

Texte pseudonymisé

**Avertissement:** Ce document pseudonymisé a une valeur purement informative. Le document original seul fait foi.

Arrêt N° 92/23 – VII – CIV

**Audience publique du vingt-et-un juin deux mille vingt-trois**

Numéro CAL-2022-00941 du rôle

Composition:

Jean ENGELS, président de chambre ;  
Nadine WALCH, conseiller ;  
Françoise SCHANEN, conseiller ;  
André WEBER, greffier.

E n t r e :

**la société anonyme SOCIETE1.),** établie et ayant son siège social à L-ADRESSE1.), inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro NUMERO1.), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

partie appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Véronique REYTER d'Esch/Alzette du 7 septembre 2022,

comparant par la société à responsabilité limitée ETUDE NOESEN, établie et ayant son siège social à L-1475 Luxembourg, 1, Plateau du Saint Esprit, inscrite à la liste V du Tableau de l'Ordre des avocats du barreau de Luxembourg, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro B 251614, représentée aux fins de la présente procédure par Maître Jean-Paul NOESEN, avocat à la Cour, demeurant professionnellement à la même adresse,

e t :

**PERSONNE1.),** demeurant à L-ADRESSE2.),

partie intimée aux fins du susdit exploit REYTER du 7 septembre 2022,

comparant par Maître Monique WIRION, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

---

### LA COUR D'APPEL :

Saisi par la société anonyme SOCIETE1.), entreprise d'achat et de vente de véhicules, d'une demande dirigée contre PERSONNE1.) pour le paiement d'une facture du 7 novembre 2016 portant sur la vente d'une voiture de la marque BMW X6, le tribunal d'arrondissement de Luxembourg a, par jugement contradictoire du 13 juillet 2022, déclaré l'assignation du 12 novembre 2021 irrecevable au motif que le conseil d'administration de la société SOCIETE1.) n'était pas régulièrement composé suite au décès de l'administrateur-délégué PERSONNE2.), survenu le 20 juillet 2018 et qu'il n'a pas été pourvu à son remplacement en vue de compléter le conseil d'administration.

Il s'ajouterait que les mandats des deux autres administrateurs seraient venus à expiration au mois de décembre 2019.

Par acte d'huissier du justice du 7 septembre 2022, la société SOCIETE1.) a régulièrement formé appel contre ce jugement non signifié.

#### **Quant au moyen tiré de l'irrecevabilité de l'assignation**

PERSONNE1.) soulève à titre principal la nullité, sinon l'irrecevabilité de l'assignation introductive au motif que le conseil d'administration, composé statutairement et suivant procès-verbal du 18 décembre 2013, de trois personnes, à savoir de PERSONNE2.), administrateur-délégué, de PERSONNE3.), son épouse, et de PERSONNE4.), ami de longue date de la famille, administrateurs, n'aurait plus d'existence depuis que l'administrateur-délégué PERSONNE2.) était décédé le 20 juillet 2018 et n'aurait pas été remplacé et que les mandats des deux autres administrateurs auraient expiré en décembre 2019 et n'auraient pas été renouvelés.

Depuis le mois de décembre 2019 jusqu'à l'heure actuelle, et notamment le 12 novembre 2021, jour de l'introduction de l'assignation, il n'y aurait plus de conseil d'administration en fonctions pour représenter la société, tel que prescrit par les articles 441-1 et 441-2 de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales (ci-après la loi de 1915).

L'assignation de la société SOCIETE1.) serait de ce chef nul et de nul effet, sinon irrecevable.

La société SOCIETE1.) expose que les actions de feu PERSONNE2.) feraient partie de la succession ouverte entre son épouse PERSONNE3.), ses six enfants, dont les deux sœurs jumelles qu'il a eues avec sa partenaire PERSONNE1.) et ses cousins.

Aussi longtemps que les partages et liquidations de la communauté et de la succession, ne seraient pas prononcés et les actions de la société attribuées à qui de droit, aucune assemblée générale en vue de la désignation d'un nouvel administrateur au poste devenu vacant, ne pourrait être convoquée.

Une cooptation d'un administrateur provisoire par les deux administrateurs restés en place n'aurait pas été réalisable, faute de candidats au vu des pressions exercées par PERSONNE3.).

La société SOCIETE1.) conclut que la composition incomplète de son conseil d'administration ne comporterait aucune sanction légale et ne causerait aucun préjudice à PERSONNE1.). La composition partiellement incomplète ne devrait pas profiter à un débiteur récalcitrant pour se soustraire au paiement de sa dette.

Il s'ajouterait en l'occurrence que cette situation de blocage serait même partiellement causée par PERSONNE3.), intervenant en sa qualité de mère des deux enfants communs, dans les opérations de liquidation de la succession.

En ce qui concerne l'écoulement de la durée du mandat de PERSONNE3.) et de PERSONNE4.) depuis le mois de décembre 2019, la société SOCIETE1.) considère que les administrateurs en leur qualité de mandataire de la société pourraient et devraient prendre toutes les décisions nécessaires pour sauvegarder les intérêts de la société même après la cessation de leur mandat, aussi longtemps qu'il n'aura pas été pourvu à leur remplacement.

La société rappelle ensuite que selon les dispositions des articles 5 et 6 des statuts « *Le conseil d'administration ne peut délibérer et statuer valablement que si la majorité de ses membres est présente ou représentée* » et que « *La société se trouve valablement engagée en toutes circonstances par la signature conjointe de deux administrateurs ou par la seule signature de l'administrateur-délégué* », pour conclure que le conseil d'administration, même incomplet, aurait pu engager cette procédure vu que les deux administrateurs PERSONNE3.) et PERSONNE4.), qui auraient continué leur mandat, auraient adopté la décision suivant le quorum et la majorité requis.

Il s'ajouterait que même si PERSONNE2.) avait encore été en vie, il aurait dû s'abstenir de prendre part au vote vu que la partie débitrice de la société était sa partenaire de vie. La décision aurait dès lors été prise par les mêmes personnes que celles qui l'ont prise actuellement.

En dehors de toute sanction prévue par la loi, une société dont le conseil d'administration ne comporte que deux membres, mais qui serait apte à fonctionner, pourrait agir dans l'intérêt de la société en recouvrement d'une créance.

## Appréciation de la Cour

Il résulte de l'extrait du Registre de commerce et des sociétés du 18 décembre 2013 que PERSONNE2.) a été nommé administrateur-délégué, PERSONNE3.), son épouse, et PERSONNE4.), ami de longue date, administrateurs de la société SOCIETE1.) pour une durée de six ans, jusqu'à l'assemblée générale qui devait se tenir au mois de décembre 2019.

PERSONNE2.) est décédé subitement en date du 20 juillet 2018, sans que les deux administrateurs en place, dont le mandat n'avaient pas encore pris fin à cette époque, aient pourvu à son remplacement.

Aucune assemblée générale n'a ensuite été tenue au mois de décembre 2019, de sorte que les mandats des deux administrateurs PERSONNE3.) et PERSONNE4.) n'ont pas été renouvelés.

L'article 441-5 de la loi de 1915 dispose que les exploits pour ou contre une société anonyme sont valablement faits au nom de la société seule.

L'absence d'indication de l'organe représentant la société ni par voie de conséquence, l'indication d'un organe représentatif erroné ou non opérationnel de cette société n'entraînent la nullité de l'acte d'assignation ou d'appel.

L'acte de procédure doit permettre, au défendeur de connaître avec certitude la personne morale qui l'assigne en justice. L'indication de l'identité de la personne physique représentant la personne morale n'est pas requise, l'adversaire se trouve en mesure de vérifier non seulement le pouvoir de l'organe, mais aussi celui de la personne, et de soulever ainsi la nullité pour irrégularité au fond (cf. Cour 12 février 1998, Pas. 30, p.435).

L'acte d'assignation de la société SOCIETE1.) signifié par exploit de l'huissier de justice du 12 novembre 2021 n'est pas nul étant donné qu'il est satisfait d'un point de vue formel aux dispositions de l'article 441-5 de la loi de 1915, vu que la société SOCIETE1.) a donné assignation à PERSONNE1.) et était, à cette fin, « *représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions* ».

Dans le cas d'espèce, la situation est particulière en ce sens, que sur les trois administrateurs du conseil d'administration, l'administrateur-délégué est décédé le 20 juillet 2018, sans avoir été remplacé par les deux administrateurs restants dont les mandats ont expiré au mois de décembre 2019, de sorte que, du point de vue des statuts, la société, ne dispose plus de conseil d'administration.

En ce qui concerne la composition du conseil d'administration, les articles 441-1 et 441-2 de la loi 1915 prévoient que les sociétés sont administrées par des

mandataires à temps et que ces mandataires « doivent être au nombre de trois au moins ».

C'est en effet le conseil d'administration qui est l'organe de gestion de la société et non pas les administrateurs pris individuellement ; seul le collège des administrateurs gère la société.

A ce titre, il y a lieu de distinguer entre la gestion interne de la société et sa représentation externe, notamment en justice.

Les décisions de gestion qui doivent être prises par les sociétés, sont soit de nature essentiellement internes, soit nécessitent pour être exécutées l'accomplissement d'actes qui mettent la société en relation avec des tiers en créant à leur égard des droits et des obligations. Ces décisions ont donc tant un effet interne qu'un effet externe. Du point de vue interne, elles sont un acte de gestion. Du point de vue externe, elles nécessitent un acte de représentation. Leur validité en tant qu'acte de gestion est une chose ; leur validité en tant qu'acte de représentation en est une autre. La validité des décisions de gestion doit être analysée de ce double point de vue avec pour conséquence de procéder à la dissociation des fonctions de gestion et de représentation de la société. Il convient de décider comment et par qui les décisions de la société sont prises dans les relations internes d'une part et comment cette prise de décision doit se manifester vers le monde extérieur d'autre part. En d'autres termes, il convient de décider comment et sous quelles conditions la société en tant que personne morale est engagée. Cette question a trait au pouvoir de représentation de la société (cf. : Jean-Pierre Winandy, Manuel de droit des sociétés; édition 2008, pages 404 et 405).

D'un autre côté, la durée des mandats des administrateurs est destinée à protéger les actionnaires et l'assemblée générale vis-à-vis de la puissance des administrateurs. Conçu comme protection devant jouer à l'intérieur de la société, la limitation n'a pas d'effet vis-à-vis des tiers. A l'égard de ceux-ci, le mandat de l'administrateur perdure au-delà de la durée légale de six ans tant que l'administrateur n'a pas déposé et publié sa démission. L'arrivée du terme du mandat ne décharge pas l'administrateur. Les administrateurs d'une société anonyme sont, d'un autre côté, les mandataires de la société et sont soumis en tant que tel, aux règles régissant le mandat prévus aux articles 1991 al.2 et 2010 du Code civil qui sont une application du principe général, que, malgré la cessation du mandat, les administrateurs peuvent et doivent prendre toutes les décisions et mesures nécessaires ou commandées par les circonstances en vue de sauvegarder tous les intérêts du mandant, soit de la société (Winandy, Manuel de droit des sociétés, éd 2019, p. 581-583, Cour 5 novembre 2003, BIJ, 2004, n°2. p.33 ; Cour 26 avril 2017 arrêt n°77/17-VII-REF) .

Le remplacement d'un administrateur peut être fait par cooptation par les administrateurs encore en place (art. L-442-2 de la loi de 1915) ou bien se faire par voie judiciaire en faisant nommer un administrateur provisoire ou un administrateur *ad hoc* avec mission de convoquer une assemblée générale.

La faculté de la cooptation peut en effet être exercée dans tous les cas de vacance, quelle qu'en soit la cause. Il n'est pas nécessaire qu'il y ait urgence, les administrateurs et les commissaires apprécieront si la bonne marche des affaires exige qu'ils fassent usage de cette faculté prévue par la loi.

PERSONNE3.) et PERSONNE4.) auraient dès lors pu nommer un troisième administrateur provisoire qui aurait terminé le mandat de PERSONNE2.).

Les administrateurs restants en place ne sont obligés de recourir à la cooptation que dans un seul cas : si, par la suite de la vacance, le nombre des administrateurs est devenu inférieur au minimum légal (trois). La même procédure s'applique lorsque plusieurs places d'administrateurs deviennent vacantes (J. Van Ryn, Principes de droit commercial, T I, p.383-384, éd 1954).

PERSONNE3.) et PERSONNE4.) auraient dès lors pu et dû nommer un troisième administrateur provisoire qui aurait terminé le mandat de PERSONNE2.).

Il ne doit en effet pas être perdu de vue que la représentation de la société doit toujours être assurée par le nombre minimum légal ou statutaire des administrateurs. A défaut pour le conseil d'administration de réunir le nombre minimum légal ou statutaire, les administrateurs en place ont l'obligation de pourvoir le plus rapidement possible au remplacement du/des membres sortants en convoquant soit le conseil général, soit l'assemblée générale (Charles Resteau, Traité des sociétés anonymes, éd 1982, n°826, p. 86).

Les pièces versées par la mandataire d'PERSONNE1.) renseignent que le conseil d'administration était composé jusqu'au 18 décembre 2019 par l'administrateur-délégué PERSONNE2.), PERSONNE3.) et PERSONNE4.).

PERSONNE2.) est décédé en date du 20 juillet 2018. Le mandat des deux autres administrateurs a expiré au mois de décembre 2019.

En l'occurrence, même en appliquant les règles générales du mandat et de décider que les deux administrateurs PERSONNE3.) et PERSONNE4.) continueraient leur mandat dans l'intérêt de la société jusqu'à ce qu'il soit pourvu à leur remplacement, il n'en reste pas moins, que même dans cette hypothèse, le conseil d'administration de la société SOCIETE1.) n'est pas composé par le nombre minimum légal, obligatoire, d'au moins trois personnes et il se trouve ainsi dans l'impossibilité d'agir.

Seules les personnes habilitées à représenter une personne morale peuvent intenter une action en justice au nom de celle-ci.

Il est dès lors sans conséquence que la décision d'assigner PERSONNE1.) en justice aux fins de paiement de la facture du 16 novembre 2017 aurait été votée par les deux mêmes personnes qui l'ont actuellement prise, puisque la question ne relève pas du quorum et de la majorité au sein du conseil d'administration et il ne s'agit pas d'apprécier si le « conseil d'administration » actuellement en place agit légitimement

pour sauvegarder les intérêts de la société, mais il va de la représentation de la société envers les tiers et en justice et de sa capacité d'agir.

C'est dès lors par une motivation que la Cour adopte que le tribunal a retenu dans le jugement que « *La société anonyme SOCIETE1.) ne disposant plus que de deux administrateurs, indépendamment du fait de savoir si leur mandat est encore valable ou non, celle-ci ne dispose pas d'un conseil d'administration (...).*

Le jugement est dès lors à confirmer en ce qu'il a déclaré l'assignation non pas nulle, mais irrecevable.

- Quant à l'indemnité de procédure

Dans ses conclusions notifiées le 31 janvier 2023, PERSONNE1.) sollicite la condamnation de la société SOCIETE1.) à lui payer une indemnité de procédure de 5.000,- euros.

L'application de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile relève du pouvoir discrétionnaire du juge (cf. Cour de cassation 2 juillet 2015, n° 60/15, JTL 2015 et n° 42, page 166).

Il serait inéquitable de laisser à sa seule charge toutes les sommes exposées et non comprises dans les dépens pour assurer sa défense en instance d'appel, il y a lieu de lui allouer sur base l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile, la somme de 2.000,- euros pour l'instance d'appel.

**PAR CES MOTIFS :**

la Cour d'appel, septième chambre, siégeant en matière civile, statuant contradictoirement,

reçoit l'appel;

le dit non fondé ;

confirme le jugement entrepris,

condamne la société anonyme SOCIETE1.) à payer à PERSONNE1.) une indemnité de procédure de 2.000,- euros pour l'instance d'appel ;

condamne la société anonyme SOCIETE1.) aux frais et dépens de la présente instance et ordonne la distraction au profit de la Maître Monique WIRION, qui la demande, affirmant en avoir fait l'avance.