

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

C/21144/2015

ACJC/379/2016

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre civile

DU VENDREDI 18 MARS 2016

Entre

Monsieur A._____, domicilié _____, (GE), appelant d'un jugement rendu par la 10ème Chambre du Tribunal de première instance de ce canton le 19 octobre 2015, comparant par Me F._____, avocate, rue Ferdinand-Hodler 13, 1207 Genève, en l'étude de laquelle il fait élection de domicile,

et

B._____ **SA**, ayant son siège _____, (GE), intimée, comparant par Me E._____, avocat, rue de Rive 6, 1204 Genève, en l'étude duquel elle fait élection de domicile.

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du 21 mars 2016.

EN FAIT

A. Par jugement JTPI/12210/2015 du 19 octobre 2015, le Tribunal de première instance a déclaré irrecevable la requête d'A._____ intentée sur la base de l'article 731b al. 3 CO (chiffre 1 du dispositif), l'a déclarée pour le surplus infondée (ch. 2), a rejeté la demande de mesures provisionnelles (ch. 3), arrêté les frais judiciaires à 2'000 fr. (ch. 4), les a mis à charge de A._____ (ch. 5), a condamné ce dernier à verser la somme de 2'000 fr. à l'Etat de Genève, soit pour lui les Services financiers du Pouvoir judiciaire, au titre des frais judiciaires (ch. 6), a dit qu'il n'y avait pas lieu à l'allocation de dépens (ch. 7) et a débouté A._____ de toutes autres conclusions (ch. 8).

B. a. Par acte du 2 novembre 2015, A._____ forme appel contre ce jugement, dont il sollicite l'annulation. Cela fait, il conclut au renvoi de la cause au Tribunal pour que celui-ci révoque le mandat d'administrateur de C._____ dans la société B._____ SA et ordonne sa radiation du Registre du commerce, nomme un commissaire aux fins de représenter la société B._____ SA dans la procédure, dise que le commissaire aura notamment pour mission de gérer les affaires urgentes de la société et de la représenter à l'égard des tiers durant la procédure, ordonne la vente forcée des 50 actions au porteur de B._____ SA détenues par D._____ à A._____, dise que les actions ont une valeur de 9'053 fr. net par action (valeur fiscale nette), et condamne en conséquence D._____ à aliéner à A._____ les 50 actions B._____ SA dont il est porteur pour le prix de 452'650 fr. dans un délai de 10 jours dès l'entrée en force du jugement, avec suite de frais et dépens.

Sur mesures provisionnelles, il conclut à ce que le Tribunal, sur renvoi, fasse interdiction avec effet immédiat à Me C._____ d'agir en qualité d'administrateur de la société B._____ SA, nomme un commissaire aux fins de représenter B._____ SA dans la procédure, dise que le commissaire aura notamment pour mission de gérer les affaires urgentes de la société et de la représenter à l'égard des tiers durant la procédure, et dise que cette mesure déploiera ses effets jusqu'à droit jugé au fond, avec suite de frais et dépens.

b. Par mémoire réponse du 30 novembre 2015, B._____ SA, représentée par Me E._____, conclut au rejet de l'appel et à la confirmation du jugement entrepris, avec suite de frais et dépens. Elle produit un bordereau de quinze pièces.

c. Dans une réplique du 14 décembre 2015, A._____ persiste dans ses conclusions et produit une pièce nouvelle (pièce 53), soit un courriel de Me C._____ à Me F._____ du 11 novembre 2015.

d. Par courrier du 23 décembre 2015, A._____ s'oppose à ce que Me E._____, associé de Me C._____, représente B._____ SA dans la procédure.

e. Dans une duplique de 23 décembre 2015, B._____ SA persiste dans ses conclusions et produit trois pièces nouvelles.

f. Par courrier du greffe de la Cour du 11 janvier 2016, les parties ont été informées de ce que la cause était gardée à juger.

g. Par courrier du 12 janvier 2016, B._____ SA conclut à l'irrecevabilité de la nouvelle conclusion de A._____, subsidiairement à son rejet.

h. Par courrier du 1^{er} février 2016, Me E._____ a porté à la connaissance de la Cour que lors de l'audience du 28 janvier 2016, tenue dans la cause C/1_____, A._____ avait soutenu que le mandat de Me C._____ avait pris fin le 16 janvier 2016, de sorte que l'appel était peut-être devenu sans objet. Se posait également la question de savoir si, s'agissant de la requête en mesures en cas de carence de la société plaidée par A._____, deux instances n'étaient pas saisies de la même question. Etait joint à ce courrier copie des conclusions de A._____ dans la cause précitée.

i. Par courrier de son conseil du 3 février 2016, A._____ a contesté que la procédure d'appel était devenue sans objet et que deux instances étaient saisies du même objet.

C. Les faits pertinents suivants résultent du dossier soumis à la Cour :

a. B._____ SA, de siège à Genève, au capital-actions de 100'000 fr., divisé en cent actions au porteur, est détenu à parts égales par D._____ et A._____.

A teneur de l'art. 17 des statuts, l'assemblée générale prend des décisions et procède aux élections à la majorité absolue des voix représentées. Si un second tour est nécessaire, la majorité relative est suffisante. En cas de partage égal de voix, celle du président est prépondérante.

L'art. 21 des statuts prescrit que la durée des fonctions des administrateurs est d'une année. Elle prend fin lors de l'assemblée générale ordinaire qui suit l'expiration de leur mandat.

D._____ était administrateur président de B._____ SA, et A._____, administrateur secrétaire, tous deux avec pouvoir de signature individuelle.

L'assemblée générale de B._____ SA du 25 mars 2013 n'a pas procédé à l'élection du conseil d'administration, objet qui ne figurait pas à l'ordre du jour.

b. Par requête du 22 octobre 2014 au Tribunal de première instance, A._____ a notamment conclu à la nomination d'un commissaire pour B._____ SA.

Le 12 novembre 2014, D._____ a déclaré intervenir à titre principal et a conclu à la dissolution de la société.

Par jugement du 19 janvier 2015, le Tribunal a, notamment, débouté D._____ de ses conclusions, désigné Me C._____ en qualité d'administrateur avec signature individuelle de B._____ SA pour une durée d'un an soit jusqu'au 19 janvier 2016 et ordonné en conséquence la radiation du Registre du commerce des administrateurs A._____ et D._____.

c. Par courrier du 12 août 2015 à Me C._____, A._____ a sollicité la convocation d'une assemblée générale extraordinaire ayant pour objet "la révocation de votre mandat d'administrateur par la voie judiciaire, conformément à l'art. 731b al. 3 CO", et ce "afin de permettre à la société de fonctionner de manière pérenne au vu de sa bonne situation financière".

Le 24 septembre 2015 s'est tenue l'assemblée générale extraordinaire sollicitée. La révocation du mandat d'administrateur de Me C._____ a été refusée, A._____, représenté et porteur de 50 actions votant pour la révocation, et D._____, également représenté et porteur de 50 actions, votant contre celle-ci.

d. Le 14 octobre 2015, A._____ a saisi le Tribunal d'une requête en révocation de l'administrateur avec mesures provisionnelles en nomination d'un commissaire et requête en mesures en cas de carences dans la société (art. 731b al. 1 et 3 CO et art. 261 al. 1 CPC). Il a pris les mêmes conclusions que devant la Cour en appel, tant sur mesures provisionnelles que sur le fond.

Sans ordonner aucun acte d'instruction, le Tribunal a rendu, le 19 octobre 2015, le jugement querellé. Il a retenu en substance que l'action en révocation de l'administrateur de l'art. 731b al. 3 CO n'était pas ouverte à l'actionnaire, mais exclusivement à la société elle-même représentée par son conseil d'administration ou par l'assemblée générale, de sorte que A._____ n'avait pas la qualité pour agir. Même à admettre que les mesures sollicitées rentraient dans le cadre de l'art. 731b al. 1 et 2 CO, la requête ne serait pas fondée, la société disposant de tous les organes prévus par la loi et ne souffrant d'aucune carence organisationnelle *stricto sensu*.

e. Par requête du 15 décembre 2015 adressée au Tribunal, Me C._____ a conclu à la prolongation pour une année supplémentaire de la mesure ordonnée par jugement 19 janvier 2015, et à ce qu'il soit ordonné à l'administrateur désigné d'informer sans délai le Tribunal si l'objectif poursuivi par la mesure ne pouvait être atteint, afin que ladite mesure soit révoquée (C/1_____). Il a expliqué à l'appui de sa requête qu'il avait sollicité l'expertise privée de deux immeubles propriété de la société, afin d'établir une valeur des actions et de faciliter la liquidation des rapports entre actionnaires.

EN DROIT

- 1. 1.1** L'appel est ouvert contre les décisions finales de première instance portant sur une cause patrimoniale dont la valeur litigieuse au dernier état des conclusions est au moins égale à 10'000 fr. (art. 308 al. 1 et 2 CO).

Les décisions prises en l'application de l'art. 731b CO portent sur des affaires pécuniaires (arrêts du Tribunal fédéral 4A_396/2012 du 24 septembre 2012 consid. 1.1 et 4A_527/2011 du 5 mars 2012 consid. 1.1, non publié à l'ATF 138 III 213).

Lorsque l'action ne porte pas sur le paiement d'une somme d'argent déterminée, le Tribunal détermine la valeur litigieuse si les parties n'arrivent pas à s'entendre sur ce point ou si la valeur qu'elles avancent est manifestement erronée (art. 91 al. 2 CPC). Il se peut toutefois que le juge ne dispose pas des renseignements nécessaires à une évaluation concrète. En pareille situation, on ne voit pas qu'il soit arbitraire de raisonner par présomptions, en supposant d'abord que la valeur de l'enjeu soit en rapport avec celle des affaires que la société traite ou a pour but de traiter en général, et ensuite que cette valeur se trouve elle-même dans un ordre d'importance correspondant au montant du capital social. Selon cette approche, à défaut de base d'évaluation topique, ce dernier montant constitue une référence pertinente (arrêt du Tribunal fédéral 4P.344/2006 du 27 février 2007 consid. 5.2, in RSPC 2007 p. 399).

1.2 En l'espèce, la valeur litigieuse est supérieure à 10'000 fr., tant au regard du montant du capital-actions de la société que de la valeur alléguée des actions dont la vente est requise. C'est ainsi la voie de l'appel qui est ouverte pour contester le jugement entrepris.

1.3 Interjeté en temps utile et selon la forme prescrite pour le surplus, l'appel est recevable (art. 311 al. 1 CPC).

- 2. 2.1** L'instance d'appel revoit la cause en fait et en droit avec un plein pouvoir d'examen (art. 310 CPC; HOHL, Procédure civile, tome II, 2010, n° 2314 et n° 2416; RETORNAZ, L'appel et le recours, in Procédure civile suisse, 2010, p. 349 ss, n. 121).

2.2 Dans la mesure où la correction des carences organisationnelles sert l'intérêt public et de tiers qui n'ont pas participé à la procédure (travailleurs, actionnaires, créanciers), l'action fondée sur l'art. 731b CO est soumise à la maxime d'office, le juge n'étant pas lié par les conclusions des parties (ATF 138 III 407 consid. 2.3; 138 III 294 consid. 3.1.3). La procédure sommaire s'applique en outre (art. 250 let. c ch. 6 et 11 CPC; ATF 138 III 407 consid. 2.3; 138 III 166 consid. 3).

2.3 Lorsque la requête ne paraît pas manifestement irrecevable ou infondée, le tribunal donne à la partie adverse l'occasion de se déterminer oralement ou par écrit (art. 253 CPC).

- 3.** Les faits et moyens de preuve nouveaux ne sont pris en compte que s'ils sont invoqués ou produits sans retard et s'ils ne pouvaient être invoqués ou produits devant le tribunal de première instance bien que la partie qui s'en prévaut ait fait preuve de la diligence requise (art. 317 al. 1 CPC).

En l'espèce, aucune instruction n'a eu lieu devant le premier juge, de sorte que l'intimée n'a pas pu produire des pièces. La question de la recevabilité de celles produites par elle en appel peut cependant rester ouverte, au vu des considérations qui suivent.

La pièce nouvelle produite par l'appelant est recevable, mais sans pertinence pour l'issue du présent appel.

- 4.** L'appelant fait grief au Tribunal d'avoir retenu qu'en sa qualité d'actionnaire il n'avait pas qualité pour demander la révocation de l'administrateur désigné judiciairement et qu'en conséquence la requête était manifestement irrecevable, sans qu'il soit nécessaire d'instruire la cause.

4.1 Au terme de l'art. 731b al. 3 CO, la société peut, pour de justes motifs, demander au juge la révocation de personnes qu'il a nommées.

Selon certains auteurs, cette requête doit émaner de la société. Cela signifie, que selon la personne dont la révocation est demandée, la décision de s'adresser au juge doit être prise soit par l'assemblée générale, soit par le conseil d'administration. Ainsi, en cas de nomination par le juge du conseil d'administration, la décision doit provenir de l'assemblée générale (PETER/CAVADINI, Commentaire romande du Code des obligations II, 2008, n. 19 ad art. 731b CO; SCHÖNBÄCHER, Die Organisationsklage nach art. 731b OR, Diss. Zurich 2013, p. 261 et 262).

La société elle-même - mais pas, de manière singulière, les actionnaires, les créanciers ou le préposé du Registre du commerce - peuvent demander au juge la révocation des personnes nommées par lui pour justes motifs (BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4^{ème} éd., 2009, n. 495 p. 1741).

Selon Lukas MÜLLER et Pascal MÜLLER, le texte de l'art. 731b al. 3 CO est trop restrictif. Une société qui souffre de carence dans son organisation n'est pas en mesure d'agir de manière réfléchie et organisée. C'est pourquoi il est juste de considérer comme recevable une requête de révocation qui émane d'un actionnaire qui représente les intérêts de la société (L. MÜLLER/P. MÜLLER, Organisationsmängel in der Praxis, PJA 2016, p. 42, 55).

RECORDON soutient que lorsque le commissaire est le seul organe de la société et qu'il ne demande pas sa révocation, il faut combler cette lacune législative en autorisant, par analogie avec le premier alinéa de l'article 731b CO, un actionnaire ou un créancier à saisir le juge (RECORDON, Les premiers pas de l'article 731b CO, RSDA 2010, p. 1, 6; du même avis SCHÖNBÄCHER, op. cit., p. 261, lequel retient que dans ce cas l'actionnaire ou le créancier doit demander à l'organe compétent d'intenter l'action en révocation).

4.2 La Cour retient, conformément au texte clair de la loi et à la doctrine majoritaire, que la requête de révocation ne peut émaner que de la société. L'appelant l'avait d'ailleurs bien compris puisqu'il avait demandé la convocation d'une assemblée générale extraordinaire à cette fin. Dès lors, le premier juge était fondé à déclarer la requête irrecevable d'entrée de cause, sans instruction.

Le jugement sera confirmé sur ce point.

- 5.** L'appelant reproche également au premier juge de n'avoir pas retenu une carence fonctionnelle de la société au vu de l'impossibilité de l'assemblée générale de prendre des décisions par un vote à la majorité absolue, en raison du nombre de voix égal dont disposent les deux actionnaires principaux. Cette incapacité de l'assemblée générale de prendre des décisions rendait également impossible la tâche de l'administrateur désigné par le juge, de sorte que la société se trouvait comme privée d'organe.

L'appelant se plaint également d'une violation de son droit d'être entendu, au motif que le premier juge a refusé d'instruire la cause et de tenir une audience, au vu des offres de preuve faites à l'appui de sa requête.

5.1 Lors que la société ne possède pas tous les organes prescrits ou qu'un de ces 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 (art. 731b al. 1 CO).

La carence peut être fonctionnelle lorsqu'un blocage survient au sein de l'organe dirigeant. Selon la jurisprudence, un tel blocage tombe sous le coup de l'art. 731b CO lorsqu'il rend impossible la gestion de la société sur la durée et équivaut ainsi par sa gravité à l'absence totale de l'organe. Tel n'est pas le cas si l'un des gérants peut agir et représenter seul la société (CHENAUX/HÄNNI, Carence dans l'organisation de la société : étude des aspects matériels et procéduraux de l'art. 731b CO, in JdT 2013 II p. 97, 103; arrêt du Tribunal fédéral 4A_522/2011 du 13 janvier 2012, c. 2.1.).

Il est de jurisprudence constante qu'en vertu de l'art. 731b al. 1 CO, il y a carence dans l'organisation de la société notamment lorsqu'un blocage persistant au sein de l'actionnariat empêche l'élection d'un organe (arrêt 4A_630/2011 du 7 mars 2012

consid. 2.3 non publié in ATF 138 III 166; ATF 138 III 294 consid. 3.1.5 p. 299; cf. CHENAUX/HÄNNI, op. cit., p. 101 s., et les arrêts cités; arrêt du Tribunal fédéral 4A_235/2013 du 27 mai 2014 consid. 2.2.1).

5.2 En l'espèce, il n'est pas contesté que l'assemblée générale ne peut prendre de décisions en cas de désaccord des actionnaires, chacun d'eux disposant du même nombre de voix. Cela étant, c'est précisément parce qu'il existait cette situation de blocage que le Tribunal, par jugement du 19 janvier 2015, a désigné Me C. _____ en qualité d'administrateur de la société. Comme l'a retenu à juste titre le premier juge dans la décision querellée, le seul fait que l'assemblée générale ne soit pas en mesure de décider de saisir le juge en vue de la révocation de l'administrateur nommé par lui, ne constitue pas une carence organisationnelle justifiant l'admission de la requête.

De plus, on voit mal en quoi la mesure sollicitée par l'appelant, soit la nomination d'un commissaire, en lieu et place de l'administrateur actuel, permettrait de remédier à la situation de blocage existante au sein de l'assemblée générale.

Enfin, les mesures que l'administrateur a expliqué avoir prises à l'appui de sa requête de prolongation de son mandat en vue de la liquidation des rapports entre actionnaires vont dans le sens des conclusions prises par l'appelant et sont le préalable nécessaire à une éventuelle vente des actions de l'un des actionnaires à l'autre.

Au vu des considérations qui précèdent, le premier juge a retenu à bon droit que la requête déposée par l'appelant n'était pas fondée.

Dans la mesure où le Tribunal a en conséquence fait une juste application de l'art. 253 CPC, l'appelant, qui a eu l'occasion de s'exprimer lors du dépôt de sa requête, n'est pas fondé à se plaindre d'une violation de son droit d'être entendu.

- 6.** L'appelant, qui succombe, sera condamné aux frais de l'appel, arrêtés à 3'000 fr. (art. 26 règlement fixant le tarif des frais en matière civile du 22 décembre 2010 (RTFMC - E 1 05.10), compensés avec l'avance du même montant qui reste acquise à l'Etat.

Il sera en outre condamné à verser à l'intimée 2'500 fr. à titre de dépens d'appel (art. 85, 88, 80 RTFMC; art. 23 et 26 LaCC).

* * * * *

**PAR CES MOTIFS,
La Chambre civile :**

A la forme :

Déclare recevable l'appel interjeté par A._____ contre le jugement JTPI/12210/2015 rendu le 19 octobre 2015 par le Tribunal de première instance dans la cause C/21144/2015-10 SFC.

Au fond :

Confirme le jugement entrepris.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Sur les frais :

Arrête les frais judiciaires d'appel à 3'000 fr. et les met à la charge de A._____.

Dit qu'ils sont compensés avec l'avance du même montant, qui reste acquise à l'Etat de Genève, soit pour lui les Services financiers du Pouvoir judiciaire.

Condamne A._____ à verser à B._____ SA la somme de 2'500 fr. à titre de dépens d'appel.

Siégeant :

Monsieur Laurent RIEBEN, président; Madame Pauline ERARD et Madame Fabienne GEISINGER-MARIÉTHOZ, juges; Madame Céline FERREIRA, greffière.

Le président :

Laurent RIEBEN

La greffière :

Céline FERREIRA

Indication des voies de recours :

Conformément aux art. 72 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF; RS 173.110), le présent arrêt peut être porté dans les trente jours qui suivent sa notification avec expédition complète (art. 100 al. 1 LTF) par-devant le Tribunal fédéral par la voie du recours en matière civile.

Le recours doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14.