

OBSERVATIONS

Le point de départ de la prescription de l'action en responsabilité fondée sur le défaut de 'tirer la sonnette d'alarme'

Cette décision a fait l'objet d'un appel avant même que soit tranché le *quantum* de la condamnation.

On note que l'article 7:228 du CSA reformule l'article 633 du Code des sociétés en :

- mettant en exergue le devoir des administrateurs de réunir une assemblée générale (voir les termes « *l'organe d'administration doit (...) convoquer l'assemblée générale* » qui remplacent « *l'assemblée générale doit être réunie* ») ;
- insistant sur l'objectif des mesures à prendre, à savoir assurer la continuité de la société (expression répétée deux fois), alors que le Code des sociétés soulignait davantage le redressement de la situation financière de la société (voir la formulation « (...) *il expose dans un rapport spécial (...) les mesures qu'il propose pour assurer la continuité de la société* » qui remplacent « *Si le conseil d'administration propose la poursuite des activités, il expose dans son rapport les mesures qu'il compte adopter en vue de redresser la situation financière de la société.* » (...)).

Quant à l'épineuse question du point de départ du délai de prescription à appliquer aux situations de méconnaissance des articles 332, 431 et 633 du Code des sociétés, le Tribunal privilégie la thèse selon laquelle la procédure de la sonnette d'alarme doit être renouvelée à chaque assemblée générale au cours de laquelle est constatée la perte grave de l'actif net. Il souligne d'ailleurs qu'en l'espèce, les administrateurs étaient conscients de leur devoir de renouveler la procédure, puisque les procès-verbaux des AG faisaient expressément référence à l'article 633 du Code des sociétés, même si le prescrit de cette disposition n'était pas strictement respecté. Une thèse plus sévère encore, et donc plus exigeante à l'égard de la responsabilité des dirigeants, serait de considérer que le défaut de convocation est une faute qui se répète à chaque instant (faute *continue*) : c'est en effet à chaque instant que le dirigeant serait fautif de ne pas réunir l'assemblée. Mais alors pourquoi le législateur aurait-il fixé divers seuils (moitié du capital social, quart du capital social) à compter desquels une obligation de réunir une assemblée s'impose si cette obligation était *continue*, une assemblée générale devant être réunie chaque fois que le seuil est atteint et constaté, et donc dans certaines hypothèses régulièrement ? Elles ne sont pas rares, les sociétés qui, malgré des mesures de redressement, n'améliorent pas leur situation financière.

Nous privilégions la thèse inverse, à savoir que le défaut de convocation d'une assemblée générale est une faute *instantanée* se réalisant à un moment précis, à savoir au terme du délai de deux mois suivant l'atteinte d'un des deux seuils définis par la loi (moitié du capital social, quart du capital social). Selon nous, et même s'il est bien sûr essentiel que les dirigeants envisagent cette question lors de chaque examen des comptes annuels avec l'assemblée générale, la formulation du texte légal implique que l'obligation de réunir une assemblée ne s'impose qu'une seule fois dans chacune des deux hypothèses strictement définies par la loi, à savoir une première fois quand l'actif net est réduit à un montant inférieur à la moitié du capital social, puis une seconde fois, si nécessaire quand cet actif net est réduit à un montant inférieur au quart du capital social²⁰. Ajoutons que la faute éventuelle se concrétise non pas le jour où

²⁰ Voir en ce sens Bruxelles (9^e ch.), 4 décembre 2008 (*R.D.C.*, 2009, liv. 9, p. 260, *J.D.S.C.*, 2010, n° 953, p. 120) : l'article 431 du Code des sociétés fixe le délai dans lequel l'assemblée générale extraordinaire doit être convoquée ainsi que le point de départ de ce délai, mais n'impose pas de réitérer cette procédure si la perte persiste. L'assemblée générale ne doit

la perte est constatée, mais bien le dernier jour utile pour convoquer une assemblée générale dans le respect des formalités légales prescrites²¹.

S'agissant d'une présomption de responsabilité, fort lourde d'ailleurs et bien difficile à renverser, le texte apparaît de stricte interprétation. Et lorsque, dans son arrêt du 4 mai 2018 publié ci-avant sous le n° 1411, la Cour de cassation précise que le manquement des administrateurs à leur obligation de réunir l'assemblée générale dans les deux mois à dater du moment où la perte de capital social a été constatée ou aurait dû l'être en vertu des obligations légales ou statutaires *est consommé dès l'instant où ce délai est expiré*, elle confirme cette interprétation que l'abstention définie aux articles 332, 431 et 633 du Code des sociétés s'identifie à une infraction *instantanée*, avec les conséquences qui en découlent en matière de calcul du délai de prescription quinquennal, et plus particulièrement du point de départ de celui-ci.

Par contre, à notre estime, la responsabilité des dirigeants n'ayant pas examiné la question de la poursuite des activités dans une situation de perte grave de l'actif net, la sonnette d'alarme ayant déjà été actionnée une année précédente, peut valablement être engagée sur pied des articles 1382 et 1383 du Code civil, la faute *et le lien causal* devant être clairement établis par la partie demanderesse en responsabilité. Il nous semble que la *faute* est aisément établie, tout dirigeant normalement diligent et prudent qui gère une société qui « n'arrive pas à relever le nez » étant tenu de s'interroger, lors de chaque examen des comptes annuels avec l'assemblée générale, sur les mesures de redressement à prendre pour permettre la continuité de la société. Restera à la partie demanderesse à établir positivement le *lien causal* entre cette faute et son dommage.

La décision évoquée ci-après sous le n° 1413, prononcée le même jour par la même juridiction, est également intéressante sur cette question.

Enfin, on renvoie le lecteur intéressé par la procédure de la sonnette d'alarme à l'arrêt de la Cour de cassation du 24 mai 2018 publié ci-après sous le n° 1421.

être convoquée qu'une fois quand l'actif net est réduit à un montant inférieur à la moitié du capital social, puis une seconde fois si nécessaire quand cet actif net est réduit à un montant inférieur au quart du capital social. Voir *contra* : Gand (23^e ch.), 17 octobre 2001 (*J.D.S.C.*, 2004, n° 590, p. 274 et note M.A. DELVAUX intitulée « La perte de substance du capital social et la sonnette d'alarme : quelques considérations critiques relatives à l'arrêt de la Cour d'appel de Gand du 17 octobre 2001 », *DAOR*, 2002, liv. 63, p. 300 ; *R.D.C.*, 2002, liv. 9, p. 703) qui considère que les dirigeants doivent réunir une assemblée générale *spéciale* chaque année lorsqu'ils constatent, au moment de l'examen des comptes annuels, que l'actif net est inférieur à la moitié ou au quart du capital social ; Comm. Ypres, 21 octobre 2002, *R.W.*, 2003-2004, liv. 11, p. 432 ; *T.R.V.*, 2004, liv. 8, p. 730 et note, *J.D.S.C.*, 2006, n° 736, p. 145. Voir X. FOSSOUL intitulée « Observations sur l'article 103 des lois coordonnées sur les sociétés commerciales » parue dans X, *Liber amicorum, Commission Droit et Vie des Affaires, 40^{ème} Anniversaire (1957-1997)*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 571 et les références citées. À noter que l'ensemble de la contribution de X. FOSSOUL sur cette question mérite qu'on s'y arrête, et surtout les considérations critiques et propositions de réforme formulées (pp. 565 à 581).

21 Le Code précise notamment que le dirigeant dispose d'un délai de deux mois à compter du constat pour réunir une assemblée générale ; d'autre part, en SPRL et SCRL, la convocation doit être envoyée par lettre recommandée (sauf, en SPRL, si les destinataires ont, individuellement, expressément et par écrit, accepté de recevoir la convocation moyennant un autre moyen de communication) quinze jours avant l'assemblée (art. 268, § 1^{er}, al. 3 et 383 du Code des sociétés) ; en SA, voir le régime particulier de l'article 533 du Code des sociétés.