



POUVOIR JUDICIAIRE

C/21048/2018

ACJC/237/2019

ARRÊT**DE LA COUR DE JUSTICE****Chambre civile****DU JEUDI 14 FEVRIER 2019**

Entre

Monsieur A_____, domicilié c/o **B**_____, SA, rue _____ Genève, appelant d'un jugement rendu par la 22ème Chambre du Tribunal de première instance de ce canton le 27 septembre 2018, comparant par Me **I**_____ et Me **J**_____, avocats, Genève, en l'étude desquels il fait élection de domicile,

et

C_____ SA, EN LIQUIDATION, sise route _____ (GE), intimée, comparant en personne.

Le présent arrêt est communiqué aux parties et à Me Julien Waeber, avocat, par plis recommandés du 04.03.2019.

EN FAIT

- A.** Par jugement JTPI/14644/2018 du 27 septembre 2018, reçu le lendemain par A_____, le Tribunal de première instance a rejeté la requête en nomination d'un commissaire formée par le précité (chiffre 1 du dispositif), condamné ce dernier à payer les frais judiciaires arrêtés à 600 fr. (ch. 2) et débouté les parties de toutes autres conclusions (ch. 3).

Le Tribunal a retenu que C_____ SA, EN LIQUIDATION (ci-après : C_____ ou la société) ne présentait aucune carence organisationnelle et qu'il n'était par ailleurs saisi d'aucune requête en ce sens, de sorte qu'il ne pouvait nommer à titre préalable un commissaire, sur la base de l'art. 731b CO.

- B. a.** Par acte du 8 octobre 2018, A_____ a formé appel de ce jugement, sollicitant son annulation. Cela fait, il a conclu à la nomination de Me D_____, de Me E_____, de Me F_____ ou encore d'un tiers, en qualité de commissaire *ad hoc* (*ad litem*), aux fins de représenter C_____ dans la procédure civile qu'il avait lui-même introduite à l'encontre de cette dernière le 13 septembre 2018, pendante sous la cause C/1_____/2018, et à ce que les honoraires du commissaire soient mis à la charge de C_____, sous suite de frais et dépens.

A_____ n'a pas dirigé cet appel contre la société.

Il a produit des extraits du Registre du commerce des sociétés C_____ et B_____ SA.

b. Par courrier du 22 octobre 2018, la Cour a imparti à C_____ un délai de dix jours dès notification pour répondre à l'appel. Ce courrier étant revenu avec la mention "*le destinataire est introuvable à l'adresse indiquée*", la Cour a imparti un délai de dix jours à A_____ pour lui faire parvenir la preuve des recherches effectuées en vue de se procurer l'adresse de la partie intimée.

c. Par courrier du 8 novembre 2018, A_____ a indiqué à la Cour qu'à l'exception de sa propre adresse professionnelle, en sa qualité de liquidateur, la société disposait pour seule adresse de celle indiquée au Registre du commerce comme étant son siège social. Il ne s'expliquait pas pourquoi la Cour n'avait pas pu notifier audit siège son courrier du 22 octobre 2018. Il suggérait à la Cour de nommer un commissaire afin de représenter C_____ dans la procédure d'appel, lui-même se trouvant en conflit d'intérêts avec cette dernière et ne pouvant dès lors pas la représenter.

d. Par courrier du greffe de la Cour du 9 novembre 2018, A_____ a été informé de ce que la cause était gardée à juger.

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

a. C_____, dont le capital-actions s'élève à 100'000 fr., divisé en cent actions au porteur, est détenue à parts égales par G_____ et H_____. Ce dernier en est l'administrateur unique.

b. Par jugement JTPI/15565/2014 du 4 décembre 2014, le Tribunal de première instance a prononcé la dissolution de C_____ et désigné A_____ en qualité de liquidateur de cette société, aux motifs que les deux actionnaires ne s'entendaient plus depuis 2008, qu'ils essayaient de s'écarter l'un l'autre de la conduite des affaires de la société, que la continuité de celle-ci était impossible et qu'il existait un blocage insoluble des organes de la société. G_____ et H_____ n'ont pas fait appel de ce jugement.

c. La liquidation de C_____ s'est avérée compliquée et n'est pas terminée à ce jour, eu égard notamment aux blocages des actionnaires à l'encontre des démarches entreprises par A_____, à la nécessité de poursuivre les activités de la société et à celle de rattraper les lacunes comptables observées depuis 2008, ainsi qu'au nombre et à la qualité des actifs à liquider.

d. Lors de l'assemblée générale du 12 septembre 2018, les actionnaires ont remis en cause le travail effectué par A_____ et ont qualifié ses honoraires de "*totalelement injustifiés et injustifiables*". Ils ont également souhaité que ce dernier mette un terme à son mandat.

e. En date du 14 septembre 2018, A_____ a introduit auprès du Tribunal une action judiciaire contre C_____, tendant à l'obtention d'une décision déterminant le montant de ses honoraires et le tarif horaire applicable, afin de s'assurer du paiement des prestations fournies depuis le 1^{er} janvier 2015 (procédure enregistrée sous n° C/1_____/2018). Il a conclu, à titre préalable, à la suspension de la procédure jusqu'à ce qu'un commissaire ait été nommé pour représenter C_____.

f. Le 14 septembre 2018, A_____ a également saisi le Tribunal d'une requête en nomination d'un commissaire, pour représenter C_____ dans le cadre de la procédure en fixation de ses honoraires introduite le même jour.

Il a fait valoir que C_____ se trouvait en situation de carence dans son organisation, au sens de l'art. 731b CO, puisque lui-même souffrait d'un conflit d'intérêts lui interdisant de représenter cette société dans ladite procédure, à laquelle il était à la fois requérant et intimé, en sa qualité de liquidateur de C_____.

g. Sans ordonner d'acte d'instruction, le Tribunal a rendu le 27 septembre 2018 le jugement querellé, lequel a été notifié uniquement à A_____.

EN DROIT

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

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

1.2 En l'espèce, la valeur litigieuse est supérieure à 10'000 fr. au regard du montant du capital-actions de la société (arrêt du Tribunal fédéral 4P.344/2006 du 27 février 2007 consid. 5.2, in RSPC 2007 p. 399). C'est ainsi la voie de l'appel qui est ouverte pour contester le jugement entrepris.

1.3 Interjeté dans le délai de dix jours et devant l'autorité compétente, l'appel est de ce point de vue recevable (art. 314 al. 1 CPC; art. 120 al. 1 let. a LOJ).

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

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

- 2. 2.1** Selon l'art. 311 al. 1 CPC, l'appel doit être écrit et motivé. Cette disposition ne régit pas expressément le contenu de l'acte. Il faut cependant admettre qu'il s'agit d'une forme de demande adressée au juge et qu'il faut appliquer par analogie les art. 221 et 244 CPC. On en déduit donc que l'acte d'appel doit contenir la désignation des parties (art. 221 al. 1 let. a et 244 al. 1 let. a CPC; ATF 138 III 213 consid. 2.3).

La procédure sommaire se distingue de la procédure ordinaire par une renonciation à tout formalisme (BOHNET, Code de procédure civile commenté, BOHNET/HALDY/JEANDIN/SCHWEIZER/TAPPY, 2^{ème} éd. 2019, n. 9 ad art. 252 CPC).

L'art. 731b CO permet à chaque membre de la société de requérir du juge qu'il prenne les mesures nécessaires, notamment qu'il nomme un commissaire

(art. 731b al. 1 ch. 2 CO). L'action doit être dirigée contre la société; si cette dernière n'a pas de représentant, le juge doit préalablement lui désigner un commissaire pour la procédure (ATF 138 III 213 consid. 2.3).

2.2 En espèce, l'acte d'appel ne comporte pas la désignation de la partie adverse. Toutefois, afin d'éviter tout formalisme excessif et puisque l'appelant est à ce jour le seul représentant de la société visée - laquelle est clairement identifiable -, la Cour rectifiera d'office la désignation des parties.

2.3 Les pièces nouvelles produites par l'appelant sont pour le surplus recevables, dès lors que les extraits du Registre du commerce constituent des faits notoires (arrêt du Tribunal fédéral 5A_____/2016 du _____ 2017 consid. 3.4.1).

- 3.** L'appelant reproche au Tribunal d'avoir rejeté sa requête en nomination d'un commissaire, au motif que l'intimée ne présentait aucune carence organisationnelle.

3.1.1 Selon l'art. 731b al. 1 CO, lorsque la société ne possède pas tous les organes prescrits ou qu'un de ces organes n'est pas composé conformément aux prescriptions, un actionnaire, un créancier ou le préposé au registre du commerce peut requérir du juge qu'il prenne les mesures nécessaires, le juge pouvant notamment fixer un délai à la société pour rétablir la situation légale, sous peine de dissolution (ch. 1), nommer l'organe qui fait défaut ou un commissaire (ch. 2) ou prononcer la dissolution de la société et ordonner sa liquidation selon les dispositions applicables à la faillite (ch. 3).

Cette règle concerne les cas dans lesquels une prescription impérative de la loi concernant l'organisation de la société n'est pas ou plus observée (arrêt du Tribunal fédéral 4A_457/2010 du 5 janvier 2011 consid. 2.2; ACJC/22/2019 du 9 janvier 2019 consid. 2.1).

Constitue une carence au sens de l'art. 731b CO le fait qu'un organe de la société soit dans une situation de conflit d'intérêts avec la société (arrêt du Tribunal fédéral 4A_717/2014 du 29 juin 2015 consid. 2.3).

La désignation d'un organe qui fait défaut ou d'un commissaire se justifie en cas d'impossibilité ou de difficultés persistantes pour nommer cet organe par la société elle-même, en cas d'impossibilité de dégager des majorités d'actionnaires ou lorsque l'actionnaire unique est incapable de se prononcer (Message du Conseil fédéral in FF 2002 p. 3028; PETER/CAVADINI, Commentaire romand, CO II, 2^{ème} éd. 2016, n. 12 et ss ad art. 731b CO; RECORDON, Les premiers pas de l'article 731b CO, in RSDA 2010, p. 3; ACJC/1384/2017 du 27 octobre 2017 consid. 3.1).

Le juge détermine la durée pour laquelle la mesure ordonnée est valable, en particulier lorsqu'il nomme un commissaire (art. 731b al. 2 CO). Il appartient à la société de supporter les frais de l'ensemble des mesures prises. Le juge peut également contraindre cette dernière à verser une provision à la personne désignée, tel le commissaire (Message du Conseil fédéral in FF 2002 p. 3029; ACJC/1384/2017 du 27 octobre 2017 consid. 3.1).

3.1.2 Selon l'art. 718 al. 1 CO, la représentation de la société est à la charge du conseil d'administration.

Toutefois, lorsque la liquidation de la société est prononcée, le pouvoir de représentation passe *ipso iure* aux liquidateurs (art. 743 al. 3 CO; PETER/CAVADINI, *op. cit.*, n. 9 ad art. 718 CO). Les organes de la société ne conservent que les tâches qui, de par leur nature, ne peuvent être accomplies par les liquidateurs. Il s'agit principalement des tâches liées à l'organisation et à la structure de la société (ATF 117 III 39 consid. 3).

A l'instar d'un administrateur, le liquidateur dispose d'une marge de manœuvre étendue, qui est toutefois limitée par le fait qu'il doit garantir les intérêts de la société, et non agir dans son propre intérêt ou dans celui d'actionnaires déterminés ou de tiers. Le respect de cette exigence pose problème en cas de conflit d'intérêts et la jurisprudence considère qu'en présence d'un tel conflit, il faut, contrairement à la règle habituelle, présumer que le liquidateur a agi contrairement à ses devoirs (ATF 132 III 758 consid. 3.3; arrêt du Tribunal fédéral 4C.139/2001 du 13 août 2001 consid. 2a/bb in fine).

3.2 En l'espèce, l'appelant souhaite obtenir une décision condamnant l'intimée à lui payer les honoraires dus pour son activité de liquidateur et confirmant le tarif horaire qu'il pratique dans le cadre de cette liquidation.

Dans ce contexte, il est manifeste que l'appelant se trouve dans un conflit d'intérêts, car il ne peut à la fois agir en son propre nom, en réclamant le paiement de ses honoraires, et assurer la défense des intérêts de l'intimée, en la représentant dans le cadre de la procédure judiciaire qu'il a lui-même introduite.

Par ailleurs, l'intimée étant actuellement en liquidation, son administrateur unique n'a pas le pouvoir de la représenter dans le cadre de la procédure en paiement des honoraires du liquidateur, seul ce dernier en disposant. Du reste, même à supposer que l'administrateur dispose de ce pouvoir et vu le litige l'opposant à son co-actionnaire, il est probable qu'il fasse alors passer ses propres intérêts avant ceux de la société et de l'autre actionnaire, ce qui impliquerait également un conflit d'intérêts.

Il est par conséquent évident qu'il existe actuellement une carence dans l'organisation de l'intimée.

Par ailleurs, la nomination d'un commissaire *ad hoc* pour représenter les intérêts de l'intimée dans le cadre de la procédure judiciaire actuellement pendante, telle que préconisée par l'appelant, est proportionnée et apte à combler cette carence.

Au vu de ce qui précède, c'est à tort que le Tribunal a considéré que l'intimée ne faisait pas l'objet d'une carence organisationnelle au sens de l'art. 731b al. 1 CO, de sorte que l'appel sera admis et le jugement querellé annulé.

C'est également à tort que le Tribunal a considéré qu'il n'était saisi d'aucune requête dans ce sens, alors que l'appelant a précisément introduit sa requête en nomination d'un commissaire en vue d'éliminer la carence née dans le cadre de la procédure introduite à l'encontre de l'intimée.

4. 4.1 En vertu de l'art. 318 al. 1 let. b CPC, l'instance d'appel peut statuer à nouveau.

Si le juge nomme l'organe qui fait défaut ou un commissaire, il détermine la durée pour laquelle la nomination est valable. Il astreint la société à supporter les frais et à verser une provision aux personnes nommées (art. 731b al. 2 CO).

La provision est destinée à couvrir les frais exposés par les personnes nommées dans l'accomplissement de leur tâche (CHENAUX/HÄNNI, Carence dans l'organisation de la société : étude des aspects matériels et procéduraux de l'art. 731b CO, in JdT 2013 II 97, p. 110).

La loi ne prévoit pas le tarif applicable aux commissaires.

4.2 Au vu des considérants qui précèdent, la Cour nommera Me D_____, avocat, en qualité de commissaire *ad hoc* de C_____ SA, EN LIQUIDATION, aux fins de représenter l'intimée dans la procédure civile introduite à son encontre le 13 septembre 2018 par A_____ et pendante sous la cause C/1_____/2018. Les honoraires du commissaire seront mis à la charge de l'intimée et une avance de frais sera fixée à 5'000 fr. Ce montant, qui correspond à environ 15 heures de travail au tarif horaire de 350 fr., paraît en l'état adéquat et suffisant s'agissant d'une procédure portant sur les honoraires dus au liquidateur de la société, étant précisé que le commissaire aura cas échéant la possibilité de demander un complément au Tribunal.

5. Lorsque la Cour réforme en tout ou en partie le jugement entrepris, elle se prononce aussi sur les frais de première instance (art. 318 al. 3 CPC).

Ces frais sont en règle générale mis à la charge de la partie succombante (art. 106 al. 1 CPC).

Les frais judiciaires de première instance et d'appel seront fixés à 1'200 fr. (art. 26 et 35 RTFMC). Ils seront mis à la charge de l'intimée, qui succombe, et compensés à due concurrence avec l'avance de frais fournie par l'appelant, qui

reste acquise à l'Etat (art. 111 al. 1 CPC). L'intimée sera par conséquent condamnée à verser 600 fr. aux Services financiers du Pouvoir judiciaire et 600 fr. à l'appelant à titre de remboursement des frais judiciaires.

L'intimée sera également condamnée aux dépens de l'appelant, arrêtés à 2'500 fr., débours et TVA compris (art. 20, 25 et 26 al. 1 LaCC; art. 84, 85, 88 et 90 RTFMC).

* * * * *

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

A la forme :

Déclare recevable l'appel interjeté le 8 octobre 2018 par A_____ contre le jugement JTPI/14644/2018 rendu le 27 septembre 2018 par le Tribunal de première instance dans la cause C/21048/2018-22 SFC.

Au fond :

Annule le jugement querellé.

Cela fait et statuant à nouveau :

Nomme Me D_____, avocat, en qualité de commissaire *ad hoc* de C_____ SA, EN LIQUIDATION.

Dit que le commissaire aura pour mission de représenter C_____ SA, EN LIQUIDATION dans la procédure civile introduite à son encontre le 13 septembre 2018 par A_____ et actuellement pendante sous la cause C/1_____/2018.

Met les honoraires du commissaire à la charge de C_____ SA, EN LIQUIDATION.

Fixe une avance de frais destinée à couvrir les frais et honoraires du commissaire à 5'000 fr.

Impartit un délai de dix jours dès la notification de la présente décision pour le versement de ce montant auprès des Services financiers du pouvoir judiciaire.

Invite le commissaire à informer le Tribunal si l'avance de frais de 5'000 fr. versée ne devait plus suffire à couvrir le coût de son activité, afin qu'il soit fixé un complément.

Débouté les parties de toutes autres conclusions.

Sur les frais :

Arrête les frais judiciaires de première instance et d'appel à 1'200 fr., les met à la charge de C_____ SA, EN LIQUIDATION et les compense avec l'avance fournie de 600 fr., qui reste acquise à l'Etat de Genève.

Condamne C_____ SA, EN LIQUIDATION à verser 600 fr. aux Services financiers du Pouvoir judiciaire, à titre de solde des frais judiciaires.

Condamne C_____ SA, EN LIQUIDATION à verser à A_____ un montant de 600 fr. à titre remboursement de frais judiciaires.

Condamne C_____ SA, EN LIQUIDATION à verser à A_____ un montant de 2'500 fr. à titre de dépens.

Siégeant :

Madame Fabienne GEISINGER-MARIETHOZ, présidente; Monsieur Laurent RIEBEN et Madame Eleanor McGREGOR, juges; Madame Mélanie DE RESENDE PEREIRA, greffière.

La présidente :

La greffière :

Fabienne GEISINGER-MARIETHOZ

Mélanie DE RESENDE PEREIRA

Indication des voies de recours :

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

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

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