information that the remuneration policy must contain in accordance with article 3:6, § 3, 1° en 2° CCA, that currently must be disclosed in the remuneration report.

27 Provision 4 of section 1 Leadership of the UK Code.

28 This database is maintained by The Investment Association (see www.theinvestmentassociation.org/publicregister.htm).

Directive (EU) 2017/828. Principle 7.7 currently requires a policy in which the components of the remuneration package as well as the balance between the components are described. In the proposal for the amendment of the CCA, transposing the Directive, a more detailed remuneration report, taking into account the business strategy, long term interest and sustainability of the company is requested²⁹, making more than likely some other provisions in the 2020 Code redundant.

Principle 8 develops the relationship between the company and its shareholders and contains some new provisions, which were not part in the 2009 Code. The provisions on the communication with the shareholders and the encouraging use of the general meeting of shareholders are similar to those of the Code 2009. New is the provision of having the controlling and significant shareholders expressed their strategic objectives in the board. Further, provision 8.7 requests from the board a debate on the appropriateness of having a relationship agreement with the controlling and/or significant shareholder. The 2020 Code does not provide in additional guidance as to what in such a relationship agreement should be agreed between the company and the shareholder. However, more than likely the Corporate Governance Commission was inspired by the UK Listing Requirements that requires since 2014 from premium listed companies on the London Stock Exchange with a controlling shareholder holding more than 30 per cent of the votes to be cast at the general meeting to enter in a relationship agreement. Listing Requirement 6.5.4.³⁰ provides in the details of the content of this agreement. First, there needs to be a confirmation that transactions and relationships with the controlling shareholder will be conducted at arm's length and on normal commercial terms. Second, the controlling shareholder confirms that it restrains from any action that has the effect

of preventing the company complying with the listing requirements. Third, the controlling shareholder shall not table any resolution that intends to circumvent the application of the Listing Requirements. Nonetheless, these requirements cannot easily be transferred in the Belgian environment. First, the structure of the legislation is different. The relationship between the controlling shareholder and the company is not separately addressed in the Euronext Brussels Stock Exchange Requirements.³¹ Second, the CCA already addresses a number of elements that the relationship agreement between a listed company and the controlling shareholder must develop in accordance with the UK listing rules. We refer for instance to article 7:97 CCA that contains a detailed procedure for a decision of the board related to a transaction or deed executing a transaction involving a controlling shareholder of the listed company. We hope that the Corporate Governance Commission will further elaborate guidelines with the content of this relationship agreement.

We also note that the provisions that are dedicated to the position of institutional investors are reformulating the provisions of the former 2009 Code but those provisions will become largely redundant when the proposal for a new law transposing Directive (EU) 2017/808 will become effective. Indeed, the Directive requires from institutional investors to *“develop and publicly disclose an engagement policy that describes how they integrate shareholder engagement in their investment strategy, [...] how they monitor investee companies on relevant matters, including strategy, financial and non-financial performance and risk, capital structure, social and environmental impact and corporate governance, conduct dialogues with investee companies, exercise voting rights and other rights attached to shares, cooperate with other shareholders, communicate with relevant stakeholders of the*

²⁹ See the proposed art. 7:89/1, § 2 Belgian CCA.

³⁰ This listing requirement can be found: <https://www.handbook.fca.org.uk/handbook/LR/6/5.html#> (last accessed 15 November 2019).

³¹ An overview of these listing requirements can be found in Euronext & Jones Day, *Vade-Mecum from A to Z*, January 2019, <https://www.euronext.com/en/regulation/euronext-regulated-markets>, 85 p. (last accessed 15 November 2019).

investee companies and manage actual and potential conflicts of interests in relation to their engagement". Next, institutional investors shall disclose how this policy has been implemented. However, the Belgian Code 2020 approaches the developments of the relationship between institutional investors and the company from the company's and board's perspective instead of from the investors' perspective. Further, provision 8.9 requests the board to encourage the institutional investors to discuss its corporate governance of the company before the general meeting takes place. In the Directive (EU) 2017/808 it is not specified that institutional investors have to discuss their engagement policy before the general meeting takes place.

Principle 9 of the 2020 Code retakes principle 4 of the 2009 Code. The principle is accompanied with only three provisions. It refers to the assessment and transparency of the governance structure of the company. In the former 2009 Code, the principle only referred to the appointment and evaluation of the board and its members. As the legislator has opted for a choice between the one-tier and a two-tier board, it required a broader approach of the governance structure in the 2020 Code.

Finally, principle 10 requiring compliance with the 2020 Code is short. Four provisions highlight the comply or explain regime, the process of addressing the deviations from the code and informing the shareholders, the content of the deviations and board's role in addressing the deviations (inter alia with the shareholders). In the former 2009 Code those provisions were part of the first principle.

The auditor and the 2020 Belgian Code on Corporate Governance

The first corporate governance definition, which is to be found in the Cadbury Code of 1992, states that "corporate governance is the system by which companies are directed and controlled". Obviously, the Code's focal point is the board of directors. However, there were

THE CODE ADEQUATELY BALANCES THE INTERESTS OF MANY STAKEHOLDERS

also 37 provisions in the Cadbury Code on audit related matters. These provisions addressed objectivity, auditor rotation, the expectation gap, etc. In the meantime, many of those issues have been addressed in the UK legal framework that strengthened the independence requirements, introduced strict rotation requirements, the relationship with the audit committee etc. Nevertheless, in UK Code 2018 there are still three principles dedicated to audit and internal control, further elaborated in 8 provisions.³²

For the Belgian Code 2020, the question can be raised: Where are the external auditors? A "search" of the Belgian Code 2020 of the term "external auditor" results in five hits of which four are to be found in the provisions and one in the recitals.

In provision 3.5, the sixth condition for independent directors states that the external auditor of the company, or a related company or person is not eligible as independent director and neither the person who has been auditor of the company in the previous three years. This condition is not new. The law of 17 December 2008³³ introduced in article 526ter of the former Companies Act the definition of independent director. It contained the requirement that a person is not eligible as independent director if he has been, in three years before an appointment as director, a partner or an employee of the (former) audit firm of the company, a related company or

³² However, it must be noted that the position of the external auditor is only referred to one time in the principles. More precisely, Principle M. states: "The board should establish formal and transparent policies and procedures to ensure the independence and effectiveness of internal and external audit functions"

³³ Official Gazette, 29 December 2008.

entity as defined in article 11 of the former Companies Code. The transfer of the conditions for becoming an independent director from the law to the code allows for a deviation of any of the independence requirements. As such, it is, with an appropriate explanation, as of now, possible to elect as independent director a former auditor, if article 3:62, § 3 CCA has been complied with.

Next, three provisions that address the role and position of the audit committee refer to the external auditor. First, according to provision 4.12 it belongs to the audit committee's role to monitor the management's responsiveness [...] to the recommendations made in the external auditor's management letter. This duty of the audit committee is not new and retakes the former provision 5.2./26 of the 2009 Code. However, the requirement to monitor the management response to the auditor's management letter is not a legal duty of the audit committee. Nonetheless, it belongs to the audit committee's role to monitor the legal control of the accounts that also has to include a control of the follow-up of the questions and recommendations of the external auditor.³⁴

Provision 4.15 of the 2020 Code is identical to the last sentence of provision 5.2./31 of the 2009 Code and guarantees the direct access of the external auditor to the chairman of the board and the chairman of the audit committee. The 2020 Code provision 4.15 did not retake the other parts of provision 5.2./31 of the 2009 Code. Hence, the external auditor is free to choose who it should address in case an urgent issue needs to be discussed: the auditor can either approach the chair of the board or of the audit committee or both. Formerly, the auditor should consider the audit committee as the first middleman.

The third provision with a reference to the external auditor is provision 4.16. The audit committee must make sure that at least once

a year the audit plan as well as issues arising from the audit process are discussed with the external auditor. This provision softens the former requirements in provision 5.2./29 of the 2009 Code, which required from the audit committee and the external auditor to meet at least twice a year to discuss issues arising from the audit process, material weaknesses in the internal control and the terms of reference.

Finally, the 2020 Code identifies in its general part the external auditor as one of the parties that is involved in the monitoring duties regarding the application of code. The other monitors are the shareholders, the Financial Services Markets Authority and the Commission itself that will have the level of application of the Code monitored every year. The 2020 Code did not further specify the scope of the monitoring duty of the external auditor. More than likely the Corporate Governance Commission refers to article 3:75, §1, 6° CCA that requires the external auditor to opine whether the annual report of the company is in accordance with the annual accounts and aligned with article 3:5 and 3:6 CCA. The latter articles enumerate the content of the annual report. The content list includes for the listed companies a corporate governance statement and a remuneration report. Article 3:6 CCA also provides in a detailed list of the content of the governance statement and in particular a reference to the 2020 Code, its application and whether, how and why the company deviates from the provisions of the 2020 Code.

Conclusion

After ten years, the time is now for the modernization of the corporate governance code. The Belgian Corporate Governance Commission worked hard on the modernization of the 2020 Belgian Code on Corporate Governance Code. The Code reflects the evolution in Belgian corporate governance, it validly defaults from revolution, and it took into account a number of international developments like the emphasis on long-term

³⁴ Art. 7:99, §4, 4° Belgian CCA.

sustainable value creation. The Commission also waited for the publication of the new Code on Companies and Associations and successfully aligned the Corporate Governance Code with this CCA. This short analysis of the Code's Principles and provisions show that the Code adequately balances the interests of many stakeholders.

We have some concerns related to a limited number of issues. We refer in particular to the division of powers between the board of directors and the remuneration committee and audit committee that have been established in accordance with the 2020 Code in companies that do not mandatorily have to establish those committees. Next, the transfer of the independence criteria for directors from the law to the code creates less certainty: if not all conditions for deviating from the provisions have been adequately addressed, can the director be considered "independent enough" for the specific legislative duties that can also involve the work of the external auditor, like the one for additional non-audit services?

Obviously, as corporate governance is not static, the Commission's work is not over. First, over the last decade, the Commission has issued some helpful explanatory notes on high-quality explanations, related party transactions, the nomination of external auditors, internal control and reporting on remuneration. The new Code will affect some of those notes, which need to be updated. Also, the Institute of External Auditors and the Belgian Association of Listed Companies supported by the Corporate Governance Commission will have to consider the modernization of the 2014 guidelines for an effective relation between the audit committee, the internal audit and the external audit.³⁵

Second, also new legislative developments affect the 2020 Code. We will see in the near future new mandatory rules on the approval of the remuneration policy, related party conflicts and engagement policies for institutional investors³⁶, which will invite the Commission to reconsider some of the best practice provisions. Corporate governance remains, in the first place, a never ending process.

35 See for the guidelines https://www.corporategovernancecommittee.be/sites/default/files/generated/files/page/2015.02.17_richtlijnen_samenwerking_auditcomite_interne_en_externer_audit_erratum.pdf (last accessed 15 November 2019).
https://www.corporategovernancecommittee.be/sites/default/files/generated/files/page/2014.12.18_lignes_de_conduite_

[collaboration_audit_comite_interne_audit_externer_audit_def.pdf](#)

36 All these topics are part of the current proposal for transposing Directive (UE) 2017/828.

Samenvatting

Op 9 mei 2019 verscheen de langverwachte Belgische Corporate Governance Code 2020. De publicatie liep vertraging op omdat de Corporate Governance Commissie de publicatie van het nieuwe Wetboek van Vennootschappen en Verenigingen afwachtte. De Code bestaat uit 10 principes die genoteerde vennootschappen moeten naleven en tal van bepalingen met aanbevelingen om in de implementatie van de principes te voorzien. Hoewel de Code 2020 vele principes en bepalingen uit de Code 2009 herneemt, vallen er ook vele nieuwigheden te noteren. Zo staat voortaan duurzame waardecreatie centraal waarmee de Code 2020 aansluit bij de corporate governance codes van de ons omringende landen. Ook bevat de Code 2020 de criteria waaraan een onafhankelijke bestuurder moet voldoen.

Er rijzen hierbij ook vragen. Zo vergt het enige creativiteit voor genoteerde banken om aan alle bepalingen te kunnen voldoen en is het niet duidelijk op welke wijze vennootschappen die geen wettelijke verplichting hebben tot inrichting van een audit- en remuneratiecomité, moeten omspringen met de principe 4 over de inrichting van gespecialiseerde comités.

De commissaris en/of bedrijfsrevisor komt in de Code 2020 nauwelijks aan bod. Algemeen wordt de commissaris een toezichtsfunctie toegedicht en stuurt de Code 2020 aan op een regelmatig contact van de commissaris met het auditcomité.

De Commissie Corporate Governance leverde een "deugdelijk" document af, dat slechts een beperkt aantal vragen doet rijzen doch spoedig, met de omzetting van de tweede Aandeelhoudersrichtlijn, een bijwerking zal behoeven.

Résumé

Le Code belge de gouvernance d'entreprise 2020 tant attendu a été publié le 9 mai 2019. La publication a été retardée au motif que la Commission Corporate Governance attendait la publication du nouveau Code des sociétés et des associations. Le Code comporte 10 principes devant être respectés par les sociétés cotées, ainsi que de nombreuses recommandations pour assurer leur mise en œuvre effective. Bien que le Code 2020 reprenne de nombreux principes et dispositions du Code 2009, il contient également beaucoup de nouveautés. Ainsi, l'accent est désormais mis sur la création de valeur durable, ce qui permet au Code 2020 de s'aligner sur les codes de gouvernance d'entreprise des pays voisins. Le Code 2020 comporte également les critères auxquels un administrateur indépendant doit répondre.

Cette nouvelle édition soulève toutefois quelques questions. Ainsi, les banques cotées doivent faire preuve d'une certaine créativité pour pouvoir se conformer à toutes les dispositions et la manière dont les sociétés n'ayant pas d'obligation légale de mise en place d'un comité d'audit et de rémunération doivent appliquer le principe 4 relatif à la création de comités spécialisés n'est pas claire.

Le rôle du commissaire et/ou du réviseur d'entreprises est à peine évoqué dans le Code 2020. En général, le commissaire se voit attribuer une fonction de contrôle et le Code 2020 vise un contact régulier du commissaire avec le comité d'audit.

La Commission Corporate Governance a fourni un document « valable », qui ne soulève qu'un nombre limité de questions, mais qui devra bientôt être mis à jour suite à la transposition de la deuxième directive relative aux droits des actionnaires.

Mot du Rédacteur en chef

LÉGALISONS LE DROIT COMPTABLE BELGE

Woord van de Hoofdredacteur

LATEN WE HET BELGISCH BOEKHOUDRECHT LEGALISEREN

Depuis la loi du 17 juillet 1975 relative à la comptabilité des entreprises, la formulation de la plupart des règles du droit comptable, même les plus fondamentales, est confiée au Roi. Ainsi, le Code de droit économique et le Code des sociétés et des associations ne se prononcent pas même sur les « principes généraux » des règles d'évaluation, mais en laissent le soin à l'arrêté royal du 29 avril 2019 portant exécution du Code des sociétés et des associations (section 1^{ère} du chapitre 2 du titre 1^{er} du livre 3 de cet A.R.). Des notions telles que la valeur d'acquisition, les amortissements, les réductions de valeur et les provisions, sont abandonnées par la loi à cet arrêté royal. Des choix aussi importants que l'application de la méthode de continuité plutôt que de celle de l'acquisition en matière de fusions et scissions, ou le maintien d'une consolidation non conforme aux normes internationales, en même temps que l'organisation d'une option irréversible pour consolider selon ces normes, n'ont pas été fixés par la loi. Et dans certains cas, comme en matière de conversion des avoirs et dettes en devises, la matière est encore délaissée à la Commission des normes comptables (voir l'avis CNC 152/1 du 1^{er} décembre 1987 pour le traitement des opérations en devises).

Sinds de wet van 17 juli 1975 met betrekking tot de boekhouding van de ondernemingen wordt de formulering van de meeste regels van het boekhoudrecht, zelfs de meest fundamentele, toevertrouwd aan de Koning. Zo spreken het Wetboek van economisch recht en het Wetboek van vennootschappen en verenigingen zich zelfs niet uit over de "algemene beginselen" van de waarderingsregels, maar laten ze dit over aan het koninklijk besluit van 29 april 2019 tot uitvoering van het Wetboek van vennootschappen en verenigingen (Boek 3, titel 1, hoofdstuk 2, afdeling 1 van dit KB). Het definiëren van begrippen zoals aanschaffingswaarde, afschrijvingen, waardeverminderingen en voorzieningen wordt door de wet aan dit koninklijk besluit overgelaten. Belangrijke keuzes zoals het toepassen van de continuïteitsmethode in plaats van de aanschaffingsmethode bij fusies en splitsingen, of het handhaven van een consolidatie die niet in overeenstemming is met de internationale standaarden, samen met het voorzien van een onomkeerbare optie om te consolideren volgens deze standaarden, zijn niet wettelijk vastgesteld. En in sommige gevallen, zoals met betrekking tot de omrekening van tegoeden en schulden in deviezen, wordt de aangelegenheid overgelaten aan de Commissie voor Boekhoudkundige Normen (zie CBN-advies 152/1 van 1 december 1987 voor de verwerking van deviezenverrichtingen).

Regards vers l'Europe et l'histoire législative

Certains soutiendront qu'à quoi bon encombrer la Chambre des représentants avec des textes qui ne seraient que la traduction dans l'environnement belge de choix opérés par le législateur européen.

Cette vision n'est cependant pas correcte, car les textes européens ne sont pas contenus dans des règlements, mais dans des directives laissant de nombreuses options aux Etats membres. Ainsi, la directive 2013/34 du 26 juin 2013 relative aux états financiers annuels, aux états financiers consolidés et aux rapports y afférents de certaines formes d'entreprises, laisse aux Etats membres des options telles que :

- l'inclusion ou non de produits autres que le chiffre d'affaires pour le calcul des seuils définissant la taille des entreprises (art. 3, § 12) ;
- déroger ou non au principe de comptabilisation en fonction de la substance de la transaction (art. 6, § 3) ;
- l'étendue du principe de matérialité (art. 6, § 4) ;
- la possibilité, voire l'obligation, de réévaluer les éléments de l'actif immobilisé (art. 7) ;
- la possibilité, voire l'obligation, d'évaluer les placements de trésorerie à la juste valeur (art. 8) ;
- la possibilité, voire l'obligation, d'évaluer les participations selon la méthode de la mise en équivalence (art. 9, § 7) ;
- la possibilité, voire l'obligation, d'inclure les intérêts intercalaires dans le coût de revient (art. 12, § 8) ;
- la durée d'amortissement de certaines immobilisations incorporelles (art. 12, § 11) ;
- l'ampleur des annexes, y compris quant à la transparence des opérations conclues hors conditions normales de marché (art. 17) ;

Blik op Europa en de wetgevingsgeschiedenis

Sommigen zullen argumenteren dat het geen zin heeft om de Kamer van volksvertegenwoordigers te overladen met teksten die een loutere omzetting in de Belgische wetgeving van keuzes van de Europese wetgever zouden zijn.

Deze zienswijze is echter niet juist, omdat de Europese teksten niet zijn opgenomen in verordeningen maar in richtlijnen waarbij de lidstaten talrijke opties moeten lichten. Zo biedt Richtlijn 2013/34/EU van 26 juni 2013 betreffende de jaarlijkse financiële overzichten, geconsolideerde financiële overzichten en aanverwante verslagen van bepaalde ondernemingsvormen, aan de lidstaten een aantal keuzemogelijkheden zoals:

- het al dan niet opnemen van inkomsten andere dan de omzet voor de berekening van de drempelwaarden ter bepaling van de ondernemingsomvang (art. 3, lid 12);
- het al dan niet afwijken van het verantwoordingsbeginsel in functie van het wezen van de transactie (art. 6, lid 3);
- het bepalen van de omvang van het materialiteitsbeginsel (art. 6, lid 4);
- het toestaan, of zelfs voorschrijven, dat vaste activa tegen geherwaardeerde bedragen worden gewaardeerd (art. 7);
- het toestaan, of zelfs voorschrijven, dat geldbeleggingen tegen de reële waarde worden gewaardeerd (art. 8);
- het toestaan, of zelfs voorschrijven, dat deelnemingen volgens de vermogensmutatiemethode worden gewaardeerd (art. 9, lid 7);
- het toestaan, of zelfs voorschrijven, dat de tussentijdse rente in de vervaardigingskosten wordt opgenomen (art. 12, lid 8);
- het bepalen van de afschrijvingsduur voor bepaalde immateriële vaste activa (art. 12, lid 11);
- het bepalen van de omvang van de toelichtingen, waaronder die met betrekking tot de transparantie van de

- diverses exemptions de consolidation (art. 23) et divers choix en matière de méthodes de consolidation (art. 24 à 27);
- l'étendue des exemptions pour les micro-entreprises (art. 28).

Les dispositions d'habilitation du Roi dans la loi originale du 17 juillet 1975 avaient été justifiées comme suit dans l'exposé des motifs : « L'expérience acquise en Belgique dans divers secteurs et l'exemple de plusieurs pays étrangers montrent... qu'il n'est pas indiqué de fixer dans la forme légale des règles *détaillées* qui doivent pouvoir être adaptées selon les secteurs, la dimension des entreprises et leurs fonctions. Aussi, le projet [de loi] prévoit-il pour certaines matières des délégations de pouvoir au Roi afin de *compléter* certaines dispositions légales ou d'en *adapter* l'application en fonction des particularités de certains secteurs » (Doc. Parl., Sénat, 1974-1975, n° 436-1, p. 4).

Or, on le voit avec les mots que nous avons mis en italique, les auteurs du projet de loi prétendaient ne déléguer au Roi que des « détails » destinés à « compléter » ou à « adapter » les règles légales. Mais force est de constater qu'en pratique, la pratique réglementaire est allée beaucoup plus loin que les « détails », « compléments » et « adaptations ».

- verrichtingen aangegaan buiten normale marktvoorwaarden (art. 17);
- het verlenen van diverse vrijstellingen van consolidatie (art. 23) en soms het kiezen van de consolidatiemethode (art. 24 tot 27);
- het bepalen van de reikwijdte van de vrijstellingen voor micro-ondernemingen (art. 28).

De machtigingsbepalingen voor de Koning in de oorspronkelijke wet van 17 juli 1975 waren als volgt gerechtvaardigd in de memorie van toelichting: "De ervaring die in België in diverse sectoren werd opgedaan evenals het voorbeeld van verscheidene andere landen hebben ... getoond dat het niet aangewezen is in wettelijke vorm *gedetailleerde* regels te bepalen die moeten kunnen worden aangepast volgens de sectoren, de afmeting van de ondernemingen en hun functie. Het [wets] ontwerp voorziet dan ook voor enkele materies in bevoegdheidsoverdrachten aan de Koning om sommige wetsbepalingen *aan te vullen* of om de toepassing ervan *aan te passen* naargelang van de bijzonderheden van bepaalde sectoren." (Parl.St. Senaat 1974-1975, nr. 436-1, p. 3).

De door ons cursief gemarkeerde woorden tonen aan dat de opstellers van het wetsontwerp beweerden dat aan de Koning enkel "details" werden gedelegeerd bedoeld om de wetsregels "aan te vullen" of "aan te passen". Er dient echter te worden vastgesteld dat in de praktijk de regelgevende praktijk veel verder is gegaan dan "details", "aanvullingen" en "aanpassingen".

Il est temps de changer de méthode

Selon nous, il est temps de sortir d'une méthode d'élaboration du droit comptable qui ne se justifie plus aujourd'hui. Cette branche du droit a en effet acquis une importance pour la vie économique et la sécurité financière que l'on ne pouvait pas soupçonner il y a près d'un demi-siècle, quand la loi du 17 juillet 1975 l'a conçue et qu'elle a accouché, via la procréation royalement assistée, de l'arrêté royal du 8 octobre 1976. Des questions comme la durée d'amortissement des immobilisations incorporelles, l'activation ou non des frais de restructuration, l'application de la juste valeur ou de la valeur d'acquisition aux placements de trésorerie, les critères de calcul des provisions pour risques et charges, le régime des micro-entreprises, méritent un débat public, parlementaire, plutôt que d'être cantonnées à des réunions inter-cabinets.

Cette nouvelle méthode, plus transparente et plus démocratique, se justifie au demeurant de manière devenue urgente depuis l'insertion par une loi du 17 mars 2019 (commentée dans ce numéro par R. THONET et V. BEUMIER) de la disposition suivante à l'alinéa 3 de l'article 24 du Code des impôts sur les revenus : « *Sous réserve des dispositions dérogatoires dans le présent Code, les (sic : lire 'des') dispositions légales particulières relatives aux impôts sur les revenus et les (sic : lire 'des') arrêtés pris pour leur exécution, les bénéfiques imposables sont déterminés conformément à la législation belge relative aux obligations comptables des entreprises.* »

Ce renvoi supplétif, pour la détermination de la base imposable, à la « législation belge relative aux obligations comptables des entreprises », parfois connu en tant que « principe de primauté du droit comptable », pose un évident problème de constitutionalité si cette « législation relative

Tijd voor een andere methode

Het is volgens ons tijd om af te stappen van een methode van uitwerking van het boekhoudrecht die niet langer te rechtvaardigen valt. Bijna een halve eeuw geleden, toen deze rechtstak door de wet van 17 juli 1975 werd ontworpen en het daglicht zag met de koninklijke steun van het koninklijk besluit van 8 oktober 1976, kon immers niet worden vermoed dat deze rechtstak een dergelijke belangrijke rol voor het bedrijfsleven en de financiële zekerheid zou spelen. Kwesties zoals de afschrijvingsduur voor immateriële vaste activa, de al dan niet activering van herstructureringskosten, de toepassing van de waardering tegen reële waarde of aanschaffingswaarde met betrekking tot geldbeleggingen, de criteria voor de berekening van de voorzieningen voor risico's en kosten en de regeling voor micro-ondernemingen, zijn een parlementair publiek debat waard en mogen niet beperkt blijven tot besprekingen op interkabinettenvergaderingen.

Deze nieuwe, transparantere en meer democratische methode, die overigens hoogdringend was geworden, valt te rechtvaardigen sinds de invoering door een wet van 17 maart 2019 (in deze uitgave toegelicht door R. THONET en V. BEUMIER) van de hierna volgende bepaling in het nieuwe derde lid van artikel 24 van het Wetboek van inkomstenbelastingen 1992: "De belastbare winst wordt, onder voorbehoud van de afwijkende bepalingen in dit Wetboek, in de bijzondere wetsbepalingen met betrekking tot de inkomstenbelastingen en in de tot uitvoering ervan genomen besluiten, vastgesteld overeenkomstig de Belgische wetgeving met betrekking tot de boekhoudkundige verplichtingen van ondernemingen."

Deze aanvullende verwijzing, voor de bepaling van de belastbare grondslag, naar de "Belgische wetgeving met betrekking tot de boekhoudkundige verplichtingen van de ondernemingen", ook wel bekend als het "begin-sel van de primauteit van het boekhoudrecht",

aux obligations comptables », est en réalité déposée dans des arrêtés royaux : la définition de la base imposable ne peut pas être déléguée par la loi au Roi.

Certes, ce problème de constitutionalité est connu depuis longtemps¹, mais il a pris une acuité nouvelle, depuis la transformation du principe de primauté du droit comptable, qui, initialement une construction judiciaire, fondée sur des arrêts de cassation de principe², est devenu une disposition légale d'habilitation, ne prévoyant pas même un processus ultérieur de ratification par le pouvoir législatif³.

Conclusion

Il convient donc de légaliser les règles essentielles du droit comptable, c'est-à-dire d'insérer dans une loi au sens formel, les dispositions des arrêtés comptables qui fixent des principes généraux, définissent des notions, ou instituent des règles d'évaluation susceptibles d'avoir des répercussions fiscales.

Ceci permettrait non seulement de répondre au possible vice d'inconstitutionnalité du nouvel article 24, alinéa 3, du C.I.R., mais aussi de sortir d'une méthode d'élaboration du droit comptable qui ne se justifie plus aujourd'hui.

Au fond, une loi pourrait définir les règles comptables auxquelles doivent satisfaire toutes les entreprises (contribuables), en

forme d'un acte législatif. Cette solution ne présente pas de difficultés de principe, mais elle ne résout pas le problème de la déléguée de la base imposable. Elle ne permet pas de résoudre le problème de la déléguée de la base imposable. Elle ne permet pas de résoudre le problème de la déléguée de la base imposable.

Dit grondwettigheidsprobleem is weliswaar al lang bekend¹, maar is nog acuter geworden sinds de wijziging van het beginsel van de primauteit van het boekhoudrecht. Voormeld primauteitsbeginsel, aanvankelijk een gerechtelijk systeem gebaseerd op beginselarrèsten van het Hof van Cassatie², is een wettelijke machtigingsbepaling geworden, die zelfs niet voorziet in een latere bekrachtiging door de wetgevende macht³.

Conclusie

Het is daarom wenselijk om de basisregels van het boekhoudrecht te legaliseren. Dit houdt in dat de bepalingen van de boekhoudkundige besluiten die algemene beginselen vaststellen, begrippen definiëren of waarderingsregels invoeren die fiscale gevolgen zouden kunnen hebben, worden ingevoegd in een formele wet.

Hierdoor zou niet enkel de mogelijke ongrondwettigheid van het nieuwe artikel 24, derde lid van het WIB 92 kunnen worden verholpen, maar zou men ook kunnen afstappen van een methode van uitwerking van het boekhoudrecht die niet langer te rechtvaardigen valt.

Kortom, een wet zou de boekhoudregels kunnen bepalen waaraan alle ondernemingen (belastingplichtigen) moeten voldoen, waarbij

1 J. KIRKPATRICK, « Convergence et divergences entre le droit comptable et le droit fiscal », in C.D.V.A., *Nouvelles orientations en droit comptable*, Liège, 1994, p. 147.
2 Cass., 20 février 1997, *Bull. contr.*, 1997, pp. 2755-2760, et Cass., 18 janvier 2013, *Pas.*, 2013, n° 36.
3 Voir notre contribution, M. DE WOLF, « Code des sociétés et des associations : de nouveaux développements quant à la 'primauté' du droit comptable sur le droit fiscal », in L. HERVE et I. RICHELLE, *Incidences fiscales de la réforme du droit des sociétés*, Bruxelles, Larcier, 2019, p. 131.

1 J. KIRKPATRICK, "Convergence et divergences entre le droit comptable et le droit fiscal", in C.D.V.A., *Nouvelles orientations en droit comptable*, Luik, 1994, p. 147.
2 Cass. 20 februari 1997, *Bull. Bel.* 1997, p. 2755-2760 en Cass. 18 januari 2013, *Pas.* 2013, nr. 36.
3 Zie onze bijdrage, M. DE WOLF, "Code des sociétés et des associations : de nouveaux développements quant à la 'primauté' du droit comptable sur le droit fiscal", in L. HERVE en I. RICHELLE, *Incidences fiscales de la réforme du droit des sociétés*, Brussel, Larcier, 2019, p. 131.

maintenant des exigences allégées pour les plus petites d'entre elles, et en ne déléguant plus au Roi, éventuellement, que les autres règles comptables, répondant aux limites de ce qui peut Lui être délégué en matière de droit fiscal, aussi bien qu'aux critères de « détails », « compléments » ou « adaptations » de l'exposé des motifs de la loi comptable de 1975.



voor de kleinsten onder hen minder strenge regels worden gehandhaafd, en waarbij, eventueel, enkel nog de andere boekhoudregels aan de Koning worden gedelegeerd. Hierdoor kunnen de grenzen van delegatie aan de Koning van bevoegdheden inzake fiscaal recht en de criteria van "details", "aanvullingen" of "aanpassingen" vermeld in de memorie van toelichting van de boekhoudwet van 1975, in acht worden genomen.

Prof. Dr. Michel DE WOLF (UCLouvain et ULiège)

Prof. Dr. Michel DE WOLF (UCLouvain en ULiège),

Doyen honoraire de la *Louvain School of Management*

Eredecanaan van de *Louvain School of Management*

Président honoraire de l'Institut des réviseurs d'entreprises (IRE)

Erevoorzitter van het Instituut van de Bedrijfsrevisoren (IBR)

Votre avis nous intéresse : n'hésitez pas à nous faire part de vos suggestions à l'adresse info@icci.be.

Uw advies interesseert ons: aarzel niet ons uw suggesties mee te delen op het adres info@icci.be.