

Sébastien Bettschart\*

## Convocation de l'assemblée générale et abus de droit

Une société prise en otage par son administrateur – Commentaire des arrêts 4A\_507/2014 et 4D\_73/2014 du 15 avril 2015

### Table des matières

- I. Résumé des faits
  1. B SA
  2. Détérioration des relations entre A et C
  3. Requête en convocation de l'assemblée générale
  4. Décisions cantonales et recours au Tribunal fédéral
- II. Droit
  1. Jugements cantonaux
    - 1.1 Tribunal du district de Sion
    - 1.2 Tribunal cantonal valaisan
  2. Recevabilité et valeur litigieuse
  3. Motifs du Tribunal fédéral
    - 3.1 Nomination d'un commissaire au sens de l'art. 731b CO?
    - 3.2 Principes régissant la convocation et l'organisation de l'assemblée générale
    - 3.3 Intérêt de l'actionnaire et légitimation à l'assemblée générale
    - 3.4 Coordination avec l'action en annulation des décisions de l'assemblée générale
    - 3.5 Contenu et portée de la décision
- III. Commentaires
  1. Procédure sommaire
  2. Intérêt à agir
  3. Légitimation active
  4. Autres conditions à l'exercice du droit de convoquer l'assemblée générale
  5. Tenue de l'assemblée générale
  6. Coordination entre les art. 699 IV et 731b CO
  7. Délai pour convoquer

### Résumé

1. Le fait de tenir un simulacre d'assemblée générale n'a pas d'effet sur l'intérêt à agir de l'actionnaire qui requiert la convocation de l'assemblée générale.
2. L'action en convocation de l'assemblée générale est soumise à la procédure sommaire. Le tribunal examine les faits sous l'angle de la vraisemblance seulement. La décision du tribunal d'ordonner la convocation de l'assemblée générale ne confère pas l'autorité de la chose jugée à la question de la légitimation de l'actionnaire vis-à-vis de la société.

3. Le tribunal peut non seulement ordonner la convocation de l'assemblée générale mais également désigner un tiers neutre pour l'organiser et la présider. La délimitation avec la procédure prévue en cas de carence dans l'organisation de la société reste à préciser.

### I. Résumé des faits

#### 1. B SA

B SA est une société anonyme dont le capital-actions est de CHF 100'000.–, divisé en 100 actions au porteur.

A détient au moins 85 % des actions émises par B SA. La question de savoir qui est propriétaire des 15 % restants est litigieuse entre les parties.

Lors de la fondation de B SA, le 9 août 2000, C a été nommé administrateur unique.

#### 2. Détérioration des relations entre A et C

Dès 2009, A et C ont eu des divergences de vue concernant leurs relations d'affaires en général et la gestion de B SA en particulier.

Le 19 novembre 2010, A a déclaré à C résilier avec effet immédiat la convention de fiducie qu'ils avaient conclue en 2005 et par laquelle C avait mandat d'encaisser des commissions revenant à A.

Le 17 décembre 2010, A a fixé à C un délai au 23 décembre 2010 pour lui faire parvenir les certificats d'actions de B SA remises à C pour l'exécution de la convention de fiducie.

Le 23 décembre 2010, C a informé qu'il ne remettrait les actions de B SA – détenues à hauteur de 85 % en son nom mais pour le compte d'A – que contre signature d'une feuille de route préparée par le médiateur consulté par A et C et une fois payée en sa faveur la commission résultant de la convention de fiducie. Il a indiqué exercer un droit de rétention sur les certificats d'actions.

Le 8 avril 2011, A et D ont tenu une assemblée générale de B SA à l'occasion de laquelle le mandat d'administra-

\* Sébastien Bettschart, Dr en droit, LL.M. (NYU), chargé de cours à l'Université de Fribourg, avocat, ABELS Avocats, Genève.

teur de C a été résilié avec effet immédiat, A a été nommé président et D administrateur et secrétaire avec signature collective à deux. Ces modifications ont été inscrites au registre du commerce le 25 mai 2011.

Le 24 juin 2011, C a également tenu une assemblée générale de B SA dans les locaux d'un notaire à Lausanne. C a fait inscrire au procès-verbal que l'assemblée générale avait décidé à l'unanimité de résilier les mandats d'administrateur d'A et D avec effet immédiat. C a été nommé administrateur unique avec droit de signature individuelle. Ces modifications ont été inscrites au registre du commerce le 4 juillet 2011.

Le notaire a confirmé à C avoir repris comme valeur en dépôt les deux certificats d'actions et l'action unique émis par B SA et a confirmé qu'ils ne seraient déconsignés qu'à droit connu sur l'action en réalisation du gage immobilier (sic) et/ou toute action en revendication.

A la requête d'A, C a convoqué pour le 16 décembre 2011 une assemblée générale à l'occasion de laquelle le mandataire d'A a déclaré que les actions au porteur étaient détenues indûment par C sur la base d'un droit de rétention exercé de manière illicite. Pour sa part, C a constaté que le mandataire d'A n'avait pas attesté de sa légitimité de porteur des actions de B SA et il a fait noter au procès-verbal que personne ne s'était présenté comme possesseur, que le quorum n'était dès lors pas atteint et que l'assemblée générale ne pouvait pas voter sur les objets à l'ordre du jour.

### 3. Requête en convocation de l'assemblée générale

Le 18 décembre 2012, A a adressé un courrier à C dans lequel il relevait qu'en dépit des promesses formulées lors de l'assemblée générale du 16 décembre 2011, aucune assemblée pour l'exercice 2010 n'avait été tenue. A a demandé la convocation sans délai d'une assemblée générale et a requis la fourniture des comptes pour l'exercice 2010 et 2011. Le dernier rappel est daté du 22 janvier 2013 et contient les huit points qu'A entendait porter à l'ordre du jour, correspondant à ceux repris dans les conclusions de la requête adressée ultérieurement au tribunal de première instance.

Le 30 janvier 2013, A a déposé auprès du Tribunal du district de Sion une requête en convocation de l'assemblée générale de B SA fondée sur l'art. 699 du Code des obligations («CO») et a requis l'inscription de différents points à l'ordre du jour dont la démission de C et la nomination des nouveaux administrateurs A et D.

Suite au dépôt de cette requête, C a convoqué pour le 28 février 2013 une assemblée générale qui s'est tenue dans les locaux de C. C a à nouveau constaté que le conseil d'A ne pouvait attester de sa légitimité de porteur des actions de B SA et a clôturé l'assemblée.

Dans sa réponse du 10 juin 2013, B SA, par l'intermédiaire de C, a conclu à ce que la requête d'A en convocation de l'assemblée générale soit déclarée sans objet.

Le 14 mars 2013, A a déposé une demande en constatation de la nullité (art. 706b CO), subsidiairement en annulation (art. 706 CO) des décisions prises lors de l'assemblée générale du 28 février 2013.

## 4. Décisions cantonales et recours au Tribunal fédéral

Le 29 octobre 2013, le Tribunal du district de Sion a admis la requête d'A et donné l'ordre à Me F, notaire à Sion, de convoquer et présider l'assemblée générale de B SA dans le «*délai légal de soixante jours*» dès l'entrée en force de la décision, avec l'inscription de l'ordre du jour présenté par A.

Le 8 juillet 2014, le Tribunal cantonal valaisan a admis l'appel de B SA et a rejeté la requête en convocation de l'assemblée générale de B SA.

A exerce un recours en matière civile au Tribunal fédéral tendant à l'annulation de ce jugement et à la convocation de l'assemblée générale de B SA avec l'ordre du jour présenté dans sa requête.

B SA interjette, quant à elle, un recours constitutionnel subsidiaire contre le même jugement tendant à ce que les frais de première instance soient intégralement mis à la charge d'A et que celui-ci supporte les frais d'instance de B SA tant pour la première que la deuxième instance<sup>1</sup>.

## II. Droit

### 1. Jugements cantonaux

#### 1.1 Tribunal du district de Sion

Le Tribunal du district de Sion a considéré que C avait fait preuve d'un comportement contraire à la bonne foi pour bloquer la situation, temporiser et conserver son poste d'administrateur de B SA.

Cela étant, il a jugé nécessaire de convoquer une assemblée générale (celle-ci n'ayant pas été valablement tenue depuis juin 2011), d'une part pour assurer la prééminence des intérêts généraux de B SA sur l'intérêt particulier de C et,

<sup>1</sup> Cet aspect de l'arrêt n'est pas étudié plus avant ici. Il suffit de savoir que le Tribunal fédéral a joint les deux procédures (cf. c. 1) et, ayant constaté que la voie du recours constitutionnel n'était pas ouverte (ATF 137 III 47) mais que la violation de l'art. 9 de la Constitution fédérale soulevée par B SA pouvait être invoquée dans un recours en matière civile, il a converti le recours de B SA dans son ensemble et l'a traité comme un recours en matière civile (ATF 131 III 268 c. 6) (cf. c. 2.3). Compte tenu de l'issue du recours d'A, le recours de B SA a été déclaré sans objet (cf. c. 7).

d'autre part, pour éviter un complet blocage des activités sociales pour une période cruciale pour la survie de B SA, notamment au regard de l'unique actif de la société, à savoir un terrain en zone à construire<sup>2</sup>.

### 1.2 Tribunal cantonal valaisan

Le Tribunal cantonal valaisan observe que ce n'est pas tant la convocation à l'assemblée générale qui pose problème que la décision prise à cette occasion de refuser de reconnaître la légitimation d'A à prendre part au vote sur les points à l'ordre du jour.

Le Tribunal cantonal estime que l'injonction donnée par le premier juge de tenir une nouvelle assemblée générale n'est pas de nature à permettre à l'actionnaire d'obtenir l'effet escompté, à savoir que son droit de vote lui soit finalement reconnu et puisse être exercé sur les points figurant à l'ordre du jour (singulièrement sur celui visant à obtenir la révocation de C). La seule désignation d'un tiers neutre (notaire) pour présider l'assemblée générale n'offrirait aucune garantie concrète à cet égard, dès lors que cette mesure judiciaire ne lie ni l'assemblée générale ni le tribunal appelé, cas échéant, à statuer sur une demande en annulation des décisions susceptibles d'être prises lors de cette assemblée générale.

Le Tribunal cantonal ajoute à cet égard que l'autorité de jugement qui tranchera l'action en constatation de la nullité, subsidiairement en annulation, de la décision prise le 28 février 2013 (action ouverte par l'actionnaire demandeur le 14 mars 2013) sera amenée à déterminer si le comportement consistant à ne pas reconnaître le droit de vote de l'actionnaire demandeur viole ou non les art. 689 et 689a CO. La décision à rendre à ce propos déploiera ses effets *erga omnes* et devra dûment être prise en considération lors d'une prochaine assemblée générale, sauf nouveaux changements de circonstances dans l'intervalle.

Le Tribunal cantonal a ainsi admis l'appel et rejeté la requête présentée par A<sup>3</sup>.

## 2. Recevabilité et valeur litigieuse

Le Tribunal fédéral rappelle que le litige qui lui est soumis (recours contre un jugement refusant d'ordonner la convocation d'une assemblée générale et d'inscrire divers objets à l'ordre du jour) ressortit à la matière civile telle qu'elle est définie à l'art. 72 I de la Loi fédérale sur le Tribunal fédéral («LTF»)<sup>4</sup>. La jurisprudence, rendue sous l'empire de l'ancienne Loi fédérale d'organisation judiciaire, selon laquelle un tel litige n'était pas une contesta-

tion civile et n'ouvrirait pas la voie d'un recours en réforme est par conséquent dépassée<sup>5</sup>.

Le Tribunal fédéral rappelle ensuite qu'un différend est de nature pécuniaire au sens de l'art. 74 I LTF si le fondement de la prétention litigieuse repose sur un droit de nature patrimoniale et si la demande poursuit en définitive un but économique; il n'est pas nécessaire que la demande tende directement à un versement d'argent si le demandeur sollicite une mesure dont la finalité est de défendre ses intérêts patrimoniaux<sup>6</sup>.

En l'espèce, le Tribunal fédéral retient qu'A, en sollicitant la convocation d'une assemblée générale, veut assurer le bon fonctionnement de B SA. En voulant assurer la bonne marche de la société, le demandeur a pour but en fin de compte de préserver la fortune de B SA, à savoir son capital-actions qui se monte à CHF 100'000.– et dont il détient au moins le 85 %. Dès lors, le Tribunal fédéral considère que la présente contestation a bien un caractère pécuniaire et que la valeur litigieuse dépasse le seuil de CHF 30'000.– fixé à l'art. 74 I b LTF<sup>7</sup>.

Le Tribunal fédéral estime que l'argument de B SA selon lequel le recours d'A doit être déclaré irrecevable faute d'intérêt pour recourir dans la mesure où A a déjà obtenu la convocation d'une assemblée générale est englobé par l'objet du litige (notamment l'intérêt à l'action). Il convient dès lors de trancher cette question avec l'examen au fond<sup>8, 9</sup>.

## 3. Motifs du Tribunal fédéral

### 3.1 Nomination d'un commissaire au sens de l'art. 731b CO?

Le Tribunal fédéral observe tout d'abord qu'il est douteux que C soit toujours administrateur de B SA dès lors que les membres du conseil d'administration sont élus pour une durée d'un an et qu'il n'a pas été réélu à cette fonction depuis la dernière assemblée générale qu'il a tenue en juin 2011. On ne peut pas envisager ici une prolongation tacite du mandat de C<sup>10</sup> puisque l'actionnaire détenant 85 % du capital-actions (*i.e.* A) entendait le révoquer.

Faute pour B SA de disposer d'un conseil d'administration, il conviendrait de prendre les mesures adéquates sur la base de l'art. 731b CO, non seulement sur le fond mais aussi au préalable pour permettre la représentation de B SA en procédure.

En l'espèce, toutefois, A a choisi de procéder sur la base de l'art. 699 IV CO et ne remet pas en question la repré-

<sup>2</sup> Cf. c. 3.1. Terrain qui a d'ailleurs fait l'objet d'une vente aux enchères forcée dans l'intervalle.

<sup>3</sup> Cf. c. 3.2.

<sup>4</sup> Arrêt 4A\_605/2014 du 5 février 2015 c. 1.

<sup>5</sup> Cf. c. 2.1.1.

<sup>6</sup> Arrêt 4A\_350/2011 du 13 octobre 2011 c. 1.1.1 (non reproduit *in* ATF 137 III 503).

<sup>7</sup> Cf. c. 2.1.2.

<sup>8</sup> Arrêt 4A\_87/2013 du 22 janvier 2014 c. 1.6.

<sup>9</sup> Cf. c. 2.2.

<sup>10</sup> ATF 140 III 349 c. 2.5.

sentation de B SA par C dans la présente procédure. Sur le fond, il s'est lui-même adressé à C pour obtenir la convocation d'une assemblée générale, remplissant ainsi l'une des conditions nécessaires à l'application de l'art. 699 IV CO<sup>11</sup>.

Dans ces circonstances, le Tribunal fédéral juge qu'il serait excessivement formaliste d'obliger aujourd'hui A à procéder par l'action fondée sur l'art. 731b CO pour convoquer l'assemblée générale<sup>12</sup>.

### 3.2 Principes régissant la convocation et l'organisation de l'assemblée générale

Le Tribunal fédéral considère que la question principale consiste à déterminer si A a toujours un intérêt à l'action fondée sur l'art. 699 IV CO (et, cas échéant, à ce qu'un tiers neutre soit désigné pour présider l'assemblée générale), même si l'assemblée générale a finalement été convoquée et qu'elle a eu lieu le 28 février 2013<sup>13</sup>.

Avant d'examiner ce moyen, le Tribunal fédéral se livre à un rappel des principes juridiques relatifs (i) à la légitimation de l'actionnaire, (ii) à la convocation d'une assemblée générale, (iii) à la tenue de l'assemblée générale, (iv) à l'action que peut tenter un actionnaire en cas de passivité de l'administrateur et (v) aux mesures que peut prendre le tribunal si cette action est bien fondée.

- (i) Peut exercer des droits vis-à-vis d'une société, la personne qui est légitimée à l'égard de celle-ci. Celui qui dispose de la légitimation formelle est présumé être légitimé (matériellement).

Selon l'art. 689a II, 1<sup>re</sup> phrase, CO (légitimation formelle), peut exercer des droits sociaux liés à l'action au porteur quiconque y est habilité comme possesseur en tant qu'il produit l'action. Le conseil d'administration peut cependant prévoir la production d'un autre titre de possession (art. 689a II, 2<sup>e</sup> phrase, CO). Ce titre – en principe une attestation ou une carte d'accès – est établi par la personne qui a la possession immédiate des actions et il atteste de la qualité de possesseur médiate de l'actionnaire<sup>14</sup>.

Toutefois, un actionnaire peut toujours démontrer qu'il est titulaire des droits d'actionnaire bien qu'il ne satisfasse pas aux conditions posées par l'art. 689a CO. Dans ce cas, la légitimation matérielle prime sur la légitimation formelle<sup>15, 16</sup>.

- (ii) Un ou plusieurs actionnaires représentant ensemble 10 % au moins du capital-actions peuvent requérir la convocation de l'assemblée générale (art. 699 III CO). La convocation et l'inscription d'un objet à

l'ordre du jour doivent être requises par écrit en indiquant les objets de discussion et les propositions (art. 699 III, 1<sup>re</sup> et 3<sup>e</sup> phrases, CO).

La convocation d'une assemblée générale selon l'art. 699 III CO comprend également sa tenue<sup>17</sup>.

Le possesseur d'actions au porteur est légitimé formellement à requérir la convocation d'une assemblée générale s'il possède au moins 10 % du capital-actions<sup>18, 19</sup>.

- (iii) Il appartient au conseil d'administration de préparer l'assemblée générale (art. 716a I 6 CO) et de prendre les mesures nécessaires pour constater le droit de vote des actionnaires<sup>20</sup>.

Il incombe notamment au conseil d'administration d'indiquer où et quand les actionnaires pourront obtenir une attestation ou une carte d'entrée<sup>21</sup>.

Il appartient également au conseil d'administration de s'assurer de l'existence du droit de vote des actionnaires (ou de leurs représentants) qui participent à l'assemblée générale<sup>22</sup>.

Le conseil d'administration effectue un examen identique de la légitimation formelle, que ce soit sous l'angle du droit à convoquer une assemblée générale ou dans la perspective de l'exercice du droit de vote<sup>23, 24</sup>.

L'actionnaire dont les actions ont été données en gage à un tiers est en principe également légitimé vis-à-vis de la société, et il pourra obtenir une attestation ou une carte d'entrée (art. 905 I CC)<sup>25</sup>.

Il incombe au créancier gagiste, en possession des actions, de faciliter la tâche du propriétaire des actions pour que celui-ci puisse voter à l'assemblée générale<sup>26, 27</sup>.

L'actionnaire qui, pour défaut de légitimation, s'est fait éconduire par le conseil d'administration, peut tenter une action en constatation de la titularité des droits de participation qui lui reviennent en tant qu'actionnaire. Cette action n'a toutefois aucun ef-

<sup>11</sup> Arrêt 4A\_605/2014 (note 4) c. 2.1.2 et 2.1.5.

<sup>12</sup> Cf. c. 5.1.

<sup>13</sup> Cf. c. 5.2.

<sup>14</sup> BSK OR II – SCHAAD, Art. 689a N. 16; CR CO II – TRIGO TRINDADE, Art. 689a N. 19 et 24.

<sup>15</sup> CR CO II – TRIGO TRINDADE, Art. 689a N. 3.

<sup>16</sup> Cf. c. 5.3.

<sup>17</sup> Décision de l'*Handelsgericht* de Zurich du 10 septembre 2013 c. 5.5, in ZR 2014, 102, et les auteurs cités.

<sup>18</sup> ZK – TANNER, Art. 699 N. 50; ZK – BÜRGI (1969), Art. 699 N. 20.

<sup>19</sup> Cf. c. 5.4.

<sup>20</sup> Cf. c. 5.5.

<sup>21</sup> GEORG KRNETA, *Praxiskommentar Verwaltungsrat*, 2<sup>e</sup> éd., Berne 2005, Art. 716a N. 1403.

<sup>22</sup> CR CO II – PETER/CAVADINI, Art. 702 N. 23.

<sup>23</sup> CR CO II – TRIGO TRINDADE, Art. 689a N. 7; ZK – BÜRGI (1969), Art. 699 N. 20 et Art. 689 N. 42 et 44.

<sup>24</sup> Cf. c. 5.5.1.

<sup>25</sup> FRITZ VON STEIGER, *Das Recht der Aktiengesellschaft in der Schweiz*, 4<sup>e</sup> éd., Zurich 1970, 146.

<sup>26</sup> ZK – BÜRGI (1957), Art. 689 N. 72; ALFRED SCHETT, *Stellung und Aufgaben der Verwaltung einer Aktiengesellschaft bei der Durchführung der ordentlichen Generalversammlung*, thèse, Zurich 1977, 28; CHRISTOPH STUDER, *Die Einberufung der Generalversammlung der Aktiengesellschaft*, thèse, Berne 1995, 46; RENÉ SCHWERI, *Die Verpfändung von Namenaktien*, thèse, Zurich 1973, 107.

<sup>27</sup> Cf. c. 5.5.2.

fet direct sur la décision qui a été prise par le conseil d'administration<sup>28, 29</sup>.

- (iv) L'art. 699 IV CO permet au tribunal d'ordonner la convocation et la tenue de l'assemblée générale si le conseil d'administration ne donne pas suite à une requête valablement présentée sous l'angle de l'art. 699 III CO. Dans cette procédure, il appartient au requérant de rendre vraisemblables sa qualité d'actionnaire, le fait qu'il détient le 10 % du capital-actions et le fait qu'il a déjà sollicité la convocation auprès du conseil d'administration<sup>30, 31</sup>.

Le tribunal ne peut entrer en matière sur la requête de l'actionnaire que si celui-ci a encore un intérêt à la tenue d'une assemblée générale. S'il constate que le conseil d'administration a finalement procédé à la convocation d'une assemblée qui rend sans objet la requête de l'actionnaire, il ne donnera pas suite à sa demande<sup>32, 33</sup>.

La décision du tribunal vise la convocation et la tenue de l'assemblée générale. Elle ne déploie par contre aucun effet s'agissant du déroulement de celle-ci. En particulier, cette décision judiciaire – qui reconnaît seulement la vraisemblance de la réalisation des conditions (formelles) de l'art. 699 III CO – ne garantit pas à l'actionnaire de pouvoir exercer son droit de vote à l'assemblée générale ainsi convoquée<sup>34, 35</sup>.

- (v) S'il admet la requête présentée par l'actionnaire, le tribunal va en principe ordonner au conseil d'administration de convoquer (et de tenir) l'assemblée générale<sup>36</sup>. Si les administrateurs n'obtempèrent pas, le tribunal peut (d'emblée<sup>37</sup>) ordonner la convocation (et la tenue) par un tiers neutre, par exemple un notaire, qui pourra alors préparer et tenir l'assemblée générale en toute indépendance<sup>38</sup>.

Dans des circonstances particulières, singulièrement s'il y a péril en la demeure, le tribunal est également habilité à ordonner lui-même la convocation de l'assemblée générale extraordinaire, sans plus passer par

le conseil d'administration ou un tiers neutre<sup>39</sup>. Cela sera notamment le cas lorsque le conseil d'administration cherche à s'assurer des avantages financiers ou le simple maintien de ses attributs et qu'il se refuse à donner suite à l'ordre de convoquer une assemblée générale émanant du tribunal valablement saisi par des actionnaires. S'il apparaît que le conseil d'administration ne tiendra pas l'assemblée générale convoquée par le tribunal, celui-ci procédera directement à la désignation d'un tiers neutre<sup>40</sup>.

### 3.3 Intérêt de l'actionnaire et légitimation à l'assemblée générale

Le Tribunal fédéral retient que l'assemblée générale a certes été convoquée et s'est réunie le 28 février 2013 mais que l'intérêt de l'intérêt de l'actionnaire à obtenir la convocation d'une nouvelle assemblée générale n'a pas disparu.

En effet, le Tribunal fédéral considère que l'assemblée générale du 28 février 2013 n'était qu'un simulacre, C n'ayant jamais eu l'intention de convoquer et de tenir une assemblée générale qui permettrait à A d'exercer ses droits sociaux. Ainsi, C a d'emblée refusé de prendre acte de la légitimation d'A alors que, à tout le moins pour 85 % des actions, il avait toujours reconnu sa légitimation matérielle.

En outre, la thèse de C – qui repose sur l'absence de légitimation formelle d'A – est contradictoire avec son comportement dans la mesure où, en procédant finalement à la convocation de l'assemblée générale, C a, au moins implicitement, concédé que l'actionnaire était (formellement) légitimé, au minimum pour 10 % du capital-actions de B SA.

Par ailleurs, C n'a donné aucune indication permettant à A de savoir comment il était à même d'établir sa légitimation afin de pouvoir exercer ses droits sociaux. Le Tribunal fédéral relève à cet égard que le notaire qui détenait les certificats d'actions en consignation avait pourtant attesté du dépôt des actions, ce qui constituait la carte d'entrée à l'assemblée générale et permettait de tenir valablement celle-ci, sans qu'il ne soit nécessaire de les présenter effectivement.

Enfin, il incombait également à C, en sa qualité de créancier gagiste prétendu, de faciliter la tâche d'A pour que celui-ci puisse exercer ses droits sociaux.

Le Tribunal fédéral relève que l'attitude générale de C a conduit à un blocage complet des activités de B SA, dans le but unique de lui permettre de garder son poste d'administrateur, sur fond de litige entre A et C sur des prétendues commissions impayées.

<sup>28</sup> PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4<sup>e</sup> éd., Zurich 2009, § 12 N. 500.

<sup>29</sup> Cf. c. 5.5.3

<sup>30</sup> Arrêt 4A\_605/2014 c. 2.1.2 et 2.1.5. ZK – TANNER, Art. 699 N. 66.

<sup>31</sup> Cf. c. 5.6.

<sup>32</sup> URS CHICHERIO, Die Einberufung der Generalversammlung einer Aktiengesellschaft durch die Kontrollstelle, thèse, Zurich 1973, 26.

<sup>33</sup> Cf. c. 5.6.1.

<sup>34</sup> ATF 102 Ia 209 c. 2. Décision de la Commission de la justice de Zoug du 21 mars 1985, in RSJ 1986, 298.

<sup>35</sup> Cf. c. 5.6.2.

<sup>36</sup> ATF 132 III 555 c. 3.4.3.

<sup>37</sup> Arrêt P.1345/1984 du 23 août 1984 c. 6. SCHETT (note 26), 46; WERNER HAGMANN, Das Mitwirkungs- und Eingriffsrecht des Richters im Bereiche der Aktiengesellschaft, thèse, Berne 1939, 45 s. Sur le constat dans la pratique: CR CO II – PETER/CAVADINI, Art. 699 CO N. 19.

<sup>38</sup> ATF 105 II 114 c. 2a (non traduit sur ce point in JdT 1980 I 86). ZK – TANNER, Art. 699 N. 69; PETER FORSTMOSE/ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER NOBEL, Schweizerisches Aktienrecht, Berne 1996, § 23 N. 35.

<sup>39</sup> ATF 132 III 555 c. 3.4.3.2.

<sup>40</sup> Cf. c. 5.7.

La convocation à l'assemblée générale du 28 février 2013 n'étant qu'un simulacre en vue d'échapper aux conséquences prévisibles d'une action en convocation intentée par A, le Tribunal fédéral considère donc qu'elle n'a pas rendu sans objet la requête d'A et que celui-là conserve dès lors un intérêt à l'action<sup>41</sup>.

### 3.4 Coordination avec l'action en annulation des décisions de l'assemblée générale

Le fait qu'A ait exercé en parallèle une action en constatation de la nullité (art. 706b CO), subsidiairement en annulation (art. 706 CO) des décisions prises lors de l'assemblée générale du 28 février 2013 n'est pas déterminant.

En effet, l'assemblée générale du 28 février 2013 n'a pris aucune décision, C ayant, seul, exclu la légitimation d'A.

Par ailleurs, A n'a pas intenté l'action en constatation de sa légitimation<sup>42</sup>, de sorte que le Tribunal fédéral considère qu'il n'y a pas lieu de réfléchir à ce propos.

Enfin, même si l'on devait admettre la nullité de la décision de C sous l'angle de l'art. 714 CO, il n'en reste pas moins que cette décision n'obligerait pas C à convoquer et à tenir une assemblée générale<sup>43</sup>.

### 3.5 Contenu et portée de la décision

Ayant constaté qu'A avait toujours un intérêt à requérir du tribunal une nouvelle assemblée générale, le Tribunal fédéral précise que la décision visant à ordonner la convocation d'une assemblée générale n'a pas en soi d'impact sur le déroulement de celle-ci<sup>44</sup>.

Dès lors qu'il est patent que C n'a aucune intention de faciliter les démarches d'A, le Tribunal fédéral considère justifié de désigner directement un tiers neutre (en l'occurrence le notaire désigné par le Tribunal du district de Sion) pour procéder à la convocation de l'assemblée générale, ce d'autant plus que celle n'a pas été convoquée depuis 2011, et pour la présider.

Le Tribunal fédéral reprend le délai de 60 jours fixé par le Tribunal du district de Sion qu'il considère être raisonnable<sup>45, 46</sup>.

Le Tribunal fédéral prononce que les frais et honoraires du notaire, à qui il incombera de se provisionner en fonction de ses démarches, seront supportés par B SA, mais avancés par A.

Par conséquent, le Tribunal fédéral admet le recours en matière civile d'A, annule le jugement du Tribunal cantonal valaisan et, par voie de réforme, admet la requête d'A

du 30 janvier 2013 selon les modalités fixées par le Tribunal de district de Sion<sup>47</sup>.

## III. Commentaires

De nombreuses péripéties ont émaillé cette affaire et l'on ne peut qu'être surpris, à la lecture des faits complets tels qu'ils résultent de l'arrêt sous revue, du rôle joué par l'administrateur unique C, au demeurant avocat inscrit au barreau.

De son côté, A aurait sans aucun doute pu intervenir de manière beaucoup plus incisive, probablement dès 2010 (résiliation de la convention de fiducie en vertu de laquelle C détenait tout ou partie des actions de B SA pour le compte d'A) ou 2011 (tenue de l'assemblée générale du 24 juin 2011 par C, respectivement assemblée générale du 16 décembre 2011 à l'occasion de laquelle C n'a pas reconnu la légitimité d'A comme actionnaire).

Sur la base de cette situation confuse, plusieurs actions ont été intentées, dont l'action en convocation de l'assemblée générale (art. 699 IV CO) qui fait l'objet de l'arrêt sous revue.

### 1. Procédure sommaire

La procédure sommaire s'applique à l'action en convocation de l'assemblée générale (art. 250 c 9 CPC)<sup>48</sup>.

L'application de la procédure sommaire à cette action est adaptée aux besoins pratiques et doit permettre la convocation urgente d'une assemblée générale<sup>49</sup>.

Il suffit dès lors que le requérant rende vraisemblable aux yeux du tribunal sa qualité d'actionnaire<sup>50</sup>. En d'autres termes, le tribunal n'est pas obligé d'instruire complètement et de résoudre définitivement la qualité d'actionnaire du requérant, car il ne pourrait guère alors procéder avec la célérité nécessaire.

Par conséquent, la décision du tribunal d'ordonner la convocation de l'assemblée générale ne confère pas l'autorité de la chose jugée à la question de la légitimation de l'actionnaire vis-à-vis de la société.

Le Tribunal fédéral ne dit pas autre chose lorsqu'il indique que cette décision ne déploie aucun effet s'agissant du déroulement de l'assemblée générale et ne garantit pas, en soi, à l'actionnaire de pouvoir exercer son droit de vote à l'assemblée générale ainsi convoquée<sup>51</sup>.

<sup>41</sup> Cf. c. 5.8.

<sup>42</sup> Cf. note 28.

<sup>43</sup> Cf. c. 5.9.

<sup>44</sup> Cf. II/3.2(iv) ci-dessus.

<sup>45</sup> BÖCKLI (note 28), § 12 N. 72k.

<sup>46</sup> Cf. c. 5.10.

<sup>47</sup> Cf. c. 6.

<sup>48</sup> CHK – TANNER, Art. 699 N. 20.

<sup>49</sup> ATF 102 Ia 209 c. 2 = JdT 1977 I 277. En cas d'actions au porteur, le porteur du titre est présumé avoir qualité pour requérir la convocation, la société étant libre d'administrer la preuve contraire.

<sup>50</sup> Cf. II/3.2(iv) ci-dessus.

<sup>51</sup> Cf. c. 5.6.2 et 5.10.

Plus précisément, cette décision ne lie pas le conseil d'administration appelé à se prononcer sur la légitimation des personnes autorisées à exercer leur droit de vote, ni l'assemblée générale, ni un éventuel tribunal appelé à se prononcer ultérieurement sur une action en annulation des décisions qui y seraient prises ou sur une éventuelle action en contestation ou en constatation du droit de participer à l'assemblée générale (art. 691 CO)<sup>52</sup>.

## 2. Intérêt à agir

La question de l'intérêt à agir est une condition à la recevabilité de la demande (art. 59 II a du Code de procédure civile; «CPC»)<sup>53</sup>. L'intérêt à agir doit exister au moment du jugement<sup>54</sup>.

Très généralement, celui dont le droit matériel a été satisfait perd son intérêt à voir un tribunal statuer sur celui-ci<sup>55</sup>. Ainsi, dans le contexte d'une requête en convocation d'une assemblée générale, le requérant perd son intérêt à agir si le conseil d'administration a procédé entre-temps à la convocation d'une assemblée générale reprenant l'ordre du jour et les propositions requises par l'actionnaire (art. 700 II CO)<sup>56</sup>.

Il s'agit par conséquent de déterminer si l'intérêt à agir d'A avait disparu du fait de la convocation et de la tenue de l'assemblée générale du 28 février 2013, moins d'un mois après qu'A avait déposé sa requête en convocation de l'assemblée générale<sup>57</sup>.

A la suite d'un long raisonnement<sup>58</sup>, le Tribunal fédéral a considéré que l'intérêt à agir d'A n'avait pas disparu, en dépit du fait que C avait convoqué une assemblée générale dans l'intervalle, celle-là n'étant qu'un «*simulacre*» (notamment parce que C avait, sans raison, dénié à A le droit d'y participer)<sup>59</sup>.

En d'autres termes, compte tenu du comportement de C, pseudo-administrateur unique de B SA, il était abusif pour celle-ci de plaider l'absence d'intérêt pour agir ou pour recourir d'A.

Dans son résultat, cette interprétation du Tribunal fédéral emporte la conviction. Il n'était toutefois pas nécessaire de

recourir à la théorie des faits doublement pertinents pour trancher cette question<sup>60</sup>.

## 3. Légitimation active

La question de la légitimation («*Sachlegitimation*»), i.e. la titularité sur le droit substantiel, relève du fond<sup>61</sup>.

Cette titularité est définie par l'art. 699 III CO lui-même qui octroie le droit de convoquer à l'assemblée générale à un ou plusieurs actionnaires représentant (ensemble) 10 % au moins du capital-actions.

Il s'agissait donc ici de déterminer, sous l'angle de la vraisemblance, si A était titulaire du droit à la convocation de l'assemblée générale de B SA, en d'autres termes si A était actionnaire de B SA et représentait au moins 10 % du capital-actions.

En l'espèce, sur la base des faits appréciés sous l'angle de la vraisemblance<sup>62</sup>, le Tribunal fédéral a reconnu la légitimation active d'A pour requérir la convocation de l'assemblée générale au sens de l'article 699 IV CO, ce qui nous semble justifié.

## 4. Autres conditions à l'exercice du droit de convoquer l'assemblée générale

Si le conseil d'administration ne donne pas suite, dans un délai convenable, à la requête écrite d'un actionnaire de convoquer l'assemblée générale, celui-ci peut requérir du tribunal d'ordonner ladite convocation (art. 699 IV CO).

Le droit de requérir la convocation de l'assemblée générale n'est soumis à aucune condition matérielle, le tribunal saisi se limitant à examiner si les conditions formelles de l'art. 699 III-IV CO sont remplies<sup>63</sup>, à savoir (i) la légitimation active du requérant, (ii) l'existence d'une requête écrite de convocation auprès du conseil d'administration, et (iii) le fait que le conseil d'administration n'y a pas donné suite dans un délai convenable.

Le Tribunal fédéral a déjà eu l'occasion d'indiquer, dans un arrêt antérieur, que le conseil d'administration n'avait

<sup>52</sup> ATF 112 II 145 c. 2b. BSK OR II – DUBS/TRUFFER, Art. 699 N. 17. Cf. ég. CR CO II – TRIGO TRINDADE, Art. 691 N. 41 ss.

<sup>53</sup> CPC – BOHNET, Art. 59 N. 88 ss. S'agissant de l'intérêt à former recours en matière civile (art. 76 I b LTF), cf. FABIENNE HOHL, Procédure civile, Tome II, 2<sup>e</sup> éd., Berne 2010, § 43 N. 2839 ss.

<sup>54</sup> CPC – BOHNET, Art. 59 N. 92.

<sup>55</sup> CPC – BOHNET, Art. 59 N. 89.

<sup>56</sup> En matière d'action en annulation des décisions de l'assemblée générale, cf. ATF 122 III 279 c. 3a = JdT 1998 I 605).

<sup>57</sup> Cf. c. 5.2, 5.6.1, 5.8 et 5.10.

<sup>58</sup> Rappelons que nous sommes en procédure sommaire et que la cognition du juge est limitée à la simple vraisemblance des faits.

<sup>59</sup> Cf. II/3.3 ci-dessus.

<sup>60</sup> Cf. cependant c. 2.2: «*Cette question est englobée par l'objet du litige (notamment: intérêt à l'action) portée devant le Tribunal fédéral et il s'agira de la trancher avec l'examen du fond (...)*». Cf. ég. c. 5.2 et 5.8. La manière dont la 1<sup>re</sup> Cour de droit civil du Tribunal fédéral conçoit la théorie des faits doublement pertinents, notamment dans l'arrêt 4A\_28/2014 du 10 décembre 2014, a été vivement critiquée par ANDREAS BUCHER, Vers l'implosion de la théorie des faits doublement pertinents, in SJ 2015 II 68. A la suite de cet article, le Tribunal fédéral a été amené à préciser et à corriger partiellement son raisonnement (arrêt 4A\_703/2014 du 25 juin 2015, c. 5.2).

<sup>61</sup> CPC – BOHNET, Art. 59 N. 94 ss. On rappellera que la légitimation doit être distinguée de la qualité pour agir (ou pour recourir).

<sup>62</sup> Cf. II/3.3 ci-dessus.

<sup>63</sup> ZK – TANNER, Art. 699 N. 66 (cf. ég. CHK – TANNER, Art. 699 N. 19); URS BERTSCHINGER, Delegation der Geschäftsführung bei der Aktiengesellschaft und Kompetenzen der Generalversammlung, in GesKR 2012, 306. HANS CASPAR VON DER CRONE, Aktienrecht, Berne 2014, § 5 N. 100.

pas à contrôler si les objets proposés par le requérant à l'appui de sa demande de convocation de l'assemblée générale avaient du sens («*sinnvoll sind*»)<sup>64</sup>.

Dans un arrêt subséquent, le Tribunal fédéral a certes retenu que le conseil d'administration pouvait refuser de porter à l'ordre du jour de l'assemblée générale un objet qui, en raison de son contenu, était indubitablement étranger au domaine de compétence de celle-ci. Il a toutefois précisé que, s'il existait une quelconque incertitude à ce propos, le conseil d'administration devait déférer à la requête de l'actionnaire et inscrire l'objet à l'ordre du jour<sup>65</sup>.

En l'espèce, le Tribunal fédéral a considéré qu'il disposait de suffisamment d'éléments pour retenir que les conditions formelles de l'art. 699 III-IV CO étaient remplies<sup>66</sup>.

## 5. Tenue de l'assemblée générale

Le Tribunal fédéral a non seulement ordonné la convocation de l'assemblée générale mais a désigné un tiers neutre pour convoquer et «*tenir*» l'assemblée générale<sup>67</sup>.

Certes, l'idée de recourir à un tiers neutre pour convoquer, voire pour «*tenir*» l'assemblée générale n'est pas entièrement nouvelle<sup>68</sup>. L'arrêt sous revue donne toutefois lieu à des développements substantiels, même s'ils ne sont guère explicités par le Tribunal fédéral.

En effet, le Tribunal fédéral ne s'est pas contenté d'ordonner la convocation de l'assemblée générale, il a également désigné, dans le dispositif, le tiers neutre qui la présidera, rôle qui revient généralement au président du conseil d'administration<sup>69</sup>.

En outre, et de manière plus importante, le Tribunal fédéral a indiqué que le tiers neutre devra également «*tenir*» l'assemblée générale<sup>70</sup>.

La notion de «*tenue*» de l'assemblée générale est visiblement une traduction du terme allemand «*Durchführung*»<sup>71</sup>. Même si le Tribunal fédéral<sup>72</sup>, ainsi que les décisions<sup>73</sup> et les références<sup>74</sup> sur lesquels il s'appuie, sont assez peu diserts sur ce qu'il faut entendre par la «*tenue*» de l'assemblée générale, on comprend que cette notion englobe l'ensemble des points liés à l'organisation de l'assemblée générale<sup>75</sup>, en particulier le contrôle des personnes autorisées à y participer, une compétence intransmissible du conseil d'administration (art. 716a I 6 CO)<sup>76</sup>.

Il va de soi qu'un enjeu majeur sera le contrôle du droit de vote des actionnaires, en l'occurrence la reconnaissance d'A comme titulaire des droits de vote relatifs à 85 % du capital-actions de B SA.

Certes, le Tribunal fédéral prend soin d'indiquer que sa décision n'a pas, en soi, d'impact sur le déroulement de l'assemblée générale et ne garantit pas à A de pouvoir exercer son droit de vote à l'assemblée générale ainsi convoquée<sup>77</sup>.

Il va de soi toutefois que le fait de confier l'organisation de l'assemblée générale à un tiers neutre, en particulier le contrôle des personnes légitimées à voter, est de nature *in concreto* à modifier résolument l'issue des questions qui y seront traitées<sup>78</sup>.

De notre point de vue, en prévoyant la possibilité de nommer un tiers neutre chargé non seulement de convoquer mais également de tenir l'assemblée générale – privant ainsi le conseil d'administration de ses prérogatives dans ce domaine<sup>79</sup>, l'arrêt sous revue consacre une interprétation extensive mais justifiée de l'art. 699 IV CO.

<sup>64</sup> Arrêt 4C.272/2001 c. 5.2 (non reproduit dans l'ATF 128 III 375 = JdT 2004 I 359). Nuancés: BSK OR II – DUBS/TRUFFER, Art. 699 N. 18; BÖCKLI (note 28), § 12 N. 72m.

<sup>65</sup> ATF 137 III 503 c. 4.1. BERTSCHINGER (note 63), 306; BENEDICT BURG/HANS CASPAR VON DER CRONE, Ablehnung von Traktandierungsbegehren und Beschränkung der Delegationsermächtigung, in RSDA 2012, 61 ss. On relèvera à ce propos que le Tribunal fédéral a repris, sans les examiner, les points à l'ordre du jour proposés par A, alors même que l'on peut douter de la validité de certains d'entre eux, notamment sous l'angle des attributions inaliénables du conseil d'administration. Cf. lettre B.a de la partie faits et dispositif.

<sup>66</sup> S'agissant de (i) la légitimation, cf. III/3 ci-dessus. Sur (ii) la demande écrite, cf. c. 5.1 et, sur les conséquences discutables que le Tribunal fédéral en déduit, cf. III/5 ci-dessus. Sur le fait que (iii) l'assemblée générale du 28 février 2013 était un simulacre, cf. III/1 ci-dessus.

<sup>67</sup> Sans qu'A ne l'ait d'ailleurs requis, cf. lettre B.a de la partie faits.

<sup>68</sup> Cf. les références au note 73. Cf. ég. ATF 132 III 555 c. 3.4.3.2. Pour une discussion sous l'angle des mesures d'exécution prévues par le CPC (art. 236 III et 343 I e CPC), cf. *Handelsgericht* zurichois (note 17), c. 5.

<sup>69</sup> BÖCKLI (note 28), § 12 N. 167; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (note 38), § 23 N. 98. La tâche de présider l'assemblée générale ne fait pas partie des attributions intransmissibles du conseil d'administration (BSK OR II – WATTER/PELLANDA, Art. 716a N. 31).

<sup>70</sup> Même si le dispositif de l'arrêt sous revue se contente d'ordonner au notaire de «*présider*» l'assemblée générale – ce qui prête à confusion

dans la mesure où cette tâche est sensiblement plus étroite que la «*tenue*» de l'assemblée générale – on rappellera que le dispositif doit être interprété conformément aux motifs de l'arrêt, qui, en l'occurrence, visent de manière large la «*tenue*» de l'assemblée générale. Sur l'interprétation des arrêts du Tribunal fédéral, cf. art. 129 LTF qui correspond en substance à l'art. 334 CPC (CPC – SCHWEIZER, Art. 334 N. 5 ss).

<sup>71</sup> Cf. les auteurs cités dans la décision du *Handelsgericht* zurichois (note 17): ZK – TANNER, Art. 699 N. 69; BSK OR II – DUBS/TRUFFER, Art. 699 N. 19; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (note 38), § 23 N. 35.

<sup>72</sup> Cf. *passim* not. c. 5.4, 5.5 et 5.7.

<sup>73</sup> Not. la décision de l'*Handelsgericht* zurichois (note 17) qui ne mentionne explicitement que la tenue du procès-verbal, ainsi que l'ATF 105 II 114 (note 38). Cf. ég. la décision de l'*Obergericht* du 20 janvier 1988 c. 2.e, in ZR 1988, 225.

<sup>74</sup> ZK – TANNER, Art. 699 N. 69 (cf. ég. CHK – TANNER, Art. 699 N. 20); BSK OR II – DUBS/TRUFFER, Art. 699 N. 19; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (note 38), § 23 N. 35.

<sup>75</sup> FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (note 38), § 23 N. 1 ss, en particulier N. 82 ss.

<sup>76</sup> CR CO II – PETER/CAVADINI, Art. 716a N. 38. BSK OR II – WATTER/PELLANDA, Art. 716a N. 30.

<sup>77</sup> Cf. III/1 ci-dessus, en particulier note 51. Néanmoins, le tiers neutre pourra utilement s'appuyer sur les indications fournies par le Tribunal fédéral, not. au c. 5.8.

<sup>78</sup> On relèvera d'ailleurs que l'assemblée générale de B SA semble avoir été tenue puisque, selon la Feuille officielle suisse du commerce du 14 juillet 2015, C a été révoqué et A et D ont été nommés administrateurs de B SA. Il aura fallu donc plus de quatre ans à A pour parvenir à ses fins, dont plus de deux ans de procédure (sommaire).

<sup>79</sup> Une analogie avec le représentant indépendant prévu à l'art. 706a II CO peut être faite. Pour un cas récent, cf. SÉBASTIEN BETTSCHART,



## 6. Coordination entre les art. 699 IV et 731b CO

Le Tribunal fédéral a estimé qu'il serait excessivement formaliste d'obliger A à procéder par l'action fondée sur l'art. 731b CO pour convoquer l'assemblée générale, même si B SA ne disposait probablement plus de conseil d'administration<sup>80</sup>.

En effet, dans la mesure où le Tribunal fédéral estime que l'art. 699 IV CO permet de désigner un tiers neutre pour convoquer et organiser l'assemblée générale, il semble *a priori* inutile de recourir à l'art. 731b CO (voire à l'art. 736 IV CO) dans les cas où l'existence ou la composition régulière du conseil d'administration sont douteuses ou s'il existe des situations de blocage au sein du conseil d'administration.

Le Tribunal fédéral omet toutefois de préciser que l'absence de conseil d'administration a également des conséquences sur la capacité de la société d'ester en justice. Or, la capacité d'ester en justice est une condition à la recevabilité relative à l'instance que le tribunal doit examiner d'office (art. 60 CPC)<sup>81</sup>.

A cet égard, les deux éléments mentionnés par le Tribunal fédéral à l'appui de son raisonnement – à savoir qu'A n'a pas remis en question la représentation de B SA par C et qu'il s'est lui-même adressé à C pour obtenir la convocation de l'assemblée générale – ne nous semblent guère pertinents, en soi, pour juger de la capacité d'ester en justice de B SA.

D'ailleurs, dans l'arrêt 4A\_605/2014 du 5 février 2015 cité par le Tribunal fédéral<sup>82</sup>, le Tribunal fédéral avait précisément rejeté une demande de convocation de l'assemblée générale fondée sur l'art. 699 IV CO au motif que la société ne disposait plus de conseil d'administration<sup>83</sup>. Dans un tel cas, le Tribunal fédéral avait indiqué que le requérant devait agir sur la base de l'art. 731b CO, disposition qui permet au tribunal, au titre des mesures nécessaires mentionnées à l'art. 731b I CO *in principio*, d'ordonner la convocation de l'assemblée générale ou de nommer un commissaire pour la convoquer<sup>84</sup>.

Affectation à la réserve générale en cas de superdividende, *in* CJNI, publié le 18 juillet 2015, N. 30.

<sup>80</sup> Cf. II/3.1 ci-dessus.

<sup>81</sup> CPC – BOHNET, Art. 59 N. 80. Cf. Arrêt 4A\_396/2012 du 24 septembre 2012 c. 1.2 (cf. ég. lettre A de la partie faits); arrêt 4A\_338/2012 du 30 août 2012 c. 1.1 (faits doublements pertinents; cf. ég. note 60). JEAN-LUC CHENAUX/LINO HÄNNI, Carence dans l'organisation de la société: étude des aspects matériels et procéduraux de l'art. 731b CO, *in* JdT 2013 II 96.

<sup>82</sup> Cf. note 11 et 30.

<sup>83</sup> Il est probable que d'autres éléments extrinsèques ont été pris en compte par le Tribunal fédéral dans cet arrêt, notamment le fait qu'il existait une situation de blocage entre les actionnaires à laquelle la tenue d'une assemblée générale n'aurait pas pu remédier, ainsi que le fait qu'une autre procédure, ouverte sur la base de l'art. 731b CO était également pendante.

<sup>84</sup> Arrêt 4A\_605/2014 (note 4) c. 2.1.3, 2.1.5 et 2.1.6. Cf. aussi CHENAUX/HÄNNI (note 81), 110.

On aurait souhaité que le Tribunal fédéral explicite les critères de délimitation entre ces deux arrêts rendus à quelques mois d'intervalle<sup>85</sup>.

Tant que le Tribunal fédéral n'aura pas clarifié sa jurisprudence, le requérant prudent ferait bien, en cas de doute, de procéder sur la base aussi bien de l'art. 699 IV CO que de l'art. 731b CO<sup>86</sup>.

## 7. Délai pour convoquer

Le Tribunal fédéral, se fondant sur PETER BÖCKLI, considère que le délai de soixante jours imparti au tiers neutre pour convoquer (et apparemment tenir) l'assemblée générale de B SA, tel que fixé par le tribunal de première instance, est raisonnable<sup>87</sup>.

Il semblerait qu'il y ait confusion. En effet, le passage cité par le Tribunal fédéral traite du délai dans lequel le conseil d'administration saisi d'une requête de convocation de l'assemblée générale au sens de l'art. 699 III CO doit s'exécuter, faute de quoi le requérant peut saisir le tribunal<sup>88</sup>, et non pas du délai dans lequel l'assemblée générale doit être convoquée suite à un jugement rendu en vertu de l'art. 699 IV CO.

Sur ce dernier point, le tribunal saisi d'une requête en convocation de l'assemblée générale peut ou non fixer à la société ou au tiers neutre un délai pour convoquer l'assemblée générale. Dans le cas d'espèce, le Tribunal fédéral a imposé au tiers neutre un délai de soixante jours.

Ce délai nous semble exagérément long compte tenu des circonstances (cercle restreint d'actionnaires, ordre du jour imposé par le Tribunal fédéral, etc.), étant rappelé que le seul délai (minimum) qui doit être respecté est celui qui résulte de l'art. 700 I CO (vingt jours)<sup>89</sup>.

<sup>85</sup> Peut-être que le Tribunal fédéral pourrait s'appuyer, en l'absence de contestation des parties sur ce point, sur la force probante du registre du commerce (art. 9 CC et 179 CPC)?

<sup>86</sup> On rappellera que toutes les mesures visées par l'art. 731b I CO sont soumises à la procédure sommaire en dépit du texte restrictif de l'art. 250 c 6 et 11 CPC (ATF 138 III 166 c. 3.9).

<sup>87</sup> Cf. c. 5.10 et lettre B.c de la partie faits.

<sup>88</sup> BÖCKLI (note 28), § 12 N. 72k. Cet auteur considère qu'un délai de cinq semaines (y compris le délai de convocation de l'art. 700 I CO qui requiert «*en pratique*» trois semaines) est un minimum. Le Tribunal fédéral n'a pas relevé que, en l'espèce, seulement quarante jours s'étaient écoulés entre la requête adressée au conseil d'administration le 18 décembre 2012 et celle adressée au tribunal le 30 janvier 2013, et seulement huit jours depuis que l'ordre du jour complet avait été communiqué à B SA (cf. I/3 ci-dessus).

<sup>89</sup> BÖCKLI (note 28), § 12 N. 81a ss.