

NE_GERICHTE CDP.2024.246 vom 9. Oktober 2024

NE Tribunal cantonal, 2024-10-09, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ne_gerichte_CDP.2024.246

FR: NE_GERICHTE CDP.2024.246 du 9 octobre 2024

IT: NE_GERICHTE CDP.2024.246 del 9 ottobre 2024

Erwägungen

E. 9

février 2018, les sociétés H. _____ Sàrl d'une part et C. _____ SA d'autre part ont souscrit à l'augmentation du capital-actions de Y. _____ SA à hauteur respectivement de 2'800'000 et 200'000 francs, présentant en même temps une attestation de leur ayant-droit économique. C. Plusieurs procédures judiciaires ont été engagées, parmi lesquelles (1) une requête du 23 janvier 2018 de X. _____ SA tendant à la fixation d'une assemblée générale de Y. _____ SA, (2) une requête de mesures provisionnelles déposée par X. _____ SA contre Y. _____ SA, E. _____, I. _____ et F. _____ tendant à prononcer une interdiction visant les administrateurs relative à l'augmentation du capital-actions et (3) une action de X. _____ SA contre Y. _____ SA tendant à la validation d'un blocage au registre du commerce obtenu sur la base de l'article 162 ORC. Ce blocage avait en effet été prononcé le 8 février 2018 par le préposé au registre du commerce sur demande de X. _____ SA, qui se voyait impartir un délai au 15 février 2018 pour agir par la voie judiciaire en validation de ce blocage. D. Le 19 février 2018, Y. _____ SA a présenté au Tribunal régional des Montagnes et du Val-de-Ruz une réquisition de faillite sans poursuite préalable. Le juge de la faillite a rejeté cette requête par décision du 20 février 2018, en retenant que les conditions de l'article 725 al.2 CO n'étaient manifestement pas remplies et que même si une situation de surendettement existait, cela ne signifierait encore pas que le juge doive immédiatement prononcer la faillite. Cette décision n'a, à la connaissance de la Cour d'appel, pas fait l'objet d'un recours. E. Par décision du 23 février 2018, le juge du tribunal civil a tranché les trois procédures précitées et rendu le dispositif suivant : « 1. Joint les causes PSOM.2018.5, MPROV.2018.11 et MPROV.2018.14. 2. Rejette la requête en validation du blocage du 15 février 2018. 3. Dit que le blocage au registre du commerce est maintenu jusqu'à et y compris le lendemain du jour d'entrée en force du ch. 2 du dispositif de la présente décision. 4. Dit que la requête en interdiction du 12 février 2018 est dépourvue d'objet et au surplus mal fondée. 5. Dit que l'assemblée générale des actionnaires de Y. _____ SA se tiendra le 15 mars 2018 dans les locaux de Y. _____ SA, avec un ordre du jour incluant au moins les points suivants : [...] et dit que l'assemblée sera présidée par le président du conseil d'administration de Y. _____ SA ou, à défaut, par un membre du conseil d'administration de Y. _____ SA, qui sera désigné par tirage au sort. 6 à 9. [...] » Le premier juge a notamment examiné, s'agissant de l'action en validation du blocage obtenu au registre du commerce, si X. _____ SA avait rendu vraisemblable que l'action au fond envisagée avait des chances de succès. A ce titre, il a constaté que la nullité des décisions, tant de l'assemblée générale de la SA que de son conseil d'administration (art. 714 CO) revêtait un caractère exceptionnel qui faisait ici défaut. On ne pouvait dire, au vu du dossier, que les décisions en cause correspondaient à une suppression du droit préférentiel de souscription de X. _____ SA, consacré par la loi, les statuts et la décision de l'assemblée générale du 16

novembre 2017. Y. _____ SA avait en effet admis l'exercice de ce droit mais considéré que ses conditions d'exercice n'étaient pas conformes à la loi, à mesure que le montant correspondant à l'augmentation de capital à laquelle il était souscrit se trouvait en mains du notaire et non sur le compte de consignation de la société et que l'ayant droit économique avait été désigné mais sans signature de ce dernier. Or même si cette position pouvait être qualifiée de formaliste, elle ne violait pas gravement une disposition de droit impératif du droit de la société anonyme. X. _____ SA perdait en effet de vue que son versement devait intervenir sur un compte à disposition exclusive de la société, exigence découlant de la loi elle-même (art. 652c CO) et que ne respecte pas le compte « clients » du notaire. Elle soutenait donc à tort, dans son courrier du 1^{er} février 2018, que le conseil d'administration devait mettre en œuvre l'augmentation du capital-actions puis que la libération de son apport interviendrait. En l'espèce, la double condition d'avoir versé l'argent sur un compte bloqué et que ce montant soit à la libre disposition de la société n'avait pas été remplie. Preuve en était l'ordre de non-paiement à Y. _____ SA que X. _____ SA avait pu donner le 26 janvier 2018, alors même que le notaire, détenteur de la somme, avait indiqué le 25 janvier 2018 vouloir la transférer sur un tel compte bloqué à la disposition exclusive de la société. La demande relative à la communication de l'identité de l'ayant-droit économique telle que formulée par le conseil d'administration pouvait « être discutée, voire sembler discutable », mais elle ne violait pas non plus gravement un droit impératif. Par ailleurs, Y. _____ SA avait mis X. _____ SA en demeure de façon « on ne peut plus claire », y compris sur les conséquences d'une inexécution de sa part, soit le recours à des investisseurs tiers et X. _____ SA avait ensuite indiqué le 1^{er} février 2018 – soit avant l'expiration du délai - ne pas vouloir procéder au versement sur un compte bloqué à la libre disposition de la société, ce qui autorisait le conseil d'administration à écarter la souscription le même 1^{er} février 2018. Une action en nullité de la décision du conseil d'administration n'avait donc pas de chances de succès. Ceci valait d'autant plus que la suppression d'un droit préférentiel de souscription par le conseil d'administration, sur la base d'une délégation valable de l'assemblée générale, ne pouvait être annulée et que seule une action en responsabilité des administrateurs selon les articles 722 et 754 ss CO entrait en ligne de compte. Tel devait a fortiori être le cas lorsque la décision en cause concernait l'exercice d'un droit de souscription préférentiel et non sa suppression, laquelle relève clairement des compétences du conseil d'administration au regard de l'article 650 al.1 in fine CO. La requête en validation du blocage du 15 février 2018 devait dès lors être rejetée. La requête du 12 février 2018 en interdiction visant les administrateurs relative à l'augmentation du capital-actions était dépourvu d'objet dès lors que Y. _____ SA avait pris des décisions relatives à l'augmentation du capital-actions, y compris en requérant l'inscription de celle-ci au registre du commerce, rendant une interdiction vaine. Du reste, cette requête était mal fondée pour les mêmes motifs que celle tendant à la validation du blocage au registre du commerce, les faits allégués étant les mêmes et les chances de succès d'une action en nullité dirigées contre les décisions visées par le demande d'interdiction n'étant pas démontrées. F. Le 8 mars 2018, X. _____ SA appelle de la décision précitée en concluant comme suit : « A. De façon provisionnelle au stade du présent appel I. La mesure de blocage obtenue le 8 février 2018 par X. _____ SA est maintenue. II. Le chiffre 3 de la décision du 23 février 2018 prévoyant que le blocage au Registre du commerce est maintenu jusqu'à et y compris le lendemain du jour de l'entrée en force du chiffre 2 du dispositif de la présente décision est confirmée. III. Le blocage au Registre du commerce est maintenu jusqu'à [et] y compris le lendemain du jour d'entrée en force

jusqu'à décision de la Cour d'appel civile sur le fond. IV. L'effet suspensif du chiffre 3 de la décision du 23 février 2018 est confirmé, respectivement octroyé. B. Principalement V. Dire que l'appel est recevable. VI. Le requête en validation de blocage du 15 février 2018 présentée par X. _____ SA est admise. VII. Dire que le blocage au Registre du commerce est maintenu. VIII. Le chiffre 4 de la décision du 23 février 2018 est annulé. IX. Les chiffres 6 à 8 de la décision du 23 février 2018 sont annulés, les frais de la cause étant mis à charge de Y. _____ SA, des dépens étant octroyés à dire de justice à X. _____ SA. X. Pour le surplus, la décision du 23 février 2018 est confirmée. C. En tout état de cause XI. Sous suite de frais et dépens. » Après un long exposé du contexte factuel dans lequel s'inscrit la décision du 23 février 2018, l'appelante souligne que les contradictions qu'elle relève dans cette décision « reflète le manque de vision globale du Juge de première instance sur cette affaire ». A ce titre, l'appelante dit ne pas voir « à quoi bon il y a lieu de tenir cette assemblée générale (i.e. celle du 15 mars 2018) avec un tel ordre du jour, dès lors que cette même décision rejette la requête en validation du blocage au registre du commerce et celle déposée le 12 février 2018 tendant à faire interdiction aux membres du conseil d'administration de Y. _____ SA de prendre quelque décision que ce soit s'agissant de cette augmentation de capital-actions, la souscription de l'actionnaire majoritaire étant ainsi de facto écartée au profit d'un tiers ». L'appelante considère que le premier juge aurait dû examiner les deux souscriptions, la première de 1'800'000 francs et la deuxième de 1'200'000 francs de manière différenciée, les conditions auxquelles elles étaient soumises étant différentes. En effet, la première souscription a été validée par courrier de Y. _____ SA à X. _____ SA du 12 janvier 2018 et ne pouvait dès lors pas être rejeté ensuite, en bloc, avec la seconde souscription. Par ailleurs, il y avait contradiction à admettre le blocage au registre du commerce le 15 février 2018 en précisant qu'une nouvelle assemblée générale pourrait être tenue et décider d'un nouveau délai pour exécuter une augmentation de capital, puis à lever le blocage et ordonner la tenue d'une assemblée générale avec l'ordre du jour tel que décidé. De manière plus technique, l'appelante soulève des violations des articles 652b, 700 et 717 CO ainsi que des articles 2 al.1 et 2 CC et 52 CPC, qui interdisent l'abus de droit. L'appelante précise vouloir contester l'augmentation de capital décidé le 16 novembre 2017, pour en faire reconnaître la nullité, action dont le juge aurait dû examiner les chances de succès et non pas se limiter à examiner celles d'obtenir la constatation de la nullité des décisions d'exécution de cette augmentation. Or l'assemblée générale du 16 novembre 2018, convoquée dans l'heure, a eu lieu sans le représentant de X. _____ SA qui n'a pu se libérer à si brève échéance. Les vices de convocation de cette assemblée générale entraînent la nullité des décisions qu'elle a prises, ce d'autant plus que E. _____ a abusé des pouvoirs qui lui avait été conférés par procuration. L'appelante soutient ensuite avoir valablement souscrit à l'augmentation de capital, puis libéré tout aussi valablement le capital, soulignant qu'il fallait « examiner le pourquoi de la non-libération auprès de la banque et [...] en second lieu si le versement en mains du notaire désigné par Y. _____ SA ne d[evait] pas être assimilé à une libération bancaire ». A ce titre, le montant correspondant à l'augmentation de capital a été versé « sur un compte bancaire fonds clients du notaire, soumis à OAR, appartenant ainsi à Y. _____ SA et non pas au notaire », le compte ayant en outre été désigné par Y. _____ SA. L'exigence légale devait dès lors être considérée comme remplie, d'autant plus qu'« un montant à libre disposition du conseil d'administration actuel seul ne permet[tait] pas d'avoir de certitudes quant au fait que les administrateurs ne tiendront pas des comportements irréguliers comme le relèvent les commentateurs. C'est ainsi au vu du

« climat délétère qui règne au sein de Y. _____SA » et pour prévenir « les risques à voire (sic) le CA actuel faire un mauvais usage de ses fonds en commençant à se payer les salaires pharaoniques qu'ils s'octroyaient en détriment des employés par exemple » que X. _____SA « a tenu à garder une ultime soupape de sécurité ». Finalement, l'appelante s'insurge contre les conditions supplémentaires que Y. _____SA entendait lui imposer pour qu'elle souscrive à l'augmentation de capital, de même qu'elle dénonce l'abus de droit dont elle est victime. En effet, selon elle, Y. _____SA n'use de l'instrument de l'augmentation de son capital-actions que pour l'évincer et faire entrer des tiers comme actionnaires. G. Le dépôt de l'appel du 8 mars 2018 avait été précédé d'un mémoire préventif introduit le 26 février 2018 pour contrer une « éventuelle requête d'effet suspensif » que solliciterait X. _____SA à la décision du 23 février 2018.

Y. _____SA s'est encore exprimée à ce sujet le 13 mars 2018. Par décision sur requête d'effet suspensif du 14 mars 2018, la juge instructeur de la Cour d'appel civile a accordé l'effet suspensif au chiffre 2 du dispositif de la décision du 23 février 2018, au sens des considérants. Elle a précisé que la décision querellée réglait déjà le sort du blocage durant la procédure d'appel, en indiquant expressément que le blocage litigieux serait maintenu durant celle-ci et que par surabondance, le blocage constituait l'objet du litige qu'il convenait de maintenir en l'état jusqu'à l'arrêt sur appel, la levée du blocage permettant sinon d'inscrire dans l'intervalle au registre du commerce l'augmentation de capital sur laquelle porte le blocage. La juge instructeur constatait dans la même décision que, l'intimée renonçant à une réponse à appel, l'échange d'écritures était clos et que la cause serait tranchée sur pièces et sans débats, sous réserve du droit de réplique inconditionnel, les déterminations sur l'effet suspensif contenant déjà des arguments relevant d'une réponse à appel. H. Dans une procédure parallèle, Y. _____SA a déposé le 6 mars 2018 un appel contre la décision du 23 février 2018, en ce qui concerne l'ordre qui lui était donné de tenir une assemblée générale le 15 mars 2018, assorti d'une demande d'effet suspensif. Cet appel a été retiré le 9 mars 2018 et la procédure classée par ordonnance du 13 mars 2018. I. Le

E. 14

mars 2018 également, la juge instructeur a rejeté la requête de mesures superprovisionnelles déposée le 13 mars 2018 par X. _____SA en lien avec la tenue le 15 mars 2018 de l'assemblée générale de Y. _____SA et des modalités de celles-ci. Elle a notifié cette requête pour le volet provisionnel à Y. _____SA, sans toutefois encore fixer de délai de réponse, X. _____SA étant invitée à l'informer du maintien ou non de sa requête après le 15 mars 2018, la compétence de la Cour d'appel civile à statuer sur la requête étant au demeurant douteuse. Le

E. 16

mars 2018, Y. _____SA a déposé des « observations préalables sans préjudice du droit d'être entendu à exercer », en lien avec la requête déposée par X. _____SA le 13 mars 2018. Par courrier du 19 mars 2018, X. _____SA a retiré sa requête de mesures superprovisionnelles du 13 mars 2018 – en réalité sa requête de mesures provisionnelles, les mesures superprovisionnelles ayant été rejetées par décision du 14 mars 2018. J. Le

E. 19

mars 2018, X. _____SA a introduit une requête de nova tendant à ce que les pièces 101 à 110, ainsi que les moyens et allégués qu'elle formulait soit admis à la procédure et que la production du registre des actionnaires du 1^{er} mars 2018 et intégrant les tiers

C. _____ SA et H. _____ Sàrl soit ordonnée. Vu le sort qu'il convient de réserver à l'appel et à la requête de novas, il est renoncé à transmettre cette écriture à l'intimée, la communication en étant faite avec le présent arrêt. C O N S I D E R A N T 1. Interjeté dans les formes et délai légaux, l'appel déposé le 8 mars 2018 contre la décision du tribunal civil du 23 février 2018 est recevable. 2. Dans le cadre de la procédure d'appel, l'appelante a déposé, le 13 mars 2018 une requête de mesures superprovisionnelles et provisionnelles. Elle a été traitée, par un rejet le 14 mars 2018, du point de vue superprovisionnel. A mesure que ses conclusions concernaient plusieurs modalités de l'assemblée générale de Y. _____ SA tenue le 15 mars 2018, cette requête est devenue sans objet, pour ce qui concerne le volet provisionnel. Il convient de le constater, l'appelante l'ayant du reste retirée le 19 mars 2018. 3. Le 19 mars 2018, l'appelante a sollicité l'admission de novas, constitués tant de faits que de moyens de preuve nouveaux. Sans même avoir à examiner si cette requête respecterait l'article 317 CPC, ce qui est a priori le cas en tant que ces novas se rattachent à des événements postérieurs à la décision querellée, il faut constater que les faits et moyens de preuve nouveau ont trait à l'assemblée générale de Y. _____ SA du 15 mars 2018 et aux supposées irrégularités de cette assemblée et nullement aux questions tranchées dans la décision du 23 février 2018 qui sont encore litigieuses au stade de l'appel, soit le blocage au registre du commerce et l'interdiction que X. _____ SA veut voir prononcée à l'encontre des membres du conseil d'administration de Y. _____ SA. La requête de novas ne peut donc qu'être rejetée dans le cadre de la présente procédure d'appel, sans préjudice bien sûr de contestations liées à cette assemblée générale, au sens des articles 706 ss CO par exemple. Par ailleurs, la Cour de céans ne méconnaît pas l'importance de la cause et l'enjeu qu'elle représente pour les parties. Cela ne change toutefois rien au fait que la question à trancher à ce stade ne justifie pas de nouvel échange d'écriture ni la tenue d'une audience, la Cour disposant de tous les éléments pour trancher sur la base du dossier. Au demeurant, la focalisation de l'appelante sur des faits postérieurs à ceux qui sont déterminants pour juger des chances de succès de la validation du blocage au registre du commerce qu'elle sollicite, faits censés démontrer l'abus de droit commis par Y. _____ SA, se rattachent à un contexte de fait connu et au combat « sans merci » pour reprendre les termes du premier juge, mais ne sont nullement déterminants pour apprécier la question centrale qui se résume, on le verra, à l'examen de l'article 633 CO . Cela ne signifie bien sûr pas que la Cour écarte les irrégularités qui auraient été commises dans la tenue de l'assemblée générale ordonnée par le premier juge, mais ces irrégularités ne sont pas l'objet de la présente procédure. 4. Dans les considérations générales de son appel, l'appelante se plaint d'une contradiction à laquelle conduit – dans son résultat – la décision querellée. En effet, tenir l'assemblée générale de la société avec un ordre du jour tel qu'imposé par le juge (qui comprend notamment une « décision d'augmentation du capital-actions de Y. _____ SA de 3 millions de francs pour le porter à 9 millions de francs ») n'aurait pas de sens puisque le sort réservé aux deux autres requêtes tranchées par la même décision (blocage au registre du commerce et interdiction signifiée aux membres du Conseil d'administration) implique de facto que la souscription de l'actionnaire majoritaire est écarté au profit d'un tiers. Tout d'abord, l'assemblée générale s'étant tenue le 15 mars 2018, on ne voit pas quel argument on pourrait tirer de cette prétendue contradiction, d'autant plus que la décision du 23 février 2018, avec la précision qu'elle apportait au chiffre 3 de son dispositif, réglait en réalité la question de l'actionnariat autorisé à participer à cette assemblée générale, lors de laquelle, par voie de conséquence, l'appelante ne se trouvait nullement encore diluée. Par ailleurs, la position de celle-ci est

elle-même contradictoire lorsqu'elle se plaint de la tenue d'une assemblée générale qu'elle sollicite depuis des semaines et au renvoi de laquelle elle s'est encore opposée dans sa prise de position du 12 mars 2018 au sujet de l'effet suspensif revendiqué par Y. _____ SA à son appel du 6 mars 2018 – retiré par fax du 9 mars 2018. L'appelante y précisait notamment : « Il est donc impératif au vu de l'ensemble des éléments portés à votre connaissance que l'Assemblée générale, ordonnée par le Tribunal des Montagnes et du Val-de-Ruz, puisse effectivement se tenir le 15 mars 2018 conformément à l'ordre du jour mentionné dans la décision du 23 février 2018 ». La question de savoir si l'assemblée générale du 15 mars 2018 s'est tenue de manière régulière est autre et ne relève pas de la présente procédure d'appel, pas plus que n'en relève la question de savoir si le délai de l'article 650 al.3 CO a en définitive été respecté. Toujours en lien avec des considérations générales, l'appelante fait erreur lorsqu'elle reproche au premier juge d'avoir rendu le 23 février 2018 une décision qui va à l'encontre de celle qu'il a rendue le 15 février 2018. On relèvera que la décision de blocage du 15 février 2018 est une décision de nature superprovisionnelle et que celle du 23 février 2018 correspond à la phase provisionnelle, après un examen sous l'angle de la vraisemblance mais après avoir aménagé le droit d'être entendu des parties. Il s'agit donc d'un examen plus approfondi et il est dans l'ordre des choses qu'une décision superprovisionnelle, prise pour sauvegarder en toute urgence une situation donnée, puisse être rapportée une fois les éléments en fait et en droit examinés de manière plus complète. Y voir une contradiction de principe reviendrait à imposer un automatisme de confirmation, au stade provisionnel, de mesures superprovisionnelles prises sans réel examen du dossier et sur la seule base des allégations de la partie requérante. 5. La seule question que pose en réalité la procédure soumise à la Cour d'appel civile est celle de savoir si l'une et/ou l'autre des requêtes de mesures provisionnelles auraient dû être admises ou non. Le premier juge les a rejetées, en se fondant sur l'absence de chances de succès de la procédure au fond, en lien avec les droits allégués et la protection immédiate qui en était demandée par l'appelante. C'est ce qu'il convient de vérifier en appel, en commençant par le blocage au registre du commerce - dont l'appelante demande la validation par le biais de mesures provisionnelles des articles 261 ss CPC, conformément à l'article 162 al.3 let. a CPC -, qui impliquerait, pour être maintenu, que la décision de la société d'écarter l'appelante de l'augmentation de capital et de lui préférer des investisseurs tiers, non titulaires de droits préférentiels de souscription, ait quelques chances de pouvoir être remise en cause par l'appelante dans une procédure au fond, ce que le premier juge a nié, pour en tirer ensuite des conséquences en matière d'interdiction des membres du conseil d'administration. 6. a) Selon l'art. 261 CPC, le tribunal ordonne les mesures provisionnelles nécessaires lorsque le requérant rend vraisemblable, d'une part, qu'une prétention dont il est titulaire est l'objet d'une atteinte ou risque de l'être (al. 1 let. a) et, d'autre part, que cette atteinte risque de lui causer un préjudice difficilement réparable (al. 1 let. b). Pour examiner la réalisation de ces conditions, le juge se fonde sur des éléments de preuve immédiatement disponibles et se limite à un examen sommaire de la question de droit. Les exigences de preuve sont réduites et le juge peut se contenter de la vraisemblance des faits pertinents (arrêt du TF du 09.12.2008 [4A_420/2008] cons. 2.3 et les références citées ; ATF 131 III 473 cons. 2.3 et les références citées). Un fait ou un droit est rendu vraisemblable lorsque, au terme d'un examen sommaire, sur la base d'éléments objectifs, ce fait ou ce droit est rendu probable, sans pour autant qu'il faille exclure la possibilité que les faits aient pu se dérouler autrement ou que la situation juridique se présente différemment (Bohnet, Code de procédure civile commenté, n. 4 ad art. 261 CPC et les références citées).

« Celui qui requiert des mesures provisionnelles doit rendre vraisemblable qu'une prétention dont il est titulaire est l'objet d'une atteinte - ou risque de l'être - et qu'il s'expose de ce fait à un préjudice difficilement réparable (art. 261 al. 1 CPC). Le requérant doit ainsi avant tout rendre vraisemblable que le droit matériel invoqué existe et que le procès a des chances de succès, faute de quoi la requête doit être rejetée, sans qu'il soit nécessaire de passer à l'examen des conditions inscrites à l'art. 261 al. 1 let. a et b CPC » (arrêt du Tribunal fédéral du 15.09.2016, 5A_1016/2015, cons. 5.3 et les références citées). « Plus une mesure atteint de manière incisive la partie citée, plus il convient de fixer de hautes exigences quant à l'existence des faits pertinents et au fondement juridique de la prétention. Tel est en particulier le cas des mesures d'exécution anticipée provisoires lorsqu'elles sont susceptibles d'avoir un effet définitif, le litige étant alors privé d'intérêt au-delà du stade des mesures provisionnelles. Ces exigences élevées ne portent pas seulement sur la vraisemblance comme mesure de la preuve requise, mais également sur l'ensemble des conditions d'octroi de la mesure provisionnelle, en particulier sur l'appréciation de l'issue du litige au fond et sur celle des inconvénients que la décision incidente pourrait créer à chacune des deux parties » (arrêt du Tribunal fédéral du 03.01.2012, 4A_611/2011, cons. 4.1 et la référence citée à l'ATF 131 III 472).

b) Selon l'article 650 al. 1 CO, l'augmentation du capital-actions de la société anonyme est décidée par l'assemblée générale ; elle doit être exécutée par le conseil d'administration dans les trois mois. La décision de l'assemblée générale doit être constatée par acte authentique et mentionner différentes informations, en particulier le montant nominal total de l'augmentation et le montant des apports qui doivent être effectués à ce titre (art. 650 al. 2 ch. 1 CO) et toute limitation ou suppression du droit de souscription préférentiel ainsi que le sort des droits de souscription préférentiels non exercés ou supprimés (art. 650 al. 2 ch. 8 CO). Au titre du droit de souscription préférentiel, l'article 652b CO prévoit que tout actionnaire a droit à la part des actions nouvellement émises qui correspond à sa participation antérieure (al.1). La décision prise par l'assemblée générale d'augmenter le capital-actions ne peut supprimer le droit de souscription préférentiel que pour de justes motifs. Par ailleurs, nul ne doit être avantagé ou désavantagé de manière non fondée par la suppression du droit de souscription préférentiel (al. 2). On peut voir dans cette dernière précision l'expression du principe d'égalité entre actionnaires que le conseil d'administration doit respecter (art. 717 al.2 CO qui précise que les membres du conseil d'administration doivent traiter de la même manière les actionnaires qui se trouvent dans la même situation). Selon l'article 652c CO, sauf disposition contraire de la loi (celles qui visent en particulier l'augmentation de capital au moyen de fonds propres de l'article 652d CO), les règles sur la fondation s'appliquent à la libération des apports. L'article 633 CO, figurant dans les dispositions sur la fondation de la société anonyme, prévoit, pour la libération des apports en espèces que ceux-ci « doivent être déposés auprès d'un établissement soumis à la loi fédérale du 8 novembre 1934 sur les banques et les caisses d'épargne et être tenus à la disposition exclusive de la société » (al. 1). Cet établissement ne remet cette somme qu'après l'inscription de la société au registre du commerce (al. 2). Les actionnaires qui ne libèrent pas leurs actions en temps utile doivent des intérêts moratoires (art. 681 al. 1 CO). Le conseil d'administration peut déclarer en outre qu'ils sont déchus des droits résultats de leur souscription et que leurs versements sont acquis à la société, et émettre des actions nouvelles en lieu et place de celles qui ont été ainsi annulées (art. 681 al. 2 CO). L'intervention d'une banque exigée par l'article 633 al. 1 CO permet d'assurer un certain contrôle sur le processus pour qu'à un certain moment les fonds indiqués dans les statuts comme étant la part de capital-actions libérée soient

véritablement à disposition exclusive de la société. En revanche, l'intervention de la banque ne permet pas d'avoir de certitudes quant au fait que les fondateurs et administrateurs ne tiendront pas des comportements irréguliers (Lombardini/Clemetson , Commentaire romand, CO II, n. 2 ad art. 633 CO). Les sommes servant à la constitution du capital-actions libéré doivent être versées sur un compte ouvert dans les livres de la banque choisie au nom de la société en constitution. Elles ne doivent pas être versées au nom des fondateurs, mais ce sont les fondateurs qui interviennent pour demander l'ouverture du compte (Lombardini/Clemetson , op. cit., n.6 ad art. 633 CO). Le respect de l'article 633 al.1 CO joue un rôle fondamental dans le droit de la société anonyme. En effet, selon le Tribunal fédéral, « [l]'un des principes les plus importants du droit de la société anonyme est la protection du capital, qui s'exprime notamment lors de la fondation et de l'augmentation de capital en ce sens que le capital propre de la société qui est mentionné dans les statuts et inscrit au registre du commerce est aussi mis effectivement à la disposition des participants à la vie économique dans son intégralité » (ATF 132 III 668 , cons. 3.2.1, traduit au JT 2007 I p.438). 7. En premier lieu, on ne voit pas qu'une action en nullité – une annulation n'entre plus en ligne de compte, faute pour la décision d'avoir été attaquée dans le délai de deux mois qui suivent l'assemblée générale (art. 706a al. 1 CO) - de la décision de l'assemblée générale du 16 novembre 2017 aurait de quelconques chances de succès. Les cas de nullité sont réservés aux violations les plus graves et ne peuvent être invoqués simplement parce que celui qui s'en prévaut n'a pas agi dans le délai d'annulation de la décision litigieuse. Or, en l'espèce, l'appelante, bien loin de combattre la décision d'augmenter le capital-actions prise lors de l'assemblée générale du 16 novembre 2017, a participé à celle-ci et veut se voir reconnaître d'avoir souscrit dans les temps et selon les conditions imposées par la décision de l'assemblée générale et la loi. C'est bien plus parce qu'elle s'est heurtée à un refus du conseil d'administration qu'elle opte désormais pour tenter de faire reconnaître la nullité de l'augmentation de capital à laquelle elle a souscrit. Sous cet angle, la position de l'appelante est contradictoire puisqu'elle poursuit la nullité d'une procédure de souscription dont elle veut dans le même temps bénéficier en se voyant conférer les actions correspondant à sa souscription, refusées par le conseil d'administration. C'est bien plus ce refus qui est le centre de cette affaire et dont il faut examiner maintenant s'il a quelque chances de succès d'être contestés par l'appelante sous l'angle de la nullité. Par surabondance, on relèvera qu'il n'est pas démontré que J. _____ aurait fait défaut à l'assemblée générale parce que celle-ci aurait été à dessein agendée à un moment ne lui convenant pas, les échanges de correspondance pouvant être sujet à interprétation (il est indiqué par E. _____ le 21.02.2018 que l'heure a été modifiée pour « [l]'accommoder »), l'intéressé ayant au demeurant pu s'exprimer en vue de cette assemblée. Cela n'a toutefois aucune incidence en terme de nullité de la décision d'augmentation du capital-actions, l'appelante souhaitant par ailleurs en premier lieu y participer et non la voir déclarer nulle. 8. Contrairement à ce qu'affirme l'appelante, il n'est pas nécessaire de distinguer, sous l'angle de l'article 633 al. 1 CO , l'examen de la première et la deuxième souscription, respectivement de 1'800'000 francs et de 1'200'000 francs. En effet, les exigences en matière de libération des apports sont les mêmes pour l'une et l'autre et l'examen des autres conditions posées par la société devient inutile si, comme le premier juge, on arrivait à la conclusion que les règles du droit des sociétés n'ont pas été respectées pour ce qui est des apports. En l'espèce, le montant de 3'000'000 francs a été versé sur le compte clients du notaire instrumentateur de l'augmentation de capital. Si l'établissement bancaire auprès duquel sont déposés ces fonds est soumis à la loi fédérale sur les banques et

les caisses d'épargne, on ne saurait considérer que le compte client d'un notaire – sur lequel sont placés les montants en transit chez ce dernier, qui ne lui appartiennent pas – est un compte sur lequel les fonds sont « tenus à la disposition exclusive de la société ». Les faits ont ici démontré le contraire puisqu'interpellée par le notaire au sujet du versement auquel celui-ci voulait procéder avec ces fonds, X. _____ SA s'est opposée à ce qu'ils soient versés sur le compte indiqué par Y. _____ SA, preuve qu'elle n'en avait pas disposé de manière irrévocable. Or la consignation en mains du notaire était insuffisante, puisque X. _____ SA « gardait la main » sur ces fonds. L'appelante ne le conteste pas, bien au contraire puisqu'elle affirme dans son appel que, devant les « risques à voire (sic) le CA actuel faire un mauvais usage de ses fonds en commençant à se payer les salaires pharaoniques qu'ils s'octroyaient en détriment des employés par exemple », elle « a tenu à garder une ultime soupape de sécurité ». En procédant de la sorte, X. _____ SA n'a donc – le sachant et le voulant, de surcroît - pas respecté les obligations qui étaient les siennes en matière de libération des apports et perdu de vue que le contrôle de l'activité des membres du conseil d'administration s'effectue par les moyens que la loi prévoit (en particulier aux articles 705 et 706b CO par renvoi de l'article 714 CO, ou encore 754 CO, en plus de la garantie offerte par l'art. 633 al. 2 CO qui impose à la banque de ne remettre à la société la somme correspondant à l'apport et figurant sur le compte à la disposition exclusive de la société qu'après l'inscription de la société au registre du commerce, soit par application analogique, de l'augmentation de capital dans notre cas de figure). Ce contrôle ne s'exerce pas par la mainmise sur les fonds qui reviennent à la société en échange des actions, une telle mainmise pouvant du reste être considérée, si elle était admise, comme portant atteinte à la structure de base de la société anonyme précisément visée par l'article 706b ch. 3 CO. Dans le processus d'émission des actions – que ce soit lors de la fondation ou lors d'une augmentation de capital -, il est en effet fondamental que les apports exigés en échange de la libération des actions soient réels et entièrement à la disposition de la société, personne morale qui dispose de son capital et des organes qui assurent son existence juridique bien distincte de ses actionnaires et de tiers. Le respect des règles en matière de libération des apports ne relèvent donc pas d'un formalisme, et encore moins excessif, puisque leur vocation est d'assurer à la société qu'elle dispose bien des fonds correspondant aux actions en toute indépendance de ses actionnaires. Tel n'a pas été le cas ici et l'action de X. _____ SA, qui suppose d'attaquer sous l'angle de la nullité la décision du conseil d'administration qui constate qu'elle a perdu son droit de souscription préférentiel faute de l'avoir exercé conformément aux exigences légales, est vouée à l'échec. Le fait que Y. _____ SA ait d'abord admis la souscription – demandant toutefois ensuite le versement des fonds sur le compte qu'elle avait désigné – n'y change rien puisque pour faire aboutir la procédure d'augmentation de capital, il fallait encore que le souscripteur libère les apports, conformément à l'article 633 CO, cette dernière disposition visant à assurer un principe fondamental du droit de la société anonyme, soit la mise à disposition exclusive de la société des fonds propres correspondant aux capital-actions. 9. L'appelante reproche à Y. _____ SA d'avoir constaté qu'elle n'avait pas libéré le capital avant même l'échéance du délai que la société avait elle-même fixé pour y procéder. En cela, l'appelant tombe à faux : interpellée par Y. _____ SA, X. _____ SA a expressément indiqué qu'elle ne verserait pas le montant de 3'000'000 francs (1'800'000 + 1'200'000 francs) sur le compte désigné, considérant avoir mis ses apports à disposition en les versant sur le compte clients du notaire instrumentateur. Or on a vu ci-dessus que ce versement ne respecte pas les exigences de l'article 633 CO. En annonçant qu'elle n'obtempérerait pas aux exigences de

Y. _____ SA, X. _____ SA renonçait à rendre la situation conforme à l'article 633 CO et elle ne peut reprocher aujourd'hui au conseil d'administration de la société d'avoir constaté que la souscription de X. _____ SA n'avait pas été parfaite et d'avoir, pressé par le temps à mesure que les trois mois de l'article 650 al. 3 CO étaient déjà bien entamés, admis des souscriptions ultérieures de tiers. De telles souscriptions par des tiers étaient prévues par la décision d'augmentation de capital prise par l'assemblée générale du 16 novembre 2017, dans l'hypothèse où le droit préférentiel de souscription ne serait pas exercé. Un exercice imparfait ou incomplet, à quoi il faut assimiler une souscription non suivie de la libération correcte des apports, doit y être assimilé. Dans une telle situation, un examen des autres conditions que Y. _____ SA aurait cherché à imposer à X. _____ SA en lien avec l'une ou l'autre de ses deux souscriptions n'est pas pertinent, puisqu'il manquait par ailleurs une condition légale, à la libre disposition de X. _____ SA, soit l'apport des fonds. A ce titre, on ne voit pas en quoi la prétendue signature d'un formulaire K, à laquelle Y. _____ SA aurait fait obstruction tout en l'exigeant, changerait quelque chose puisque le versement sur le compte bloqué au nom et à la disposition exclusive de Y. _____ SA a été refusé par X. _____ SA indépendamment de cela (et en réalité pour garder « une soupape de sécurité »). Pour dire les choses autrement, ce n'est pas Y. _____ SA qui a supprimé le droit préférentiel de souscription, c'est X. _____ SA qui en a perdu le bénéfice car elle n'a pas exercé ce droit conformément aux exigences légales. Il n'y a pas abus de droit à le constater. Les décisions du conseil d'administration n'apparaissent à cet égard pas critiquables et encore moins nulles. Une action tendant à faire constater leur nullité est donc vouée à l'échec, ce que le premier juge a constaté à bon droit. 10. Ceci a pour conséquence que l'action tendant à faire interdiction aux membres du conseil d'administration de Y. _____ SA de prendre toute décision en lien avec l'augmentation du capital-actions votée le 16 novembre 2018 est également mal fondée. On ne verrait en effet pas une telle interdiction – qui revient à paralyser le processus d'augmentation de capital – être ordonnée, à titre provisionnel, sur la base de faits qui ne peuvent conduire à remettre en cause les décisions prises en lien avec l'augmentation de capital, en particulier celle qui constate que le droit de souscription préférentiel n'a pas été exercé en conformité avec les exigences légales. Ce constat, exempt de critiques on l'a vu, permettait au conseil d'administration de poursuivre ses démarches dans le cadre de la décision d'augmentation de capital du 16 novembre 2017. Il n'entre pas dans le pouvoir d'examen de la Cour d'appel civile de dire si le conseil d'administration a correctement agi après avoir constaté que le droit de souscription préférentiel n'avait pas été exercé, puisqu'à ce stade, seule devait être examinée si cette décision devait être bloquée pour des raisons de nullité, ce qui n'est pas le cas. En d'autres termes, c'est avec raison que le premier juge a refusé de faire interdiction au conseil d'administration de prendre toute décision en lien avec l'augmentation du capital-actions au motif que la prémisse à ces décisions, soit le fait d'écarter le droit de souscription préférentiel en raison de son exercice non conforme au droit, serait nulle. 11. Vu ce qui précède, l'appel est rejeté. Les frais de la procédure d'appel seront mis à la charge de l'appelante, qui n'en a à ce jour pas encore effectué l'avance. L'appelante doit en outre à l'intimée une indemnité de dépens, réduite à mesure que l'intimée a dit renoncer à déposer une réponse à appel mais a néanmoins procédé sur les autres questions soulevées en procédure.