REPUBLIQUE ET CANTON DE GENEVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

C/14894/2022 **ACJC/1471/2023**

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre civile

DU MERCREDI 1ER NOVEMBRE 2023

Entre

A_____ SA, sise _____, appelante d'un jugement rendu par la 19ème Chambre du Tribunal de première instance de ce canton le 24 août 2023, représentée par Me Tal SCHIBLER, avocat, DGE Avocats, rue Bartholoni 6, case postale, 1211 Genève 4,

et

1) **Monsieur B_____**, domicilié _____,

2) **Madame C_____**, domiciliée _____,

intimés, représentés tous deux par Me Marco VILLA, avocat, FBT Avocats SA, rue du 31-Décembre 47, case postale 6120, 1211 Genève 6.

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés et au Tribunal de première instance le 6 novembre 2023.

EN FAIT

A. Par jugement JTPI/9287/2023 du 24 août 2023, expédié pour notification aux parties le même jour, le Tribunal de première instance a constaté que A_____ SA était en situation de carence (ch. 1), a ordonné la vente aux enchères des actions de A_____ SA, propriétés de B_____, C_____ et de D_____ (ch. 2), prescrit que la vente aux enchères serait privée, avec prix de réserve de 470'000 fr. (ch. 3) et aurait lieu par le ministère d'un notaire, d'un huissier judiciaire ou d'un avocat qu'il désignerait une fois le jugement définitif (ch. 4), dit qu'en cas d'échec de la vente aux enchères, la dissolution et la liquidation de A_____ SA serait ordonnée, avec nomination d'un liquidateur (ch. 5), a arrêté les frais judiciaires à 6'000 fr., compensés avec les avances fournies, et mis à la charge de B_____ et C_____ par moitié et à celle de A_____ SA par moitié (ch. 6), a condamné B_____ et C_____ à verser à A_____ SA 2'000 fr. (ch. 7), dit qu'il ne serait pas alloué de dépens (ch. 8) et débouté les parties de toutes autres conclusions (ch. 9).

Le Tribunal a retenu qu'il n'était pas contesté que A_____ SA connaissait un blocage persistant au sein de l'actionnariat l'empêchant de remplir ses obligations statutaires, qu'une désignation d'un commissaire n'était pas appropriée (car la gestion de la société par un tiers paraissait offrir peu de perspectives en raison des accusations réciproques de déloyauté formulées par les actionnaires), qu'une dissolution apparaissait disproportionnée, que la seule solution était ainsi un "transfert des actions de l'un des associés à l'autre, avec un prix de réserve établi au prix ressortant de l'expertise", et que les frais devaient être mis à la charge des parties qui n'avaient pas entièrement gain de cause et étaient responsables de la situation de blocage.

B. Par acte du 4 septembre 2023 à la Cour de justice, A_____ SA a formé appel contre les chiffres 3, 5 et 6 du dispositif du jugement précité. Elle a conclu à l'annulation de ceux-ci, cela fait à ce qu'il soit prescrit une vente aux enchères privée comportant plusieurs tours avec des offres libres, subsidiairement une vente aux enchères privée avec prix de réserve de 235'000 fr. soit 1'958 fr. par action, et en cas d'échec une vente aux enchères publiques sans prix de réserve, organisée selon des modalités à fixer par le Tribunal, plus subsidiairement au renvoi de la cause au Tribunal pour nouvelle décision, avec suite de frais et dépens.

B_____ et C_____ ont conclu à l'irrecevabilité de l'appel, subsidiairement à la confirmation de la décision déférée, sous suite de frais et dépens, plus subsidiairement à l'annulation des chiffres 2 à 5 du dispositif du jugement, à la désignation, pour cinq ans, de E_____ en qualité d'administrateur, avec suite de frais et dépens.

Par avis du 17 octobre 2023, les parties ont été informées de ce que la cause était gardée à juger.

C. Il résulte de la procédure les faits pertinents suivants :

a. A_____ SA est une société anonyme inscrite au Registre du commerce genevois le _____ 1993.

Son capital-actions, divisé en 120 actions nominatives, est détenu par B_____ à raison de 59 actions, C_____ à raison d'une action, D_____ à raison de 59 actions, la dernière action ayant été propriété de feu F_____.

b. A teneur du Registre du commerce, A_____ SA a pour administrateurs feu F_____ et D_____.

c. Le 16 mai 2019 s'est tenue une assemblée générale de A_____ SA.

Statuant à la requête des époux B_____/C_____, le Tribunal a, par jugement du 23 juillet 2021 (procédure C/1_____/2019), ordonné à A_____ SA de faire procéder à un contrôle ordinaire de ses comptes pour les exercices 2017 et 2018 (ch. 1), constaté que les droits sociaux liés au certificat d'actions n° 6 de A_____ SA n'avaient pas été valablement transférés à D_____ au moment de l'assemblée générale du 16 mai 2019 (ch. 2), constaté que lesdits droits sociaux n'avaient pas été valablement exercés lors de cette assemblée générale (ch. 3) et annulé les décisions prises lors de celle-ci (ch. 4), puis statué sur les frais (ch. 5 et 6) et débouté les parties de toutes autres conclusions (ch. 7).

Par arrêt du 17 mai 2022, la Cour, statuant sur appel de A_____ SA portant sur les chiffres 2 à 7 du dispositif du jugement susmentionné, et sur appel joint des époux B_____/C_____, a annulé le chiffre 7 du jugement, cela fait a constaté que les décisions suivantes avaient été prises lors de l'assemblée générale de A_____ SA du 16 mai 2019 : refus d'approuver les comptes et le rapport de révision pour les exercices 2017 et 2018; acceptation de soumettre les comptes et le rapport de révision pour les exercices 2017 et 2018 à un contrôle ordinaire; acceptation de distribuer des dividendes pour les exercices 2017 et 2018 correspondant au montant des réserves librement distribuables; refus de donner décharge aux membres du conseil d'administration de A_____ SA pour les exercices 2017 et 2018; nomination de G_____ en qualité d'administrateur unique de A_____ SA pour l'exercice 2019; refus de reconduire le mandat de H_____ SA en qualité de réviseur de A_____ SA pour l'exercice 2019; acceptation de nommer un réviseur agréé pour procéder au contrôle ordinaire, et a confirmé le jugement pour le surplus.

L'arrêt précité est définitif.

d. Aucune assemblée générale de A_____ SA ne s'est tenue après le 16 mai 2019.

e. Le 3 août 2022, B_____ et C_____ ont saisi le Tribunal d'une requête en constatation de ce que A_____ SA présentait un défaut d'administrateur et d'organe de révision, et en dissolution de celle-ci, et ont conclu à ce qu'il soit dit que A_____ SA serait liquidée en application des règles applicables à la faillite, avec suite de frais et dépens.

A_____ SA, sous la signature de son avocat, muni d'une procuration signée par D_____, a conclu au déboutement de B_____ et C_____ des fins de leur requête.

Les parties ont ensuite déposé des déterminations. A_____ SA a notamment fait valoir qu'elle avait reçu une offre de rachat de son capital-action pour 250'000 fr. formulée par l'entité I_____ SA, et que le prononcé de sa dissolution serait disproportionné.

A l'audience du Tribunal du 6 février 2023, B_____ et C_____ ont persisté dans leur requête. Sur quoi, la cause a été gardée à juger.

Par ordonnance du 13 février 2023, le Tribunal, retenant que "la seule solution à la situation de blocage" consistait dans le transfert des actions de l'un des associés à l'autre par une vente aux enchères", a ordonné une expertise aux fins de déterminer la valeur réelle des actions de A_____ SA, désigné un expert à ces fins, et a réservé la suite de la procédure.

Aux termes de son rapport du 30 avril 2023, l'expert a estimé la valeur de A_____ SA à 470'000 fr. et celle de l'action de la société à 3'917 fr.

Aux audiences du Tribunal des 5 et 26 juin 2023, les parties se sont exprimées par leurs conseils respectifs. A la seconde audience, il a été porté au procès-verbal, pour B_____ et C_____, la déclaration suivante de leur avocat: "Mes mandants souhaitent qu'un administrateur soit nommé par le Tribunal avec pour mission de gérer la société et de préparer le cas échéant la vente aux enchères des actions […]. Nous avons contacté M. E_____ qui est disposé à assumer la charge d'administrateur de la société. Compte tenu de la valeur fixée par l'expertise, il est plus avantageux de liquider la société que d'accepter l'offre de I_____ SA". A_____ SA, "représentée en l'état par D_____" s'est opposée à la nomination d'un administrateur. Sur quoi, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

1. **1.1** Selon l'art. 308 al. 1 let. b CPC, l'appel est recevable contre les décisions finales et incidentes de première instance, dans les causes dont la valeur litigieuse, au dernier état des conclusions de première instance, est supérieure à 10'000 fr. (art. 308 al. 1 let. a et al. 2 CPC).

La valeur litigieuse de la présente cause, qui correspond à la valeur du capital social (arrêt du Tribunal fédéral 4A_387/2020 du 17 septembre 2020 consid. 1.2), est supérieure au montant précité, de sorte que la voie de l'appel est ouverte.

1.2 L'appel a été interjeté dans le délai (art. 314 al. 1 CPC) prévu par la loi.

2. Les intimés concluent à l'irrecevabilité de l'appel, faute pour l'appelante d'être représentée, et de disposer d'un intérêt digne de protection.

2.1. L'art. 59 CPC prévoit que le tribunal n'entre en matière que sur les demandes et les requêtes qui satisfont aux conditions de recevabilité de l'action (al. 1). Ces conditions sont notamment les suivantes : a. le demandeur ou le requérant a un intérêt digne de protection; c. les parties ont la capacité d'être partie et d'ester en justice.

Le tribunal examine d'office si les conditions de recevabilité sont remplies (art. 60 CPC).

2.2 La capacité d'ester en justice est le corollaire en procédure de l'exercice des droits civils (art. 67 al. 1 CPC). La personne morale a l'exercice des droits civils, à condition qu'elle possède les organes que la loi et les statuts exigent à cet effet (art. 54 CC). Elle exerce ses droits civils par l'intermédiaire de ses organes, qui expriment sa volonté à l'égard des tiers (art. 55 al. 1 CC). Il y a lieu d'entendre par là les organes exécutifs, et non l'organe législatif ou l'organe de contrôle (LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2010, n. 9.127; BOHNET, in La personne morale et l'entreprise en procédure, 2014, p. 15 n. 35, p. 18 n. 44 et p. 42 n. 122; BRÖNNIMANN, in Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2012, nos 3, 4 et 9 ad art. 159 CPC; HASENBÖHLER, in Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [éd.], 2e éd. 2013, n° 3 ad art. 159 CPC).

Les organes exécutifs, mais aussi toutes les personnes qui peuvent valablement représenter la société anonyme dans les actes juridiques avec des tiers en vertu des règles du droit civil, peuvent accomplir des actes judiciaires en son nom, comme signer des écritures, donner procuration à un avocat et comparaître aux audiences. Sont en premier lieu légitimés à représenter la société en justice les membres du conseil d'administration et, à moins que les statuts ou le règlement d'organisation

ne l'exclue, un seul des membres de celui-ci (art. 718 al. 1 CO). En second lieu, la société peut être représentée en justice par un ou plusieurs des membres du conseil d'administration (délégués) ou par des tiers (directeurs), auxquels le conseil d'administration a délégué son pouvoir de représentation (art. 718 al. 2 CO; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, loc. cit.; BOHNET, loc. cit.; LEU, in Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO], Brunner/Gasser/Schwander [éd.], 2011, n° 6 ad art. 159 CPC). Toutes ces personnes sont organes, expriment directement la volonté de la société et sont inscrites au registre du commerce (art. 720 CO). En troisième lieu, sans avoir la qualité d'organes, en vertu de leurs pouvoirs de représentation, peuvent représenter la société en justice les fondés de procuration (art. 458 CO), qui sont inscrits au registre du commerce et n'ont pas besoin de pouvoir spécial pour plaider, à moins que leur procuration n'ait été restreinte (art. 460 al. 3 CO), ainsi que les mandataires commerciaux (art. 462 CO), qui ne sont pas inscrits au registre du commerce, à condition qu'ils aient reçu le pouvoir exprès de plaider (art. 462 al. 2 CO; dans ce sens déjà, pour la comparution à l'audience de conciliation: ATF 140 III 70 consid. 4.3 p. 72; cf. LEUCH/MARBACH/KELLERHALS/STERCHI, Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, 5e éd. 2000, n° 1a ad art. 83 CPC/BE). Chacune des personnes habilitée à représenter la société en justice doit justifier de sa qualité et de son pouvoir en produisant soit un extrait du registre du commerce, soit l'autorisation qui lui a été délivrée pour plaider et transiger dans l'affaire concrète dont le tribunal est saisi (cf. art. 68 al. 3 CPC).

Savoir quelle(s) personne(s) est (sont) habilitée(s) à représenter la société anonyme en procédure ressortit ainsi à la capacité d'ester en justice de celle-ci. Il s'agit d'une condition de recevabilité de la demande (art. 59 al. 2 let. c CPC) (ATF 141 III 80 consid. 1.3).

2.3 Si le défendeur n'a pas la capacité d'ester en justice, il est considéré comme défaillant, sous réserve de ratification par le représentant légal. S'agissant du cas d'un défendeur incapable de discernement, le Tribunal fédéral a relevé que le demandeur disposait d'un droit d'accès au juge (art. 29a Cst) et qu'il s'agissait de pourvoir à la représentation légale du défendeur (arrêt du Tribunal fédéral 5A_1002/2017 du 12 mars 2019 consid. 4.2.2 et 4.2.3).

2.4 Selon l'art. 731b al. 1 CO, un actionnaire, notamment, peut requérir du tribunal qu'il prenne les mesures nécessaires lorsque l'organisation de la société présente l'une des carences qui y sont énumérées, comme le défaut d'un des organes prescrits par la loi. Selon la jurisprudence, le tribunal dispose d'une large marge d'appréciation dans le choix des mesures appropriées et proportionnées au vu des circonstances concrètes, le catalogue figurant à l'art. 731b al. 1bis CO n'étant qu'exemplatif (ATF 142 III 629 consid. 2.3.1; 138 III 407 consid. 2.4, 294 consid. 3.1.4 et les arrêts cités).

Lorsque l'assemblée générale est bloquée par une situation de "pat" dans l'actionnariat et n'est ainsi pas en mesure de constituer le conseil d'administration, le tribunal peut même prononcer la dissolution de la société et ordonner sa liquidation (art. 731b al. 1bis ch. 3 CO). Dans un premier temps, il peut ordonner la vente aux enchères des actions entre les actionnaires en conflit et, au cas où l'administrateur ne recueillerait aucune offre en temps utile, ordonner à celui-ci de liquider la société et de répartir le produit de la liquidation entre les actionnaires (dissolution sous condition suspensive; cf. ATF 142 III 629 consid. 2.3.2). Le tribunal n'est pas lié par les conclusions des parties, la maxime d'office étant applicable (ATF 142 III 629 consid. 2.3.1; 138 III 294 consid. 3.1.3). Il s'agit d'une procédure du droit des sociétés, soumise à la procédure sommaire (art. 250 let. c ch. 6 CPC; ATF 138 III 166 consid. 3.9, 294 consid. 3.1.3). Le jugement qui sera rendu aura un effet direct, en vertu du droit matériel, à l'égard des autres actionnaires (ATF 142 III 629 consid. 2.3.2 et 2.3.7).

L'actionnaire a ainsi la qualité pour agir contre la société, qui a, elle, la qualité pour défendre. Si la société n'a pas de représentant, le tribunal doit préalablement lui désigner un commissaire pour agir dans cette procédure (ATF 138 III 213 consid. 2.1).

2.5 En l'occurrence, les intimés, actionnaires, ont agi contre l'appelante, sur la base de l'art. 731b CO, alléguant une situation de blocage "pat" dans l'actionnariat.

Depuis l'arrêt de la Cour de justice du 17 mai 2022, définitif, il est acquis que, durant l'exercice 2019, l'administrateur unique de la société était G_____. Aucune nomination d'administrateur n'a eu lieu pour les exercices suivants, à teneur du dossier.

Il s'ensuit que les personnes figurant encore au Registre du commerce comme administrateurs, dont il est au demeurant constant que l'une est décédée, ne revêtent pas cette qualité.

L'entité contre laquelle les intimés ont agi n'a ainsi pas d'organes. Elle est, par voie de conséquence, privée de la capacité d'ester en justice, ce qui doit être relevé d'office.

Au vu de la finalité de l'action intentée par les intimés, fondée sur l'art. 731b CO, il n'est pas question de considérer que l'appelante était défaillante dans la procédure. En revanche, il s'impose de retenir qu'elle est dépourvue de représentant, et qu'il devait lui être désigné un commissaire pour agir en procédure.

Dans ces circonstances particulières, il ne saurait être reproché à l'appelante de former un appel irrecevable, motif pris de son avérée absence de capacité d'ester en justice. L'appel sera donc considéré comme recevable.

En définitive, compte tenu de ce que le Tribunal n'a pas examiné la question de la capacité d'ester en justice de l'appelante, alors qu'il lui incombait de le faire d'office, le jugement attaqué sera entièrement annulé. La cause sera renvoyée au Tribunal pour qu'il nomme un commissaire à l'appelante, puis reprenne l'instruction de la procédure avant de rendre une nouvelle décision.

3. Les frais judiciaires d'appel, arrêtés à 800 fr. (art. 26, 35 RTFMC), seront supportés par l'Etat de Genève, au vu des circonstances particulières d'espèce évoquées ci-dessus.

L'avance opérée sera restituée à l'appelante.

La répartition des dépens, fixés à 1'000 fr., sera déléguée au Tribunal (art. 104 al. 4 CPC).

* * * * *

PAR CES MOTIFS,

La Chambre civile :

A la forme :

Déclare recevable l'appel interjeté par A_____ SA le 4 septembre 2023 contre le jugement JTPI/9287/2023 rendu le 24 août 2023 par le Tribunal de première instance dans la cause C/14894/2022-19 SFC.

Au fond :

Annule ce jugement.

Renvoie la cause au Tribunal pour nomination à A_____ SA d'un commissaire, instruction et nouvelle décision.

Déboute les parties de toutes autres conclusions d'appel.

Sur les frais :

Arrête les frais d'appel à 800 fr. et les met à la charge de l'ETAT DE GENEVE.

Ordonne aux Services financiers du Pouvoir judiciaire de restituer 1'200 fr. à A_____ SA.

Délègue la répartition des dépens d'appel de 1'000 fr. au Tribunal.

Siégeant :

Madame Pauline ERARD, présidente; Madame Sylvie DROIN, Madame Nathalie LANDRY-BARTHE, juges; Madame Marie-Pierre GROSJEAN, greffière.

La présidente :	La greffière :
Pauline ERARD	Marie-Pierre GROSJEAN

<u>Indication des voies de recours</u> :

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

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

Valeur litigieuse des conclusions pécuniaires au sens de la LTF supérieure ou égale à 30'000 fr.