

La libération du capital : examen de quelques difficultés pratiques

Henri CULOT

Chargé de cours invité à l'Université catholique de Louvain
Avocat au barreau de Bruxelles

La jurisprudence publiée révèle l'existence de difficultés juridiques dans les relations financières entre une société et ses actionnaires, en particulier dans les petites sociétés où la séparation entre la société, son organe de gestion et les associés est moins nette. Des litiges concernant la libération du capital surviennent souvent en cas de faillite et/ou en lien avec un « compte courant » d'associé : incertitude quant à la libération des actions, compensation avec le compte courant de l'associé, retrait immédiat, par l'associé, du montant libéré. Cet article entend rappeler les règles applicables, clarifier certaines controverses et en tirer les enseignements pratiques.

Introduction

Dans notre système juridique, le capital est considéré comme une protection pour les créanciers de la société. Il représente, le plus souvent, les apports que les actionnaires mettent à la disposition de la société pour réaliser son objet, ainsi qu'une limite aux montants que ces actionnaires peuvent collectivement décider de s'attribuer en rémunération de leur investissement. C'est pourquoi il est « intangible » et encadré par de nombreuses règles destinées à en assurer l'effectivité.

Ces règles ont notamment trait aux engagements des actionnaires de constituer le capital. On appelle souscription l'obligation acceptée par un actionnaire d'apporter des biens ou de l'argent à la société. Cette obligation naît lors de la constitution de la société ou à l'occasion de la plupart des augmentations de capital – celles qui impliquent des apports nouveaux.

Mais la loi veille aussi à ce que ces engagements soient effectivement exécutés. C'est là l'objet des règles concernant la libération du capital, qui correspond à l'exécution de la souscription, c'est-à-dire à un paiement.

L'examen de la jurisprudence publiée (majoritairement néerlandophone) et quelques entretiens avec des praticiens révèlent que la libération du capital fait très fréquemment l'objet de litiges. Ces litiges surviennent souvent lorsque la

société est déclarée en faillite, ce qui n'est guère étonnant eu égard à la fonction de protection des créanciers qui est notamment remplie par le capital.

La libération minimale au moment de la souscription est soumise à des règles strictes et à un contrôle sévère, favorisé par l'intervention d'un notaire. Il n'est va pas de même pour les libérations ultérieures, qui sont comparativement peu encadrées par des règles spécifiques. Les actionnaires, souvent livrés à eux-mêmes, les appliquent parfois comme ils veulent ou comme ils peuvent, voire ne les appliquent pas du tout, jusqu'à l'arrivée d'un curateur qui voit dans la libération du capital sinon un actif facilement récupérable, du moins une condamnation aisée à obtenir. Surgissent alors toutes sortes de questions relatives aux appels de fonds, à la libération par compensation, à la preuve de la libération, etc.

L'objet de cette contribution est de parcourir les règles relatives à la libération du capital dans les trois principaux types de sociétés à responsabilité limitée (SPRL, SCRL et SA)¹, en accordant une attention plus soutenue aux questions qui se posent en pratique. On examine d'abord les règles de la libération lors de la souscription (section 1), pour s'attarder ensuite à la libération qui intervient postérieurement (section 2). Quelques développements sont consacrés aux libérations « fictives » (section 3), à la protection de la société et des tiers en ce qui concerne la libération (section 4) et enfin à la preuve de celle-ci (section 5).

Section 1

Libération lors de la souscription

Le Code des sociétés exige qu'une partie au moins de l'apport soit libéré dès la souscription (sous-section 1). Lorsqu'il s'agit d'un apport en numéraire, des modalités particulières de libération s'imposent (sous-section 2).

Sous-section 1

Montants et proportion de la libération

Dans les sociétés à responsabilité limitée, une partie des apports en capital doit être libérée au moment de la souscription.

D'une part, le capital doit être libéré à concurrence d'un montant minimal : le capital minimum (61.500 EUR) pour la SA (art. 448 C. soc.), 6.200 EUR pour la SPRL et la SCRL, soit environ un tiers du capital minimum (art. 223 et 397 C. soc.). Ce montant est porté à 12.400 EUR si la SPRL ne compte

¹ Pour la facilité de l'expression, on utilisera parfois de manière générique les termes spécifiques à la société anonyme (actionnaire, action, administrateur, etc.).

qu'un associé (art. 223, al. 3 C. soc.) et réduit à un euro dans le cas d'une SPRL-Starter (art. 223, al. 4 C. soc.).

D'autre part, le montant de capital représenté par chaque action ou part doit au minimum être libéré à concurrence d'un cinquième pour les apports en numéraire dans les SPRL (art. 223, al. 2, 1^o C. soc.) et d'un quart pour tous les apports en SA et en SCRL (art. 398 et 448 C. soc.). Comme cette proportion du capital à libérer se compte par action, la circonstance qu'un actionnaire libérerait plus que la proportion minimale n'autorise pas les autres actionnaires à libérer moins que cette proportion². Des dispositions similaires s'appliquent en cas d'augmentation de capital, la libération devant alors intervenir au moment de la réalisation de l'augmentation de capital (art. 305, al. 1^{er}, 418 et 586, al. 1^{er} C. soc.).

Les apports en nature effectués dans une SPRL, quant à eux, doivent être intégralement libérés dès la souscription (art. 223, al. 2, 2^o et 305, al. 2 C. soc.)³.

C'est aussi le cas pour les apports en prime d'émission à l'occasion d'une augmentation de capital dans une SPRL ou une SA (art. 306 et 587 C. soc.)⁴. On ne retrouve pas de disposition similaire applicable à la SCRL, dont les modalités d'augmentation du capital sont plus souples. On n'en trouve pas davantage dans les chapitres consacrés à la constitution de la société, probablement parce que le législateur n'a pas envisagé l'hypothèse – assez rare en effet en Belgique – d'une prime d'émission prévue dès la constitution de la société. Pourtant, un apport en prime d'émission à ce moment ne serait pas illicite, mais il faudrait le libérer intégralement, par analogie avec ce qui est prévu pour les augmentations de capital⁵.

Une libération minimale obligatoire répond apparemment au double souci de dissuader des souscriptions faites à la légère par des actionnaires incapables de libérer leur apport⁶, et de protéger les créanciers en assurant que la société dispose d'un minimum de moyens pour payer ses dettes⁷, ce qu'un actif consistant en une créance contre un actionnaire ne permet pas.

² Voy. les exemples proposés par M. COIPEL, « Les sociétés privées à responsabilité limitée », *Rép. not.*, t. XII, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 216.

³ *Ibid.*, p. 219.

⁴ En particulier dans l'hypothèse d'une augmentation de capital, la totalité des apports n'est pas nécessairement affectée au capital. Une partie des apports est parfois comptabilisée en prime d'émission, notamment dans l'objectif de respecter l'égalité entre les actionnaires nouveaux et anciens si les actions de ces derniers valent davantage que leur valeur nominale ou pair comptable. Même si ce sont en réalité les apports qui doivent être libérés, on utilisera dans cet article l'expression plus courante (d'ailleurs employée par le Code) de libération du capital.

⁵ H. CULOT, « La prime d'émission », *Rev. prat. soc.*, 2006, pp. 484-486 ; Q. HELSEN, « De uitgiftepremie bij oprichting: een kwestie van evenwicht », *T.R.V.*, 2009, p. 609 ; T. TILQUIN et V. SIMONART, *Traité des sociétés*, t. III, Bruxelles, Kluwer, 2005, p. 399.

⁶ J. MALHERBE et al., *Droit des sociétés – Précis*, 4^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 473.

⁷ S. DE DIER, « Commentaar bij artikel 223 W. Venn. », in *Vennootschappen en verenigingen. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Waterloo, Kluwer, 2011, p. 3.

Sous-section 2

Mode de libération spécifique des apports en numéraire au moment de la souscription

Des formalités particulières sont prévues pour la libération des apports au moment de la constitution ou de l'augmentation de capital (art. 224, 311, 399, 422, 449 et 600 C. soc.)⁸. L'argent est versé, avant l'acte, sur un compte spécial⁹ ouvert au nom de la société auprès d'un établissement de crédit belge. La banque atteste au notaire la présence des fonds sur le compte. Une attestation globale suffit : la banque ne doit pas nécessairement détailler le montant versé par chacun des souscripteurs¹⁰. Il est toutefois fait exception à l'exigence d'une attestation bancaire à la constitution de la SPRL-S (art. 224, al. 1^{er} C. soc.). Seuls les organes de la société pourront disposer des fonds après la passation de l'acte de constitution ou d'augmentation de capital¹¹, dont le notaire informe la banque. Si l'acte n'est pas passé dans les trois mois du dépôt des fonds, les déposants peuvent en demander la restitution¹².

Ce système permet de s'assurer que la libération annoncée est effective. Il n'est cependant pas parfaitement efficace, certains produisant de fausses attestations bancaires¹³. Les fondateurs (à la constitution) ou les administrateurs ou gérants (en cas d'augmentation de capital) sont alors responsables, même en cas de fraude des souscripteurs, de la différence entre le montant minimal à libérer et le montant effectivement libéré (art. 229, 2^o ; 314, 2^o ; 405, 2^o ; 424, 2^o ; 456, 2^o et 610, 2^o C. soc.)¹⁴. Une telle responsabilité n'existe cependant pas pour le solde des apports, qui peuvent être libérés en cours de vie sociale : seuls les actionnaires sont responsables du paiement de ces montants¹⁵, et la solidarité liée à la responsabilité des fondateurs ne s'applique plus¹⁶. Le notaire

⁸ Pour les autres modes de libération des apports, dont certains sont aussi applicables en cas de libération lors de la souscription, voy. *infra*.

⁹ Sur le compte spécial, S. DE DIER, « Commentaar bij artikel 224 W. Venn. », *op. cit.*, p. 6 ; P. HAINAUT-HAMENDE et G. RAUCQ, « Les sociétés anonymes », *Rép. not.*, t. XII, Bruxelles, Larcier, 2005, pp. 192-196 ; P. VAN HOOGHTEN, « Over de bijzondere rekening », note sous Comm. Bruxelles, 24 novembre 1997, R.D.C., 1999, pp. 49-51.

¹⁰ P. HAINAUT-HAMENDE, « Commentaire de l'art. 449 C. soc. », in *Commentaire systématique du « nouveau » Code des sociétés*, Waterloo, Kluwer, 2003, pp. 3-4.

¹¹ Sur la possibilité d'une mise à disposition des fonds avant que la société n'ait acquis la personnalité juridique, voy. M. COIPEL, « Les sociétés privées à responsabilité limitée », *op. cit.*, pp. 217-218. Comp. Liège, 21 juin 2007, J.L.M.B., 2009, p. 292, *Rev. prat. soc.*, 2009, p. 240.

¹² Pour une application, Comm. Bruxelles, 24 novembre 1997, R.D.C., 1999, p. 45, note P. VAN HOOGHTEN.

¹³ Anvers, 14 janvier 2010, R.D.C., 2010, p. 369, note N. KONINGS.

¹⁴ Anvers, 14 janvier 2010, R.D.C., 2010, p. 369, note N. KONINGS.

¹⁵ Gand, 11 mars 1998, T.R.V., 1998, p. 163, note F. HELLEMANS ; Anvers, 11 mai 1998, A.J.T., 2000-2001, p. 97, J.D.S.C., 2001, p. 74 ; Anvers, 5 mars 2001, R.D.C., 2001, p. 745, T. Not., 2002, p. 625, note F. BOUCKAERT ; Comm. Gand, 22 mars 2001, T.G.R., 2001, p. 303 ; Gand, 10 octobre 2001, T.R.V., 2002, p. 454 ; Bruxelles, 29 novembre 2001, J.L.M.B., 2003, p. 1253 ; S. GILCART, « La faillite et les aléas de la libération du capital », J.D.S.C., 2003, p. 35. *Contra* : Bruxelles, 13 novembre 2003 (sommaire), R.D.C., 2004, p. 504, obs. C. KRZEWSKI.

¹⁶ Comm. Gand, 10 mars 2003, T.G.R., 2003, p. 161.

instrumentant est aussi responsable de vérifier la libération effective de la proportion requise des apports¹⁷.

La libération sur un compte spécial permet en outre de distinguer clairement l'apport en numéraire de l'apport d'une créance (qui est un apport en nature). Pour que l'apport puisse être qualifié d'apport en numéraire, une partie de l'argent au moins doit avoir été déposée sur le compte spécial, ce qui n'empêche pas que le solde soit ensuite libéré par compensation avec une créance que l'actionnaire détient contre la société (voy. *infra*). En revanche, si l'actionnaire apporte cette créance elle-même, il ne dépose pas des fonds sur le compte spécial, mais il doit produire, sauf exception, un rapport d'évaluation par un réviseur d'entreprise¹⁸.

Section 2

Libération postérieure à la souscription

L'absence d'obligation de libérer entièrement le capital lors de la souscription implique la possibilité qu'il soit libéré postérieurement, au cours de la vie de la société. Le Code des sociétés est peu loquace quant à ce type de libération. C'est dès lors essentiellement dans les principes généraux, la doctrine et la jurisprudence qu'on découvre les règles applicables à cette opération.

Deux questions posent principalement problème dans la pratique : quand (ou comment) la dette de libération devient-elle exigible (sous-section 1) et comment l'actionnaire peut-il exécuter cette obligation (sous-section 2). Cette dernière question surgit en particulier lorsque l'apporteur prétend libérer son apport par compensation avec une créance qu'il détient contre la société.

Sous-section 1

Exigibilité de la libération

L'exigibilité de la libération dépend en général d'un appel de fonds. Ce terme désigne l'acte par lequel la société demande aux souscripteurs de libérer le solde de leurs apports (ou une partie de ce solde). L'appel de fonds est donc un acte de la société, qui intervient dans un rapport d'obligation liant chacun des souscripteurs, d'une part, et la société, d'autre part. On examine donc les conditions de validité de l'appel de fonds (§ 2, § 3 et § 4), car son absence implique que l'actionnaire n'est pas obligé de libérer le capital (à ce moment).

Dans certains cas, l'exigibilité résulte de la loi elle-même, indépendamment de l'appel de fonds (§ 1). Enfin, on se demande si l'actionnaire peut valablement libérer son apport même si la société ne fait pas d'appel de fonds (§ 5).

¹⁷ Civ. Charleroi, 26 janvier 1996, *Rec. gén. enr. not.*, 1997, p. 451, *Rev. not. belge*, 1997, p. 613.

¹⁸ P. HAINAUT-HAMENDE, « Les sociétés anonymes – 2^e partie », *Rép. not.*, t. XII, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 109-110.

§ 1. Exigibilité en vertu de la loi

Dans deux situations particulières, l'apport doit être libéré dans un certain délai, en vertu de la loi elle-même. La libération devient exigible de plein droit au terme de ce délai, sans préjudice de l'effet d'un appel de fonds antérieur (voy. *infra*).

D'une part, dans les SCRL et les SA, l'actionnaire doit libérer complètement son apport en nature dans les cinq ans de la constitution de la société ou de la décision d'augmenter le capital (art. 400 ; 419 ; 448, al. 2, 2^o ; 586, al. 2 C. soc.)¹⁹. Cette règle s'applique surtout pour les apports en nature qui sont « divisibles ». Lorsqu'ils ne le sont pas, on pourrait penser que la règle de la libération d'un quart dès la souscription a pour effet que l'apport est intégralement libéré à ce moment (parce qu'il est impossible de faire autrement)²⁰. On peut toutefois concevoir la libération d'une part indivise du bien à la souscription, suivie de la libération d'une ou plusieurs autres parts indivises²¹.

Le texte légal formule cette exigence en rapport avec les *actions* accordées en contrepartie de l'apport. En conséquence, lorsqu'un souscripteur apporte à la fois des biens et de l'argent en contrepartie des mêmes actions, le numéraire doit aussi être libéré dans le délai quinquennal. On évite cette contrainte en réalisant deux opérations d'apport distinctes, avec attribution de titres différents pour chacune d'elles²².

D'autre part, la libération du capital devient exigible de plein droit lorsqu'une SPRL constituée avec plusieurs associés et dont le montant du capital libéré est inférieur à 12.400 EUR, devient ensuite unipersonnelle. Le capital doit être libéré à concurrence de 12.400 EUR un an au plus tard après le jour où la société est devenue unipersonnelle, à moins qu'un second associé n'ait rejoint la société pendant cette année (art. 213, § 1^{er} C. soc.).

En dehors de ces dispositions spécifiques exigeant la libération des apports dans un certain délai, l'exigibilité de la libération dépend généralement d'un appel de fonds.

¹⁹ Cette règle ne s'applique pas dans la SPRL, où les apports en nature doivent être intégralement libérés dès la souscription (art. 223, al. 2, 2^o et 305, al. 2 C. soc.).

²⁰ En ce sens, Th. DELVAUX, « Le capital en droit des sociétés, notions et constitution », in *La constitution de sociétés et la phase de démarrage d'entreprises*, Bruxelles, La Charte, 2003, p. 539 ; P. HAINAUT-HAMENDE et G. RAUCQ, « Les sociétés anonymes », *op. cit.*, p. 209.

²¹ T. TILQUIN et V. SIMONART, *Traité des sociétés*, t. III, *op. cit.*, pp. 419-420.

²² P. HAINAUT-HAMENDE, « Commentaire de l'art. 448 C. soc. », in *Commentaire systématique du « nouveau » Code des sociétés*, *op. cit.*, p. 4.

§ 2. Respect d'éventuelles dispositions statutaires ou conventionnelles

Les statuts peuvent déterminer les conditions de libération du capital. Ils peuvent notamment déterminer quel organe de la société peut faire l'appel de fonds²³, les critères de décision et la procédure décisionnelle (par exemple le quorum de vote) que cet organe doit suivre. Les statuts peuvent aussi fixer la ou les dates ou périodes auxquelles les appels de fonds peuvent, ou doivent être faits. Toutes ces clauses statutaires doivent être respectées, même par le liquidateur²⁴ ou le curateur²⁵.

Que l'on considère la souscription comme un contrat ou, dans une perspective institutionnelle, comme un acte juridique unilatéral, la société ne peut jamais exiger de l'actionnaire plus que ce à quoi il s'est engagé²⁶. Ainsi, on ne peut lui réclamer un montant plus important que celui de sa souscription, ni le condamner à payer avant le moment prévu.

§ 3. Organe compétent

A. Société en fonctionnement normal

À défaut de dispositions statutaires, l'organe de gestion (gérant, administrateur ou conseil d'administration) est compétent pour faire l'appel de fonds, en vertu de la plénitude des compétences qui lui est reconnue²⁷. Il décide, conformément à ses règles de fonctionnement, si et quand la société souhaite obtenir la libération des apports par ses actionnaires. Sauf disposition légale ou statutaire, il n'est pas tenu d'en exiger la libération dans un certain délai.

La décision est discrétionnaire, seul l'organe de gestion étant habilité à apprécier l'intérêt social à ce sujet. Comme toute décision, celle de faire un appel de fonds doit en effet s'inscrire dans l'intérêt social²⁸, c'est-à-dire être justifiable

²³ M. COIPEL, « Les sociétés privées à responsabilité limitée », *op. cit.*, p. 321 ; 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 ; M. WYCKAERT, *Kapitaal in N.V. en B.V.B.A.*, Kalmthout, Biblo, 1995, p. 321.

²⁴ P. JEHASSE, « La liquidation des SA, SPRL et SCRL – volume 2 », in *GUJE*, 2^e éd., Livre 177bis, Kluwer, pp. 27-28 ; D. VREVEN, « De bevoegdheid van de vereffenaar om in rechte op te treden (deel 1) », *R.G.D.C.*, 1999, p. 495 ; M. WYCKAERT, *Kapitaal in N.V. en B.V.B.A.*, *op. cit.*, p. 321.

²⁵ Comm. Louvain, 2 mai 2002, *T.R.V.*, 2002, p. 529 ; R. AYDOGDU et O. CAPRASSE, « Les avances d'associé et la libération du capital : deux notions équivalentes ? », obs. sous Liège, 14 avril 2005, *Rev. prat. soc.*, 2004, p. 386 ; M. COIPEL, « Les sociétés privées à responsabilité limitée », *op. cit.*, p. 325 ; M. WYCKAERT, *Kapitaal in N.V. en B.V.B.A.*, *op. cit.*, p. 321.

²⁶ J. VAN RYN, *Principes de droit commercial*, t. I, Bruxelles, Bruylant, 1954, p. 354.

²⁷ M. COIPEL, « Les sociétés privées à responsabilité limitée », *op. cit.*, p. 321 ; M. COLLE, « Opvraging van volstorting van aandelen in NV en BVBA door de vereffenaar op grond van artikel 188 van het wetboek van vennootschappen », *op. cit.*, p. 684 ; Ch. RESTEAU, *Traité des sociétés anonymes*, t. II, 3^e éd., Bruxelles, Swinnen, 1982, p. 34 ; M. WYCKAERT, *Kapitaal in N.V. en B.V.B.A.*, *op. cit.*, p. 322.

²⁸ Voy. M. WYCKAERT, *ibid.*, p. 311.

au regard des intérêts bien compris de la société et de ses *stakeholders*. Un large pouvoir d'appréciation est reconnu à l'organe de gestion, considéré comme le mieux à même de définir un juste équilibre entre les intérêts en présence.

Cette matière n'échappe pas aux règles de l'abus de droit²⁹. Ainsi, si la société abusait de son droit d'appeler les fonds, sa décision serait annulable pour excès de pouvoir. La responsabilité de l'organe de gestion serait aussi envisageable. On pourrait penser à une société qui, sans avoir besoin de fonds, ferait un appel de fonds uniquement pour mettre un de ses actionnaires en difficulté financière. Ceci correspondrait à l'exercice d'un droit dans le seul but de nuire à autrui, ce qui est une hypothèse classique de l'abus.

L'abus peut aussi se révéler dans l'application des sanctions contre l'actionnaire qui ne se conforme pas à l'appel de fonds. L'affaire tranchée par la Cour d'appel de Bruxelles le 9 février 2000 en constitue un exemple intéressant³⁰. En résumé, le gérant d'une SPRL demande la libération intégrale du capital dans un contexte tendu avec certains associés. Avant de verser les sommes demandées, les associés souhaitent obtenir certaines informations sur la gestion de la société. Ils ne reçoivent pas ces informations, mais effectuent cependant le versement sur un compte ouvert par leur avocat et rubriqué au nom de la société. Le gérant est informé de ces circonstances, mais il refuse de reconnaître l'existence de ce compte. Au lieu de faire les démarches nécessaires pour que l'argent soit versé à la société, il applique rigoureusement la clause des statuts qui, en substance, aboutit à exclure les associés n'ayant pas libéré leurs parts dans le délai fixé. Compte tenu de toutes les circonstances, notamment le fait que la société ne paraissait pas avoir un besoin particulier d'obtenir ces fonds dans le délai fixé, la Cour estime que les décisions du gérant sont constitutives d'un abus de droit et dit pour droit que les associés restent membres de la société.

B. Société en liquidation

Pendant la liquidation de la société, l'appel de fonds ressortit à la compétence du liquidateur.

Selon l'article 188 du Code des sociétés, « les liquidateurs peuvent exiger des associés le paiement des sommes qu'ils se sont engagés à verser et qui paraissent nécessaires au paiement des dettes et des frais de liquidation ». Cet article habilite le liquidateur à agir en libération contre les actionnaires, y compris dans l'intérêt des créanciers de la société. C'est pourquoi cette disposition est

²⁹ M. COIPEL, « Les sociétés privées à responsabilité limitée », *op. cit.*, p. 321 ; P. HAINAUT-HAMENDE et G. RAUCQ, « Les sociétés anonymes », *op. cit.*, p. 323 ; R. HOUBEN, « Schuldvergelijking met de volstortingsvordering bij samenloop », note sous Gand, 25 juin 2007, *R.D.C.*, 2008, p. 735.

³⁰ Bruxelles, 9 février 2000, *D.A.O.R.*, 2001, p. 330.

impérative³¹, voire, selon certains, d'ordre public³² : ni les actionnaires ni l'assemblée générale ne peuvent interdire au liquidateur d'appeler les fonds nécessaires au paiement du passif de la société.

Mais la même règle semble limiter son pouvoir à l'hypothèse où cette libération paraît nécessaire au paiement du passif de la liquidation. Il semble à première lecture qu'un liquidateur ne pourrait exiger des actionnaires qu'ils libèrent le capital lorsque les fonds ou les biens disponibles à l'actif de la liquidation suffisent à payer tous les créanciers de la société.

Cette disposition a été abondamment discutée, notamment sous l'angle de la preuve que, selon certains³³, le liquidateur devrait apporter que la libération du capital est nécessaire au désintéressement des créanciers. Il est très largement admis, aujourd'hui, qu'il s'agit ici aussi de l'exercice discrétionnaire d'une compétence³⁴. Le liquidateur apprécie, sous le contrôle marginal du juge, si la libération des apports est nécessaire pour désintéresser les créanciers de la liquidation et, plus généralement, pour mener à bien sa liquidation. On est donc proche, en réalité, de l'hypothèse générale envisagée plus haut. Sauf circonstances particulières, on peut douter que le liquidateur qui exigerait des actionnaires la libération du capital alors que la société dispose des liquidités suffisantes, agirait dans l'intérêt social d'une société *en liquidation*, qui ne peut entreprendre de nouvelles actions et qui ne survit que pour les besoins de sa liquidation. Inversement, le liquidateur qui ne réclamerait pas la libération du capital, alors qu'elle est nécessaire au désintéressement des créanciers, n'accomplirait pas son devoir. C'est donc dans cette double perspective qu'il faut apprécier (toujours marginalement) la responsabilité du liquidateur, à l'égard des actionnaires et à l'égard des créanciers³⁵. Comme toujours en matière d'appréciation de l'abus,

³¹ M. COLLE, « Opvraving van volstorting van aandelen in NV en BVBA door de vereffenaar op grond van artikel 188 van het wetboek van vennootschappen », *op. cit.*, p. 684 ; J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, t. II, Bruxelles, Bruylant, 1957, p. 123.

³² P. JEHASSE, « La liquidation des SA, SPRL et SCRL – volume 2 », *op. cit.*, p. 10 ; D. VREVEN, « De bevoegdheid van de vereffenaar om in rechte op te treden (deel 1) », *op. cit.*, p. 496.

³³ Anvers, 9 mars 2006, *T.R.V.*, 2007, p. 679.

³⁴ Déjà Comm. Liège, 3 février 1927, *Rev. prat. soc.*, 1928, p. 166 (qui parle d'un « pouvoir absolu »). F. Passelecq fait de ce jugement une critique intéressante car, sous couvert d'une discussion quant à la charge de la preuve, elle exprime en réalité une préoccupation qu'on formulerait aujourd'hui en termes d'interdiction de l'abus de droit (« Du pouvoir des liquidateurs d'exiger le versement des apports », *Rev. prat. soc.*, 1928, pp. 167-174). Plus récemment, Comm. Hasselt, 20 décembre 2005, *T.R.V.*, 2007, p. 690 ; M. COIPEL, « Les sociétés privées à responsabilité limitée », *op. cit.*, p. 325 ; M. COLLE, « Opvraving van volstorting van aandelen in NV en BVBA door de vereffenaar op grond van artikel 188 van het wetboek van vennootschappen », *op. cit.*, p. 685 ; P. JEHASSE, « La liquidation des SA, SPRL et SCRL – volume 2 », *op. cit.*, p. 27 ; D. VREVEN, « De bevoegdheid van de vereffenaar om in rechte op te treden (deel 1) », *op. cit.*, p. 498.

³⁵ Le R.P.D.B., *v° Société anonyme*, 1952, nos 622 et 624, défend déjà, en substance, cette solution. Aussi M. COLLE, « Opvraving van volstorting van aandelen in NV en BVBA door de vereffenaar op grond van artikel 188 van het wetboek van vennootschappen », *op. cit.*, pp. 684-685 ; Ch. RESTEAU, *Traité des sociétés anonymes*, t. II, *op. cit.*, p. 37 ; J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, t. II, *op. cit.*, p. 123, n° 1086.

les circonstances de fait ont une grande importance : il est concevable, par exemple, qu'un liquidateur estime que la libération de certaines actions est la manière la plus adéquate de rétablir l'égalité entre des actionnaires qui n'ont pas tous libéré leurs apports dans la même proportion³⁶, ou qu'il ait besoin de fonds pour financer une liquidation pourtant bénéficiaire en attendant que des actifs puissent être vendus.

C. Société en faillite

L'action du curateur n'est pas fondée sur une disposition légale spécifique. Elle découle de son pouvoir de réaliser l'actif du failli : la créance de libération étant un actif de la société, le curateur doit le liquider en demandant le paiement aux débiteurs. La compétence du curateur est également discrétionnaire³⁷.

Lorsqu'ils demandent la libération du capital, liquidateurs et curateurs agissent-ils en tant qu'organes de la société³⁸ ou en leur qualité de représentants de la masse des créanciers³⁹ ? Ils ont en réalité le choix du fondement sur lequel ils basent leur action ; on peut penser qu'agir comme organe de la société, qui exerce ses propres droits, est *a priori* plus simple que d'exercer une action oblique⁴⁰.

D. Action en justice des créanciers

Enfin, l'article 199, alinéa 1^{er}, du Code des sociétés permet aux créanciers de s'adresser au juge pour rendre la libération exigible. Par cette action, les créanciers obtiennent judiciairement un appel de fonds malgré l'inertie de l'organe de gestion. Les demandeurs doivent prouver que la libération est « nécessaire [...] à la conservation de leurs droits ». La société peut se défendre en leur remboursant leur créance, après avoir éventuellement déduit l'escompte. Si les créanciers ont gain de cause, l'organe de gestion doit veiller à l'exécution de la décision, en poursuivant, si nécessaire, les actionnaires en paiement. À défaut, les administrateurs ou gérants seront responsables vis-à-vis des créanciers

³⁶ D. VREVEN, « De bevoegdheid van de vereffenaar om in rechte op te treden (deel 1) », *op. cit.*, p. 497.

³⁷ Comm. Louvain, 2 mai 2002, *T.R.V.*, 2002, p. 529 (qui réserve toutefois l'hypothèse d'une clause statutaire contenant un terme ou des conditions) ; H. BRAECKMANS et R. HOUBEN, *Handboek Vennootschapsrecht*, Anvers, Intersentia, 2012, pp. 177-178 ; M. WYCKAERT, *Kapitaal in N.V. en B.V.B.A.*, *op. cit.*, p. 321, n° 1300.

³⁸ Liège, 14 mars 2002, *J.L.M.B.*, 2003, p. 1260 (le curateur exerce l'action « que le failli aurait pu lui-même exercer ») ; S. GILCART, « La faillite et les aléas de la libération du capital », *J.D.S.C.*, 2003, p. 36.

³⁹ Anvers, 11 mai 1998, *A.J.T.*, 2000-2001, p. 97, *J.D.S.C.*, 2001, p. 74 (action fondée sur l'article 190 L.C.S.C. [art. 199 C. soc.]) ; Bruxelles, 21 octobre 1999, *Rev. prat. soc.*, 2000, p. 357, *R.D.C.*, 2000, p. 631 (le curateur ayant les mêmes droits que « n'importe quel créancier [...] avant la faillite ») ; Anvers, 5 mars 2001, *R.D.C.*, 2001, p. 745, *T. Not.*, 2002, p. 625, note F. BOUCKAERT ; Bruxelles, 29 novembre 2001, *J.L.M.B.*, 2003, p. 1253 (action fondée sur l'article 190 L.C.S.C. [art. 199 C. soc.]).

⁴⁰ M. COIPEL, « Les sociétés privées à responsabilité limitée », *op. cit.*, p. 329. Comp. M. WYCKAERT, *Kapitaal in N.V. en B.V.B.A.*, *op. cit.*, p. 323, pour qui les liquidateurs agissent nécessairement en tant qu'organes de la société.

(art. 199, al. 2 C. soc.), lesquels peuvent aussi intenter contre les actionnaires l'action oblique prévue au troisième alinéa du même article (voy. *infra*)⁴¹.

E. Synthèse

Alors que certains croient pouvoir faire des distinctions entre les pouvoirs de l'organe de gestion, ceux du liquidateur et ceux du curateur, il semble au contraire qu'en ce qui concerne la libération du capital, une conception unifiée soit défendable : l'organe compétent apprécie l'utilité d'exiger la libération du capital, mais son action est rejetée s'il exerce ce droit de manière abusive. Cette conception est aussi valable pour apprécier l'action des créanciers, étant entendu qu'il faut partir de l'idée que, dans cette hypothèse, l'organe de gestion n'estime pas utile de libérer les apports.

En pratique, le débat judiciaire tournera donc autour d'un contrôle marginal de la nécessité de l'appel de fonds pour la société, tenant compte de la situation de celle-ci (*going concern*, liquidation ou faillite).

§ 4. Formalités

Sous réserve d'éventuelles dispositions statutaires, l'appel de fonds n'est pas soumis à des formalités particulières. Il suffit que la société fasse clairement savoir aux actionnaires qu'elle entend obtenir, en tout ou en partie et dans le délai qu'elle fixe, la libération du solde de leurs apports. En pratique, elle veillera à se ménager une preuve écrite à la fois de la décision prise par l'organe compétent, surtout s'il est collégial (procès-verbal), et de la notification de cette décision à l'actionnaire.

§ 5. L'actionnaire peut-il libérer sans appel de fonds ?

En principe, l'actionnaire n'a pas intérêt à libérer les fonds qu'il a promis s'ils ne sont pas appelés. Mais, singulièrement en cas d'apport en numéraire, des litiges surviennent parfois au sujet de la qualification de paiements faits par l'actionnaire sans mentionner explicitement qu'il s'agit de la libération du capital⁴². Dans ce cas, à l'actionnaire qui prétend avoir libéré son apport, on répond parfois qu'en l'absence d'appel de fonds, il n'est pas possible de considérer son paiement comme une libération du capital. L'actionnaire réplique alors qu'un appel de fonds n'est pas nécessaire pour libérer le capital.

La réponse à ces questions dépend à la fois d'éléments de fait et de droit. Selon l'opinion adoptée en droit, les faits à prouver diffèrent. Si l'on retient la thèse que l'existence d'un appel de fonds est une condition nécessaire pour que le

⁴¹ Sur l'article 199 du C. soc., M. COIPEL, « Les sociétés privées à responsabilité limitée », *op. cit.*, p. 324 ; Ch. RESTEAU, *Traité des sociétés anonymes*, t. II, *op. cit.*, pp. 44-46 ; J. VAN RYN, *Principes de droit commercial*, t. I, *op. cit.*, pp. 358-359.

⁴² On met provisoirement de côté les questions liées à la compensation (voy. *infra*).

paiement soit considéré comme la libération du capital, alors il faudra déterminer en fait si *la société* a fait, ou non, un appel de fonds, étant entendu que celui-ci n'est soumis à aucune exigence de forme, et si le paiement de *l'actionnaire* visait à libérer son apport. Si, au contraire, on estime que l'actionnaire peut valablement libérer son **apport** même sans appel de fonds, alors il faudra seulement déterminer, au regard des éléments de fait disponibles, la cause du paiement, ce qui revient le plus souvent à décider si l'actionnaire a voulu libérer son apport ou prêter des fonds à la société.

En particulier lorsque – comme souvent dans les SPRL – l'organe de gestion est composé d'une seule personne qui est aussi associé, voire associé unique, il est difficile de distinguer la volonté de la société de celle de l'associé⁴³. La question de savoir si la société a fait un appel de fonds (sans le formaliser) et/ou si le paiement de l'actionnaire visait ou non à libérer le capital de la société devient alors très difficile à trancher. Attachons-nous plutôt, dès lors, à l'aspect juridique de la controverse.

Les auteurs sont d'accord pour reconnaître que les dispositions statutaires éventuelles doivent être respectées⁴⁴. Celles-ci peuvent par exemple fixer une date déterminée pour la libération, ou une date limite. Certains statuts autorisent aussi expressément les actionnaires à libérer leurs actions à tout moment de leur choix, indépendamment de tout appel de fonds. Dans ce dernier cas, la question qui nous occupe ne se pose évidemment pas. Pour poursuivre l'analyse, on part de l'hypothèse d'absence de clause statutaire.

Le débat a parfois été présenté comme celui de la renonciation de l'actionnaire au bénéfice du terme qui modaliserait sa dette. Ceci pose la question de la nature de la modalité qui affecte la libération. Certains l'analysent comme une condition, partant de l'idée que l'existence d'un futur appel de fonds n'est que possible, mais pas certaine⁴⁵. Les partisans du terme avancent une double réponse. D'une part, s'il s'agissait d'une condition, elle s'appliquerait à l'*obligation* de l'actionnaire (c'est-à-dire à la souscription) en suspendant son exigibilité, alors que le Code des sociétés impose que les souscriptions soient inconditionnelles⁴⁶ (art. 216, 393 et 441 C. soc.). D'autre part, ils estiment que la libération du capital interviendra nécessairement un jour ou l'autre, fût-ce par imputation sur le résultat de liquidation revenant à l'actionnaire⁴⁷. D'autres

⁴³ Comp. M. COIPEL, « Les sociétés privées à responsabilité limitée », *op. cit.*, p. 322.

⁴⁴ Not. M. COIPEL, *ibid.*, p. 321 ; Ch. RESTEAU, *Traité des sociétés anonymes*, t. II, *op. cit.*, p. 68.

⁴⁵ En ce sens, Comm. Liège, 8 septembre 2003, R.G.D.C., 2006, p. 350 (le tribunal retenant l'excusabilité de l'associée lors d'une faillite personnelle antérieure pour conclure à l'extinction de sa dette de libération) ; Th. DELVAUX, « Le capital en droit des sociétés, notions et constitution », *op. cit.*, p. 542 ; M. WYCKAERT, *Kapitaal in N.V. en B.V.B.A.*, *op. cit.*, p. 342.

⁴⁶ S. KETTMANN, « La portée de l'excusabilité du failli sur la libération du capital », note sous Comm. Liège, 8 septembre 2003, R.G.D.C., 2006, pp. 356-357. Pour une réponse à cette objection, M. WYCKAERT, *Kapitaal in N.V. en B.V.B.A.*, *op. cit.*, pp. 343-344.

⁴⁷ Cette argumentation semble remonter à J.D.H., « La créance de la société anonyme contre ses actionnaires non libérés est-elle conditionnelle ? », *Rev. prat. soc.*, 1922, pp. 178-185, qui critique la jurisprudence

auteurs encore rejettent tant le terme que la condition : il s'agirait alors d'une simple éventualité, l'idée d'une exigibilité nécessaire au plus tard au moment de la liquidation leur paraissant « très artificielle [...] »⁴⁸.

Mais la solution réside-t-elle vraiment dans la distinction entre le terme, la condition ou une autre qualification ? La question est plutôt de savoir si la modalité de l'obligation, qu'elle qu'en soit la nature exacte mais dont tous reconnaissent qu'elle en retarde l'exigibilité, est prévue dans l'intérêt du débiteur (l'apporteur) ou du créancier (la société), voire dans l'intérêt des deux, et, dès lors, qui peut valablement y renoncer⁴⁹. Le Code civil prévoit certes que le terme est présumé dans l'intérêt du débiteur (art. 1187), mais il ne s'agit là que d'une présomption simple dont il ne serait pas étonnant qu'elle ne s'applique pas (ou qu'elle soit toujours renversée) dans le cas particulier de la libération d'un apport.

L'opinion majoritaire est d'avis que l'obligation de l'actionnaire serait prévue (aussi) en faveur de la société, sauf disposition statutaire autorisant l'actionnaire à libérer le capital quand il le souhaite⁵⁰. Alors qu'ils consacrent volontiers de savants développements à distinguer le terme de la condition, les auteurs sont souvent moins prolixes sur ce second aspect, pourtant beaucoup plus essentiel pour démontrer leur thèse. On comprend qu'ils estiment que seule la société serait en mesure de déterminer si elle a, ou non, besoin des apports pour réaliser son objet social. Dans la négative, la libération des apports obligerait la

et la doctrine apparemment dominantes à l'époque. Plus récemment, M. COIPEL, « Les sociétés privées à responsabilité limitée », *op. cit.*, p. 322 ; S. KETTMANN, « La portée de l'excusabilité du failli sur la libération du capital », note sous Comm. Liège, 8 septembre 2003, R.G.D.C., 2006, p. 357.

⁴⁸ P. VAN OMMELAGHE et X. DIEUX, « Examen de jurisprudence (1979 à 1990) – Les sociétés commerciales », R.C.J.B., 1993, pp. 694-695.

⁴⁹ Sur la base d'une lecture combinée des articles 1186 et 1187 du Code civil, le débiteur peut incontestablement renoncer unilatéralement au bénéfice du terme, s'il n'est pas prévu en faveur des deux parties (P. VAN OMMELAGHE, *Droit des obligations*, t. III, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 1720). L'application du même raisonnement à la condition, en l'absence de clause expresse, pose davantage question. Une renonciation unilatérale est admise par un courant jurisprudentiel et doctrinal en France, et par un arrêt de la Cour d'appel d'Anvers du 14 mars 2005 (cité par Cass., 25 mai 2007, R.C.J.B., 2009, p. 285), mais elle est rejetée par certains auteurs (M. VAN QUICKENBORNE, « Libres propos sur la défaillance de la condition suspensive », note sous Cass., 25 mai 2007, R.C.J.B., 2009, pp. 318 et s.).

⁵⁰ Anvers, 19 février 2001, R.W., 2001-2002, p. 1438 ; R.P.D.B., v° *Société anonyme*, 1952, n° 661 (« le terme a surtout été convenu en faveur de la société ») ; R. AYDOGDU et O. CAPRASSE, « Les avances d'associé et la libération du capital : deux notions équivalentes ? », obs. sous Liège, 14 avril 2005, *Rev. prat. soc.*, 2004, p. 386 et les références citées ; M. COIPEL, « Les sociétés privées à responsabilité limitée », *op. cit.*, p. 322 ; Th. DELVAUX, « Le capital en droit des sociétés, notions et constitution », *op. cit.*, p. 543 ; P. HAINAUT-HAMENDE et G. RAUCQ, « Les sociétés anonymes », *op. cit.*, p. 323 ; R. HOUBEN, « Schuldvergelijking met de volstortingsvordering bij samenloop », note sous Gand, 25 juin 2007, R.D.C., 2008, pp. 735-736 ; S. KETTMANN, « La portée de l'excusabilité du failli sur la libération du capital », note sous Comm. Liège, 8 septembre 2003, R.G.D.C., 2006, p. 353 ; Ch. RESTEAU, *Traité des sociétés anonymes*, t. II, *op. cit.*, p. 67 ; P. VAN OMMELAGHE et X. DIEUX, « Examen de jurisprudence (1979 à 1990) – Les sociétés commerciales », *op. cit.*, pp. 693-695 ; M. WYCKAERT, *Kapitaal in N.V. en B.V.B.A.*, *op. cit.*, p. 352.

société à gérer des biens ou des fonds dont elle n'a que faire, ce qui serait pour elle un fardeau plus qu'un avantage⁵¹.

Cette conception nous paraît difficilement défendable. Premièrement, il est contre-intuitif d'écrire qu'un créancier aurait intérêt à ce que sa créance ne soit pas payée. C'est bien ce qu'exprime l'article 1187 du Code civil, même s'il ne s'applique formellement qu'au terme. Dès le moment de la souscription, la société est créancière de l'apporteur et, dans l'attente de la libération, elle supporte notamment le risque de son insolvabilité⁵². La libération de l'apport fait disparaître ce risque. En outre, comme la dette de l'actionnaire n'est pas indexée, la créance de la société diminue de valeur avec l'inflation⁵³. Un paiement anticipé élimine cette déperdition pour la société qui, si elle n'a pas besoin des fonds pour financer son activité, dispose alors d'un actif dont elle peut en général tirer quelques revenus.

Que la possession d'un actif soit un fardeau est difficilement imaginable lorsqu'il s'agit de liquidités⁵⁴. Elles peuvent toujours être placées avec un intérêt certes faible, mais pas négatif. Ce problème peut certes surgir pour certains biens meubles ou immeubles apportés en nature. Mais le paradoxe est que, pour ce type d'apport, une libération totale est légalement obligatoire au plus tard après cinq ans (*supra*). Ainsi, dans cette hypothèse, la libération s'impose indubitablement à la société. On ne comprendrait pas, d'ailleurs, pourquoi la société aurait accepté un apport s'il ne constitue pas une aide, mais au contraire un frein, à la réalisation de l'objet social.

Enfin, la rémunération de l'apport, libéré ou non, consiste dans l'attribution d'actions à l'apporteur. Les revenus que procurent ces actions, à savoir les dividendes, rémunèrent le risque pris par l'apporteur et non le paiement de la dette de libération⁵⁵. En conséquence, la répartition des dividendes entre les actionnaires dépend du nombre d'actions qu'ils possèdent, mais non du fait que ces actions sont, ou non, entièrement libérées. Sur ce plan non plus, une libération des apports avant l'appel de fonds ne peut nuire à la société.

Ces considérations mènent à la conclusion que la possibilité de ne pas libérer le capital avant l'appel de fonds est prévue dans l'intérêt des apporteurs et non dans celui de la société. Autrement exprimée, la règle prescrit que le souscripteur n'est *pas obligé* de libérer son apport avant que l'organe de gestion (que l'assemblée générale nomme, révoque et contrôle) ait constaté qu'une telle libération est utile pour réaliser l'objet social. Mais l'actionnaire peut renoncer

⁵¹ Voy. Ch. RESTEAU, *Traité des sociétés anonymes*, t. II, *op. cit.*, pp. 67-68.

⁵² M. WYCKAERT, *Kapitaal in N.V. en B.V.B.A.*, *op. cit.*, p. 315.

⁵³ *Ibid.*

⁵⁴ En ce sens, M. COIPEL, « Les sociétés privées à responsabilité limitée », *op. cit.*, pp. 322-323, qui critique ainsi les arguments avancés à l'appui de la thèse majoritaire, mais sans en tirer les conséquences.

⁵⁵ J. MALHERBE *et al.*, *Droit des sociétés – Précis*, 4^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 804.

à cette protection et libérer valablement son apport même avant d'avoir reçu un appel de fonds⁵⁶. Dans une société anonyme, la libération des actions permettra par exemple à l'actionnaire de demander leur transformation en titres dématérialisés⁵⁷. La société ne pourrait refuser de recevoir l'apport. Elle ne pourrait arguer de la seule absence d'un appel de fonds pour considérer qu'un paiement fait par un actionnaire n'est pas une libération du capital, mais qu'il a nécessairement une autre cause.

Sous-section 2

Paiement de la dette de libération

Sauf pour les apports libérés au moment de la souscription (voy. *supra*), le Code des sociétés ne prévoit pas de modalités de paiement particulières pour la libération du capital. On applique donc en principe les règles générales du paiement, telles que les prévoit le droit des obligations.

§ 1. Apports en nature

Les apports en nature sont libérés par le transfert de la propriété du bien à la société. Lorsqu'on se situe à la constitution de la société, il faut tenir compte de la règle selon laquelle la société n'acquiert la personnalité juridique qu'au moment du dépôt au greffe de l'extrait de l'acte constitutif. Avant ce moment, le transfert de propriété ne peut logiquement pas avoir lieu⁵⁸.

On suit en général les règles applicables à la vente⁵⁹, appliquées par analogie. Par exemple, pour un immeuble, il faut effectuer les formalités de la publicité hypothécaire pour que le transfert soit opposable aux tiers⁶⁰.

L'apport en jouissance consiste dans la mise d'un bien à la disposition de la société (art. 28 C. soc.)⁶¹. Il ne peut être confondu avec l'apport en industrie – qui ne peut contribuer à former le capital dans les sociétés à responsabilité limitée – par lequel le souscripteur s'engage à fournir à la société, au cours de son existence, un travail ou des prestations. Les règles du louage de choses

⁵⁶ Bruxelles, 18 octobre 2005, *T.R.V.*, 2007, p. 688 ; Gand, 25 juin 2007, *R.D.C.*, 2008, p. 731, note R. HOUBEN. Comp. Mons, 28 avril 2009, *J.L.M.B.*, 2010, p. 1382 (sommaire) qui, d'après le sommaire publié, décide à la fois que le terme est prévu dans l'intérêt de l'associé et de la société, et que l'associé peut renoncer à son bénéfice.

⁵⁷ Voy. J. VAN RYN, *Principes de droit commercial*, t. I, *op. cit.*, p. 355 (où il est question, vu la date de rédaction de cet ouvrage, de titres au porteur) ; M. WYCKAERT, *Kapitaal in N.V. en B.V.B.A.*, *op. cit.*, p. 315, qui relève que la forme nominative obligatoire avant la libération complète peut réduire la liquidité des titres et, dès lors, être défavorable à la société.

⁵⁸ S. GILCART, « Libération de l'apport et transfert de propriété », *J.D.S.C.*, 2002, pp. 32-33.

⁵⁹ P. HAINAUT-HAMENDE, « Commentaire de l'art. 448 C. soc. », *op. cit.*, p. 5.

⁶⁰ P. HAINAUT-HAMENDE et G. RAUCQ, « Les sociétés anonymes », *op. cit.*, pp. 210-211.

⁶¹ Sur l'apport en jouissance, T. TILQUIN et V. SIMONART, *Traité des sociétés*, t. I, Diegem, Kluwer, 1996, pp. 388-391.

s'appliquent par analogie à l'apport en industrie⁶². La disposition prévoyant que les apports en nature doivent être libérés dans les cinq ans de la souscription paraît inapplicable à ce cas de figure car l'apport se libère au fur et à mesure que la société jouit de la chose. Certains auteurs, réconciliant ainsi la règle avec la pratique, estiment toutefois que l'apport est libéré en totalité dès que le droit de jouissance est constitué au profit de la société⁶³.

§ 2. Paiement liquide

La modalité la plus classique reste un paiement liquide, soit en espèces entre les mains de l'organe de représentation, soit plus généralement – vu les montants en jeu – par virement bancaire sur le compte de la société. Contrairement au paiement fait lors de la souscription, il n'est pas nécessaire de verser le montant sur un compte bloqué⁶⁴, ni de se soumettre à une quelconque autre formalité. C'est bien, d'ailleurs, la raison pour laquelle se pose si souvent la question de savoir, en fait, si tel paiement est fait au titre de la libération du capital (voy. *infra*)⁶⁵.

Le paiement pour autrui, soit en l'espèce la libération du capital par un tiers pour le compte de l'actionnaire, est admis conformément à l'article 1236 du Code civil⁶⁶.

§ 3. Compensation légale

Plus personne ne conteste le principe que la libération du capital peut se faire par compensation avec une créance de l'actionnaire à l'égard de la société⁶⁷, si les conditions de la compensation sont réunies. La compensation est un mode de paiement comme un autre. Ceci étant, en raison de l'obligation de déposer les fonds sur un compte spécial, elle ne peut être utilisée pour la partie de la libération qui intervient au moment de la souscription.

⁶² P. HAINAUT-HAMENDE, « Commentaire de l'art. 448 C. soc. », *op. cit.*, p. 6 ; R.P.D.B., *v° Société anonyme*, 1952, n° 152.

⁶³ T. TILQUIN et V. SIMONART, *Traité des sociétés*, t. III, *op. cit.*, pp. 420-421 et les références citées.

⁶⁴ M. WYCKAERT, *Kapitaal in N.V. en B.V.B.A.*, *op. cit.*, p. 332.

⁶⁵ Voy. Anvers, 10 décembre 2009, R.A.B.G., 2010, p. 176, où se posait notamment la question de savoir si les paiements de l'associée avaient servi à apurer son compte courant ou à libérer le capital, même si la Cour ne semble avoir aucun doute à ce sujet.

⁶⁶ Comm. Hasselt, 2 avril 2002, R.W., 2002-2003, p. 951.

⁶⁷ Parmi d'autres, Gand, 25 septembre 1991, *Rev. prat. soc.*, 1992, p. 107, obs. Fr. T'KINT ; Gand, 6 septembre 2000, T.R.V., 2001, p. 258 ; Gand, 10 octobre 2001, T.R.V., 2002, p. 454 ; Comm. Mons, 7 décembre 2004, J.D.S.C., 2009, p. 54 ; Cass., 25 septembre 2006, J.T., 2007, p. 546, R.W., 2006-2007, p. 1561, note R. HOUBEN ; Gand, 25 juin 2007, R.D.C., 2008, p. 731, note R. HOUBEN ; Liège, 25 février 2008, J.L.M.B., 2009, p. 1836 ; S. GILCART et C. BROCAL, « Les règles de constitution des SA, SPRL et SCRL », in *GUJE*, Livre 14.3, p. 56 ; P. HAINAUT-HAMENDE, « Les sociétés anonymes – 2^e partie », *op. cit.*, pp. 109-110 ; D. HERBOSCH, « Betwistingen naar aanleiding van de volstortingsvordering ingesteld door de curator », T.R.V., 2002, p. 542 ; J. VAN RYN, *Principes de droit commercial*, t. I, *op. cit.*, pp. 338-339 ; M. WYCKAERT, *Kapitaal in N.V. en B.V.B.A.*, *op. cit.*, p. 333, et les références citées. *Contra*, sauf « circonstances exceptionnelles », Ch. RESTEAU, *Traité des sociétés anonymes*, t. II, *op. cit.*, pp. 66-67.

En pratique, le débat de la compensation survient surtout si l'actionnaire a prêté de l'argent à la société. Il dispose alors d'une créance de remboursement, qu'il prétend compenser avec sa dette de libération. Mais souvent, une question surgit en amont quant à la qualification du paiement fait par l'actionnaire à sa société : a-t-il versé un montant à titre de prêt ou en libération de son apport ? Si l'on estime qu'il s'agissait d'une libération de l'apport, le problème est le plus souvent résolu. Inversement, si l'on qualifie le paiement de prêt, la question de la compensation avec la dette de libération doit être examinée⁶⁸.

La compensation conventionnelle est possible, mais on en voit peu d'exemples ; elle n'appelle pas de développement particulier. La compensation légale nécessite la rencontre de deux dettes réciproques, fongibles, liquides et exigibles⁶⁹. Elle opère alors de plein droit, en vertu de la loi, dès que toutes ces conditions sont réunies. Cette règle étant supplétive, les parties peuvent convenir que la compensation légale n'interviendra pas, même si ses conditions sont réunies, ou qu'elle est interdite. Inscrite dans les statuts, une telle interdiction est valide⁷⁰.

Dans la pratique, la condition de la compensation qui pose le plus question est celle voulant que les deux dettes à compenser soient exigibles.

D'une part, la dette de l'actionnaire doit être exigible. Elle le sera si la société a fait un appel de fonds⁷¹ ou si l'actionnaire a renoncé à la suspension de l'exigibilité de cette dette⁷². Cette renonciation n'étant soumise à aucune formalité, il est souvent difficile de déterminer, en cas de litige ultérieur, si elle a existé ou non.

D'autre part, la dette de la société envers l'actionnaire doit aussi être exigible. N'importe quelle dette peut être concernée⁷³, et les dispositions contractuelles ou légales qui règlent son exigibilité doivent être suivies. Il est usuel, surtout

⁶⁸ Comm. Tongres, 19 février 2009, *R.W.*, 2008-2009, p. 1778.

⁶⁹ P. VAN OMMELAGHE, *Droit des obligations*, t. III, *op. cit.*, p. 2149.

⁷⁰ Voy. Gand, 25 septembre 1991, *Rev. prat. soc.*, 1992, p. 107 ; M. WYCKAERT, *Kapitaal in N.V. en B.V.B.A.*, *op. cit.*, p. 321.

⁷¹ Comm. Bruxelles, 22 avril 1997, *T.R.V.*, 2002, p. 534, confirmé par Bruxelles, 15 septembre 2000, *J.T.*, 2001, p. 91 ; Anvers, 19 février 2001, *R.W.*, 2001-2002, p. 1438 ; M. COIPEL, « Les sociétés privées à responsabilité limitée », *op. cit.*, pp. 325-326 ; P. VAN OMMELAGHE et X. DIEUX, « Examen de jurisprudence (1979 à 1990) – Les sociétés commerciales », *op. cit.*, pp. 693-695.

⁷² Une position plus radicale est adoptée par Gand, 10 octobre 2001, *T.R.V.*, 2002, p. 454, qui considère que la dette de libération est, « en règle générale » exigible, notant en outre que les statuts ne prévoient rien à ce sujet, et sans faire état d'un appel de fonds. L'arrêt est critiqué sur ce point par R. TAS, « De volstorting van het kapitaal na faillissement : van oprichtersaansprakelijkheid en mogelijkheid tot compensatie met het saldo van de rekening-courant », *T.R.V.*, 2002, p. 459. La Cour d'appel de Bruxelles avait apparemment adopté une position similaire à la Cour d'appel de Gand, dans un arrêt du 5 avril 1989 (cité et critiqué par D. HERBOSCH, « Betwistingen naar aanleiding van de volstortingsvordering ingesteld door de curator », *op. cit.*, p. 543).

⁷³ Un exemple peut être la dette de la société résultant de la décision de distribuer un dividende (M. WYCKAERT, *Kapitaal in N.V. en B.V.B.A.*, *op. cit.*, p. 333).

dans les sociétés qui ne regroupent qu'un nombre limité d'actionnaires, que ces derniers soient créanciers de la société, soit qu'ils lui ont prêté de l'argent, soit qu'ils ont payé personnellement une dette de la société. Ces opérations se traduisent, dans la comptabilité de la société, par l'établissement de ce qu'il est convenu d'appeler un « compte courant d'actionnaire ». Fréquemment, la compensation (alléguée) intervient avec le solde de ce « compte courant »⁷⁴. Bien entendu, ce compte peut aussi révéler une créance de la société à l'égard de son actionnaire.

Traditionnellement, le compte courant est défini comme un contrat *sui generis* ayant notamment pour particularités de regrouper et de nover en un seul compte toutes les dettes et créances réciproques résultant du courant d'affaires entre les parties, et dont le solde n'est exigible par l'une ou l'autre partie qu'au moment de la clôture du compte⁷⁵. À suivre cette doctrine, la compensation entre le solde d'un compte courant et la dette de libération ne peut donc intervenir qu'au moment de la clôture du compte courant⁷⁶. Or, dans la pratique, il est bien rare que les parties aient pensé à clôturer formellement le compte courant avant que se pose la question de la compensation, singulièrement, au moment de la faillite de la société (voy. *infra*)⁷⁷.

Mais d'autres expliquent que (le plus souvent) le « compte courant d'actionnaire » ne serait pas un « vrai » compte courant, notamment parce que les parties ne se seraient pas engagées à y inscrire toutes les dettes et créances résultant de leurs relations⁷⁸. Pour les partisans de cette seconde thèse, les créances de l'actionnaire vis-à-vis de la société sont donc, en principe, immédiatement exigibles, sauf disposition contraire et particulière à chacune d'elles. La compensation légale peut alors intervenir dès que la dette de libération est exigible également.

Enfin, certains estiment que la libération du capital peut être inscrite dans le compte courant lui-même⁷⁹, ce qui implique – selon l'analyse qu'on fait du compte courant – une novation de la dette de libération et une « disparition » de celle-ci dans le compte courant ou une compensation immédiate avec la créance de l'actionnaire. En tout cas, si l'on admet cette thèse, qui demeure

⁷⁴ Pour un examen de cette situation, D. HERBOSCH, « Betwistingen naar aanleiding van de volstortingsvordering ingesteld door de curator », *op. cit.*, pp. 542-544 ; M. COIPEL, « Les sociétés privées à responsabilité limitée », *op. cit.*, p. 326 ; R. TAS, « Vennotenrekening, rekening-courant en compensatie », *T.R.V.*, 1995, pp. 326 et s.

⁷⁵ En ce sens, Gand, 25 septembre 1991, *Rev. prat. soc.*, 1992, p. 107 ; Comm. Termonde, 18 mai 1998, *T.R.V.*, 2002, p. 533 ; J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, t. IV, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1988, pp. 374-376.

⁷⁶ Fr. T'KINT, obs. sous Gand, 25 septembre 1991, *Rev. prat. soc.*, 1992, p. 110.

⁷⁷ Gand, 9 novembre 1994, *T.R.V.*, 1995, p. 323.

⁷⁸ R. TAS, « Vennotenrekening, rekening-courant en compensatie », *op. cit.*, p. 329.

⁷⁹ Comm. Termonde, 18 mai 1998, *T.R.V.*, 2002, p. 533 ; D. HERBOSCH, « Betwistingen naar aanleiding van de volstortingsvordering ingesteld door de curator », *op. cit.*, p. 542.

minoritaire, la libération ne peut plus être réclamée à l'actionnaire en tant que telle. Une version plus restrictive de cette opinion n'admet la libération par inscription dans le compte courant que si le solde de celui-ci, avant la libération, est créateur à concurrence du montant de la libération au moins⁸⁰.

§ 4. Compensation en cas de concours

Si le capital n'a pas été intégralement libéré avant la faillite ou la liquidation de la société, fût-ce grâce à une compensation conventionnelle ou légale (dont on peut invoquer l'existence pour la première fois après le concours), se pose la question de savoir si l'actionnaire peut encore, après le concours, faire valoir la compensation entre une créance contre la société et sa dette de libération du capital.

En principe, le concours empêche toute compensation qui lui soit postérieure (art. 1298 C. civ.), mais la jurisprudence unanime reconnaît une exception lorsque les dettes réciproques présentent un lien de connexité étroite, lequel est apprécié en fait par le juge du fond⁸¹.

Le débat se focalise alors souvent sur la connexité entre la dette de libération du capital et la dette de remboursement de la société découlant des avances (au sens large) faites par son actionnaire. Dans cette configuration, l'actionnaire a intérêt à invoquer la compensation. Le curateur, par contre, demande la libération du capital au titre de la réalisation des actifs, mais considère la créance de l'actionnaire comme une dette dans la masse, le plus souvent chirographaire.

Pour certains, la dette de libération a une nature particulière dès lors qu'elle résulte du droit des sociétés; qu'elle concerne la constitution et les fonds propres de la société et non les opérations courantes de celle-ci⁸². La libération du capital accroît les fonds propres, alors que l'octroi d'une avance d'actionnaire augmente les dettes⁸³, ce qui n'est pas anodin en cas de faillite, l'actionnaire pouvant déclarer une créance pour une avance, mais pas pour le remboursement du capital. Ceci s'opposerait à la reconnaissance de la connexité avec une dette de type « opérationnel ».

⁸⁰ M. VANDER LINDEN, « Le compte courant des associés », *Pacioli*, 2002, n° 126, p. 3. M. WYCKAERT semble partager cet avis (*Kapitaal in N.V. en B.V.B.A.*, *op. cit.*, p. 337).

⁸¹ Comm. Bruxelles, 25 janvier 2000, *Rev. prat. soc.*, 2001, p. 315; Comm. Liège, 9 mai 2003, *D.A.O.R.*, 2002, p. 418; Cass., 7 mai 2004, *Pas.*, 2004, 774; Liège, 25 février 2008, *J.L.M.B.*, 2009, p. 1836; Comm. Tongres, 19 février 2009, *R.W.*, 2008-2009, p. 1778; M. GRÉGOIRE et al., *Procédures collectives d'insolvabilité*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 272 et s.; Fr. T'KINT, obs. sous Gand, 25 septembre 1991, *Rev. prat. soc.*, 1992, p. 111; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, t. III, *op. cit.*, p. 2167-2169; M. VAN QUICKENBORNE, « Réflexions sur la connexité objective, justifiant la compensation après faillite », note sous Cass., 25 mai 1989, *R.C.J.B.*, 1992, pp. 354-390.

⁸² Liège, 27 février 1996, *T.R.V.*, 2002, p. 528. Aussi Gand, 6 septembre 2000, *T.R.V.*, 2001, p. 258, qui rejette la connexité mais sans explication.

⁸³ Gand, 29 janvier 1996, *R.W.*, 1997-1998, p. 1337; Comm. Tongres, 19 février 2009, *R.W.*, 2008-2009, p. 1778.

Pour d'autres, il n'y a guère de différence économique entre la libération du capital par un actionnaire et la mise à disposition par ce dernier, sous forme de prêts, des liquidités dont la société a besoin pour développer ses activités⁸⁴. Cette similarité économique justifierait de reconnaître la connexité entre les deux dettes. Ce raisonnement omet toutefois de prendre en compte la circonstance qu'une fois libéré, le montant du capital ne peut pas être restitué aux actionnaires, sauf en respectant la procédure de réduction du capital, qui inclut des mesures de protection des créanciers. En cas de prêt, à l'inverse, l'actionnaire est juridiquement un créancier comme un autre, et peut obtenir de la société qu'elle lui rembourse le montant avancé⁸⁵. L'actionnaire qui est aussi gérant, ou qui contrôle la société, bénéficie souvent d'un avantage factuel évident pour obtenir, quand il le souhaite, le paiement de sa créance.

Certaines décisions distinguent selon que la créance de l'actionnaire provient soit d'un prêt d'argent, soit de rémunérations, d'une vente de biens ou de prestations de services⁸⁶. La compensation serait admise dans le premier cas, sur la base d'une similitude avec un apport en numéraire. Dans les autres, par contre, la compensation serait refusée car il n'est pas certain que la société ait effectivement reçu l'apport promis à la souscription – une justification aussi à la base du contrôle des apports en nature et de l'interdiction de l'utilisation des apports en industrie pour constituer le capital des sociétés à responsabilité limitée. Ce raisonnement ne peut être suivi, même s'il paraît de prime abord séduisant. La compensation se fait entre deux dettes réciproques, qui sont toutes deux « en numéraire » (fongibles, liquides, exigibles). La question de la contrepartie de ces dettes – ce que le créancier a donné en échange – n'est pas, en soi, le critère pour autoriser, ou non, la compensation⁸⁷.

L'actionnaire ne peut plus bénéficier de la compensation s'il y a renoncé. Il en va ainsi de celui qui, d'une part, confirme au liquidateur qu'il va libérer le capital et, d'autre part, introduit une déclaration de créance pour le montant total des dettes de la société à son égard⁸⁸.

L'examen de la jurisprudence laisse paraître, le plus souvent, une prépondérance des circonstances de fait dans l'appréciation du juge. Quoique la

⁸⁴ Comm. Bruxelles, 25 janvier 2000, *Rev. prat. soc.*, 2001, p. 315 ; Liège, 14 avril 2005, *Rev. prat. soc.*, 2004, p. 369 ; Gand, 25 juin 2007, *R.D.C.*, 2008, p. 731, note R. HOUBEN ; Anvers, 10 décembre 2009, *R.A.B.G.*, 2010, p. 176 ; Fr. T'KINT, obs. sous Gand, 25 septembre 1991, *Rev. prat. soc.*, 1992, pp. 111-112.

⁸⁵ Anvers, 19 février 2001, *R.W.*, 2001-2002, p. 1438.

⁸⁶ Comm. Liège, 9 mai 2003, *D.A.O.R.*, 2002, p. 418, dont le raisonnement est repris en substance par la cour d'appel, puis rejeté par la Cour de cassation (Cass., 25 septembre 2006, *J.T.*, 2007, p. 546, *R.W.*, 2006-2007, p. 1561, note R. HOUBEN). Aussi Anvers, 10 décembre 2009, *R.A.B.G.*, 2010, p. 176, qui retient cette circonstance comme un des éléments d'appréciation de la connexité. *Contra* : Gand, 25 juin 2007, *R.D.C.*, 2008, p. 731, note R. HOUBEN.

⁸⁷ Cass., 25 septembre 2006, *J.T.*, 2007, p. 546, *R.W.*, 2006-2007, p. 1561, note R. HOUBEN.

⁸⁸ Par exemple Liège, 25 février 2008, *J.L.M.B.*, 2009, p. 1836.

connexité doive en principe s'apprécier de manière objective⁸⁹, l'impression se dégage que les tribunaux apprécient s'il est juste que l'actionnaire doive libérer le solde du capital entre les mains du curateur, tout en voyant sa créance inscrite au passif chirographaire (donc en pratique perdue) ou si, au contraire, une telle situation ne paraît pas justifiée dans les circonstances. Selon le cas, le juge adapte sa décision quant à la connexité et admet, ou non, la compensation après faillite. Par exemple, la Cour d'appel d'Anvers a exclu la compensation dans une espèce où il apparaissait que l'actionnaire avait volontairement choisi de qualifier son versement de prêt, afin de pouvoir ultérieurement en obtenir le remboursement. La Cour estime alors que les dettes réciproques ont une cause tout à fait différente et que la connexité est exclue en quelque sorte par la volonté de l'actionnaire lui-même⁹⁰. Dans l'autre sens, la Cour d'appel de Liège n'a pas condamné à la libération du capital l'associée d'une SPRL exerçant un « commerce de confection et retouches de vêtements », qui avait personnellement emprunté auprès d'une banque pour faire à la société des avances à concurrence de plus de 50.000 euros, dont une partie versée quatre jours avant la faillite⁹¹.

Section 3

Libération « fictive »

La tentation a toujours existé de prétendre libérer le capital sans le faire réellement. C'est apparemment à la suite d'abus constatés dans ce domaine que la loi a imposé une libération minimale obligatoire lors de la souscription, avec un mécanisme de contrôle assez performant s'agissant des apports en numéraire (compte bloqué et attestation bancaire). Auparavant, il arrivait que des actionnaires peu scrupuleux déclarent au notaire que le capital était libéré au moment de la souscription, alors qu'il n'en était rien.

Les mécanismes de contrôle ont fait évoluer cette pratique, mais ils ne l'ont pas éradiquée. On voit ainsi qu'il existe de « fausses » libérations de capital (pas nécessairement au sens pénal). Le plus souvent, l'actionnaire verse l'argent de la libération à la société et cette dernière, plutôt que d'utiliser ces fonds à la réalisation de son objet, les reverse immédiatement à l'actionnaire qui, dans les faits, « récupère » ainsi « son » argent.

Quelles que soient les intuitions qu'on peut avoir face à ce type de comportement, il faut passer par une analyse juridique, qui puisse s'appliquer de la même manière aux opérations « artisanales » des petites SPRL et aux restructurations

⁸⁹ R. HOUBEN, « Schuldvergelijking met de volstortingsvordering bij samenloop », note sous Gand, 25 juin 2007, *R.D.C.*, 2008, p. 737.

⁹⁰ Anvers, 19 février 2001, *R.W.*, 2001-2002, p. 1438.

⁹¹ Liège, 14 avril 2005, *Rev. prat. soc.*, 2004, p. 369.

complexes des grandes sociétés (où de tels mouvements de fonds ne sont pas inhabituels).

Il est fréquent qu'une société prête de l'argent à son actionnaire ou à son administrateur. Le versement par la société à son actionnaire du montant de la libération du capital s'analyse et se comptabilise le plus souvent comme un tel prêt, sauf si l'on identifie une autre cause, par exemple le paiement d'une rémunération. En soi, un prêt par la société à son actionnaire n'est pas une opération critiquable, pour autant qu'elle soit justifiée au regard de l'intérêt social, ce qui suppose notamment que le taux d'intérêt soit en phase avec le marché, eu égard aux circonstances et notamment à la solvabilité de l'actionnaire⁹². Les intérêts courent en principe de plein droit (art. 23, al. 2 C. soc.).

Une telle opération n'est pas, en soi, de nature à porter préjudice aux tiers. Qu'il s'agisse de la libération du capital ou du remboursement d'un prêt, la société est dans les deux cas créancière de son actionnaire et l'une et l'autre créances ont des caractéristiques identiques, singulièrement en cas de faillite.

Tels sont les principes, mais il faut reconnaître que la pratique est moins nette. L'actionnaire est souvent aussi l'organe de gestion de la société (ou du moins maîtrise celui-ci), ce qui peut faire douter d'une appréciation objective de l'intérêt social. Il arrive que la comptabilité de la société, en particulier les comptes courants, soit mal tenue, voire tout à fait inexistante, ce qui risque de faire « disparaître » la créance de la société à l'égard de son actionnaire. Le système peut virer dans l'abus : certains ont été condamnés au pénal pour avoir fabriqué des sociétés « en chaîne », empruntant le capital libéré de l'une pour déposer l'argent sur le compte spécial destiné à la création de la suivante, le processus ayant apparemment été répété plusieurs centaines de fois, quoique le jugement n'examine que quatre cas⁹³.

Les circonstances factuelles peu claires expliquent aussi pourquoi la jurisprudence qualifie de fictif tantôt l'apport ou la souscription⁹⁴, tantôt la libération. Même si tout dépend des éléments de fait, il semble que, dans la plupart des cas, on soit face à une souscription réelle (la personne concernée veut vraiment faire partie de la société) mais avec une défaillance au niveau de la libération des actions⁹⁵.

Enfin, si l'on en arrive à ce champ d'analyse, il faut toujours tenir compte de l'autonomie du droit pénal, qui autorise le juge répressif à apprécier les faits qui

⁹² H. CULOT et A. HOUET, « *Affectio societatis*, esprit de lucre et libération du capital : deux conceptions de la société ? », obs. sous Corr. Bruxelles, 25 janvier 2012, *Rev. prat. soc.*, 2012, pp. 387-388.

⁹³ Corr. Bruxelles, 25 janvier 2012, *Rev. prat. soc.*, 2012, p. 351, *Dr. pén. entr.*, 2012, p. 119.

⁹⁴ Liège, 25 juin 1999, *R.D.C.*, 2000, p. 624 ; Liège, 21 juin 2007, *J.L.M.B.*, 2009, p. 292, *Rev. prat. soc.*, 2009, p. 240.

⁹⁵ En ce sens, M. COIPEL, « Les sociétés privées à responsabilité limitée », *op. cit.*, pp. 218-219.

lui sont soumis sans être lié par la qualification juridique de ces faits dans des branches du droit autres que le droit pénal⁹⁶.

Section 4

Protection de la société et des tiers **relatifs** à la libération du capital

Plusieurs dispositions ont pour objectif de protéger la société et ses créanciers en ce qui concerne la libération du capital. Certaines mesures s'appliquent avant que la société n'ait fait l'appel de fonds. D'autres, par contre, n'ont d'effet qu'une fois la dette de l'actionnaire devenue exigible.

Sous-section 1

Avant l'exigibilité

Au moment de la constitution de la société, l'extrait de l'acte constitutif publié aux *Annexes du Moniteur belge* mentionne les « associés qui n'ont pas encore libéré leur apport » (art. 69, 4^o C. soc.).

Jusqu'à ce qu'elles soient totalement libérées, les actions d'une société anonyme doivent revêtir la forme nominative (art. 477 C. soc.). Une règle particulière à ce sujet n'est pas nécessaire dans les SPRL et SCRL, où toutes les parts sont nécessairement nominatives (art. 232 et 356 C. soc.). Le registre des actions ou des parts permet donc de garder la trace des propriétaires d'actions ou de parts non libérées. Si le registre et la comptabilité sont mal tenus, et qu'il n'est pas possible de déterminer quelles actions ne sont pas complètement libérées, tous les actionnaires peuvent être tenus en proportion de leur participation dans la société⁹⁷.

Pour les sociétés anonymes, une annexe aux comptes annuels, publiée chaque année, résume « la situation du capital », en reprenant le nombre d'actions souscrites, le montant libéré et, surtout, le nom des actionnaires qui n'ont pas totalement exécuté leur engagement de souscription, que la société ait, ou non, appelé les fonds (art. 479 C. soc. ; art. 91, VIII AR/C. soc.). La cession des actions non libérées n'est opposable aux tiers qu'à compter de la publication par mention du dépôt de la liste mise à jour des actionnaires titulaires d'actions non libérées (art. 506 C. soc.)⁹⁸. Même après la publication,

⁹⁶ Cass., 27 mars 1995, *Pas.*, 1995, I, pp. 362-363 ; Cass., 25 février 1997, *Pas.*, 1997, I, p. 281 ; Cass., 31 octobre 2006, R.G. n° P.06.928.N ; Cass., 22 avril 2008, *Pas.*, 2008, 982, *T. Straf.*, 2009, p. 16 ; F. KUTY, *Principes généraux du droit pénal belge, I. La loi pénale*, Bruxelles, Larcier, 2007, spécialement pp. 109 et s. ; F. TULKENS, M. VAN DE KERCHOVE, Y. CARTUYVELS et C. GUILLAIN, *Introduction au droit pénal*, 9^e éd., Waterloo, Kluwer, 2010, pp. 142-144. Particulièrement dans le domaine qui nous occupe, Cass., 2 octobre 2012, R.G. n° P.12.0279.N.

⁹⁷ Anvers, 5 mars 2001, *R.D.C.*, 2001, p. 745, *T. Not.*, 2002, p. 625, note F. BOUCKAERT ; S. GILCART, « Preuve de la libération, appel de fonds et absence de registre », *J.D.S.C.*, 2002, pp. 39-40.

⁹⁸ Ch. RESTEAU, *Traité des sociétés anonymes*, t. I, 3^e éd., Bruxelles, Swinnen, 1981, p. 426.

l'actionnaire cédant reste redevable de la dette de libération dans la mesure où une telle libération est nécessaire pour payer des dettes antérieures à la publication de la cession (art. 507, al. 2 C. soc.). Le cédant dispose d'un recours contributoire contre le cessionnaire et tous les cessionnaires ultérieurs, qui sont tenus solidairement⁹⁹. Cette règle est étrangère à celle qui veut que l'actionnaire qui cède ses actions après l'appel de fonds reste tenu de celui-ci¹⁰⁰.

L'article 507 du Code des sociétés ne s'applique pas aux SPRL ni aux SCRL, même par analogie¹⁰¹. Aussi, seul le cessionnaire est responsable de la libération des parts qu'il a acquises sans qu'elles soient totalement libérées, si la cession est opposable à la société avant l'appel de fonds¹⁰².

Sous-section 2

Lorsque la libération est exigible

D'autres dispositions s'appliquent une fois la dette de libération exigible.

Lorsqu'un actionnaire ne paie pas dans le délai fixé par l'appel de fonds, son droit de vote est suspendu (art. 275, al. 2 et 541, al. 3). Cette règle n'existe pas dans les dispositions légales relatives à la SCRL, mais rien n'empêcherait les statuts de la prévoir. C'est la sanction « politique » à l'égard de l'actionnaire qui n'exécute pas ses obligations vis-à-vis de la société, mais aussi un incitant à les exécuter au plus tôt de manière à recouvrer ses pleins droits de participation aux décisions sociales.

Sur le plan financier, les intérêts courent de plein droit sur les montants non libérés, à compter de l'échéance prévue dans l'appel de fonds (art. 23, al. 1^{er} C. soc.). Le Code ne prévoit pas leur taux. À défaut d'indication statutaire, on applique le taux légal fixé conformément à l'article 2 de la loi du 5 mai 1865 relative au prêt à l'intérêt¹⁰³. La société peut en outre demander des dommages et intérêts complémentaires, pour le préjudice qui ne serait pas réparé par l'octroi d'intérêts moratoires (art. 23, al. 3 C. soc.)¹⁰⁴.

⁹⁹ M. WYCKAERT, *Kapitaal in N.V. en B.V.B.A.*, *op. cit.*, p. 345.

¹⁰⁰ Ch. RESTEAU, *Traité des sociétés anonymes*, t. I, *op. cit.*, pp. 427-428 ; M. WYCKAERT, *Kapitaal in N.V. en B.V.B.A.*, *op. cit.*, p. 347.

¹⁰¹ Anvers, 11 mai 1998, *A.J.T.*, 2000-2001, p. 97, *J.D.S.C.*, 2001, p. 74 ; M. COIPEL, « Les sociétés privées à responsabilité limitée », *op. cit.*, p. 331 et les références citées ; B. VOGLET, « Éléments d'appréciation de l'action du créancier d'une S.P.R.L. contre un ex-associé n'ayant pas complètement libéré ses parts avant leur cession », *J.D.S.C.*, 2001, p. 79. Pour l'application de l'article 52 L.C.S.C. [art. 507 C. soc.] par analogie, M. WYCKAERT, *Kapitaal in N.V. en B.V.B.A.*, *op. cit.*, p. 349 (avant l'entrée en vigueur du Code des sociétés) ; Th. DELVAUX, « Le capital en droit des sociétés, notions et constitution », *op. cit.*, p. 544.

¹⁰² Bruxelles, 29 novembre 2001, *J.L.M.B.*, 2003, p. 1253.

¹⁰³ Ch. RESTEAU, *Traité des sociétés anonymes*, t. II, *op. cit.*, p. 33 ; M. WYCKAERT, *Kapitaal in N.V. en B.V.B.A.*, *op. cit.*, p. 357.

¹⁰⁴ M. COIPEL, « Les sociétés privées à responsabilité limitée », *op. cit.*, p. 328.

Certains estiment qu'aucuns termes et délais (art. 1244, al. 2 C. civ.) ne peuvent être accordés à l'actionnaire qui n'exécute pas son obligation de libération¹⁰⁵. Cette interdiction résulterait du principe d'égalité, qui empêcherait qu'un actionnaire (et non les autres) bénéficie d'un délai de grâce pour l'acquittement de sa dette. En pratique, la jurisprudence se montre plus accommodante¹⁰⁶. La plupart des litiges portés en justice à ce sujet le sont par des curateurs de sociétés en faillite. Le montant des apports n'est alors plus nécessaire pour développer les activités de la société, mais est réclamé dans le cadre de la liquidation des actifs qui, de toute manière, prend souvent plusieurs mois ou années. Il résulte alors de la situation factuelle que, d'une part, il n'y a pas d'urgence particulière et, d'autre part, le débiteur est souvent une personne qui tirait ses revenus de la société en faillite, de sorte que sa situation financière n'est pas des meilleures. En outre, l'égalité des actionnaires ne se comprend plus de la même manière dès le moment où ceux-ci ne peuvent plus espérer recevoir des dividendes de la société. Enfin, l'argument de l'égalité ne tient pas si la société est unipersonnelle ou si tous les actionnaires reçoivent le même délai de grâce. On comprend alors la tendance jurisprudentielle à accorder les termes et délais comme cela se fait quotidiennement en matière commerciale.

Dans les sociétés anonymes, les statuts prévoient parfois une « clause d'exécution en bourse », permettant à la société, en cas de non-paiement de la dette de libération, de vendre en bourse les titres de l'actionnaire défaillant et de se payer sur le prix de la vente¹⁰⁷. L'excédent éventuel est restitué à l'actionnaire. L'analyse juridique de cette clause fait l'objet de discussions. Elle s'apparente dans ses effets à une saisie-exécution¹⁰⁸, sans toutefois que soient respectées les règles et formalités de cette institution qui sont destinées à protéger le débiteur (décision de justice, intervention d'un huissier de justice, etc.). Elle a pour effet d'exclure un actionnaire de la société¹⁰⁹, là aussi sans passer par les conditions et garanties prévues aux articles 636 et suivants du Code des sociétés. Certains y voient une forme de mandat de vendre les titres au nom et pour le compte de l'actionnaire¹¹⁰, d'autres un type de pacte commissaire¹¹¹. S'il figure dans tous les bons manuels, un tel mécanisme n'est plus guère utilisé en pratique.

¹⁰⁵ D. HERBOSCH, « Betwistingen naar aanleiding van de volstortingsvordering ingesteld door de curator », *op. cit.*, p. 544 ; Ch. RESTEAU, *Traité des sociétés anonymes*, t. II, *op. cit.*, pp. 39-40 ; comp. M. WYCKAERT, *Kapitaal in N.V. en B.V.B.A.*, *op. cit.*, p. 354.

¹⁰⁶ Comm. Bruxelles, 22 avril 1997, *T.R.V.*, 2002, p. 534 ; *R.P.D.B.*, v° *Société anonyme*, 1952, n° 625.

¹⁰⁷ P. HAINAUT-HAMENDE et G. RAUCQ, « Les sociétés anonymes », *op. cit.*, p. 325 ; J. VAN RYN, *Principes de droit commercial*, t. I, *op. cit.*, pp. 356-357. Voy. déjà, mais à propos de la libération d'une prime d'émission, H. BOSVIEUX, « Du paiement des primes d'émission », *Journ. soc.*, 1928, p. 392.

¹⁰⁸ G. RIPERT et R. ROBLOT, *Traité de droit commercial*, t. I, 17^e éd. par M. GERMAIN et L. VOGEL, Paris, L.G.D.J., 1998, p. 828, n° 1149.

¹⁰⁹ J. VAN RYN, *Principes de droit commercial*, t. I, *op. cit.*, p. 357, avec une justification fortement imprégnée de la théorie de l'institution.

¹¹⁰ Ch. RESTEAU, *Traité des sociétés anonymes*, t. II, *op. cit.*, p. 52. Le *R.P.D.B.*, v° *Société anonyme*, 1952, n° 646, semble se rallier à cette analyse.

¹¹¹ L. FRÉDÉRICQ, *Traité de droit commercial belge*, t. IV, Gand, Fechey, 1950, p. 291, n° 364.

En outre, il paraît difficile à concevoir dans les SPRL et les SCRL, où l'agrément d'un nouvel associé est requis.

L'article 199, alinéa 3 du Code des sociétés prévoit en faveur des créanciers une action leur permettant de faire condamner les actionnaires à libérer leurs apports, lorsque la libération est exigible¹¹². Il s'agit ici simplement de l'action oblique (art. 1166 C. civ.), qui s'exerce au profit de la société¹¹³.

Dans le cas particulier de la SPRL devenant unipersonnelle, si le capital n'est pas libéré dans l'année à concurrence de 12.400 EUR, l'associé unique devient personnellement caution solidaire de toutes les obligations de la société nées entre le moment où la société n'a plus compté qu'un seul associé et soit l'arrivée d'un second associé soit la libération du capital à concurrence du minimum applicable aux SPRLU (art. 213, § 1^{er}, al. 2 C. soc.).

Section 5

Preuve de la libération du capital

Le tribunal de commerce est compétent en cas de litige relatif à la libération du capital, même si l'objet de la société est civil et/ou si les actionnaires ne sont pas commerçants (art. 574, 1^o C. jud.)¹¹⁴.

Plus complexe est la question de la preuve de la libération. On distingue à ce sujet la charge de la preuve, d'une part, et les modes de preuve, d'autre part.

Sous-section 1

Charge de la preuve

Conformément à la règle du droit commun, le créancier doit prouver l'existence de sa créance et le débiteur doit prouver le paiement (art. 1315 C. civ.).

La société doit ainsi démontrer l'existence de la souscription de l'actionnaire et la circonstance rendant la dette exigible (souvent, l'appel de fonds). L'actionnaire, de son côté, doit prouver l'existence d'un paiement qui le libère de sa dette¹¹⁵. La souscription fait l'objet d'un acte authentique, qui constate aussi la libération faite à ce moment. En revanche, la mention, insérée dans les *statuts* après la constitution, que le capital est intégralement libéré, n'est pas une constatation du notaire qui reçoit l'acte de modification des statuts. Elle ne

¹¹² Ch. RESTEAU, *Traité des sociétés anonymes*, t. II, *op. cit.*, p. 46.

¹¹³ M. COIPEL, « Les sociétés privées à responsabilité limitée », *op. cit.*, p. ; Ch. RESTEAU, *Traité des sociétés anonymes*, t. II, *op. cit.*, pp. 46-47 ; J. VAN RYN, *Principes de droit commercial*, t. I, *op. cit.*, pp. 358-359.

¹¹⁴ Cass., 25 juin 1999, *Pas.*, 1999, I, 1003, obs., R.W., 1999-2000, p. 1037, R.D.C., 1999, p. 563, note, R.D.J.P., 2000, p. 239, T.R.V., 2000, p. 456, note. Aussi Comm. Louvain, 2 mai 2002, T.R.V., 2002, p. 529.

¹¹⁵ Anvers, 12 mars 1996, T.R.V., 2002, p. 526 ; M. COIPEL, « Les sociétés privées à responsabilité limitée », *op. cit.*, p. 327.

bénéficie pas de la force probante renforcée reconnue aux actes authentiques. On peut donc postérieurement apporter la preuve contraire et démontrer que cette mention ne correspond pas à la réalité¹¹⁶.

Le plus souvent, ce n'est pas l'existence d'un paiement qui est contestée, mais plutôt sa cause. On se demande si le paiement (bien identifié et démontré) fait par l'actionnaire doit être considéré comme une libération du capital ou plutôt comme un prêt accordé à la société, donc remboursable au prêteur à la différence du capital qui est intangible. Ici aussi, c'est à l'actionnaire – qui se prétend libéré – qu'il revient de démontrer que son paiement était fait pour libérer le capital et non sur la base d'une autre cause¹¹⁷.

Sous-section 2

Modes de preuve

Les modes de preuve sont ceux du droit des obligations. Sans revenir ici sur tous les principes, rappelons tout de même que la preuve est libre contre les commerçants, qualité qui est souvent (mais pas toujours) celle de la société. Inversement, la qualité d'actionnaire d'une société à responsabilité limitée ne confère pas la qualité de commerçant, même si l'objet de la société est commercial.

La comptabilité de la société est une source de preuve particulièrement utile¹¹⁸, qui lui est en principe opposable. Le bilan de la société doit indiquer, sous le poste du capital, le montant du capital non libéré. En outre, pour les sociétés anonymes, une annexe doit reprendre le nom des actionnaires qui n'ont pas totalement libéré leur apport, ainsi que le montant restant dû de leur dette (voy. *supra*). Si, par l'effet d'un appel de fonds ou autrement, la libération est exigible, la comptabilité devrait le refléter.

Cette comptabilité n'est pas toujours la preuve ultime, pour plusieurs raisons. D'abord, l'actionnaire peut avoir libéré le capital entre la clôture des derniers comptes annuels et celui de la faillite de la société (ou de la demande en justice)¹¹⁹. Ce paiement peut, éventuellement, être intervenu par compensation, qui peut se produire de plein droit et donc sans action positive de

¹¹⁶ Anvers, 5 mars 2001, *R.D.C.*, 2001, p. 745, *T. Not.*, 2002, p. 625, note F. BOUCKAERT.

¹¹⁷ Parmi d'autres, Gand, 6 septembre 2000, *T.R.V.*, 2001, p. 258 ; Gand, 13 février 2002, *T.G.R.*, 2002, p. 101 ; Gand, 15 décembre 2008, *T.G.R.*, 2009, p. 121 ; Comm. Tongres, 19 février 2009, *R.W.*, 2008-2009, p. 1778.

¹¹⁸ Gand, 5 novembre 1999, *T.R.V.*, 2001, p. 256, note M. WYCKAERT ; Comm. Hasselt, 2 avril 2002, *R.W.*, 2002-2003, p. 951, dans un cas où le registre des parts mentionnait la libération, mais pas les comptes annuels ; Comm. Gand, 10 mars 2003, *T.G.R.*, 2003, p. 161 ; Bruxelles, 18 octobre 2005, *T.R.V.*, 2007, p. 688. *Contra*, dans le cas d'une SPRL dont la comptabilité ne semblait guère digne de foi, Gand, 20 septembre 1996, *T.R.V.*, 1997, p. 581, note ; Comm. Gand, 24 janvier 2002, *T.G.R.*, 2002, p. 101, refusant de tenir compte du livre de caisse, tenu par les associés eux-mêmes. Contre l'utilisation de ce critère, S. GILCART et C. BROCAL, « Les règles de constitution des SA, SPRL et SCRL », *op. cit.*, p. 56.

¹¹⁹ Par exemple Gand, 10 octobre 2001, *T.R.V.*, 2002, p. 454.

l'actionnaire. Ensuite, il se peut que la comptabilité soit (presque) inexistante, ou qu'elle contienne des erreurs¹²⁰ ou des contradictions¹²¹. Souvent, la comptabilité de la société indique simultanément que les actions ne sont pas libérées et que la société a une dette envers l'actionnaire, ce qui est incompatible avec une compensation¹²². Cette circonstance est souvent interprétée comme signifiant qu'aucune compensation n'a eu lieu (alors qu'on pourrait dire aussi que la comptabilité comporte une erreur).

La liberté de preuve implique que la comptabilité de la société est un mode de preuve possible, en particulier pour prouver contre celle-ci, mais qu'elle n'est, d'une part, pas le seul mode de preuve concevable et qu'elle est, d'autre part, beaucoup plus difficile à utiliser par la société pour prouver contre son actionnaire. En principe, ce dernier peut prouver qu'il a libéré le capital même si la comptabilité indique le contraire. Ceci étant, en particulier dans les petites sociétés, c'est souvent l'actionnaire lui-même, en tant que gérant, qui a établi (ou du moins contrôlé et arrêté) la comptabilité, ou au minimum approuvé les comptes lors de l'assemblée générale. Il n'est guère crédible d'invoquer postérieurement une erreur dans ces comptes, particulièrement en ce qui concerne sa propre dette vis-à-vis de la société¹²³. Dans le même ordre d'idées, certaines juridictions ont des réticences à retenir comme preuve en faveur de l'actionnaire, et contre le curateur, des comptes établis avant la faillite¹²⁴.

Dans la pratique, les juges examinent aussi la communication indiquée sur le virement bancaire¹²⁵. Mais là encore, une mention n'est pas toujours présente et, si elle l'est, elle n'est pas nécessairement claire et univoque.

La libération des actions doit en principe être mentionnée dans le registre des actions. La jurisprudence a également égard à ce document¹²⁶, qui ne constitue toutefois, comme les autres éléments déjà mentionnés, qu'un mode de preuve parmi d'autres, même s'il est parfois considéré comme le plus fiable¹²⁷.

¹²⁰ Civ. Courtrai, 21 octobre 1997, D.A.O.R., 2001, p. 328.

¹²¹ Gand, 20 septembre 1996, T.R.V., 1997, p. 581 (associés soutenant avoir libéré en argent liquide, sans qu'on trouve les mentions correspondantes dans le livre de caisse).

¹²² Gand, 25 septembre 1991, Rev. prat. soc., 1992, p. 107.

¹²³ Par exemple Gand, 9 novembre 1994, T.R.V., 1995, p. 323 ; Gand, 5 novembre 1999, T.R.V., 2001, p. 256, note M. WYCKAERT (qui oppose aux gérants l'adage *nemo auditur*) ; Anvers, 19 février 2001, R.W., 2001-2002, p. 1438 ; Comm. Gand, 10 mars 2003, T.G.R., 2003, p. 161.

¹²⁴ Gand, 20 septembre 1996, T.R.V., 1997, p. 581.

¹²⁵ Gand, 23 novembre 1999, T.R.V., 2001, p. 183, note R. Tas (la mention « inbreng courant » n'est pas une indication univoque de libération). Ne tient pas compte de la communication du virement, car elle n'est pas corroborée par d'autres éléments : Gand, 13 février 2002, T.G.R., 2002, p. 101.

¹²⁶ Gand, 5 novembre 1999, T.R.V., 2001, p. 256, note M. WYCKAERT ; Civ. Courtrai, 21 octobre 1997, D.A.O.R., 2001, p. 328, confirmé par Gand, 23 novembre 1999, T.R.V., 2001, p. 183, note R. Tas ; Anvers, 19 février 2001, R.W., 2001-2002, p. 1438 ; R. AYDOGDU et O. CAPRASSE, « Les avances d'associé et la libération du capital : deux notions équivalentes ? », obs. sous Liège, 14 avril 2005, Rev. prat. soc., 2004, pp. 380-383 ; S. GILCART et C. BROCAL, « Les règles de constitution des SA, SPRL et SCRL », *op. cit.*, p. 56.

¹²⁷ Gand, 20 septembre 1996, T.R.V., 1997, p. 581 ; S. GILCART, « La faillite et les aléas de la libération du capital », J.D.S.C., 2003, p. 37. Comm. Hasselt, 2 avril 2002, R.W., 2002-2003, p. 951 et Bruxelles, 18 octobre 2005,

Une quittance signée par l'organe de gestion peut aussi servir de preuve, mais il faut à nouveau qu'elle soit univoque en ce qui concerne la dette acquittée.

En réalité, aucun élément ne constitue une preuve irréfutable, et tout élément peut, selon les circonstances, être retenu comme preuve¹²⁸. Certains contrastes sont étonnants. Le tribunal de première instance de Bruges a conclu que le capital était libéré dans une affaire où l'associé avait versé des fonds à la société avec la communication «prêt», alors que le registre des parts ne mentionnait pas la libération. Mais le montant versé correspondait au solde à libérer, et l'associé avait obtenu les fonds grâce à un prêt personnel conclu avec une banque, les documents bancaires indiquant «libération du capital» comme objet du crédit. Sur la base de ces éléments, le tribunal a considéré que la volonté de l'associé était, sans doute possible, de libérer le capital¹²⁹. Inversement, la Cour d'appel de Gand a estimé que le capital n'était pas libéré dans un cas où l'actionnaire avait payé à la société un montant correspondant au solde à libérer, par virement bancaire portant la communication «bedrijfskapitaal». Mais l'actionnaire avait aussi, à plusieurs reprises, retiré de l'argent en liquide du compte de la société¹³⁰.

*

* *

Il serait vain de vouloir synthétiser en conclusion les réponses apportées aux différentes questions techniques traitées dans cette contribution. On se limite donc à deux remarques plus générales.

Cette matière est particulièrement emblématique de l'imbrication entre le droit des sociétés et le droit des obligations. Au fil des années, plusieurs facteurs ont favorisé une distanciation entre ces deux branches du droit. En particulier, le développement de la personnalité morale et plus particulièrement des sociétés à responsabilité limitée, avec comme corollaire les nombreux mécanismes techniques concernant les organes et la protection des tiers, a fini par donner l'impression que le droit des sociétés était désormais une matière indépendante du droit des obligations. La promulgation du Code des sociétés, qui voit les règles générales du «contrat de société» sortir du Code civil, en est en quelque sorte une consécration. Pourtant, l'imbrication des deux domaines ressurgit dès qu'on aborde une problématique que le droit des sociétés ne règle pas de manière spécifique, comme c'est largement le cas pour la libération du capital après la souscription. Ceci étant, et il ne faut pas non plus s'en étonner, ce

T.R.V., 2007, p. 688 accordent au contraire la priorité aux comptes annuels approuvés sur les mentions du registre des parts.

¹²⁸ Sur les différents modes de preuve, D. HERBOSCH, «Betwistingen naar aanleiding van de volstortingsvordering ingesteld door de curator», *op. cit.*, pp. 540-542.

¹²⁹ Civ. Bruges, 16 novembre 1998, *T.R.V.*, 2002, p. 531.

¹³⁰ Gand, 13 février 2002, *T.G.R.*, 2002, p. 101.

domaine est aussi influencé par des mécanismes typiquement commerciaux, comme la comptabilité ou le compte courant.

La seconde observation tient au rôle du juge. Les règles étudiées lui laissent une large marge d'appréciation, qu'il utilise pour adapter sa décision aux circonstances de fait, aux usages, à une certaine idée du juste et de l'injuste. On l'a vu en particulier à propos de l'interprétation de la volonté du *solvens* (l'actionnaire voulait-il prêter ou libérer le capital?) et de l'analyse de la connexité pour la compensation pendant le concours. Car finalement, la question qui se pose est simple : comment répartir, entre les actionnaires et les créanciers, les conséquences de l'échec de l'activité économique ?