

**COUR D'APPEL CIVILE**

---

---

Arrêt du 2 juin 2020

---

Composition : Mme GIROUD WALTHER, présidente  
Mmes Kühnlein et Cherpillod, juges  
Greffière : Mme Laurency

\*\*\*\*\*

**Art. 731b al. 1 aCO ; art. 59 al. 2 let. a et 317 al. 2 CPC**

Statuant sur les appels interjetés par **A.J.**\_\_\_\_\_, à [...], intervenant, et **N.**\_\_\_\_\_ **SA**, à [...], intimée, contre le jugement rendu le 12 août 2019 par la Présidente du Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois dans la cause divisant les appelants d'avec **O.**\_\_\_\_\_, à [...], requérante, la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal considère :

**En fait :**

**A.** Par jugement du 12 août 2019, dont les considérants écrits ont été adressés aux parties le 3 mars 2020, la Présidente du Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois (ci-après : la présidente ou le premier juge) a admis la requête déposée le 19 juin 2018 par O.\_\_\_\_\_ à l'encontre de N.\_\_\_\_\_ SA (I), a nommé Me K.\_\_\_\_\_, pour adresse L.\_\_\_\_\_, avenue de [...], case postale [...], à [...], en qualité de commissaire de la société N.\_\_\_\_\_ SA avec pour mission, d'une part, de trouver des solutions permettant à la société N.\_\_\_\_\_ SA de retrouver un fonctionnement autonome dans sa capacité à désigner ses organes, notamment son conseil d'administration, et d'autre part, de gérer et d'administrer N.\_\_\_\_\_ SA, ainsi que de la représenter et faire valoir ses droits dans toutes les procédures judiciaires pendantes ou à venir, en mandatant, le cas échéant l'avocat de son choix (II), a dit que la mission de Me K.\_\_\_\_\_ était limitée à une année, dite mission pouvant être renouvelée en cas de nécessité (III), a ordonné à la société N.\_\_\_\_\_ SA de faire l'avance d'une provision à la commissaire nommée sous chiffre II, sur simple réquisition de cette dernière (IV), a arrêté les frais judiciaires à 1'600 fr. et les a mis à la charge de N.\_\_\_\_\_ SA (V), a arrêté les frais de la procédure d'intervention intentée par A.J.\_\_\_\_\_ à 600 fr. et les a mis à la charge de N.\_\_\_\_\_ SA (VI), a fixé l'indemnité du conseil d'office d'O.\_\_\_\_\_ allouée à Me Cyrille Bugnon à 5'747 fr. 30, débours, vacation et TVA compris, pour l'activité déployée entre le 15 juin 2018 et le 1<sup>er</sup> juillet 2019 (VII), a condamné la société N.\_\_\_\_\_ SA à verser à O.\_\_\_\_\_ la somme de 10'000 fr. à titre de pleins dépens et a dit que l'Etat, par le biais du Service Juridique et Législatif, était subrogé dans les droits d'O.\_\_\_\_\_ s'il était amené à verser l'indemnité de 5'747 fr. 30 prévue sous chiffre VII (VIII), a dit qu'O.\_\_\_\_\_, bénéficiaire de l'assistance judiciaire était, aux conditions de l'art. 123 CPC, tenue au remboursement de l'indemnité de son conseil d'office laissée provisoirement à la charge de l'Etat (IX) et a rejeté toutes autres ou plus amples conclusions (X).

En droit, la présidente a considéré qu'il n'y avait pas lieu de s'éloigner des statuts de N.\_\_\_\_\_ SA qui prévoyaient que le mandat des membres du conseil d'administration était d'une durée déterminée d'un an. Il fallait admettre que l'expression de la volonté de l'assemblée générale était irremplaçable de sorte qu'une prolongation tacite du mandat ne pouvait être admise. Aucune élection n'était intervenue au sein de N.\_\_\_\_\_ SA depuis 2009. A défaut d'éléments attestant d'une réélection valable depuis 2010, tant le mandat d'O.\_\_\_\_\_ que celui d'A.J.\_\_\_\_\_ avaient pris fin en 2010, soit une année après leur réélection intervenue lors de la dernière assemblée générale ordinaire du 19 juin 2009. Pour cette raison déjà, il y avait lieu de constater que N.\_\_\_\_\_ SA, dépourvue de conseil d'administration, se trouvait dans une situation de carence justifiant l'application de l'art. 731b CO. Le premier juge a encore considéré qu'en tout état de cause, et à supposer que N.\_\_\_\_\_ SA était valablement constituée d'un conseil d'administration, il ressortait clairement de la procédure que la gestion de N.\_\_\_\_\_ SA était impossible dans les conditions actuelles et que le blocage était patent. Il existait des dissensions importantes entre les deux (ndlr : prétendus) administrateurs et actionnaires, voire des conflits d'intérêts préjudiciables à N.\_\_\_\_\_ SA. La perspective d'un rétablissement de la situation par les actionnaires eux-mêmes semblait sans espoir au regard de la durée, de la persistance et de la gravité du blocage. La nomination d'un commissaire apparaissait ainsi être la mesure la plus opportune compte tenu du blocage complet de la société sur des décisions importantes, notamment quant aux procédures judiciaires et administratives pendantes. Me K.\_\_\_\_\_ pouvait par conséquent être désignée commissaire.

**B.**           **a)** A.J.\_\_\_\_\_ a interjeté appel contre la décision précitée le 16 mars 2020 et a conclu en substance à l'annulation du jugement s'agissant de la nomination de Me K.\_\_\_\_\_ comme commissaire, à la « non entrée en matière » sur la requête d'O.\_\_\_\_\_, à la radiation du nom de cette dernière du Registre du commerce, « avec ça à remettre sans autre en fonction l'organe du conseil d'administration comme c'était le cas avant l'arrêt du Tribunal fédéral du 15 janvier 2016 », à la

nomination de Me K.\_\_\_\_\_ comme troisième administrateur si la radiation d'O.\_\_\_\_\_ n'était pas ordonnée ainsi qu'à la condamnation d'O.\_\_\_\_\_ aux « charges de cette procédure » et au versement à N.\_\_\_\_\_ SA de « tous les frais et toutes les indemnités, TVA incluse, de cette instance de la procédure et de la première instance ».

**b)** Par acte du 16 mars 2020, N.\_\_\_\_\_ SA, représentée par Mes François Bianchi et Manuel Werder, avocats au sein de l'étude Nieder Kraft Frey SA, mandatés par A.J.\_\_\_\_\_, a interjeté appel contre la décision précitée et a conclu, sous suite de frais et dépens, à son annulation, à la constatation de la nullité des décisions des assemblées générales de N.\_\_\_\_\_ SA des 30 septembre 2007, 5 avril 2008 et 19 juin 2009, à ce qu'il soit donné ordre au Registre du commerce du Canton de Vaud de radier O.\_\_\_\_\_ de sa fonction d'administratrice présidente de N.\_\_\_\_\_ SA, subsidiairement à ce que Me K.\_\_\_\_\_ soit nommée comme membre supplémentaire du conseil d'administration de N.\_\_\_\_\_ SA, et à ce que tous les frais et toutes les indemnités, TVA incluse, liés à la procédure devant la première et la deuxième instance, soient mis à la charge d'O.\_\_\_\_\_.

**c)** Par courrier du 3 avril 2020, Me Michel Chavanne, mandaté par O.\_\_\_\_\_ et agissant au nom et pour le compte de N.\_\_\_\_\_ SA, a déposé une requête d'exécution anticipée du jugement du 12 août 2019. Subsidiairement, il a conclu à la nomination à titre provisionnel et pour la durée de la procédure d'appel de Me K.\_\_\_\_\_, en qualité de commissaire de la société N.\_\_\_\_\_ SA, avec pour mission de procéder à la gestion courante de la société, de la représenter et de faire valoir ses droits dans toutes les procédures judiciaires pendantes ou à venir.

Agissant au nom et pour le compte d'O.\_\_\_\_\_, Me Cyrille Bugnon a également déposé une requête d'exécution anticipée le 14 avril 2020, concluant principalement à l'exécution anticipée de la décision du 12 août 2019 et subsidiairement à la nomination à titre provisionnel et pour la durée de la procédure d'appel de Me K.\_\_\_\_\_, en qualité de commissaire de la société N.\_\_\_\_\_ SA, avec pour mission d'assurer la

gestion courante de la société, de la représenter et de faire valoir ses droits dans toutes les procédures judiciaires pendantes ou à venir.

Me Bugnon a en outre requis le bénéfice de l'assistance judiciaire pour O.\_\_\_\_\_, requête à laquelle la Juge déléguée de la Cour d'appel civile (ci-après : la juge déléguée) a fait droit par ordonnance du 5 mai 2020.

Dans ses déterminations du 24 avril 2020, A.J.\_\_\_\_\_ a conclu au rejet des requêtes d'exécution anticipée.

Mes Werder et Elena Rodriguez, pour N.\_\_\_\_\_ SA, se sont déterminés le 24 avril 2020 sur les requêtes d'exécution anticipée, en concluant, sous suite de frais et dépens, au rejet des conclusions principales et subsidiaires de Me Bugnon et à ce qu'il ne soit pas entré en matière sur celles de Me Chavanne, qui ne devait pas être admis comme représentant de N.\_\_\_\_\_ SA. A titre préliminaire, il a été demandé de n'envoyer ces déterminations à O.\_\_\_\_\_, Mes Bugnon et Chavanne, qu'avec l'avis de déposer une réponse éventuelle à l'appel de N.\_\_\_\_\_ SA du 16 mars 2020.

Par courrier du 6 mai 2020, la juge déléguée a informé Me Werder qu'il n'y avait pas de motif suffisant justifiant de renoncer à la communication des actes de procédure aux parties adverses. Ces actes ne contenaient aucun secret d'affaires qui nécessiterait qu'il soit porté atteinte à un droit essentiel de procédure. Par ailleurs, le fait qu'O.\_\_\_\_\_ soit légitimée à représenter la société N.\_\_\_\_\_ SA était précisément une des questions litigieuses en appel et partant, un fait de double pertinence à examiner dans l'arrêt à intervenir, sans qu'il faille considérer au stade de l'instruction de l'appel qu'elle devait se voir refuser l'accès au dossier.

Par courrier du 19 mai 2020, Me Chavanne a contesté tout pouvoir de représentation en faveur de Me Werder, de même que les affirmations contenues dans les déterminations de Me Werder et d'A.J.\_\_\_\_\_.

Par courrier du 26 mai 2020, la juge délégué a informé les parties que la cause était gardée à juger, qu'il n'y aurait pas d'autre échange d'écriture et qu'aucun fait ou moyen de preuve nouveau ne serait pris en compte.

**C.** La Cour d'appel civile retient les faits pertinents suivants, sur la base du jugement complété par les pièces du dossier :

**1.** N.\_\_\_\_\_ SA (ci-après : l'intimée) est une société anonyme inscrite au Registre du commerce du Canton de Vaud depuis le [...] 1994, dont le but est notamment l'édification de systèmes d'information pour des sociétés affiliées, pour des partenaires et des tiers ainsi que la vente de prestations et de services liés à ce but.

O.\_\_\_\_\_ (ci-après : la requérante) est inscrite en qualité d'administratrice présidente de N.\_\_\_\_\_ SA. Son époux, A.J.\_\_\_\_\_, est pour sa part inscrit en qualité d'administrateur. Les deux administrateurs sont au bénéfice d'un droit de signature individuelle.

**2. a)** Les statuts de la société N.\_\_\_\_\_ SA prévoient ce qui suit :

**« Article 11 Election, constitution**

Le conseil d'administration se compose d'un ou de plusieurs membres. En règle générale, il est élu lors de l'assemblée générale ordinaire et pour la durée d'une année. Les fonctions des membres du conseil d'administration prennent fin le jour de l'assemblée générale ordinaire suivante. La démission préalable et la révocation demeurent réservées. Les nouveaux membres se substituent aux membres sortants s'agissant de déterminer la durée des fonctions qui reste à courir.

Les membres du conseil d'administration sont rééligibles en tout temps. Le conseil d'administration se constitue lui-même. Il désigne son président et le secrétaire, lequel n'appartient pas nécessairement au conseil d'administration. »

**b)** Le capital-actions de la société intimée est fixé à 500'000 francs. Il est divisé en cinq cents actions au porteur de mille francs chacune qui ne sont pas incorporées dans des titres.

**c)** Lors de sa fondation le [...] 1994, le capital-actions de l'intimée, anciennement D. \_\_\_\_\_ AG, se montait à 100'000 fr. souscrit à 98 % par A.J. \_\_\_\_\_. Les 2 % restants, initialement souscrits par deux tierces personnes, ont été cédés à A.J. \_\_\_\_\_ qui est devenu unique actionnaire de l'intimée.

**d)** Le [...] 2004, le capital-actions de l'intimée a été porté à 500'000 francs. A cette occasion, A.J. \_\_\_\_\_ a acquis 360 nouvelles actions et le fils commun des parties, B.J. \_\_\_\_\_, les 40 restantes.

**e)** Par décision de l'assemblée générale du 30 septembre 2007, la requérante a été nommée en qualité d'administratrice de la société intimée. Le procès-verbal indique que la requérante détenait 20 % des actions, le fils des parties 10 % et A.J. \_\_\_\_\_ 70 %.

**f)** Le procès-verbal de l'assemblée générale de l'intimée qui s'est tenue le 5 avril 2008 indique que la requérante et A.J. \_\_\_\_\_ détenaient 250 actions chacun.

**g)** Par décision de l'assemblée générale du 19 juin 2009, la requérante a été reconduite dans sa fonction d'administratrice présidente et A.J. \_\_\_\_\_ dans celle d'administrateur délégué, tous deux avec signature individuelle. Selon le procès-verbal de dite assemblée établi en la forme authentique, l'entier du capital-actions de l'intimée était représenté par la présence de la requérante et de A.J. \_\_\_\_\_.

**3.** Le 18 janvier 2012, A.J. \_\_\_\_\_ a déposé, devant le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois, une procédure en blocage de la réquisition d'inscription au Registre du commerce demandée par la requérante, qui tendait à ce que la signature individuelle

d'A.J.\_\_\_\_\_ soit radiée et remplacée par l'autorisation de signer à deux collectivement.

**4.** Sur convocation d'A.J.\_\_\_\_\_, une assemblée générale universelle de la société intimée s'est tenue le 15 février 2012. Le procès-verbal signé par ce dernier, en qualité de « président du jour », et par le fils des parties, en qualité de secrétaire, indique que la totalité du capital-actions de 500'000 fr. était représenté. Il mentionne également que le fils des parties a été unanimement élu comme nouveau membre du conseil d'administration et A.J.\_\_\_\_\_ unanimement réélu comme membre du conseil d'administration. La requérante n'avait pas été réélue après la durée statutaire de son mandat. Le « président du jour » notait que tous les actionnaires étaient présents durant toute la durée de l'assemblée générale.

La requérante n'a pas assisté à ladite assemblée dont elle n'a pas été informée et à laquelle elle n'a pas été convoquée. Sur la base dudit procès-verbal, la requérante a été radiée du Registre du commerce où elle figurait en qualité d'administratrice.

**5.** La requérante et A.J.\_\_\_\_\_ vivent séparément selon convention de mesures protectrices de l'union conjugale ratifiée le 16 mars 2012 par la Présidente du Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois.

**6.** Le 25 septembre 2012, la requérante a déposé par devant la Chambre patrimoniale cantonale une demande tendant à faire constater sa qualité d'actionnaire à 50 % de la société intimée depuis le 5 avril 2008 et la nullité des décisions prises lors de l'assemblée générale du 15 février 2012, ainsi qu'à faire radier les inscriptions opérées sur la base du procès-verbal du 15 février 2012. L'affaire a été portée jusque devant le Tribunal fédéral, qui a constaté la nullité des décisions prises lors de l'assemblée générale du 15 février 2012 (TF 4A\_248/2015 du 15 janvier 2016). Il a par conséquent ordonné la radiation au Registre du commerce des inscriptions

opérées sur la base de ces décisions. Dans ces motifs, le Tribunal fédéral retient notamment ce qui suit (consid. 4.3) :

« Des procès-verbaux précités, il ressort sans ambiguïté aucune que l'intimée est actionnaire de la société, qu'elle détient une part du capital-actions. A la lecture des procès-verbaux, un tiers ne saurait avoir un doute à ce sujet. Les procès-verbaux satisfont donc aux exigences de sécurité juridique que la forme juridique doit assurer.

La volonté du mari de céder une part du capital-actions à l'intimée, son épouse, n'est pas expressément manifestée, mais elle découle implicitement des procès-verbaux. Dès lors que le mari, actionnaire unique ou nettement majoritaire, signe, serait-ce comme membre du conseil d'administration, un procès-verbal de l'assemblée générale dans lequel il déclare que son épouse détient une partie du capital-actions, son intention de céder ainsi une partie du capital-actions qu'il détient jusqu'alors est manifeste. On ne discerne d'ailleurs pas quelle autre intention il aurait pu vouloir poursuivre par cette déclaration, et la recourante n'en dit mot.

[...] »

**7.** Le 28 janvier 2016, la requérante a été réinscrite au Registre du commerce en qualité d'administratrice présidente de la société intimée, avec pouvoir de signature individuelle.

**8. a)** Des procès-verbaux de séance intitulée « CA N. \_\_\_\_\_ SA » ont été établis par la requérante notamment les 16 mai 2016, 19 mai 2017, 8 juin 2017, 20 juin 2017, 11 janvier 2018 et 23 mai 2018. Ces procès-verbaux ne sont pas signés par A.J. \_\_\_\_\_.

**b)** Par courriel daté du 23 mai 2018 adressé à Mes Michel Chavanne, Nathanaël Pétermann, Cyrille Bugnon ainsi qu'en copie à Mes Pierre-André Oberson, Sébastien Friant et Manuel Werder, A.J. \_\_\_\_\_ a notamment écrit ce qui suit au sujet du procès-verbal de la séance du 23 mai 2018 :

« Pour le cas où vous aussi vous seriez en possession de ce PV sachez

- que je conteste formellement le droit d'O. \_\_\_\_\_ de tenir des CA pour N. \_\_\_\_\_ SA et de prendre des décisions toute seule ;
- que ce document a été établi après mon départ de la réunion et que je ne l'ai pas lu avant l'envoi ;

- que je n'ai aucunement signé ou approuvé ce document ;
- que je ne suis absolument pas d'accord ni avec la forme ni avec le contenu de ce PV ;
- qu'O.\_\_\_\_\_ n'a pas le droit d'envoyer N.\_\_\_\_\_ SA en « curatelle » pour me destituer de mon rôle d'administrateur que je détiens depuis 1994 – soit 24 ans – avec succès ;
- que j'ai élu O.\_\_\_\_\_ présidente de N.\_\_\_\_\_ SA en juin 2009 pour une année, qu'elle n'a jamais été réélue et que son mandat est échu depuis juillet 2010.

En conséquence, si O.\_\_\_\_\_ vous donne un mandat sans mon accord et si vous vous engagez dans cette affaire, votre activité ne sera pas rémunérée. [...] »

**c)** L'intimée est partie à plusieurs procédures pendantes devant les autorités judiciaires vaudoises, notamment devant le Tribunal des baux dans le cadre d'une action en constatation de la nullité d'un contrat de bail conclu avec une société d'A.J.\_\_\_\_\_, devant le Ministère public de l'arrondissement de l'Est vaudois en qualité de plaignante dans une procédure pénale instruite à l'encontre d'A.J.\_\_\_\_\_ pour escroquerie, gestion déloyale, faux dans les titres et obtention frauduleuse d'une constatation fausse, ainsi que devant la Chambre patrimoniale cantonale dans le cadre d'une procédure en réclamation pécuniaire au sujet des quotes-parts de l'actionnariat.

Dans le cadre de cette dernière procédure, la Juge déléguée de la Chambre patrimoniale cantonale a notamment écrit ce qui suit aux parties, par courrier du 9 septembre 2016 :

« A l'examen de cette affaire, il m'apparaît que l'on se trouve actuellement dans le cas d'un blocage au sein de l'actionnariat. Or, il ressort de la jurisprudence et de la doctrine qu'un tel cas peut conduire à l'intervention du juge au sens de l'art. 731b CO, par exemple par la nomination d'un commissaire [...].

Dès lors, j'envisage de recourir à cette disposition. »

**9.**           **a)** Une procédure administrative diligentée contre l'intimée par la Direction générale de l'environnement (DGE) est aussi en cours au sujet d'une pompe à chaleur forée sous la parcelle [...] de la Commune de [...] dont l'intimée est propriétaire.

Par courriers datés des 7 novembre et 22 décembre 2017, la DGE a, en substance, informé l'intimée qu'elle entendait révoquer la concession octroyée pour l'usage thermique des eaux souterraines du domaine public en raison d'une violation des conditions d'exploitation notamment quant à la profondeur du forage.

Il est par ailleurs reproché à l'intimée d'être potentiellement responsable de fissures apparues dans le milieu bâti du quartier, fissures mises en lien avec le forage et l'exploitation de l'installation de l'intimée.

**b)** Par courriel du 26 novembre 2017, A.J.\_\_\_\_\_ a informé la requérante qu'il n'entendait pas remplir d'avis de sinistre en lien avec d'éventuels dommages causés par les travaux de forage litigieux dans le cadre de la procédure administrative diligentée par la DGE. Il a notamment indiqué qu'aucun élément ne permettait d'établir un lien de cause à effet entre l'exploitation de l'installation et les fissures des bâtiments de sorte qu'il n'y avait pas de sinistre à aviser.

Le 19 décembre 2017, la requérante a rempli et signé un avis de sinistre en lien avec ces éventuels dommages.

**10. a)** Une expertise privée portant sur les comptes 2011 à 2016 ainsi que partiellement sur les comptes 2017 de l'intimée et de la société D.\_\_\_\_\_ SA a été confiée conjointement par la requérante et A.J.\_\_\_\_\_ à la Fiduciaire B.\_\_\_\_\_ SA.

Le rapport d'expertise du 14 mai 2018 parvient notamment à la conclusion que la gestion n'est pas optimale, que les délais administratifs (annonce AVS, annonce LPP, décompte TVA, déclaration fiscale, etc.) ne sont pas respectés, ce qui provoque des dépenses inutiles (amendes et/ou intérêts de retard). Un meilleur encadrement au niveau du conseil d'administration pourrait s'avérer utile.

**b)** Le rapport d'expertise complémentaire du 12 novembre 2018 concernant les comptes 2017 indique, entre autres éléments, que

des montants n'ont pas été versés à certains créanciers en 2017. L'expert mentionne également que les factures d'avocats représentent la majorité des créanciers de l'intimée, soit 112'592 fr. 85 en faveur de Niederer Kraft & Frey, 8'034 fr. 90 en faveur de Me [...] et 13'311 fr. 75 en faveur de Me [...].

**11.**        **a)** Par acte du 19 juin 2018, la requérante, représentée par Me Bugnon, a demandé à titre préalable la nomination d'un commissaire pour représenter la société N.\_\_\_\_\_ SA dans le cadre de la procédure initiée. Principalement, elle a requis la désignation de Me M.\_\_\_\_\_ en qualité de commissaire de N.\_\_\_\_\_ SA, subsidiairement de toute autre personne que justice dira, auquel il y avait lieu de confier la mission de gérer et d'administrer la société, ainsi que de la représenter et de faire valoir ses droits dans toutes les procédures judiciaires, étant précisé que, pour ce faire, le commissaire aurait la faculté, au besoin, de mandater l'avocat de son choix. Elle a en outre demandé que l'avance des frais du commissaire soit faite par N.\_\_\_\_\_ SA.

**b)** L'intimée, représentée par Me Chavanne, s'est déterminée par courrier du 17 août 2018 et a déclaré ne pas s'opposer à la nomination d'un commissaire. Me Chavanne a en revanche contesté le pouvoir de représentation de l'intimée par Mes Bianchi et Werder.

**c)** L'intimée, représentée par Me Bianchi et Me Werder, s'est déterminée par courriers des 20 septembre 2018 et 21 janvier 2019 et a indiqué être opposée à la nomination d'un commissaire. Ces derniers ont par ailleurs contesté le pouvoir de représentation de l'intimée par Me Chavanne.

**d)** Par décision rendue le 21 janvier 2019, la présidente a admis la requête d'intervention accessoire déposée le 7 septembre 2018 par Me Oberson pour le compte d'A.J.\_\_\_\_\_.

**e)** L'intervenant A.J.\_\_\_\_\_, représenté par Me Oberson, a déposé des déterminations le 20 septembre 2019 au pied desquelles il a

conclu, avec suite de frais et dépens, au rejet de la requête déposée le 19 juin 2018 par la requérante.

**12.** La requérante, assistée par Me Bugnon, l'intimée, assistée par Me Aurèle Bertrand de l'étude Niederer Kraft & Frey SA, et par Me Chavanne, ainsi que l'intervenant A.J.\_\_\_\_\_, assisté par Me Oberson, ont été entendus lors de l'audience de jugement qui s'est tenue le 1<sup>er</sup> juillet 2019.

**13.** Le jugement a été rendu sous forme de dispositif le 12 août 2019 par la présidente. Le 15 août 2019, Me Werder a demandé la motivation de ladite décision. Me Oberson en a fait de même le 19 août 2019.

### **En droit :**

#### **1.**

**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.

**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.

**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.

#### **1.4**

**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.

**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<sup>e</sup> éd., Bâle 2019, nn. 10-12 ad art. 317 al. 2 CPC).

**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.

## **1.5**

**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.

## **1.5.2**

**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 (Chenaux/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 Chenaux/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 (Chenaux/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 *novas* 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).

**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'actionnariat 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 (Chenaux/Hänni, *op. cit.*, JdT 2013 II 115-116).

**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 inexactes, est incomplète (consid. 1.5.2 *supra*) et ne change rien à ce qui précède.

## **1.6**

**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.

**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).

**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.

**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).

**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.

**4.**

**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.

## **4.2**

**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.

**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 obligations du 19 décembre 2001, FF 2002 3028 ; Böckli, Schweizer Aktienrecht, 4<sup>e</sup> 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).

**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'actionnariat empêche l'élection d'un organe (ATF 140 III 349 consid. 2.1 et les réf. citées).

**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).

**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).

## **4.5**

**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).

**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<sup>e</sup> 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<sup>e</sup> 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]).

**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).

**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 plaidé 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.

## **5.**

**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.

**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.

## **6.**

**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.

**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).

**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.

**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 réduite 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 défraiement 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.

Par ces motifs,  
la Cour d'appel civile  
prononce :

- I.** Les appels sont rejetés dans la mesure où ils sont recevables.
- II.** Le jugement est confirmé.
- III.** Les requêtes d'exécution anticipée sont sans objet.
- IV.** Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 6'000 fr., sont mis à la charge de l'appelante N. \_\_\_\_\_ SA par 3'000 fr. (trois mille francs) et à la charge de l'appelant A.J. \_\_\_\_\_ par 3'000 fr. (trois mille francs).
- V.** Il n'est pas alloué de dépens de deuxième instance.

**VI.** L'indemnité de Me Cyrille Bugnon, conseil de l'intimée O.\_\_\_\_\_, est arrêtée à 500 fr. (cinq cents francs), débours et TVA compris.

**VII.** 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.

**VIII.** L'arrêt est exécutoire.

La présidente :

La greffière :

Du

Le présent arrêt, dont la rédaction a été approuvée à huis clos, est notifié à :

- M. A.J.\_\_\_\_\_,
- Mes François Bianchi et Manuel Werder (pour N.\_\_\_\_ SA),
- Me Cyrille Bugnon (pour Mme O.\_\_\_\_),
- Me Michel Chavanne,

et communiqué, par l'envoi de photocopies, à :

- Madame la Présidente du Tribunal civil d'arrondissement de l'Est vaudois,
- Me K.\_\_\_\_\_,
- Registre du commerce du Canton de Vaud.

La Cour d'appel civile considère que la valeur litigieuse est supérieure à 30'000 francs.

Le présent arrêt peut faire l'objet d'un recours en matière civile devant le Tribunal fédéral au sens des art. 72 ss LTF (loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral - RS 173.110), le cas échéant d'un recours constitutionnel subsidiaire au sens des art. 113 ss LTF. Dans les affaires pécuniaires, le recours en matière civile n'est recevable que si la valeur litigieuse s'élève au moins à 15'000 fr. en matière de droit du travail et de droit du bail à loyer, à 30'000 fr. dans les autres cas, à moins que la contestation ne soulève une question juridique de principe (art. 74 LTF). Ces recours doivent être déposés devant le Tribunal fédéral dans les trente jours qui suivent la présente notification (art. 100 al. 1 LTF).

La greffière :