

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

C/20983/2013

ACJC/669/2014

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre civile

DU VENDREDI 30 MAI 2014

Entre

A_____, domicilié _____ (France), appelant d'une ordonnance rendue par la 19^{ème} Chambre du Tribunal de première instance de ce canton le 20 janvier 2014, comparant par Me Pascal Rytz, avocat, rue du Rhône 61, case postale 3558, 1211 Genève 3, en l'étude duquel il fait élection de domicile,

et

B_____ **SA**, sise _____ Genève, intimée, comparant par Me Dominique Christin, avocat, rue Jacques-Balmat 5, case postale 5839, 1211 Genève 11, en l'étude duquel elle fait élection de domicile aux fins des présentes.

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du 03.06.2014.

EN FAIT

- A.** **a.** B _____ SA, dont le siège est à Genève, a pour but social toutes opérations commerciales et financières pour la distribution et procédés de fabrication de produits alimentaires, cosmétiques, bien-être et autres opérations s'y rapportant.
- b.** Aux termes de son acte fondateur daté du _____ 2009, la société est dotée d'un capital-actions de 100'000 fr. réparti en 1'000 actions au porteur d'une valeur nominale de 100 fr. chacune.
- c.** Depuis le 13 janvier 2012, C _____ en est l'administrateur unique et possède la signature individuelle.
- d.** D'après les statuts de la société du _____ 2009, l'Assemblée générale ordinaire doit avoir lieu chaque année dans les six mois qui suivent la clôture de l'exercice annuel.

Elle doit être convoquée par le conseil d'administration vingt jours au moins avant la date de la réunion par avis unique inséré dans la FAO ainsi que par courrier recommandé ou par courriel envoyé aux actionnaires dont les nom et adresse sont connus de la société. Sont mentionnés dans la convocation les objets portés à l'ordre du jour; aucune décision ne peut être prise sur des objets qui n'ont pas été dûment portés à l'ordre du jour, à l'exception des propositions déposées par un actionnaire dans le but de convoquer une assemblée générale extraordinaire, d'instituer un contrôle spécial ou d'élire un organe de révision. La convocation doit également informer les actionnaires que le rapport de gestion et le rapport de révision sont mis à leur disposition vingt jours avant l'assemblée générale au siège de la société (art. 12 statuts).

- e.** Selon déclaration du conseil d'administration du _____ 2009, la société n'est pas soumise à un contrôle ordinaire et a renoncé à un contrôle restreint.
- f.** En date du 21 janvier 2013, une assemblée générale extraordinaire s'est tenue, à laquelle A _____ a été convoqué par courrier recommandé et dont l'ordre du jour prévoyait, entre autres choses, la présentation des comptes au 30 juin 2012 en vue de leur approbation.

Cette question n'a toutefois pas été abordée, le président de l'assemblée générale ayant indiqué que ce point de l'ordre du jour serait traité ultérieurement.

Lors de cette assemblée, il a été décidé qu'A _____ quitterait la société moyennant le rachat de ses actions pour un montant de 120'000 fr. et sous certaines conditions. Un projet de convention devait être rédigé par le conseil d'A _____ et remis à la société B _____ SA fin février 2013.

g. Par lettre recommandée du 29 juillet 2013, A_____ a été convoqué à une assemblée générale extraordinaire, prévue le 21 août 2013, dont l'ordre du jour était le suivant :

"1) Présentation du bilan intermédiaire de la Société et explications du Conseil d'administration sur la situation de surendettement de la Société et sur les mesures d'assainissement envisagées.

2) Décision relative à la réduction du capital-actions de la Société avec augmentation simultanée du capital-actions d'un maximum de CHF 150'000.- par l'émission de 1'500 actions au porteur d'une valeur de CHF 100.-, au prix de CHF 100.- chacune.

Proposition du Conseil d'administration : Afin de remédier à la situation de surendettement de la Société au sens de l'article 725 alinéa 2 du Code des obligations, le Conseil d'administration proposera d'accepter la réduction du capital-actions de la Société de CHF 100'000.-, suivie d'une augmentation simultanée du capital-actions de maximum CHF 150'000.- selon les modalités exposées sous chiffre 2. Il est précisé que, si la proposition du Conseil d'administration devait être retenue, les actions actuelles seront détruites par la réduction du capital-actions, chaque actionnaire bénéficiant toutefois d'un droit de souscription préférentiel lors de l'augmentation du capital-actions.

3) Modification des statuts compte tenu de ce qui précède.

4) Divers".

Il n'était pas mentionné dans ledit courrier si une annexe y était jointe.

h. Le 21 août 2013 s'est tenue comme prévu l'assemblée générale extraordinaire, laquelle a fait l'objet d'un procès-verbal pris en la forme authentique par Me D_____, notaire.

A teneur de ce document, après avoir constaté que l'ensemble des actionnaires avait été convoqué, que 765 actions sur 1000 étaient présentes et que l'assemblée pouvait valablement se tenir, le président a expliqué qu'au terme du bilan intermédiaire, la société présentait, au 30 juin 2013, une perte de 143'047 fr., confirmant qu'à la date de l'assemblée la perte n'avait pas été résorbée et que le bilan de la société n'avait pas changé de manière significative.

Il a proposé la réduction du capital-actions de la société à 0 fr. et l'augmentation simultanée à 150'000 fr. étant précisé qu'un rapport de révision spécial au sens de l'art. 732 CO n'était pas requis étant donné que le montant du capital-actions, après augmentation simultanée, ne serait pas inférieure à celui avant assainissement.

L'assemblée générale a voté à l'unanimité des voix représentées la réduction à 0 fr. du capital-actions ainsi que son augmentation simultanée à 150'000 fr.; elle a, de la même manière, décidé que les souscripteurs disposaient d'un délai expirant le 30 septembre 2013 pour souscrire les nouvelles actions.

i. A_____ a assisté à cette assemblée, mais n'a pas pu participer au vote, ayant oublié son certificat d'actions.

j. Le 28 août 2013, B_____ SA s'est adressée à A_____, consécutivement à l'assemblée générale, pour l'inviter à lui présenter dans les 10 jours l'original du certificat d'actions dont il alléguait être porteur, ce qu'il n'a pas fait.

k. Le _____ 2013, il a été publié dans la FOOSC que "tous les actionnaires actuels de la société disposent d'un unique délai au 30 septembre 2013, à peine de péremption, pour faire valoir leur droit préférentiel de souscription".

B. a. Par action en constatation de nullité de la décision d'approbation des comptes de l'année 2012 et annulation de la décision de l'assemblée général du 21 août 2013 déposée au greffe du Tribunal de première instance (ci-après : le Tribunal) le 9 octobre 2013 à l'encontre de B_____ SA, A_____ a en outre sollicité des mesures provisionnelles, assorties de mesures superprovisionnelles tendant à :

- faire interdiction à B_____ SA de procéder à toute modification de ses statuts;
- faire interdiction à B_____ SA de requérir une quelconque inscription au Registre du commerce relative à une augmentation de son capital-actions ainsi qu'à une nouvelle subdivision de ce dernier;
- faire interdiction au Préposé au Registre du commerce de procéder à une quelconque inscription relative à une augmentation du capital-actions de la société ainsi qu'à une nouvelle subdivision de son capital-actions.

A l'appui de ses conclusions, A_____ a exposé être actionnaire de B_____ SA et a produit copie d'un certificat d'actions établi le 17 janvier 2013 à Genève correspondant à 235 actions au porteur (n^{os} 236 à 470) d'une valeur nominale totale de 23'500 fr. En outre, il a précisé avoir appris que les comptes 2012, sur lesquels se fondaient la réduction du capital-actions de la société, avaient été approuvés en son absence et sans qu'aucune convocation ne lui parvienne et qu'en conséquence, cette décision d'approbation des comptes 2012 était nulle au sens de l'article 706b CO. Il a enfin fait valoir que la décision de l'assemblée générale précitée de réduire et d'augmenter le capital-actions était annulable au sens de l'article 706 CO, dans la mesure où elle se fondait sur les comptes 2012, non valablement approuvés.

L'urgence à statuer résidait dans le fait que le conseil d'administration disposait de trois mois pour exécuter la décision prise le 21 août 2013 par l'assemblée générale et qu'il était donc important de faire interdiction à B_____ SA de modifier ses statuts et de modifier les données du Registre du commerce concernant le montant

et la composition de son capital-actions. Il était également urgent d'interdire au préposé au Registre du commerce de procéder à une quelconque inscription en lien avec l'augmentation du capital-actions de B_____ SA et à une nouvelle subdivision de son capital-actions.

b. Par ordonnance du 10 octobre 2013, le Tribunal a rejeté la requête de mesures superprovisionnelles et a dit qu'un délai de réponse serait octroyé à B_____ SA et qu'une audience serait convoquée par ordonnance séparée, réservant pour le surplus le sort des dépens. En substance, le premier juge a considéré que l'urgence de la situation n'était pas rendue vraisemblable et que les mesures sollicitées auraient pour conséquence d'empêcher le conseil d'administration de la société de mettre à exécution la décision de l'assemblée générale dans le délai de trois mois imparti par la loi, ce qui paraissait disproportionné au regard des intérêts d'A_____.

c. B_____ SA a conclu au rejet de la requête par écriture du 2 décembre 2013.

Elle a exposé que l'assemblée générale avait voté régulièrement, sur la base d'un bilan intermédiaire, la mesure d'assainissement proposée par le conseil d'administration, étant précisé que cette décision avait fait l'objet d'un acte authentique. A_____ n'avait souscrit aucune nouvelle action dans le délai imparti de sorte qu'il n'était plus actionnaire de la société, ayant même refusé de présenter son certificat d'actions, si bien que la société ne pouvait plus le considérer comme l'un de ses actionnaires.

Elle a encore fait valoir que, dans la mesure où la procédure de réduction avec augmentation simultanée du capital-actions avait été valablement exécutée, A_____ avait perdu tout intérêt à l'obtention des mesures provisionnelles requises.

Enfin, elle a précisé qu'aucune assemblée générale ordinaire pour l'année 2012 n'avait été tenue, de sorte qu'elle ne s'était pas tenue en l'absence d'A_____, contrairement à ce qu'il affirmait.

d. Parallèlement, le 13 novembre 2013, la modification intervenue relativement au capital-actions de B_____ SA a été inscrite au journal du Registre du commerce, à savoir que le capital-actions était désormais de 150'000 fr. et composé de 1'500 actions de 100 fr., au porteur (le capital-actions ayant été réduit de 100'000 fr. à 0 fr. par destruction des actions puis augmenté à nouveau en vue d'un assainissement à 150'000 fr.). La modification des statuts au 11 novembre 2013 était également publiée.

e. Lors de l'audience du 9 décembre 2013 devant le Tribunal, A_____ a modifié ses conclusions en ce sens qu'il a requis du Tribunal, sur mesures provisionnelles et sur le fond, qu'il ordonne la rectification du Registre du commerce s'agissant de

la modification des statuts de la société à laquelle il a été procédé en date du 13 novembre 2013.

Pour le surplus les parties ont persisté dans leurs conclusions.

- C. a.** Par ordonnance du 20 janvier 2014, reçue le 22 janvier 2014 par A_____, le Tribunal a rejeté sa requête (ch. 1 du dispositif), arrêté les frais judiciaires à 1'500 fr. (ch. 2), qu'il a mis à la charge d'A_____ et compensés avec l'avance de frais fournie par lui (ch. 3), condamné ce dernier à verser à B_____ SA la somme de 3'200 fr. à titre de dépens (ch. 4) et débouté les parties de toutes autres conclusions (ch. 5).

Le premier juge a considéré qu'au vu des pièces produites les chances de succès d'A_____ de faire annuler la décision prise lors de l'assemblée générale du 21 août 2013 et d'obtenir par conséquent la rectification du Registre du commerce à cet égard étaient faibles. Il a également relevé qu'il n'était pas certain qu'A_____ ait été actionnaire de la société à l'époque de ladite assemblée générale, étant précisé qu'il n'avait pas présenté l'original du certificat d'action lors de cette assemblée ni lors de l'audience devant le Tribunal. En outre, le Tribunal a considéré que la question soulevée par A_____ relative aux comptes 2012 n'était pas pertinente, dès lors que la décision litigieuse reposait sur un bilan intermédiaire établi au 30 juin 2013. A_____ n'avait par conséquent pas rendu vraisemblable l'existence du droit matériel invoqué.

b. Par acte expédié au greffe de la Cour de justice le 3 février 2014, A_____ appelle de cette ordonnance, dont il sollicite l'annulation. Il persiste dans ses dernières conclusions de première instance, avec suite de frais judiciaires et de dépens. Subsidièrement, il conclut au renvoi de la cause au premier juge afin qu'il statue à nouveau dans le sens des considérants constatant l'invalidité de la modification des statuts de B_____ SA à laquelle il a été procédé le 13 novembre 2013 et au déboutement de cette dernière de toute autre conclusion, avec suite de frais judiciaires et de dépens.

Il a allégué des faits nouveaux 25, 26, 30 et 31, aux termes desquels A_____ soutient que l'assemblée générale aurait dû se fonder sur lesdits comptes 2012 préalablement approuvés et sur le bilan intermédiaire, qui n'avait été présenté que le jour même de l'assemblée générale extraordinaire. Or, en l'absence de comptes approuvés une mesure d'assainissement ne pouvait être proposée ni valablement décidée. Il critique également l'absence de précision apportée aux actionnaires concernant la mesure d'assainissement proposée. Le conseil d'administration ne se serait ainsi pas conformé à ses obligations d'information.

c. Le 4 mars 2014, B_____ SA conclut, principalement, à l'irrecevabilité de l'appel. Subsidièrement, elle conclut au déboutement d'A_____ de toutes ses

conclusions et à la confirmation de l'ordonnance entreprise, avec suite de frais judiciaires et de dépens.

d. Par réplique spontanée du 17 mars 2014, A_____ s'est déterminé sur la réponse de B_____ SA concernant la recevabilité de faits nouveaux et a persisté dans ses conclusions.

e. B_____ SA a dupliqué par mémoire du 1er avril 2014 et a persisté dans ses conclusions.

D. L'argumentation des parties sera détaillée ci-après dans la mesure utile à l'examen de l'appel.

EN DROIT

1. **1.1** L'appel est recevable contre les décisions de première instance sur les mesures provisionnelles (art. 308 al. 1 let. b et al. 2 CPC). La cause concernant des mesures provisionnelles, elle est régie par la procédure sommaire (art. 248 let. d CPC).

Selon l'art. 308 al. 1 let. b et al. 2 CPC, l'appel est recevable contre les décisions de première instance sur les mesures provisionnelles, si la valeur litigieuse est d'au moins 10'000 fr.

Dans le cas d'espèce, la procédure, qui devrait être introduite serait une action en constatation de nullité ou en annulation d'une décision de l'assemblée générale d'une société anonyme; elle est de nature pécuniaire (arrêt du Tribunal fédéral 4A_338/2012 du 30 août 2012 consid. 1.3).

D'après l'art. 91 al. 1 CPC, la valeur litigieuse est déterminée par les conclusions. Lorsque l'action ne porte pas sur le paiement d'une somme d'argent déterminée, le Tribunal détermine la valeur litigieuse (art. 91 al. 2 CPC). Pour les mesures provisionnelles, la valeur litigieuse est celle de la demande au fond qui a été déposée ou qui le sera (ATF 133 III 645 consid. 2.2 p. 648 et arrêt du Tribunal fédéral 4A_152/2012 du 3 août 2012 consid. 1).

Pour déterminer la valeur litigieuse de la procédure sur mesures provisionnelles, il convient donc de se référer à l'enjeu que doit revêtir le procès au fond (ACJC/1110/2012 du 8 août 2012 statuant sur une procédure de preuve à futur).

La valeur litigieuse est ainsi clairement supérieure à 10'000 fr., le capital-actions de la société étant de 150'000 fr. et précédemment de 100'000 fr.

Le présent appel, déposé dans le délai de 10 jours prévu par la loi (art. 142 al. 3 et 314 al. 1 CPC), est à cet égard recevable.

Il en va de même de la réponse (art. 312 CPC) et de la réplique spontanée de l'appelant, le droit d'une partie de répliquer dans le cadre d'une procédure judiciaire constituant un élément du droit d'être entendu (ATF 138 I 154 consid. 2.3.3).

1.2 L'appel peut être formé pour violation du droit et constatation inexacte des faits (art. 310 al. 1 let. a et b CPC).

Il incombe toutefois au recourant de motiver son appel (art. 311 al. 1 CPC), c'est-à-dire de démontrer le caractère erroné de la motivation attaquée. Pour satisfaire à cette exigence, il ne lui suffit cependant pas de renvoyer aux moyens soulevés en première instance, ni de se livrer à des critiques toutes générales de la décision attaquée. Sa motivation doit être suffisamment explicite pour que l'instance d'appel puisse la comprendre aisément, ce qui suppose une désignation précise des passages de la décision que le recourant attaque et des pièces du dossier sur lesquelles repose sa critique (arrêt du Tribunal fédéral 5A_396/2013 du 26 février 2014 consid. 5.3.1).

En l'espèce, l'appelant expose en tête de son mémoire que le Tribunal a violé le droit notamment en considérant que la décision de réduction et d'augmentation du capital-actions prise par l'assemblée générale de l'intimée du 21 août 2013 était valable et que, dès lors, l'inscription des nouveaux statuts au Registre du commerce ne devait pas être modifiée.

Il y a lieu de considérer que cette motivation est suffisante, de sorte que l'appel est recevable.

- 2.** Selon l'art. 317 al. 1 CPC, les faits et moyens de preuve nouveaux ne sont pris en compte qu'aux conditions suivantes : a. ils sont invoqués ou produits sans retard et b. ils ne pouvaient être invoqués ou produits devant la première instance bien que la partie qui s'en prévaut ait fait preuve de la diligence requise.

En l'espèce, l'appelant produit des pièces déjà fournies en première instance. Elles sont partantes recevables.

L'intimé estime que les allégués de faits 12, 19, 30 et 31 de l'appelant ont été invoqués pour la première fois en appel et qu'ils sont par conséquent irrecevables.

Or, les allégués de faits 12 et 19 correspondent respectivement aux allégués 32, 24 et 25 de la requête. L'allégué 12 est également contenu dans l'état de fait de la réponse de l'intimée (allégué ch. 30).

S'agissant de la recevabilité des allégués de faits nouveaux 30 et 31 ainsi que des allégués nouveaux 25 et 26, cette question sera traitée ci-après (consid. 3.5).

-
3. L'appelant se plaint de ce que le Tribunal a considéré que la décision de réduction et d'augmentation du capital-actions prise par l'assemblée générale le 21 août 2013 était valable.

3.1 Selon l'art. 261 al. 1 CPC, le tribunal ordonne les mesures provisionnelles nécessaires lorsque le requérant rend vraisemblable qu'une prétention dont il est titulaire remplit les conditions suivantes :

- a. elle est l'objet d'une atteinte ou risque de l'être;
- b. cette atteinte risque de lui causer un préjudice difficilement réparable.

Selon l'art. 262 let. c CO, le tribunal peut ordonner toute mesure provisionnelle propre à prévenir ou à faire cesser le préjudice, notamment donner un ordre à une autorité qui tient un registre.

L'octroi de mesures provisionnelles suppose la vraisemblance du droit invoqué. Le requérant doit ainsi rendre vraisemblable que le droit matériel invoqué existe et que le procès a des chances de succès (arrêt du Tribunal fédéral 5P.422/2005 consid. 3.2 = SJ 2006 I p. 371; BOHNET, Code de procédure civile commenté, 2011, n. 7 ad art. 261 CPC). Il doit donc également rendre vraisemblable une atteinte au droit ou son imminence (BOHNET, op. cit., n. 10 ad art. 261 CPC).

En outre, la vraisemblance requise doit porter sur un préjudice difficilement réparable, qui peut être patrimonial ou immatériel (BOHNET, op. cit., n. 11 ad art. 261; KOFMEL EHRENZELLER, KuKo-ZPO, 2010, n. 8 zu art. 261; HUBER, Kommentar zur schweizerischen Zivilprozessordnung, 2010, n. 20 zu art. 261). Lorsque l'atteinte du droit s'est déjà produite, il faut qu'il existe la crainte de poursuite de cette atteinte (HUBER, op. cit., n. 21 ad art. 261 CPC). La condition du préjudice difficilement réparable vise à protéger le requérant du dommage qu'il pourrait subir s'il devait attendre jusqu'à ce qu'une décision soit rendue au fond (ATF 116 Ia 446 consid. 2). La notion de "préjudice difficile à réparer" s'examine à l'aune de l'efficacité du jugement à rendre à l'issue de la procédure ordinaire, qui en serait compromise sans l'ordonnance provisionnelle (arrêts du Tribunal fédéral 4P.85/2004 du 14 juin 2004, consid. 2.3 et 4P.5/2002 du 8 avril 2002, consid. 3b; KOFMEL EHRENZELLER, op. cit., n. 8 ad art 261 CPC).

3.2 A teneur de l'art. 699 CO, l'assemblée générale est convoquée par le conseil d'administration et, au besoin, par les réviseurs; les liquidateurs et les représentants des obligataires ont également le droit de la convoquer (al. 1). L'assemblée générale ordinaire a lieu chaque année dans les six mois qui suivent la clôture de l'exercice; des assemblées générales extraordinaires sont convoquées aussi souvent qu'il est nécessaire (al. 2).

Selon l'art. 700 al. 3 CO, aucune décision ne peut être prise sur des objets qui n'ont pas été dûment portés à l'ordre du jour, à l'exception des propositions

déposées par un actionnaire dans le but de convoquer une assemblée générale extraordinaire, d'instituer un contrôle spécial ou d'élire un organe de révision.

Selon l'art. 700 al. 1 CO, l'assemblée générale est convoquée selon le mode établi par les statuts, 20 jours au moins avant la date de la réunion.

3.3 Selon l'art. 698 CO, l'assemblée générale des actionnaires est le pouvoir suprême de la société (al. 1). Elle a le droit intransmissible : 1. d'adopter et de modifier les statuts; 2. de nommer les membres du conseil d'administration et de l'organe de révision; 3. d'approuver le rapport annuel et les comptes de groupe; 4. d'approuver les comptes annuels et de déterminer l'emploi du bénéfice résultant du bilan, en particulier de fixer le dividende et les tantièmes; 5. de donner décharge aux membres du conseil d'administration; 6. de prendre toutes les décisions qui lui sont réservées par la loi ou les statuts (al. 2).

Si la loi ou les statuts n'en disposent pas autrement, l'assemblée générale prend ses décisions et procède aux élections à la majorité absolue des voix attribuées aux actions représentées (art. 703 CO). L'art. 703 CO n'instaure aucun quorum de présence (PETER/CAVADINI, Commentaire Romand, Code des obligations II, 2008, n. 10 ad art. 703 CO).

Selon l'art. 704 al. 1 CO, une décision de l'assemblée générale recueillant au moins les deux tiers des voix attribuées aux actions représentées et la majorité absolue des valeurs nominales représentées est nécessaire pour la modification du but social, l'introduction d'actions à droit de vote privilégié, la restriction de la transmissibilité des actions nominatives, l'augmentation autorisée ou conditionnelle du capital-actions, l'augmentation du capital-actions au moyen des fonds propres, contre apport en nature ou en vue d'une reprise de biens et l'octroi d'avantages particuliers la limitation ou la suppression du droit de souscription préférentiel, le transfert du siège de la société et la dissolution de la société.

Le terme "représenté" inclut toutes les actions présentes à l'assemblée générale, que leur titulaire y assiste en personne ou qu'il s'y fasse "représenter" par un tiers autorisé (PETER/CAVADINI, op. cit., n. 4 ad art. 704 CO). Si la société n'a pas émis d'actions à droit de vote privilégié, il suffit que la majorité des deux tiers des voix attribuée aux actions représentées soit atteinte pour que la seconde exigence, celle relative à leur valeur nominale, soit ipso facto également satisfaite (PETER/CAVADINI, op. cit., n. 6 ad art. 704 CO). Cette disposition n'institue aucun quorum de présence. Il n'est pas tenu compte des actions absentes ou qui ne se sont pas faites représenter (PETER/CAVADINI, op. cit., n. 9 ad art. 704 CO).

3.4 La décision portant sur l'amortissement complet du capital-actions et sa réaugmentation simultanée au montant précédent n'est pas soumise à l'art. 732 CO, si l'augmentation correspond au montant initial au moins et si le capital

nouvellement émis est entièrement libéré (HEINZMANN, Commentaire Romand, Code des obligations II, 2008, n. 8 ad art. 732 CO).

La suppression des droits des actionnaires associée à la réduction du capital-actions à zéro suivie de son augmentation immédiate n'est envisageable qu'à des fins d'assainissement (art. 732a al. 1 CO) et moyennant respect absolu du droit de souscription préférentiel des actionnaires, inaliénable dans ce cas (art. 732a al. 2 CO). Une telle dérogation au droit au maintien du sociétariat ne se justifie que si le capital-risque est entièrement perdu. Tel ne peut être le cas que si la société est en situation de surendettement au sens de l'art. 725 al. 2 CO. Nécessaire, cette condition n'est pas suffisante : il faut encore que l'opération permette en tant que telle le complet assainissement de la société, ou que d'autres mesures prises simultanément permettent raisonnablement d'envisager un assainissement durable de la situation. Dans ce second cas, le conseil d'administration doit disposer d'un concept d'assainissement qui le délie de son obligation d'avis au juge de la faillite indépendamment d'éventuelles postpositions de créances et l'assemblée générale ne peut valablement prendre une décision de réduction du capital-actions à zéro avec augmentation consécutive si les mesures complémentaires permettant de conclure à une perspective d'assainissement durable ne lui sont pas présentées en même temps. Sans une telle information, les actionnaires ne seraient en outre pas en mesure de décider en toute connaissance de cause s'il convient ou non d'exercer leur droit de souscription préférentiel (ATF 138 III 204 consid. 3.3). Une décision prise par l'assemblée générale en violation de ces principes n'est pas nulle au sens de l'art. 706b CO mais seulement annulable au sens des art. 706 et 706a CO. Les mesures d'exécution prises par le conseil d'administration ensuite d'une décision ainsi annulée sont nulles, faute de pouvoir reposer sur une base valable (ATF 138 III 204 consid. 4.2).

3.5 Selon l'art. 706 al. 1 CO, le conseil d'administration et chaque actionnaire peuvent attaquer en justice les décisions de l'assemblée générale qui violent la loi ou les statuts; l'action est dirigée contre la société. Selon l'al. 2, sont en particulier annulables les décisions qui : 1. suppriment ou limitent les droits des actionnaires en violation de la loi ou des statuts; 2. suppriment ou limitent les droits des actionnaires d'une manière non fondée; 3. entraînent pour les actionnaires une inégalité de traitement ou un préjudice non justifiés par le but de la société (...).

L'action s'éteint si elle n'est pas exercée au plus tard dans les deux mois qui suivent l'assemblée générale (art. 706a al. 1 CO).

En vertu de l'art. 706b ch. 3 CO, sont nulles en particulier les décisions de l'assemblée générale qui négligent les structures de base de la société anonyme ou portent atteinte aux dispositions de protection du capital.

3.6 En l'espèce, l'appelant fait valoir qu'il a rendu vraisemblable sa qualité d'actionnaire.

Il a produit à l'appui de ses dires une copie du certificat d'actions et il y a lieu d'admettre au stade de la vraisemblance qu'il était actionnaire de la société jusqu'à la décision litigieuse et qu'il a par conséquent un intérêt à agir.

La décision de l'assemblée générale extraordinaire du 21 août 2013 a été prise par l'organe compétent, convoqué conformément à la loi et aux statuts et relatif à un objet dûment porté à l'ordre du jour.

Le fait que les comptes 2012 n'ont pas été approuvés n'est pas pertinent. En effet, la décision litigieuse repose sur un bilan intermédiaire au 30 juin 2013 et non pas sur les comptes annuels de l'intimée au 31 décembre 2012.

En outre, en première instance, l'appelant alléguait que la décision litigieuse de l'assemblée générale était basée sur les comptes 2012, qui avaient été approuvés en violation des statuts et des dispositions légales, car il n'avait pas été convoqué à l'assemblée générale y relative. Cette décision d'approbation était alors nulle et la décision du 21 août 2013 était partant annulable.

En appel, il soutient désormais que l'assemblée générale aurait dû se fonder sur lesdits comptes 2012 préalablement approuvés et sur le bilan intermédiaire, qui n'avait été présenté que le jour même de l'assemblée générale extraordinaire. Or, en l'absence de comptes approuvés une mesure d'assainissement ne pouvait être proposée ni valablement décidée. Il critique également l'absence de précision apportée aux actionnaires concernant la mesure d'assainissement proposée.

Or, ces allégués sont contradictoires et la recevabilité des allégués nouveaux en appel (ch. 25 et 26) ne saurait être admise, dès lors l'appelant n'expose pour quelle raison il n'aurait pas pu s'en prévaloir en première instance (art. 317 al. 1 let. b CPC). Cela étant, indépendamment de la recevabilité de ces faits nouveaux, il ne ressort pas de la loi que le conseil d'administration devait préalablement approuver les comptes 2012 pour prendre la décision litigieuse ou qu'il devait présenter à l'assemblée générale extraordinaire les comptes intermédiaires préalablement à la séance, conformément à l'art. 12 des statuts.

En outre, contrairement à ce que soutient l'appelant, la décision litigieuse n'apparaît pas d'emblée annulable au motif que le conseil d'administration ne se serait pas conformé à ses obligations d'information. Outre le fait que l'appelant se prévaut ici encore de faits nouveaux (ch. 30 et 31) irrecevables en appel en l'absence de motif justificatif (art. 317 al. 1 let. b CPC), ces faits ne ressortent pas du procès-verbal de l'assemblée générale litigieuse sur lequel pourtant ils se fondent.

Enfin, l'appelant ne rend pas davantage vraisemblable qu'il aurait été privé de son droit de souscription préférentiel. Il admet lui-même avoir oublié de fournir son certificat d'actions lors de l'assemblée générale extraordinaire et n'explique au demeurant pas comment l'intimée l'en aurait privé, dès lorsqu'il disposait d'un délai au 30 septembre 2013 pour souscrire les nouvelles actions.

Pour tous ces motifs, c'est à bon droit que le premier juge a considéré que l'appelant n'avait pas rendu vraisemblable l'existence du droit matériel invoqué et il n'est pas nécessaire d'examiner si la condition du préjudice difficilement réparable est remplie.

L'appel doit être rejeté et l'ordonnance querellée sera confirmée.

4. L'appelant, qui succombe, sera condamné aux frais judiciaires d'appel, arrêtés à 1'500 fr. (art. 105 al. 1 et 106 al. 1 CPC, 26 et 37 RTFMC), compensés avec l'avance de frais de même montant qu'elle a effectuée, qui reste acquise à l'Etat (art. 111 al. 1 CPC).

Il sera par ailleurs condamné à payer les dépens de l'intimée, qui seront fixés à 1'000 fr., TVA et débours compris (art. 25 et 26 LaCC, 84, 85 al. 2, 86 et 90 RTFMC).

* * * * *

PAR CES MOTIFS,

La Chambre civile :

A la forme :

Déclare recevable l'appel interjeté le 3 février 2014 par A_____ contre l'ordonnance OTPI/137/2014 rendue le 20 janvier 2014 par le Tribunal de première instance dans la cause C/20983/2013-19 SP.

Au fond :

Confirme l'ordonnance entreprise.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Sur les frais d'appel :

Arrête les frais judiciaires à 1'500 fr.

Les met à la charge d'A_____ et dit qu'ils sont entièrement couverts par l'avance opérée par ce dernier, laquelle reste acquise à l'Etat.

Condamne A_____ à payer 1'000 fr. à B_____ SA à titre de dépens.

Siégeant :

Madame Nathalie LANDRY-BARTHE, présidente; Madame Elena SAMPEDRO et Monsieur Laurent RIEBEN, juges; Madame Céline FERREIRA, greffière.

La présidente :

Nathalie LANDRY-BARTHE

La greffière :

Céline FERREIRA

Indication des voies de recours :

Conformément aux art. 72 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF; RS 173.110), le présent arrêt peut être porté dans les trente jours qui suivent sa notification avec expédition complète (art. 100 al. 1 LTF) par devant le Tribunal fédéral par la voie du recours en matière civile, les moyens étant limités en application de l'art. 98 LTF.

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.