

Note

Conseil d'Etat et conseils d'administration irrégulièrement composés: la recevabilité en questionGauthier Parisis¹**I. LA DECISION**

Dans l'arrêt reproduit ci-dessus, le Conseil d'Etat reçoit l'occasion de se prononcer, à titre préliminaire, sur une question de droit des sociétés relativement rare mais digne d'intérêt: le pouvoir de gestion des conseils d'administration dont le nombre de membres est réduit en deçà du minimum légal.

Dans cette instance relative à la contestation d'une décision administrative de fermeture d'établissement, l'autorité défenderesse souleva une exception d'irrecevabilité fondée sur l'irrégularité de la décision d'agir en justice prise par la société exploitante. S'agissant d'une société anonyme, son conseil d'administration devait, en principe, compter un minimum de trois membres². Or, lors de la prise de la déci-

sion d'agir (et de mandater des avocats à cet effet), le conseil d'administration ne comptait plus que deux membres. Le troisième avait, en effet, démissionné lors d'une assemblée générale extraordinaire tenue un an et demi plus tôt sans être remplacé dans l'intervalle³.

Dans l'arrêt commenté, le Conseil d'Etat repousse l'exception d'irrecevabilité. Il considère que, dans la mesure où la décision de s'opposer à la fermeture de l'établissement relève de la catégorie des "actes urgents nécessaires à la sauvegarde des intérêts de la société", la validité de la décision ne peut être remise en cause au seul motif de la composition irrégulière du conseil d'administration dont elle émane.

II. CONSIDÉRATIONS INTRODUCTIVES**Rappel préliminaire**

Depuis la première directive⁴ et sa transposition en droit belge⁵, notre droit des sociétés distingue strictement pouvoir de gestion (ordre interne) et pouvoir de représentation (ordre externe). Dans les sociétés anonymes, le conseil d'administration, qui fonctionne de manière collégiale, est à la fois un organe de gestion, chargé de la prise des décisions de gestion, et à la fois un organe de représentation, chargé de la mise en œuvre de ces décisions envers les tiers. Contrairement au pouvoir de gestion, la faculté de représentation peut être déléguée à une ou plusieurs personnes déterminées de façon opposable aux tiers⁶.

Comme toute autre décision, la décision d'agir en justice appartient ainsi au conseil d'administration fonctionnant en collège et le conseil, dans son ensemble, est, en principe, investi de la représentation effective de la société en justice. Le plus souvent, il aura, cependant, été fait usage de la faculté de délégation de la représentation en justice. Une telle délégation peut être réalisée de façon ponctuelle, pour

une ou plusieurs affaires déterminées, au profit d'un avocat. A l'opposé, les statuts peuvent prévoir le principe de la délégation générale de la représentation en justice et ce, que ce soit de manière spécifique, ou bien, indirectement, en tant que composante de la délégation du pouvoir général de représentation de la société. En cas de délégation ponctuelle, les représentants agissent en justice en tant que mandataires spéciaux, tandis que, dans l'hypothèse d'une délégation statutaire, ils le feront en qualité d'organe de la société.

En termes d'interactions entre décision (pouvoir de gestion) et mise en œuvre de celle-ci (pouvoir de représentation), la pierre angulaire du système issu de la première directive est que le représentant dans l'ordre externe ne doit pas justifier d'une décision prise dans l'ordre interne si le pouvoir de représentation lui a été délégué statutairement. Dès lors, même en cas d'irrégularité ou d'absence de décision (ordre interne), la société contracte, le plus souvent, les droits et obligations découlant des actes auxquels elle a été valablement représentée (ordre externe).

¹ Assistant à l'UCL (CRIDES – Jean Renauld). Avocat au barreau de Bruxelles.

L'auteur remercie vivement le professeur Yves De Cordt pour sa précieuse relecture de la présente note.

² Art. 518, § 1, C.soc. Sur l'origine de cette disposition, voy. C. BERTSCH, C. STAUDT et P. KILESTE, "Le statut des administrateurs et des gérants" in *Guide juridique de l'entreprise*, 2^{ème} éd., Titre II, Livre 22.2, Diegem, Kluwer, 2005, p. 17 (note de bas de page n° 1).

³ L'énoncé de ces faits pose une question qui n'a pas été abordée dans l'arrêt et qui déborde le sujet de la présente note: l'obligation de principe pour un administrateur, dans de telles circonstances, de rester en fonction tant qu'il n'a pas été pourvu à son remplacement. A ce sujet, voy. notamment, B. TILLEMANN, *Bestuur van vennootschappen*, Brugge, die Keure, 2005, p. 393 (et les références citées par l'auteur).

⁴ Première directive 68/151/CEE du Conseil du 9 mars 1968, tendant à coordonner, pour les rendre équivalentes, les garanties qui sont exigées, dans les Etats membres, des sociétés au sens de l'art. 58, deuxième alinéa, du traité, pour protéger les intérêts tant des associés que des tiers, JO L. 65, 14 mars 1968, pp. 8-12 (en particulier, l'art. 9).

⁵ Loi du 6 mars 1973 modifiant la législation relative aux sociétés commerciales, MB 23 juin 1973, p. 7.681.

⁶ Art. 522, § 2, C.soc.

Mandat *ad litem*

Ces règles issues de la première directive se trouvent, en ce qui concerne la représentation en justice, quelque peu renforcées par le Code judiciaire. Ainsi, lorsque le pouvoir de représentation en justice est fondé sur un mandat attribué à un avocat, l'article 440, alinéa 2, du Code judiciaire est interprété comme présumant que cet avocat dispose effectivement du pouvoir de représenter la société identifiée (mandat *ad litem*)⁷. Dès lors, de la même manière qu'un représentant organique, l'avocat ne doit, en principe, pas justifier d'une décision du conseil d'administration prenant la résolution d'agir et le désignant, à cet effet, comme son représentant⁸.

En raison, d'une part, de l'autosuffisance du pouvoir statutaire de représentation organique et, d'autre part, de la présomption dont jouissent les avocats mandataires spéciaux⁹,

il est relativement rare que soit discutée, devant une juridiction judiciaire, la validité, dans l'ordre interne, d'une décision d'agir en justice.

Il en va autrement devant le Conseil d'Etat. Cela s'explique par le fait que ce dernier estime que l'article 440, alinéa 2, du Code judiciaire ne s'applique pas à l'action administrative d'une personne morale. Sa jurisprudence indique qu'en l'absence d'une délégation statutaire du pouvoir de représentation (en justice), une société intentant une action en annulation, doit fournir une délibération valable et prise dans les délais requis à l'appui de cette action¹⁰. C'est dans ces circonstances que le Conseil d'Etat a reçu l'opportunité d'analyser la validité d'une décision prise par un conseil d'administration comptant un nombre de membres inférieur au prescrit légal.

III. UNE DECISION PRATIQUE

Comme indiqué ci-dessus, dans l'arrêt commenté, le Conseil d'Etat considéra que la composition irrégulière du conseil d'administration ne devait pas empêcher la société d'agir, dans la mesure où s'opposer à la fermeture de l'établissement relevait de la catégorie des "actes urgents nécessaires à la sauvegarde des intérêts de la société".

La solution retenue par le Conseil d'Etat accorde, d'un point de vue pratique, une certaine souplesse aux sociétés dans la défense de leurs intérêts. La vie économique exige probablement que les sociétés ne puissent être paralysées par une irrégularité temporaire de composition de leur organe de gestion. A tout le moins, il est raisonnable de poser que celles-ci doivent pouvoir pourvoir à la défense conservatoire de leurs intérêts fondamentaux.

Cependant, toute souple qu'elle soit, il était loin d'être établi par avance que le Conseil d'Etat consacrerait cette solution étant donné sa jurisprudence sévère en matière de recevabilité. Si certaines décisions vont jusqu'à refuser l'action d'une personne morale du fait que la preuve de la convoca-

tion régulière de tous les administrateurs ne ressort pas du procès-verbal¹¹, la recevabilité d'une action décidée par un conseil dont la composition viole le prescrit du Code des sociétés n'était pas acquise.

La décision s'inscrit, par contre, dans la lignée d'une certaine jurisprudence judiciaire 'pré-première directive', soit datant d'une époque à laquelle ces juridictions vérifiaient – comme le fait encore parfois le Conseil d'Etat aujourd'hui – la validité de la décision d'agir. Dans une instance de 1963, la cour d'appel de Bruxelles avait adopté un raisonnement similaire au cas d'espèce. Cette affaire présentait un caractère encore plus particulier, en ce que, non seulement un administrateur décédé n'avait pas été remplacé, mais, en outre, le mandat des deux administrateurs restants était expiré¹². Cela n'avait pas empêché la cour d'avoir, comme en l'espèce, égard au fait qu'"il ne se concevrait pas qu'une société n'eût plus de représentants légaux qui puissent prendre en son nom toutes mesures conservatoires urgentes"¹³.

7. A ce sujet, voy. notamment, D. STERCKX, "Le mandat procédural de l'avocat", *JT* 1997, pp. 401 et s.

8. Sur l'extension de la présomption dont jouit l'avocat à la validité de la décision d'agir prise par la société, voy. A. DECROËS, "La représentation en justice des personnes morales et l'art. 440, alinéa 2, du Code judiciaire" (note sous Cass. 9 janvier 2007), *RPS* 2008, n° 1, pp. 79 et s.

9. Celle-ci portant également, selon la Cour de cassation, sur la validité de la décision d'agir, voy. note infrapaginale 8.

10. A ce sujet, voy., entre autres, H. LAGA, "De Raad van State en het annulatieberoep ingesteld door een handelsvennootschap", *TRV* 1998, pp. 173-181; C. CLOTTENS, "De (niet-)ontvankelijkheid van het annulatieberoep bij de Raad van State ingesteld lastens de gedelegeerd bestuurder van een NV", *TRV* 2006, 50-60; M. ERNOTTE, "Les exigences posées par le Conseil d'Etat en ce qui concerne la recevabilité d'un recours en annulation introduit par une société anonyme", *JDSC* 2006, pp. 62-67; R. JAFFERALLI, "L'auberge espagnole ou la représentation des sociétés devant le Conseil d'Etat", *CPDK* 2006, pp. 623 et s.; X. DIEUX et Y. DE CORDT, "Examen de jurisprudence. Les sociétés commerciales (1991-2005)", *RCJB* 2008, pp. 507-510, n° 43.

11. Voy. CE 16 février 2005, n° 140.740, *TRV* 2007, pp. 181-182 (note C. CLOTTENS).

12. Bruxelles 6 mai 1963, *RCJB* 1966, pp. 460-462, (note L. SIMONT).

13. *Idem*, p. 462.

IV. FONDEMENT JURIDIQUE

Aussi pratique que soit la solution qu'ils consacrent, ni l'arrêt commenté du Conseil d'Etat ni la décision de cour d'appel de Bruxelles de 1963 ne mentionnent expressément le fondement juridique de celle-ci. Tous deux se bornent, en fait, à souligner la nécessité de permettre l'action. La question est, dès lors, celle de savoir comment un conseil en nombre inférieur au prescrit légal a pu valablement engager la société dans une action en justice? Selon nous, il est peu probable que ce soit le résultat d'une stricte application de la théorie de l'organe: la délibération étant irrégulière, le conseil n'a pu valablement prendre la décision (ordre interne) et, les règles de représentation ne s'appliquant pas en l'espèce, ce n'est pas la régularité de la représentation qui a pu créer les droits dans le chef de la société (ordre externe). Dès lors, nous proposons de chercher une explication alternative dans l'institution civile de la gestion d'affaires¹⁴.

Théorie de l'organe

Comme rappelé ci-dessus, la société est un être moral qui agit par le truchement de ses organes, qu'ils soient de gestion ou de représentation¹⁵. La théorie de l'organe s'apparente fortement à celle du mandat, même si à la différence d'un mandataire qui agit 'au nom de', un organe exprime directement la volonté de la société.

Tout mandataire ne peut, en principe, générer des droits et obligations dans le chef de son mandant que dans les limites des pouvoirs que ce dernier a voulu lui attribuer. Il n'en va pas autrement pour le conseil d'administration qui ne peut lier la société que dans la limite des pouvoirs qui lui ont été dévolus par la loi ou les statuts.

Dans le cas qui nous occupe, la question peut être résumée comme suit: un conseil irrégulièrement composé a-t-il le pouvoir de prendre des décisions engageant la société en cas d'urgence? Si oui, sa décision engage la société. Si non – et c'est la thèse de l'autorité défenderesse dans l'arrêt commenté –, l'organe n'a pas pu engager la société dans l'action en justice et partant, l'exception d'irrecevabilité de son action doit être reçue.

Le cadre légal relatif à cette question est relativement clair et

sommaire. Le Code des sociétés prévoit, à l'égard des sociétés anonymes, la règle impérative de délibération du conseil d'administration¹⁶ et pose la condition que le nombre d'administrateurs invités à y prendre part doit au moins s'élever à trois¹⁷. La seule hypothèse où la délibération d'un conseil en pénurie de membres est légalement prévue est la décision de cooptation d'un ou plusieurs administrateurs afin de se remettre en conformité avec le minimum légal ou statutaire (ou la convocation d'une assemblée générale ayant le même but)¹⁸.

Il semble donc qu'un conseil d'administration composé de deux membres n'ait pas reçu le pouvoir de délibérer valablement sur autre chose que la cooptation d'un troisième administrateur. En dehors de cette hypothèse, il ne pourrait être question de décision valide de l'organe et par conséquent, les droits et obligations contractés par ce reliquat d'organe ne pourraient être automatiquement imputés à la société.

Dans son commentaire relatif à l'arrêt de la cour d'appel de Bruxelles de 1963 dont question *supra*, L. Simont démontre, sur la base des travaux préparatoires du prédécesseur de l'article 518 du Code des sociétés, que, lors de l'adoption de la règle des trois administrateurs, l'intention du législateur de 1873 n'avait pas été d'empêcher qu'une décision prise par un conseil composé de deux administrateurs puisse lier la société¹⁹. Le législateur avait seulement voulu prohiber l'organisation systématique et peu pratique d'une gestion mono- ou bicéphale des sociétés anonymes. De cette manière, l'arrêt de la cour d'appel de Bruxelles de 1963 apparaissait, en effet, justifiable, même sous l'angle de la théorie de l'organe.

Il nous semble incertain qu'on puisse aujourd'hui continuer à considérer que ce qu'interdit l'article 518, § 1^{er}, du Code des sociétés est l'organisation statutaire d'une gestion bicéphale, mais que n'est pas prohibée la gestion à deux au cas où un poste tomberait temporairement en vacance. En effet, la loi du 13 avril 1995 a, depuis lors, inséré l'article 518, alinéa 2, du Code des sociétés prévoyant la possibilité pour une société anonyme qui ne compte plus que deux actionnaires de n'avoir que deux administrateurs, et ce jusqu'à l'entrée d'un troisième actionnaire. La valeur ajou-

¹⁴ On notera que, dans le cas d'espèce, une ratification ultérieure de la décision d'agir était intervenue après qu'un troisième administrateur a été nommé. Elle n'est, cependant, d'aucun secours pour expliquer l'imputabilité de l'action à la société. En effet, celle-ci est survenue au-delà du délai légal de 60 jours dans lequel un recours en annulation devant le Conseil d'Etat doit être introduit. Voy., à ce sujet, J. VANANROYE, "De bekrachtiging van eenzijdige vertegenwoordigingshandelingen, in het bijzonder van de *actio mandati* ingesteld zonder beslissing van de AV" (note sous Cass. 15 février 2004), *TRV* pp. 35-50 (en particulier, le point n° 7).

¹⁵ Voy. art. 61, § 1, C.soc.

¹⁶ Art. 521 C.soc. Sur le principe de la collégialité, voy. notamment, B. TILLEMANS, *o.c.*, pp. 479 et s. et D. WILLERMAIN, "Le conseil d'administration: composition, fonctionnement et pouvoirs", *Le nouveau code de corporate governance*, Séminaire Vanham & Vanham, 4 juin 2009, pp. 32 et s.

¹⁷ Le nombre de trois administrateurs est un minimum et les statuts peuvent exiger un nombre supérieur. De même, pour les autres formes de sociétés pour lesquelles la loi ne fixe pas de minimum, les statuts peuvent parfaitement en prévoir un.

¹⁸ Voy. art. 519 C.soc. et B. TILLEMANS, *o.c.*, p. 514; "Le conseil d'administration" in *Le droit des sociétés aujourd'hui: principes, évolutions et perspectives*, Séminaire CJBB, 17 avril 2008, p. 261 ainsi que les références citées par l'auteur.

¹⁹ Voy. L. SIMONT, "Les administrateurs 'de facto' et les enseignements des droits anglais et américains" (note sous Bruxelles 6 mai 1963), *RCJB* 1966, 473-477.

tée de cette disposition s'avèrerait limitée si, dans l'esprit du législateur de 1995, l'article 518, alinéa 1, du Code des sociétés n'empêchait pas de gérer temporairement à deux une société anonyme²⁰. En outre, des voix s'élèvent aujourd'hui en doctrine pour affirmer le caractère obligatoire de la procédure de cooptation (ou la convocation d'une assemblée générale) à l'égard d'un conseil en pénurie de membres²¹, et pour soutenir qu'à défaut, les décisions que prendrait ce conseil seraient annulables²². Une telle position revient à exclure le principe de la gestion bicéphale, fût-elle temporaire.

En tout état de cause, il ne nous semble pas que le Conseil d'Etat et la cour d'appel de Bruxelles aient effectivement entendu justifier leur décision sur la base de la théorie de l'organe, sans quoi leur argumentation fondée sur la sauvegarde des intérêts fondamentaux de la société ne se serait sans doute pas avérée nécessaire.

Gestion d'affaires

Pour tenter de comprendre comment la société a pu être engagée dans une action en justice sans que – par hypothèse – son organe ait agi valablement et sans que les règles de représentation s'appliquent, il est utile de revenir sur la justification pratique retenue, à savoir que la décision d'ester en justice relevait de la catégorie des 'actes urgents nécessaires à la sauvegarde des intérêts de la société'.

Les rapports entre urgence et compétences peuvent prendre différentes formes. Ainsi, le Conseil d'Etat a déjà pu utiliser l'urgence afin de départager les compétences du conseil d'administration et du délégué à la gestion journalière²³. Sa formulation selon laquelle la gestion journalière comprend l'exécution des tâches courantes et la gestion des choses urgentes de menu intérêt a d'ailleurs été reprise récemment par la Cour de cassation²⁴. Qu'on ne s'y trompe pas, dans ces cas, l'urgence est utilisée comme critère de répartition de pouvoirs *existants*. A l'opposé, en l'espèce, le critère de l'urgence est adopté comme justification d'un pouvoir *inédit*, celui pour un conseil irrégulièrement composé de pren-

dre des décisions conservatoires qui engagent la société.

Cette apparition de l'urgence et de la sauvegarde d'intérêts fondamentaux comme critères du pouvoir d'agir tend à nous faire penser que l'explication la plus convaincante réside dans l'institution civile du quasi-contrat avec représentation visée aux articles 1371 et suivants du Code civil²⁵. Les deux administrateurs restants auraient agi conjointement sur la base du quasi-contrat de gestion d'affaires pour faire naître, dans le chef de la société, le droit d'agir en justice. C'est en tous les cas cette justification qui nous paraît être la plus proche de la motivation retenue par le Conseil d'Etat et du résultat auquel cette dernière mène.

La gestion d'affaires emporte substantiellement les mêmes effets que le mandat, institution sur laquelle est basée la théorie de l'organe. Cependant, à la différence du mandat, il n'existe pas de cadre contractuel ou légal préalable pour l'action du gérant, ce qui permet d'évacuer le problème de la délibération en nombre irrégulier qui empêche, en l'espèce, l'application de la théorie de l'organe. La gestion d'affaires constitue, en effet, une initiative individuelle qui ne peut être prise qu'à l'égard de mesures urgentes, nécessaires et de bonne administration. Or en l'espèce et pour rappel, le Conseil d'Etat fonde sa décision sur le fait que l'introduction de l'action en annulation relève de la catégorie des 'actes urgents nécessaires à la sauvegarde des intérêts de la société'.

La théorie de la gestion d'affaires comme base de la justification a aussi l'avantage de limiter la validité des délibérations en nombre inférieur au prescrit légal. Seuls seraient admis les actes nécessaires pris dans l'urgence dans l'intérêt de la société et non l'intégralité des actes, ce qui serait le cas si la justification de la décision devait être trouvée dans la théorie de l'organe.

Enfin, bien que la gestion d'affaires soit en droit civil purement volontaire, son application en droit des sociétés nous semble parfaitement s'inscrire dans la logique du devoir de loyauté pesant sur les administrateurs dont elle pourrait être une manifestation.

²⁰. Cette vision du législateur de 1995 semble confirmée par l'historique de l'adoption de l'actuel art. 518, al. 2, C.soc. (voy., en particulier, Rapport fait au nom de la commission spéciale, Projet de loi modifiant les lois sur les sociétés commerciales, coordonnées le 30 novembre 1935, *Doc.parl.* Sénat, sess. ord. 1993-94, n° 1806/2, pp. 84-91). Initialement, il était seulement proposé de modifier les lois coordonnées sur les sociétés commerciales de manière à permettre la nomination de deux administrateurs lorsque la société était constituée par deux fondateurs (*Doc.parl.* Chambre repr., sess. ord. 1993-94, n° 1005/3, p. 2). Mais, ensuite, lors de la discussion au Sénat, il fut décidé de prévoir également cette possibilité au cas où, en cours d'existence, la société viendrait à ne plus compter que deux actionnaires. Si la proposition initiale peut se lire comme autorisant l'organisation systématique d'une gestion bicéphale (ce qui était interdit auparavant), force est de constater que l'amendement suivant, lui, n'aurait eu aucun intérêt si, dans l'esprit du législateur de 1995, le régime antérieur permettait déjà la gestion temporaire par deux administrateurs (Rapport, *o.c.*, pp. 86-87). Les travaux préparatoires mentionnent d'ailleurs expressément que "[c]e qui n'est plus interdit, c'est de laisser fonctionner avec deux administrateurs une SA" (Rapport, *o.c.*, p. 85).

²¹. B. TILLEMANS, *o.c.*, 2005, p. 169.

²². En ce sens, B. TILLEMANS, *o.c.*, 2005, p. 133.

²³. Voy., p. ex., CE 12 décembre 2005, n° 152.522, disponible sur www.raadvst-consetat.be (16 décembre 2009), lequel stipule que "dat onder 'handelingen of verrichtingen betreffende het dagelijks bestuur van de vennootschap' moet worden verstaan die welke door het dagelijks leven van de vennootschap vereist worden of die welke zowel wegens hun gering belang als wegens noodzakelijkheid van een snelle oplossing de tussenkomst van de raad van bestuur zelf niet rechtvaardigen".

²⁴. Cass. 26 février 2009, RG F070043F, disponible sur www.cass.be (16 décembre 2009). Pour un commentaire, voy., entre autres, C. CLOTTENS, "De omvang van het dagelijks bestuur van de NV bij vertegenwoordiging in rechte" (note sous Cass. 26 février 2009), *TRV* 2009, pp. 444 et s.

²⁵. Sur cette institution, voy., entre autres, P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, vol. 2, 3^{ème} éd., pp. 383 et s.

V. CONCLUSION

Dans l'arrêt commenté, le Conseil d'Etat se prononce sur la recevabilité d'une action en annulation introduite par une société anonyme dont le conseil d'administration ne compte plus que deux membres. En l'espèce, les règles de représentation, y compris celles du mandat *ad litem*, n'étaient pas susceptibles de couvrir l'irrégularité.

Le Conseil d'Etat admet, malgré tout, l'action au motif qu'il y va d'un acte urgent, nécessaire à la sauvegarde d'intérêts fondamentaux de la société. Cette solution pratique est à saluer en ce qu'elle assouplit quelque peu la jurisprudence stricte du Conseil d'Etat en matière de recevabilité des actions.

La présente note pose que, en droit, cette solution – aussi pratique soit-elle – n'est pas justifiable sur la base de la théorie de l'organe. Elle propose, en revanche, de trouver la source de l'engagement valable de la société dans l'action administrative, dans la théorie de la gestion d'affaires. Les conditions de la gestion d'affaires sont proches des motifs retenus par le Conseil d'Etat, tandis que ses effets sont à même d'aboutir au résultat d'espèce. Elle permet, en outre, de limiter la création de droits et obligations dans le chef d'une société par un conseil irrégulièrement composé aux cas les plus impérieux. Enfin, la gestion d'affaires semble parfaitement s'inscrire dans la logique du devoir de loyauté des administrateurs.