

## RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

La société peut-elle introduire une actio mandati sans l'avoir préalablement décidé en assemblée générale?

Delvaux, Marie-Amelie

*Published in:*

Jurisprudence en droit des sociétés commerciales-recueil annuel (JDSC)

*Publication date:*

2013

*Document Version*

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

*Citation for published version (HARVARD):*

Delvaux, M-A 2013, 'La société peut-elle introduire une actio mandati sans l'avoir préalablement décidé en assemblée générale? note sous Gand (7ème ch.), 31 janvier 2011', *Jurisprudence en droit des sociétés commerciales-recueil annuel (JDSC)*, pp. 140-143.

### General rights

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

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

### Take down policy

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

## 330. La décision d'introduire une action sociale

N° 1091. – Gand (7<sup>e</sup> ch.), 31 janvier 2011<sup>1</sup>

*Présentation:* L'assemblée générale qui n'a pas décidé l'introduction d'une action en responsabilité contre ses dirigeants peut-elle régulariser la situation «après coup», à savoir après l'introduction de la procédure en justice?  
Cet arrêt répond par l'affirmative.

*Sommaire:* Une *actio mandati* qui est introduite au nom de la société agissant par le biais de son organe de représentation compétent est irrecevable lorsque l'assemblée générale ne l'a pas décidée.  
Le fait que la société agisse en justice par un conseil, qui est censé, en vertu de l'article 440 C. jud., représenter valablement la société, ne change rien à cette exigence formelle de recevabilité.  
Dans la mesure où le délai de prescription n'a pas expiré, l'assemblée générale peut bel et bien confirmer cet acte de procédure dans le courant de la procédure, avec effet rétroactif, l'action devenant alors recevable.

*Parties:* V.M. c. BIOMAST SPRL

*Cette décision n'est pas publiée dans le présent ouvrage.*

Voir également, dans le même sens, Gand (7<sup>e</sup> ch.), 12 septembre 2011, mentionné ci-après sous le n° 1092.

## OBSERVATIONS

*La société peut-elle introduire une actio mandati sans l'avoir préalablement décidé en assemblée générale?*

Hors l'hypothèse de l'action minoritaire<sup>2</sup>, c'est l'assemblée générale qui décide d'introduire une action en responsabilité contre ses *administrateurs* et *gérants*<sup>3 4</sup> (dite «*actio mandati*»); compétente pour accorder la décharge, elle est, en effet, également exclusivement compétente pour décider de l'introduction de l'action sociale.

L'organe de représentation de la société doit donc disposer, au préalable, de la décision de l'assemblée générale d'introduire l'*actio mandati*<sup>5</sup>. Les articles 289 (SPRL), 415 (SCRL) et

1091.–1. Cette décision a été publiée en néerlandais dans *T.R.V.*, 2012, liv. 2, p. 141 et note X.

2. Articles 290 et 291 (SPRL), 416 et 417 (SCRL) et 562 à 567 (SA) du Code des sociétés.

3. Cass., 1<sup>re</sup> ch., 25 septembre 2003, *D.A.O.R.*, 2003, liv. 67, p. 44 et note; *T.R.V.*, 2004, liv. 1, p. 35 et note J. VANANROYE, *J.D.S.C.*, 2005, n° 660, p. 153 et obs. C. BERTSCH; S. GILCART, «Action sociale contre un administrateur de société anonyme: décision préalable de l'assemblée générale», *R.D.C.*, 2005, p. 385.

4. Ainsi que contre les *anciens* dirigeants: «*Le Tribunal est d'avis qu'il n'y a aucune raison d'opérer une distinction entre une action sociale qui a été intentée contre un administrateur/gérant et celle intentée contre un ex-administrateur/gérant*» (Comm. Hasselt (1<sup>re</sup> ch.), 8 mars 2000, *T.R.V.*, 2000, p. 184 et *J.D.S.C.*, 2001, n° 31, p. 191 et note M.A. DELVAUX)

5. Anvers, 1<sup>er</sup> mars 1999, *T.R.V.*, 2000, p. 181 et *D.A.O.R.*, 2000, n° 54, p. 126.

561 (SA) précisent que la demande ne peut être introduite qu'*après* la décision de l'assemblée générale; en l'absence d'une telle décision, la société (*via* ses représentants légaux, les administrateurs ou gérants) ne dispose pas de la *qualité* nécessaire au sens de l'article 17 du Code judiciaire pour introduire l'action sociale.

En restreignant leur pouvoir de représentation, les articles 289, 415 et 561 du Code des sociétés constituent dès lors une limitation légale à la compétence du conseil d'administration et des gérants. Cette limitation du pouvoir de représentation de l'organe «*est non seulement opposable aux tiers, mais peut également être invoquée par ceux-ci à l'encontre de la société*»<sup>6</sup>.

Dans un arrêt du 25 septembre 2003<sup>7</sup>, la Cour de cassation a confirmé que lorsqu'elle n'a pas fait l'objet d'une décision de l'assemblée générale, l'action sociale dirigée contre l'administrateur d'une société au nom de la société peut être rejetée à la demande de cet administrateur, même si elle a été portée devant le tribunal à l'intervention d'un organe compétent.

Ce régime de l'action sociale diffère de l'action en responsabilité contre les *fondateurs* qui peut être introduite par la société sans passer par le préalable d'une décision de l'assemblée générale<sup>8</sup>.

La décision de l'assemblée générale de mettre en cause la responsabilité de ses dirigeants doit en principe intervenir *avant* l'introduction de la demande en justice<sup>9</sup>; elle est exigée *même dans les sociétés familiales*<sup>10</sup>.

Par contre, lorsque c'est le curateur ou le liquidateur<sup>11</sup> qui introduit l'*actio mandati*, aucune délibération préalable de l'assemblée générale n'est requise.

L'exigence d'une décision préalable de l'assemblée générale ne met pas en doute le mandat *ad litem* du conseil de la société (article 440 du Code judiciaire) mais impose, pour que l'action soit *recevable*, de vérifier que l'organe compétent, à savoir l'assemblée générale, a décidé *expressément* qu'une action sera introduite.

Une question demeure controversée en doctrine et en jurisprudence: *si l'assemblée générale n'a pas décidé d'introduire une actio mandati et qu'une procédure judiciaire est introduite, l'irrégularité peut-elle être corrigée par la ratification ultérieure de la procédure par l'assemblée?*

Nous avons toujours soutenu que non, mais notre rigueur n'est que faiblement partagée par les auteurs et les juridictions de terrain, comme en témoigne d'ailleurs l'arrêt gantois commenté.

6. S. GILCART, «Action sociale contre un administrateur de société anonyme: décision préalable de l'assemblée générale», note sous Cass. (1<sup>re</sup> ch.), 25 septembre 2003, *R.D.C.*, 2005, p. 386. L'auteur rappelle que les limites *statutaires* aux pouvoirs des organes ayant qualité pour représenter la société n'ont par contre qu'une portée interne et ne peuvent être opposées aux tiers ou invoquées par eux.

7. Cass., 25 septembre 2003, *R.D.C.*, 2005, p. 382.

8. Liège (7<sup>e</sup> ch.), 21 juin 2007, *J.L.M.B.*, 2009, liv. 7, p. 292, *Rev. prat. soc.*, 2009, liv. 2, p. 240, *J.D.S.C.*, 2010, n° 947, p. 91.

9. Voir notamment Comm. Hasselt (1<sup>re</sup> ch.), 8 mars 2000, *J.D.S.C.*, 2001, n° 314, p. 191 et obs. M.A. DELVAUX et *T.R.V.*, 2000, p. 184.

10. Comm. Hasselt, 3<sup>e</sup> ch., 27 mars 2000, *T.R.V.*, 2000, p. 186 et la note de B. VAN BRUYSTEGEM qui suit cette décision, intitulée «Over de bekrachtiging van een *actio mandati*», pp. 188 et s.

11. Ou en cas d'inaction du liquidateur, par un créancier de la société dans le cadre de l'action oblique (article 1166 du Code civil); voyez une illustration ci-après, sous le n° 1095: Gand (7<sup>e</sup> ch.), 28 février 2011.

Ces positions antagonistes semblent traduire en réalité deux optiques distinctes: analyse-t-on le problème au regard du *droit judiciaire* ou du *droit des sociétés*?

Au regard du droit judiciaire qui, contrairement à ce que soutient la Cour d'appel de Gand, nous semble primer, s'agissant en l'espèce des conditions pour saisir valablement une juridiction commerciale de l'examen de la responsabilité civile des dirigeants à l'égard de la société, c'est au jour de l'introduction de demande en justice que s'apprécie l'*intérêt* et la *qualité* requis pour agir, une modification ou une ratification ultérieure ne pouvant faire obstacle à l'irrecevabilité de la demande.

En l'espèce, c'est la *qualité* qui nous intéresse, à savoir le pouvoir en vertu duquel une personne exerce l'action en justice.

Généralement, le demandeur en justice agit pour défendre son propre droit subjectif, mais il arrive que le demandeur défende les droits d'un tiers; il lui appartient alors de prouver qu'il a le pouvoir d'agir au nom de ce dernier. Relativement à l'action en responsabilité intentée par la société contre son dirigeant, et mise en œuvre concrètement par l'organe «exécutif» de la société (organe de représentation), ce dernier met en œuvre les droits de la société tels qu'exprimés par l'assemblée générale.

Si le demandeur ne présente pas la qualité pour agir au moment de l'introduction de la procédure, mais qu'il l'acquiert en cours de procédure, sa demande demeure *irrecevable*. Le défaut de qualité est, en effet, une *fin de non-recevoir* et les conditions de la demande s'apprécient au jour de son introduction. Le demandeur peut cependant introduire ultérieurement une nouvelle procédure si, dans l'intervalle, il a obtenu la qualité pour agir.

Une entorse pourrait être introduite, comme l'a fait le tribunal de commerce d'Hasselt<sup>12</sup>, au regard de l'*urgence* de la procédure: la décision préalable de l'assemblée générale pourrait être «by-passée» en cas d'extrême urgence, *quod non* dans l'espèce tranchée. Il en serait notamment ainsi lorsqu'on se rend compte que le délai quinquennal de prescription de l'action contre les dirigeants est pratiquement atteint de sorte qu'il faut introduire d'urgence la procédure judiciaire sans être en mesure de réunir une assemblée générale extraordinaire avec les délais de convocation requis.

De nombreux auteurs, suivis par diverses juridictions, adoptent une position plus souple que la nôtre et acceptent la ratification de l'action par l'assemblée générale *après* son introduction en justice, au regard du droit des sociétés et au motif qu'une ratification a un *effet rétroactif*<sup>13</sup>.

C'est dans ce sens que va l'arrêt de la cour d'appel de Gand commenté, conforme à la jurisprudence de cette Cour<sup>14</sup>: «*La question de savoir si l'action d'une société est ou non recevable quand elle a été introduite sans décision préalable s'y rapportant, est une question qui relève du droit des sociétés et non du droit judiciaire. C'est, par conséquent, à tort que l'appelant invoque un défaut de qualité (cf. art. 17 C. jud.) dans le cas où la décision préalable n'a été prise par l'assemblée générale*». La Cour considère que l'assemblée peut valider *a posteriori* et en connaissance de cause l'action introduite pourtant hors sa décision, et rendre celle-ci recevable, à condition que l'instance ne soit pas encore clôturée, en ces termes: «*Le droit des sociétés reconnaît la ratification ultérieure par l'organe compétent d'un acte juridique unilatéral qui, à l'origine, a été posé sans en avoir le pouvoir*».

12. Comm. Hasselt (1<sup>re</sup> ch.), 8 mars 2000, *J.D.S.C.*, 2001, n° 314, p. 191 et obs. M.A. DELVAUX et T.R.V., 2000, p. 184.

13. Voir M.-C. ERNOTTE, obs. sous Gand (7<sup>e</sup> ch. bis), 6 mars 2006, *J.D.S.C.*, 2009, n° 894, pp. 144 à 146 et les références citées. L'auteur se fonde sur le principe général de l'effet rétroactif de la ratification par le mandant.

14. Gand (7<sup>e</sup> ch. bis), 6 mars 2006, *D.A.O.R.*, 2008/88, p. 333, *J.D.S.C.*, 2009, n° 894, p. 141 et obs. M.-C. ERNOTTE.

L'évolution actuelle du droit judiciaire va peut-être, dans un avenir proche ou lointain, rapprocher ces deux tendances (ou plutôt faire primer la seconde!). En effet, le principe d'*économie de procédure* qui se développe depuis une dizaine d'années, dans le souci plus large d'assurer la célérité de la procédure judiciaire, implique qu'on doit éviter au demandeur de multiplier les procédures, coûteuses tant pour lui que pour les caisses de l'Etat, chronophages et parfois «bêtement» administratives. L'idée est de tirer un maximum de profit de la demande déjà introduite en justice, et d'éviter de contraindre le demandeur à en introduire une nouvelle. La sanction rigoureuse de l'irrecevabilité de la demande en justice pourrait être revue dans ce contexte, si une régularisation peut intervenir en cours de procédure, ce qui serait le cas si l'assemblée générale ratifie *a posteriori* l'*actio mandati* introduite par la société sans sa décision préalable. La demande originellement irrecevable le deviendrait ainsi «en cours de route».

### 330. La décision d'introduire une action sociale

*N° 1092. – Gand (7<sup>e</sup> ch.), 12 septembre 2011<sup>1</sup>*

*Présentation:* L'assemblée générale qui n'a pas décidé l'introduction d'une action en responsabilité contre ses dirigeants peut-elle régulariser la situation «après coup», à savoir après l'introduction de la procédure en justice?  
L'arrêt annoté répond par l'affirmative.

*Sommaire:* Une *actio mandati* qui n'a pas été décidée par l'assemblée générale peut être aussi confirmée après que l'action a été introduite en justice. La confirmation a un effet rétroactif jusqu'au moment où l'acte a été introduit, à condition qu'elle ait été faite par l'organe compétent, dans les délais de prescription initiaux et avant qu'un jugement ait été rendu sur la recevabilité de l'action.

*Parties:* S.L. et Maite Jeans Store SA c. H.M. et S.A.

*Cette décision n'est pas publiée dans le présent ouvrage.*

Voir également, dans le même sens, Gand (7<sup>e</sup> ch.), 31 janvier 2011 publié ci-avant sous le n° 1091.

<sup>1</sup>1092.–1. Cette décision a été publiée en néerlandais dans *T.R.V.*, 2012, liv. 2, p. 137, note X.