

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Le juge belge de la mise en état, un bon à rien (d'autre) ?

van Drooghenbroeck, Jean-François; Mougenot, Dominique; De Coninck, Bertrand

Published in:
Redelijk eigen-zinnig...

Publication date:
2023

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

van Drooghenbroeck, J-F, Mougenot, D & De Coninck, B 2023, Le juge belge de la mise en état, un bon à rien (d'autre) ? dans *Redelijk eigen-zinnig...: liber amicorum Eric Brewaeys, Philippe Colle, Erna Guldix et Bruno Maes*. Knops Publishing, Herentals, pp. 901-918.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Données pour bpost

Revue « Juridique »
Mensuel, ne paraît pas en juillet et août
Bureau de dépôt Antwerpen X
Publication spéciale, février 2023
P2A9483

COMMENTAIRE SYSTÉMATIQUE DU CODE DES SOCIÉTÉS ET DES ASSOCIATIONS

SUPPLÉMENT 51

Cher(ère) abonné(e),

Nous avons le plaisir de vous adresser le supplément n° 51 de votre ouvrage.

Nous vous rappelons que dorénavant, tous les suppléments que vous recevez doivent être insérés dans le nouveau classeur 2 qui porte le titre Commentaire systématique du Code des sociétés et des associations. Nous vous prions de vous référer à la page suivante qui indique la nouvelle répartition des feuillets dans les différents classeurs.

Ce supplément comprend :

- les commentaires des articles 2:142 à 2:145 relatifs aux Actions et prescriptions rédigés par Dominique MOUGENOT ;
- les commentaires des articles 7:177 à 7:187 relatifs aux dispositions communes rédigés par Laurent ROBERT et Valérie DEMEUR.

Pour toute question relative à votre abonnement, vous pouvez prendre contact avec notre service clientèle par e-mail (client.be@wolterskluwer.com) ou par téléphone (015 78 76 00).

Nous vous remercions pour votre fidélité à l'ouvrage.

Bien cordialement,
La rédaction

Éditeur responsable : Bas Kniphorst
Wolters Kluwer, Zénobe Gramme (bâtiment G), Square des Conduites d'Eau 9-10,
4031 Liège

Classeur 1 (nouveau classeur)

Remplacer :

Préliminaires – 3/4	par	Préliminaires – 3/4
Préliminaires – 7/14	par	Préliminaires – 7/14

Ajouter :

Après la page C.S.A. art. 2:33 – 10 :

- L'onglet : Titre 9. Actions et prescriptions
- Les pages : C.S.A. art. 2:142 – 1 à C.S.A. art. 2:145 – 4

Classeur 2 (nouveau classeur)

Remplacer :

C.S.A. art. 7:195 – 1/2	par	C.S.A. art. 7:177 – 1 à C.S.A. art. 7:195 – 2
C.S.A. art. 7:208 – 1/2	par	C.S.A. art. 7:208 – 1/2

PERSONALIA

Comité de rédaction

Louis-François DU CASTILLON, Avocat au barreau de Bruxelles, Assistant à l'ULB
Jean-Marc GOLLIER, Avocat au barreau de Bruxelles, Maître de conférences à l'UCLouvain

Fabrice MOURLON BEERNAERT, Avocat, Assistant à l'Université Libre de Bruxelles
Thomas SION, Avocat

Edith WEEMAELS, Juriste (FSMA)

Auteurs

Michael ANDRÉ, Conseiller adjoint à l'Autorité des services et marchés financiers (FSMA)

André-Pierre ANDRÉ-DUMONT, Avocat

Alexia AUTENNE, Research Associate, National Fund for scientific Research (Belgium)

Chercheur qualifiée, Fonds national de la Recherche scientifique, Professeur à l'UCLouvain, à l'ULB et à l'École royale militaire, Professor in Commercial Law, University of Louvain and University of Brussels

Roman AYDOGDU, Avocat au barreau de Liège, Professeur à l'ULiège, Maître de conférences à l'ULB

Etienne BEGUIN, Notaire, Maître de conférences à l'UCLouvain

Anne BENOIT-MOURY (†), Professeur ordinaire à l'ULiège

Alexia BERTRAND, Avocate

Catherine BERTSCH, Avocate

Thierry BOSLY, Avocat

Arnaud COIBION, Avocat, Maître de conférences à l'UCLouvain

Louis CULOT, Avocat, Assistant à l'UCLouvain

Benoît DAVID, Avocat

Gauthier DAVIGNON, Avocat

Steven DE BLAUWE, Conseiller à l'Institut des réviseurs d'entreprises (IRE), doctorant et membre du corps scientifique à la KU Leuven

Jean-Pierre DEGUÉE, Conseiller à la Banque nationale de Belgique

Marie Amélie DELVAUX, Avocate, Maître de conférences à l'UNamur et chargée de cours à l'USaint-Louis Bruxelles

Valérie DEMEUR, Avocate

Gabriela DE PIERPONT, Avocate, Assistante à l'UCLouvain

Alexandre DE SELYS LONGCHAMPS, Avocat

Patrick DE WOLF, Avocat, Maître de conférences à l'UCL et aux FUCAM

Michel DE WOLF, Professeur à l'UCLouvain et à l'ULiège, Doyen honoraire de la Louvain School of Management, Président honoraire de l'Institut des réviseurs d'entreprises, Conseiller suppléant à la Cour d'appel de Liège

Louis-François DU CASTILLON, Avocat au barreau de Bruxelles, Assistant à l'ULB
Simon FLAMENT, Avocat
Marc FYON, Avocat au Barreau de Bruxelles, Maître de conférences à l'UCLouvain
Zoé GALLEZ, Avocate
Aurore GILLET, Avocate
Marie-Charlotte GODEFROID, Avocate
Jean-Marc GOLLIER, Avocat au barreau de Bruxelles, Maître de conférences à l'UCLouvain
Françoise GUEBS, Avocate
Pascale HAINAUT-HAMENDE, Conseiller juridique
Philippe HAMER, Avocat
Adrien HANOTEAU, Avocat
Delphine HEENEN, Avocate
Paul HERMANT, Avocat
Alexandre HUBLES, Avocat
Natalie KONINGS, Avocate
Isabelle LEBBE, Avocate
Aleko LEBBINK, Avocat
Emmanuel LEROUX, Avocat
Thomas LINARD de GUERTECHIN, Avocat
Frédéric MAGNUS, Candidat-notaire, Assistant à l'UCLouvain
Francine MESSINNE, Avocate au barreau de Bruxelles, Assistante chargée de cours et d'exercices pratiques à l'ULB
Dominique MOUGENOT, Juge, Maître de Conférence
Fabrice MOURLON BEERNAERT, Avocat, Assistant à l'Université Libre de Bruxelles, Juge suppléant au Tribunal de l'entreprise francophone de Bruxelles
Adrien NAVEZ, candidat-notaire
Edouard-Jean NAVEZ, Notaire à Wavre et Professeur à l'UCLouvain
Pierre NICAISE, Notaire
Henri OLIVIER, Secrétaire général de la Fédération des Experts comptables européens
Marie PETRE, Avocate
Françoise PINTE, Juge
Julien POCHET, Avocat
Viktor POKORNY, Avocat au Barreau de Bruxelles
Dimitri REISINGER, Avocat
Jean Pierre RENARD, Avocat
Laurent ROBERT, Avocat
Patrick SAERENS, Avocat
Thomas SION, Avocat
Yvan STEMPIERWSKY, Avocat, Maître de conférences aux FUCAM et à la Solvay Business School (ULB), Professeur invité à la KU Leuven
Gérald STEVENS, Avocat, Maître de conférences aux FUCAM

TABLE DES MATIÈRES

Classeur 1 (nouveau classeur)

Partie 2. Les sociétés

Aspects de droit international privé

Aspects de droit international privé des sociétés Roman AYDOGDU

Livre 2. Dispositions communes aux personnes morales régies par le présent code

Titre 4. Constitution et formalités de publicité

Chapitre 1^{er}. Forme de l'acte constitutif

Art. 2:5 Edouard-Jean NAVEZ et Adrien NAVEZ

Chapitre 3. Formalités de publicité

Section 1^{re}. Personnes morales belges

Sous-section 1^{re}. Le dossier de la personne morale

Art. 2:7 Edouard-Jean NAVEZ et Adrien NAVEZ

Art. 2:8 Edouard-Jean NAVEZ et Adrien NAVEZ

Art. 2:12 Edouard-Jean NAVEZ et Adrien NAVEZ

Sous-section 2. Obligations de publication

Art. 2:13 Edouard-Jean NAVEZ et Adrien NAVEZ

Art. 2:14 Edouard-Jean NAVEZ et Adrien NAVEZ

Sous-section 3. Opposabilité

Art. 2:18 Edouard-Jean NAVEZ et Adrien NAVEZ

Art. 2:19 Edouard-Jean NAVEZ et Adrien NAVEZ

Sous-section 4. De certaines indications à faire dans les actes

Art. 2:20 Edouard-Jean NAVEZ et Adrien NAVEZ

Art. 2:21 Edouard-Jean NAVEZ et Adrien NAVEZ

Art. 2:22 Edouard-Jean NAVEZ et Adrien NAVEZ

Section 2. Personnes morales étrangères disposant en Belgique d'une succursale

Sous-section 1^{re}. Dossier de la personne morale étrangère disposant en Belgique d'une succursale

Art. 2:23 Edouard-Jean NAVEZ et Adrien NAVEZ

Art. 2:24 Edouard-Jean NAVEZ et Adrien NAVEZ

Sous-section 2. Obligation de publication

Art. 2:27 Edouard-Jean NAVEZ et Adrien NAVEZ

Sous-section 3. Opposabilité

Art. 2:28 Edouard-Jean NAVEZ et Adrien NAVEZ

Sous-section 4. De certaines indications à faire dans les actes émanant des succursales

Art. 2:29 Edouard-Jean NAVEZ et Adrien NAVEZ

Chapitre 5. De la langue

Art. 2:33 Edouard-Jean NAVEZ et Adrien NAVEZ

Titre 9. Actions et prescriptions

Art. 2:142 Dominique MOUGENOT

Art. 2:143 Dominique MOUGENOT

Art. 2:144 Dominique MOUGENOT

Art. 2:145 Dominique MOUGENOT

Livre 5. La société à responsabilité limitée

Titre 1^{er}. Nature et qualification

Art. 5:2 Marc FYON et Viktor POKORNY

Titre 3. Des titres et de leur transfert

Chapitre 3. Des différentes catégories de titres

Section 2. Des classes d'actions

Art. 5:48 Thomas SION

Section 3. Certificats

Art. 5:49 Valérie DEMEUR

Section 4. Offre de reprise

Art. 5:69 Valérie DEMEUR

Titre 4. Organes de la société et assemblée générale des obligataires

Introduction

Chapitre 1^{er}. Administration

Section 1^{re}. Composition

Art. 5:70 Louis-François DU CASTILLON

Art. 5:71 Louis-François DU CASTILLON

Section 2. Rémunération

Art. 5:72 Louis-François DU CASTILLON

Section 3. Pouvoirs et fonctionnement

Art. 5:73	Louis-François DU CASTILLON
Art. 5:74	Louis-François DU CASTILLON
Art. 5:75	Louis-François DU CASTILLON
Art. 5:76	Louis-François DU CASTILLON
Art. 5:77	Louis-François DU CASTILLON
Art. 5:78	Louis-François DU CASTILLON

Sous-section II. Autres formalités de publicité

Art. 74 - 75	Edouard-Jean NAVEZ
--------------	--------------------

Sous-section III. Opposabilité

Art. 76 - 77	Edouard-Jean NAVEZ
--------------	--------------------

Sous-section IV. De certaines indications à faire dans les actes

Art. 78 - 80	Edouard-Jean NAVEZ
--------------	--------------------

*Section II. Sociétés étrangères disposant en Belgique d'une succursale**Sous-section I^{re}. Formalités de publicité à l'occasion de l'ouverture de la succursale*

Art. 81 - 82	Michaël ANDRÉ
--------------	---------------

Sous-section II. Autres formalités de publicité

Art. 83	Michaël ANDRÉ
---------	---------------

*Sous-section III. Modalités de publicité**Sous-section IV. De certaines indications à faire dans les actes émanant des succursales**Section III. Sociétés étrangères qui font publiquement appel à l'épargne en Belgique sans y disposer d'une succursale*

Art. 88 - 89	Fabrice MOURLON BEERNAERT et Jean-Philippe SMEETS
--------------	---

Chapitre III. Dispositions pénales

Art. 90 - 91	Fabrice MOURLON BEERNAERT
--------------	---------------------------

Titre VI. Comptes annuels et comptes consolidés*Chapitre I^{er}. Comptes annuels, rapport de gestion et formalités de publicité**Section I^{re}. Comptes annuels*

Art. 92 - 93	Yvan STEMPIERWSKY
--------------	-------------------

Section II. Rapport de gestion

Art. 94 - 95	Yvan STEMPIERWSKY
Art. 96	Alexia AUTENNE

*Section III. Formalités de publicité**Sous-section I^{re}. Sociétés belges**Sous-section II. Sociétés étrangères**Chapitre II. Les comptes consolidés, le rapport de gestion et les formalités de publicité**Section I^{re}. Champ d'application*

Art. 108	Yvan STEMPIERWSKY
----------	-------------------

Section II. Généralités : l'obligation de consolidation

Art. 109 - 115 Yvan STEMPIERWSKY

Section III. Périmètre de consolidation et comptes consolidés

Art. 116 - 118 Yvan STEMPIERWSKY

Section IV. Rapport de gestion sur les comptes consolidés

Art. 119 Yvan STEMPIERWSKY

Section V. Formalités de publicité

Art. 120 - 121 Yvan STEMPIERWSKY

Chapitre III. Arrêtés royaux d'exécution du présent titre et exceptions

Chapitre IV. Dispositions pénales

Art. 126 - 129 Fabrice MOURLON BEERNAERT

Titre VII. Contrôle des comptes annuels et des comptes consolidés

Chapitre I^{er}. Dispositions générales en matière de contrôle

Section I^{re}. Nomination

Art. 130 Victor YANGANDI

Art. 131 Michel DE WOLF

Art. 132 Victor YANGANDI

Art. 133 David SZAFRAN

Section II. Rémunération

Art. 134 Victor YANGANDI

Section III. Démission et révocation

Art. 135 Erwin VANDERSTAPPEN

Art. 136 Steven DE BLAUWE et Michel DE WOLF

Section IV. Compétences

Art. 137 Steven DE BLAUWE

Art. 138 Erwin VANDERSTAPPEN

Art. 139 Erwin VANDERSTAPPEN

Section V. Responsabilité

Art. 140 Erwin VANDERSTAPPEN

Art. 141 Michel DE WOLF

Art. 142 Erwin VANDERSTAPPEN et

Victor YANGANDI

Art. 143 Erwin VANDERSTAPPEN

Art. 144 Erwin VANDERSTAPPEN et

Victor YANGANDI

Chapitre III. Contrôle des comptes consolidés

Section I^{re}. Régime général

Art. 145 - 148 Steven DE BLAUWE

Section II. Arrêtés royaux relatifs au contrôle des comptes consolidés

Art. 149 - 150 Steven DE BLAUWE

Chapitre IV. Contrôle dans les sociétés où il existe un conseil d'entreprise

Section I^{re}. Nature du contrôle

Art. 151 Victor YANGANDI

Section II. Sociétés où un commissaire est nommé

Art. 152 - 154 Victor YANGANDI

Art. 157 Michel DE WOLF

Art. 159 Michel DE WOLF

*Section III. Sociétés où aucun commissionnaire n'a été nommé**Section IV. Arrêtés royaux relatifs au contrôle dans les sociétés où il existe un conseil d'entreprise***Classeur 2**

Chapitre V. Pouvoir individuel d'investigation et de contrôle des associés

Art. 165 - 167 Michel DE WOLF

Chapitre VI. Experts-vérificateurs

Art. 168 - 169 Jean-Marc GOLLIER et Marie WAUCQUEZ

Chapitre VII. Dispositions pénales

Art. 170 - 171 Fabrice MOURLON BEERNAERT

Titre VIII. Procédure et effets des nullités des sociétés et des décisions de l'assemblée généraleChapitre I^{er}. Procédure et effets de la nullité des sociétés et des modifications conventionnelles aux actes des sociétés

Chapitre II. Procédure et effets de la nullité des décisions de l'assemblée générale

Titre IX. De la dissolution et de la liquidationChapitre I^{er}. Proposition de liquidation

Art. 181 Patrick DE WOLF et Gérald STEVENS

Chapitre II. De la dissolution judiciaire des sociétés qui ne sont plus actives

Art. 182 Patrick DE WOLF et Gérald STEVENS

Chapitre III. De la liquidation

Art. 183 - 191 Patrick DE WOLF et Gérald STEVENS

Art. 192 Sébastien WOLFF

Chapitre IV. Disposition pénale

Art. 196 Fabrice MOURLON BEERNAERT

Titre X. Actions et prescriptions

Art. 197 - 200 Dominique MOUGENOT

Livre V. La société en nom collectif et la société en commandite simple

Titre I^{er}. Définitions

Art. 201 - 202 Patrick SAERENS

Titre II. Responsabilités

Art. 203 - 208 Patrick SAERENS

Titre III. Cession de parts

Art. 209 Patrick SAERENS

Livre VI. La société privée à responsabilité limitée

Titre I^{er}. Nature et qualification

Titre II. Constitution

Chapitre I^{er}. Montant du capital

Art. 214 - 215 Pascale HAINAUT-HAMENDE

Chapitre II. Souscription du capital

Section I^{re}. Intégralité de la souscription

Art. 216 - 217 Pascale HAINAUT-HAMENDE

Section II. Apport en nature

Art. 218 - 219 Pascale HAINAUT-HAMENDE

Section III. Quasi-apport

Art. 220 - 222 Pascale HAINAUT-HAMENDE

Chapitre III. Libération du capital

Art. 223 - 224 Pascale HAINAUT-HAMENDE

Chapitre IV. Formalités de constitution

Art. 225 - 226 Pascale HAINAUT-HAMENDE

Chapitre V. Nullité

Art. 227 - 228 Pascale HAINAUT-HAMENDE

Chapitre VI. Responsabilités

Art. 229 - 231 Pascale HAINAUT-HAMENDE

Titre III. Des titres et de leur transfert

Chapitre I^{er}. Dispositions générales

Chapitre II. Des parts

Section I^{re}. Dispositions générales

Art. 238 - 239

Section II. Des parts sans droit de vote

Art. 240 - 241 Didier WILLERMAIN

Chapitre III. Des certificats

Chapitre IV. Des obligations

Art. 243 - 248

Caroline VERBRUGGEN

Chapitre V. Des transferts de titres

Section I^{re}. Du transfert en général

Art. 249 - 250

Paul HERMANT

Section II. Cession de parts entre vifs

Art. 251

Paul HERMANT

Section III. Transmission de parts à cause de mort

Art. 252

Paul HERMANT

Section IV. Transfert d'obligations

Art. 253 - 254

Paul HERMANT

Titre IV. OrganesChapitre I^{er}. Organes de gestion et de représentation*Section I^{re}. Statut des gérants*

Art. 255 - 256

Dominique MOUGENOT

Section II. Compétences et fonctionnement

Art. 257 - 261

Patrick DE WOLF et Gérald STEVENS

Section III. Responsabilités

Art. 262 - 263

Marie Amélie DELVAUX

Art. 265

Marie Amélie DELVAUX

Chapitre II. Assemblée générale des associés

*Section I^{re}. Dispositions communes**Sous-section I^{re}. Compétences**Sous-section II. Convocation de l'assemblée générale***Titre 5. Du capital**Chapitre 1^{er}. Augmentation du capital*Section I^{re}. Dispositions communes*

Art. 7:177

Laurent ROBERT et Valérie DEMEUR

Art. 7:178

Laurent ROBERT et Valérie DEMEUR

Art. 7:179

Laurent ROBERT et Valérie DEMEUR

Art. 7:180

Laurent ROBERT et Valérie DEMEUR

Art. 7:181

Laurent ROBERT et Valérie DEMEUR

Art. 7:182

Laurent ROBERT et Valérie DEMEUR

Art. 7:183 et 7:184

Laurent ROBERT et Valérie DEMEUR

Art. 7:185 et 7:186

Laurent ROBERT et Valérie DEMEUR

Art. 7:187

Laurent ROBERT et Valérie DEMEUR

Section 2. Augmentation de capital par apports en numéraire

Sous-section 3. Libération des apports en numéraire

Art. 7:195 Pascale HAMENDE

Section 5. Augmentation de capital destinée au personnel

Art. 7:204 Valérie DEMEUR et Thomas LINARD de
GUERTECHIN

Section 6. Garantie et responsabilités

Art. 7:205 Pascale HAMENDE

Art. 7:206 Pascale HAMENDE

Art. 7:207 Pascale HAMENDE

Chapitre 2. Réduction du capital

Art. 7:208 Valérie DEMEUR et Laurent ROBERT

Art. 7:209 Valérie DEMEUR et Laurent ROBERT

Art. 7:210 Valérie DEMEUR et Laurent ROBERT

Chapitre 3. Maintien du capital

Section 4. Procédure de sonnette d'alarme

Art. 7:228 Louis-François DU CASTILLON

Art. 7:229 Louis-François DU CASTILLON

Titre 7. Dispositions pénales

Art. 7:232 Fabrice MOURLON BEERNAERT

Tableau comparatif

Tableau comparatif SRL, SC et SA
dans le C.S.A.

Jean-Pierre VINCKE

Tables de concordance

Table de concordance Code des sociétés et des associations – Code des sociétés

Table de concordance Code des sociétés – Code des sociétés et des associations

Index

Index des sociétés

Jean-Pierre VINCKE

Titre 9. Actions et prescriptions

2:142. Les actions contre les sociétés, les associations et les fondations se prescrivent par les mêmes délais que les actions contre les personnes physiques.

Voir aussi : art. 2:143

Commentaire de l'article 2:142 du Code des sociétés et des associations

Auteur : Dominique MOUGENOT

Mise à jour : 1^{er} septembre 2022

DOCTRINE IMPORTANTE

L. FREDERICQ, *Traité de droit commercial belge*, V, Gand, Editions Fechey, 1950, n° 763.

C. RESTEAU, *Traité des sociétés anonymes*, 2^e éd., t. IV, Bruxelles, Polydore Pée, 1934, n° 2094.

A. VAN OEVELEN, « Art. 197 W. Venn », in *Vennootschappen en verenigingen. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Malines, Wolters Kluwer Belgium, f. mob., mäj. 2000.

COMMENTAIRE

Cet article est une reformulation de l'article 197 du Code des sociétés, lui-même issu de l'article 193 L.C.S.C. La seule différence avec la version précédente réside dans l'ajout des associations et fondations, absentes dans le Code des sociétés.

Cette disposition aligne donc les délais de prescription des actions contre les personnes morales sur les délais contre les personnes physiques. En fait, cette solution coule de source (*1) : un délai de prescription est déterminé en fonction d'une action et non de la forme juridique de la personne contre qui elle peut être exercée. Ainsi, le délai de prescription de l'action contre un cocontractant ou le responsable d'un accident est identique, que le défendeur soit une personne physique ou morale. Il n'y a,

(*1) L. FREDERICQ, *Traité de droit commercial belge*, V, Gand, Editions Fechey, 1950, n° 763.

a priori, pas de motif de raisonner autrement en droit des sociétés. Vue sous cet angle, cette disposition est une tautologie.

Mais, il faut se souvenir que la version d'origine de cet article (art. 193 L.C.S.C.) faisait référence non pas aux actions contre les personnes physiques mais aux actions contre les particuliers. Ainsi exprimée, l'intention du législateur était toute autre : les délais de prescription contre les sociétés étaient alignés sur les délais contre les particuliers (non-commerçants). Cet article disposait donc que les délais de prescriptions en droit des sociétés sont en principe calqués sur ceux du droit commun. Dès lors, les délais raccourcis (figurant actuellement à l'article 2:143) apparaissent comme des dérogations au droit commun. Ils sont donc de stricte interprétation (*1). Cette lecture reste d'application, malgré le changement du texte lors de l'adoption du Code des sociétés (*2). C'est logique : là où le législateur n'apporte pas de dérogation, le droit commun des prescriptions reste applicable.

(*1) C. RESTEAU, *Traité des sociétés anonymes*, 2^e éd., t. IV, Bruxelles, Polydore Pée, 1934, n° 2094.

(*2) A. VAN OEVELEN, « Art. 197 W. Venn », in *Vennootschappen en verenigingen. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Malines, Wolters Kluwer Belgium, f. mob., maj. 2000.

2:143. § 1^{er}. En ce qui concerne les sociétés, sont prescrites par cinq ans :

- toutes actions contre les fondateurs, à partir de la constitution ;
- toutes actions contre les associés ou actionnaires, à partir de la publication de leur retrait de la société, sinon à partir de la publication d'un acte de dissolution, ou, pour les actions visées à l'article 2:104, §§ 2 et 3, à partir de la publication de la clôture de la liquidation, ou de l'expiration du terme contractuel ;
- toutes actions de tiers en restitution de dividendes indûment distribués, à partir de la distribution ;
- toutes actions contre les membres de l'organe d'administration, délégués à la gestion journalière, commissaires, liquidateurs, contre les représentants permanents de personnes morales occupant une des fonctions précitées, ou contre toutes les autres personnes qui ont effectivement détenu le pouvoir de gérer la société, pour faits de leurs fonctions, à partir de ces faits ou, s'ils ont été celés par dol, à partir de la découverte de ces faits ;
- toutes actions contre les liquidateurs, en cette qualité ou, à défaut, contre les personnes considérées comme liquidateurs en vertu de l'article 2:85, à partir de la publication prescrite par l'article 2:102 ;
- toutes actions en nullité d'une société anonyme, d'une société européenne, d'une société coopérative européenne, d'une société à responsabilité limitée ou d'une société coopérative fondées sur un vice de forme, à partir de la publication, lorsque le contrat de société a reçu son exécution pendant cinq ans au moins, sans préjudice de dommages-intérêts s'il y avait lieu.

§ 2. En ce qui concerne les associations et les fondations, sont prescrites par cinq ans :

- toutes actions contre les administrateurs, délégués à la gestion journalière, commissaires, liquidateurs, contre les représentants permanents de personnes morales occupant une des fonctions précitées, ou contre toutes les autres personnes qui ont effectivement détenu le pouvoir de gérer l'association ou la fondation, pour des faits de leurs fonctions, à partir de ces faits ou, s'ils ont été celés par dol, à partir de la découverte de ces faits ;
- toutes actions contre les liquidateurs en cette qualité, à compter de la publication de la clôture de la liquidation prescrite à l'article 2:136 ou 2:17 ;
- les actions des créanciers visées à l'article 2:133, à compter de la publication de la décision relative à l'affectation de l'actif.

§ 3. L'action en réouverture de la liquidation se prescrit après l'expiration d'un délai de cinq ans à compter de la publication de la clôture de la liquidation. Elle ne peut plus être introduite après l'expiration d'un délai d'un an à compter du jour de la découverte de l'actif oublié.

§ 4. Les actions en nullité d'une fusion ou d'une scission prévues aux articles 12:19, 12:20 et 13:7, ne peuvent plus être intentées après l'expiration d'un délai de six mois à compter de la date à laquelle la fusion ou la scission est opposable à celui qui invoque la nullité, ou si la situation a été régularisée.

Les actions en nullité d'une décision d'un organe d'une personne morale ou de l'assemblée générale des obligataires d'une société prévues par l'article 2:44 ne peuvent plus être intentées après l'expiration d'un délai de six mois à compter de la date à laquelle les décisions prises sont opposables à celui qui invoque la nullité ou sont connues de lui.

Commentaire de l'article 2:143 du Code des sociétés et des associations

Auteur : Dominique MOUGENOT

Mise à jour : 1^{er} septembre 2022

JURISPRUDENCE IMPORTANTE

Action contre les administrateurs, commissaires et liquidateurs

Cass., 27 mai 1994, *Rev. prat. soc.*, 1994, p. 291 et *T.R.V.*, 1995, p. 54, note WYCKAERT.

C.C., 21 mars 2007, arrêt 47/2007.

Cass., 17 janvier 2014, *Rev. prat. soc.*, 2013, p. 377.

Cass., 2 juin 2014, *J.D.S.C.*, 2015, p. 148 ; *R.W.*, 2015-2016 (sommaire), p. 662 ; *Chr. D.S.*, 2015 (sommaire), p. 200 ; *T.R.V.*, 2015, p. 36, note VAN GERVEN.

Cass., 17 octobre 2014, *Pas.*, 2014, p. 2279 ; *R.A.B.G.*, 2015, p. 387 ; *J.D.S.C.*, 2015, p. 145, note DELVAUX ; *R.W.*, 2015-2016 (sommaire), p. 661 ; *T.R.V.*, 2015, p. 34, note VAN GERVEN.

Cass., 4 mai 2018, *J.D.S.C.*, 2018, p. 141, note DELVAUX ; *J.D.S.C.*, 2019, p. 93 ; *R.G.A.R.*, 2019, n° 15546 ; *R.W.*, 2019-2020 (sommaire), p. 139 ; *R.G.D.C.*, 2019, p. 57 ; *Rev. prat. soc.*, 2019, p. 325, note GOFFIN.

Cass., 15 janvier 2020, R.G. P.19.1015.F.

Cass., 22 avril 2020, R.G. P.20.0124.F.

Action contre les liquidateurs *qualitate qua*

Cass., 22 mars 1962, *R.C.J.B.*, 1964, p. 42, obs. RENAULD.

Cass., 17 juillet 1965, *Pas.*, 1965, I, p. 1134.

Cass., 20 septembre 2019, *Dr. europ. transp.*, 2020, p. 67 ; *C.I.T.*, 2020, p. 109 ; *J.L.M.B.*, 2020, p. 967, note PARMENTIER ; *J.D.S.C.*, 2020, p. 247, note LEMAL.

Cass., 13 février 2020, *J.D.S.A.*, 2021, p. 371, note LEMAL ; *R.A.B.G.*, 2020, p. 1231 ; *R.A.B.G.*, 2020, p. 1543 ; *R.A.B.G.*, 2022, p. 495, note THIRIAR ; *R.W.*, 2020-2021, p. 90, note VAN DEN BERGH ; *Entr. et dr.*, 2021, p. 147, note HIGNY ; *R.G.D.C.*, 2020, p. 516, note DE BOECK ; *T.B.O.*, 2020, p. 258.

Cass., 14 février 2020, *J.L.M.B.*, 2020, p. 1416, note Cl. P. ; *J.D.S.C.*, 2020, p. 252, note LEMAL ; *R.G.C.F.*, 2020, p. 213, note PIROTTE ; *Rev. prat. soc.*, 2020, p. 604, note BERCKMANS.

Cass., 9 mars 2020, *R.A.B.G.*, 2020, p. 1545 ; *R.A.B.G.*, 2022, p. 497, note THIRIAR ; *Entr. et dr.*, 2021, p. 147, note HIGNY ; *T.B.O.*, 2020, p. 417, note.

DOCTRINE IMPORTANTE

Généralités

BOSSARD, P., *Examen systématique du nouveau droit des sociétés non cotées et des associations*, Limal, Anthémis, 2020, n° 417 et s.

BRÜLS, C., « Les prescriptions et délais en droit commercial », in *Les prescriptions et les délais*, Conférence du Jeune Barreau de Liège, 2007, pp. 171 et s.

CALLENS, G., CAUTAERS, A., CULOT, H. *et al.*, *Société anonyme*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2021.

MALHERBE, J., DE CORDT, Y., LAMBRECHT, P. *et al.*, *Droit des sociétés*, 5^e éd., Bruxelles, Larcier, 2020.

VAN GERVEN, D., *Handboek Vennootschappen - Algemeen deel*, 2^e éd., Bruxelles, Intersentia, 2020.

VAN OEVELEN, A., « Art. 198 W. Venn », in *Vennootschappen en verenigingen. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Malines, Wolters Kluwer Belgium, f. mob., mäj. 2004.

Action en responsabilité

CAPRASSE, O., « La responsabilité civile professionnelle des administrateurs », *Act. dr.*, 1997, p. 481 et s., spéc. p. 541.

DELANOTE, J., *De Vennootschap & de civiele aansprakelijkheid van haar bestuurders*, Bruxelles, Intersentia, 2019, pp. 114 et s.

DELVAUX, M.A., « Le délai de prescription de l'action en responsabilité contre les fondateurs et contre les administrateurs », *J.D.S.C.*, 2007, pp. 74 et s.

DIEUX, X., LAMBRECHT, Ph., CAPRASSE, O. *et al.*, « Examen de jurisprudence. Les sociétés commerciales (2010-2013) », *R.C.J.B.*, 2016, pp. 181 et s., n° 59.

FAGNART, J.-L., « La responsabilité des administrateurs de sociétés », in *Responsabilités. Traité théorique et pratique*, Liège, Wolters Kluwer Belgium, 2014, pp. 70 et s.

GOFFIN, J.-F., *Responsabilités des dirigeants de sociétés*, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 2012, n° 215 et s.

VANDEBOGAERDE, M., *Aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders*, Anvers, Intersentia, 2009.

WIJCKAERT, M., « De verjaring van de aansprakelijkheidsvordering lastens bestuurders en zaakvoerders », *T.P.R.*, 1995, p. 57.

Action contre les liquidateurs

AYDOGDU, R., « La survie ‘passive’ des sociétés après la clôture de leur liquidation : The Walking Dead », *R.D.C.*, 2020, pp. 655 et s.

DIEUX, X., LAMBRECHT, P., CAPRASSE, O. *et al.*, « Examen de jurisprudence (2010-2013) – Les sociétés commerciales (deuxième partie) », *R.C.J.B.*, 2016, pp. 359 et s.

JEHASSE, P., *Manuel de la liquidation*, Waterloo, Kluwer, 2006, pp. 442 et s.

LAMBRECHTS, J., *De vereffening van de BVBA en de NV*, Malines, Kluwer, 2012, p. 222.

LEMAL, M., *Manuel de la liquidation des sociétés commerciales*, Waterloo, Kluwer, 2013, pp. 550 et s.

LEMAL, M., « Qualité de la société dissoute à agir après la clôture de sa liquidation », *J.D.S.A.*, 2021, pp. 393 et s.

MALHERBE, J., DE CORDT, Y., LAMBRECHT, P. *et al.*, *Droit des sociétés*, 5^e éd., Bruxelles, Larcier, 2020, pp. 364-365, n° 686 et s.

VAN GERVEN, D., *Verenigingen, vennootschappen en stichtingen. Deel 1. Rechtspersoonlijkheid. Verenigingen, stichtingen & publiekrechtelijke rechtspersonen*, Malines, Wolters Kluwer Belgium, 2021, pp. 324 et s.

Action en nullité en général

COIPEL, M., « Dispositions communes à toutes les formes de sociétés commerciales », *Rép. not.*, t. XII, Liv. II, Bruxelles, Larcier, 1982, n° 183 et s.

GILCART, S., « Les règles de constitution des S.A., S.P.R.L. et S.C.R.L. », in *Droit des sociétés commerciales*, Bruxelles, Kluwer, 1998, p. 291.

MALHERBE, J., DE CORDT, Y., LAMBRECHT, P. *et al.*, *Droit des sociétés*, 5^e éd., Bruxelles, Larcier, 2020, n° 486.

MATRAY, C. et RINGELHEIM, F., « Les nullités », in *Traité pratique de droit commercial*, t. IV, Bruxelles, Story-Scientia, 1998, n° 1061 et s.

SIMONART, V., « L'ordre public et le droit des sociétés », *R.D.C.*, 1994, p. 110, n° 15 et s.

SIMONT, L., « La loi du 6 mars 1973 modifiant la législation relative aux sociétés commerciales », *Rev. prat. soc.*, 1974, p. 217, n° 94.

TILQUIN, T. et SIMONART, V., *Traité des sociétés*, t. 1, Bruxelles, Kluwer, 1996, n° 1125 ; t. 2, 1997, n° 1123.

VAN GERVEN, D., *Handboek Vennootschappen - Algemeen deel*, 2^e éd., Bruxelles, Intersentia, 2020, n° 257, p. 384.

Actions en matière d'associations et fondations

COIPEL, M. et DAVAGLE, M., « Associations sans but lucratif », *Rép. not.*, t. XII, *Le droit commercial et économique*, Livre 8, Bruxelles, Larcier, 2017, n° 1413.

SIMONART, V., *Associations sans but lucratif, associations internationales sans but lucratif et fondations*, Bruxelles, Bruylant, coll. *R.P.D.B.*, 2016.

Action en nullité (fusions et scissions)

MALHERBE, J., DE CORDT, Y., LAMBRECHT, P. *et al.*, *Droit des sociétés*, 5^e éd., Bruxelles, Larcier, 2020, n° 1545 et s.

TILQUIN, T., *Traité des fusions et des scissions*, Bruxelles, Kluwer, 1993, n° 590 et 591.

VAN GERVEN, D., *Handboek Vennootschappen - Algemeen deel*, 2^e éd., Bruxelles, Intersentia, 2020, pp. 1362 et s.

Action en nullité (décisions d'organes)

DE BAUW, F., *Les assemblées générales dans les sociétés anonymes*, Bruxelles, Bruylant, 1996, n° 841 et s.

HOUBEN, R. et SNYERS, A., « De nietigheid van besluiten en bestuurdersaansprakelijkheid in het nieuwe recht », in *Het ontwerp wetboek van vennootschappen en verenigingen – Le projet de code des sociétés et associations*, Bruxelles, Larcier, 2018, p. 229.

JANSEN, A., GOL, D. et DAVID, W., « Le contentieux en droit des sociétés : questions spéciales », in *Le Code des sociétés et associations : contentieux et pratique*, Limal, Anthémis, 2019, p. 131.

MALHERBE, J., DE CORDT, Y., LAMBRECHT P. *et al.*, *Droit des sociétés*, 5^e éd., Bruxelles, Larcier, 2020, n° 714.

VAN GERVEN, D., *Handboek Vennootschappen – Algemeen deel*, 2^e éd., Bruxelles, Intersentia, 2020, n° 417.

COMMENTAIRE

Structure

I. Économie de l'article

II. Actions en matière de sociétés (article 2:143, § 1^{er})

- A. Action contre les fondateurs
- B. Actions contre les associés ou actionnaires
- C. Actions de tiers en restitution de dividendes indûment distribués
- D. Action contre les administrateurs, commissaires et liquidateurs pour faits de leur fonction
- E. Action contre les liquidateurs *qualitate qua*
- F. Action en nullité des sociétés
- III. Actions en matière d'associations et fondations (art. 2:143, § 2)
- IV. Action en réouverture de la liquidation (art. 2:143, § 3)
- V. Actions en nullité de certains actes (art. 2:143, § 4)
 - A. Principe : très courtes prescriptions
 - B. Nullité en matière de fusion et de scission
 - C. Nullité des décisions d'organes de personnes morales

1 Cet article reprend et complète l'article 198 du Code des sociétés, lui-même issu de l'article 193 des lois coordonnées sur les sociétés commerciales. Il constitue la compilation des délais de prescription courts institués par le droit des sociétés. Ces délais concernent, pour l'essentiel, des actions en responsabilité et des actions en nullité.

I. Économie de l'article

2 Le régime juridique des prescriptions en droit des sociétés est en partie dérogatoire au droit commun et en partie aligné sur celui-ci.

Il déroge au droit commun, dans la mesure où il substitue aux délais ordinaires des délais propres au droit des sociétés pour toutes les actions mentionnées à l'article 2:143. L'impact de cette dérogation a toutefois considérablement évolué au fil du temps. En effet, lorsque l'article 193 des lois coordonnées sur les sociétés commerciales est entré en vigueur, le délai de droit commun de la prescription extinctive était encore de trente ans. Il était donc impératif d'encourager les personnes qui souhaitaient fonder une société ou participer à son activité en limitant la durée de la prescription des actions à leur encontre (*1). A cet égard, le délai de cinq ans mis en place dans cette disposition se démarquait fortement du droit commun.

Le temps a passé et le délai de la prescription des actions en responsabilité de droit commun (art. 2262*bis*, § 1^{er}, al. 2, de l'ancien Code civil) a lui-même été ramené à cinq ans. On constate donc une convergence des délais de prescription du droit commun et du droit des sociétés, en matière de responsabilité. Mais le point de départ du délai en droit commun et en droit des sociétés diffère encore. L'article 2:143 fait courir la prescription à compter des faits, même si la victime n'en a pas eu connaissance, sauf s'ils ont été celés par dol. En revanche, l'article 2262*bis* prend comme point de départ le jour qui suit celui où la personne lésée a eu connaissance du dommage ou de

(*1) L. FREDERICQ, *Traité de droit commercial belge*, V, Gand, Editions Fechey, 1950, p. 1072, n° 764.

son aggravation et de l'identité de la personne responsable. En 2007, la Cour constitutionnelle a considéré que cette différence était justifiée, en tout cas en ce qui concerne l'action en comblement de passif (*1). « Lorsqu'il a instauré le bref délai de prescription de cinq ans à l'article 198, § 1^{er}, quatrième tiret, du Code des sociétés, le législateur avait l'intention de ne pas laisser les administrateurs de sociétés trop longtemps dans l'incertitude concernant leur éventuelle responsabilité pour des fautes commises dans l'exercice de leur mandat. Il craignait que dans le cas contraire, seul un nombre restreint de personnes eussent été disposées à assumer des fonctions à responsabilité. Il estimait par ailleurs qu'on peut raisonnablement demander aux personnes désireuses d'intenter une action en responsabilité qu'elles le fassent à un moment qui ne soit pas trop éloigné du moment de l'accomplissement des faits qui ont provoqué le dommage, de façon à ce que les personnes mises en cause puissent encore se souvenir de ces faits et s'en justifier. » (*2). Cet arrêt ne parle que de l'action en comblement de passif. Son enseignement était-il applicable à toutes les actions en responsabilité ? La formulation assez générale (les fautes commises dans le cadre de leur mandat, sans autre précision) le laissait penser. La Cour d'appel de Mons a d'ailleurs ultérieurement rappelé que le point de départ de l'action en responsabilité s'applique, quel que soit le fondement de l'action en responsabilité : « en effet, il ne se comprendrait pas que le délai de prescription soit plus long en cas de violation des statuts ou de faute simple commise par un administrateur dans le cadre de ses fonctions, qu'en cas de faute grave et caractérisée » (*3).

En revanche, pour les actions en nullité et les actions qui ne sont pas fondées sur une responsabilité, la différence entre droit commun et droit des sociétés reste plus marquée puisque le délai de droit commun est de dix ans.

Comme les dispositions relatives aux sociétés (aussi bien des L.C.S.C., du C. soc. que du CSA) dérogent au droit commun, elles sont de stricte interprétation. Dès lors, chaque fois que le législateur, intentionnellement ou pas, a omis de reprendre un type particulier d'action dans l'énumération des dispositions propres au droit des sociétés, celui-ci restera soumis au délai de droit commun. Toutefois, les lacunes ou contradictions mises en lumière par la doctrine et la jurisprudence ont été progressivement comblées par le législateur.

3 Là s'arrête la dérogation au droit commun. En effet, pour ce qui est du régime de ces prescriptions, on se reportera aux règles ordinaires (*4). Il en résulte que la computation du délai, les modes d'interruption et de suspension, la possibilité de renoncer

(*1) C.C., 21 mars 2007, arrêt 47/2007.

(*2) Arrêt précité, point B.6.

(*3) Mons, 3 février 2020, *D.A.O.R.*, 2020, p. 87.

(*4) Cass., 2 juin 2014, *J.D.S.C.*, 2015, p. 148 ; *R.W.*, 2015-16 (sommaire), p. 662 ; *Chr. D.S.*, 2015 (sommaire), p. 200 ; *T.R.V.*, 2015, p. 36, note VAN GERVEN.

à un délai déjà échu, la possibilité pour les parties de raccourcir le délai, ... sont soumis aux règles ordinaires de la prescription extinctive. La seule différence par rapport au droit commun réside dans le fait que les délais de prescription du droit des sociétés courent également à l'encontre des mineurs et incapables (*1).

II. Actions en matière de sociétés (article 2:143, § 1^{er})

A. ACTION CONTRE LES FONDATEURS

4 L'article 2:148 commence par mentionner toutes les actions contre les fondateurs.

Il s'agit d'une nouveauté du CSA. Les actions contre les fondateurs n'étaient pas visées par le Code des sociétés et étaient donc soumises au délai de droit commun (*2). Le délai de prescription de ces actions est désormais aligné sur le délai des actions contre les actionnaires, administrateurs, commissaires et liquidateurs.

B. ACTIONS CONTRE LES ASSOCIÉS OU ACTIONNAIRES

5 Sur ce point, l'article 2:143 reprend fidèlement le texte de l'article 198 C. soc. Le point de départ de l'action contre les associés ou actionnaires (le retrait de l'actionnaire, la publication de la dissolution de la société ou le terme contractuel) est inchangé. Le CSA ajoute simplement une hypothèse supplémentaire : l'action des créanciers impayés à l'issue de la liquidation contre les actionnaires de la SA, la SRL ou la SC (art. 2:104, §§ 2 et 3) se prescrit à compter de la publication de la clôture de la liquidation.

Le texte vise « toutes » les actions contre les associés ou actionnaires. Cela inclut donc aussi bien les actions de la société que celles des tiers (*3). Cela peut viser l'action de la société en libération du capital. Le fondement de cette action peut être antérieur à la dissolution ou apparaître en cours de liquidation. Cette prescription ne s'applique toutefois pas aux actions des actionnaires les uns contre les autres (*4).

(*1) L. FRÉDÉRICQ, *Traité de droit commercial belge*, V, Gand, Editions Fechey, 1950, p. 1071 ; C. RESTEAU, *Traité des sociétés anonymes*, 2^e éd., t. IV, Bruxelles, Polydore Pée, 1934, n° 769 ; F. PASSELECQ, *Novelles de droit commercial*, t. III, Bruxelles, Larcier, 1934, n° 5102, qui renvoient à une déclaration de PIRMEZ, dans son rapport à la commission de la Chambre des représentants.

(*2) Cass., 17 octobre 2014, *Pas.*, 2014, p. 2279 ; *R.A.B.G.*, 2015, p. 387 ; *J.D.S.C.*, 2015, p. 145, note DELVAUX ; *R.W.*, 2015-2016 (sommaire), p. 661 ; *T.R.V.*, 2015, p. 34, note VAN GERVEN.

(*3) L. FRÉDÉRICQ, *Traité de droit commercial belge*, V, Gand, Editions Fechey, 1950, p. 107.

(*4) A. VAN OEVELEN, « Art. 198 W. Venn », in *Vennootschappen en verenigingen. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Malines, Wolters Kluwer Belgium, f. mob., maj. 2004, et les références citées.

Pour que la publication de la dissolution puisse servir de point de départ à la prescription, il faut qu'aussi bien la dissolution (*1) que sa publication aient été régulières.

Lorsque la société a été constituée pour un terme déterminé, la prescription commence à courir dès que le terme est atteint, sans qu'aucune publication autre que celle de l'acte constitutif ne soit nécessaire.

Lorsque l'associé est également administrateur, il faut bien distinguer la prescription des actions qui peuvent être dirigées contre lui en ces deux qualités. Si son retrait en tant qu'associé est occulte et que seule sa démission en tant qu'administrateur a été publiée, seule la prescription de l'action en responsabilité contre cette personne en sa qualité d'administrateur a commencé à courir (*2).

C. ACTIONS DE TIERS EN RESTITUTION DE DIVIDENDES INDÛMENT DISTRIBUÉS

6 Il s'agit également d'une reproduction fidèle du texte de l'article 198 C. soc.

Cette courte prescription se fonde sur l'idée que les dividendes distribués ne sont pas capitalisés mais sont utilisés pour des dépenses courantes (*3).

Les dispositions du CSA qui interdisent la distribution de dividendes si le test de liquidité et de solvabilité n'est pas concluant (art. 5:142 ; art. 5:143 ; art. 6:115 ; art. 6:116 ; art. 7:212) rendront vraisemblablement cette action plus fréquente.

D. ACTION CONTRE LES ADMINISTRATEURS, COMMISSAIRES ET LIQUIDATEURS POUR FAITS DE LEUR FONCTION

7 Le délai quinquennal concerne également toutes les actions contre les membres de l'organe d'administration, délégués à la gestion journalière, commissaires, liquidateurs, contre les représentants permanents de personnes morales occupant une des fonctions précitées, ou contre toutes les autres personnes qui ont effectivement détenu le pouvoir de gérer la société, pour faits de leurs fonctions, à partir de ces faits ou, s'ils ont été celés par dol, à partir de la découverte de ces faits.

8 Qualité du demandeur et fondement

La prescription prend cours, en tout cas, à partir de l'événement ou de l'acte visé par la loi, quelle que soit la qualité de la partie demanderesse, la nature de l'action ou le

(*1) Liège, 8 mars 1963, *Rev. prat. soc.*, 1964, p. 160.

(*2) D. VAN GERVEN, « Verjaring vordering tegen vennoten van een BVBA », *Rev. prat. soc.*, 2016, p. 991.

(*3) L. FREDERICQ, *Traité de droit commercial belge*, V, Gand, Editions Fechey, 1950, p. 1075-1076, n° 765.

moment auquel l'action est née (*1). Le demandeur peut être un associé, un curateur, un tiers... Le fondement de l'action est indifférent (*2) : il peut être contractuel ou aquilien. Si la faute de l'organe constitue également une infraction pénale, l'action civile ne pourra cependant être prescrite avant l'action publique (*3). Lorsque, devant le juge pénal, la victime introduit son action avant la prescription de l'action publique, la prescription de l'action civile cesse de courir jusqu'à la clôture de l'instance, sans que des actes interruptifs civils soient requis (*4).

Le terme « faits » doit être pris au sens large et couvre aussi bien les faits positifs que les omissions (omission de tenir une assemblée générale dans le cadre de la sonnette d'alarme par exemple (*5)). En cas d'omission, le délai commence « le jour qui suit le dernier jour durant lequel l'action omise aurait encore pu être posée à temps » (*6). Ainsi, le manquement des administrateurs à leur obligation de réunir l'assemblée générale dans les deux mois à dater du moment où la perte de capital social a été constatée ou aurait dû l'être en vertu des obligations légales ou statutaires est consommé dès l'instant où ce délai est expiré (*7). Ou encore, le fait de ne pas adapter le capital minimum de la société aux exigences de la loi constitue une infraction à cette loi qui se poursuit tant que la part fixe du capital social n'atteint pas le montant requis (*8).

9 Champ d'application en ce qui concerne les personnes

Le champ d'application était déjà fort large avant le CSA (gérants, administrateurs, membres du conseil de direction ou de surveillance pour les sociétés européennes, commissaires, liquidateurs) et a encore été étendu.

Le CSA a ajouté à la liste des personnes concernées par cette prescription :

- les délégués à la gestion journalière, qui n'étaient pas visés par le Code des sociétés et étaient donc soumis au délai de droit commun, alors qu'aucun motif ne justifiait cette discrimination (*9) ;

(*1) Cass., 2 juin 2014, *J.D.S.C.*, 2015, p. 148 ; *R.W.*, 2015-16 (sommaire), p. 662 ; *Chr. D.S.*, 2015 (sommaire), p. 200 ; *T.R.V.*, 2015, p. 36, note VAN GERVEN.

(*2) J. VAN RYN, *Principes de droit commercial*, t. I, 1^{re} éd., 1954, p. 405, n° 636.

(*3) Art. 26 du titre préliminaire du Code de procédure pénale ; Cass., 15 janvier 2020, R.G. P.19.1015.F ; Cass., 27 mai 1994, *Rev. prat. soc.*, 1994, p. 291 et *T.R.V.*, 1995, p. 54, note WYCKAERT ; Cass., 29 mai 1980, *J.T.*, 1980, p. 653.

(*4) Cass., 22 avril 2020, R.G. P.20.0124.F.

(*5) M.A. DELVAUX, « Le délai de prescription de l'action en responsabilité contre les fondateurs et les administrateurs », obs. sous C.A., 21 mars 2007, *J.D.S.C.*, 2007, p. 75.

(*6) Anvers, 6 mars 2003, *R.D.C.*, 2005, p. 387.

(*7) Cass., 4 mai 2018, *J.D.S.C.*, 2018, p. 141, note DELVAUX ; *J.D.S.C.*, 2019, p. 93 ; *R.G.A.R.*, 2019, n° 15546 ; *R.W.*, 2019-20 (sommaire), p. 139 ; *R.G.D.C.*, 2019, p. 57 ; *Rev. prat. soc.*, 2019, p. 325, note GOFFIN.

(*8) Cass., 17 octobre 2014, *Pas.*, 2014, p. 2279 ; *R.A.B.G.*, 2015, p. 387 ; *J.D.S.C.*, 2015, p. 145, note DELVAUX ; *R.W.*, 2015-16 (sommaire), p. 661 ; *T.R.V.*, 2015, p. 34, note VAN GERVEN ; Cass., 17 janvier 2014, *Rev. prat. soc.*, 2013, p. 377.

(*9) Exposé des motifs du projet, *Doc. parl.*, Ch., 54-3119/001, p. 106.

- les représentants permanents des personnes morales qui exercent une des fonctions citées, solution déjà admise antérieurement, malgré l’absence de texte spécifique (*1) ;
- les administrateurs de fait (*2), dont la responsabilité est mise sur le même pied que celle des administrateurs de droit, en vertu de l’article 2:56 (*3).

10 Point de départ

Le point de départ du délai est la date de la commission des faits, ou de leur découverte s’ils ont été cachés. C’est là que se situe la principale différence avec le droit commun, dans lequel le point de départ est la connaissance par la victime du dommage et de l’identité de la personne responsable. Lorsqu’il y a dissimulation, il n’est pas nécessaire que celle-ci soit imputable au dirigeant responsable (*4).

Lorsque la responsabilité est fondée sur un ensemble de faits indivisibles, la prescription court à partir du dernier de ceux-ci (*5). Le caractère indivisible des faits est apprécié souverainement par le juge. Celui-ci devra faire preuve de rigueur dans son appréciation (*6). Ainsi, en cas de fautes successives répétées, causant chacune un dommage distinct, il y aura autant de points de départ que de fautes (*7). Lorsque le fait fautif se poursuit dans le temps, il se répète chaque jour de telle sorte que la prescription prend cours à compter du dernier fait (*8). Cette position est critiquée par J.-L. FAGNART, qui considère qu’il s’agit d’une transposition inadéquate du concept

(*1) P. BOSSART, *CSA, examen systématique du nouveau droit des sociétés non cotées et des associations*, Limal, Anthémis, 2020, n° 417 ; E. POTTIER et T. L’HOMME, « La loi ‘corporate governance’ du 2 août 2002 modifiant le Code des sociétés », *R.D.C.*, 2005, p. 319, n° 28 ; E. POTTIER et D. REISINGER, *Commentaire systématique du Code des sociétés*, Article 61, Waterloo, Kluwer, 2017, pp. 18-19, n° 33.

(*2) J. DELANOTE, *De Vennootschap & de civiele aansprakelijkheid van haar bestuurders*, Bruxelles, Intersentia, 2019, p. 115, n° 212 ; alors qu’ils étaient exclus de l’application de l’article 198 C. soc. par la jurisprudence antérieure : Liège, 28 mai 2009, *Rev. prat. soc.*, 2010, p. 421 ; X. DIEUX, Ph. LAMBRECHT, O. CAPRASSE et al., « Examen de jurisprudence. Les sociétés commerciales (2010-2013) », *R.C.J.B.*, 2016, p. 181. Pour une critique de cette décision, voy. : J.-L. FAGNART, « La responsabilité des administrateurs de sociétés », in *Responsabilités. Traité théorique et pratique*, Liège, Wolters Kluwer Belgium, 2014, p. 71, n° 175.

(*3) Voy. : E. POTTIER et F. LEFÈVRE, « De aansprakelijkheid van de organen », in POTTIER, E. (dir.), *Het Wetboek van vennootschappen en verenigingen : (r)evolutie ?/Le Code des sociétés et associations : (r)évolution ?*, Bruxelles, Intersentia, 2019, p. 280, n° 7.

(*4) Bruxelles, 28 septembre 1966, *J.T.*, 1967, 97, note STRIJKMANS.

(*5) Cass., 14 février 1935, *Pas.*, 1935, I, p. 159 ; Bruxelles, 19 mars 1968, *Pas.*, 1968, II, p. 180 ; Comm. Charleroi, 12 octobre 1976, *Rev. prat. soc.*, 1976, p. 143 ; Liège, 2 octobre 2007, *J.D.S.C.*, 2010, p. 222, note P. JEHASSE ; Gand, 8 juin 2009, *R.A.B.G.*, 2010, p. 183 ; Gand, 28 octobre 2010, *T.G.R.*, 2011, p. 120, note.

(*6) J.-F. GOFFIN, *Responsabilités des dirigeants de sociétés*, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 2012, p. 336, n° 219 ; M.A. DELVAUX, « Le délai de prescription de l’action en responsabilité contre les fondateurs et les administrateurs », *J.D.S.C.*, 2007, p. 76.

(*7) J.-L. FAGNART, « La responsabilité des administrateurs de sociétés », in *Responsabilités. Traité théorique et pratique*, Liège, Wolters Kluwer Belgium, 2014, p. 72, n° 178, citant l’absence de paiement de l’impôt, même répétée lors de chaque exercice.

(*8) Cass., 17 octobre 2014, *Pas.*, 2014, p. 2279 ; *R.A.B.G.*, 2015, p. 387 ; *J.D.S.C.*, 2015, p. 145, note DELVAUX ; *R.W.*, 2015-16 (sommaire), p. 661 ; *T.R.V.*, 2015, p. 34, note VAN GERVEN ; Cass., 17 janvier 2014, *Rev. prat. soc.*, 2013, p. 377 ; Liège, 28 mai 2009, *Rev. prat. soc.*, 2010, p. 421.

pénal d'infraction continue. Selon cet auteur, la victime doit agir dès qu'elle a connaissance de son dommage, peu importe que les faits se poursuivent par la suite ou non, la répétition n'étant pas une cause d'interruption ou de suspension en matière civile (*1). Il est vrai qu'en droit commun, la répétition ou non du fait litigieux et le caractère indivisible des fautes commises sont effectivement sans pertinence. Il ne faut toutefois pas perdre de vue qu'en droit des sociétés, la prescription prend cours dès la commission des faits. Contrairement au droit commun, la connaissance du dommage par la victime est donc indifférente. Considérer que la victime doit agir dès qu'elle a connaissance de son dommage revient donc à importer en droit des sociétés le critère admis en droit commun (*2). Et même en droit commun, il est admis que, lorsque le dommage résulte d'une succession de faits, c'est le dernier de ces faits qui constitue le point de départ de la prescription (*3).

Des exemples de cette jurisprudence de la Cour de cassation ont été évoqués au n° 8 ci-dessus.

E. ACTION CONTRE LES LIQUIDATEURS *QUALITE QUA*

11 Le statut des liquidateurs est double. D'une part, tout comme les administrateurs, gérants et commissaires, leur responsabilité est susceptible d'être engagée pour des faits de leur fonction (voir ci-dessus, n° 7 et s.). Il s'agit là de leur responsabilité personnelle et ils sont alors tenus sur leurs propres deniers. Le point de départ du délai est la date de commission de l'acte fautif, ou la date à laquelle cet acte a été connu, si son existence a été occultée. Mais la loi vise également les actions dirigées contre les liquidateurs *qualite qua*. Ils sont alors tenus sur les fonds sociaux et le point de départ du délai est la publication de la clôture de la liquidation.

Est, par exemple, une action dirigée contre le liquidateur pour faute personnelle, celle qui se fonde sur la distribution par ses soins des actifs aux associés à la clôture de la liquidation, sans égard pour les créanciers impayés (*4). Est, par contre, une action contre le liquidateur, en cette qualité, l'action en annulation de la délibération d'une assemblée générale d'une SPRL décidant la liquidation de cette société (*5).

(*1) J.-L. FAGNART, « La responsabilité des administrateurs de sociétés », in *Responsabilités. Traité théorique et pratique*, Liège, Wolters Kluwer Belgium, 2014, p. 73, n° 180.

(*2) X. DIEUX, Ph. L. AMBRECHT, O. CAPRASSE *et al.*, « Examen de jurisprudence. Les sociétés commerciales (2010-2013) », *R.C.J.B.*, 2016, p. 182, n° 59.

(*3) I. DURANT, « Le point de départ des délais de prescription extinctive et libératoire en matière civile », in (JOURDAIN, P. et WERY, P., dir.) *La prescription extinctive – études de droit comparé*, Bruxelles – Paris, Bruylant – L.G.D.J., 2010, pp. 265 et s., n° 32.

(*4) Liège, 20 mars 1991, *J.T.*, 1992, p. 16.

(*5) Cass., 17 février 1966, *Pas.*, 1966, I, 793.

Pendant cette période de cinq ans, la société est en situation de « survie passive », ainsi que l'a définie la Cour de cassation : « par la clôture de liquidation l'extinction de la société n'est pas absolue, la société continuant d'exister pour répondre aux actions des créanciers impayés aussi longtemps que la prescription n'est pas acquise par l'écoulement de cinq années » (*1). Elle conserve par conséquent sa capacité juridique active et passive et peut exercer tous les droits qu'elle pouvait exercer avant sa mise en liquidation, en ce compris le droit d'interjeter appel d'une décision qui lui est défavorable, si cela sert la liquidation (*2). La société dont la liquidation est clôturée continue d'exister pour répondre tant des actions que les créanciers sociaux peuvent exercer contre elle dans le délai de cinq ans que de celles introduites contre elle avant sa clôture. Il s'ensuit qu'elle peut faire valoir ses moyens de défense contre ces actions (*3). Mais, la société dont la liquidation est clôturée ne continue d'exister que pour répondre des actions que les créanciers sociaux peuvent exercer contre elle en la personne de ses liquidateurs. L'action que cette société a introduite avant la clôture de sa liquidation ne peut donc être poursuivie ni par ses liquidateurs ni par ses associés, qui ne peuvent être considérés comme ses ayants cause à titre universel (*4). La question de savoir si elle peut cependant introduire une demande reconventionnelle pour procès téméraire et vexatoire est discutée (*5).

Le problème relève plutôt de l'exécution de la décision. En effet, la société dissoute ne dispose plus, en principe, d'aucun patrimoine, puisque les actifs subsistants sont

(*1) Cass., 22 mars 1962, *R.C.J.B.*, 1964, p. 42, obs. RENAULD ; Cass., 17 juillet 1965, *Pas.*, 1965, I, p. 1134. Concernant la « survie passive » de la société dont la liquidation a été clôturée, voy. : R. AYDOGDU, « La survie « passive » des sociétés après la clôture de leur liquidation : The Walking Dead », *R.D.C.*, 2020, pp. 655 et s. ; C. BERCKMANS, « Het aanwenden van een rechtsmiddel na sluiting van de vereffening », *Rev. prat. soc.*, 2020, pp. 605 et s. ; D. BRUNEEL, « De misleidende term « passieve rechtspersoonlijkheid » », *T.F.R.*, 2018, pp. 49 et s. ; X. DIEUX, P. LAMBRECHT, O. CAPRASSE *et al.*, « Examen de jurisprudence (2010-2013) - Les sociétés commerciales (deuxième partie) », *R.C.J.B.*, 2016, pp. 359 et s., n° 142 et s. ; H. DU FAUX, « Liquidation des sociétés commerciales », *Rép. not.*, T. XII, Le droit commercial et économique, Livre 6, Bruxelles, Larcier, 2003, n° 154 ; M. LEMAL, *Manuel de la liquidation des sociétés commerciales*, Waterloo, Kluwer, 2013, pp. 550 et s. ; M. LEMAL, « Qualité de la société dissoute à agir après la clôture de sa liquidation », *J.D.S.A.*, 2021, pp. 393 et s. ; J. MALHERBE, Y. DE CORDT, P. LAMBRECHT *et al.*, *Droit des sociétés*, 5^e éd., Bruxelles, Larcier, 2020, pp. 364-365, n° 686 et s. ; N. PIROTTE, « Du droit d'une société dont la liquidation est clôturée de contester une imposition », *R.G.C.F.*, 2020, pp. 214 et s. ; D. VAN GERVEN, *Verenigingen, vennootschappen en stichtingen. Deel 1. Rechtspersoonlijkheid. Verenigingen, stichtingen & publiekrechtelijke rechtspersonen*, Malines, Wolters Kluwer Belgium, 2021, pp. 324 et s.

(*2) Cass., 9 mars 2020, *R.A.B.G.*, 2020, p. 1545 ; *R.A.B.G.*, 2022, p. 497, note THIRIAR ; *Entr. et dr.*, 2021, p. 147, note HIGNY ; *T.B.O.*, 2020, p. 417, note ; Cass., 13 février 2020, *J.D.S.A.*, 2021, p. 371, note LEMAL ; *R.A.B.G.*, 2020, p. 1231 ; *R.A.B.G.*, 2020, p. 1543 ; *R.A.B.G.*, 2022, p. 495, note THIRIAR ; *R.W.*, 2020-21, p. 90, note VAN DEN BERGH ; *Entr. et dr.*, 2021, p. 147, note HIGNY ; *R.G.D.C.*, 2020, p. 516, note DE BOECK ; *T.B.O.*, 2020, p. 258.

(*3) Cass., 14 février 2020, *J.L.M.B.*, 2020, p. 1416, note Cl. P. ; *J.D.S.C.*, 2020, p. 252, note LEMAL ; *R.G.C.F.*, 2020, p. 213, note PIROTTE ; *Rev. prat. soc.*, 2020, p. 604, note BERCKMANS.

(*4) Cass., 20 septembre 2019, *Dr. eur. transp.*, 2020, p. 67 ; *CIT*, 2020, p. 109 ; *J.L.M.B.*, 2020, p. 967, note PARMEN-TIER ; *J.D.S.C.*, 2020, p. 247, note LEMAL.

(*5) Pour : M. LEMAL, « Clôture de la liquidation et procédures en cours », *J.D.S.C.*, 2019, p. 230. Contre : D. VAN GERVEN, *Verenigingen, vennootschappen en stichtingen. Deel 1. Rechtspersoonlijkheid. Verenigingen, stichtingen & publiekrechtelijke rechtspersonen*, Malines, Wolters Kluwer Belgium, 2021, p. 325. Certains auteurs militent même en faveur de la recevabilité de toute demande incidente introduite par la société liquidée : voy. à ce sujet X. DIEUX, P. LAMBRECHT, O. CAPRASSE *et al.*, « Examen de jurisprudence (2010-2013) - Les sociétés commerciales (deuxième partie) », *R.C.J.B.*, 2016, p. 360, n° 143 et les références citées.

distribués entre les associés. Lorsqu'elle porte sur l'allocation d'une somme d'argent, cette procédure ne procure donc qu'un avantage purement théorique au demandeur (*1). Tout au plus présente-t-elle un intérêt si des biens appartenant à la société ont été consignés ou si certains actifs réapparaissent après la clôture de la liquidation (*2). Le créancier peut aussi, sur le fondement de l'article 2:97, § 3, en vertu duquel les associés ne se voient attribuer que le reliquat de la liquidation après paiement intégral des créances, agir en restitution contre ceux-ci, ou poursuivre l'annulation de la clôture décidée en fraude de leurs droits (*3).

F. ACTION EN NULLITÉ DES SOCIÉTÉS

12 Le droit des sociétés connaît deux régimes de prescription bien distincts. En principe, l'action en nullité, fondée tant sur des vices de fond que de forme, est soumise au droit commun de la prescription, soit dix ans. Toutefois, les vices de forme dans les cinq sociétés nommément désignées à l'article 2:143 sont soumis à une prescription abrégée de cinq ans.

Les sociétés visées par l'article 2:143 sont : les sociétés anonymes, les sociétés européennes, les sociétés coopératives européennes, les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés coopératives. La société en nom collectif et la société en commandite sont donc exclues de ce régime. Pour assurer la sécurité juridique et éviter la remise en cause excessive des actes des sociétés qui ont acquis la personnalité juridique, des règles ont été mises en place pour protéger les intérêts des tiers. Les causes de nullité que l'on peut invoquer à l'égard de ces sociétés sont réduites et la nullité débouche en fait sur une liquidation. La limitation du délai de prescription de l'action en nullité contre ces types de sociétés s'inscrit aussi dans ce contexte. Le législateur a voulu éviter que l'existence des sociétés citées à l'article 2:143 puisse être remise en cause durant une trop longue période (*4). Peu importe qui forme la demande : un tiers ou un associé.

Sont par exemple soumises à la prescription de cinq ans, les nullités pour vices de forme suivants : absence de forme authentique de l'acte constitutif, absence d'indication relativement à la dénomination sociale, l'objet social, les apports ou le montant du capital souscrit... Sont soumises à la prescription décennale, les nullités pour vices

(*1) M. LEMAL, « La clôture de la liquidation », *T.P.D.C.*, T. IV, Les sociétés, Waterloo, Kluwer, 2014, n° 2019 ; J. LAMBRECHTS, *De vereffening van de BVBA en de NV*, Malines, Kluwer, 2012, p. 222 ; C. PIETTE, E. DE BIE et M. CORYNEN, « Art. 194 W. Venn », in *Vennootschappen en verenigingen. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Malines, Kluwer, 2016, p. 38.

(*2) D. VAN GERVEN, *Verenigingen, vennootschappen en stichtingen. Deel 1. Rechtspersoonlijkheid. Verenigingen, stichtingen & publiekrechtelijke rechtspersonen*, Malines, Wolters Kluwer Belgium, 2021, pp. 325 et 326.

(*3) M. GRÉGOIRE, « La fin des sociétés - Dissolution et liquidation – Survie et évanescence de l'être moral », *J.T.*, 2011, pp. 228 et s., n° 8.

(*4) D. VAN GERVEN, *Handboek Vennootschappen - Algemeen deel*, 2^e éd., Bruxelles, Intersentia, 2020, n° 256, p. 377.

de fond suivants : objet social illicite ou contraire à l'ordre public, insuffisance du nombre de fondateurs... (*1)

Le délai de prescription court à compter de la publication de l'acte et pour autant que le contrat ait reçu exécution durant cinq ans au moins. Les sociétés dormantes, qui n'ont exercé aucune activité, ne sont donc pas visées. Cette exclusion est assez logique : comme ces sociétés n'ont pas traité avec des tiers, il n'y a pas de raison de limiter le délai de prescription pour des motifs de sécurité juridique. En pratique, l'irrégularité est souvent continue, de telle sorte que la nullité reste imprescriptible tant que le vice perdure (*2).

Par ailleurs, le principe général qui veut que l'exception de nullité soit imprescriptible (l'adage « *quae temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum* ») n'est pas d'application pour les nullités pour vices de forme (comme le prévoit expressément article 2:36). En revanche, l'exception peut être opposée pour tout autre fondement de la nullité.

La réserve prévue concernant d'éventuels dommages et intérêts n'a aucune portée pratique. Ce texte signifierait que, malgré la prescription de l'action en nullité, le tiers préjudicié pourrait néanmoins réclamer la réparation du dommage découlant de cette nullité. Mais, comme celle-ci ne peut plus être prononcée, on ne comprend pas bien de quel dommage il pourrait s'agir (*3). Il en va différemment en cas de faute des fondateurs, donnant lieu à nullité de la société. Dans ce cas, il s'agit d'une action en responsabilité contre les fondateurs (*4).

III. Actions en matière d'associations et fondations (art. 2:143, § 2)

13 Comme le CSA régit également les associations et fondations, il a fallu y intégrer un régime légal spécifique pour la prescription des actions les concernant.

Le paragraphe 2 de cet article transpose tout d'abord fidèlement aux associations et fondations le délai quinquennal de prescription des actions en responsabilité contre les administrateurs, commissaires et liquidateurs de sociétés. Une telle disposition n'existait pas dans la loi du 27 juin 1921. La prescription des actions en responsabilité

(*1) D. VAN GERVEN, *Handboek Vennootschappen - Algemeen deel*, 2^e éd., Bruxelles, Intersentia, 2020, n° 257, p. 384.

(*2) J. MALHERBE, Y. DE CORDT, P. LAMBRECHT *et al.*, *Droit des sociétés*, 5^e éd., Bruxelles, Larcier, 2020, n° 486.

(*3) L. SIMONT, « La loi du 6 mars 1973 modifiant la législation relative aux sociétés commerciales », *Rev. prat. soc.*, 1974, p. 218 ; D. VAN GERVEN, *Handboek Vennootschappen - Algemeen deel*, 2^e éd., Bruxelles, Intersentia, 2020, n° 257, p. 385.

(*4) A. VAN OEVELEN, « Art. 198 W. Venn », in *Vennootschappen en verenigingen. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Malines, Wolters Kluwer Belgium, f. mob., maj. 2004, et les références citées.

contre les administrateurs, commissaires ou liquidateurs des associations était donc auparavant réglée à l'article 2262*bis* de l'ancien Code civil (*1).

L'article 2:143, § 2 emprunte également au § 1^{er} le délai de prescription de l'action contre les liquidateurs *qualitate qua*. Le principe de la survie passive des associations était déjà admis avant l'entrée en vigueur du CSA, en application de l'article 25, al. 3, de la loi du 27 juin 1921 (*2).

Le texte légal ajoute un délai de prescription propre à la matière des associations : l'action des créanciers préjudiciés par l'affectation de l'actif, malgré le caractère déficitaire de la liquidation. Ce délai de prescription est repris de l'article 25, al. 3, de la loi du 27 juin 1921 (*3).

On sait (et c'est rappelé par l'article 2:132) que le solde subsistant en fin de liquidation ne peut être distribué aux membres ou administrateurs de l'ASBL et doit être affecté à un but le plus proche possible de celui de l'association liquidée (*4). En outre, l'article 2:133 oblige les liquidateurs à soumettre leur plan de répartition au tribunal, lorsque la liquidation est déficitaire.

Le non-respect de ces dispositions ouvre une action aux créanciers lésés (art. 2:131). Selon l'article 2:143, cette action se prescrit également par cinq ans, à compter de la publication de la décision relative à l'affectation de l'actif.

IV. Action en réouverture de la liquidation (art. 2:143, § 3)

14 Il s'agit d'une disposition nouvelle du CSA. Elle vise l'action mentionnée à l'article 2:105 : tout créancier qui n'a pas recouvré l'intégralité de sa créance peut demander la réouverture de la liquidation s'il s'avère, après la clôture, qu'un ou plusieurs actifs de la société ont été oubliés.

La prescription court à compter de la publication de la clôture de la liquidation. La loi ajoute cependant une condition supplémentaire : le créancier ne peut plus agir plus

(*1) V. SIMONART, *Associations sans but lucratif, associations internationales sans but lucratif et fondations*, Bruxelles, Bruylant, coll. *R.P.D.B.*, 2016, n° 392. La jurisprudence refusait d'appliquer par analogie l'article 198 C. soc. : Bruxelles, 16 septembre 2014, *T.R.V.*, 2015, p. 378.

(*2) V. SIMONART, *Associations sans but lucratif, associations internationales sans but lucratif et fondations*, Bruxelles, Bruylant, coll. *R.P.D.B.*, 2016, n° 862.

(*3) M. COIPEL et M. DAVAGLE, « Associations sans but lucratif », *Rép. not.*, t. XII, Le droit commercial et économique, Livre 8, Bruxelles, Larcier, 2017, n° 1413.

(*4) Sur cette question, voir : M. DAVAGLE, « Quel est l'impact réel de l'arrêt de la Cour de cassation du 10 avril 2020 sur l'affectation de l'actif net d'une ASBL ? », *B.J.S.*, 2021/678, p. 14.

d'un an après la découverte de l'actif oublié. Il s'agit d'un délai préfix et non de prescription (*1).

V. Actions en nullité de certains actes (art. 2:143, § 4)

A. PRINCIPE : TRÈS COURTES PRESCRIPTIONS

15 Le quatrième paragraphe de l'article 2:143 prévoit des délais très courts (six mois) pour certains types de nullités :

- nullité d'une fusion ou d'une scission ;
- nullité d'une décision d'un organe d'une personne morale.

Ces délais ont pour but de préserver la sécurité juridique, en validant rapidement certains actes de la personne morale, au détriment des droits des tiers (*2).

B. NULLITÉ EN MATIÈRE DE FUSION ET DE SCISSION

16 Le texte vise les nullités des fusions et scissions, prévues aux articles 12:19, 12:20 et 13:7, à compter de la date à laquelle la fusion ou la scission est opposable à celui qui invoque la nullité. Le texte ajoute que l'action en nullité n'est plus recevable si la situation est régularisée (*3).

Il s'agit d'une transposition à droit constant de la prescription de l'action en nullité d'une fusion ou d'une scission, déjà prévue dans le Code des sociétés. Ce délai commence à courir au plus tard à la date de la publication dans les annexes du *Moniteur belge* des décisions des assemblées générales des différentes sociétés impliquées (*4).

C. NULLITÉ DES DÉCISIONS D'ORGANES DE PERSONNES MORALES

17 L'article 2:143, § 4, al. 2 reprend également la prescription de l'action en nullité des décisions de *tous* les organes d'une personne morale. Il étend la règle ancienne de l'article 198 C. soc., qui ne visait que les décisions des assemblées générales des sociétés.

(*1) Exposé des motifs du projet, *Doc. parl.*, Chambre, 54-3119/001, p. 107.

(*2) J. MALHERBE, Y. DE CORDT, P. LAMBRECHT *et al.*, *Droit des sociétés*, 5^e éd., Bruxelles, Larcier, 2020, n° 714.

(*3) Cette précision apparaît logique et est qualifiée de « didactique » dans les travaux préparatoires : exposé des motifs du projet, *Doc. parl.*, Chambre, 54-3119/001, p. 107.

(*4) Pour plus de détails, voir : Th. TILQUIN, *Traité des fusions et des scissions*, Kluwer, Bruxelles, 1993 ; D. VAN GERVEN, *Handboek Vennootschappen - Algemeen deel*, 2^e éd., Bruxelles, Intersentia, 2020, pp. 1362 et s. ; G. HORSMANS, « Les nullités et les sanctions », in *Le nouveau droit des fusions et des scissions de sociétés*, Bruxelles – Louvain-la-Neuve, Bruylant-Academia, 1994, pp. 215 et s. ; J. MALHERBE, Y. DE CORDT, P. LAMBRECHT *et al.*, *Droit des sociétés*, 5^e éd., Bruxelles, Larcier, 2020, n° 1545 et s.

Le point de départ de ce délai est la date d'opposabilité des opérations ou, en ce qui concerne les nullités d'assemblées générales, la date à laquelle la délibération est connue du demandeur.

Il s'agit d'un délai préfix et non d'un délai de prescription (*1). Cela a pour conséquence que les causes d'interruption et de suspension du Code civil ne lui sont pas applicables et que les irrégularités ne peuvent pas non plus être invoquées à titre d'exception.

Pour donner suite à des hésitations et interrogations de la doctrine, relativement à la première version de cet article (*2), le texte légal a été modifié par la loi du 28 avril 2020 pour viser expressément la nullité des assemblées générales d'obligataires.

Lorsque la décision irrégulière de l'organe d'administration exécute une décision elle-même irrégulière de l'assemblée générale, cette dernière décision doit obligatoirement faire l'objet d'un recours en nullité. On ne peut donc se contenter d'attaquer la décision subséquente de l'organe d'administration, même si le demandeur est encore dans les délais pour agir contre cette décision, si la décision préalable de l'assemblée générale est devenue définitive, à défaut de recours en temps utile (*3).

Le même délai de prescription court pour les actions subsidiaires à la nullité, en vue de la réparation du préjudice par le versement de dommages et intérêts (*4).

(*1) Liège, 12 septembre 2005, *J.L.M.B.*, 2007, p. 986 ; A. JANSEN, D. GOL et W. DAVID, « Le contentieux en droit des sociétés : questions spéciales », in *Le Code des sociétés et associations : contentieux et pratique*, Limal, Anthémis, 2019, p. 131, n° 39 ; D. VAN GERVEN, *Handboek Venootschappen - Algemeen deel*, 2^e éd., Bruxelles, Intersentia, 2020, n° 417.

(*2) A. JANSEN, D. GOL et W. DAVID, référence citée à la note précédente ; P. BOSSART, *CSA, examen systématique du nouveau droit des sociétés non cotées et des associations*, Limal, Anthémis, 2020, n° 422.

(*3) Comm. Anvers, 26 mars 2004, *T.R.V.*, 2007, p. 199 ; R. HOUBEN et A. SNYERS, « De nietigheid van besluiten en bestuurdersaansprakelijkheid in het nieuwe recht », in *Het ontwerp wetboek van vennootschappen en verenigingen – Le projet de code des sociétés et associations*, Bruxelles, Larcier, 2018, p. 229 ; J. MALHERBE, Y. DE CORDT, P. LAMBRECHT et al., *Droit des sociétés*, 5^e éd., Bruxelles, Larcier, 2020, n° 714.

(*4) Cass., 17 février 1966, *Pas.*, 1966, I, p. 793 ; Comm. Bruxelles, 9 décembre 1999, *Rev. banq.*, 2000, p. 49, note, *J.D.S.C.*, 2001, p. 72, *T.R.V.*, 1999, p. 589. Voir aussi, Exposé des motifs du projet, *Doc. parl.*, Chambre, 54-3119/001, p. 107.

2:144. Les créanciers peuvent, dans toutes les sociétés, faire décréter par justice les versements stipulés aux statuts et qui sont nécessaires à la conservation de leurs droits ; la société peut écarter l'action en remboursant leur créance à sa valeur, après déduction de l'escompte.

Les membres de l'organe d'administration sont personnellement obligés d'exécuter les jugements rendus à cette fin.

Les créanciers peuvent exercer, conformément à l'article 1166 du Code civil, contre les associés ou actionnaires, les droits de la société quant aux versements à faire et qui sont exigibles en vertu des statuts, d'une décision de la société ou d'un jugement.

Commentaire de l'article 2:144 du Code des sociétés et des associations

Auteur : Dominique MOUGENOT

Mise à jour : 1^{er} septembre 2022

JURISPRUDENCE IMPORTANTE

Anvers, 14 avril 1992, *T.R.V.*, 1992, p. 322.

DOCTRINE IMPORTANTE

BOSSARD, P., « L'action oblique dans le Code des sociétés et des associations », *Pli jur.*, 2019/50, pp. 20 et s.

CALLENS, G., CAUTAERS, A., CULOT, H. *et al.*, *Société anonyme*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2021, p. 69.

DELVAUX, M.A., « Quelques réflexions sur l'article 199 du Code des sociétés », *J.D.S.C.*, 2010, p. 101.

GILCART, S., « Action oblique et actions directes en droit des sociétés : l'exemple original de l'article 199 du nouveau Code », *J.D.S.C.*, 2003, pp. 21 et s.

MALHERBE, J., DE CORDT, Y., LAMBRECHT, P. *et al.*, *Droit des sociétés*, 5^e éd., Bruxelles, Larcier, 2020, n° 919, pp. 508 et s.

RESTEAU, C., *Traité des sociétés anonymes*, 3^e éd., t. II, Bruxelles, Swinnen, 1982, n° 769 et s.

VAN GERVEN, D., *Handboek Vennootschappen – Algemeen deel*, 2^e éd., Bruxelles, Intersentia, 2020, pp. 557-558.

WYCKAERT, M., « Volstortingsplicht en oprichtersaansprakelijkheid : hemelsbreed verschillende verplichtingen », *T.R.V.*, 1992, p. 324.

COMMENTAIRE

Structure

- I. L'action directe contre la société
- II. L'action oblique contre les associés
- III. En résumé

I Il s'agit de la reprise quasi littérale de l'article 199 du Code des sociétés et de l'article 190 L.C.S. Les termes « gérants et administrateurs » ont simplement été remplacés par « membres de l'organe d'administration ». Cet article fait référence à l'article 1166 de l'ancien Code civil, qui régit l'action oblique. Cette référence devra être remplacée par un renvoi à l'article 5.242 du Code civil.

I. L'action directe contre la société

2 En principe, c'est la société qui décide, par l'intervention de son organe d'administration (*1), de réaliser des appels de fonds auprès des associés qui n'ont pas complètement libéré leurs apports. Cette situation est susceptible de léser les créanciers en cas d'inaction de la société. L'alinéa premier de l'article 2:144 leur donne la possibilité de passer outre à la carence des organes de la société, en assignant la société pour la contraindre à procéder à des appels de fonds auprès des associés.

La première condition pour exercer ce droit, c'est d'être créancier. La loi n'opère pas de distinction parmi ceux-ci : les créanciers à terme aussi bien que ceux dont la créance est exigible sont visés.

L'application de l'article 2:144 suppose que la société reste dans l'inaction et n'ait pas elle-même décrété les versements (*2). Lorsque les statuts donnent des indications sur les périodes ou modalités des versements, ces prescriptions sont opposables aux créanciers, car on peut présumer que ceux-ci ont contracté en toute connaissance de cause.

(*1) M. COLLE, « Opvraging van volstorting van aandelen in NV en BVBA door de vereffenaar op grond van artikel 188 van het wetboek van vennootschappen », *T.R.V.*, 2007, p. 684 ; Ch. RESTEAU, *Traité des sociétés anonymes*, t. II, 3^e éd., Bruxelles, Swinnen, 1982, par A. BENOIT-MOURY et A. GRÉGOIRE, p. 34 ; M. WYCKAERT, *Kapitaal in N.V. en B.V.B.A.*, Biblo, 1995, p. 322 ; J. MALHERBE, Y. DE CORDT, P. LAMBRECHT *et al.*, *Droit des sociétés*, 5^e éd., Bruxelles, Larcier, 2020, n° 919, p. 512.

(*2) D. VAN GERVEN, *Handboek Vennootschappen - Algemeen deel*, 2^e éd., Bruxelles, Intersentia, 2020, n° 324, p. 557.

Lorsque l'immixtion des créanciers dans les affaires sociales risque d'embarrasser la société, en l'obligeant à décréter des versements sans réelle utilité, celle-ci peut alors faire obstacle à cette demande en leur remboursant leur créance. S'il s'agit d'une créance à terme, le montant sera amputé d'un escompte (*1).

3 Cette disposition vise toute forme de société mais revêt surtout de l'intérêt dans les formes de société où la responsabilité des associés est limitée. En effet, dans les sociétés à responsabilité illimitée, les créanciers peuvent récupérer leur créance à charge des associés, pour autant qu'ils aient préalablement fait valoir leurs droits à l'égard de la société (art. 4:26 pour les sociétés en nom collectif et en commandite). Depuis l'adoption du Code des sociétés et des associations, la disposition commentée concerne, au premier plan, la société anonyme. En effet, selon la loi, seule cette forme de société conserve un capital, qui ne doit pas être complètement libéré lors de la souscription (art. 7:11). En ce qui concerne les sociétés à responsabilité limitée, les apports en numéraires doivent être intégralement libérés à la souscription (art. 5:8) et leur montant doit être versé sur un compte spécial, préalablement à la passation de l'acte (art. 5:9). La règle vaut également en cas d'émission d'actions nouvelles en cours de vie de la société (*2). Toutefois, l'acte constitutif peut déroger à cette règle. Les statuts peuvent préciser le délai dans lequel les apports doivent être libérés ou autoriser des appels de fonds ultérieurs par l'organe d'administration (*3). Aucune règle n'encadre cette liberté de rédaction des statuts : il n'y a plus de minimum à libérer (*4). Dans ce cas, l'article 2:144 conserve sa raison d'être, même pour une SRL. Le régime est identique pour la société coopérative (art. 6:9 et 6:10). Les articles 5:44 et 6:43 obligent d'ailleurs les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés coopératives à déposer, en même temps que leurs comptes annuels, la liste des actionnaires qui n'ont pas encore entièrement libéré leurs actions, avec l'indication des sommes dont ils sont redevables. Cette obligation n'existait antérieurement que pour les sociétés anonymes.

4 Selon le deuxième alinéa de l'article 2:144, les membres de l'organe d'administration sont personnellement obligés d'exécuter les jugements décrétant les versements. Cela signifie qu'ils sont tenus d'effectuer toutes les diligences nécessaires pour obtenir ces versements, en ce compris éventuellement une assignation en justice contre les récalcitrants. En cas d'inertie de leur part, ils engagent leur responsabilité et peuvent être tenus de dommages-intérêts à l'égard des créanciers de la société.

(*1) D. VAN GERVEN, *Handboek Vennootschappen - Algemeen deel*, 2^e éd., Bruxelles, Intersentia, 2020, n° 324, p. 557.

(*2) P. DE WOLF, « La SRL, une société sans capital mais dotée de règles (strictes) de protection des tiers », in A.-P. ANDRÉ-DUMONT et Th. TILQUIN (dir.), *La société à responsabilité limitée*, Bruxelles, Larcier, 2019, p. 56, n° 32.

(*3) E.-J. NAVEZ et A. NAVEZ, *Le Code des sociétés et des associations*, Bruxelles, Larcier, 2019, n° 248, p. 111.

(*4) H. CULOT, « La société à responsabilité limitée : les principales nouveautés », in E.-J. NAVEZ (dir.), *Le nouveau droit des sociétés et des associations*, Bruxelles, Larcier, 2019, n° 5, p. 54.

II. L'action oblique contre les associés

5 Le dernier alinéa de l'article 2:144 autorise les créanciers, par le mécanisme de l'action oblique, à se substituer à la société pour agir contre les associés. Cette fois, le texte légal vise une action des créanciers contre les associés et non contre la société. Cette action doit être envisagée dans un second temps, si l'action directe contre la société visée à l'alinéa premier de l'article n'a pas été suivie d'effet (*1).

Il faut cependant que les conditions de l'action oblique soient réunies : la créance du créancier doit être exigible à l'encontre de la société et l'action n'est admissible que si la société reste inactive (*2). L'article 2:144 ajoute que la dette de libération des fonds des associés doit elle-même être exigible (*3). Les créanciers à terme en sont donc exclus, contrairement à l'hypothèse visée à l'alinéa 1.

Les paiements doivent être réalisés à la société et non directement au créancier. En effet, dans le cadre de l'action oblique, la demande du créancier de paiement direct à son profit doit être rejetée : il ne fait qu'exercer les droits de son débiteur (*4). Cette disposition n'a cependant pas pour effet de conférer un privilège au créancier (mis à part, le cas échéant, le privilège des frais accomplis pour la conservation de la chose (*5)). Le produit de l'action tombe dans le patrimoine du débiteur (la société) et est soumis au concours des autres créanciers (*6).

L'associé peut opposer au créancier toutes les exceptions qu'il pourrait opposer à la société (*7). Ainsi, s'il est en mesure d'opposer la compensation à la société, il peut également le faire à l'égard du créancier. Il en va de même de la nullité de l'apport.

Si, durant la procédure introduite par le créancier, la société forme elle-même une demande de libération des apports contre ses associés, la demande du créancier doit alors

(*1) Comm. Ypres, 9 octobre 2000, *J.D.S.C.*, 2003 (sommaire), p. 20, note GILCART ; *R.W.*, 2001-2002, p. 894 ; P. BOSSARD, « L'action oblique dans le Code des sociétés et des associations », *Pli jur.*, 2019/50, p. 22, n° 12.

(*2) P. WERY, *Droit des obligations*, vol. 1, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 2021, n° 846 et s., pp. 880 et s. ; P. VAN OMMESLAGHE, in DE PAGE, *Traité de droit civil belge, Tome II – Les obligations*, Bruxelles, Bruylant, 2013, n° 1525.

(*3) Cass., 4 mars 1887, *Pas.*, 1887, I, p. 119, concl. Proc. gén. MESDACH DE TER KIELE ; S. GILCART, « Action oblique et actions directes en droit des sociétés : l'exemple original de l'article 199 du nouveau Code », *J.D.S.C.*, 2003, p. 21 ; S. GILCART, « La faillite et les aléas de la libération du capital », *J.D.S.C.*, 2003, p. 35 ; M. WYCKAERT, « Volstortingsplicht en oprichtersaansprakelijkheid : hemelsbreed verschillende verplichtingen », *T.R.V.*, 1992, p. 324 ; M.A. DELVAUX, « Quelques réflexions sur l'article 199 du Code des sociétés », *J.D.S.C.*, 2010, p. 101.

(*4) P. WERY, *Droit des obligations*, vol. 1, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 2021, n° 855, p. 884 ; P. VAN OMMESLAGHE, in DE PAGE, *Traité de droit civil belge, Tome II – Les obligations*, Bruxelles, Bruylant, 2013, n° 1528.

(*5) P. VAN OMMESLAGHE, in DE PAGE, *Traité de droit civil belge, Tome II – Les obligations*, Bruxelles, Bruylant, 2013, n° 1528.

(*6) Liège, 15 juin 1995, *R.R.D.*, 1995, p. 292, note WÉRY ; Bruxelles, 5 décembre 1991, *J.L.M.B.*, 1993, p. 74, note J.F.

(*7) P. WERY, *Droit des obligations*, vol. 1, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 2021, n° 856, p. 884 ; P. VAN OMMESLAGHE, in DE PAGE, *Traité de droit civil belge, Tome II – Les obligations*, Bruxelles, Bruylant, 2013, n° 1527.

être rejetée. Le créancier ne peut toutefois être considéré comme une partie succombante et ne doit pas être condamné aux dépens (*1).

6 En cas de faillite, les créanciers perdent le droit d'invoquer l'article 2:144. Seul le curateur, en sa qualité de représentant de la masse des créanciers, dispose encore du droit d'agir contre les associés qui n'ont pas intégralement libéré leurs actions (*2). Il agit cependant en une double qualité, car il représente également les organes sociaux dessaisis, qui peuvent aussi décréter des appels de fonds.

III. En résumé

7 L'excellent tableau établi par S. Gilcart (*3) est certainement le meilleur résumé du contenu de cet article.

	Article 2:144 CSA (ancien art. 199 C. soc.)
Alinéa 1 ^{er}	1^{re} phrase = action en décrètement – Action directe – Des créanciers contre la société – Conservatoire – Individuelle – Créances exigibles ou à terme – Action préparatoire à l'action oblique de l'alinéa 3 – But : versement dans les caisses sociales 2^e phrase = remboursement par la société – Effet : désintéressement des créanciers et fin de l'instance
Alinéa 2	Mise à exécution du jugement par les organes sociaux <i>Sanction</i> : responsabilité administrateurs/gérants <i>Conséquence</i> : créanciers recourent à l'action oblique (al. 3)
Alinéa 3	Action oblique, indirecte ou subrogatoire – Des créanciers contre les associés – En lieu et place de la société défaillante – Exécutoire – Créances exigibles – Versements exigibles (statuts, décisions sociales, décrètement judiciaire – voir al. 1^{er}) – Versement dans les caisses sociales

(*1) Cass., 21 janvier 2011, *Pas.*, 2011, p. 239 ; Gand, 12 juin 2017, *T.G.R.*, 2017/4, p. 275.

(*2) P. WERY, *Droit des obligations*, vol. 1, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 2021, n° 848, p. 881 ; P. VAN OMMESLAGHE, in DE PAGE, *Traité de droit civil belge, Tome II – Les obligations*, Bruxelles, Bruylant, 2013, n° 1526 ; S. GILCART, « La faillite et les aléas de la libération du capital », *J.D.S.C.*, 2003, p. 35 ; M. WYCKAERT, « Volstortingsplicht en oprichtersaansprakelijkheid : hemelsbreed verschillende verplichtingen », *T.R.V.*, 1992, p. 324 ; Liège, 1^{er} mars 1939, *Rev. prat. soc.*, 1939, p. 303, note ; Anvers, 14 avril 1992, *T.R.V.*, 1992, p. 322 ; Comm. Louvain, 2 mai 2002, *J.D.S.C.*, 2003, p. 33, note GILCART ; *T.R.V.*, 2002, p. 529.

(*3) S. GILCART, « Action oblique et actions directes en droit des sociétés : l'exemple original de l'article 199 du nouveau Code », *J.D.S.C.*, 2003, pp. 21 et s.

2:145. Les articles 5, 6, 7 et 8 du décret du 20 juillet 1831 sur la presse sont applicables aux imputations dirigées contre les membres d'un organe d'administration et commissaires des sociétés à responsabilité limitée, des sociétés coopératives, des sociétés anonymes, des sociétés européennes et des sociétés coopératives européennes.

Commentaire de l'article 2:145 du Code des sociétés et des associations

Auteur : Dominique MOUGENOT

Mise à jour : 1^{er} septembre 2022

JURISPRUDENCE IMPORTANTE

Cass., 30 octobre 1911, *Pas.*, 1911, I, p. 524.

Cass., 19 décembre 1938, *Rev. dr. pén. crim.*, 1939, p. 426.

Cass., 7 octobre 2020, R.G. P.19.0644.F, *A.P.T.*, 2021 (sommaire), p. 579 ; *A.M.*, 2020, p. 338, concl. DE KOSTER ; *J.L.M.B.*, 2020, p. 1817 ; *Rev. dr. pén. crim.*, 2021, p. 796, note BERRENDORF et WERDING ; *R.D.T.I.*, 2020, p. 93, concl. DE KOSTER, note ENGLEBERT.

DOCTRINE IMPORTANTE

DE BAUW, F., « Les dispositions pénales des lois coordonnées sur les sociétés commerciales », in *Le droit des affaires en évolution – l'entreprise face au droit pénal*, Bruxelles, Kluwer – Bruylant, 1995, p. 83.

DE NAUW, A. et KUTY, F., *Manuel de droit pénal spécial*, Liège, Wolters Kluwer Belgium, 2018, pp. 588 et s.

LAMBERT, P., « Calomnie », *Postal Memorialis*. Lexique du droit pénal et des lois spéciales, Liège, Wolters Kluwer Belgium, 2017, C 40/01 – C 40/22.

LORENT, A., « Atteintes portées à l'honneur ou à la considération des personnes », in *Droit pénal et procédure pénale*, Malines, Wolters Kluwer Belgium, 2005.

MAGNIEN, P., « Les atteintes à l'honneur », in BEERNAERT, M.-A. *et al.* (dir.), *Les infractions – Volume 2 – Les infractions contre les personnes*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2020, pp. 989-1056.

SCREVENS, R. et MEEUS, A., « Crimes et délits contre les personnes », *Novelles de droit pénal*, t. IV, Bruxelles, Larcier, 1989, n° 7210 et s.

R.P.D.B., t. III, v^o « Diffamation, calomnie, divulgation méchante », Bruxelles, Bruylant, 1949, n^o 123 et s. et (J. POUPART), *R.P.D.B.*, compl. III, 1969, pp. 737 et s.

COMMENTAIRE

Structure

- I. Atteintes à l'honneur – Principes
- II. Atteintes à l'honneur d'administrateurs et commissaires de sociétés

1 Cet article est la transposition de l'article 200 du Code des sociétés, lui-même inspiré par l'article 211 L.C.S.

I. Atteintes à l'honneur – Principes

2 De manière générale, les atteintes à l'honneur (calomnie et diffamation) sont régies par les articles 443 et suivants du Code pénal.

Les calomnies et diffamations dirigées contre les agents et fonctionnaires publics sont soumises à un régime particulier. En effet, en principe, l'auteur d'affirmations calomnieuses ou diffamatoires relatives à des faits de la vie privée n'est autorisé à en rapporter la preuve que par acte authentique ou jugement (art. 447, al. 2, C. pén.). En revanche, selon l'alinéa premier de l'article 447 du Code pénal, le prévenu d'un délit de calomnie ou de diffamation contre toute personne ayant agi dans un caractère public est admis à rapporter la preuve des faits qu'il allègue par tous modes de preuve (et donc pas uniquement par acte authentique ou par jugement). S'il triomphe dans cette preuve, il échappe à toute condamnation.

Le décret du 20 juillet 1831 sur la presse fait une application de ce principe général au cas particulier des calomnies et diffamations réalisées par voie de presse, tout en prévoyant une très courte prescription (trois mois). L'article 5 de ce décret dispose que : « (1) le prévenu d'un délit de calomnie pour imputations dirigées, à raison de faits relatifs à leurs fonctions, contre les dépositaires ou agents de l'autorité ou contre toute personne ayant agi dans un caractère public, sera admis à faire, par toutes les voies ordinaires, la preuve des faits imputés, sauf la preuve contraire par les mêmes voies. »

II. Atteintes à l'honneur d'administrateurs et commissaires de sociétés

3 L'article 2:145 du Code des sociétés et des associations étend aux calomnies et diffamations dirigées contre les administrateurs et commissaires de certaines sociétés

le régime spécifique de la calomnie ou diffamation par voie de presse contre les agents et fonctionnaires publics. Le législateur a voulu reconnaître à toute personne le droit de dire par voie de presse tout ce qu'elle sait sur la mauvaise gestion d'une société, à charge pour elle de rapporter la preuve de ses critiques. Le but de la loi a été de faciliter le contrôle des associés et actionnaires et du public sur l'administration des sociétés. Les accusations paraissant calomnieuses ou diffamatoires à l'égard des organes de sociétés pourront donc être prouvées par tout mode de preuve. Cette disposition ne vise pas tous faits généralement quelconques mais uniquement ceux qui se rapportent à la gestion sociale. Comme elle est dérogoratoire au droit commun, elle est de stricte interprétation et ne peut être appliquée à d'autres fonctions que celles citées dans la loi (*1).

4 On peut noter que le CSA fait référence au décret du 20 juillet 1831 sur la presse et non aux dispositions de l'article 447, al. 1, C. pén., qui réglementent de manière plus générale la calomnie et la diffamation à l'égard des agents et fonctionnaires publics. On peut donc en déduire que l'infraction visée par le CSA n'est pas toute forme généralement quelconque de calomnie ou diffamation. Elle suppose que la déclaration calomnieuse ou diffamatoire se coule dans les formes du délit de presse. « Le délit de presse est l'atteinte portée aux droits soit de la société, soit d'un citoyen, par l'expression d'une pensée ou d'une opinion délictueuse dans un écrit imprimé ou numérique, qui a été diffusé dans le public » (*2). De simples accusations verbales proférées en public ne suffiraient dès lors pas (*3). En revanche, des accusations calomnieuses sur les réseaux sociaux pourraient être visées (*4).

Par ailleurs, le décret du 20 juillet 1831 a mis sur pied une prescription particulière très courte de trois mois. Ce délai ne s'applique pas en matière de sociétés. En effet, l'article 2:145 ne renvoie pas à l'article 12 du décret, qui institue cette courte prescription (*5). Les calomnies contre les organes dirigeants des sociétés sont donc soumises au délai de prescription de droit commun des délits, soit cinq ans. C'est logique : la courte prescription des délits de presse se justifie par le caractère particulier de

(*1) A. LORENT, « Atteintes portées à l'honneur ou à la considération des personnes », in *Droit pénal et procédure pénale*, Malines, Wolters Kluwer Belgium, 2005, n° 84, p. 45.

(*2) Cass., 7 octobre 2020, R.G. P.19.0644.F, A.P.T., 2021 (sommaire), p. 579 ; A.M., 2020, p. 338, concl. DE KOSTER ; J.L.M.B., 2020, p. 1817 ; Rev. dr. pén. crim., 2021, p. 796, note BERRENDORF et WERDING ; R.D.T.I., 2020, p. 93, concl. DE KOSTER, note ENGLEBERT. Voir aussi : A. DE NAUW et F. KUTY, *Manuel de droit pénal spécial*, Liège, Wolters Kluwer Belgium, 2018, n° 911, p. 632 ; F. JONGEN et A. STROWEL, *Droit des médias et de la communication*, Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 709 et s.

(*3) J. ENGLEBERT, « Quand y a-t-il 'délit de presse' au regard de l'exigence de publicité ? », A.M., 2007/1-2, pp. 162-163.

(*4) F. ERNOTTE, *Droit des réseaux sociaux*, Bruxelles, Larcier, 2021, n° 679, p. 193 et n° 789, p. 217.

(*5) P. MAGNIEN, « Les atteintes à l'honneur » in M.-A. BEERNAERT et al. (dir.), *Les infractions – Volume 2 – Les infractions contre les personnes*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2020, p. 1021 ; A. LORENT, « Atteintes portées à l'honneur ou à la considération des personnes », in *Droit pénal et procédure pénale*, Malines, Wolters Kluwer Belgium, 2005, n° 232, p. 98.

l'activité des journalistes, dont la liberté de parole pourrait être entravée par un délai de prescription trop long (*1). Il n'y avait donc aucun motif pour étendre cette prescription spécifique aux administrateurs et commissaires de société.

En ce qui concerne la détermination des conditions et le régime juridique des infractions de calomnie et diffamation, je renvoie le lecteur intéressé aux commentaires de droit pénal (voir les références citées en début de commentaire).

(*1) E. WÉRY, « Observations », *J.T.*, 2002/6, p. 116-117 ; S. HOEBEKE et B. MOUFFE, *Droit de la presse*, Limal, Anthémis, 2012, p. 737, n° 1015.

Titre 5. Du capital

Chapitre 1^{er}. Augmentation du capital

Section 1^{re}. Dispositions communes

7:177. L'augmentation du capital nécessite une modification des statuts, le cas échéant, en application de l'article 7:155. Une augmentation de capital peut également être décidée par l'organe d'administration dans les limites du capital autorisé.

Il en est de même pour l'émission d'obligations convertibles ou de droits de souscription.

Les actions émises doivent être intégralement et, nonobstant toute disposition contraire, inconditionnellement souscrites.

Commentaire de l'article 7:177 du Code des sociétés et des associations

Auteurs : Laurent ROBERT et Valérie DEMEUR

Mise à jour : 1^{er} juillet 2022

DOCTRINE IMPORTANTE

BRAECKMANS, H. et HOUBEN, R., *Handboek vennootschapsrecht*, 2^e éd., Anvers, Intersentia, 2021.

CAPIAU, P. et VOS, R., « Artikel 7:155 WVV over soortvorming : een venture capital-perspectief », *R.P.S.-T.R.V.*, 2022/2, pp. 67-80.

DE CORDT, Y. (coord.), *Société anonyme*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2021, pp. 605-638.

FYON, M. et POKORNY, V., « Les actions sans droit de vote et les parts bénéficiaires à l'ère du CSA », *R.P.S.-T.R.V.*, 2021/1, pp. 20-51.

GORET, H., « Het toegestaan kapitaal : een nuttige handleiding », *Not. Fisc. Maand.*, 2018/3, pp. 54-63.

LAMBRECHT, P. et DE PIERPONT, G., « Les modifications du capital dans la SA », *Guide juridique de l'entreprise : traité théorique et pratique*, livre 46.3, 2^e éd., Diegem, Kluwer, 2012, pp. 11-46.

WILLERMAIN, D., « Les actions et le capital dans la société anonyme : réexamen de thèmes classiques à la lumière du CSA », *R.P.S.-T.R.V.*, 2020/2, pp. 125-169.

COMMENTAIRE

Structure

- I. Origines et présentation de l'article
- II. Assemblée générale des actionnaires
 - A. Décision et réalisation de l'augmentation de capital
 - B. Règles de quorum et majorité
 - C. Règles de forme
- III. Organe d'administration
 - A. Principe et distinction
 - B. Règles de forme et de majorité
- IV. Souscription intégrale et inconditionnelle
- V. Titulaires de droits de souscription

I. Origines et présentation de l'article

1 Augmenter le capital d'une société revient « à tracer une ligne d'arrêt plus élevée dans l'actif social en dessous de laquelle on ne distribuera pas de dividendes » (*1). La fonction première du capital, notamment consacrée à l'article 7:212 du Code des sociétés et des associations, est en effet de garantir la consistance du patrimoine social en limitant le pouvoir des actionnaires de se répartir l'actif de la société sans considération pour ses éventuels créanciers propres. Les augmentations de capital des sociétés anonymes, quelles que soient leur nature et leurs modalités, sont régies par un socle de règles communes inscrites aux articles 7:177 et suivants du Code des sociétés et des associations.

2 Ses deux premiers alinéas correspondent à l'article 581 de l'ancien Code des sociétés, lequel reprenait déjà en substance les dispositions des articles 33*bis*, § 1^{er} et § 2 et 101*ter*, § 1^{er}, des lois sur les sociétés commerciales coordonnées le 30 novembre 1935. Le troisième alinéa de l'article 7:177 étend quant à lui aux opérations d'augmentation de capital l'exigence selon laquelle toute souscription doit être intégrale et inconditionnelle, tel qu'elle résultait déjà de l'article 441 de l'ancien Code des sociétés – qui ne visait toutefois expressément que les souscriptions réalisées à l'occasion de la constitution de la société.

(*1) Y. DE CORDT (coord.), *Société anonyme*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2021, p. 605, n° 687.

3 La disposition examinée s'applique également aux émissions d'obligations convertibles et de droits de souscription, dans la mesure où la conversion des obligations convertibles et l'exercice des droits de souscription donnent lieu à une augmentation de capital proprement dite. L'émission de ce type d'instruments entraîne ainsi, le cas échéant, une augmentation de capital différée (*1).

II. Assemblée générale des actionnaires

A. DÉCISION ET RÉALISATION DE L'AUGMENTATION DE CAPITAL

4 Toute augmentation du capital d'une société anonyme nécessite une modification des statuts et, partant, relève en principe de la seule compétence de l'assemblée générale des actionnaires (*2). L'article 7:153 réserve en effet à l'assemblée générale le droit d'apporter des modifications aux statuts – sous réserve néanmoins d'un certain nombre d'exceptions.

5 Conformément aux articles 7:185 et 7:186 du Code des sociétés et des associations, une distinction doit cependant être faite entre la décision d'augmentation du capital et sa réalisation proprement dite, celle-ci n'étant pas nécessairement concomitante à celle-là. Si tant la décision d'augmentation du capital que la constatation de sa réalisation nécessitent un acte authentique (*3), la modification des statuts de la société ne s'impose que lorsque l'augmentation de capital a effectivement lieu. Il n'en reste pas moins qu'en principe, c'est à l'assemblée générale des actionnaires qu'il appartient de décider d'une augmentation de capital – tandis que l'organe d'administration en constatera la réalisation ultérieure, le cas échéant.

B. RÈGLES DE QUORUM ET MAJORITÉ

6 Conformément à l'article 7:153, l'assemblée générale ne peut valablement délibérer et statuer sur une augmentation de capital que lorsque les actionnaires qui y sont présents ou représentés représentent la moitié au moins du capital social, étant entendu que les actions dont le droit de vote a été suspendu et les actions ou parts bénéficiaires sans droit de vote sont en principe exclues du calcul de ce quorum. Si le quorum n'est pas atteint lors d'une première assemblée générale (dite de carence), une seconde assemblée générale ayant le même ordre du jour peut être convoquée afin de délibérer et

(*1) Y. DE CORDT (coord.), *Société anonyme*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2021, p. 621, n° 716.

(*2) D. WILLERMAIN, « Les actions et le capital dans la société anonyme : réexamen de thèmes classiques à la lumière du CSA », *R.P.S.-T.R.V.*, 2020/2, p. 141, n° 25.

(*3) Dans les deux cas, l'acte sera par ailleurs déposé au greffe du tribunal de l'entreprise compétent et publié aux Annexes du *Moniteur belge* conformément aux articles 2:8 et 2:14, 4^o du Code des sociétés et des associations.

statuer valablement sur les questions figurant à cet ordre du jour, quelle que soit la portion du capital qui y est représentée (*1).

7 L'augmentation de capital proposée doit en outre réunir les trois quarts des voix exprimées par les actionnaires présents ou représentés à l'assemblée générale, sans qu'il soit tenu compte des abstentions dans le numérateur ou dans le dénominateur. Les voix des actionnaires qui ne sont ni présents, ni représentés à l'assemblée générale ne sont donc pas prises en compte dans le calcul de la majorité requise. Conformément à l'article 7:140, il n'est pas davantage tenu compte des actions dont le droit de vote a été suspendu et des actions ou parts bénéficiaires sans droit de vote, hormis les cas où la loi ou les statuts leur reconnaissent un droit de vote.

8 Lorsqu'une augmentation de capital entraînerait une modification des droits attachés à une ou plusieurs classes d'actions, l'application de l'article 7:155 implique que la décision soit adoptée au sein de chaque classe d'actions ou parts bénéficiaires dans le respect des conditions de quorum et de majorité visées à l'article 7:153. L'assemblée générale ne peut donc valablement délibérer et statuer sur une proposition d'augmentation de capital que si la moitié au moins des détenteurs d'actions ou parts bénéficiaires de chaque classe sont présents ou représentés (sans préjudice de la possibilité d'organiser une assemblée générale de carence si ce quorum fait défaut au sein d'une ou plusieurs classes) et la proposition n'est adoptée que si elle rassemble au moins les trois quarts des voix exprimées au sein de chacune de ces classes. Si les actions sont divisées en coupures et que l'article 7:155 trouve à s'appliquer, chaque porteur de coupures doit être admis à la délibération et au vote dans la classe concernée, même s'il ne réunit pas suffisamment de coupures pour se voir reconnaître les mêmes droits que l'action unitaire conformément à l'article 7:49. Dans cette hypothèse, les voix sont comptées sur la base d'une voix à la coupure la plus faible au sein de la classe d'actions concernée.

9 Enfin, les parts bénéficiaires donnent droit à une voix par titre nonobstant toute disposition statutaire contraire. Conformément à l'article 7:140, les conditions de quorum et de majorité requises par l'article 7:153 doivent dès lors être réunies au sein de la classe distincte constituée par ces titres.

C. RÈGLES DE FORME

10 Sur un plan formel, la décision d'augmenter le capital de la société anonyme ne peut être adoptée dans le cadre d'une assemblée générale écrite tenue conformément aux dispositions de l'article 7:133 du Code des sociétés et des associations. En effet, cette disposition exclut expressément un tel mode de décision lorsque la proposition

(*1) Y. DE CORDT (coord.), *Société anonyme*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2021, p. 608, n° 696.

soumise au vote des actionnaires implique une modification des statuts de la société. Force est toutefois de relever que la décision d'augmenter le capital ne nécessite pas toujours, en tant que telle, une modification des statuts. Il se peut en effet que la décision d'augmenter le capital de la société ne soit pas concomitante à la réalisation effective de l'augmentation ainsi décidée. Dans cette hypothèse, il résulte de l'article 7:186 que les statuts de la société ne seront modifiés que lors de la réalisation effective de l'augmentation de capital, telle qu'elle sera constatée dans un acte authentique établi à la demande de l'organe d'administration et sans nouvelle convocation des actionnaires.

11 À cet égard, il est intéressant de constater que dans sa mouture initiale issue de la loi du 23 mars 2019 introduisant le Code des sociétés et des associations et portant des dispositions diverses, l'article 7:133 excluait le recours à la procédure écrite en ce qui concerne les décisions « *qui doivent être reçues par acte authentique* », visant ainsi toutes les décisions d'augmentation de capital – et ce, qu'elles nécessitent une modification des statuts ou non. L'article 31 de la loi du 20 décembre 2020 portant des dispositions diverses temporaires et structurelles en matière de justice dans le cadre de la lutte contre la propagation du coronavirus Covid-19 a cependant restreint la portée de cette disposition aux seules décisions modifiant les statuts de la société pour des motifs assez curieux. Les travaux préparatoires révèlent en effet que « *[c]ette reformulation est liée à l'instauration de la prise de décision par écrit de l'assemblée générale pour l'ASBL, où, sauf disposition statutaire contraire, les statuts peuvent également être modifiés sous seing privé. La condition précédemment formulée, selon laquelle une prise de décision par écrit de l'assemblée générale est possible uniquement pour les décisions qui ne doivent pas être reçues dans un acte authentique est dès lors trop large pour cette forme légale. Or, pour les sociétés concernées [soit notamment les sociétés anonymes], la modification des statuts est toujours constatée par acte authentique et le souci d'harmoniser les critères sur un plan général explique cette reformulation* » (*1). En d'autres termes, l'article 7:133 du Code des sociétés et des associations a été modifié afin de répondre à une problématique relative aux associations sans but lucratif, auxquelles il ne s'applique pourtant pas, et dans une optique douteuse d'harmonisation des règles générales applicables tant aux sociétés qu'aux associations. Les articles 5:85 (en matière de sociétés à responsabilité limitée) et 6:71 (en matière de sociétés coopératives) ont d'ailleurs subi le même sort.

12 Ceci étant, l'article 7:185 dispose que toute décision d'augmentation du capital doit être constatée par un acte authentique. En tout état de cause, la loi du 25 ventôse an XI contenant organisation du notariat empêche dès lors l'adoption de telles décisions suivant la procédure écrite prévue à l'article 7:133, étant donné qu'elle ne

(*1) Projet de loi portant des dispositions diverses temporaires et structurelles en matière de justice dans le cadre de la lutte contre la propagation du coronavirus Covid-19, *Doc.*, Chambre, 55-1668, p. 17.

permet pas de rencontrer les exigences de l'authenticité (*1). En définitive, il peut s'en déduire que la modification de l'article 7:133 n'a en rien modifié les règles applicables à la tenue des assemblées générales des sociétés anonymes.

13 Enfin, l'augmentation de capital proposée doit avoir été indiquée de manière précise dans la convocation adressée aux actionnaires, conformément à l'article 7:153, alinéa 2, du Code des sociétés et des associations. À défaut, la décision de l'assemblée générale sera annulable sur la base de l'article 2:42, 1^o, du Code des sociétés et des associations, pour autant cependant que le demandeur en nullité démontre que l'irrégularité dénoncée a pu avoir une influence sur la délibération ou le vote ou a été commise dans une intention frauduleuse.

III. Organe d'administration

A. PRINCIPE ET DISTINCTION

14 L'article 7:177, alinéa 1^{er}, du Code des sociétés et des associations rappelle qu'une augmentation de capital peut également être décidée par l'organe d'administration dans les limites du capital autorisé. Ce régime particulier d'augmentation de capital fait l'objet des articles 7:198 et suivants, dont l'examen déborderait du cadre du présent commentaire. Il peut toutefois être relevé que l'essentiel des dispositions légales régissant les augmentations de capital – à l'exception de l'article 7:192, alinéa 2 – reste applicable à l'augmentation de capital décidée par l'organe d'administration dans le cadre du capital autorisé.

15 Si la décision d'augmenter le capital de la société appartient dans cette hypothèse à l'organe d'administration, ce dernier n'agit cependant que sur la base d'une autorisation statutaire présupposant une décision de l'assemblée générale des actionnaires, adoptée suivant les règles de quorum et de majorité décrites ci-avant – en ce compris l'article 7:155 lorsque l'autorisation donnée à l'organe d'administration est susceptible d'entraîner une modification des droits attachés à une ou plusieurs classes d'actions (*2). L'autorisation ainsi conférée à l'organe d'administration peut en outre laisser à ce dernier une latitude plus ou moins grande quant aux modalités de l'augmentation de capital (ou des augmentations de capital) qu'il peut mettre en œuvre.

16 Aussi convient-il de distinguer nettement l'augmentation de capital *décidée* par l'organe d'administration dans les limites du capital autorisé de l'augmentation de

(*1) Projet de loi portant des dispositions diverses temporaires et structurelles en matière de justice dans le cadre de la lutte contre la propagation du coronavirus Covid-19, *Doc.*, Chambre, 55-1668, p. 17.

(*2) Y. DE CORDT (coord.), *Société anonyme*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2021, p. 610-615, n^o 702-705.

capital dont la réalisation est simplement *constatée* par l'organe d'administration, en exécution de l'article 7:186 du Code des sociétés et des associations. Ce dernier cas de figure concerne une opération dont le principe a d'ores et déjà été décidé par l'assemblée générale des actionnaires – ou par l'organe d'administration lui-même, dans les limites du capital autorisé – mais dont la concrétisation est différée, soit parce que les souscriptions nécessaires n'ont pas encore été recueillies, soit parce qu'elle dépend de la réalisation d'une condition suspensive ou de l'exercice de certains droits.

B. RÈGLES DE FORME ET DE MAJORITÉ

17 Bien qu'elle nécessite une autorisation statutaire, la décision proprement dite d'augmentation du capital de la société est prise par l'organe d'administration à la majorité simple des voix de ses membres présents ou représentés à la réunion appelée à en décider, sauf disposition contraire des statuts (*1).

18 En ce qui concerne sa forme, même si les articles 7:95, alinéa 2 et 7:113, alinéa 2 prévoient que sous réserve d'une disposition statutaire contraire, les décisions du conseil d'administration ou du conseil de surveillance peuvent être prises par décision unanime de tous leurs membres exprimée par écrit, la lecture conjointe des articles 7:185 et 7:186 du Code des sociétés et des associations et de la loi du 25 ventôse an XI contenant organisation du notariat semble proscrire le recours à la procédure écrite pour l'adoption des décisions d'augmentation de capital sous le régime du capital autorisé (*2). En effet, la décision d'augmentation du capital – fût-elle adoptée par l'organe d'administration dans les limites du capital autorisé – doit toujours être constatée par acte authentique en vertu de l'article 7:185 du Code des sociétés et des associations, excluant ainsi l'application des articles 7:95, alinéa 2 et 7:113, alinéa 2, du même code.

IV. Souscription intégrale et inconditionnelle

19 En vertu de l'article 7:177, alinéa 3, les actions émises par une société anonyme à l'occasion d'une augmentation de capital doivent avoir été intégralement et inconditionnellement souscrites. Au stade de la constitution de la société, l'article 7:4 exige également que le capital de départ soit intégralement et inconditionnellement souscrit par les fondateurs. Cette règle d'ordre public (*3) est destinée à « *assurer, dans l'intérêt des tiers, la souscription ferme et définitive du capital* » (*4) dans son intégralité.

(*1) Y. DE CORDT (coord.), *Société anonyme*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2021, p. 608, n° 697.

(*2) *Contra*, mais sans doute à tort : D. WILLERMAIN, « Les actions et le capital dans la société anonyme : réexamen de thèmes classiques à la lumière du CSA », *R.P.S.-T.R.V.*, 2020/2, p. 150, n° 36.

(*3) Y. DE CORDT (coord.), *Société anonyme*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2021, p. 43, n° 21.

(*4) J. VAN RYN et P. VAN OMMESLAGHE, « Les sociétés commerciales — Examen de jurisprudence (1961-1965) », *R.C.J.B.*, 1967, p. 298, n° 15.

En conséquence, une souscription ne peut être affectée d'aucune condition résolutoire ou suspensive (*1), dès lors que la réalisation de la première ou la non-réalisation de la seconde anéantirait l'engagement du souscripteur et amputerait le capital de la société du même montant.

20 Sur le plan des sanctions, l'article 7:177, alinéa 3 précise que la souscription doit être considérée comme inconditionnelle « *nonobstant toute disposition contraire* ». Il s'en déduit qu'une souscription affectée d'une condition résolutoire ou suspensive reste valable. Seule la condition qui s'y attache doit être écartée dès lors qu'elle s'analyse comme « *une clause contraire qui doit être ignorée et considérée comme non écrite* » (*2). La protection de l'intégrité du capital de la société anonyme est encore renforcée par l'article 7:205, 1^o, du Code des sociétés et des associations, en vertu duquel les membres de l'organe d'administration de la société sont de plein droit réputés souscripteurs de toute la partie d'une augmentation de capital qui ne serait pas valablement souscrite. Le cas échéant, leur responsabilité à cet égard est solidaire. Il faut également préciser que les administrateurs dont la responsabilité est engagée sur la base de l'article 7:205, 1^o, ne bénéficient pas des limitations de responsabilité prévues à l'article 2:57 du Code des sociétés et des associations dès lors qu'il s'agit d'une obligation de garantie dans leur chef (*3).

21 Encore la portée de la règle doit-elle toutefois être bien comprise. Tout d'abord, il peut arriver qu'une augmentation de capital annoncée ne soit pas entièrement souscrite, à défaut d'avoir attiré des investissements suffisants. Dans un tel cas de figure, l'article 7:181 prévoit que le capital n'est augmenté à concurrence des souscriptions recueillies que si les conditions de l'émission l'envisagent expressément (*4). À défaut d'une telle indication contenue dans les conditions de l'émission, les souscriptions recueillies demeurent sans effet, l'augmentation de capital est abandonnée et aucune action nouvelle n'est émise par la société. Les engagements des souscripteurs n'en sont pas pour autant conditionnels au sens du droit civil. En réalité, c'est la décision d'augmentation de capital elle-même qui est présumée (sauf indication contraire dans les termes de l'émission) soumise à la condition suspensive que les souscriptions recueillies couvrent l'intégralité du montant de l'augmentation annoncée. Plus généralement, il ne semble pas interdit à l'assemblée générale des actionnaires de décider

(*1) S. GILCART, « A propos du caractère inconditionnel de la souscription », *J.D.S.C.*, 2003, p. 18, note sous Liège, 14 octobre 2002, *J.D.S.C.*, 2003, p. 15 ; Y. DE CORDT (coord.), *Société anonyme*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2021, p. 54, n^o 40.

(*2) M. COIPEL, *Rép. not. (f. mob.)*, t. XII, *Le droit commercial et économique*, livre 4, Bruxelles, Larcier, 2008, n^o 39 ; S. GILCART, « A propos du caractère inconditionnel de la souscription », *J.D.S.C.*, 2003, p. 19, note sous Liège, 14 octobre 2002, *J.D.S.C.*, 2003, p. 15.

(*3) Projet de loi introduisant le Code des sociétés et des associations et portant des dispositions diverses, *Doc.*, Chambre, 54-3119/001, p. 265.

(*4) Y. DE CORDT (coord.), *Société anonyme*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2021, p. 606, n^o 691.

d'augmenter son capital sous une condition suspensive (*1), auquel cas l'opération est réalisée en deux temps conformément à l'article 7:186 du Code des sociétés et des associations.

22 Enfin, si le capital doit être intégralement et inconditionnellement souscrit, il ne doit pas nécessairement être libéré dans sa totalité dès sa souscription. À cet égard, l'article 7:183 précise que les apports en numéraire et en nature doivent être libérés d'un quart dès l'origine, et seuls les apports en nature doivent être entièrement libérés dans un délai de cinq ans à dater de la décision d'augmenter le capital.

V. Titulaires de droits de souscription

23 L'article 7:71, alinéa 2, du Code des sociétés et des associations précise qu'en cas d'augmentation du capital par apports en numéraire, les éventuels titulaires de droits de souscription peuvent exercer ceux-ci et éventuellement participer à la nouvelle émission en qualité d'actionnaires dans la mesure où ce droit appartient aux actionnaires existants, sauf disposition contraire expressément prévue dans les conditions d'émission.

24 Cette disposition, qui reprend l'article 501, alinéa 2, de l'ancien Code des sociétés, offre aux titulaires de droits de souscription la possibilité d'exercer ceux-ci de manière anticipée, dans l'hypothèse où une augmentation de capital par apports en numéraire interviendrait en dehors de la période d'exercice prévue par les conditions d'émission (*2). La disposition nouvelle s'écarte cependant du droit ancien (*3), dans la mesure où il est désormais permis aux conditions d'émission des droits de souscription – mais non aux statuts (*4) – d'écarter ce droit d'exercice anticipé.

25 L'article 7:71, alinéa 2 ne s'applique que dans la mesure où l'augmentation de capital est ouverte aux actionnaires existants. À cet égard, les travaux préparatoires précisent utilement que « *toute augmentation de capital réalisée dans le cadre du droit de préférence 'légal' prévu par l'article 7:188 entraîne l'application de l'alinéa 2. Il en va de même pour l'augmentation de capital avec droit de préférence 'contractuel' ou 'synthétique'. Ensuite, dans l'hypothèse d'une augmentation de capital par apport en numéraire sans droit de préférence mais avec un droit de priorité ou un droit d'allocation prioritaire octroyé aux actionnaires existants, l'alinéa 2 est*

(*1) M. WYCKAERT, « De notaris kan tellen : een wandeling doorheen de kapitaalbewegingen in de naamloze vennootschap », *M.N.F.*, 2006/9-10, p. 290, n° 16.

(*2) L. LEGEIN, « Quelques questions spéciales de droit des sociétés en rapport avec les opérations d'appel au marché des capitaux », *D.B.F.*, 2008/5, pp. 270-271, n° 59.

(*3) P. HAINAUT-HAMENDE et G RAUCQ, *Rép. not. (f. mob.)*, t.XII, *Le droit commercial et économique*, livre 3/1, Bruxelles, Larcier, 2005, n° 328.

(*4) Projet de loi introduisant le Code des sociétés et des associations et portant des dispositions diverses, *Doc.*, Chambre, 54-3119/001, p. 217.

également d'application. En revanche, lorsqu'il n'y a ni droit de préférence, ni droit de priorité, ni droit d'allocation prioritaire, ni autre mécanisme équivalent, l'alinéa 2 n'est pas d'application » (*1). Le cas échéant, l'organe d'administration devra se montrer attentif aux conséquences de l'exercice anticipé des droits de souscription émis par la société, avant de proposer une augmentation de capital par apports en numéraire aux actionnaires existants de celle-ci.

(*1) Projet de loi introduisant le Code des sociétés et des associations et portant des dispositions diverses, *Doc.*, Chambre, 54-3119/001, p. 218.

7:178. Des actions peuvent être émises en dessous ou au-dessus du pair comptable, ou au pair comptable des actions existantes de la même catégorie, avec ou sans prime d'émission.

Sauf si les statuts ou la décision d'émission d'actions en disposent autrement, le pair comptable de toutes les actions sans valeur nominale de la même classe est égal, qu'elles soient émises au-dessus, en dessous ou au pair comptable des actions de la même classe.

Commentaire de l'article 7:178 du Code des sociétés et des associations

Auteurs : Laurent ROBERT et Valérie DEMEUR

Mise à jour : 1^{er} juillet 2022

DOCTRINE IMPORTANTE

CAPIAU, P. et VOS, R., « Artikel 7:155 WVV over soortvorming : een venture capital-perspectief », *R.P.S.-T.R.V.*, 2022/2, pp. 67-80.

CULOT, H., « La prime d'émission », *Rev. prat. soc.*, 2006, pp. 455-501.

DE CORDT, Y. (coord.), *Société anonyme*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2021, pp. 605-638.

DE FAUX, H., « De fractiewaarde van de aandelen zonder nominale waarde in de N.V. en de praktijk », *T.R.V.*, 1992, pp. 300-301.

POTTIER, E., L'HOMME, T., TU, L.-Y. et VISEUR, G., « Nouveautés en matière de sociétés anonymes et de sociétés cotées », *R.D.C.-T.B.H.*, 2018/9, pp. 1013-1066.

WILLERMAIN, D., « Les actions et le capital dans la société anonyme : réexamen de thèmes classiques à la lumière du CSA », *R.P.S.-T.R.V.*, 2020/2, pp. 125-169.

COMMENTAIRE

Structure

- I. Origine et présentation de l'article
- II. Prix de souscription et valeur intrinsèque des actions
- III. Valeur d'apport et pair comptable des actions
- IV. Prime d'émission
- V. Émission d'actions en dessous du pair comptable (droit ancien)

I. Origine et présentation de l'article

1 L'article 7:178 du Code des sociétés et des associations correspond à l'article 582, alinéa 1^{er}, de l'ancien Code des sociétés, dont le texte est cependant modifié sur plusieurs points. Il trouve son origine dans l'article 33*bis*, § 6, des lois coordonnées sur les sociétés commerciales. En substance, la disposition nouvelle confirme le mode de calcul du pair comptable des actions sans valeur nominale ainsi que la possibilité de s'en écarter.

2 Elle s'éloigne cependant du droit ancien en ce qu'elle permet désormais à l'organe d'administration d'émettre, dans le cadre du capital autorisé, des actions sans valeur nominale en dessous du pair comptable des actions existantes de la même classe. En outre, l'obligation spécifique d'information des actionnaires contenue à l'article 582 de l'ancien Code des sociétés, qui ne s'appliquait qu'en cas d'émission d'actions émises en dessous du pair comptable, est déplacée à l'article 7:179 du Code des sociétés et des associations et étendue à toutes les émissions d'actions nouvelles, qu'elles aient lieu en dessous ou au-dessus du pair comptable, ou au pair comptable des actions existantes.

II. Prix de souscription et valeur intrinsèque des actions

3 Lorsqu'une société anonyme émet des actions nouvelles dans le cadre d'une augmentation de capital, le montant – ou la contre-valeur, dans le cas d'un apport en nature – que le souscripteur s'engage à libérer en contrepartie des actions souscrites correspond généralement à leur valeur économique réelle. En principe, la valeur économique ou intrinsèque d'une action se détermine en divisant le montant de l'actif net de la société, c'est-à-dire essentiellement le total de son actif, déduction faite de ses provisions et dettes, par le nombre total des actions qu'elle a émises. Ainsi déterminée, cette valeur correspond en théorie à la quotité de l'avoir social qui reviendrait au détenteur de chaque action en cas de liquidation du patrimoine de la société.

4 Dans le cas d'une société cotée, la valeur intrinsèque d'une action correspond généralement à son cours de marché, susceptible d'être plus ou moins détaché de la consistance du patrimoine social.

III. Valeur d'apport et pair comptable des actions

5 Une fois déterminé le prix de souscription des actions à émettre dans le cadre d'une augmentation du capital de la société, il appartient encore à cette dernière d'en déterminer l'affectation comptable. La totalité du prix de souscription n'est pas

nécessairement affectée au capital de la société. Celle-ci est en effet libre d'en déterminer la quote-part qui participera effectivement à l'augmentation de capital, étant entendu que le surplus constituera une prime d'émission soumise, le cas échéant, à un traitement comptable distinct du capital social. Dans la rigueur des principes, seul le montant affecté au capital de la société correspond à l'apport du souscripteur et constitue, partant, la valeur d'apport des actions nouvelles.

6 Dans une certaine mesure, la répartition du prix de souscription entre l'apport et la prime d'émission dépend de la question de savoir si les actions nouvelles ont été émises au pair comptable, en dessous du pair comptable ou au-dessus du pair comptable des actions existantes.

7 À cet égard, l'article 7:178 du Code des sociétés et des associations confirme, d'une part, qu'une société anonyme peut émettre des actions en dessous ou au-dessus du pair comptable, ou au pair comptable des actions existantes de la même classe, et d'autre part, que l'émission d'actions nouvelles peut en tous les cas s'accompagner d'une prime d'émission. C'est à la société elle-même qu'il revient de déterminer les paramètres de son augmentation de capital.

8 Le pair comptable des actions sans valeur nominale d'une société anonyme correspond en principe à la fraction du capital social que représente une seule de ces actions. Sauf lorsque les statuts ou la décision d'émission des actions concernées en disposent autrement, le pair comptable d'une action sans valeur nominale s'obtient dès lors en divisant le montant du capital de la société par le nombre d'actions en circulation (*1). Sous réserve de telles dispositions contraires, cette règle s'applique donc tant à l'occasion de la constitution de la société qu'après l'émission de nouvelles actions dans le cadre d'éventuelles augmentations de capital (*2). Au moment de la constitution de la société, le pair comptable des actions souscrites par les fondateurs se confond en principe avec leur valeur économique, puisque la société n'a pour actif social que le montant de son capital. La valeur économique des actions évolue ensuite au gré des pertes et bénéfices générés par les activités de la société, tandis que le pair comptable demeure lié au montant du capital social.

9 Trois hypothèses – utilement énumérées par l'article 7:178 du Code des sociétés et des associations – sont susceptibles de se présenter dans le cadre d'une augmentation de capital. Les actions nouvelles peuvent être émises au pair comptable, en dessous du pair comptable ou au-dessus du pair comptable des actions existantes.

(*1) Projet de loi introduisant le Code des sociétés et des associations et portant des dispositions diverses, *Doc.*, Chambre, 54-3119/001, p. 255 ; J. MALHERBE, Y. DE CORDT, P. LAMBRECHT, P. MALHERBE et H. CULOT, *Droit des sociétés*, Bruxelles, Larcier, 2020, 5^e éd., p. 532, n° 955.

(*2) E. POTTIER, T. L'HOMME, L.-Y. TU et G. VISEUR, « Nouveautés en matière de sociétés anonymes et de sociétés cotées », *R.D.C.-T.B.H.*, 2018/9, p. 1030, n° 67.

10 Si la société émet des actions nouvelles au pair comptable des actions existantes, cela signifie que la valeur d'apport des actions nouvelles, c'est-à-dire la quotité du prix de souscription affectée au capital social, correspond au pair comptable. Dans ce cas de figure, le pair comptable ne fluctue pas, puisque chaque action – ancienne comme nouvelle – représente toujours la même fraction du capital social. Si le prix de souscription s'avère supérieur au pair comptable des actions existantes, l'excédent correspond à une prime d'émission.

11 Si l'émission d'actions nouvelles s'effectue en dessous ou au-dessus du pair comptable des actions en circulation avant l'opération, cela signifie que la valeur d'apport des actions nouvelles diffère du pair comptable. Dans le cas d'une émission d'actions en dessous du pair comptable, la valeur d'apport des actions nouvelles est inférieure au pair comptable des actions existantes. En principe, le pair comptable de toutes les actions est par conséquent modifié à la baisse dès lors que chaque action représentera désormais une fraction moins grande du capital social. À l'inverse, si les actions nouvelles sont émises au-dessus du pair comptable, la quotité du prix de souscription par action participant à l'augmentation de capital est supérieure au pair comptable des actions existantes, de telle sorte que le pair comptable de toutes les actions est modifié à la hausse.

12 L'article 7:178 précise expressément que, sauf disposition contraire des statuts ou de la décision d'émission des actions nouvelles, l'émission de telles actions en dessous ou au-dessus du pair comptable n'entraîne pas la création d'une classe d'actions distincte. Quelle que soit la valeur d'apport des actions nouvelles, le pair comptable de toutes les actions – anciennes et nouvelles – est en principe identique (*1) et elles confèrent toutes des droits identiques, alors même qu'elles ne correspondent pas à des apports de même valeur. Dans ce cas de figure, les travaux préparatoires précisent expressément « *qu'il n'y a pas lieu d'appliquer la procédure relative à la modification des droits attachés aux titres [...] dans la mesure où toutes les actions existantes subissent de manière égale les conséquences de l'opération* » (*2). Comme indiqué ci-avant, l'opération implique seulement un ajustement du pair comptable de toutes les actions appartenant à la même classe que les actions nouvellement émises.

13 Les statuts ou la décision d'émission des actions nouvelles peuvent cependant déroger à ce mode de calcul et prévoir que le pair comptable des actions nouvelles – et elles seules – sera calculé sur la base de leur valeur d'apport, tandis que le pair comptable des actions existantes restera inchangé. Dans cette hypothèse, une nouvelle

(*1) D. WILLERMAIN, « Les actions et le capital dans la société anonyme : réexamen de thèmes classiques à la lumière du CSA », *R.P.S.-T.R.V.*, 2020/2, pp. 143-144, n° 28.

(*2) Projet de loi introduisant le Code des sociétés et des associations et portant des dispositions diverses, *Doc.*, Chambre, 54-3119/001, p. 255.

classe d’actions est créée, avec toutes les conséquences que ceci emporte – notamment sous l’angle de l’article 7:155 du Code des sociétés et des associations (*1).

IV. Prime d’émission

14 En toute hypothèse, la quote-part du prix de souscription qui n’est pas affectée au capital correspond à une prime d’émission. Ni le Code des sociétés et des associations, ni l’arrêté royal du 29 avril 2019 portant exécution dudit code ne précisent ce que recouvre le concept de prime d’émission. La Commission des normes comptables le définit seulement comme « *la différence entre le prix d’émission d’actions nouvelles et la partie de ce prix qui est portée au capital* » (*2).

15 Lorsque le prix d’émission des actions à émettre dans le cadre d’une augmentation de capital est fixé au pair comptable ou à la valeur nominale des actions déjà en circulation au moment de l’opération, la technique de la prime d’émission permet d’intégrer dans le prix d’émission la différence éventuelle entre ce pair comptable ou cette valeur nominale, d’une part, et la valeur économique réelle des actions existantes, d’autre part. Concrètement, la prime d’émission correspond ainsi à « *la partie supplémentaire du prix de souscription que les actionnaires souscrivant des actions nouvelles lors d’une augmentation de capital paient à la société par rapport à la valeur nominale ou le pair comptable (valeur fractionnelle) des actions anciennes* » (*3).

16 Le même principe peut d’ailleurs être appliqué lorsque l’émission des actions nouvelles a lieu en dessous ou au-dessus du pair comptable des actions existantes : dès lors que la quote-part du prix de souscription qui sera affectée au capital social est inférieure à la valeur économique réelle des actions existantes, une prime d’émission se justifie. En effet, dès lors que le prix d’émission des actions à émettre dans le cadre d’une augmentation de capital est inférieur à la valeur réelle des actions existantes, les nouveaux actionnaires acquièrent « *gratuitement une quote-part éventuelle des réserves constituées depuis la création de la société ; ils s’enrichiront ainsi au détriment des actionnaires anciens* » (*4) puisque ces derniers subiront sans contrepartie une dilution de leur propre quote-part de ces réserves, pourtant constituées avant l’opération d’augmentation de capital (*5). La technique de la prime d’émission permet d’y

(*1) Lorsqu’une nouvelle classe d’actions est créée, il y a lieu d’appliquer la procédure prévue à l’article 7:155, même si les actions n’étaient pas divisées en classes auparavant (P. CAPIAU et R. VOS, « Artikel 7:155 WVV over soortvorming : een venture capital-perspectief », *R.P.S.-T.R.V.*, 2022/2, p. 72).

(*2) Avis CNC 2021/01 – Prime d’émission, 30 septembre 2020.

(*3) P. HAMER et B. DAVID, « Art. 586 - 587 C. soc. », *Commentaire systématique du Code des sociétés*, 1^{er} octobre 2002, f. mob.

(*4) J. VAN RYN, *Principes de droit commercial*, t. I, 1^{re} éd., Bruxelles, Bruylant, 1954, p. 495, n° 829.

(*5) À cet égard, il importe peu que l’émission des actions nouvelles ait lieu en dessous ou au-dessus du pair comptable des actions existantes : seule est pertinente la question de savoir si le prix d’émission des actions nouvelles est au moins égal à la valeur intrinsèque des actions existantes.

remédier sans avoir recours à la création d'une classe d'actions distincte, les actionnaires entrants étant simplement invités à compléter le montant de leurs apports en versant à la société une prime destinée à « payer » la quote-part des réserves existantes à laquelle les actions nouvellement émises leur confèrent un droit éventuel. La prime d'émission constitue ainsi un « *droit d'entrée pour les nouveaux actionnaires, qui s'ajoute à la somme correspondant au pair comptable des actions émises* » (*1).

17 Le montant de la prime d'émission requise pour chaque nouvelle action peut être déterminé, en creux, en soustrayant la valeur intrinsèque d'une action existante du pair comptable des actions nouvelles. Ce montant peut cependant être librement déterminé par la société et il n'est pas rare, en pratique, que la prime d'émission proposée soit moins élevée « *afin de rendre l'augmentation de capital suffisamment attrayante* » (*2). Il arrive également, au contraire, que le montant de la prime d'émission soit supérieur – parfois largement – à la différence entre le pair comptable des actions nouvelles et la valeur intrinsèque des actions existantes, notamment afin de refléter le *goodwill* de la société, c'est-à-dire sa valeur de marché compte tenu de ses perspectives futures.

18 Dès lors que la prime d'émission ne participe pas à la formation du capital, son montant présente aussi un enjeu sous l'angle de la procédure de sonnette d'alarme prévue par l'article 7:228 du Code des sociétés et des associations. En vertu de celui-ci, il incombe à l'organe d'administration de convoquer une assemblée générale lorsque, par suite de perte, l'actif net (*3) est réduit à un montant inférieur à la moitié du capital, et à nouveau lorsque l'actif net est réduit à un montant inférieur au quart du capital. Dans les deux cas, la convocation d'une assemblée générale est destinée à permettre aux actionnaires de se prononcer sur l'éventuelle dissolution de la société ou la poursuite de ses activités. Le montant du capital social est déterminant pour l'application de la procédure de sonnette d'alarme : toutes choses égales par ailleurs, un capital social plus élevé accroît le risque que les pertes réduisent l'actif net sous l'un des seuils visés à l'article 7:228 – tandis qu'à l'inverse, un capital plus faible offre davantage de marge de manœuvre à l'organe d'administration lorsque des pertes entament l'actif net de la société. Dans le cadre d'une augmentation de capital, la société peut donc avoir intérêt à affecter une plus grande proportion du montant des apports à la prime d'émission, afin de maintenir son capital à un niveau moins élevé et réduire ainsi le risque de tomber sous le coup de l'article 7:228 du Code des sociétés et des associations en cas de pertes. Pour le surplus, il est renvoyé au commentaire consacré à cette disposition.

(*1) P. HAINAUT-HAMENDE, « Augmentation de capital avec prime d'émission », *Rép. not. (f. mob.)*, t. XII, *Le droit commercial et économique*, livre 3, Bruxelles, Larcier, 2009, n° 627.

(*2) Y. DE CORDT (coord.), *Société anonyme*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2021, p. 625, n° 723.

(*3) La notion d'actif net est définie à l'article 7:212 du Code des sociétés et des associations.

19 En vertu de l'article 7:184 du Code des sociétés et des associations, lorsqu'une prime d'émission des actions nouvelles est prévue, le montant de cette prime d'émission doit par ailleurs être intégralement libéré dès la souscription. C'est là une différence essentielle entre la prime d'émission et le capital, dont le montant ne doit être libéré qu'à concurrence d'un quart au moment de la souscription, conformément à l'article 7:183 du même code.

20 Sur le plan comptable, la prime d'émission se distingue tant des réserves, qui proviennent en principe des bénéfices réalisés par la société et affectés en réserve par l'assemblée générale des actionnaires, que des apports proprement dits, qui constituent quant à eux le capital de la société. Sauf disposition contraire des statuts, les primes d'émission relèvent des capitaux propres disponibles et peuvent dès lors être incorporées au capital, distribuées aux actionnaires ou affectées à l'apurement des pertes par une simple décision de l'assemblée générale des actionnaires. Dans cette hypothèse, elles doivent être comptabilisées au titre d'apport disponible hors capital, sur le compte 1100 *Prime d'émission*.

21 Si les statuts de la société soumettent cependant les primes d'émission à un régime d'indisponibilité, une décision de l'assemblée générale adoptée dans le respect des conditions de quorum et de majorité requises pour la modification des statuts sera nécessaire afin de leur réserver une autre affectation. Aussi longtemps qu'une telle décision n'est pas adoptée, les primes d'émission statutairement indisponibles doivent être comptabilisées en tant qu'apport indisponible hors capital, sur le compte 1110 *Prime d'émission* (*1). Il convient par ailleurs de relever que depuis la modification de l'article 184 du Code des impôts sur les revenus 1992 par la loi du 17 mars 2019 adaptant certaines dispositions fiscales fédérales au nouveau Code des sociétés et des associations, les primes d'émission ne doivent plus être statutairement indisponibles pour être considérées comme du capital fiscalement libéré.

V. Émission d'actions en dessous du pair comptable (droit ancien)

22 L'article 582 de l'ancien Code des sociétés réglementait auparavant de manière très stricte les émissions d'actions en dessous du pair comptable des actions existantes, au motif que de telles opérations impliquaient « *une dilution plus que proportionnelle de [la] participation* [des actionnaires existants] *dans le capital social* » (*2). L'article 582 offrait dès lors une protection accrue aux actionnaires existants, notamment en exigeant à peine de nullité que le conseil d'administration établisse un rapport détaillé concernant le prix d'émission et les conséquences financières de l'opération pour les

(*1) Avis CNC 2021/01 Prime d'émission, 30 septembre 2020.

(*2) P. HAMER et B. DAVID, « Art. 582 C. soc. », *Commentaire systématique du Code des sociétés*, 1^{er} octobre 2002, f. mob.

actionnaires, tandis que le commissaire de la société (ou à défaut, un réviseur d'entreprises ou un expert-comptable externe désigné par le conseil d'administration) était appelé à établir un second rapport confirmant que les informations financières et comptables exposées par le conseil d'administration étaient fidèles et suffisantes pour éclairer l'assemblée générale des actionnaires.

23 Les auteurs du Code des sociétés et des associations semblent cependant avoir considéré qu'il ne se justifiait pas de limiter cette protection aux seules augmentations de capital sous le pair comptable des actions existantes, et qu'il convenait au contraire de l'étendre à toutes les augmentations de capital dès lors que « *l'émission d'actions nouvelles peut porter préjudice aux actionnaires existants non seulement par l'émission d'actions en dessous du pair comptable des actions anciennes, mais aussi par l'émission d'actions nouvelles dont le prix d'émission est inférieur à la valeur réelle économique des actions anciennes* » (*1).

24 Les augmentations de capital réalisées sous le pair comptable ne font dès lors plus l'objet d'un régime particulier, quoiqu'elles restent soumises à l'obligation de double rapport qui figure désormais à l'article 7:179 du Code des sociétés et des associations.

(*1) Projet de loi introduisant le Code des sociétés et des associations et portant des dispositions diverses, *Doc.*, Chambre, 54-3119/001, p. 256.

7:179. § 1^{er}. L'organe d'administration rédige un rapport sur l'opération, qui justifie spécialement le prix d'émission et décrit les conséquences de l'opération sur les droits patrimoniaux et les droits sociaux des actionnaires.

Le commissaire ou, lorsqu'il n'y a pas de commissaire, le réviseur d'entreprises ou l'expert-comptable externe désigné par l'organe d'administration, établit un rapport dans lequel il évalue si les données financières et comptables contenues dans le rapport de l'organe d'administration sont fidèles et suffisantes dans tous leurs aspects significatifs pour éclairer l'assemblée générale appelée à voter sur cette proposition.

Ces rapports sont déposés et publiés conformément aux articles 2:8 et 2:14, 4^o. Ils sont annoncés dans l'ordre du jour. Une copie peut en être obtenue conformément à l'article 7:132.

En l'absence de rapport de l'organe d'administration ou de rapport du commissaire, du réviseur d'entreprises ou de l'expert-comptable externe contenant l'évaluation visée à l'alinéa 3, la décision de l'assemblée générale est nulle.

§ 2. Le paragraphe 1^{er} n'est pas applicable aux augmentations de capital par incorporation de réserves.

§ 3. Sauf si les actions sont émises à titre de rémunération d'un apport en nature, l'assemblée générale, à laquelle l'ensemble des actionnaires sont présents ou représentés, peut renoncer par une décision unanime aux rapports visés au paragraphe 1^{er}.

Commentaire de l'article 7:179 du Code des sociétés et des associations

Auteurs : Laurent ROBERT et Valérie DEMEUR

Mise à jour : 1^{er} juillet 2022

COMMENTAIRE

Structure

- I. Origine et présentation de l'article
- II. Rapports spéciaux
 - A. Double rapport (art. 7:179)
 - B. Limitation ou suppression du droit de préférence (art. 7:191)
 - C. Apport en nature (art. 7:197)
 - 1. Règle générale
 - 2. Exception
 - 3. Capital autorisé
 - D. Modification des droits attachés aux classes d'actions (art. 7:155)
- III. Formalités et publications
- IV. Exceptions
- V. Sanctions

I. Origine et présentation de l'article

1 L'article 7:179 du Code des sociétés et des associations impose à l'organe d'administration de la société anonyme certaines obligations d'information des actionnaires dans le contexte de l'assemblée générale appelée à se prononcer sur une proposition d'augmentation de capital.

2 En substance, il correspond aux alinéas 2 à 4 de l'article 582 de l'ancien Code des sociétés. Ces derniers ne visaient cependant que les émissions d'actions réalisées en dessous du pair comptable, tandis que la disposition nouvelle s'étend désormais à toutes les émissions d'actions, qu'elles aient lieu en dessous ou au-dessus du pair comptable, ou au pair comptable des actions existantes. Une telle extension du champ d'application de l'article 7:179 est justifiée par le fait que « *l'émission d'actions nouvelles peut porter préjudice aux actionnaires existants non seulement par l'émission d'actions en dessous du pair comptable des actions anciennes, mais aussi par l'émission d'actions nouvelles dont le prix d'émission est inférieur à la valeur réelle économique des actions anciennes [et] il importe peu à cet égard que l'émission se fasse au pair comptable. C'est la valeur économique de l'entreprise, et donc des actions existantes, qui doit servir de fil conducteur. Ainsi, même une émission au ou au-dessus du pair comptable peut être préjudiciable aux anciens actionnaires si la prime d'émission est insuffisante* » (*1). Un choix clair a ainsi été fait par le législateur de renforcer l'obligation d'information des actionnaires dans le cadre d'une augmentation de capital (*2).

3 Les émissions d'obligations convertibles et de droits de souscription font quant à elles l'objet de l'article 7:180 du Code des sociétés et des associations, qui met en place un régime peu ou prou identique à celui de l'article 7:179.

II. Rapports spéciaux

A. DOUBLE RAPPORT (ART. 7:179)

4 L'organe d'administration est chargé de rédiger un rapport sur l'opération d'augmentation de capital proposée, qui justifie spécialement le prix d'émission des actions nouvelles et décrit les conséquences de l'opération sur les droits patrimoniaux et les droits sociaux des actionnaires, à savoir leur droit au bénéfice et au boni de liquidation

(*1) Projet de loi introduisant le Code des sociétés et des associations et portant des dispositions diverses, *Doc.*, Chambre, 54-3119/001, p. 256.

(*2) E. POTTIER, T. L'HOMME, L.-Y. TU et G. VISEUR, « Nouveautés en matière de sociétés anonymes et de sociétés cotées », *R.D.C.-T.B.H.*, 2018/9, pp. 1030-1031, n° 68.

ainsi que leur droit de vote (*1). Le rapport détaillera ainsi l'effet dilutif éventuel que présente l'augmentation de capital proposée pour les actionnaires existants.

5 L'organe d'administration pourra généralement justifier le prix d'émission des actions nouvelles par référence à une valorisation des actions existantes selon les méthodes traditionnelles de valorisation, ou encore à une valeur librement négociée avec un candidat souscripteur dans des conditions normales de marché (*2). Il pourra également justifier un prix d'émission inférieur au pair comptable des actions existantes en évoquant les pertes enregistrées par la société, à telle enseigne que la valeur intrinsèque des actions existantes est elle-même tombée en deçà de leur pair comptable. À l'inverse, il attirera sans doute l'attention des actionnaires sur une éventuelle prime d'émission reflétant les bénéfices engrangés par la société avant l'augmentation de capital et non distribués sous forme de dividendes.

6 Le commissaire ou, lorsque la société n'a pas de commissaire, le réviseur d'entreprises ou l'expert-comptable externe désigné par l'organe d'administration, doit ensuite établir un second rapport dans lequel il évalue si les données financières et comptables contenues dans le rapport de l'organe d'administration sont fidèles et suffisantes dans tous leurs aspects significatifs pour éclairer l'assemblée générale appelée à voter sur la proposition d'augmentation du capital. Ce rapport ne porte donc pas sur la valorisation ou les méthodes de valorisation des actions nouvelles retenues par l'organe d'administration (*3). Le cas échéant, il peut s'avérer utile que le commissaire, le réviseur d'entreprises ou l'expert-comptable externe soit présent à l'assemblée générale afin de donner aux actionnaires les éclaircissements nécessaires.

7 Cette double exigence s'applique indépendamment de la question de savoir si la décision d'augmenter le capital appartient à l'assemblée générale des actionnaires ou à l'organe d'administration dans le cadre du capital autorisé, conformément à l'article 7:198 du Code des sociétés et des associations.

8 S'agissant d'une augmentation de capital réalisée dans le cadre du capital autorisé, les rapports visés à l'article 7:179 ne sauraient évidemment être confondus avec le rapport spécial dont il est question à l'article 7:199, que l'organe d'administration est tenu de soumettre à l'assemblée générale appelée à lui accorder l'autorisation d'augmenter le capital de la société, lequel doit indiquer les circonstances spécifiques dans lesquelles le capital autorisé pourra être utilisé et les objectifs poursuivis par

(*1) Projet de loi introduisant le Code des sociétés et des associations et portant des dispositions diverses, *Doc.*, Chambre, 54-3119/001, p. 256.

(*2) D. WILLERMAIN, « Les actions et le capital dans la société anonyme : réexamen de thèmes classiques à la lumière du CSA », *R.P.S.-T.R.V.*, 2020/2, p. 142, n° 27.

(*3) D. WILLERMAIN, « Les actions et le capital dans la société anonyme : réexamen de thèmes classiques à la lumière du CSA », *R.P.S.-T.R.V.*, 2020/2, p. 142, n° 27.

l'opération. Ce dernier rapport doit être établi en amont de l'augmentation de capital proprement dite, soit au moment où l'autorisation d'augmenter le capital est octroyée ou renouvelée à l'organe d'administration.

B. LIMITATION OU SUPPRESSION DU DROIT DE PRÉFÉRENCE (ART. 7:191)

9 Si l'augmentation de capital s'accompagne d'une limitation ou d'une suppression du droit de préférence reconnu aux actionnaires existants par les articles 7:188 et suivants du Code des sociétés et des associations, le rapport de l'organe d'administration doit explicitement justifier les raisons d'une telle limitation ou suppression et en indiquer les conséquences pour les droits patrimoniaux et les droits sociaux des actionnaires, conformément à l'article 7:191.

10 Si le droit de préférence des actionnaires existants est limité ou supprimé en faveur d'une ou plusieurs personnes déterminées qui ne sont pas membres du personnel de la société anonyme, le rapport de l'organe d'administration doit par ailleurs répondre au prescrit de l'article 7:193 et mentionner l'identité du ou des bénéficiaire(s) de la limitation ou de la suppression du droit de préférence, et justifier en détail l'opération et le prix d'émission au regard de l'intérêt social, en tenant compte en particulier de la situation financière de la société, de l'identité des bénéficiaires, de la nature et de l'importance de leur apport.

11 Si l'augmentation de capital est réalisée avec limitation ou suppression du droit de préférence des actionnaires en faveur d'une ou plusieurs personnes déterminées qui ne sont pas membres du personnel de la société, le rapport du commissaire (ou du réviseur d'entreprises ou expert-comptable externe désigné par l'organe d'administration) doit par ailleurs comporter une évaluation circonstanciée de la justification du prix d'émission offerte par l'organe d'administration, conformément à l'article 7:193 du Code des sociétés et des associations. En revanche, si l'augmentation de capital implique une limitation ou une suppression du droit de préférence des actionnaires existants, mais que cette limitation ou suppression n'est pas prévue en faveur d'une ou plusieurs personnes déterminées n'appartenant pas au personnel de la société, le commissaire (ou le réviseur d'entreprises ou l'expert-comptable externe) peut se cantonner à la vérification du caractère fidèle et suffisant des données financières et comptables contenues dans le rapport de l'organe d'administration.

C. APPORT EN NATURE (ART. 7:197)

1. Règle générale

12 Lorsque l'augmentation de capital résulte d'un apport en nature, l'article 7:197, § 1^{er} ajoute que le rapport de l'organe d'administration doit également exposer

l'intérêt que cet apport présente pour la société. Il doit en outre comporter une description de chaque apport en nature et en donner une évaluation motivée, et indiquer la rémunération attribuée en contrepartie de chacun de ces apports.

13 La procédure se déroule de manière plus dialectique entre l'organe d'administration et le commissaire de la société ou, à défaut, le réviseur d'entreprises (l'intervention d'un expert-comptable externe étant ici exclue) chargé de contrôler les apports en nature (*1).

14 Dans un premier temps, l'organe d'administration est tenu de communiquer un projet de son rapport au commissaire ou au réviseur d'entreprises. Conformément à l'article 7:197, § 1^{er}, alinéa 2, ce dernier établit ensuite son propre rapport dans lequel il examine la description faite par l'organe d'administration de chaque apport en nature, l'évaluation adoptée et les modes d'évaluation appliqués, et indique si les valeurs auxquelles conduisent ces modes d'évaluation correspondent au moins au nombre et à la valeur nominale ou, à défaut de valeur nominale, au pair comptable et, le cas échéant, à la prime d'émission des actions à émettre en contrepartie, ainsi que la rémunération réelle attribuée en contrepartie des apports. S'écarter quelque peu de la conception qui prévalait sous l'empire de l'ancien Code des sociétés (*2), les auteurs du nouveau Code des sociétés et des associations ont précisé que le rôle du commissaire et du réviseur d'entreprises est de se prononcer sur le caractère raisonnable de l'évaluation et de la rémunération qui est attribuée en contrepartie de l'apport, à l'instar de la mission de contrôle du rapport d'échange dans une fusion (*3). Afin de les guider dans cette tâche, l'Institut des Réviseurs d'Entreprises a par ailleurs adopté le 29 janvier 2021 une norme relative à la mission du réviseur d'entreprises dans le cadre d'un apport en nature et d'un quasi-apport, qui décrit en détail les éléments que le réviseur doit prendre en considération dans son analyse des informations visées à l'article 7:197, § 1^{er}, alinéa 2, du Code des sociétés et des associations.

15 Dans un troisième temps, l'organe d'administration établit son rapport définitif en tenant compte des conclusions de l'examen réalisé par le commissaire ou le réviseur d'entreprises, selon le cas. L'organe d'administration est cependant libre de s'écarter de ces conclusions, auquel cas il doit en indiquer expressément les raisons dans son rapport définitif (*4). À cet égard, il importe toutefois de rappeler qu'en vertu de l'article 7:206 du Code des sociétés et des associations, les membres du conseil d'administration ou du

(*1) Y. DE CORDT (coord.), *Société anonyme*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2021, p. 616, n° 711.

(*2) Institut des Réviseurs d'Entreprises (IRE), Note technique relative aux apports en nature du 7 mars 2018, basée sur le Code des sociétés tel qu'il est en vigueur au 17 janvier 2018.

(*3) Projet de loi introduisant le Code des sociétés et des associations et portant des dispositions diverses, *Doc.*, Chambre, 54-3119/001, p. 263.

(*4) L'exposé des motifs mentionne que l'organe d'administration peut ainsi s'écarter de « l'évaluation faite par le commissaire ou le réviseur d'entreprises » (54-3119/001, p. 262). Il s'agit manifestement d'une erreur, le commissaire et le réviseur d'entreprises n'effectuant aucune évaluation propre des actifs apportés.

conseil de surveillance sont responsables solidairement et l'administrateur unique est responsable du préjudice qui est la suite immédiate et directe de la surévaluation manifeste des apports en nature. Les membres de l'organe d'administration devront dès lors se montrer particulièrement prudents s'ils entendent s'écarter de l'opinion du commissaire ou du réviseur d'entreprises concernant l'évaluation des actifs apportés au capital de la société.

2. Exception

16 Il est dérogé aux principes qui précèdent lorsque l'apport en nature porte sur des actifs relevant du champ d'application de l'article 7:197, § 2, c'est-à-dire ceux dont l'évaluation peut être établie sur la base de critères objectifs (cours de marché) ou ayant fait l'objet d'une évaluation suffisamment récente et contrôlée par un réviseur d'entreprises (*1).

17 Dans ce cas de figure, le rapport de l'organe d'administration sur l'opération peut se limiter à justifier le prix d'émission des actions nouvelles et décrire les conséquences de l'opération sur les droits patrimoniaux et les droits sociaux des actionnaires, conformément à l'article 7:179 du Code des sociétés et des associations (*2). En revanche, il ne doit pas contenir les informations spécifiquement requises en cas d'apport en nature, telles que visées à l'article 7:197, § 1^{er}, du même code.

18 Cependant, si l'apport en nature a lieu sans application de l'article 7:197, § 1^{er}, l'organe d'administration est tenu de déposer, dans le mois de la date effective de l'apport, une déclaration contenant les informations prescrites par l'article 7:197, § 3, à savoir (1) une description de l'apport en nature concerné, (2) le nom de l'apporteur, (3) la valeur de l'apport, l'origine de cette évaluation et, le cas échéant, le mode d'évaluation, (4) la valeur nominale des actions ou, à défaut de valeur nominale, le nombre d'actions émises en contrepartie de chaque apport en nature, (5) une attestation précisant si les valeurs obtenues correspondent au moins au nombre et à la valeur nominale ou, à défaut de valeur nominale, au pair comptable et, le cas échéant, à la prime d'émission des actions à émettre en contrepartie de cet apport et enfin (6) une attestation selon laquelle aucune circonstance particulière nouvelle susceptible d'influencer l'évaluation initiale n'est survenue.

19 La déclaration visée à l'article 7:197, § 3, ne doit pas faire l'objet d'un quelconque contrôle de la part du commissaire de la société ou du réviseur d'entreprises

(*1) À ce sujet, voir D. WILLERMAIN, « Le maintien du capital social : principes et évolutions récentes (apports en nature, rachat d'actions propres et assistance financière) », *10 jaar Wetboek Vennootschappen in werking – 10 ans d'entrée en vigueur du Code des Sociétés*, Waterloo, Kluwer, 2011, p. 263, spéc. n° 22 à 25.

(*2) D. WILLERMAIN, « Les actions et le capital dans la société anonyme : réexamen de thèmes classiques à la lumière du CSA », *R.P.S.-T.R.V.*, 2020/2, p. 143, n° 27.

désigné par l'organe d'administration. Cela étant, l'article 7:179 reste pleinement applicable et il appartiendra donc à ces derniers de vérifier le caractère fidèle et suffisant des données financières et comptables contenues dans le rapport de l'organe d'administration.

3. *Capital autorisé*

20 La circonstance que l'augmentation de capital comportant un apport en nature ait été décrétée par l'organe d'administration dans le cadre du capital autorisé, et non par l'assemblée générale des actionnaires, n'emporte en principe aucune dérogation aux principes qui précèdent (*1).

21 Cependant, si l'apport en nature envisagé porte sur des éléments d'actif relevant du champ d'application de l'article 7:197, § 2, et que l'augmentation de capital qui en résulte est décidée par l'organe d'administration dans le cadre du capital autorisé, l'article 7:198, alinéa 4 dispose que l'organe d'administration doit établir et déposer au greffe du tribunal de l'entreprise, avant la réalisation de l'apport en nature, un avis indiquant la date à laquelle la décision d'augmenter le capital a été prise et contenant les éléments mentionnés dans l'article 7:197, § 3. Dans ce cas de figure, la déclaration visée à l'article 7:197, § 3, que l'organe d'administration déposera également au greffe dans le mois suivant la date effective de l'apport en nature, doit uniquement attester qu'aucune circonstance particulière nouvelle n'est survenue depuis la publication de l'avis.

D. MODIFICATION DES DROITS ATTACHÉS AUX CLASSES D'ACTIONS (ART. 7:155)

22 Dans l'hypothèse où l'augmentation de capital proposée a pour effet de modifier les droits attachés à des classes d'actions, l'organe d'administration doit établir un rapport distinct justifiant l'opération et ses conséquences sur les droits attachés aux classes existantes, conformément à l'article 7:155 du Code des sociétés et des associations. Cette même exigence trouve à s'appliquer lorsque l'augmentation de capital implique la création d'une nouvelle classe d'actions alors que les actions n'étaient pas divisées en classes avant la réalisation de l'opération (*2). Pour le surplus, il est renvoyé au commentaire consacré à cette disposition (*3).

(*1) D. WILLERMAIN, « Les actions et le capital dans la société anonyme : réexamen de thèmes classiques à la lumière du CSA », *R.P.S.-T.R.V.*, 2020/2, p. 143, n° 27.

(*2) P. CAPIAU et R. VOS, « Artikel 7:155 WVV over soortvorming : een venture capital-perspectief », *R.P.S.-T.R.V.*, 2022/2, p. 72.

(*3) Il est également renvoyé au récent article qui y est consacré par P. CAPIAU et R. VOS, « Artikel 7:155 WVV over soortvorming : een venture capital-perspectief », *R.P.S.-T.R.V.*, 2022/2, spéc. pp. 77-78.

III. Formalités et publications

23 Lorsque la décision d'augmentation du capital appartient à l'assemblée générale des actionnaires, le rapport de l'organe d'administration relatif à l'opération proposée, ainsi que, le cas échéant, celui visé à l'article 7:155, doivent tous deux être annoncés dans l'ordre du jour de l'assemblée générale appelée à se prononcer sur l'augmentation de capital. Conformément à l'article 7:132, les actionnaires sont par ailleurs en droit d'en obtenir une copie au plus tard lors de cette assemblée générale. Il en est de même du rapport du commissaire, du réviseur d'entreprises ou de l'expert-comptable externe désigné par l'organe d'administration.

24 En revanche, si l'augmentation de capital est décidée par l'organe d'administration dans le cadre du capital autorisé, aucune assemblée générale n'est convoquée et les actionnaires ne reçoivent pas nécessairement copie des rapports exigés par la loi. En principe, l'augmentation du capital ne sera donc portée à leur connaissance que lors de la publication aux Annexes du *Moniteur belge* de l'acte modificatif de ses statuts de la société. Ils en seront également avisés à l'occasion de l'assemblée générale ordinaire suivante, dans la mesure où l'article 7:203 prévoit que le rapport de gestion annuel doit comporter un exposé concernant les augmentations du capital décidées par l'organe d'administration.

25 Enfin, les deux rapports visés à l'article 7:179 et, le cas échéant, la déclaration visée à l'article 7:197, § 3 et l'avis dont il est question à l'article 7:198, alinéa 4, doivent être déposés au greffe du tribunal de l'entreprise compétent, lequel s'assurera de la publication d'une mention de leur objet aux Annexes du *Moniteur belge*.

IV. Exceptions

26 Conformément à l'article 7:179, § 2, du Code des sociétés et des associations, l'organe d'administration et le commissaire de la société (ou, à défaut de commissaire, le réviseur d'entreprises ou l'expert-comptable externe désigné par l'organe d'administration) sont dispensés d'établir les rapports visés au § 1^{er} de cette disposition lorsque l'augmentation de capital est réalisée par incorporation de réserves. Selon les travaux préparatoires, cette dispense se justifie par le fait qu'une augmentation de capital par incorporation de réserves constitue « *une opération purement interne sans influence sur les droits patrimoniaux et sociaux des actionnaires* » (*1). Il aurait sans doute été possible d'en dire autant d'une augmentation de capital par incorporation d'une prime d'émission, d'une plus-value de réévaluation ou du bénéfice reporté – soit en

(*1) Projet de loi introduisant le Code des sociétés et des associations et portant des dispositions diverses, *Doc.*, Chambre, 54-3119/001, p. 256.

définitive, tous les cas dans lesquels une augmentation de capital est possible sans nouvel apport.

27 L'article 7:179, § 3 dispose par ailleurs que, sauf si les actions sont émises à titre de rémunération d'un apport en nature, l'assemblée générale peut renoncer aux rapports de l'organe d'administration et du commissaire de la société (ou, à défaut de commissaire, le réviseur d'entreprises ou l'expert-comptable externe désigné par l'organe d'administration) pour autant que l'ensemble des actionnaires soient présents ou représentés à cette assemblée et que leur décision soit unanime.

28 Cette possibilité de dérogation s'explique par le fait que, au moins lorsque les actions nouvellement émises rémunèrent un apport en numéraire, les obligations d'information contenues à l'article 7:179 ne tendent à protéger que les intérêts des actionnaires eux-mêmes. Elle était d'ailleurs admise en pratique sous l'empire de l'ancien Code des sociétés, même si celui-ci ne le prévoyait pas expressément (*1). En revanche, lorsque les actions émises constituent la rémunération d'un apport en nature, les actionnaires ne peuvent en principe dispenser l'organe d'administration et le commissaire (ou le réviseur d'entreprises ou l'expert-comptable) d'établir les rapports en question, car ceux-ci ont également vocation à protéger les tiers – notamment contre les conséquences d'une éventuelle surévaluation des actifs apportés (*2). Dans ce cas de figure, le rapport de l'organe d'administration sera établi conformément à l'article 7:197 du Code des sociétés et des associations et, sous le contrôle du commissaire de la société (ou d'un réviseur d'entreprises désigné par l'organe d'administration), exposera l'intérêt que l'apport présente pour la société, décrira chaque actif apporté et en donnera une évaluation motivée et indiquera la rémunération attribuée en contrepartie de ces actifs. L'organe d'administration et le commissaire (ou le réviseur d'entreprises) n'en sont dispensés que lorsque la valeur de l'actif apporté peut être évaluée sur la base de certains critères clairs et objectifs repris à l'article 7:197, § 2, permettant d'écarter tout risque de surévaluation des actifs apportés.

29 Lorsque l'augmentation de capital est décidée par l'organe d'administration dans le cadre du capital autorisé, la loi ne prévoit aucune faculté de renonciation aux rapports exigés par l'article 7:179 du Code des sociétés et des associations, puisque les actionnaires ne sont pas convoqués pour approuver l'opération (*3). À l'évidence, les membres de l'organe d'administration ne pourraient eux-mêmes renoncer à établir ces rapports.

(*1) E. POTTIER, T. L'HOMME, L.-Y. TU et G. VISEUR, « Nouveautés en matière de sociétés anonymes et de sociétés cotées », *R.D.C.-T.B.H.*, 2018/9, p. 1031, n° 70.

(*2) D. WILLERMAIN, « Les actions et le capital dans la société anonyme : réexamen de thèmes classiques à la lumière du CSA », *R.P.S.-T.R.V.*, 2020/2, p. 149, n° 34.

(*3) D. WILLERMAIN, « Les actions et le capital dans la société anonyme : réexamen de thèmes classiques à la lumière du CSA », *R.P.S.-T.R.V.*, 2020/2, p. 143, n° 27.

V. Sanctions

30 En l'absence des rapports de l'organe d'administration ou du commissaire, du réviseur d'entreprises ou de l'expert-comptable externe, l'article 7:179, § 1^{er}, alinéa 4 prévoit que la décision de l'assemblée générale est nulle. Cette nullité est acquise sans qu'il soit nécessaire de démontrer que l'irrégularité a pu avoir une influence sur la délibération ou le vote des actionnaires.

31 Curieusement, l'article 7:179, § 1^{er}, alinéa 4 ne vise que la décision de l'assemblée générale, et ne semble pas affecter de la même sanction la décision de l'organe d'administration prise dans le cadre du capital autorisé. Sans doute s'agit-il d'un oubli de la part du législateur. Il n'en demeure pas moins que dans cette hypothèse, en l'absence des rapports prescrits par la loi, le demandeur en nullité n'aura d'autre choix que de se fonder sur la disposition générale de l'article 2:42, qui lui impose de prouver que l'irrégularité invoquée a pu avoir une influence sur la délibération ou le vote ou a été commise dans une intention frauduleuse (*1).

32 En tout état de cause, les administrateurs qui procèdent à une augmentation de capital dans le cadre du capital autorisé, sans suivre la procédure légale d'information des actionnaires, engagent leur responsabilité personnelle pour violation de la loi conformément aux articles 2:56 et suivants du Code des sociétés et des associations.

33 En outre, les articles 7:232, 1^o et 16:32, 1^o, du Code des sociétés et des associations punissent d'une amende de cinquante à dix mille euros (à majorer des décimes additionnels conformément à la loi du 5 mars 1952 relative aux décimes additionnels sur les amendes pénales) et d'un emprisonnement possible d'un mois à un an, les administrateurs qui n'ont pas présenté le rapport spécial accompagné du rapport du commissaire ou du réviseur d'entreprises, ainsi que le prévoit l'article 7:197 dans le cadre d'un apport en nature. La violation de l'article 7:179 n'est en revanche pas sanctionnée pénalement.

34 Enfin, il n'est pas inutile de rappeler que l'article 7:206 du Code des sociétés et des associations rend les membres de l'organe d'administration de la société responsables (solidairement lorsque cet organe est collégial) du préjudice résultant immédiatement et directement de la surévaluation manifeste des apports en nature.

(*1) *Contra* : D. WILLERMAIN, « Les actions et le capital dans la société anonyme : réexamen de thèmes classiques à la lumière du CSA », *R.P.S.-T.R.V.*, 2020/2, p. 143, n^o 27.

7:180. En cas d'émission d'obligations convertibles ou de droits de souscription, l'organe d'administration justifie l'opération proposée dans un rapport. Ce rapport justifie aussi le prix d'émission et décrit les conséquences de l'opération sur les droits patrimoniaux et les droits sociaux des actionnaires.

Le commissaire, ou, lorsqu'il n'y a pas de commissaire, un réviseur d'entreprises ou un expert-comptable externe désigné par l'organe d'administration, rédige un rapport dans lequel il évalue si les données financières et comptables contenues dans le rapport de l'organe d'administration sont fidèles et suffisantes dans tous leurs aspects significatifs pour éclairer l'assemblée générale appelée à voter sur cette proposition.

Ces rapports sont déposés et publiés conformément aux articles 2:8 et 2:14, 4^o. Ils sont annoncés dans l'ordre du jour. Une copie peut en être obtenue conformément à l'article 7:132.

En l'absence du rapport de l'organe d'administration ou du rapport du commissaire contenant l'évaluation prévue par l'alinéa 2, la décision de l'assemblée générale est nulle.

Commentaire de l'article 7:180 du Code des sociétés et des associations

Auteurs : Laurent ROBERT et Valérie DEMEUR

Mise à jour : 1^{er} juillet 2022

DOCTRINE IMPORTANTE

HAINAUT-HAMENDE, P. et RAUCQ, G., « La société anonyme. Constitution et fonctionnement », *Répertoire notarial*, t. XII, *Le droit commercial et économique*, livre 3, Bruxelles, Larcier, 2005, pp. 412-422.

POTTIER, E., L'HOMME, T., TU, L.-Y. et VISEUR, G., « Nouveautés en matière de sociétés anonymes et de sociétés cotées », *R.D.C.-T.B.H.*, 2018/9, pp. 1013-1066.

WEYTS, L., DE WULF, H., BRULOOT, D et DE GEYTER, S., *Notarieel vennootschapsrecht*, Louvain, Acco, 2017.

COMMENTAIRE

Structure

- I. Origine et présentation de l'article
- II. Rapports spéciaux
 - A. Double rapport (art. 7:180)
 - B. Limitation ou suppression du droit de préférence (art. 7:191)
 - C. Modification des droits attachés aux classes d'actions (art. 7:155)

III. Formalités et publications

IV. Sanctions

V. Contrôle de l'Autorité des services et marchés financiers

I. Origine et présentation de l'article

1 L'article 7:180 du Code des sociétés et des associations correspond à l'article 583 de l'ancien Code des sociétés, lui-même inspiré de l'article 101*ter*, § 2 et § 3 des lois coordonnées sur les sociétés commerciales. Dans sa mouture actuelle, cette disposition reproduit presque trait pour trait le régime d'information des actionnaires inscrit à l'article 7:179 et l'applique aux émissions d'obligations convertibles et de droits de souscription, qui impliquent en effet une augmentation de capital différée en cas de conversion des obligations convertibles ou d'exercice des droits de souscription.

2 À l'instar d'une émission d'actions, l'émission d'obligations convertibles et de droits de souscription doit par conséquent faire l'objet d'un rapport de l'organe d'administration destiné, sous le contrôle du commissaire de la société, d'un réviseur d'entreprises ou d'un expert-comptable externe désigné par l'organe d'administration, à informer les actionnaires quant aux conséquences de l'opération envisagée. La particularité de cette opération réside toutefois dans le fait qu'elle n'affectera la situation des actionnaires existants qu'en cas de conversion des obligations convertibles ou d'exercice des droits de souscription, et dans la mesure d'une telle conversion ou d'un tel exercice.

II. Rapports spéciaux

A. DOUBLE RAPPORT (ART. 7:180)

3 Comme dans le cadre d'une augmentation de capital, l'organe d'administration est chargé de rédiger un rapport justifiant l'opération proposée et le prix d'émission et décrivant les conséquences de l'opération sur les droits patrimoniaux et les droits sociaux des actionnaires.

4 Le commissaire ou, lorsque la société n'a pas de commissaire, le réviseur d'entreprises ou l'expert-comptable externe désigné par l'organe d'administration, doit ensuite établir un rapport dans lequel il évalue si les données financières et comptables contenues dans le rapport de l'organe d'administration sont fidèles et suffisantes dans tous leurs aspects significatifs pour éclairer l'assemblée générale appelée à voter sur la proposition d'émission d'obligations convertibles ou de droits de souscription. Le cas échéant, il peut s'avérer utile que le commissaire, le réviseur d'entreprises ou l'expert-comptable externe soit présent à l'assemblée générale afin de donner aux actionnaires les éclaircissements nécessaires.

5 Cette double exigence formelle s'applique, que la décision d'émettre des obligations convertibles ou des droits de souscription appartienne à l'assemblée générale des actionnaires ou à l'organe d'administration dans le cadre d'une autorisation statutaire spécifique telle que visée à l'article 7:198, alinéa 2, du Code des sociétés et des associations.

6 Pour le surplus, contrairement à l'article 7:179 applicable en cas d'émission d'actions, l'article 7:180 ne permet pas aux actionnaires de renoncer à l'unanimité aux rapports de l'organe d'administration et du commissaire (ou du réviseur d'entreprises ou expert-comptable externe). Cette différence s'explique par le délai qui peut exister entre l'émission des obligations convertibles ou des droits de souscription et l'augmentation de capital résultant de la conversion des obligations ou de l'exercice des droits de souscription (*1).

B. LIMITATION OU SUPPRESSION DU DROIT DE PRÉFÉRENCE (ART. 7:191)

7 Si l'émission d'obligations convertibles ou de droits de souscription s'accompagne d'une limitation ou d'une suppression du droit de préférence reconnu aux actionnaires existants par les articles 7:188 et suivants du Code des sociétés et des associations, le rapport de l'organe d'administration devra explicitement justifier les raisons d'une telle limitation ou suppression et en indiquer les conséquences pour les droits patrimoniaux et les droits sociaux des actionnaires.

8 Si l'émission des obligations convertibles ou des droits de souscription est réalisée moyennant une limitation ou une suppression du droit de préférence des actionnaires existants en faveur d'une ou plusieurs personnes déterminées qui ne sont pas membres du personnel de la société, le rapport du commissaire (ou du réviseur d'entreprises ou expert-comptable externe désigné par l'organe d'administration) doit comporter, outre les éléments prescrits par l'article 7:180, une évaluation circonstanciée de la justification du prix d'émission offerte par l'organe d'administration, conformément à l'article 7:193 du Code des sociétés et des associations.

9 À cet égard, il n'est pas inutile de préciser que si les statuts de la société peuvent autoriser l'organe d'administration à décider de l'émission d'obligations convertibles ou de droit de souscription conformément à l'article 7:198, alinéa 2, du Code des sociétés et des associations, une telle autorisation ne peut en aucun cas s'étendre à l'émission de droits de souscription réservée à titre principal à une ou plusieurs personnes déterminées autres que des membres du personnel de la société.

(*1) Projet de loi introduisant le Code des sociétés et des associations et portant des dispositions diverses, *Doc.*, Chambre, 54-3119/001, p. 257.

C. MODIFICATION DES DROITS ATTACHÉS AUX CLASSES D’ACTIONS (ART. 7:155)

10 Si la conversion des obligations convertibles ou l’exercice des droits de souscription est susceptible d’entraîner une modification des droits attachés à des classes d’actions existantes, l’organe d’administration est tenu d’établir un rapport distinct justifiant l’opération et ses conséquences sur les droits attachés aux classes existantes, conformément à l’article 7:155 du Code des sociétés et des associations. Il est renvoyé à cet égard au commentaire portant sur cette disposition (*1).

III. Formalités et publications

11 Lorsque la décision d’émettre des obligations convertibles ou des droits de souscription appartient à l’assemblée générale des actionnaires, le rapport de l’organe d’administration relatif à l’opération proposée, ainsi que, le cas échéant, celui visé à l’article 7:155, doivent tous deux être annoncés dans l’ordre du jour de l’assemblée générale appelée à se prononcer sur l’opération. Conformément à l’article 7:132, les actionnaires sont par ailleurs en droit d’en obtenir une copie au plus tard lors de cette assemblée générale. En revanche, si l’émission est décidée par l’organe d’administration en vertu d’une autorisation statutaire, aucune assemblée générale n’est convoquée et les actionnaires ne reçoivent pas nécessairement de copie des rapports exigés par la loi.

12 Enfin, les deux rapports visés à l’article 7:180 doivent être déposés au greffe du tribunal de l’entreprise compétent, lequel s’assurera de la publication d’une mention de leur objet aux Annexes du *Moniteur belge*.

IV. Sanctions

13 En l’absence des rapports de l’organe d’administration ou du commissaire, du réviseur d’entreprises ou de l’expert-comptable externe, l’article 7:180, alinéa 4 prévoit que la décision de l’assemblée générale est nulle. Cette nullité est acquise sans qu’il soit nécessaire de démontrer que l’irrégularité a pu avoir une influence sur la délibération ou le vote des actionnaires.

14 Comme en matière d’émission d’actions, cette disposition ne vise cependant que la décision de l’assemblée générale, et non la décision de l’organe d’administration prise dans le cadre du capital autorisé, le cas échéant. Dans cette hypothèse, il appartiendra donc au demandeur en nullité de se fonder sur la disposition générale de

(*1) Il est également renvoyé au récent article qui y est consacré par P. CAPIAU et R. VOS, « Artikel 7:155 WVV over soortvorming : een venture capital-perspectief », *R.P.S.-T.R.V.*, 2022/2, spéc. pp. 77-78.

l'article 2:42 et d'apporter la preuve que l'absence des rapports prescrits par la loi a pu avoir une influence sur la délibération ou le vote ou a été commise dans une intention frauduleuse.

15 En tout état de cause, les administrateurs qui procèdent à une émission d'obligations convertibles ou de droits de souscription sur la base d'une autorisation statutaire, sans suivre la procédure légale d'information des actionnaires, engagent leur responsabilité personnelle pour violation de la loi conformément aux articles 2:56 et suivants du Code des sociétés et des associations.

V. Contrôle de l'Autorité des services et marchés financiers

16 En cas d'émission d'obligations convertibles ou de droits de souscription, l'article 583 de l'ancien Code des sociétés exigeait des sociétés ayant fait ou faisant publiquement appel à l'épargne qu'elles transmettent une copie du rapport du conseil d'administration concernant l'émission envisagée à la FSMA, au moins quinze jours avant la convocation de l'assemblée générale ou, selon le cas, du conseil d'administration appelés à délibérer sur l'opération. Si la FSMA estimait que ce rapport apportait un éclairage insuffisant aux actionnaires ou était de nature à les induire en erreur, elle en informait la société et ses administrateurs afin qu'ils tiennent compte de ses observations. En cas de manquement persistant, il lui appartenait de suspendre la convocation, la délibération ou l'émission projetée, pendant trois mois au plus.

17 C'était là le seul cas dans lequel l'ancien Code des sociétés reconnaissait à la FSMA la prérogative d'approuver un rapport du conseil d'administration, témoignage d'un « *reliquat de méfiance à l'égard des valeurs mobilières concernées, datant d'une époque où ces valeurs mobilières étaient encore relativement nouvelles* » (*1). Cette méfiance apparaît aujourd'hui dépassée, puisque l'article 7:180 n'impose plus aux sociétés cotées de soumettre le rapport de leur organe d'administration concernant une émission d'obligations convertibles ou de droits de souscription au contrôle de la FSMA (*2).

18 Dernier témoin de cette suspicion du législateur à l'égard d'instruments pourtant légitimes et aujourd'hui largement répandus, l'article 7:193, § 2 prévoit encore que les rapports de l'organe d'administration et du commissaire de la société doivent être communiqués à la FSMA lorsque, dans le cadre de l'émission d'obligations convertibles ou de droits de souscription par une société cotée, le droit de préférence des

(*1) Projet de loi introduisant le Code des sociétés et des associations et portant des dispositions diverses, *Doc.*, Chambre, 54-3119/001, p. 257.

(*2) E. POTTIER, T. L'HOMME, L.-Y. TU et G. VISEUR, « Nouveautés en matière de sociétés anonymes et de sociétés cotées », *R.D.C.-T.B.H.*, 2018/9, p. 1031, n° 73.

actionnaires existants est limité ou supprimé en faveur d'une ou plusieurs personnes déterminées qui ne sont pas membres du personnel de cette société. Comme sous l'empire de l'article 583 de l'ancien Code des sociétés, ces rapports doivent être remis à la FSMA au moins quinze jours avant la convocation (et non quinze jours avant la tenue) de l'assemblée générale ou, selon le cas, de l'organe d'administration appelé à délibérer sur l'émission.

19 À ces rapports doit être joint un dossier établi conformément aux prescriptions établies par la FSMA dans sa communication 2019/13 du 29 mars 2022 sur les modalités pratiques de l'introduction et du traitement des dossiers d'offre publique.

20 Si, sur la base des informations dont elle dispose, la FSMA estime que le rapport de l'organe d'administration de la société cotée éclaire insuffisamment les actionnaires ou qu'il est de nature à les induire en erreur, elle en informe immédiatement la société et chacun des membres de son organe d'administration. Ce dernier est ainsi en mesure de modifier ou compléter son projet de rapport sur la base des observations formulées par la FSMA, sans cependant pouvoir y faire mention de l'intervention de la FSMA sous quelque forme que ce soit. Si la FSMA estime que ses observations n'ont pas été correctement prises en compte, elle peut, par décision motivée et notifiée à la société cotée par lettre recommandée, suspendre la convocation, la délibération ou l'émission projetée, pendant trois mois au plus à dater de cette notification. Elle peut en outre rendre sa décision publique.

21 Il convient encore de préciser qu'en vertu de l'article 7:232, ceux qui transmettent sciemment à la FSMA des renseignements inexacts ou incomplets dans le dossier visé à l'article 7:193, § 2, du même code sont passibles d'une amende de cinquante à dix mille euros (à majorer des décimes additionnels conformément à la loi du 5 mars 1952 relative aux décimes additionnels sur les amendes pénales) et d'un emprisonnement d'un mois à un an.

7:181. Si l'augmentation de capital annoncée n'est pas entièrement souscrite, le capital n'est augmenté à concurrence des souscriptions recueillies que si les conditions de l'émission ont expressément prévu cette possibilité.

Commentaire de l'article 7:181 du Code des sociétés et des associations

Auteurs : Laurent ROBERT et Valérie DEMEUR

Mise à jour : 1^{er} juillet 2022

DOCTRINE IMPORTANTE

CULOT, H., « La libération du capital : examen de quelques difficultés pratiques », MALHERBE, J. et É.-J. NAVEZ (coord.), *Droit des affaires et sociétés. Actualités et nouveaux enjeux ?*, Limal, Anthemis, 2013, pp. 97-126.

DE CORDT, Y. (coord.), *Société anonyme*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2021, pp. 605-638.

HAMENDE, P., *La constitution d'une SA*, Liège, Wolters Kluwer, 2021, pp. 87-104.

COMMENTAIRE

Structure

- I. Origine et présentation de l'article
- II. Principe et exception
- III. Souscription intégrale

I. Origine et présentation de l'article

I L'article 7:181 du Code des sociétés et des associations correspond à l'article 584 de l'ancien Code des sociétés, qui reprenait lui-même le texte de l'article 34, § 5, des lois coordonnées sur les sociétés commerciales mais l'étendait aux souscriptions privées – l'article 34, § 5, des lois coordonnées visant en effet de manière spécifique les souscriptions publiques.

2 En ce qui concerne les souscriptions privées, la règle aujourd'hui déposée à l'article 7:181 est en réalité issue d'un arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles du 1^{er} mars

1988, qui décide que l'assemblée générale des actionnaires peut valablement décider d'augmenter le capital de la société au moyen de souscriptions privées, même si celles-ci n'atteignent pas le montant annoncé de l'augmentation de capital. La cour a ainsi rejeté l'argument selon lequel l'objet de la décision de l'assemblée générale n'était pas déterminé dès lors que le montant définitif de l'augmentation de capital ne pouvait être connu à l'avance avec certitude. Au contraire, elle a considéré que le montant de l'augmentation de capital, s'il n'était pas déterminé, était à tout le moins déterminable (*1).

II. Principe et exception

3 L'article 7:181 du Code des sociétés et des associations établit que lorsqu'une augmentation de capital annoncée n'est pas souscrite dans sa totalité, les souscriptions recueillies restent en principe sans effet et l'opération est abandonnée dans son ensemble (*2). La règle est néanmoins supplétive, de sorte que les conditions d'émission des actions nouvelles peuvent s'en écarter de manière expresse et envisager la possibilité d'une augmentation de capital à concurrence des souscriptions recueillies pour un montant inférieur à celui annoncé (*3). De même, rien n'interdit de préciser dans les conditions d'émission que l'augmentation de capital n'aura lieu que si les souscriptions recueillies atteignent un montant minimal déterminé, fût-il inférieur au montant annoncé de l'opération. L'introduction d'une telle flexibilité permettra de se prémunir contre une éventuelle insuffisance des souscriptions recueillies, mais également contre les conséquences de l'annulation de souscriptions non valables, amputant le montant total des souscriptions participant à l'augmentation de capital (*4).

4 L'application de l'article 7:181 présuppose que la réalisation de l'augmentation ne soit pas concomitante à la décision d'augmenter le capital, l'opération se déroulant en deux phases distinctes conformément aux articles 7:185 et 7:186 du Code des sociétés et des associations. La décision d'augmentation du capital mentionnera dans cette hypothèse le montant prévu de l'opération et, le cas échéant, les conséquences en cas de souscriptions insuffisantes. L'organe d'administration recueillera ensuite les engagements des souscripteurs, avant de constater si l'augmentation de capital peut avoir lieu ainsi que le montant de celle-ci.

(*1) Bruxelles, 1^{er} mars 1988, *J.T.*, 1988, p. 232, note A. BENOIT-MOURY, *T.R.V.*, 1988, p. 115, note M. WYCKAERT, « De formaliteiten en de voorwaarden van een kapitaalverhoging buiten voorkeurecht in het kader van het toegestaan kapitaal », p. 146, n° 14-15.

(*2) L. LEGEIN, « Quelques questions spéciales de droit des sociétés en rapport avec les opérations d'appel au marché des capitaux », *D.B.F.*, 2008/5, p. 255, n° 23.

(*3) Y. DE CORDT (coord.), *Société anonyme*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2021, p. 606, n° 691.

(*4) A. COIBION, « Les responsabilités des dirigeants dans le contexte de certaines opérations financières. Droit actuel et impact de la réforme attendue du droit des sociétés », in X., *Les responsabilités des administrateurs*, Séminaire Vanham & Vanham, 13 janvier 2019, p. 29 ; P. HAMENDE, « C.S.A. art. 7:195 », *Commentaire systématique Code des sociétés et des associations*, 15 août 2021, f. mob., n° 5.

5 Bien que la loi ne le prévoit pas expressément, rien ne semble par ailleurs s'opposer à ce que les conditions de l'émission autorisent l'organe d'administration à constater la réalisation de l'augmentation de capital en plusieurs étapes, au fur et à mesure des souscriptions recueillies. La loi ne paraît pas interdire un tel « saucissonnage » de l'opération, et ni l'article 7:181, ni les articles 7:185 et 7:186 du Code des sociétés et des associations n'imposent un délai maximal afin de recueillir des souscriptions supplémentaires jusqu'à concurrence du montant total de l'augmentation de capital annoncée. Encore faut-il ajouter que lorsque l'augmentation de capital rémunère un apport en nature ou un apport mixte, l'article 7:183 impose sa libération intégrale – en ce compris l'éventuelle quotité en numéraire – dans un délai de cinq ans à dater de la *décision* d'augmenter le capital (*1). Si l'opération d'augmentation de capital se déroule en deux temps, le délai légal de cinq ans prend donc cours avant même l'engagement du souscripteur et la période durant laquelle l'organe d'administration peut rechercher des souscriptions complémentaires se limite également à cinq ans à dater de la décision d'augmentation du capital.

6 Si le montant prévu de l'augmentation n'est pas atteint et que les conditions de l'émission n'autorisent pas expressément l'organe d'administration à constater une augmentation de capital à concurrence du montant des souscriptions déjà recueillies, ce dernier peut néanmoins organiser un nouveau tour de souscription afin d'espérer compléter les souscriptions insuffisantes.

III. Souscription intégrale

7 Pour être complet, il convient encore de préciser que la règle supplétive inscrite à l'article 7:181 n'emporte aucune violation du principe résultant de l'article 7:177, alinéa 3, en vertu duquel les actions émises doivent être intégralement et, nonobstant toute disposition contraire, inconditionnellement souscrites. En effet, les engagements des souscripteurs doivent être considérés comme fermes et inconditionnels même si l'augmentation de capital projetée est finalement abandonnée en raison de l'insuffisance des souscriptions recueillies.

8 C'est en effet la décision d'augmenter le capital elle-même qui doit être considérée comme étant soumise à une condition suspensive implicite d'obtention des engagements de souscription suffisants, sauf stipulation contraire des termes de l'émission. Si cette condition suspensive échoue à se réaliser, la décision d'augmentation du capital prise par l'assemblée générale (ou l'organe d'administration, le cas échéant) disparaît avec effet rétroactif.

(*1) P. HAMENDE, *La constitution d'une SA*, Liège, Wolters Kluwer, 2021, p. 91, n° 139 ; M. MASSAGE, *L'adaptation du droit des SA aux 2^e et 4^e directives européennes*, Bruxelles, Swinnen, 1985, p. 38 ; H. CULOT, « La libération du capital : examen de quelques difficultés pratiques », in J. MALHERBE et É.-J. NAVEZ (coord.), *Droit des affaires et sociétés – Actualités et nouveaux enjeux*, Limal, Anthemis, 2013, p. 84.

7:182. § 1^{er}. La société ne peut souscrire ses propres actions ou des certificats afférents à ces actions et émis au moment de l'émission de ces actions, ni directement, ni par une société filiale, ni par une personne agissant en son nom propre mais pour le compte de la société ou de la société filiale.

La personne qui a souscrit des actions ou des certificats visés à l'alinéa 1^{er} en son nom propre mais pour le compte de la société ou de la société filiale est considérée comme ayant souscrit pour son propre compte.

Tous les droits afférents aux actions ou aux certificats visés à l'alinéa 1^{er} souscrits par la société ou sa filiale sont suspendus, tant que ces actions ou ces certificats n'ont pas été aliénés.

§ 2. Le paragraphe 1^{er} n'est pas applicable à la souscription d'actions ou de certificats visés au paragraphe 1^{er} d'une société par une société filiale qui est, en sa qualité d'opérateur professionnel sur titres, une société de bourse ou un établissement de crédit.

Commentaire de l'article 7:182 du Code des sociétés et des associations

Auteurs : Laurent ROBERT et Valérie DEMEUR

Mise à jour : 1^{er} juillet 2022

DOCTRINE IMPORTANTE

DE CORDT, Y. (coord.), *Société anonyme*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2021, pp. 605-638.

FYON, M. et POKORNY, V., « Les actions sans droit de vote et les parts bénéficiaires à l'ère du CSA », *R.P.S.-T.R.V.*, 2021/1, pp. 20-51.

HAINAUT-HAMENDE, P., *Répertoire notarial*, t. XII, *Le droit commercial et économique*, livre 3/2, Bruxelles, Larcier, 2009, n° 610.

LAMBRECHT, P. et DE PIERPONT, G., « Les modifications du capital dans la SA », *Guide juridique de l'entreprise : traité théorique et pratique*, livre 46.3, 2^e éd., Diegem, Kluwer, 2012, pp. 11-46.

WYCKAERT, M., « Kapitaal in N.V. en B.V.B.A. Vermogens- en kapitaalvorming door inbreng. Rechten en plichten van vennoten », *Reeks rechtspersonen- en vennootschapsrecht*, Kalmthout, Biblo, 1995, p. 253.

WYCKAERT, M., « De notaris kan tellen : een wandeling doorheen de kapitaalbewegingen in de naamloze vennootschap », *M.N.F.*, 2006/9-10, p. 292, n° 22.

WYMEERSCH, M., « De nieuwe regelen inzake kapitaalvorming », *Het gewijzigde vennootschapsrecht 1991*, Anvers, Maklu, 1992, pp. 102-103.

COMMENTAIRE

Structure

- I. Origine et présentation de l'article
- II. Personnes visées
 - A. La société elle-même
 - B. Les filiales de la société
 - C. Les prête-noms
- III. Titres visés
 - A. Actions
 - B. Certificats
 - C. Parts bénéficiaires
 - D. Obligations convertibles et droits de souscription
- IV. Sanctions

I. Origine et présentation de l'article

1 L'article 7:182 du Code des sociétés et des associations correspond à l'article 585 de l'ancien Code des sociétés. En substance, cette disposition fait interdiction à la société de souscrire ses propres actions ou certificats, tant directement que par l'intermédiaire de l'une de ses filiales ou d'une personne tierce agissant pour son compte ou celui de l'une de ses filiales.

2 L'article 7:5 interdit également, dans des termes identiques, la souscription des actions ou certificats d'une société par la société elle-même, ses filiales ou une personne agissant pour leur compte, à l'occasion de la constitution de la société. Si les deux premières hypothèses sont sans doute fort théoriques, la troisième pourrait se concevoir sous l'angle de l'article 2:2 du Code des sociétés et des associations, qui permet à la société de reprendre les engagements pris pour son compte lorsqu'elle était en cours de formation. Du reste, si l'article 7:182 ne vise que la souscription d'actions et de certificats propres, il faut garder à l'esprit les dispositions des articles 7:215 et suivants du Code des sociétés et des associations, qui lui sont complémentaires et soumettent les acquisitions d'actions, de parts bénéficiaires ou de certificats propres par la société elle-même et ses filiales à de nombreuses restrictions.

II. Personnes visées

A. LA SOCIÉTÉ ELLE-MÊME

3 L'article 7:182 interdit à la société de souscrire tant les actions qu'elle émet lors d'une augmentation de son propre capital, que les certificats afférents à ces actions et émis au moment de l'émission de ces actions.

B. LES FILIALES DE LA SOCIÉTÉ

4 La même interdiction frappe les filiales de la société concernée, c'est-à-dire, selon les définitions des articles 1:14 et 1:15, les sociétés à l'égard desquelles la société concernée exerce le pouvoir de droit ou de fait d'exercer une influence décisive sur la désignation de la majorité de leurs administrateurs ou gérants ou sur l'orientation de leur gestion. Un tel pouvoir résulte notamment de la détention de la majorité des droits de vote attachés à l'ensemble des actions, parts ou autres titres émis par la filiale.

5 Par exception, la souscription d'actions ou de certificats d'une société par l'une de ses filiales qui, en sa qualité d'opérateur professionnel sur titres, est une société de bourse ou un établissement de crédit, échappe au champ d'application de l'interdiction de l'article 7:182. Cette exception résulte de l'article 24bis, § 4, alinéa b), de la Deuxième Directive n° 77/91/CEE du Conseil du 13 décembre 1976 telle que modifiée par la Directive n° 92/101/CEE du Conseil du 23 novembre 1992, qui autorise les souscriptions, acquisitions et détentions d'actions « effectuées par une société en sa qualité d'opérateur professionnel sur titres, pourvu que celle-ci soit membre d'une Bourse de valeurs située ou opérant dans un pays de la C.E., ou qu'elle soit agréée ou surveillée par une autorité compétente pour la surveillance des opérateurs professionnels sur titres, qui au sens de cette Directive, peuvent inclure les établissements de crédit ». Selon les travaux préparatoires, cette disposition a vocation à permettre aux opérateurs professionnels sur titres de participer à l'émission de titres de leur société mère en tant que preneur ferme ou caution, sans méconnaître l'interdiction de souscription d'actions propres (*1). Eu égard à l'intention exprimée par les législateurs européen et belge, il est donc permis de considérer que la société qui, en sa qualité d'opérateur professionnel sur titres, est une société de bourse ou un établissement de crédit, ne jouit pas d'un blanc-seing lui permettant de souscrire sans restriction aucune aux actions ou certificats émis par sa société mère. Elle ne peut y être autorisée que si elle souscrit ces titres en sa qualité d'opérateur professionnel et dans le cadre des activités qu'elle mène à ce titre (*2).

6 En revanche, même les sociétés de bourse et les établissements de crédit ne peuvent souscrire leurs propres actions ou certificats, fût-ce en leur qualité d'opérateurs professionnels sur titres.

(*1) Projet de loi modifiant les lois sur les sociétés commerciales, coordonnées le 30 novembre 1935, *Doc.*, Sénat, 1993-1994, n° 1086-2, p. 37.

(*2) P. HAINAUT-HAMENDE, « Interdiction de souscription, par la société ou une de ses filiales, des titres émis », *Rép. not. (f. mob.)*, t. XII, *Le droit commercial et économique*, livre 3/2, Bruxelles, Larcier, 2009, n° 610 ; P. LAMBRECHT et G. DE PIERPONT, « Les modifications du capital dans la SA », *Guide juridique de l'entreprise : traité théorique et pratique*, livre 46.3, 2^e éd., Diegem, Kluwer, 2012, p. 13.

C. LES PRÊTE-NOMS

7 Une troisième catégorie de personnes est encore visée par l'article 7:182, à savoir celles qui souscrivent des actions ou des certificats de la société en leur nom propre, mais pour le compte de la société elle-même ou de l'une de ses filiales. De telles conventions de prête-nom sont réputées non écrites lorsqu'elles contreviennent à l'interdiction de souscription d'actions ou certificats propres instituée par l'article 7:182.

III. Titres visés

A. ACTIONS

8 La règle inscrite à l'article 7:182 s'applique aux actions émises par la société, qu'elles soient assorties d'un droit de vote ou non (*1). En effet, c'est « *un truisme que de souligner que les actions sans droit de vote sont, comme leur nom l'indique, des actions. Les dispositions du CSA relatives aux actions leur sont donc applicables, sauf mention contraire* » (*2).

B. CERTIFICATS

9 Elle s'applique également aux certificats afférents à ces actions et émis au moment de leur émission. Les certificats constituent des instruments nominatifs ou dématérialisés, émis par une personne morale qui conserve ou acquiert la propriété des titres (actions, parts bénéficiaires, obligations convertibles ou droits de souscription) auxquels ils se rapportent et qui s'engage à réserver tout produit ou revenu de ces titres au titulaire des certificats. L'émetteur des certificats est donc une personne morale distincte de la société dont les titres sont ainsi certifiés, bien que les certificats puissent être émis en collaboration avec elle.

10 Le régime applicable à ces instruments fait l'objet de l'article 7:61 du Code des sociétés et des associations, au commentaire duquel il peut être renvoyé.

11 Il convient par ailleurs de préciser que l'article 7:182 ne vise que les certificats émis au moment de l'émission des actions auxquelles ils se rapportent, c'est-à-dire dans le cadre d'une augmentation de capital. Ne sont donc pas visés les certificats

(*1) M. FYON et V. POKORNY, « Les actions sans droit de vote et les parts bénéficiaires à l'ère du CSA », *R.P.S.-T.R.V.*, 2021/1, p. 27, n° 33 ; S. DE GEYTER, « WVV art. 7:182 », *Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, janvier 2020, f. mob., n° 4.

(*2) M. FYON et V. POKORNY, « Les actions sans droit de vote et les parts bénéficiaires à l'ère du CSA », *R.P.S.-T.R.V.*, 2021/1, p. 27, n° 33.

résultant d'une opération de certification d'actions existantes. En revanche, l'article 7:215 relatif aux rachats de titres propres interdit aux sociétés anonymes de souscrire des certificats postérieurement à l'émission des actions ou parts bénéficiaires auxquelles ils se rapportent, sauf lorsque les conditions que cette disposition prescrit sont remplies.

C. PARTS BÉNÉFICIAIRES

12 L'article 7:182 du Code des sociétés et des associations ne précise pas si l'interdiction qu'il contient s'applique également aux parts bénéficiaires.

13 En vertu de l'article 7:58 du même code, les parts bénéficiaires sont des titres qui ne représentent pas le capital de la société, mais auxquels les statuts peuvent néanmoins attacher des droits sociaux, dont en particulier le droit de vote (sous réserve des restrictions indiquées à l'article 7:59 du même code). Actions et parts bénéficiaires constituent ainsi les deux seules catégories de titres susceptibles de conférer un droit de vote (*1). La question se pose dès lors de savoir si les parts bénéficiaires relèvent du champ d'application de l'article 7:182 au même titre que les actions et les certificats. Il en va d'autant plus ainsi qu'aux termes de l'article 7:215, une société anonyme ne peut acquérir que sous des conditions strictes, non seulement ses propres actions et certificats, mais également ses propres parts bénéficiaires. Il serait dès lors quelque peu curieux qu'une société puisse souscrire ses propres parts bénéficiaires mais qu'il lui soit en revanche interdit de les acquérir auprès d'un tiers après leur émission.

14 Sous l'empire des lois sur les sociétés commerciales coordonnées le 30 novembre 1935, la doctrine était partagée sur cette question (*2). Sous l'angle du Code des sociétés et des associations, il semble cependant difficile de soutenir la thèse selon laquelle l'article 7:182, lorsqu'il vise les actions de la société, engloberait également ses parts bénéficiaires. L'article 2:61 et les travaux préparatoires s'y rapportant (*3) confirment que les actions et les parts bénéficiaires sont en effet deux catégories de titres bien distinctes (*4). Du reste, la circonstance que l'article 7:215 vise expressément les parts bénéficiaires aux côtés des actions et certificats, alors que l'article 7:182 ne mentionne que ces deux dernières catégories de titres, démontre *a contrario* que le

(*1) Projet de loi introduisant le Code des sociétés et des associations et portant des dispositions diverses, *Doc.*, Chambre, 54-3119/001, p. 201.

(*2) E. WYMEERSCH, « De nieuwe regelen inzake kapitaalvorming », *Het gewijzigde vennootschapsrecht 1991*, Anvers, Maklu, 1992, pp. 102-103 ; M. WYCKAERT, « Kapitaal in N.V. en B.V.B.A. Vermogens- en kapitaalvorming door inbreng. Rechten en plichten van vennoten », *Reeks rechtspersonen- en vennootschapsrecht*, Kalmthout, Biblo, 1995, p. 253.

(*3) Projet de loi introduisant le Code des sociétés et des associations et portant des dispositions diverses, *Doc.*, Chambre, 54-3119/001, p. 76.

(*4) Dans le même sens, voir S. DE GEYTER, « WVV art. 7:182 », *Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, janvier 2020, f. mob., n° 4.

législateur n'a pas entendu soumettre les parts bénéficiaires au régime de l'article 7:182.

15 Il en résulte qu'une société, ses filiales ou une personne agissant pour le compte de l'une d'entre elles peut valablement souscrire des parts bénéficiaires émises par la société. Le cas échéant, le pouvoir votal reconnu aux détenteurs de ces titres devra toutefois être limité conformément à l'article 7:59, alinéa 2, du Code des sociétés et des associations, selon lequel les parts bénéficiaires ne peuvent se voir attribuer dans l'ensemble un nombre de voix supérieur à la moitié de celui attribué à l'ensemble des actions, ni être comptées dans le vote pour un nombre de voix supérieur aux deux tiers du nombre des voix émises par les actions.

D. OBLIGATIONS CONVERTIBLES ET DROITS DE SOUSCRIPTION

16 Les obligations convertibles et les droits de souscription ne sont pas davantage visés par l'article 7:182 du Code des sociétés et des associations, bien qu'ils permettent à leur détenteur de souscrire des actions de la société. S'agissant des obligations convertibles, la solution « *peut se justifier par le fait que, jusqu'à leur conversion, celles-ci ne représentent pas le capital, mais une dette de la société* » (*1). Elles ne sont pas émises en rémunération d'un apport et aucun des droits sociaux caractérisant les actions ne s'y attache en principe (*2). De même, les droits de souscription ou *warrants* ne représentent pas une quotité du capital social et ne confèrent en principe aucun droit à leur détenteur, sinon celui de souscrire des actions.

17 Il s'en déduit que la société, ses filiales et les personnes agissant pour leur compte peuvent valablement souscrire des obligations convertibles ou des droits de souscription émis par la société (*3). En pratique, il est d'ailleurs relativement fréquent de voir une société souscrire des droits de souscription qu'elle émet elle-même, dans l'optique de les attribuer ultérieurement à certains membres de son personnel dans le cadre d'un plan d'intéressement à son capital (*4).

(*1) P. HAMER et B. DAVID, « Art. 585 C. soc. », *Commentaire systématique du Code des sociétés*, 1^{er} octobre 2002, f. mob. ; P. HAINAUT-HAMENDE, *Rép. not. (f. mob.)*, t. XII, *Le droit commercial et économique*, livre 3/2, Bruxelles, Larcier, 2009, n° 610.

(*2) S. DE GEYTER, « WVV art. 7:182 », *Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, janvier 2020, f. mob., n° 4.

(*3) S. DE GEYTER, « WVV art. 7:182 », *Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, janvier 2020, f. mob., n° 4 ; P. HAMER et B. DAVID, « Art. 585 C. soc. », *Commentaire systématique du Code des sociétés*, 1^{er} octobre 2002, f. mob. ; P. HAINAUT-HAMENDE, *Rép. not. (f. mob.)*, t. XII, *Le droit commercial et économique*, livre 3/2, Bruxelles, Larcier, 2009, n° 610.

(*4) P. HAMER et B. DAVID, « Art. 585 C. soc. », *Commentaire systématique du Code des sociétés*, 1^{er} octobre 2002, f. mob. ; S. DE GEYTER, « WVV art. 7:182 », *Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, janvier 2020, f. mob., n° 4.

18 Certains auteurs ont toutefois émis des réserves quant à la possibilité pour la société elle-même de souscrire ses propres obligations. Ils considèrent en effet qu'en vertu de l'article 1300 du Code civil, la réunion des qualités de créancier et de débiteur dans le chef de la société émettrice entraînerait immédiatement l'extinction de la créance incorporée dans les obligations ainsi souscrites par l'effet de la confusion (*1). À l'inverse, une société pourrait souscrire ses propres warrants sans risque de confusion, puisqu'un warrant n'incorpore aucun droit de créance est n'est dès lors pas soumis à l'article 1300 du Code civil (*2).

19 Cette thèse s'appuie cependant sur une conception erronée du mécanisme de confusion. Aux termes d'une jurisprudence établie de la Cour de cassation, la confusion ne constitue pas un mode d'extinction de la créance, mais seulement un obstacle temporaire à son exécution (*3). Lorsque la créance cesse d'être détenue par le débiteur, la confusion prend fin et la créance peut dès lors être mise en œuvre. C'est ainsi qu'il « *peut arriver qu'une société détienne en portefeuille des obligations qu'elle a émises. Ces obligations restent des titres valables et pourront, le cas échéant, être revendues* » (*4). Il faut donc admettre que la détention par une société de ses obligations propres, que ce soit à la suite d'une souscription ou d'un rachat, est parfaitement concevable. Sans doute peut-on néanmoins reconnaître que la souscription d'obligations propres est une opération fort peu fréquente en pratique.

20 Il n'en reste pas moins que les personnes visées à l'article 7:182, si elles peuvent souscrire des obligations convertibles ou des droits de souscription émis par la société, ne peuvent ni convertir les premières, ni exercer les seconds.

21 La solution est certaine en ce qui concerne les droits de souscription, puisque leur exercice implique précisément une souscription d'actions et un apport au capital social. S'agissant des obligations convertibles, elle paraît cependant contestée par une auteure qui établit une distinction entre le cas de la société elle-même et celui de sa filiale.

22 Selon cette auteure, la société elle-même ne pourrait convertir ses propres obligations convertibles en actions, au motif que la réunion dans son chef des qualités de créancier et de débiteur paralyserait l'exécution de la créance incorporée aux titres et

(*1) P. HAINAUT-HAMENDE, *Rép. not. (f. mob.)*, t. XII, *Le droit commercial et économique*, livre 3/2, Bruxelles, Larcier, 2009, n° 610 ; M. WYCKAERT, « De notaris kan tellen : een wandeling doorheen de kapitaalbewegingen in de naamloze vennootschap », *M.N.F.*, 2006/9-10, p. 292, n° 22.

(*2) P. HAINAUT-HAMENDE, *Rép. not. (f. mob.)*, tome XII, *Le droit commercial et économique*, livre 3/2, Bruxelles, Larcier, 2009, n° 610 ; M. WYCKAERT, « De notaris kan tellen : een wandeling doorheen de kapitaalbewegingen in de naamloze vennootschap », *M.N.F.*, 2006/9-10, p. 292, n° 22.

(*3) Cass., 26 octobre 1962, *Pas.*, 1963, I, p. 259 ; Cass., 9 septembre 1965, *Pas.*, 1966, I, p. 44, *R.C.J.B.*, 1967, p. 42, note J. RENAULD ; P. VAN OMME-SLAGHE, *Droit des obligations*, t. III, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 2140.

(*4) Y. DE CORDT (coord.), *Société anonyme*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2021, p. 120, n° 127.

l'empêcherait dès lors d'exiger leur conversion. L'impossibilité de conversion en actions serait donc une conséquence de l'article 1300 du Code civil, et non de l'article 7:182 du Code des sociétés et des associations. Une filiale de la société, en revanche, resterait parfaitement libre de convertir les obligations convertibles de sa société mère en actions, dès lors qu'aucune confusion ne l'affecte et que l'exercice du droit de conversion ne constituerait pas une souscription prohibée par l'article 7:182. En effet, le détenteur des obligations convertibles acquerrait les actions de la société émettrice sans nouvel apport, sur la seule base des conditions obligataires (*1).

23 Cette argumentation ne nous semble pas entièrement convaincante, dans la mesure où « *la conversion d'une obligation en action se résout en l'apport d'une créance à charge de la société* » (*2). En d'autres termes, la conversion d'une obligation convertible en actions s'analyse comme un apport de cette obligation au capital de la société émettrice, en contrepartie duquel cette dernière émet des actions au profit de l'apporteur. L'opération implique donc une souscription aux actions de la société émettrice, qui relève à notre sens de l'article 7:182 du Code des sociétés et des associations.

IV. Sanctions

24 La sanction prévue en cas de méconnaissance de l'interdiction prévue par l'article 7:182 varie selon l'identité du souscripteur.

25 Lorsque la société où l'une de ses filiales a souscrit les actions ou certificats de la société, tous les droits afférents à ces titres sont suspendus aussi longtemps qu'ils n'ont pas été aliénés, sauf dans l'hypothèse où ils ont été souscrits par une filiale qui, en sa qualité d'opérateur professionnel sur titres, est une société de bourse ou un établissement de crédit. La sanction vise autant les droits patrimoniaux que les droits sociaux attachés, le cas échéant, aux titres en question.

26 À l'inverse, dans l'hypothèse où les actions ou certificats de la société ont été souscrits par une personne agissant en son nom propre, mais pour le compte de la société ou de l'une de ses filiales, cette personne est de plein droit considérée comme

(*1) S. DE GEYTER, « WVV art. 7:18 », *Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, janvier 2020, f. mob., n° 4.

(*2) P. HAINAUT-HAMENDE et G. RAUCQ, *Rép. not.* (f. mob.), t. XII, *Le droit commercial et économique*, livre 3/1, Bruxelles, Larcier, 2005, n° 320.

ayant souscrit les actions ou certificats pour son propre compte. Les droits attachés à ces titres ne sont pas suspendus ni autrement affectés (*1).

27 Il faut en outre rappeler qu'en vertu de l'article 7:205, 3^o, du Code des sociétés et des associations, nonobstant toute disposition contraire, les membres du conseil d'administration ou du conseil de surveillance sont tenus solidairement et l'administrateur unique est tenu envers les intéressés de la libération des actions souscrites, directement ou au moyen de certificats, en violation de l'article 7:182. Cette obligation de libération s'applique sans difficulté lorsque les actions ou certificats ont été souscrits par la société elle-même ou l'une de ses filiales. Elle s'impose également lorsque les titres ont été souscrits par une personne agissant pour le compte de la société ou de l'une de ses filiales, même si cette personne doit être considérée comme ayant souscrit les actions ou certificats pour son propre compte. L'article 7:205, 3^o n'émet en effet aucune distinction entre les souscripteurs et il est incontestable que celui qui souscrit des actions pour le compte de la société émettrice ou de l'une de ses filiales méconnaît les termes de l'article 7:182.

28 Il faut également rappeler que les administrateurs dont la responsabilité est engagée sur la base de l'article 7:205, 1^o, du Code des sociétés et des associations ne bénéficient pas des limitations de responsabilité prévues à l'article 2:57 du même code (*2). Leur responsabilité s'étend par conséquent à la totalité des montants souscrits en violation de l'article 7:182 et non libérés.

29 En principe, les membres de l'organe d'administration qui se sont vus contraints de libérer les actions souscrites en violation de l'article 7:182 du Code des sociétés et des associations disposent néanmoins d'un recours en réparation fondé sur le droit commun de la responsabilité civile à l'encontre des souscripteurs (*3). Pour rappel, l'article 7:183 prévoit que chaque action doit être libérée d'un quart lors de sa souscription et les actions correspondant en tout ou en partie à des apports en nature doivent être entièrement libérées dans un délai de cinq ans à dater de la décision d'augmentation du capital.

(*1) Contrairement à ce que certains auteurs semblent considérer (S. DE GEYTER, « WV art. 7:18 », *Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, janvier 2020, f. mob., n° 5, et les références citées), le texte de l'article 7:182 est clair et ne prévoit aucun cumul de sanctions. L'article 7:182, § 1^{er}, alinéa 2 ne vise en effet que le prête-nom et non la société elle-même ou ses filiales. Inversement, le texte de l'article 7:182, § 1^{er}, alinéa 2, lui, ne vise pas le prête-nom, mais seulement la société et ses filiales. Du reste, il n'y aurait aucun sens à suspendre les droits attachés aux actions ou certificats souscrits par un prête-nom alors même qu'il doit être considéré comme ayant souscrit ces titres pour son propre compte.

(*2) Projet de loi introduisant le Code des sociétés et des associations et portant des dispositions diverses, *Doc.*, Chambre, 54-3119/001, p. 265.

(*3) S. DE GEYTER, « WV art. 7:18 », *Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, janvier 2020, f. mob., n° 5.

7:183. Chaque action correspondant à un apport en numéraire et chaque action correspondant en tout ou en partie à un apport en nature doit être libérée d'un quart.

Sans préjudice de l'alinéa 1^{er} les actions correspondant en tout ou en partie à des apports en nature doivent être entièrement libérées dans un délai de cinq ans à dater de la décision d'augmenter le capital.

7:184. Lorsqu'une prime d'émission des actions nouvelles est prévue, le montant de cette prime d'émission doit être intégralement libéré dès la souscription.

Commentaire des articles 7:183 et 7:184 du Code des sociétés et des associations

Auteurs : Laurent ROBERT et Valérie DEMEUR

Mise à jour : 1^{er} juillet 2022

DOCTRINE IMPORTANTE

AYDOGDU, R. et CAPRASSE, O., « Les avances d'associé et la libération du capital : deux notions équivalentes ? », note sous Liège, 14 avril 2005, *Rev. prat. soc.*, 2004, pp. 369-402.

CULOT, H., « La prime d'émission », *Rev. prat. soc.*, 2006, pp. 455-501.

CULOT, H., « La libération du capital : examen de quelques difficultés pratiques », in MALHERBE, J. et NAVEZ É.-J. (coord.), *Droit des affaires et sociétés. Actualités et nouveaux enjeux ?*, Limal, Anthemis, 2013, pp. 97-126.

GEENS, K., WYCKAERT, M., CLOTTENS, C., PARREIN, F., DE DIER, S., COOLS, S., JENNÉ, F. et STEENO, A., « Overzicht van rechtspraak. Vennootschappen (1999-2010) », *T.P.R.*, 2012, pp. 475-488.

HAMENDE, P., « C.S.A. art. 7:19 », *Commentaire systématique Code des sociétés et des associations*, 15 août 2021, f. mob.

HAMENDE, P., *La constitution d'une SA*, Liège, Wolters Kluwer, 2021, pp. 87-104.

HOUBEN, R., « Schuldvergelijking : opeisbaarheid, samenloop en volstorting », note sous Cass., 25 septembre 2006, *R.W.*, 2006, p. 1562.

WYCKAERT, M., « Kapitaal in N.V. en B.V.B.A. Vermogens- en kapitaalvorming door inbreng. Rechten en plichten van vennoten », *Reeks rechtspersonen- en vennootschapsrecht*, Kalmthout, Biblo, 1995, p. 253.

COMMENTAIRE

Structure

- I. Origine et présentation de l'article
- II. Libération des apports (art. 7:183)
 - A. Obligation de libération initiale des apports
 - B. Exigibilité des apports au-delà de la libération initiale
 - 1. Règles légales
 - 2. Règles statutaires
 - 3. Appels de fonds
 - 4. Libération anticipée
 - C. Cas particulier : libération par compensation
 - 1. Principe : la libération par compensation est permise
 - 2. Conditions : dettes réciproques, liquides et exigibles
 - 3. Condition supplémentaire : connexité
 - D. Libération univoque et non simulée
 - E. Responsabilité des administrateurs
- III. Libération de la prime d'émission (art. 7:184) et des obligations convertibles (art. 7:65)

I. Origine et présentation de l'article

1 Les articles 7:183 et 7:184 du Code des sociétés et des associations correspondent respectivement aux articles 586 et 587 de l'ancien Code des sociétés. Tous deux précisent le moment auquel le prix de souscription des actions émises par une société anonyme dans le cadre d'une augmentation de capital doit être acquitté par le souscripteur.

II. Libération des apports (art. 7:183)

A. OBLIGATION DE LIBÉRATION INITIALE DES APPORTS

2 Si la souscription est « *l'engagement de participer à la formation du capital, la libération est l'exécution de cet engagement* » (*1). À cet égard, l'article 7:183 établit que chaque action émise par une société anonyme lors d'une augmentation de capital doit être libérée à concurrence d'un quart au minimum, qu'elle corresponde à un apport en numéraire ou à un apport en nature.

3 Cette exigence de libération immédiate à concurrence d'un quart porte sur chaque action considérée individuellement, et non sur l'ensemble des actions souscrites dans le cadre d'une augmentation de capital. En d'autres termes, le prescrit de l'article 7:183

(*1) P. HAMENDE, *La constitution d'une SA*, Liège, Wolters Kluwer, 2021, p. 87, n° 132. Voir aussi Y. DE CORDT (co-ord.), *Société anonyme*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2021, p. 64, n° 54.

serait méconnu si certaines actions représentant plus du quart des actions nouvellement émises étaient entièrement libérées, tandis que le solde n'était pas libéré du tout (*1). Chacune des actions nouvellement émises doit être libérée à concurrence d'un quart au moins. Cette règle a vocation à empêcher la société de recueillir des souscriptions auprès de personnes insolvables dans le seul but de gonfler fictivement son capital social, puisque chaque souscripteur est ainsi contraint de libérer une partie de son apport *ab initio* (*2). Au-delà du minimum légal d'un quart, rien n'interdit cependant que les actions soient libérées dans des proportions différentes (*3).

4 Du reste, l'acte d'augmentation de capital ou les statuts de la société peuvent renforcer davantage ces exigences légales, par exemple en exigeant la libération d'une quotité plus élevée des apports dès le moment de la souscription ou en prescrivant la libération du solde à un moment déterminé (*4).

5 En vertu de l'article 7:195, la partie de l'apport en numéraire dont la libération a lieu au moment de l'augmentation de capital doit faire l'objet d'un dépôt préalable par versement ou virement sur un compte spécial ouvert au nom de la société auprès d'un établissement de crédit établi dans l'espace économique européen. Ce compte spécial est à la disposition exclusive de la société, étant entendu qu'elle ne pourra en disposer qu'après que le notaire instrumentant ait informé l'établissement de crédit de la passation de l'acte d'augmentation de capital. Si celle-ci n'est pas réalisée dans le mois de l'ouverture du compte spécial, les fonds sont en principe (*5) restitués, à leur demande, à ceux qui les ont déposés. En ce sens, il a par ailleurs été jugé que l'établissement de crédit auprès duquel ce compte spécial est ouvert ne peut valablement invoquer une clause de compensation et d'unicité de comptes contenue dans ses conditions générales bancaires pour disposer des montants versés par les souscripteurs (*6). Pour le surplus, il est renvoyé à cet égard au commentaire consacré à l'article 7:195 du Code des sociétés et des associations (*7).

(*1) P. HAMENDE, *La constitution d'une SA*, Liège, Wolters Kluwer, 2021, p. 89, n° 135 ; H. CULOT, « La libération du capital : examen de quelques difficultés pratiques », in J. MALHERBE et É.-J. NAVEZ (coord.), *Droit des affaires et sociétés – Actualités et nouveaux enjeux*, Limal, Anthemis, 2013, p. 81.

(*2) P. HAMENDE, *La constitution d'une SA*, Liège, Wolters Kluwer, 2021, p. 89, n° 135.

(*3) M. COIPEL, *Les Sociétés privées à responsabilité limitée*, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 215 ; P. HAINAUT-HAMENDE et G. RAUCQ, *Les Sociétés anonymes – Constitution et Fonctionnement*, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 188.

(*4) T. TILQUIN et V. SIMONART, *Traité des Sociétés*, t. III, Bruxelles, Kluwer, 2005, p. 405.

(*5) La Cour d'appel de Liège a cependant considéré que les fonds déposés sur un tel compte spécial par les actionnaires d'une société ne pouvaient leur être restitués lorsque, peu de temps après ce dépôt en vue d'une augmentation du capital de la société, celle-ci avait fait aveu de faillite, de sorte qu'aucune assemblée générale extraordinaire n'avait procédé à l'augmentation de capital. Un tel versement constituerait, selon la cour, un paiement effectué en fraude des droits des créanciers de la société et serait dès lors inopposable à la masse (Liège, 4 septembre 2009, *J.L.M.B.*, 2010, p. 949).

(*6) Comm. Bruxelles, 24 novembre 1997, *R.D.C.*, 1999, p. 45, note P. VAN HOOGHTEEN.

(*7) P. HAMENDE, « C.S.A. art. 7:19 », *Commentaire systématique Code des sociétés et des associations*, 15 août 2021, f. mob.

6 Si l'apport en numéraire n'a pas été libéré dans sa totalité dès l'origine, la libération du solde n'est pas soumise à ces formalités et peut donc avoir lieu par simple virement sur un compte bancaire de la société ou d'une autre façon, pour autant qu'elle soit effectuée en numéraire (*1).

B. EXIGIBILITÉ DES APPORTS AU-DELÀ DE LA LIBÉRATION INITIALE

1. Règles légales

7 La loi n'impose aucun délai particulier pour la libération du solde d'un apport en numéraire (*2), sous la seule réserve du fait que, lorsque cette compétence lui appartient, l'organe d'administration doit toujours agir dans l'intérêt social et ne peut dès lors reporter un appel de fonds si les besoins de financement de la société l'imposent (*3). Il ne pourrait davantage exiger la libération d'un apport lorsque celle-ci ne présente aucune utilité pour la société, à peine de commettre un abus de droit (*4).

8 À l'inverse, les actions correspondant en tout ou en partie à des apports en nature doivent impérativement être entièrement libérées dans un délai de cinq ans à dater de la décision d'augmenter le capital, ce qui suppose néanmoins que les actifs apportés soient susceptibles d'être divisés. À cet égard, certains auteurs estiment néanmoins que le souscripteur pourrait valablement choisir de ne libérer qu'une quote-part indivise correspondant au quart du bien apporté au moment de la souscription, pour autant qu'il libère le solde de son apport dans le délai légal de cinq ans (*5). Sans verser dans la tautologie, si un souscripteur peut en effet diviser l'exécution de son obligation de libération, il faut en déduire que cette obligation n'est tout simplement pas indivisible. La Cour de cassation relève en effet que le caractère indivisible d'une obligation qui résulte de la nature de son objet requiert précisément qu'elle ne soit pas susceptible d'exécution partielle (*6).

9 Le cas échéant, il conviendra également d'être attentif au fait que le délai légal de libération des apports en nature prend cours au moment de la décision d'augmentation de capital, et non lors de la réalisation effective de cette augmentation. Si l'opération

(*1) P. HAMENDE, « C.S.A. art. 7:19 », *Commentaire systématique Code des sociétés et des associations*, 15 août 2021, f. mob., n° 2.

(*2) Gand, 7 novembre 2016, *D.A.O.R.*, 2017/1, p. 135 (sommaire) ; T. TILQUIN et V. SIMONART, *Traité des Sociétés*, t. III, Bruxelles, Kluwer, 2005, p. 405.

(*3) M. WYCKAERT, « Kapitaal in N.V. en B.V.B.A. Vermogens- en kapitaalvorming door inbreng. Rechten en plichten van vennoten », *Reeks rechtspersonen- en vennootschapsrecht*, Kalmthout, Biblo, 1995, p. 322.

(*4) M. WYCKAERT, « Kapitaal in N.V. en B.V.B.A. Vermogens- en kapitaalvorming door inbreng. Rechten en plichten van vennoten », *Reeks rechtspersonen- en vennootschapsrecht*, Kalmthout, Biblo, 1995, p. 311.

(*5) H. CULOT, « La libération du capital : examen de quelques difficultés pratiques », in J. MALHERBE et É.-J. NAVEZ (coord.), *Droit des affaires et sociétés – Actualités et nouveaux enjeux*, Limal, Anthemis, 2013, p. 84 ; T. TILQUIN et V. SIMONART, *Traité des Sociétés*, t. III, Bruxelles, Kluwer, 2005, pp. 419-420.

(*6) Cass., 4 décembre 2009, C.08.0571.F.

se déroule en deux étapes conformément à l'article 7:186, le délai de cinq ans visé à l'article 7:183 sera donc déjà entamé lorsque la société émettra les actions revenant à l'apporteur en nature. En outre, comme l'indique expressément le texte légal, l'obligation de libération intégrale dans les cinq ans s'applique aux « *actions correspondant en tout ou en partie à des apports en nature* ». Il s'en déduit que les actions représentant un apport mixte doivent être libérées intégralement dans ce délai, en ce compris la quotité en numéraire (*1).

10 Ces règles sont identiques à celles applicables lors de la constitution de la société anonyme, reprises à l'article 7:11 du Code des sociétés et des associations, sous réserve de la précision selon laquelle le capital doit, dès la constitution de la société, être libéré intégralement à concurrence du minimum fixé à l'article 7:2, soit 61 500 EUR (*2).

2. Règles statutaires

11 En règle, l'organe d'administration de la société anonyme est compétent pour décréter un appel de fonds, c'est-à-dire inviter le souscripteur à libérer le solde de son apport. Cette prérogative revient toutefois au liquidateur ou au curateur en cas de dissolution ou de faillite de la société (*3).

12 Les statuts peuvent également réserver ce pouvoir à l'assemblée générale des actionnaires (*4). Dans le même ordre d'idées, il est constant que les statuts peuvent expressément déterminer les époques auxquelles les apports des souscripteurs doivent être libérés, voire même assortir leur obligation de libération d'une condition suspensive. De telles clauses statutaires, quoique rares en pratique, sont généralement considérées comme valables et s'imposent même au liquidateur (*5) en cas de dissolution de la société et au curateur (*6) en cas de faillite (*7). Le liquidateur peut toutefois se prévaloir de l'article 2:89 du Code des sociétés et des associations, qui lui permet d'exiger des actionnaires le paiement des sommes que ceux-ci se sont engagés à verser et qu'il juge nécessaires au paiement des dettes de la société et des frais de liquidation. Les statuts peuvent seulement lui interdire d'exiger le paiement des sommes que les

(*1) P. HAMENDE, *La constitution d'une SA*, Liège, Wolters Kluwer, 2021, p. 91, n° 139 ; M. MASSAGE, *L'adaptation du droit des SA aux 2^e et 4^e directives européennes*, Bruxelles, Swinnen, 1985, p. 38 ; H. CULOT, « La libération du capital : examen de quelques difficultés pratiques », in J. MALHERBE et É.-J. NAVEZ (coord.), *Droit des affaires et sociétés – Actualités et nouveaux enjeux*, Limal, Anthemis, 2013, p. 84.

(*2) P. HAMENDE, *La constitution d'une SA*, Liège, Wolters Kluwer, 2021, p. 90, n° 137.

(*3) H. CULOT, « Précisions concernant la libération du capital », *J.D.S.C.*, 2018, p. 27, note sous Gand, 7 novembre 2016, *J.D.S.C.*, 2018, p. 28, n° 1361.

(*4) Y. DE CORDT (coord.), *Société anonyme*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2021, p. 67, n° 60.

(*5) M. WYCKAERT, *Kapitaal in N.V. en B.V.B.A.*, Kalmthout, Biblo, 1995, p. 321.

(*6) R. AYDOGDU et O. CAPRASSE, « Les avances d'associé et la libération du capital : deux notions équivalentes ? », note sous Liège, 14 avril 2005, *Rev. prat. soc.*, 2004, p. 386 ; M. WYCKAERT, *Kapitaal in N.V. en B.V.B.A.*, Kalmthout, Biblo, 1995, p. 321.

(*7) H. CULOT, « Précisions concernant la libération du capital », *J.D.S.C.*, 2018, p. 27, note sous Gand, 7 novembre 2016, *J.D.S.C.*, 2018, p. 23, n° 1361.

actionnaires se sont engagés à verser et que le liquidateur considère nécessaires seulement pour assurer l'égalité de traitement des actionnaires.

13 La clause statutaire qui détermine par avance le moment auquel les apports doivent être libérés s'analyse comme un simple terme suspensif destiné à retarder l'exigibilité de l'obligation de libération. Sa validité ne semble dès lors guère contestable en tant que telle. En revanche, le sort d'une condition suspensive nous semble plus délicat, en particulier au regard du principe énoncé à l'article 7:177 selon lequel les actions émises doivent être intégralement et, nonobstant toute disposition contraire, inconditionnellement souscrites. Cette règle d'ordre public (*1) a vocation à garantir la souscription ferme et définitive de l'intégralité du capital social dans l'intérêt des tiers, dont en particulier ceux amenés à traiter avec la société (*2). Or, la défaillance de la condition suspensive entraînerait la caducité (*3) de l'obligation de libération des apports souscrits, portant ainsi manifestement atteinte à l'intégrité du capital social. Vainement nous opposerait-on que la disposition légale en cause vise la souscription des actions, et non leur libération proprement dite. Cette distinction est artificielle sous l'angle du droit civil, la libération n'étant autre chose que l'*exécution* de l'engagement de souscription (*4). Dès lors, la condition suspensive qui s'attache à la libération d'un apport suspend l'exigibilité de l'engagement du souscripteur (*5). S'il est vrai qu'un tel engagement existe déjà *pendente conditione* (*6), il est cependant réduit à néant en cas de défaillance de la condition. C'est précisément là ce que l'article 7:177, alinéa 3, du Code des sociétés et des associations a pour objet d'éviter. Il importe néanmoins de rappeler que la souscription affectée d'une condition suspensive reste valable : seule la condition doit être réputée non écrite et écartée de plein droit (*7).

14 Les statuts peuvent également autoriser expressément les souscripteurs à libérer leurs apports aux moments qu'ils détermineront eux-mêmes (*8) – pour autant que leur engagement n'en devienne pas purement potestatif. Dans un tel cas, le souscripteur ne s'engagerait en réalité à rien et son engagement devrait être déclaré nul sur pied de l'article 1174 du Code civil. Ce risque est écarté dans la mesure où l'organe

(*1) Y. DE CORDT (coord.), *Société anonyme*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2021, p. 43, n° 21.

(*2) Y. DE CORDT (coord.), *Société anonyme*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2021, p. 43, n° 21 ; J. VAN RYN et P. VAN OMMESELAGHE, « Les sociétés commerciales — Examen de jurisprudence (1961-1965) », *R.C.J.B.*, 1967, p. 298, n° 15.

(*3) Cass., 25 mai 2007, *Pas.*, 2007, n° 275 ; Cass., 27 juin 2008, *Pas.*, 2008, n° 417.

(*4) P. HAMENDE, *La constitution d'une SA*, Liège, Wolters Kluwer, 2021, p. 87, n° 132 ; Y. DE CORDT (coord.), *Société anonyme*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2021, p. 64, n° 54.

(*5) Cass., 5 avril 1993, *Pas.*, 1993, I, n° 174 ; Cass., 18 février 1993, *Pas.*, 1993, I, n° 103.

(*6) Cass., 5 juin 1981, *Pas.*, I, p. 1149, *A.P.T.*, 1984, p. 145 et note X. DIEUX, *R.C.J.B.*, 1983, p. 199 et note J. HERBOTS.

(*7) M. COIPEL, *Rép. not. (f. mob.)*, t. XII, *Le droit commercial et économique*, livre 4, Bruxelles, Larcier, 2008, n° 39.

(*8) H. CULOT, « Précisions concernant la libération du capital », *J.D.S.C.*, 2018, p. 27, note sous Gand, 7 novembre 2016, *J.D.S.C.*, 2018, p. 29, n° 1361.

d'administration conserve le pouvoir de décréter un appel de fonds lorsque l'intérêt social l'exige.

3. Appels de fonds

15 Dans le silence de la loi et des statuts, c'est en principe à l'organe d'administration de la société anonyme qu'il appartient d'exiger la libération de tout ou partie du solde des apports souscrits, eu égard à la plénitude de compétences que lui reconnaissent les articles 7:93 et 7:110 du Code des sociétés et des associations (*1). Il dispose dans ce contexte d'une large marge d'appréciation, concernant tant le principe d'un appel de fonds que son moment et le montant sur lequel il porte (*2). Il doit cependant agir à tout moment dans l'intérêt social (*3) et se garder de commettre un abus de droit au préjudice des souscripteurs (*4). L'appel de fonds doit également être décrété dans le respect du principe d'égalité des actionnaires et ne peut dès lors être adressé seulement à certains actionnaires (*5) ou leur réclamer un paiement non proportionnel au montant de leurs souscriptions respectives (*6).

16 Les statuts peuvent toutefois valablement limiter la marge d'appréciation dont dispose l'organe d'administration. Ils peuvent également confier le pouvoir de décréter un appel de fonds à l'assemblée générale des actionnaires (*7).

17 Lorsque la société est mise en liquidation ou en faillite, c'est au liquidateur ou au curateur qu'il appartient de décréter les appels de fonds nécessaires. Leur pouvoir est discrétionnaire dans les limites d'éventuelles dispositions statutaires (*8). En vertu de l'article 2:89 du Code des sociétés et des associations, le liquidateur peut cependant toujours exiger des actionnaires le paiement des sommes que ceux-ci se sont engagés à verser et qu'il juge nécessaires au paiement des dettes de la société et des frais de

(*1) Y. DE CORDT (coord.), *Société anonyme*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2021, p. 66, n° 60.

(*2) Y. DE CORDT (coord.), *Société anonyme*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2021, p. 66, n° 60.

(*3) Comm. Bruxelles, 31 janvier 1997, *J.D.S.C.*, 1999, p. 16 et note S. GILCART, « Libération du capital : abus de droit et abus de majorité », *J.D.S.C.*, 1999, p. 20 ; M. WYCKAERT, « Kapitaal in N.V. en B.V.B.A. Vermogens- en kapitaalvorming door inbreng. Rechten en plichten van vennoten », *Reeks rechtspersonen- en vennootschapsrecht*, Kalmthout, Biblo, 1995, p. 322.

(*4) M. WYCKAERT, « Kapitaal in N.V. en B.V.B.A. Vermogens- en kapitaalvorming door inbreng. Rechten en plichten van vennoten », *Reeks rechtspersonen- en vennootschapsrecht*, Kalmthout, Biblo, 1995, p. 311.

(*5) P. DE WOLF et G. STEVENS, « La société anonyme », in X., *Traité pratique de droit commercial*, t. 4, vol. 1-2, p. 60, n° 722 ; P. HAMENDE, « C.S.A. art. 7:11 », *Commentaire systématique Code des sociétés et des associations*, 1^{er} mars 2020, f. mob., n° 18 ; T. TILQUIN et V. SIMONART, *Traité des Sociétés*, t. III, Bruxelles, Kluwer, 2005, p. 406.

(*6) D. LECLERCQ, « Les actionnaires ont-ils encore un véritable rôle à jouer dans le cadre de la liquidation d'une société ? », in Y. DE CORDT et A.-P. ANDRÉ-DUMONT (dir.), *Droit des sociétés – Millésime 2011*, 1^{re} éd., Bruxelles, Larcier, 2011, p. 520, n° 103.

(*7) Y. DE CORDT (coord.), *Société anonyme*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2021, p. 67, n° 60.

(*8) H. CULOT, « Précisions concernant la libération du capital », *J.D.S.C.*, 2018, p. 27, note sous Gand, 7 novembre 2016, *J.D.S.C.*, 2018, p. 23, n° 1361 ; R. AYDOGDU et O. CAPRASSE, « Les avances d'associé et la libération du capital : deux notions équivalentes ? », note sous Liège, 14 avril 2005, *Rev. prat. soc.*, 2004, p. 386 ; M. WYCKAERT, *Kapitaal in N.V. en B.V.B.A.*, Kalmthout, Biblo, 1995, p. 321.

liquidation. Cette disposition a vocation à protéger les intérêts des créanciers sociaux et doit par conséquent être considérée comme impérative, sinon d'ordre public, de sorte qu'elle ne peut être écartée ni par les statuts, ni par l'assemblée générale des actionnaires (*1). Le cas échéant, il engage sa responsabilité à l'égard des créanciers sociaux en renonçant à appeler les fonds nécessaires à leur désintéressement (*2). À moins que les statuts ou la décision de l'assemblée générale ou du tribunal portant sa désignation n'en disposent autrement, le liquidateur peut également exiger des actionnaires le paiement de sommes que ces derniers se sont engagés à verser et qu'il considère comme nécessaires pour assurer leur égalité de traitement. Curieusement, le législateur ne semble pas avoir conféré les mêmes pouvoirs au curateur.

18 L'article 2:144 du Code des sociétés et des associations offre cependant aux créanciers sociaux la possibilité de faire décréter par justice les versements stipulés aux statuts et qui sont nécessaires à la conservation de leurs droits. Cette disposition, qui reprend l'ancien article 199 du Code des sociétés (*3), permet aux créanciers de la société de contraindre l'organe compétent à exiger la libération du solde des apports souscrits par les actionnaires. L'organe concerné peut toutefois choisir d'écarter cette demande en remboursant les créanciers agissant à la valeur de leur créance, après déduction d'un escompte s'il s'agit de créances non encore exigibles (*4).

19 Aussi longtemps qu'aucun appel de fonds n'a été décrété, la dette du souscripteur à l'égard de la société demeure inexigible. Doctrine et jurisprudence majoritaires considèrent généralement qu'elle est affectée d'un terme suspensif dont l'avènement dépend précisément d'un ou plusieurs appels de fonds décrétés par l'organe social

(*1) D. LECLERCQ, « Les actionnaires ont-ils encore un véritable rôle à jouer dans le cadre de la liquidation d'une société ? », in Y. DE CORDT et A.-P. ANDRÉ-DUMONT (dir.), *Droit des sociétés – Millésime 2011*, 1^{re} édition, Bruxelles, Larcier, 2011, p. 519, n° 100.

(*2) Comm. Hasselt, 20 décembre 2005, *T.R.V.*, 2007, p. 690 ; Y. DE CORDT (coord.), *Société anonyme*, 2^e édition, Bruxelles, Larcier, 2021, p. 67, n° 60 ; C. RESTEAU, A. BENOIT-MOURY et A. GRÉGOIRE, *Traité des sociétés anonymes*, tome II, 3^e édition, Bruxelles, Swinnen, 1982, p. 37.

(*3) Projet de loi introduisant le Code des sociétés et des associations et portant des dispositions diverses, *Doc.*, Chambre, 54-3119/001, p. 107.

(*4) Sur cette action particulière, qualifiée d'action en décrètement, voir M. DELVAUX, « Quelques réflexions sur l'article 199 du Code des sociétés », *J.D.S.C.*, 2010, pp. 101-102, note sous Liège, 24 avril 2009, *J.D.S.C.*, 2010, p. 96 ; S. GILCART, « Action oblique et actions directes en droit des sociétés : l'exemple original de l'article 199 du nouveau Code », *J.D.S.C.*, 2003, pp. 21-31, note sous comm. Ypres, 9 octobre 2000, *J.D.S.C.*, 2003, p. 20 ; P. VAN DER BEKEN, « Art. 199 W. Venn », in X., *Vennootschappen en verenigingen. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, 1^{er} avril 2001, feuillets mobiles ; D. MOUGENOT, « Art. 199 C. soc », in X., *Commentaire systématique du Code des sociétés*, 1^{er} novembre 2000, feuillets mobiles.

compétent au fur et à mesure des besoins de trésorerie de la société (*1), sous réserve de l'hypothèse où les statuts permettent au souscripteur de libérer son apport à un autre moment, ou restreignent au contraire les pouvoirs de l'organe d'administration (*2). D'éminents auteurs rejettent néanmoins cette qualification en considérant que « *la décision du conseil d'administration d'appeler les fonds ne saurait être considérée comme un terme au sens des articles 1185 et suivants du Code civil, car l'appel de fonds peut ne jamais avoir lieu et l'actionnaire peut être libéré de son obligation en raison d'une liquidation in bonis de la société ou d'une réduction de capital* » (*3). Se prévalant par ailleurs d'un arrêt fort ancien de la Cour de cassation (*4), ces auteurs considèrent dès lors que « *la décision du conseil est une simple éventualité* » (*5).

20 Il est vrai que la thèse selon laquelle la dette de souscription serait affectée d'un terme suspensif ne paraît pas entièrement convaincante. Le terme suspensif se définit en effet comme « *un événement futur et dont la réalisation est certaine, même si l'échéance peut en être incertaine, extérieur au droit qu'il affecte et qui entraîne [...] la suspension de l'exigibilité de ce droit* » (*6). La circonstance que « *l'appel de fonds peut ne jamais avoir lieu* » (*7) et que la dette de souscription ne devienne jamais exigible ne semble pas incompatible avec la définition du terme suspensif. On peut fort bien imaginer qu'un contrat portant des obligations affectées d'un terme suspensif soit résilié par ses parties avant la survenance du terme, de sorte que ces obligations s'éteignent sans jamais être devenues exigibles. En revanche, il est sans doute exact que la décision de décréter un appel de fonds ne constitue pas un événement purement extrinsèque au droit de créance de la société. C'est à notre avis pour ce motif, et non en raison du caractère incertain de l'appel de fonds, que la thèse du terme suspensif doit être rejetée. Pour la même raison, l'appel de fonds ne peut s'analyser comme une

(*1) Gand, 7 novembre 2016, *J.D.S.C.*, 2018, p. 23, n° 1361 et note H. CULOT, « Précisions concernant la libération du capital », *J.D.S.C.*, 2018, p. 27 ; Mons, 28 avril 2009, *J.L.M.B.*, 2010/29, p. 1382 (sommaire) ; Gand, 25 juin 2007, *R.D.C.*, 2008, p. 731 et note R. HOUBEN, « Schuldvergelijking met de volstortingsvordering bij samenloop », *R.D.C.*, 2008, p. 733 ; D. VAN GERVEN, *Handboek Vennootschappen. Algemeen deel*, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 523 ; H. CULOT, « La libération du capital : examen de quelques difficultés pratiques », in J. MALHERBE et É.-J. NAVEZ (coord.), *Droit des affaires et sociétés – Actualités et nouveaux enjeux*, Limal, Anthemis, 2013, pp. 107-111 ; R. AYDOGDU et O. CA-PRASSE, « Les avances d'associé et la libération du capital : deux notions équivalentes ? », note sous Liège, 14 avril 2005, *Rev. prat. soc.*, 2005, p. 386 ; M. WYCKAERT, « Kapitaal in N.V. en B.V.B.A. Vermogens- en kapitaalvorming door inbreng. Rechten en plichten van vennoten », *Reeks rechtspersonen- en vennootschapsrecht*, Kalmthout, Biblio, 1995, p. 343.

(*2) Y. DE CORDT (coord.), *Société anonyme*, 2^e édition, Bruxelles, Larcier, 2021, p. 66-67, n° 60.

(*3) P. VAN OMMEFLAGHE et X. DIEUX, « Examen de jurisprudence (1979 à 1990) – Les sociétés commerciales », *R.C.J.B.*, 1993, p. 694, n° 93.

(*4) Cass., 13 juin 1889, *Pas.*, 1889, I, p. 246.

(*5) P. VAN OMMEFLAGHE et X. DIEUX, « Examen de jurisprudence (1979 à 1990) – Les sociétés commerciales », *R.C.J.B.*, 1993, p. 695, n° 93.

(*6) P. VAN OMMEFLAGHE, *Droit des obligations*, t. III, Bruxelles, Bruylant, 3^e éd., 2010, p. 1719, n° 1194.

(*7) P. VAN OMMEFLAGHE et X. DIEUX, « Examen de jurisprudence (1979 à 1990) – Les sociétés commerciales », *R.C.J.B.*, 1993, p. 694, n° 93.

condition suspensive puisque cette dernière doit également être extérieure au droit auquel elle s'attache (*1).

21 Si l'appel de fonds est conçu comme un élément intrinsèque ou constitutif de l'obligation de libération des apports souscrits, et non comme un simple élément adventice, il semble justifié de le qualifier d'éventualité. L'éventualité est en effet définie comme un événement futur et incertain, intrinsèque au droit qu'elle affecte et non extérieur à celui-ci, car elle « *affecte un aspect essentiel ou constitutif du droit, sans lequel ce droit ne peut exister* » (*2). Au-delà de son exigibilité, c'est donc la naissance même du droit éventuel qui est ainsi suspendue aussi longtemps que l'éventualité ne s'est pas réalisée. Ainsi que le relève cependant l'Avocat général Walter Ganshof van der Meersch, « *le fait que le droit de créance actuel ne va naître qu'avec la réalisation de l'éventualité n'implique pas qu'avant cette réalisation le titulaire n'ait pas déjà un droit dans son patrimoine. Le droit se réalise par étapes, avant que d'être un droit pur et simple. Il est inexact, à mon sens, de ne voir dans le droit éventuel qu'une simple espérance [...]. Le droit éventuel se décompose en deux éléments. Il comprend un droit qui précède le droit de créance. Avant la naissance de ce droit de créance existe un droit présent, distinct de ce dernier, un droit à ce droit de créance si celui-ci vient à naître* » (*3). En application de ces principes, la société dont le capital n'est pas entièrement libéré possède donc un droit actuel à devenir titulaire d'un droit de créance à l'encontre de ses actionnaires aussitôt que son organe d'administration aura décrété un appel de fonds. En tant que tel, ce droit de créance ne sera cependant parfait qu'au moment de l'appel de fonds, sans lequel la créance elle-même ne peut exister. Un tel raisonnement n'est d'ailleurs pas neuf en droit des sociétés. Ainsi est-il constant qu'un actionnaire possède un droit éventuel au versement d'un dividende sur ses actions, puisque la naissance même de ce droit dépend, outre l'existence de bénéfices distribuables en fin d'exercice social, d'une décision de l'assemblée générale des

(*1) P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, t. III, Bruxelles, Bruylant, 3^e éd., 2010, p. 1737, n° 1212. Encore pourrait-on considérer qu'il s'agit en réalité d'une condition suspensive purement potestative, c'est-à-dire une condition dont la réalisation dépend exclusivement de la volonté de l'une des parties. De telles conditions sont toutefois indiscernables d'une éventualité, et certains auteurs se sont d'ailleurs demandé « *si la condition purement potestative constitue, à proprement parler, une condition. Lorsqu'elle est suspensive, elle touche intimement au consentement nécessaire à la validité de l'engagement contractuel. Elle signifie soit que le signataire ne souhaite pas du tout s'engager, soit qu'il ne souhaite pas s'engager dans le contrat décrit mais dans une autre forme de convention (une promesse unilatérale de vente ou d'achat plutôt qu'une vente, p. ex.). Elle n'est donc pas extérieure à l'obligation en sorte qu'il ne s'agit pas d'une condition au sens technique du terme* » (P.A. FORIERS et M.-A. GARNY, « Aspects des ventes conditionnelles », in P. WÉRY (prés.) et J.-F. GERMAIN (coord.), *La vente. Développements récents et questions spéciales*, Bruxelles, Larcier, coll. Conférence du jeune barreau, 2013, pp. 208-209).

(*2) P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, t. III, Bruxelles, Bruylant, 3^e éd., 2010, p. 1716, n° 1192.

(*3) Concl. Av. Gen. W. GANSHOF VAN DER MEERSCH préc. Cass., 28 mars 1957, *Pas.*, 1957, I, p. 914 (spéc. p. 920).

actionnaires affectant ces bénéfices à la mise en paiement d'un dividende (*1). La décision de l'assemblée générale de distribuer un dividende constitue une éventualité, au même titre que la décision de l'organe d'administration de décréter un appel de fonds (*2).

4. Libération anticipée

22 Il n'en reste pas moins que la jurisprudence et la doctrine majoritaires répètent régulièrement que la dette de souscription est affectée d'un terme suspensif, et non d'une éventualité. La controverse n'est pas seulement d'ordre théorique. En dépend en effet la question de savoir si le souscripteur est en droit de libérer son apport de manière anticipée, en dehors de tout appel de fonds – et notamment par compensation (*cf. infra*).

23 Un débiteur reste en principe libre de renoncer au bénéfice du terme suspensif stipulé en sa seule faveur, conformément aux articles 1185 et suivants de l'ancien Code civil. L'article 1187 du même code précise à cet égard que le terme est toujours présumé stipulé en faveur du débiteur, à moins qu'il ne résulte de la stipulation, ou des circonstances, qu'il a été aussi convenu en faveur du créancier. Sur ce point, une partie de la doctrine et de la jurisprudence considère que le terme suspensif affectant la dette de souscription d'un actionnaire est toujours stipulé non seulement en faveur du souscripteur, mais également en faveur de la société elle-même (*3). Une tendance plus

(*1) Cass., 28 mars 1957, *Pas.*, 1957, I, p. 914 (concernant le droit éventuel d'un administrateur à recevoir des tantièmes) ; Cass., 16 janvier 1964, *Pas.*, 1964, I, p. 520 ; Cass., 9 mars 1961, *R.C.J.B.*, 1961, p. 297 ; J. VAN RYN et P. VAN OMESLAGHE, « Examen de jurisprudence (1972 à 1978). Les sociétés commerciales », *R.C.J.B.*, 1981, p. 413, n° 78 ; D. WILLERMAIN, « La distribution par l'assemblée générale d'une société anonyme d'un dividende en cours d'exercice », *R.C.J.B.*, 2003/4, p. 574, n° 4, note sous Cass., 23 janvier 2003, *R.C.J.B.*, 2003/4, p. 557.

(*2) Ces deux cas de figure diffèrent néanmoins sur un point : lorsqu'elle décide de distribuer un dividende à ses actionnaires, la société actualise une dette éventuelle à leur égard, tandis que l'appel de fonds a pour effet d'actualiser une créance envers les actionnaires. Cette distinction ne semble toutefois pas remettre en cause le fait que la décision de l'organe compétent de la société n'est pas extérieure à l'obligation ou au droit concerné.

(*3) Mons, 13 novembre 2006, *J.L.M.B.*, 2007, p. 969 (mais comparer Mons, 28 avril 2009, *J.L.M.B.*, 2010/29, p. 1382 (sommaire)) ; P. HAMENDE, *La constitution d'une SA*, Liège, Wolters Kluwer, 2021, p. 93, n° 144 (« L'actionnaire ne peut décider d'initiative de libérer le solde de l'apport, sauf clause contraire des statuts ») ; D. VAN GERVEN, *Handboek Vennootschappen. Algemeen deel*, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 523 ; R. HOUBEN, « Schuldvergelijking met de volstoringsvordering bij samenloop », *R.D.C.*, 2008, p. 733, note sous Gand, 25 juin 2007, *R.D.C.*, 2008, p. 731 ; R. AYDOGDU et O. CAPRASSE, « Les avances d'associé et la libération du capital : deux notions équivalentes ? », note sous Liège, 14 avril 2005, *Rev. prat. soc.*, 2005, p. 386 ; P. HAINAUT-HAMENDE et G. RAUCQ, *Les Sociétés anonymes – Constitution et Fonctionnement*, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 323 ; D. HERBOSCH, « Betwistingen naar aanleiding van de volstoringsvordering ingesteld door de curator », note sous Comm. Dendermonde, 24 janvier 1995, *T.R.V.*, 2002, p. 543 ; M. WYCKAERT, *Kapitaal in N.V. en B.V.B.A.*, Kalmthout, Biblo, 1995, p. 352.

récente semble néanmoins retenir la solution inverse (*1), tout en précisant que les statuts peuvent interdire expressément à l'actionnaire de libérer son apport de façon anticipée (*2). Sous cette réserve, si l'actionnaire dont les actions n'ont pas été intégralement libérées doit être considéré comme un débiteur à terme, il lui est loisible de rendre sa dette exigible à tout moment et de libérer le solde de ses actions de manière anticipée, en dehors de tout appel de fonds et, le cas échéant, par compensation avec une créance qu'il détient envers la société (*cf. infra*).

24 À l'inverse, il ne se conçoit pas que le débiteur d'une obligation éventuelle renonce au bénéfice de l'éventualité, dès lors que l'événement qui constitue cette éventualité est un élément constitutif de son obligation.

C. CAS PARTICULIER : LIBÉRATION PAR COMPENSATION

1. Principe : la libération par compensation est permise

25 La question s'est posée de savoir si un apport en numéraire pouvait être valablement libéré par compensation entre la dette de souscription et une créance que détient le souscripteur à l'égard de la société. Ce cas de figure se rencontre relativement fréquemment en pratique, en particulier lorsque le souscripteur est déjà actionnaire de la société et lui a consenti un ou plusieurs prêts, ou lui a fourni ses services et promérité une rémunération à ce titre. Dans une telle hypothèse, peut-on encore considérer que la libération s'effectue en numéraire, alors même qu'elle n'implique aucune remise de liquidités nouvelles à la société ? Ou faut-il au contraire considérer que l'opération s'analyse davantage comme un apport de la créance du souscripteur au capital de la société, lequel ne se conçoit donc pas lorsque l'apport a été souscrit en numéraire – sauf à dénaturer l'engagement du souscripteur (*3) – et doit par ailleurs être soumis aux règles spécifiques applicables en matière d'apports en nature ? Du reste, la libération d'un apport par compensation d'une créance du souscripteur à l'encontre de la société est-elle conforme à l'arrêt précité de la Cour de cassation du 2 octobre 2012 (*4), alors même qu'aucune somme n'est concrètement mise à la disposition de la société au moment de la libération ?

(*1) Gand, 7 novembre 2016, *J.D.S.C.*, 2018, p. 23, n° 1361 et note H. CULOT, « Précisions concernant la libération du capital », *J.D.S.C.*, 2018, p. 27, *D.A.O.R.*, 2017/1, p. 135 (sommaire) ; Mons, 28 avril 2009, *J.L.M.B.*, 2010/29, p. 1382 (sommaire) ; Gand, 25 juin 2007, *R.D.C.*, 2008, p. 731 et note R. HOUBEN, « Schuldvergelijking met de volstortingsvordering bij samenloop », *R.D.C.*, 2008, p. 733 ; Bruxelles, 18 octobre 2005, *T.R.V.*, 2007, p. 688 ; Gand, 10 octobre 2001, *T.R.V.*, 2002, p. 454 et note R. TAS ; H. CULOT, « La libération du capital : examen de quelques difficultés pratiques », in J. MALHERBE et É.-J. NAVEZ (coord.), *Droit des affaires et sociétés – Actualités et nouveaux enjeux*, Limal, Anthemis, 2013, pp. 107-111.

(*2) Gand, 25 juin 2007, *R.D.C.*, 2008, p. 731.

(*3) Suivant le droit commun des obligations, les apports doivent être libérés conformément à la manière dont ils ont été souscrits : T. TILQUIN et V. SIMONART, *Traité des Sociétés*, t. I, Bruxelles, Kluwer, 1996, p. 365.

(*4) Cass., 2 octobre 2012, *T.R.V.*, 2013/8, p. 779 et note D. BRULOOT.

26 La Cour de cassation elle-même tranche ces questions dans un arrêt du 25 septembre 2006, qui confirme que « [a]ucune disposition légale n'interdit à un actionnaire, tenu de payer le solde de sa souscription au capital d'une société anonyme, de se libérer de cette dette par compensation avec une créance dont il est titulaire à l'égard de cette société » (*1). La libération d'un apport en numéraire par compensation n'entraîne donc pas sa requalification en apport en nature (*2).

27 Cette flexibilité permet d'éviter l'application des règles relatives à l'évaluation des apports en nature, plus lourdes que celles applicables à un apport en numéraire. Il convient cependant de préciser que la libération d'un apport en numéraire par compensation n'est possible qu'en ce qui concerne la quotité de l'apport éventuellement libérée après la réalisation de l'augmentation de capital. Dans la mesure où elle a lieu au moment de l'augmentation de capital, la libération doit être effectuée conformément à la procédure décrite à l'article 7:195 du Code des sociétés et des associations, qui impose un versement ou un virement sur un compte spécial ouvert au nom de la société et exclut dès lors toute compensation (*3).

2. Conditions : dettes réciproques, liquides et exigibles

28 Conformément à l'article 1291 du Code civil, la compensation légale suppose l'existence de deux dettes réciproques entre les mêmes personnes, agissant en même qualité en tant que créancier et débiteur. Les dettes à compenser doivent en outre être liquides et exigibles, et avoir pour objet une somme d'argent ou une certaine quantité de choses fongibles de la même espèce (*4). La libération par compensation est dès lors également concevable pour un apport en nature, quoiqu'elle se rencontre plus rarement en pratique.

29 En pratique, la condition d'exigibilité des dettes réciproques peut s'avérer source de difficultés pour le souscripteur qui entend libérer son apport par compensation avec une créance qu'il détient à l'égard de la société. Au-delà de la quotité du montant souscrit dont la loi ou les statuts imposent la libération à un moment déterminé (*5), la doctrine et la jurisprudence majoritaires considèrent en effet qu'une dette de souscription doit généralement être considérée comme étant affectée d'un terme suspensif

(*1) Cass., 25 septembre 2006, *J.L.M.B.*, 2007/23, p. 948, *J.T.*, 2007/26, p. 546.

(*2) Y. DE CORDT (coord.), *Société anonyme*, 2^e édition, Bruxelles, Larcier, 2021, p. 619, n° 713.

(*3) P. HAMENDE, *La constitution d'une SA*, Liège, Wolters Kluwer, 2021, p. 92, n° 142 ; H. CULOT, « La libération du capital : examen de quelques difficultés pratiques », in J. MALHERBE et É.-J. NAVEZ (coord.), *Droit des affaires et sociétés – Actualités et nouveaux enjeux*, Limal, Anthemis, 2013, p. 83.

(*4) P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, tome III, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 2149.

(*5) Soit le quart du montant de l'apport au moment de la souscription et la totalité de l'apport en nature dans les cinq ans à dater de la décision d'augmentation de capital (article 7:183 du Code des sociétés et des associations).

dont l'avènement dépend d'un appel de fonds décrété par l'organe social compétent (*1). Aussi longtemps que la libération du solde d'un apport n'est imposée ni par la loi, ni par les statuts de la société, ni encore par l'organe social compétent pour décréter un appel de fonds, la dette du souscripteur demeure dès lors inexigible et échappe par conséquent à toute compensation, puisque cette dernière suppose deux dettes à la fois liquides et exigibles (*2).

30 Il est cependant admis que le débiteur d'une obligation affectée d'un terme suspensif est libre d'y renoncer, pour autant seulement que le terme ait été stipulé exclusivement en sa faveur. L'article 1187 de l'ancien Code civil précise que le terme est toujours présumé stipulé en faveur du débiteur, à moins qu'il ne résulte de la stipulation, ou des circonstances, qu'il a été aussi convenu en faveur du créancier. Ainsi qu'il a été relevé *supra*, une partie de la doctrine considère que le terme suspensif affectant une dette de souscription est toujours stipulé au moins partiellement en faveur de la société, de sorte qu'il n'est pas loisible au souscripteur d'y renoncer (*3). Une tendance jurisprudentielle et doctrinale plus récente semble toutefois s'orienter en sens inverse et admet largement la libération anticipée à l'initiative du souscripteur (*4), sous réserve de dispositions statutaires contraires (*5). En définitive, il s'agit là essentiellement d'une question de fait qu'il appartiendra aux cours et tribunaux d'apprécier souverainement dans chaque espèce (*6), en gardant toutefois à l'esprit les termes de

(*1) Gand, 7 novembre 2016, *J.D.S.C.*, 2018, p. 23, n° 1361 et note H. CULOT, « Précisions concernant la libération du capital », *J.D.S.C.*, 2018, p. 27 ; Mons, 28 avril 2009, *J.L.M.B.*, 2010/29, p. 1382 (sommaire) ; Gand, 25 juin 2007, *R.D.C.*, 2008, p. 731 et note R. HOUBEN, « Schuldvergelijking met de volstortingsvordering bij samenloop », *R.D.C.*, 2008, p. 733 ; D. VAN GERVEN, *Handboek Vennootschappen. Algemeen deel*, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 523 ; H. CULOT, « La libération du capital : examen de quelques difficultés pratiques », in J. MALHERBE et É.-J. NAVEZ (coord.), *Droit des affaires et sociétés – Actualités et nouveaux enjeux*, Limal, Anthemis, 2013, pp. 107-111 ; R. AYDOGDU et O. CAPRASSE, « Les avances d'associé et la libération du capital : deux notions équivalentes ? », note sous Liège, 14 avril 2005, *Rev. prat. soc.*, 2005, p. 386.

(*2) Gand, 7 novembre 2016, *D.A.O.R.*, 2017/1, p. 135 (sommaire) ; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, t. III, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 1721-1722, n° 1196.

(*3) Mons, 13 novembre 2006, *J.L.M.B.*, 2007, p. 969 (mais comparer Mons, 28 avril 2009, *J.L.M.B.*, 2010/29, p. 1382 (sommaire)) ; P. HAMENDE, *La constitution d'une SA*, Liège, Wolters Kluwer, 2021, p. 93, n° 144 (« L'actionnaire ne peut décider d'initiative de libérer le solde de l'apport, sauf clause contraire des statuts ») ; D. VAN GERVEN, *Handboek Vennootschappen. Algemeen deel*, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 523 ; R. HOUBEN, « Schuldvergelijking met de volstortingsvordering bij samenloop », *R.D.C.*, 2008, p. 733, note sous Gand, 25 juin 2007, *R.D.C.*, 2008, p. 731 ; R. AYDOGDU et O. CAPRASSE, « Les avances d'associé et la libération du capital : deux notions équivalentes ? », note sous Liège, 14 avril 2005, *Rev. prat. soc.*, 2005, p. 386 ; D. HERBOSCH, « Betwistingen naar aanleiding van de volstortingsvordering ingesteld door de curator », note sous Comm. Dendermonde, 24 janvier 1995, *T.R.V.*, 2002, p. 543 ; M. WYCKAERT, *Kapitaal in N.V. en B.V.B.A.*, Kalmthout, Biblo, 1995, p. 352.

(*4) Gand, 7 novembre 2016, *J.D.S.C.*, 2018, p. 23, n° 1361 et note H. CULOT, « Précisions concernant la libération du capital », *J.D.S.C.*, 2018, p. 27 ; Mons, 28 avril 2009, *J.L.M.B.*, 2010/29, p. 1382 (sommaire) ; Gand, 25 juin 2007, *R.D.C.*, 2008, p. 731 et note R. HOUBEN, « Schuldvergelijking met de volstortingsvordering bij samenloop », *R.D.C.*, 2008, p. 733 ; Bruxelles, 18 octobre 2005, *T.R.V.*, 2007, p. 688 ; Gand, 10 octobre 2001, *T.R.V.*, 2002, p. 454 et note R. TAS ; H. CULOT, « La libération du capital : examen de quelques difficultés pratiques », in J. MALHERBE et É.-J. NAVEZ (coord.), *Droit des affaires et sociétés – Actualités et nouveaux enjeux*, Limal, Anthemis, 2013, pp. 107-111.

(*5) Gand, 25 juin 2007, *R.D.C.*, 2008, p. 731.

(*6) H. CULOT, « Précisions concernant la libération du capital », *J.D.S.C.*, 2018, p. 27, note sous Gand, 7 novembre 2016, *J.D.S.C.*, 2018, p. 29, n° 1361.

l'article 1187 de l'ancien Code civil – que l'article 5.153 du Code civil ne modifie pas.

3. Condition supplémentaire : connexité

31 La faillite et toutes autres situations de concours, lorsqu'elles surviennent, font obstacle à la compensation entre dettes réciproques, sauf lorsque celles-ci sont connexes. Une dette de souscription restée inexigible jusqu'à la naissance du concours ne peut dès lors faire l'objet d'une compensation avec une créance du souscripteur à l'égard de la société, sauf dans la mesure où cette dette et cette créance sont unies par un lien de connexité (*1). À défaut d'être en mesure de démontrer une telle connexité, il sera donc souvent essentiel d'établir si la dette de souscription a pu être payée de manière anticipée par compensation légale, ou si elle est au contraire restée inexigible jusqu'à la survenance du concours.

D. LIBÉRATION UNIVOQUE ET NON SIMULÉE

32 Il importe encore que le souscripteur soit en mesure de démontrer que les montants versés à la société constituent la libération de son apport, et non l'octroi d'une avance ou d'un prêt par ce souscripteur, ou le paiement d'une autre dette qu'il aurait à l'égard de la société (*2). À cet égard, la jurisprudence précise que la « *libération doit apparaître explicite et ne peut être susceptible d'aucune autre interprétation* » (*3). Conformément à l'article 8.4 du Code civil, il appartient au souscripteur qui se prétend libéré de son obligation de souscription d'en apporter la preuve (*4). Selon les circonstances, il conviendra donc de se montrer prudent et de préciser expressément que les montants versés à la société constituent la libération d'un apport en numéraire (*5). La libération de l'apport doit par ailleurs être réelle et non simulée, en ce sens que les fonds doivent être mis à la disposition de la société de manière effective et durable. Dans un arrêt du 2 octobre 2012, la Cour de cassation considère ainsi qu'un souscripteur ne libère pas valablement le montant de son apport en numéraire lorsque ce

(*1) H. CULOT, « La libération du capital : examen de quelques difficultés pratiques », in J. MALHERBE et É.-J. NAVEZ (coord.), *Droit des affaires et sociétés – Actualités et nouveaux enjeux*, Limal, Anthemis, 2013, pp. 112-117 ; H. CULOT, « Précisions concernant la libération du capital », *J.D.S.C.*, 2018, p. 27, note sous Gand, 7 novembre 2016, *J.D.S.C.*, 2018, p. 28, n° 1361.

(*2) R. AYDOGDU et O. CAPRASSE, « Les avances d'associé et la libération du capital : deux notions équivalentes ? », note sous Liège, 14 avril 2005, *Rev. prat. soc.*, 2004, p. 380, n° 13.

(*3) Gand, 23 novembre 1999, *T.R.V.*, 2001, p. 183 (« [...] *volstorting moet ondubbelzinnig blijken en mag niet vatbaar zijn voor enige andere interpretatie* »).

(*4) R. AYDOGDU et O. CAPRASSE, « Les avances d'associé et la libération du capital : deux notions équivalentes ? », note sous Liège, 14 avril 2005, *Rev. prat. soc.*, 2004, p. 383, n° 16.

(*5) P. HAMENDE, « C.S.A. art. 7:195 », *Commentaire systématique Code des sociétés et des associations*, 15 août 2021, f. mob., n° 7.

montant lui est prêté par la société immédiatement après la libération, de telle sorte que la société ne détient plus qu'une créance à l'égard de son associé (*1).

33 À ce sujet, il est sans doute utile de rappeler que l'article 7:232, 3^o du Code des sociétés et des associations punit d'une amende de cinquante à dix mille euros et d'un emprisonnement d'un mois à un an tous ceux qui, comme administrateurs au sens de l'article 2:51 ou commissaires, auront fait, par un usage quelconque, aux frais de la société, des versements sur les actions ou admis comme faits des versements qui ne sont pas effectués réellement de la manière et aux époques prescrites.

E. RESPONSABILITÉ DES ADMINISTRATEURS

34 Enfin, il peut être rappelé qu'en vertu de l'article 7:205, 2^o, nonobstant toute disposition contraire, les membres de l'organe d'administration sont tenus de la libération effective des apports jusqu'à concurrence d'un quart des actions souscrites à l'occasion d'une augmentation de capital, ainsi que de la libération effective dans un délai de cinq ans des actions correspondant en tout ou en partie à des apports en nature souscrits à l'occasion d'une augmentation de capital.

35 Conformément à l'article 7:17, 2^o, la même responsabilité pèse sur les fondateurs de la société anonyme en ce qui concerne les apports souscrits lors de sa constitution.

III. Libération de la prime d'émission (art. 7:184) et des obligations convertibles (art. 7:65)

36 Les dispositions de l'article 7:183 relatives à la libération du capital ne s'appliquent qu'à la partie du prix de souscription d'une action qui est destiné à être comptabilisée en tant que capital, à l'exclusion de la quote-part éventuelle de ce prix qui sera comptabilisée en tant que prime d'émission. À cet égard, l'article 7:184 précise que lorsqu'une prime d'émission des actions nouvelles est prévue, le montant de cette prime d'émission doit être intégralement libéré dès la souscription.

37 La technique de la prime d'émission fait l'objet d'un examen détaillé dans le cadre du commentaire relatif à l'article 7:178, auquel il est renvoyé.

38 Il sera seulement ajouté ici que, si la société a constitué des réserves importantes avant l'augmentation de capital projetée, elle envisagera utilement d'incorporer au préalable ces réserves à son capital sans émettre d'actions nouvelles, réduisant de la sorte le montant de la prime d'émission exigée des nouveaux actionnaires et modérant

(*1) Cass., 2 octobre 2012, *T.R.V.*, 2013/8, p. 779 et note D. BRULOOT.

du même coup les conséquences de l'application de l'article 7:184, qui en exige la libération intégrale immédiate.

39 Il peut enfin être relevé qu'une obligation de libération intégrale s'applique également à l'émission d'obligations convertibles en vertu de l'article 7:65 du Code des sociétés et des associations.

7:185. La décision d'augmentation du capital prise par l'assemblée générale ou l'organe d'administration doit être constatée par un acte authentique, qui est déposé et publié conformément aux articles 2:8 et 2:14, 4°.

Si la réalisation de l'augmentation du capital est constatée en même temps, l'acte mentionne également le respect des conditions légales relatives à la souscription et à la libération du capital.

7:186. Si la réalisation de l'augmentation n'est pas concomitante à la décision d'augmenter le capital, elle est constatée par un acte authentique, dressé à la requête de l'organe d'administration ou d'un ou de plusieurs administrateurs ou mandataires spécialement délégués à cet effet, sur présentation des documents justificatifs de l'opération. Cet acte mentionne également le respect des conditions légales relatives à la souscription et à la libération du capital. Cet acte est déposé et publié conformément aux articles 2:8 et 2:14, 4°.

Commentaire des articles 7:185 et 7:186 du Code des sociétés et des associations

Auteurs : Laurent ROBERT et Valérie DEMEUR

Mise à jour : 1^{er} juillet 2022

DOCTRINE IMPORTANTE

DE CORDT, Y. (coord.), *Société anonyme*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2021, pp. 605-638.

DE WOLF, P. et STEVENS, G., « La société anonyme », in X., *Traité pratique de droit commercial*, t. 4, vol. 1-2, pp. 364-406.

HAINAUT-HAMENDE, P., « Opérations sur le capital, émissions publiques, transformation, fusion-scission », *Répertoire notarial*, t. XII/3, livre 2, Bruxelles, Larcier, 1995, pp. 402-419.

HAMER, P. et DAVID, B., « Art. 588 - 590 C. soc », *Commentaire systématique du Code des sociétés*, 1^{er} octobre 2002, f. mob.

LAMBRECHT, P. et DE PIERPONT, G., « Les modifications du capital dans la SA », *Guide juridique de l'entreprise : traité théorique et pratique*, livre 46.3, 2^e éd., Diegem, Kluwer, 2012, pp. 11-46.

COMMENTAIRE

Structure

- I. Origine et présentation de l'article
- II. Principe général
- III. Augmentation de capital en un temps (art. 7:185)
- IV. Augmentation de capital en deux temps (art. 7:186)
- V. Sanctions

I. Origine et présentation de l'article

1 Les articles 7:185 et 7:186 du Code des sociétés et des associations correspondent respectivement aux articles 588 et 589 de l'ancien Code des sociétés. L'article 590 de ce code, qui avait trait aux augmentations de capital au moyen de souscriptions publiques, n'a pas été intégré au Code des sociétés et des associations au motif que les règles qu'il prescrit se retrouvent dans le droit financier (*1).

2 Ces dispositions ont vocation à préciser certaines des modalités pratiques et exigences formelles en matière d'augmentations de capital.

II. Principe général

3 Toute décision d'augmentation du capital d'une société anonyme, qu'elle soit prise par l'assemblée générale des actionnaires ou l'organe d'administration dans le cadre du capital autorisé, doit être constatée par un acte authentique. Conformément à l'article 7:185, § 1^{er}, du Code des sociétés et des associations, cet acte doit être déposé au greffe du tribunal de l'entreprise dans le ressort territorial duquel se trouve le siège social de la société, en vue de sa publication aux Annexes du *Moniteur belge*.

4 La *décision* d'augmentation du capital n'est toutefois pas nécessairement concomitante à sa *réalisation* concrète. Un laps de temps plus ou moins long peut s'écouler entre les deux étapes de l'opération. Les formalités à accomplir lorsque la réalisation de l'augmentation de capital est concomitante à – ou suit immédiatement – la décision de l'assemblée générale ou de l'organe d'administration font l'objet de l'article 7:185, § 2, du Code des sociétés et des associations. Les formalités prescrites dans le cas de figure contraire sont reprises à l'article 7:186 du même code.

(*1) Projet de loi introduisant le Code des sociétés et des associations et portant des dispositions diverses, *Doc.*, Chambre, 54-3119/001, p. 258.

III. Augmentation de capital en un temps (art. 7:185)

5 L'article 7:185, § 2 établit que si la décision d'augmentation du capital et sa réalisation sont concomitantes, l'acte authentique constatant cette décision doit également mentionner le respect des conditions légales relatives à la souscription et à la libération du capital, c'est-à-dire la libération des apports en numéraire à concurrence d'un quart et la libération intégrale de l'éventuelle prime d'émission. C'est afin de permettre au notaire instrumentant d'inclure une telle confirmation dans l'acte qu'il dresse, que l'article 7:195 exige, en cas d'apports en numéraire à libérer lors de la réception de l'acte constatant l'augmentation de capital, qu'une preuve du dépôt des fonds à libérer sur un compte spécial lui soit remise (*1). Dans ce cas de figure, l'opération nécessite un acte authentique unique (*2).

6 Cette procédure suppose que des souscriptions soient recueillies en quantité suffisante (sous l'angle de l'article 7:181) lors de l'assemblée générale des actionnaires ou la réunion du conseil d'administration appelées à décréter l'augmentation de capital et que les modalités d'exercice (ou de renonciation) au droit de préférence éventuel des actionnaires existants soient déjà connues (*3). En pratique, ceci suppose généralement que l'organe d'administration ait obtenu les engagements de souscription nécessaires en amont de l'assemblée générale, laquelle se réduit alors essentiellement à une simple formalité. L'augmentation de capital en un seul temps se rencontre également lorsqu'elle est réalisée sans apports nouveaux, par incorporation de réserves ou de plus-values de réévaluation (*4).

IV. Augmentation de capital en deux temps (art. 7:186)

7 Même dans l'hypothèse où la décision d'augmentation du capital n'est pas concomitante à sa réalisation, elle doit être constatée dans un acte authentique qui sera déposé au greffe du tribunal de l'entreprise et publié par extrait aux Annexes du *Moniteur belge* conformément à l'article 7:185, § 1^{er}, du Code des sociétés et des associations (*5).

(*1) P. HAMENDE, « C.S.A. art. 7:195 », *Commentaire systématique Code des sociétés et des associations*, 15 août 2021, f. mob., n° 14.

(*2) P. DE WOLF et G. STEVENS, « La société anonyme », in X., *Traité pratique de droit commercial*, t. 4, vol. 1-2, pp. 366, n° 1319.

(*3) Y. DE CORDT (coord.), *Société anonyme*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2021, p. 609, n° 698 ; P. LAMBRECHT et G. DE PIERPONT, « Les modifications du capital dans la SA », *Guide juridique de l'entreprise : traité théorique et pratique*, livre 46.3, 2^e éd., Diegem, Kluwer, 2012, p. 18.

(*4) P. DE WOLF et G. STEVENS, « La société anonyme », in X., *Traité pratique de droit commercial*, t. 4, vol. 1-2, pp. 367, n° 1319.

(*5) P. DE WOLF et G. STEVENS, « La société anonyme », in X., *Traité pratique de droit commercial*, t. 4, vol. 1-2, pp. 367, n° 1321.

8 Une telle situation peut se présenter dans plusieurs cas, dont notamment lorsqu’une augmentation de capital en numéraire est réalisée sans dérogation au droit de préférence reconnu aux actionnaires existants par les articles 7:188 et suivants (ou, le cas échéant, moyennant l’application d’un droit de préférence extra-légal). Dans cette hypothèse, la décision de procéder à une augmentation de capital sera séparée de sa réalisation par une période durant laquelle les actionnaires existants doivent, s’ils le souhaitent, exercer leur droit de préférence. À cet égard, l’article 7:189 prévoit un délai de quinze jours minimum à dater de l’ouverture de la souscription.

9 L’article 7:186 prévoit ensuite que la réalisation de l’augmentation de capital, lorsqu’elle aura lieu, devra également être constatée dans un second acte authentique, dressé à la requête de l’organe d’administration ou d’un ou de plusieurs administrateurs ou mandataires spécialement délégués à cet effet, sur présentation des documents justificatifs de l’opération. En cas d’apport en numéraire, ces documents comprennent une preuve du dépôt des fonds à libérer lors de l’augmentation de capital sur un compte spécial ouvert au nom de la société auprès d’un établissement de crédit établi dans l’espace économique européen (art. 7:195). L’acte mentionnera par ailleurs le respect des conditions légales relatives à la souscription et à la libération du capital et sera, comme le premier, déposé au greffe du tribunal de l’entreprise compétent qui en assurera la publication aux Annexes du *Moniteur belge*.

10 À défaut de délégation spéciale à un ou plusieurs administrateurs ou mandataires, l’acte authentique constatant la réalisation de l’augmentation de capital ne pourra être dressé qu’à la requête de l’organe d’administration dans son ensemble. Dans la mesure où la loi exige une délégation spécifique à cet effet, les administrateurs de la société ne peuvent se fonder sur une clause statutaire de représentation générale adoptée conformément à l’article 7:93, § 2, du Code des sociétés et des associations afin de requérir le notaire instrumentant à cet égard (*1). En revanche, aucune décision supplémentaire de l’assemblée générale des actionnaires n’est nécessaire afin de constater la réalisation de l’augmentation de capital une fois ses conditions réunies.

11 De façon générale, la loi ne semble imposer aucune limite de temps entre l’adoption de la décision d’augmentation du capital et sa réalisation effective. De même, rien ne paraît s’opposer à ce que la réalisation de l’augmentation de capital ainsi décidée par l’assemblée générale des actionnaires soit constatée, non par un seul acte authentique, mais par plusieurs actes authentiques successifs établis à la requête de l’organe d’administration ou de ses délégués spéciaux, au fur et à mesure des souscriptions recueillies. À cet égard, rappelons seulement qu’en vertu de l’article 7:181 du Code des sociétés et des associations, si l’augmentation de capital annoncée n’est pas

(*1) P. DE WOLF et G. STEVENS, « La société anonyme », in X., *Traité pratique de droit commercial*, t. 4, vol. 1-2, pp. 368, n° 1322.

entièrement souscrite, le capital peut néanmoins être augmenté à concurrence des souscriptions recueillies pour autant que les conditions de l'émission aient expressément prévu cette possibilité. Se pose dès lors la question de savoir si la réalisation de l'augmentation de capital annoncée peut être constatée par plusieurs actes successifs, le cas échéant séparés les uns des autres par une longue période.

12 Encore faut-il ajouter que lorsque l'augmentation de capital rémunère un apport en nature, l'article 7:183 impose sa libération dans un délai de cinq ans à dater de la *décision* d'augmenter le capital. Si l'opération se déroule en deux temps, le délai légal prend donc cours avant même l'engagement du souscripteur. Il semble s'en déduire que la décision d'augmenter le capital social en contrepartie d'un apport en nature ne peut précéder sa réalisation de plus de cinq années. En pratique, cette technique pourrait se rencontrer dans le cadre de certains prêts convertibles en actions, en vertu desquels le prêteur se voit reconnaître le droit d'apporter une partie de sa créance de prêt au capital de la société emprunteuse. L'assemblée générale des actionnaires de celle-ci pourra décréter, dès la conclusion du contrat de prêt, une augmentation de capital à concurrence du montant total du prêt, qui sera constatée par l'organe d'administration ou ses délégués spéciaux au fur et à mesure des apports de créances réalisés par le prêteur. Il faut également souligner que l'obligation de libération intégrale dans les cinq ans prévue par l'article 7:183 s'applique aux « *actions correspondant en tout ou en partie à des apports en nature* ». Il s'en déduit que les actions représentant un apport mixte doivent être libérées intégralement dans ce délai, en ce compris la quotité en numéraire (*1). De même, si l'opération a lieu en deux temps, la réalisation de l'augmentation de capital en contrepartie d'apports mixtes devra nécessairement être réalisée dans les cinq ans de la décision d'augmenter le capital social.

13 Enfin, il convient de souligner que l'augmentation de capital résultant de la conversion d'obligations convertibles en actions, de la substitution d'actions à des obligations ordinaires conformément à l'article 7:162, 3^o, du Code des sociétés et des associations, ou encore de la souscription d'actions suite à l'exercice d'un droit de souscription, ne constitue pas une augmentation de capital en deux temps au sens de l'article 7:186 examiné. Ces cas de figure sont spécifiquement réglés par l'article 7:187 du Code des sociétés et des associations, au commentaire duquel il est renvoyé.

(*1) P. HAMENDE, *La constitution d'une SA*, Liège, Wolters Kluwer, 2021, p. 91, n^o 139 ; M. MASSAGE, *L'adaptation du droit des SA aux 2^e et 4^e directives européennes*, Bruxelles, Swinnen, 1985, p. 38 ; H. CULOT, « La libération du capital : examen de quelques difficultés pratiques », in J. MALHERBE et É.-J. NAVEZ (coord.), *Droit des affaires et sociétés – Actualités et nouveaux enjeux*, Limal, Anthemis, 2013, p. 84.

V. Sanctions

14 En l'absence d'acte(s) authentique(s) constatant la décision d'augmentation du capital et sa réalisation, la publicité prescrite aux articles 7:185 et 7:186 ne pourra avoir lieu. Conformément à l'article 2:18, l'augmentation de capital ne sera dès lors pas opposable aux tiers, sauf pour la société anonyme à démontrer que ces tiers en avaient connaissance. Pour leur part, les tiers peuvent cependant se prévaloir des documents dont le dépôt ou la publication n'ont pas été effectués.

15 En outre, l'article 2:39 étend au défaut d'acte authentique lors d'une augmentation de capital le régime applicable à la nullité d'une société pour vice de forme. En l'absence des actes authentiques requis par la loi, la nullité de l'acte constatant l'augmentation du capital ne produira dès lors ses effets qu'à dater de la décision judiciaire qui la prononce, conformément à l'article 2:34 du Code des sociétés et des associations (*1). Il s'agit là d'une différence fondamentale par rapport au régime ordinaire de nullité des décisions des organes sociaux prévu aux articles 2:42 et suivants du même code, opérant en principe avec effet rétroactif (*2). En tout état de cause, la décision judiciaire prononçant la nullité d'une augmentation de capital pour défaut d'acte authentique ne sera opposable aux tiers qu'à dater de sa publication aux Annexes du *Moniteur belge*.

16 À notre sens, le défaut d'acte authentique lors d'une augmentation de capital ne peut cependant être régularisé jusqu'au jugement constitutif de sa nullité, et le tribunal ne peut davantage accorder à la société un délai permettant de procéder à cette régularisation, dès lors que cette possibilité résulte – pour d'autres vices de forme – exclusivement de l'article 2:38 du Code des sociétés et des associations auquel ne renvoie pas l'article 2:39 du même code (*3). Le cas échéant, l'augmentation de capital devra par conséquent faire l'objet d'une nouvelle décision de l'assemblée générale des actionnaires ou de l'organe d'administration dans les limites du capital autorisé.

17 Pour le surplus, la violation des articles 7:185 et 7:186 constitue une faute de gestion dans le chef des membres de l'organe d'administration, dont la responsabilité peut dès lors être engagée conformément aux articles 2:56 et suivants du Code des sociétés et des associations.

(*1) P. VAN OMMEFLAGHE et X. DIEUX, « Les sociétés commerciales. Examen de jurisprudence (1979 à 1990) », *R.C.J.B.*, 1993, p. 668, n° 77.

(*2) Y. DE CORDT (coord.), *Société anonyme*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2021, p. 610, n° 701.

(*3) *Contra* : Y. DE CORDT (coord.), *Société anonyme*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2021, p. 610, n° 701 ; P. LAMBRECHT et G. DE PIERPONT, « Les modifications du capital dans la SA », *Guide juridique de l'entreprise : traité théorique et pratique*, livre 46.3, 2^e éd., Diegem, Kluwer, 2012, p. 21.

7:187. Lorsque le capital est augmenté à la suite d'une conversion d'obligations convertibles en actions, d'une substitution d'actions à des obligations conformément à l'article 7:162, 3^o, ou d'une souscription d'actions en cas d'exercice d'un droit de souscription, la conversion, la substitution ou la souscription, l'augmentation corrélative du capital et le nombre d'actions nouvelles créées en représentation de cette dernière sont constatés par un acte authentique. Cet acte est établi à la requête de l'organe d'administration ou d'un ou plusieurs administrateurs ou mandataires spécialement délégués à cet effet moyennant la production d'un relevé des conversions ou substitutions demandées ou des droits de souscription exercés. Cette constatation confère la qualité d'actionnaire, à l'obligataire dont les obligations ont été converties ou substituées par des actions et au titulaire d'un droit de souscription qui a exercé son droit. Le montant du capital et le nombre des actions sont adaptés dans les statuts.

Commentaire de l'article 7:187 du Code des sociétés et des associations

Auteurs : Laurent ROBERT et Valérie DEMEUR

Mise à jour : 1^{er} juillet 2022

DOCTRINE IMPORTANTE

BRULOOT, D. et MARESCHEAU, K. (éd.), *De obligatielening*, coll. *Instituut Financieel Recht*, vol. 21, Anvers, Intersentia, 2017, pp. 355-450.

DE CORDT, Y. (coord.), *Société anonyme*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2021, pp. 605-638.

DE WOLF, P. et STEVENS, G., « La société anonyme », in X., *Traité pratique de droit commercial*, t. 4, vol. 1-2, Waterloo, Wolters Kluwer, 2014, pp. 431-454.

HAINAUT-HAMENDE, P., « Les sociétés anonymes. Opérations sur le capital. Émissions publiques. Transformation. Fusion-scission », *Répertoire notarial*, t. XII/3, livre 2, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 227.

HAMER, P. et DAVID, B., « Art. 582 C. soc. », *Commentaire systématique du Code des sociétés*, 1^{er} octobre 2002, f. mob.

LAMBRECHT, P. et DUPLAT, M., « L'emprunt obligataire », *Guide juridique de l'entreprise : traité théorique et pratique*, livre 48.4, 2^e éd., Diegem, Kluwer, 2013.

COMMENTAIRE

Structure

- I. Origine et présentation de l'article
- II. Émission des titres visés
- III. Constatation de la réalisation de l'augmentation de capital

I. Origine et présentation de l'article

1 L'article 7:187 du Code des sociétés et des associations reprend en substance l'article 591 de l'ancien Code des sociétés, qui lui-même reformulait l'article 101^{octies} des lois coordonnées sur les sociétés commerciales. La disposition nouvelle s'étend cependant à la substitution d'actions à des obligations réalisée conformément à l'article 7:162, 3^o, qui n'était pas visée par l'ancien Code des sociétés.

2 Cette disposition précise certaines des modalités et formalités liées à l'augmentation de capital résultant d'une conversion d'obligations convertibles en actions, d'une substitution d'actions à des obligations ordinaires ou d'une souscription d'actions en cas d'exercice d'un droit de souscription.

II. Émission des titres visés

3 L'article 7:187 s'applique aux augmentations de capital qui résultent de la conversion d'obligations convertibles en actions, de l'exercice de droits de souscription ou de la substitution d'obligations ordinaires par des actions de la société émettrice.

4 Les obligations convertibles et les droits de souscription sont, par nature et dès leur émission, susceptibles de donner lieu à une augmentation de capital différée dans le temps. En vertu de l'article 7:177 du Code des sociétés et des associations, l'émission de tels titres doit par conséquent être décidée par l'assemblée générale des actionnaires ou par l'organe d'administration agissant sur la base d'une autorisation statutaire spécifique (*1). L'émission d'obligations convertibles ou de droits de souscription doit en outre suivre la procédure spécifique d'information décrite à l'article 7:180 du même code.

5 Si leur émission relève de la compétence de l'assemblée générale des actionnaires ou de celle de l'organe d'administration agissant dans le cadre d'une autorisation statutaire, la décision de convertir une obligation convertible ou d'exercer un droit de

(*1) Article 7:198, alinéa 2, du Code des sociétés et des associations.

souscription – et partant, la réalisation concrète d’une augmentation de capital à concurrence du montant des obligations converties ou des droits de souscription exercés – appartient généralement au détenteur du titre concerné. S’agissant des obligations convertibles, l’article 7:62 du Code des sociétés et des associations précise néanmoins que la conversion peut intervenir, selon les conditions d’émission, soit à l’option de l’obligataire ou de la société émettrice, soit automatiquement et indépendamment de la volonté de l’une ou l’autre des parties, dans les circonstances que déterminent les conditions d’émission. Les droits de souscription, quant à eux, sont en principe exerçables par leur seul détenteur, moyennant toutefois le respect de leurs conditions d’émission. Quoi qu’il en soit, ces titres contiennent en germe le principe d’une augmentation de capital ultérieure, fût-elle soumise à certaines conditions ou laissée à l’option de l’une des parties.

6 À l’inverse, les obligations ordinaires constituent *a priori* un simple instrument de financement de la société par endettement externe, dont l’émission n’implique aucune augmentation de capital différée. La décision d’émettre des obligations ordinaires appartient dès lors à l’organe d’administration de la société, sauf dispositions statutaires contraires. L’organe d’administration détermine également les conditions d’émission des obligations ordinaires. L’article 7:162, 3^o, du Code des sociétés et des associations reconnaît cependant à l’assemblée générale des obligataires le pouvoir d’accepter la substitution de leurs titres obligataires par de nouvelles actions à émettre par la société. Une telle opération s’analyse comme un apport en nature des titres obligataires au capital de la société, rémunéré par une émission d’actions attribuées aux anciens détenteurs des obligations concernées (*1). Dès lors que la substitution d’obligations ordinaires en actions constitue un apport en nature, la procédure spécifique prévue à l’article 7:197 doit être suivie (*2).

7 En principe, les obligations ordinaires n’ont aucune vocation à être substituées par des actions nouvelles, ce qui les distingue des obligations convertibles. L’opération de substitution n’est d’ailleurs pas envisagée dans les conditions de l’émission obligataire et doit être approuvée de manière distincte, tant par l’assemblée générale des obligataires que par celle des actionnaires. Aussi l’article 7:162, 3^o, du Code des sociétés et des associations précise-t-il que la substitution doit avoir été spécialement entérinée par l’assemblée générale des actionnaires et reflétée dans les statuts de la société émettrice, soit antérieurement à la décision de l’assemblée générale des obligataires, soit au plus tard dans les trois mois suivant celle-ci. À défaut d’approbation dans les trois mois par l’assemblée générale des actionnaires, la décision des obligataires demeure

(*1) P. DE WOLF et G. STEVENS, « La société anonyme », in X., *Traité pratique de droit commercial*, t. 4, vol. 1-2, p. 452, n^o 1461.

(*2) Y. DE CORDT (coord.), *Société anonyme*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2021, p. 620, n^o 714 ; P. HAINAUT-HAMENDE, « Les sociétés anonymes. Opérations sur le capital. Émissions publiques. Transformation. Fusion-scission », *Rép. not. (f. mob.)*, t. XII, *Le droit commercial et économique*, livre 3/2, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 227.

sans effet (*1). Au contraire de la conversion d'une obligation convertible ou de l'exercice d'un droit de souscription, la substitution des obligations ordinaires et l'augmentation de capital qui en résulte nécessitent donc une nouvelle décision, tant des obligataires-souscripteurs que de la société émettrice.

8 Du reste, il est parfaitement envisageable qu'une émission d'obligations ordinaires soit organisée concomitamment à la tenue d'une assemblée générale des actionnaires destinée à autoriser une substitution ultérieure des obligations émises. Ces dernières n'en deviennent pas pour autant des obligations convertibles au sens des articles 7:65 et 7:66 du Code des sociétés et des associations, la faculté de substitution s'exerçant nécessairement de façon collective au sein de l'assemblée générale des obligataires – tandis que la conversion des obligations convertibles intervient soit à l'option de chaque obligataire à titre individuel ou de la société émettrice, soit automatiquement dans les circonstances déterminées, le cas échéant, dans les conditions d'émission. À l'inverse, rien n'interdit à l'assemblée générale des obligataires de modifier, en vertu de l'article 7:162 du Code des sociétés et des associations, les conditions d'émission des obligations ordinaires afin de les rendre convertibles en actions. Une telle décision suppose naturellement l'accord exprès de la société émettrice, conformément à l'article 7:163 du même code.

III. Constatation de la réalisation de l'augmentation de capital

9 Dans chacun des cas visés à l'article 7:187, il appartient à l'organe d'administration (ou à un ou plusieurs administrateurs ou mandataires spécialement délégués à cet effet) de demander l'établissement d'un acte authentique constatant la conversion des obligations convertibles, la substitution des obligations ordinaires ou l'exercice des droits de souscription, ainsi que l'augmentation corrélative du capital social et le nombre d'actions nouvelles créées en représentation de cette augmentation. À cette fin, l'organe d'administration (ou le(s) mandataire(s) ou administrateur(s) délégué(s) à cette fin) doit produire un relevé des conversions ou substitutions demandées ou des droits de souscription exercés. Contrairement à l'article 591 de l'ancien Code des sociétés, il n'est plus exigé qu'un tel relevé soit certifié par le commissaire de la société ou, à défaut, par un réviseur d'entreprises.

10 La constatation par acte authentique de la conversion, de la substitution ou de l'exercice confère à elle seule la qualité d'actionnaire à l'obligataire dont les obligations ont été converties ou substituées ou au titulaire du droit de souscription qui a exercé celui-ci. Par la même occasion, l'acte authentique adapte également, dans les statuts de

(*1) Y. DE CORDT (coord.), *Société anonyme*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2021, p. 620, n° 714 ; P. HAINAUT-HAMENDE, « Les sociétés anonymes. Opérations sur le capital. Émissions publiques. Transformation. Fusion-scission », *Rép. not. (f. mob.)*, t. II, *Le droit commercial et économique*, livre 3/2, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 227.

la société, le montant du capital social et le nombre des actions émises. Il n'est donc pas nécessaire de réunir une nouvelle assemblée générale des actionnaires afin de constater l'augmentation du capital de la société et d'adapter ses statuts en conséquence.

Section 2. Augmentation de capital par apports en numéraire

Sous-section 3. Libération des apports en numéraire

7:195. En cas d'apports en numéraire à libérer lors de la réception de l'acte constatant l'augmentation de capital, les fonds sont préalablement déposés par versement ou virement sur un compte spécial ouvert au nom de la société auprès d'un établissement de crédit établi dans l'Espace économique européen au sens de l'article 4, paragraphe 1er, point 1), du règlement (UE) nr. 575/2013. Une preuve de ce dépôt est remise au notaire instrumentant.

Le compte spécial est à la disposition exclusive de la société. Il ne peut en être disposé que par les personnes habilitées à engager la société et après que le notaire instrumentant eût informé l'établissement de la passation de l'acte.

Si l'augmentation n'est pas réalisée dans le mois de l'ouverture du compte spécial, les fonds sont restitués à leur demande, à ceux qui les ont déposés

Voir aussi : art. 7:12

Commentaire de l'article 7:195 du Code des sociétés et des associations

Auteur : Pascale HAMENDE

Mise à jour : 15 août 2021

DOCTRINE IMPORTANTE

BOUCKAERT, F. et VERSTAPPEN, J., « Enkele voor de notariële praktijk belangrijke gevolgen van de uitgestelde verwerving van de rechtspersoonlijkheid door vennootschappen », *T. Not.*, 1996, p. 456.

BOUCKAERT, F. et VERSTAPPEN, J., « Sociétés – Acquisition de la personnalité juridique – Questions parlementaires », *Not.*, 1998/9-10, p. 412.

COIPEL, M., *Les SPRL*, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 217.

CULOT, H., « La libération du capital : examen de quelques difficultés pratiques », in *Droit des affaires et sociétés. Actualités et nouveaux enjeux ?*, Limal, Anthemis, 2013., p. 287.

DU CASTILLON, L., « L'augmentation de capital par apport en numéraire en pratique », *Cah. jur.*, 2016, liv. 2, p. 32.

GILCART, S., « Apport en numéraire et souscription fictive », note sous Liège, 25 juin 1999, *J.D.S.C.*, 2002, p. 34.

GILCART, S. et BROCAL, C. « Les règles de constitution des SA, SPRL et SCRL », *Guide jur. entr.*, Bruxelles, Kluwer, livre 14.3, n° 620.

HAINAUT-HAMENDE, P., *La Société Anonyme, Opérations sur le capital – Emission publique, Transformation – Fusion et Scission, Rép. not.*, Bruxelles, Larcier, 2009, n° 616, p. 89.

HAINAUT-HAMENDE, P. et RAUCQ, G., *Les Sociétés anonymes – Constitution et Fonctionnement*, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 15, p. 192.

JEGHERS, J.L., « Quelques réflexions à propos des formalités récentes les plus courantes liées à l'acte de constitution d'une société commerciale », *Le droit des sociétés, Aspects pratiques et conseils des notaires*, Bruxelles, Bruylant, 1999.

NAVEZ, E.J. et NAVEZ, A., *Le Code des sociétés et des associations. Présentation et premiers commentaires*, Bruxelles, Larcier, 2019, p. 111.

SIMONT, L., « La loi du 6 mars 1973 modifiant la législation relative aux sociétés commerciales », *Rev. prat. soc.* 1974, p. 1.

TILQUIN, T. et SIMONART, V., *Traité des sociétés*, T. III, Bruxelles, Kluwer, 2005, p. 400 et s.

WEYTS, L., « Problemen i.v.m. inbrengen in geld volgens het nieuwe art. 29bis al. 2 en 3 venn. W. », *T. Not.*, 1975, p. 97.

WYCKAERT, M., *Kapitaal in N.V. et B.V.B.A.*, Kalmthout, Biblo, 1994, n° 426-430, p. 303.

COMMENTAIRE

Structure

- I. Présentation de l'article
- II. Sommes visées : libération lors de l'acte
- III. Libération postérieure à l'acte
- IV. Ouverture d'un compte spécial

Chapitre 2. Réduction du capital

7:208. § 1^{er}. Toute réduction du capital requiert une modification des statuts qui ne peut être décidée que dans le respect de l'égalité de traitement des actionnaires qui se trouvent dans des conditions identiques. Le cas échéant, il est fait application de l'article 7:155.

§ 2. La convocation à l'assemblée générale indique la manière dont la réduction proposée sera opérée ainsi que le but de cette réduction.

§ 3. Lorsqu'une plus-value de réévaluation a été incorporée au capital, celui-ci ne peut être réduit à un montant inférieur à celui du capital minimum,

1^o augmenté du montant de la plus-value de réévaluation incorporée, et

2^o diminué, le cas échéant, du montant de la plus-value réalisée dans l'intervalle résultant de la cession de l'actif concerné.

Commentaire de l'article 7:208 du Code des sociétés et des associations

Auteurs : Valérie DEMEUR et Laurent ROBERT

Mise à jour : 14 juin 2022

DOCTRINE IMPORTANTE

AETSEN, M. *et alii*, « Kapitaalvermindering », in *De gids voor vennootschappen*, Mechelen, Kluwer, 2021, p. 629-634.

BLOMMAERT, D. et NICHELIS, F., « Kapitaal », in *Vennootschappen en verenigen – Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Anvers, Kluwer, 2000.

CULOT, N. *et alii*, « Chapitre 7 – Capital », in *Droit des sociétés*, 2020, Bruxelles, Larcier, 5^e éd., p. 707-765.

DE CORDT, Y., « Société Anonyme », in *R.P.D.B.*, Bruxelles, Larcier, 2^e éd., 2021, p. 639-347.

DE CORDT, Y., *L'égalité entre actionnaires*, Bruxelles, Bruylant, 2004.

FREDERICQ, L., *Traité*, t. IV, pp. 755 et s.

HAMER, P. et POCHET, J., « Commentaire de l'article 613 du Code des sociétés », *Commentaire systématique Code des sociétés*, Bruxelles, Kluwer, mise à jour du 1^{er} octobre 2002.

HORSMANS, G. et KEUTGEN G., « Augmentation et réduction du capital », *Les sociétés commerciales*, Bruxelles, Ed. Jeune Barreau, 1985.

NAPOLITANO, D., VAN STAPPEN, D. et DE MEULDER, F., « Les réductions de capital », *Bull. fisc. fin. r.*, 1988, Afl. 3, 6.

RESTEAU, C., BENOIT-MOURY, A. et GREGOIRE A., *Traité des Sociétés Anonymes*, t. III, Bruxelles, Swinnen, 1985, p. 77, n° 1413.

SIMONT, L., « L'égalité entre les actionnaires de la société anonyme », *Rev. prat. soc.*, 1997, p. 235.

SLUYTS, C., « Het kapitaalbehoud bij de naamloze vennootschap », in H. BRAECKMANS et E. WYMEERSCH, (dir.), *Het nieuwe vennootschapsrecht na de wet van 5 december 1984*, Antwerpen, Kluwer, 1985, p. 48.

TILQUIN, T., « Les opérations d'assainissement du capital des sociétés en difficulté et l'abus de droit des actionnaires », *R.D.C.*, 1991, pp. 10 et s.

VAN BRUYSTEGHEM, B., *De vennootschappenwet 1984*, Antwerpen, Kluwer, 1984.

VAN CROMBRUGGE, S., « Liquidation interne et réduction de capitale préalable, pas d'abus », *Fiscologue*, 2021, n° 1673, p. 5-7 (*).

VAN OMMESLAGHE, P. et DIEUX., X., « Examen de jurisprudence 1979 à 1990 : les sociétés commerciales », *R.C.J.B.*, 1993.

VAN RYN, J., *Principes de droit commercial*, t. I., 1^{re} éd., 1954, Bruxelles, Bruylant, n° 839, p. 500.

VANSWIJGHENHOVEN, F., « Kapitaalvermindering », in *De NV in de praktijk*, Mechelen, Kluwer, 2021, Afl. 191, WVV-I.2.6 – 1 - WVV-I.2.6 – 6.

WILLERMAIN, D., « Les actions et le capital dans la société anonyme : réexamen de thèmes classiques à la lumière du CSA », *T.R.V.-Rev. prat. soc.*, 2020, pp. 125-169.

COMMENTAIRE

Structure

- I. Introduction
- II. Présentation générale de la réduction du capital
- III. Conditions de la réduction du capital
 - A. Modification des statuts décidée par l'assemblée générale
 - B. Mentions dans les convocations à l'assemblée
 - C. Traitement égal des actionnaires
- IV. Entrée en vigueur et dispositions transitoires

I. Introduction

I L'article 7:208 du Code des sociétés et des associations (« CSA ») énonce les conditions de forme et de fond à respecter pour réaliser une réduction du capital social