

# VD\_FINDINFO HC / 2020 / 351 vom 2. Juni 2020

VD Tribunal cantonal, 2020-06-02, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd\\_findinfo\\_HC\\_\\_\\_2020\\_\\_\\_351](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_findinfo_HC___2020___351)

FR: VD\_FINDINFO HC / 2020 / 351 du 2 juin 2020

IT: VD\_FINDINFO HC / 2020 / 351 del 2 giugno 2020

## Regeste

ORGANISATION{EN GÉNÉRAL}, SOCIÉTÉ ANONYME,  
COMMISSAIRE{CURATEUR DE LA PERSONNE MORALE} | 731b al. 1 CO, 317 al. 2  
CPC (CH), 59 al. 2 let. a CPC (CH)

## Erwägungen

### E. 1.1

L'appel est recevable contre les décisions finales de première instance (art. 308 al. 1 let. a CPC [Code de procédure civile du 19 décembre 2010 ; RS 272]), dans les causes non patrimoniales ou dans les affaires patrimoniales dont la valeur litigieuse, au dernier état des conclusions devant l'autorité précédente, est de 10'000 fr. au moins (art. 308 al. 2 CPC). Lorsque le litige porte sur la dissolution d'une société en raison de carences dans son organisation, la pratique tend à estimer la valeur litigieuse d'après le capital nominal de la société (TF 4A\_499/2019 du 25 mars 2020 consid. 1.3 ; TF 4A\_630/2011 du 7 mars 2012 consid. 1 non publié in ATF 138 III 166, et les réf. citées). En l'espèce, la décision attaquée admet la requête formée par O.\_\_\_\_\_ tendant à ce qu'un commissaire soit nommé pour faire valoir les droits de la société N.\_\_\_\_\_ SA. Dans la mesure où le capital nominal de la société est supérieur à 10'000 fr., la voie de l'appel est ouverte.

### E. 1.2

L'appel, écrit et motivé, doit être introduit dans les 10 jours si la décision a été rendue en procédure sommaire (art. 314 CPC). Tel est le cas s'agissant d'une décision relative aux carences dans l'organisation d'une société au sens de l'art. 713b CO (loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le code civil suisse [livre cinquième : Droit des obligations] ; RS 220 ; art. 250 let. c ch. 6 CPC). En l'occurrence, les actes déposés par A.J.\_\_\_\_\_, intervenant, et par N.\_\_\_\_\_ SA, en tant qu'elle est représentée par Me Bianchi et Werder, l'ont été en temps utile.

### E. 1.3

S'agissant de la procuration dont bénéficient Me Bianchi et Werder et des pouvoirs dont dispose A.J.\_\_\_\_\_ pour représenter la société appelante et, par voie de conséquence, donner procuration à des avocats pour défendre ses intérêts devant l'instance d'appel, il s'agit précisément de l'objet du litige, soit d'un fait de double pertinence qui n'a dès lors pas à être examiné au stade de la recevabilité.

### E. 1.4.1

A.J.\_\_\_\_\_ (ci-après : l'appelant) prend plusieurs conclusions nouvelles, outre le rejet de la requête d'O.\_\_\_\_\_ (ci-après : l'intimée). En effet, il conclut à la radiation du nom de l'intimée du Registre du commerce, la remise en fonction de l'organe du conseil

d'administration dans son état avant l'arrêt du Tribunal fédéral du 15 janvier 2016 et la nomination de Me K. \_\_\_\_\_ en qualité de troisième administrateur si la radiation de l'intimée n'était pas ordonnée. Se pose la question de la recevabilité de ces conclusions.

#### **E. 1.4.2**

La prise de conclusions nouvelles en appel doit être admise restrictivement car elle porte atteinte au principe du double degré de juridiction. L'art. 317 al. 2 CPC pose à cet égard deux conditions cumulatives : les conclusions nouvelles ne sont recevables que si les conditions fixées à l'art. 227 al. 1 CPC sont remplies (let. a) – soit qu'il y ait connexité avec les prétentions initiales ou que la partie adverse consente à la modification – et qu'elles reposent sur des faits ou des moyens de preuves nouveaux (let. b) (CACI 25 février 2020/99 consid. 2.3 ; Jeandin, Commentaire romand, Code de procédure civile, 2 e éd., Bâle 2019, nn. 10-12 ad art. 317 al. 2 CPC).

#### **E. 1.4.3**

En l'espèce, l'appelant n'a pas formé devant l'autorité de première instance les conclusions tendant à la radiation du nom de l'intimée du Registre du commerce, à la remise en fonction de l'organe du conseil d'administration dans son état avant l'arrêt du Tribunal fédéral du 15 janvier 2016 et à la nomination de Me K. \_\_\_\_\_ en qualité de troisième administrateur si la radiation de l'intimée n'était pas ordonnée. Ces conclusions nouvelles ne remplissent pas les conditions cumulatives de l'art. 317 al. 2 CPC, nécessaires pour admettre leur recevabilité en deuxième instance. Elles doivent par conséquent être déclarées irrecevables.

#### **E. 1.5.1**

N. \_\_\_\_\_ SA (ci-après : l'appelante) a également pris une conclusion en radiation de l'intimée du Registre du commerce. Elle invoque notamment sur le plan procédural que la maxime d'office est applicable pour la présente procédure et que le juge n'est pas lié par les conclusions des parties.

##### **E. 1.5.2.1**

Pour certains auteurs, la procédure concernant les carences de la société relèverait de la juridiction gracieuse, de sorte que le juge devrait établir les faits et administrer les preuves d'office, en vertu de l'art. 255b CPC (Chenau/Hänni, Carence dans l'organisation de la société : étude des aspects matériels et procéduraux de l'art. 731b CO, JdT 2013 II 105). La majorité de la doctrine rattache cependant l'action de l'art. 731b CO à la procédure contentieuse (voir les références chez Chenau/Hänni, op. cit. , p. 105) et considère que le tribunal ne peut éclaircir d'office l'état de fait, la maxime des débats étant applicable (Berger/Rüetschi/Zihler, Die Behebung von Organisationsmängeln : handelsregisterrechtliche und zivilprozessuale Aspekte, Reprax 2012 p. 1 ; Bürge/Gut, Richterliche Behebung von Organisationsmängeln, RSJ 2009 p. 161). En appel, tous les auteurs admettent l'applicabilité de l'art. 317 CPC (Chenau/Hänni, op. cit. , JdT 2013 II 118 ; Berger/Rüetschi/Zihler, op. cit. , Reprax 2012 p. 24 ; Philippin, note in JdT 2010 I 364 ; Lorandi, Konkursverfahren über Handelsgesellschaften ohne Konkurseröffnung, PJA 2008 p. 1388). Cette solution s'impose, dès lors que, même si l'on devait admettre que la procédure relève de la juridiction gracieuse, la maxime inquisitoire éventuellement applicable serait la maxime inquisitoire simple (cf. TF 5A\_636/2018 du 8 octobre 2018 consid. 3.3.2 ; pour l'application de la maxime inquisitoire limitée, voir Müller/Müller, Organisationsmängel in der Praxis, PJA 2016 p. 53) et non la maxime inquisitoire illimitée. Or, lorsque la maxime inquisitoire simple est applicable, les conditions de l'art. 317 al. 1

CPC doivent être réunies pour que les parties puissent invoquer des faits et moyens de preuve nouveaux (ATF 138 III 625 consid. 3.2.2 ; Colombini, Code de procédure civile. Condensé de la jurisprudence fédérale et vaudoise, n. 1.5.1 ad art. 317 CPC), contrairement à ce qui est le cas lorsque la maxime inquisitoire illimitée s'applique, où les parties peuvent présenter des novae en appel même si les conditions de l'art. 317 al. 1 CPC ne sont pas réunies (ATF 144 III 349 consid. 4.2.1). Il importe peu à cet égard que la maxime d'office, qui concerne les conclusions, soit applicable en matière de carence de la société (ATF 138 III 294 consid. 3.1.3 ; ATF 138 III 407 consid. 2.3), dès lors qu'il n'existe pas de disposition expresse chargeant le juge de rechercher les faits d'office en matière de carence de la société, contrairement à l'art. 296 al. 1 CPC en matière de sort des enfants (cf. Tappy, Commentaire romand, n. 22a ad art. 277 CPC, concernant les questions de prévoyance professionnelle, régies par la maxime d'office ; contra : Bohnet/Jeannin, La maxime inquisitoire sociale sous l'empire du CPC, RDS 2015 I 246, pour qui la maxime d'office implique toujours que le juge puisse établir les faits). La jurisprudence zurichoise arrive également à la conclusion que la maxime inquisitoire illimitée n'est pas applicable, nonobstant l'application de la maxime d'office (BIZR 118 (2019) no 35 p. 149 consid. 9.4.2).

#### **E. 1.5.2.2**

Selon la jurisprudence, il y a carence dans l'organisation de la société au sens de l'art. 731b CO notamment lorsqu'un blocage persistant au sein de l'actionariat empêche l'élection d'un organe (ATF 140 III 349 consid. 2.1 ; ATF 138 III 294 consid. 3.1.5 ; TF 4A\_499/2019 précité consid. 3.1.2 et les réf. citées). L'art. 731b CO n'énumère pas limitativement les mesures à envisager par le juge ; par le mot « notamment », il y est au contraire souligné que des mesures autres que celles textuellement prévues peuvent être aussi adoptées. Lorsque le fonctionnement d'une société formée de deux actionnaires à égalité de suffrages se trouve bloqué par un conflit persistant entre eux, la jurisprudence a reconnu qu'il est admissible d'envisager une vente aux enchères à l'issue de laquelle l'un des actionnaires acquerra les actions de l'autre, ce qui mettra fin au blocage (ATF 138 III 294 consid. 3.3.3). Le juge dispose d'un pouvoir d'appréciation, qui lui permet de prendre la mesure adéquate en fonction des circonstances concrètes. A cet égard, il doit aussi prendre en considération les intérêts de tiers qui ne sont pas parties à la procédure, tels les créanciers de la société, les employés ou les actionnaires (ATF 138 III 294 consid. 3.1.3 ; ATF 138 III 407 consid. 2.3 ; TF 4A\_499/2019 précité consid. 3.1.3 et les réf. citées). Le juge n'est pas lié par les conclusions des parties et peut ordonner une autre mesure que celle requise, la maxime d'office étant applicable (ATF 138 III 294 consid. 3.1.3 ; ATF 138 III 407 consid. 2.3 ; TF 4A\_51/2017 précité consid. 5). La liberté du juge n'est toutefois pas illimitée, en ce sens qu'il doit respecter le principe de la proportionnalité. La dissolution prévue dans la disposition constitue l'ultima ratio ; elle ne peut être prononcée que si des mesures moins rigoureuses ne sont pas aptes à aboutir (ATF 138 III 294 consid. 3.1.4 ; ATF 136 III 369 consid. 11.4.1 ; TF 4A\_499/2019 précité consid. 3.1.3 et les réf. citées). Compte tenu du but d'intérêt général poursuivi par la norme, la priorité doit être accordée à la sécurité des affaires et non à des intérêts individuels. Dans sa pesée des intérêts, le juge doit choisir une solution qui soit à la fois apte à éliminer la carence et qui soit la moins contraignante possible pour les divers acteurs impliqués dans la situation financière de la société. Si elle est capable d'honorer ses engagements, l'intérêt public n'est en principe pas lésé au point de justifier la dissolution de la personne morale. Aussi le juge devra-t-il privilégier une solution moins contraignante que la dissolution (Chenau/Hänni, op. cit. , JdT 2013 II

115-116).

### **E. 1.5.3**

En l'occurrence, l'appelante n'a pas pris de conclusions formelles tendant à la radiation de l'intimée du Registre du commerce devant l'autorité précédente. Certes, elle a mentionné cette question dans son courrier du 20 septembre 2018 adressé à la présidente, sans toutefois conclure expressément à la suppression de l'inscription au Registre du commerce. Dans ses écritures devant la première instance, l'appelante a uniquement conclu au rejet de la requête de l'intimée en désignation d'un commissaire pour la société. La présidente ne s'est du reste pas prononcée sur ce point dans les considérants en droit, faute de conclusion en ce sens. Pour les mêmes motifs que précédemment invoqués, la conclusion de l'appelante tendant à la radiation de l'intimée du Registre du commerce, formulée en appel seulement, est irrecevable. A cet égard, l'assertion de l'appelante que la maxime d'office est applicable pour la présente procédure et que le juge n'est pas lié par les conclusions des parties, outre qu'elle repose sur des références inexacts, est incomplète (consid. 1.5.2 supra) et ne change rien à ce qui précède.

### **E. 1.6.1**

L'appelante prend également des conclusions en constat de la nullité des décisions des assemblées générales des 30 septembre 2007, 5 avril 2008 et 19 juin 2009.

### **E. 1.6.2**

La nullité des décisions de l'assemblée générale peut être demandée en tout temps (art. 706b CO ; TF 4A\_516/2016 du 28 août 2017 consid. 6 et les réf. citées). Une action en constatation est toutefois soumise, à l'instar de toute autre, à un intérêt à obtenir dite constatation (art. 59 al. 2 let. a et art. 88 CPC ; ATF 141 III 68 consid. 2.2 et 2.3), intérêt dont la Cour de céans examine l'existence d'office (art. 60 CPC). L'absence d'un tel intérêt entraîne l'irrecevabilité de la demande (TF 4A\_122/2019 du 10 avril 2019 consid. 2.2 et les réf. citées).

### **E. 1.6.3**

Dans son mémoire du 16 mars 2020, l'appelante conclut son raisonnement relatif à la nullité des décisions des assemblées générales des 30 septembre 2007, 5 avril 2008 et 19 juin 2009 en demandant au « tribunal » d'ordonner au Registre du commerce de radier l'inscription de l'intimée. Dans la mesure où la conclusion en radiation est irrecevable (consid. 1.5 supra), l'appelante n'a pas d'intérêt à obtenir le constat de la nullité desdites décisions à ces fins de radiation. Elle n'expose du reste aucunement où résiderait son intérêt et cela n'apparaît pas. Dans ces conditions, cette conclusion en nullité est également irrecevable, faute d'intérêt pour agir.

## **E. 2**

L'appel peut être formé pour violation du droit ainsi que pour constatation inexacte des faits (art. 310 CPC). L'autorité d'appel peut revoir l'ensemble du droit applicable, y compris les questions d'opportunité ou d'appréciation laissées par la loi à la décision du juge, et doit, le cas échéant, appliquer le droit d'office conformément au principe général de l'art. 57 CPC. Elle peut revoir librement l'appréciation des faits sur la base des preuves administrées en première instance (ATF 138 III 374 consid. 4.3.1 ; TF 4A\_452/2016 du 2 novembre 2016 consid. 3).

### **E. 3**

S'agissant du grief de l'appelante invoqué dans la « partie formelle » de son mémoire concernant le contenu du procès-verbal d'audience du 1<sup>er</sup> juillet 2019, qui serait insuffisant, il est d'emblée précisé que l'appelante ne tire aucune conclusion de ce grief, ni de conséquence sur l'issue du litige. Partant, il n'y a pas lieu d'entrer en matière sur cette question, faute de motivation quant à l'influence du grief sur la solution retenue par le premier juge.

### **E. 4**

e éd. 2009, p. 1740 n. 491 ; Peter/Cavadini, Commentaire romand, Code des obligations II, 2<sup>e</sup> éd., Bâle 2017, nn. 2 à 4 ad art. 731b CO ; Watter/ Wieser, Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 3<sup>e</sup> éd., Bâle 2008, nn. 5 s. ad art. 731b CO).

#### **E. 4.1**

L'appelante fait valoir qu'il n'y a aucune situation de carence au sens de l'art. 731b CO. Il n'est ni nécessaire ni utile de désigner un avocat pour évincer l'appelant ou pour mener des procédures judiciaires dans la mesure où il est démontré qu'il est seul membre du conseil d'administration, l'intimée n'ayant jamais été valablement élue au conseil d'administration. En effet, le fait que B.J.\_\_\_\_\_ n'ait pas été invité à l'assemblée générale du 30 septembre 2007 alors qu'il détenait 10 % des actions de N.\_\_\_\_\_ SA constitue un grave défaut de forme, ce qui signifie que la résolution de l'assemblée générale des actionnaires du 30 septembre 2007 est nulle et non avenue. Selon l'appelante, il en va de même pour les assemblées générales des 5 avril 2008 et 19 juin 2009. En conséquence, A.J.\_\_\_\_\_ est seul membre du conseil d'administration de N.\_\_\_\_\_ SA. L'appelant a développé en substance les mêmes moyens.

#### **E. 4.2.1**

La Cour de céans constate à titre liminaire que l'art. 731b CO a été modifié au 1<sup>er</sup> novembre 2019 ainsi qu'au 1<sup>er</sup> avril 2020 par l'ajout notamment de deux nouveaux cas de carence et que la disposition a été revue sur le plan rédactionnel (Message du Conseil fédéral du 21 novembre 2018 sur la mise en œuvre des recommandations du Forum mondial sur la transparence et l'échange de renseignements à des fins fiscales émises dans le rapport de phase 2 de la Suisse, FF 2019 277, spéc. 316). Cela étant, au vu des dispositions transitoires, les effets juridiques de faits antérieurs à l'entrée en vigueur des modifications continuent à être régis par les dispositions du droit fédéral sous l'empire duquel ces faits se sont passés (art. 1 Tit. fin. CC [Code civil suisse du 10 décembre 1907 ; RS 210] par renvoi de l'art. 1 al. 1 des dispositions transitoires du CO relatif à la modification du 21 juin 2019). Par conséquent, il y a lieu d'appliquer dans le cas d'espèce l'art. 731b al. 1 CO dans sa teneur avant l'entrée en vigueur des modifications, les faits étant antérieurs. On relève au demeurant que les cas de carence existant avant le 1<sup>er</sup> novembre 2019 ont été repris à l'alinéa 1 chiffres 1 et 2 de la nouvelle disposition et que les mesures à disposition du tribunal en cas de carence n'ont pas subi de changement, mais ont été déplacées à l'alinéa 1bis.

#### **E. 4.2.2**

Selon l'art. 731b al. 1 aCO, inséré dans une section intitulée « carences dans l'organisation de la société », lorsque la société ne possède pas tous les organes prescrits ou que l'un de ses organes n'est pas composé conformément aux prescriptions, un actionnaire, un créancier ou

le préposé au registre du commerce peut requérir du juge qu'il prenne les mesures nécessaires. Ce dernier peut notamment fixer un délai à la société pour rétablir la situation légale, sous peine de dissolution (ch. 1), nommer l'organe qui fait défaut ou un commissaire (ch. 2), prononcer la dissolution de la société et ordonner sa liquidation selon les dispositions applicables à la faillite (ch. 3). Cette disposition s'applique en cas de contravention à des règles impératives sur l'organisation de la société. Il y a carence non seulement lorsqu'un organe obligatoire fait défaut, mais aussi lorsque sa composition n'est pas conforme aux exigences légales. Sont notamment visés l'absence de conseil d'administration (art. 707 CO) ou d'organe de révision (art. 727 CO), le manque de qualification ou d'indépendance requise (art. 727b ss CO), le non-respect des règles concernant le domicile (art. 718 al. 4 et 730 al. 4 CO), l'incapacité civile d'un organe, ou un blocage persistant au sein de l'actionnariat ou du conseil d'administration, qui empêche l'élection d'un organe ou la conduite des affaires (ATF 140 III 349 consid. 2.1 ; Message concernant la révision du code des obligation du 19 décembre 2001, FF 2002 3028 ; Böckli, Schweizer Aktienrecht,

### **E. 4.2.3**

Selon la jurisprudence fédérale, plusieurs situations peuvent conduire à des carences dans l'organisation de la société au sens de la disposition précitée. En premier lieu, les conflits d'intérêts dans la direction des organes peuvent, dans certains cas, également conduire à l'inaptitude d'un organe, et ainsi à une carence dans l'organisation au sens de l'art. 731b aCO, celui-ci ayant abrogé les anciens art. 392 ch. 2 et 393 ch. 4 CC qui permettaient d'instituer, en faveur des sociétés, une curatelle de représentation, notamment en cas de conflit d'intérêts entre la société et ses organes (TF 4A\_717/2014 du 29 juin 2015 consid. 2.3). Le Tribunal fédéral considère ainsi qu'il existe un conflit d'intérêts impliquant une carence dans l'organisation de la société non seulement lorsque, dans le cadre d'une plainte pénale, l'organe exécutif représente à la fois le plaignant et le défendeur, mais également à chaque fois que les intérêts de la société ne peuvent, dans un cas particulier, pas être distingués et représentés de façon indépendante par les administrateurs, dont les intérêts divergent. Dans un cas particulier, il a considéré qu'il était évident que le président du conseil d'administration, contre lequel la plainte pénale était dirigée, ne pouvait plus assumer de manière indépendante les intérêts de la société potentiellement lésée, mais que tel n'était pas non plus le cas des deux autres membres du conseil d'administration, qui étaient impliqués dans la transaction dont la conclusion était à l'origine de la plainte. Ainsi, le Tribunal fédéral a constaté que la société ne disposait d'aucun organe qui puisse la représenter de manière indépendante dans la procédure pénale et, dans ces circonstances, puisque tous les directeurs se trouvaient en conflit d'intérêts avec la société, que le tribunal inférieur n'avait enfreint aucune loi fédérale en désignant à la société un représentant temporaire afin de sauvegarder ses intérêts dans le cadre de la procédure pénale en cours (TF 4A\_717/2014 précité consid. 2.5.2). Le Tribunal fédéral est également arrivé à la conclusion que le fait qu'un administrateur soit actionnaire de la société et que les autres administrateurs soient administrateurs d'une autre société avec laquelle la première a conclu un contrat (conduisant à l'ouverture d'une procédure pénale contre ces autres administrateurs) est caractéristique d'un conflit d'intérêts et donc d'une carence organisationnelle, tous les membres du conseil d'administration suivant des intérêts propres ou contraires (TF 4A\_717/2014 précité consid. 2.6.2). En second lieu, pour le Tribunal fédéral, constitue une carence également le fait qu'un organe existant ne puisse plus agir, soit lorsqu'il se trouve dans une situation de blocage au sein de l'organe concerné, lorsque ce

blocage, au vu de sa durée et de sa gravité, rend impossible la gestion de la société et équivaut par conséquent à l'absence totale de l'organe (TF 4A\_522/2011 du 13 janvier 2012 consid. 2.1). Tel est également le cas lorsqu'un organe prétendument en fonction en raison d'une clause statutaire en vertu de laquelle les administrateurs sont à considérer comme automatiquement réélus, lorsqu'en présence d'une situation de blocage au sein de l'assemblée générale il est impossible de procéder à leur élection (ATF 140 III 349). Il est par ailleurs de jurisprudence constante qu'en vertu de l'art. 731b al. 1 aCO, il y a carence dans l'organisation de la société notamment lorsqu'un blocage persistant au sein de l'actionariat empêche l'élection d'un organe (ATF 140 III 349 consid. 2.1 et les réf. citées).

#### **E. 4.3**

Lorsqu'il s'agit d'interpréter des statuts, les méthodes d'interprétation peuvent varier en fonction du type de société. Pour l'interprétation des statuts de grandes sociétés, on recourt plutôt aux méthodes d'interprétation de la loi. Pour celle de statuts de petites sociétés, on se réfère plutôt aux méthodes d'interprétation des contrats, à savoir une interprétation selon le principe de la confiance, l'interprétation subjective n'entrant en considération que si les sociétaires sont très peu nombreux (ATF 140 III 349 consid. 2.3 et les réf. citées).

#### **E. 4.4**

Lorsque l'assemblée générale se prononce sur le renouvellement du mandat d'un administrateur et que celui-ci n'obtient pas les voix nécessaires à sa réélection, son mandat prend fin. L'assemblée générale a ainsi, par sa décision, exprimé une volonté en matière de composition des organes (qui est celle de ne pas réélire les membres du conseil d'administration proposés à l'élection). Si l'on admettait la validité d'une clause statutaire prévoyant dans ce cas de figure une réélection automatique des administrateurs, elle n'aurait pas seulement pour effet de prolonger tacitement le mandat des administrateurs, mais bien de faire obstacle à la volonté exprimée par l'assemblée générale. Autrement dit, elle restreindrait le droit (inaliénable) de l'assemblée générale de nommer les membres du conseil d'administration, ce qui n'est pas admissible. La validité d'une clause qui prévoirait que les administrateurs restent en fonction jusqu'à une nouvelle élection, néglige les structures de base de la société anonyme et doit être niée (ATF 140 III 349 consid. 2.6 et les réf. citées).

#### **E. 4.5.1**

Selon l'art. 699 al. 2, première phrase, CO, l'assemblée générale ordinaire a lieu chaque année dans les six mois suivants la clôture de l'exercice. Cette disposition est de nature semi-impérative de sorte que le délai peut être raccourci mais non prolongé (Peter/Cavadini, op. cit., CO 699 n. 19).

#### **E. 4.5.2**

Lorsqu'aucune assemblée générale n'est convoquée durant plusieurs mois empêchant ainsi que la réélection des membres du conseil d'administration – dont la durée du mandat a expiré – soit soumise au vote de l'assemblée générale, l'admissibilité d'une prolongation tacite du mandat dans cette situation est discutée en doctrine (ATF 140 III 349 consid. 2.5). Une partie de la doctrine considère que la règle selon laquelle le mandat des administrateurs prend fin à la prochaine assemblée générale ordinaire signifie que si aucune assemblée générale ordinaire n'a lieu, le mandat prend fin au plus tard le dernier jour du sixième mois après le début de l'exercice commercial (Böckli, Schweizer Aktienrecht, 4 e éd., Zurich 2009, 13 n. 58). Cette opinion est partagée par une autre partie de la doctrine qui considère

qu'en l'absence de tenue de l'assemblée générale, le mandat des administrateurs expire à la fin du sixième mois suivant la clôture de l'exercice commercial (Trautmann/Von Der Crone, Organisationsmängel und Pattsituationen in der Aktiengesellschaft, in Revue suisse de droit des affaires et du marché financier (Schulthess), SZW 2012 461, p. 465). En effet, pour chacun de ces auteurs, l'expression de la volonté de l'assemblée générale est irremplaçable de sorte qu'une prolongation tacite du mandat ne saurait être admise (Böckli, op. cit. , 13 n. 58 ; Trautmann/Von Der Crone, op. cit. , p. 465 ; contra Müller/Lipp/Plüss, Der Verwaltungsrat Ein Handbuch für Theorie und Praxis, 4 e éd., Zurich 2014, p. 49). Une autre partie de la doctrine considère que malgré l'absence de tenue de l'assemblée générale lors de l'année de l'expiration du mandat, le mandat des administrateurs ne prend pas fin mais continue jusqu'à la prochaine assemblée générale à laquelle l'élection ou la réélection des membres du conseil d'administration est portée à l'ordre du jour (Müller/Lipp/Plüss, op. cit. , p. 49). Un troisième courant doctrinal considère enfin que le mandat des administrateurs expire à la prochaine assemblée générale ordinaire, que celle-ci ait lieu avant ou après le sixième mois suivant la clôture de l'exercice commercial dès lors que le délai prévu à l'art. 699 al. 2 est un simple délai d'ordre. Toutefois, la loi exige une élection annuelle des membres du conseil d'administration des sociétés cotées. Or, une élection annuelle devient impossible lorsque deux ans se sont écoulés après la dernière élection. Par conséquent, le mandat prend fin au plus tard deux ans après la dernière élection (Knobloch, Basler Kommentar, VegüV, Bâle 2015, n. 3 ad art. 3 ORAb [Ordonnance du 20 novembre 2013 contre les rémunérations abusives dans les sociétés anonymes cotées en bourse ; RS 221.331]).

#### **E. 4.6**

La procédure prévue par l'art. 731b al. 1 aCO doit déboucher sur une solution rapide du blocage ; elle n'est pas destinée à résoudre le conflit des actionnaires ni à élucider leurs fautes, responsabilités ou mérites respectifs. Elle est moins encore destinée à dédommager ou à récompenser l'un des actionnaires au détriment de l'autre (TF 4A\_499/2019 précité consid. 4.3 et les réf. citées).

#### **E. 4.7**

En l'espèce, le premier juge a relevé que l'art. 11 des statuts prévoit que le conseil d'administration se compose d'un ou de plusieurs membres élus lors de l'assemblée générale ordinaire pour une durée d'une année et que les fonctions des membres du conseil d'administration prennent fin le jour de l'assemblée générale ordinaire suivante. Pour la présidente, l'intimée a été élue dans ses fonctions d'administratrice lors de l'assemblée générale ordinaire du 30 septembre 2007, puis réélue au côté d'A.J. \_\_\_\_\_ en 2008, puis en 2009. L'appelante conteste cette appréciation au motif que les assemblées générales précitées n'avaient pas été valablement convoquées. Quoi qu'il en soit, cela n'amène pas à considérer la situation de la société appelante différemment. En effet, à compter de l'année 2009, plus aucune assemblée générale ordinaire ne s'est valablement tenue en raison d'importantes dissensions entre les parties. A aucun moment l'appelante ne prétend le contraire. L'appréciation du premier juge selon laquelle il fallait en déduire que le mandat de l'intimée n'avait pas été reconduit tacitement car il était d'une durée déterminée d'un an selon une interprétation littérale des statuts n'est pas critiquée en appel. Elle peut être confirmée par adoption de motifs dès lors que le mandat des administrateurs ne peut être reconduit tacitement en vertu du droit inaliénable de l'assemblée générale de nommer les membres du conseil d'administration (art. 698 al. 2 ch. 2 CO). Au demeurant, même si cela

n'est pas plaqué en appel, il faut souligner qu'A.J. \_\_\_\_\_ ne peut pas non plus se prévaloir d'une élection lors de l'assemblée générale du 15 février 2012 dès lors que celle-ci a été annulée par décision du Tribunal fédéral. Ainsi, l'argument de l'appelante selon lequel l'intimée n'a pas les pouvoirs de la représenter et n'est pas administratrice est vain dans la mesure où cela ne suffit pas à pallier la carence constatée par la présidente. Le moyen est dès lors mal fondé et, pour cette raison déjà, il y a lieu de constater que la société appelante – dépourvue de conseil d'administration – se trouve dans une situation de carence justifiant l'application de l'art. 731b CO.

### **E. 5.1**

L'appelante fait valoir que A.J. \_\_\_\_\_ agit dans son intérêt bien compris. La Fiduciaire B. \_\_\_\_\_ SA n'a d'ailleurs constaté aucune irrégularité dans les comptes. Si les comptes de la société ont été bloqués, c'est du fait de l'ingérence de l'intimée mais de nombreux paiements ont pu finalement être exécutés par D. \_\_\_\_\_ SA pour le compte de l'appelante. Cette dernière fait encore valoir que la désignation d'un commissaire et les missions confiées sont disproportionnées, que N. \_\_\_\_\_ SA peut fonctionner de manière autonome grâce au rôle crucial d'A.J. \_\_\_\_\_ et que le mandat va générer des coûts disproportionnés pour la société. Au demeurant, la désignation d'un commissaire n'est pas la solution à même de déterminer la quote-part d'O. \_\_\_\_\_ alors que ce serait le seul moyen de tenir une assemblée générale. L'appelante ajoute qu'il suffirait que Me K. \_\_\_\_\_ soit désignée comme administratrice supplémentaire. L'appelant a développé, en substance, les mêmes moyens.

### **E. 5.2**

Tous ces moyens supplémentaires sont vains dès lors qu'il a pu être constaté ci-dessus que l'appelante était carencée et ne disposait pas d'administrateur pour la représenter valablement. En tout état de cause, et à supposer que l'appelante soit valablement constituée d'un conseil d'administration, il ressort clairement de l'ensemble des procédures ainsi que des moyens soulevés en appel, qui relèvent plus d'un conflit de personnes entre les ex-conjoints A.J. \_\_\_\_\_ et O. \_\_\_\_\_, que la gestion de l'appelante est impossible dans les conditions actuelles et que le blocage est patent. Comme relevé à bon escient par le premier juge, depuis 2016 – date de la réinscription de l'intimée en qualité d'administratrice au Registre du commerce – l'appelant refuse de participer aux séances de conseil d'administration ou d'en signer les procès-verbaux. En contestant systématiquement la légitimité de l'intimée au sein de N. \_\_\_\_\_ SA – que ce soit à tort ou à raison – l'appelant empêche toute prise de décisions utiles voire indispensables au fonctionnement de la société. L'absence d'assemblée générale ordinaire depuis la réinscription de l'intimée, soit depuis 4 ans, permet de l'illustrer. Que ce soit au niveau de la gestion courante de la société ou dans le cadre des procédures judiciaires et administratives en cours, les deux administrateurs défendent systématiquement des positions divergentes voire contradictoires, en mandatant des avocats différents, multipliant ainsi les intervenants à la procédure, comme c'est le cas devant la Cour de céans, et engendrant des frais disproportionnés, comme indiqué par l'expert dans son rapport complémentaire qui relevait qu'en 2017 déjà, la majorité des créanciers de l'appelante étaient des avocats. Concernant l'argument selon lequel l'étude Niederer Kraf & Frey SA est d'ores et déjà chargée de représenter l'appelante, on constate encore une fois le désaccord de l'appelant et de l'intimée sur ce point. La seule solution pour sortir de la situation de blocage est bien une externalisation des pouvoirs de représentation, la désignation d'un membre

« supplémentaire » du conseil d'administration n'étant pas envisageable dès lors que ledit conseil est en l'état inexistant et que le conflit entre les prétendants est pour le moins exacerbé.

#### **E. 6.1**

Pour ces motifs, les appels, manifestement mal fondés, doivent être rejetés selon l'art. 312 al. 1 CPC et le jugement attaqué confirmé.

#### **E. 6.2**

Vu le sort de l'appel, les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 6'000 fr. (art. 64 al. 1 TFJC [tarif des frais judiciaires civils du 28 septembre 2010 ; BLV 270.11.5]), seront mis à la charge des parties appelantes par moitié (art. 106 al. 1 CPC).

#### **E. 6.3**

Il n'est pas alloué de dépens pour les parties intimées, qui n'ont pas été invitées à se déterminer sur les appels et vu l'issue du litige. Les requêtes d'exécution anticipée sont par ailleurs sans objet.

#### **E. 6.4**

En sa qualité de conseil d'office, Me Bugnon a droit à une rémunération équitable pour ses opérations et débours dans la procédure d'appel (art. 122 al. 1 let. a CPC). Me Bugnon a produit une liste de ses opérations le 26 mai 2020 faisant état de 3 heures et 48 minutes de travail. Il a indiqué avoir consacré 2 heures à la rédaction de déterminations et d'une requête d'exécution anticipée le 7 mai 2020. Dans la mesure où il s'agit d'un courrier de deux pages et demie et où il reprend pour l'essentiel les conclusions de Me Chavanne du 3 avril précédent, le temps consacré à cette opération doit être réduit à une heure. Seize minutes seront encore retranchées en lien avec la prise de connaissance des déterminations des autres parties du 7 mai 2020, les parties ayant invoqué des arguments déjà connus. Compte tenu des difficultés de la cause et de ce qui précède, au tarif horaire de 180 fr. (art. 2 al. 1 let. a RAJ [règlement sur l'assistance judiciaire en matière civile du 7 décembre 2010 ; BLV 211.02.3]), l'indemnité de Me Bugnon doit être fixée à 456 fr., montant auquel s'ajoutent les débours équivalant à 2 % du défraiment hors taxe (art. 3bis al. 1 RAJ), par 9 fr. 10, et la TVA à 7,7 % sur le tout par 35 fr. 80, soit 500 fr. 90 au total, montant arrondi à 500 francs. La bénéficiaire de l'assistance judiciaire est, dans la mesure de l'art. 123 CPC, tenue au remboursement des frais de justice et de l'indemnité au conseil d'office provisoirement laissés à la charge de l'Etat.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.