

6.3. L'article 633 du Code des Sociétés ou la procédure de la sonnette d'alarme

Bien connu et redouté, l'article 633 du Code des Sociétés mérite une attention particulière de la part des administrateurs de sociétés (anonymes) en raison notamment des implications en terme de responsabilité qu'il peut engendrer. Il a également son pendant pour les sociétés privées à responsabilité limitée (article 332 du Code des Sociétés) et les sociétés coopératives à responsabilité limitée (article 431 du Code des Sociétés). Voici un tour d'horizon ou un rappel des conditions d'application et des exigences formulées dans le cadre de la procédure de la sonnette d'alarme ...

1. l'article 633 du Code des Sociétés - des pertes du capital social

«Si, par suite de perte, l'actif net est réduit à un montant inférieur à la moitié du capital social, l'assemblée générale doit, sauf dispositions plus rigoureuses dans les statuts, être réunie dans un délai n'excédant pas deux mois à dater du moment où la perte a été constatée ou aurait dû l'être en vertu des obligations légales ou statutaires, en vue de délibérer, le cas échéant, dans les formes prescrites pour la modification des statuts, de la dissolution éventuelle de la société et éventuellement d'autres mesures annoncées dans l'ordre du jour.

Le conseil d'administration justifie ses propositions dans un rapport spécial tenu à la disposition des actionnaires au siège de la société quinze jours avant l'assemblée générale. 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. Ce rapport est annoncé dans l'ordre du jour. Une copie peut en être obtenue conformément à l'article 535.

Un exemplaire est également transmis sans délai aux personnes qui ont accompli les formalités requises par les statuts pour être admises à l'assemblée. L'absence du rapport prévu par l'alinéa 2 entraîne la nullité de la décision de l'assemblée générale.

Les mêmes règles sont observées si, par suite de perte, l'actif net est réduit à un montant inférieur au quart du capital social mais, en ce cas, la dissolution aura lieu si elle est approuvée par le quart des voix émises à l'assemblée. Lorsque l'assemblée générale n'a pas été convoquée conformément au présent article, le dommage subi par les tiers est, sauf preuve contraire, présumé résulter de cette absence de convocation».

2. Objectifs de la procédure

Cette procédure a pour objectifs de permettre à l'assemblée générale de protéger les intérêts des actionnaires mais permet également la protection des créanciers en décidant d'assainir la situation financière de la société ou en évitant son aggravation. En effet, dans le cadre de cet article, les actionnaires se prononceront sur une éventuelle dissolution de la société ou sur sa pérennisation via un plan de redressement proposés par les administrateurs et éventuellement amendés par eux. Quant aux créanciers, ils sont protégés par la présomption de lien de causalité mise en place: le dommage qu'ils ont subi est présumé résulter de l'absence de convocation par le conseil d'administration de l'assemblée générale appelée à se prononcer sur la poursuite ou non des activités de la société.

3. Champ d'application: la notion d'actif net et de capital social

La notion **d'actif net** n'est pas définie dans l'article 633 du Code des Sociétés mais il convient d'appliquer la formule de l'article 617 alinéa 2 du Code des Sociétés: L'actif net est égal au total de l'actif tel qu'il figure au bilan déduction faite des provisions et des dettes. Il s'agit en effet du montant des fonds propres de l'entreprise, soit le capital souscrit, les primes d'émission, les réserves, les plus-values de réévaluation, le bénéfice reporté et les subsides reçus en capital, sous déduction des pertes.

Le bilan sera établi dans une perspective de continuité puisque l'article 633 du Code des Sociétés ne suffit pas à lui seul pour conclure à la nécessité d'arrêter l'activité de la société à court terme. Cette constatation de la perte de la moitié du capital social ne vaut évidemment que si la comptabilité de la société est correctement établie et qu'elle reflète la réalité économique de la société. Dans la mesure où l'établissement des comptes relève de la compétence du conseil d'administration, les administrateurs verraient leur responsabilité engagée si les comptes de la société ne révélaient pas la perte de la moitié du capital social et donc la nécessité de convoquer une assemblée générale extraordinaire en raison d'erreurs de comptabilisation. Le juge détient un certain pouvoir d'intervention puisqu'il pourrait également, mais avec prudence, remettre en cause la comptabilité arrêtée par l'organe de gestion et même effectuer des corrections de la comptabilité, en se faisant assister d'un expert.

Le **capital social** quant à lui sera le «capital souscrit» au sens du droit des sociétés.

L'article 633 du Code des Sociétés étant une disposition impérative, il ne sera permis que de renforcer le seuil de convocation de l'assemblée générale dans les statuts (perte du tiers au lieu de la moitié du capital) et non de l'abaisser.

4. La procédure de la sonnette d'alarme

Dans les deux mois de la constatation sur base des critères comptables de la perte de la moitié du capital social mais également dans les deux mois suivant le moment où la perte aurait dû être constatée en vertu des obligations légales et statutaires, le conseil d'administration a l'obligation de convoquer une assemblée générale, laquelle sera appelée à statuer sur la dissolution éventuelle de la société et d'autres mesures annoncées dans l'ordre du jour.

Si l'actif net ne fait varier de manière peu significative en dessous et au dessus du seuil fixé par l'article 633 du Code des Sociétés, le conseil d'administration n'est pas tenu de convoquer une nouvelle assemblée générale. Il n'y sera tenu que dans la mesure où malgré les mesures prises, l'actif net continue à diminuer pour être inférieur au quart du capital social. Dans ce cas, la dissolution de la société pourra être décidée par l'assemblée générale si elle est approuvée par le quart des voix exprimées et non à la majorité des trois quarts des voix.

Le point de départ du délai de deux mois pourrait être soit, le jour de l'exécution d'une obligation légale ou statutaire: à savoir lors du bilan annuel, à l'occasion de l'état comptable semestriel à remettre au commissaire, des rapports au conseil d'entreprise, du rapport trimestriel des sociétés cotées en bourse, ou lors de tout événement de la vie de la société pour lequel le législateur requiert un état des actifs et des passifs, soit à l'occasion de la constatation de fait de la perte, en dehors de toute obligation.

5. Le rapport spécial du conseil d'administration

Le conseil d'administration est alors tenu de présenter un rapport spécial, annoncé dans l'ordre du jour de la convocation de l'assemblée générale, dans lequel il justifie de sa proposition de dissolution ou de poursuite des activités de la société. Dans ce dernier cas, le rapport devra contenir un exposé des mesures consistantes que le conseil d'administration envisage de prendre pour redresser la situation financière et les répercussions qu'il en attend. Ces mesures ne doivent pas nécessairement avoir un effet immédiat et faire échapper ainsi rapidement la société aux conditions de l'article 633 du Code des Sociétés. Une copie de ce rapport est adressée aux actionnaires nominatifs en même temps que la convocation. Le rapport sera par ailleurs déposé au siège social de la société quinze jours avant la tenue de l'assemblée générale.

Le rapport spécial ne doit répondre à aucune condition de forme ou de fond mais l'absence de rapport a pour conséquence la nullité des décisions qui seraient prises par l'assemblée générale.

L'ordre du jour doit reprendre la référence à l'article 633 du Code des Sociétés mais également faire mention de la possibilité offerte aux actionnaires de statuer sur la mise en dissolution de la société.

6. Et si l'assemblée générale décide de dissoudre la société alors que le conseil d'administration envisageait dans le rapport les seules mesures pour poursuivre l'activité?

Si le conseil d'administration propose des mesures en vue de la poursuite d'activité de la société, l'article 633 du Code des Sociétés ne lui impose ni de joindre un état de la situation active et passive de la société remontant à moins de trois mois, ni d'établir les rapports prévus dans le cadre de la mise en dissolution sur base de l'article 181 du Code des Sociétés. La doctrine est divisée. Sur ce point, l'IRE considère que si l'assemblée générale venait à statuer en faveur de la dissolution de la société, elle pourrait mandater le conseil d'administration afin qu'il établisse les rapports et fasse les démarches nécessaires afin de convoquer une nouvelle assemblée générale qui serait amenée à prendre la décision de dissolution de manière régulière. Cet avis n'est cependant pas partagé par bon nombre d'autres auteurs qui estiment que ces documents doivent être disponibles dès la première assemblée générale.

7. Sanctions et responsabilité

Le non-respect de la procédure de la sonnette d'alarme de l'article 633 du Code des Sociétés est relativement sévèrement sanctionné puisque cet article établit à charge des administrateurs, une présomption de lien de causalité entre l'absence de convocation de l'assemblée générale dans le délai et selon les formalités imposées et le dommage subi par le tiers. Une fois l'assemblée générale valablement convoquée par le conseil d'administration, celui-ci se trouve déchargé de sa responsabilité et n'est en aucun cas garant de la bonne tenue de l'assemblée générale.

En cas de mise en cause de la responsabilité des administrateurs et malgré la présomption de lien de causalité, le tiers est tenu de prouver la faute (soit l'infraction à l'article 633 du Code des Sociétés) et le dommage qu'il a subi (soit par exemple, une irrecouvrabilité voire une moins bonne recouvrabilité de sa créance du fait de l'aggravation du passif de la société depuis le jour où l'assemblée générale aurait dû se réunir pour statuer sur les mesures de redressement ou la dissolution).

La présomption reste réfragable et peut ainsi être renversée par les administrateurs qui tenteront de prouver que la détérioration de la situation financière de la société est due à une toute autre cause.

Cette présomption ne vaut pas pour les éventuels dommages subis par les associés ou la société elle-même, lesquels devront prouver le lien de causalité, soit qu'ils n'auraient subi aucun dommage si l'assemblée générale avait été convoquée conformément au prescrit légal.

Chaque administrateur étant individuellement responsable pourra échapper à sa responsabilité en démontrant qu'aucune faute ne peut lui reprochée.

La responsabilité peut cependant les rattraper par le biais de l'article 527 du Code des Sociétés prévoyant que les administrateurs sont responsables des fautes commises dans le cadre de leur gestion et notamment s'ils ont décidé de poursuivre une activité qui était manifestement déficitaire ...

Stéphanie Crahay
Conseillère juridique
AIHE REVUE n° 174 – avril-mai 2011