

COUR D'APPEL CIVILE

Arrêt du 24 août 2016

Composition : M. ABRECHT, président
Mmes Crittin Dayen et Giroud Walther, juges
Greffière : Mme Cuérel

Art. 717 al. 1, 718a al. 1 CO ; 220, 291 CPC-VD ; 316 al. 3 CPC

Statuant sur l'appel interjeté par **O._____SA**, à Fribourg, contre le jugement rendu le 18 mars 2015 par la Cour civile du Tribunal cantonal dans la cause divisant l'appelante d'avec **D._____**, à Dully, la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal considère :

En fait :

A. Par jugement du 18 mars 2015, adressé pour notification aux parties le 4 mars 2016, la Cour civile du Tribunal cantonal a rejeté l'action en libération de dette ouverte par O. _____ SA (anciennement [...], puis [...]), selon demande déposée le 31 décembre 2010 (I), a prononcé que la demanderesse devait payer au défendeur D. _____ la somme de 249'500 fr. (deux cent quarante-neuf mille cinq cents francs), plus intérêts à 10 % l'an dès le 16 septembre 2010 (II), a prononcé que l'opposition formée par la demanderesse au commandement de payer qui lui avait été notifié le 30 septembre 2010 sur réquisition du défendeur dans la poursuite n° [...] de l'Office des poursuites de Nyon était définitivement levée (III), a statué sur les frais de justice et les dépens (IV et V) et a rejeté toutes autres ou plus amples conclusions (VI).

En droit, les premiers juges ont rejeté l'action en libération de dette déposée par O. _____ SA, considérant que D. _____ ne pouvait être qualifié d'organe de fait, que la décision d'engager celui-ci en qualité de Chief Executive Officer (ci-après : CEO) avait été prise par la majorité d'un conseil d'administration dont les membres avaient été valablement nommés, que les accords des 5 juillet, 23 août et 3 septembre 2010 étaient formellement valables, O. _____ SA ayant été valablement représentée et engagée lors de leur signature, qu'en particulier l'accord du 3 septembre 2010 avait été librement consenti, que la volonté des parties n'était pas viciée ni simulée et qu'il n'existait aucun conflit d'intérêt entachant la validité des accords précités. Ils ont en outre rejeté les conclusions en paiement prises par O. _____ SA, considérant que D. _____ n'avait pas la légitimation passive pour répondre de prétentions fondées sur l'art. 678 CO, les prestations perçues correspondant au demeurant à l'activité qu'il avait fournie, et que les conditions d'une action en enrichissement illégitime n'étaient pas non plus réalisées. Ils ont finalement retenu qu'O. _____ SA ne pouvait prétendre à aucun montant à titre de dommages-intérêts, dans la mesure où D. _____ n'avait pas

violé fautivement ses obligations de travailleur, le dommage dont se prévalait O._____SA n'étant de plus pas établi.

B. Par acte du 21 avril 2016, O._____SA a interjeté appel contre ce jugement, en concluant, avec suite de frais, principalement à sa réforme en ce sens que l'action en libération de dette ouverte par demande du 31 décembre 2010 soit admise, qu'il soit constaté qu'O._____SA n'est pas la débitrice de D._____ de la somme de 249'500 fr. avec intérêt à 10 % l'an dès le 16 septembre 2010, que l'opposition totale formée par elle au commandement de payer n° [...] de l'Office des poursuites du district de Nyon soit définitivement maintenue et que D._____ lui doive immédiat paiement de 64'226 fr. 90 avec intérêt à 5 % l'an dès le 22 juillet 2010. A titre subsidiaire, elle a conclu à l'annulation du jugement et au renvoi de la cause à l'autorité de première instance pour complément d'instruction et nouvelle décision dans le sens des considérants. Elle a encore requis que l'effet suspensif soit intégralement maintenu et confirmé, et a conclu à ce que la cause soit suspendue jusqu'à droit connu dans le dossier [...].

Par avis du 26 avril 2016, la Juge déléguée de la Cour d'appel civile a déclaré la requête d'effet suspensif sans objet, l'appel ayant effet suspensif *ex lege*.

Par réponse du 23 juin 2016, D._____ a conclu, avec suite de frais, au rejet de l'appel.

O._____SA a déposé des déterminations le 8 juillet 2016, au terme desquelles elle a confirmé, avec suite de frais, les conclusions de son appel.

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

1. O. _____ SA est une société anonyme sise à Fribourg, dont le but est notamment la « prise de participations à toutes entreprises poursuivant une activité commerciale, industrielle ou financière en Suisse ou à l'étranger, ainsi que toutes autres activités de nature à promouvoir ou à développer le but précité ou à en faciliter la réalisation, en particulier dans le domaine des soins, de la santé, de l'hôtellerie, des médias et du commerce électronique ».

L'art. 17 des statuts d'O. _____ SA prévoit que les membres du conseil d'administration - qui sont au nombre de trois ou plus - sont élus pour une année.

Selon le rapport annuel pour l'année 2009, les actionnaires principaux d'O. _____ SA au 31 décembre 2009 étaient les suivants :

Actionnaires principaux	Nombre d'actions	% capital/votes
[...]	260'000	4.19%
[...]	368'700	5.94%
P. _____ et [...]	768'834	12.40%
[...]	501'463	8.08%
[...] (détenion indirecte au travers des sociétés [...]) et [...]	691'831	11.16%
L. _____ et [...]	823'370	13.28%

Selon ce même rapport, le conseil d'administration était composé des membres suivants au 31 décembre 2009 :

- [...], président exécutif du conseil d'administration ;
- [...], vice-président exécutif du conseil d'administration ;
- P. _____, Managing Director ;
- L. _____, membre non exécutif ;
- [...], membre non exécutif ;

- X._____, membre non exécutif.

2. Entre 2002 et 2013, D._____ a exercé une fonction exécutive et/ou dirigeante dans sept sociétés, dont plusieurs avaient une vocation commerciale. Aucune n'était cotée en bourse. Il a notamment été directeur de [...] pendant un an et demi, de [...] durant un peu plus d'un an, du [...] pendant trois ans et de [...] pendant quatre ans.

L._____ est propriétaire, administrateur et secrétaire de [...]. Il a été membre du conseil d'administration d'O._____SA du mois de novembre 2006 au mois de février 2011.

X._____ a été administrateur d'O._____SA du mois de juin 2008 à la mi-août 2010, administrateur-président de la mi-août 2010 à la fin du mois de septembre 2010, puis administrateur vice-président jusqu'au 10 février 2011, date de sa démission.

3. Le 8 juin 2010 dans l'après-midi, [...] a pris contact avec [...] pour l'inviter à participer à l'assemblée générale du 9 juin 2010. Le même jour à 18h00, une rencontre a eu lieu entre [...], [...], [...], [...], L._____, X._____ et D._____.

A cette même date, une convention d'actionnaires a été conclue entre [...], [...] et [...], dont la teneur est notamment la suivante :

"1. Les parties indiquent souhaiter un nouveau "leadership" pour [...] et modifier la composition actuelle de son conseil d'administration.

2. Assemblée générale du 9 juin 2010 : coordination des droits de vote sur le refus d'approuver le rapport et les comptes annuels 2009; refus d'accorder décharge au conseil d'administration pour l'exercice 2009 (à l'exception d' [...], qui s'est réservé la possibilité de donner décharge à [...]); réélection de L._____ et X._____ au conseil d'administration; non-réélection d'P._____, [...], [...] ([...] se réservant le droit de voter librement en vue de la réélection de [...]) et [...]; non élection de [...]; élection des membres suivants au conseil d'administration : [...], [...], [...], [...] et [...]. (...)"

[...] a confié à D._____ la mission de mettre en place un dispositif de sécurité durant l'assemblée générale fixée au lendemain.

4. Lors de l'assemblée générale du 9 juin 2010, les décisions suivantes ont été prises :

1. Approbation du rapport annuel, des comptes annuels et des comptes de groupe pour l'exercice 2009;
2. Approbation de la décharge aux membres du conseil d'administration et de la direction;
3. Décision d'élire le conseil d'administration individuellement et non en bloc;
4. Non-réélection de [...];
5. Réélection de [...];
6. Non-réélection d'P._____;
7. Réélection de L._____;
8. Non-réélection d' [...] ;
9. Réélection d'X._____;
10. Non-élection de [...], dont l'élection était proposée par le conseil d'administration en place.

A l'issue de cette assemblée générale, le conseil d'administration de la demanderesse, composé de L._____, X._____ et [...], s'est réuni et a décidé, par deux voix - [...] s'étant abstenu -, de nommer X._____ en qualité d'administrateur délégué, de suspendre de ses fonctions P._____, ainsi que sa collaboratrice [...], et de nommer D._____ en qualité de directeur opérationnel. Celui-ci n'a pas pris part à cette séance. En procédure, il a admis avoir débuté son activité au sein de la demanderesse en qualité de CEO le 9 juin 2010 et avoir exercé une telle fonction depuis cette date.

5. Le 11 juin 2010, à la suite de discussions avec D._____ et X._____, Z._____ SA (ci-après : [...]) a été mandatée pour examiner

certaines questions relatives à la gestion d'O._____SA entre les années 2007 et 2010.

6. Le conseil d'administration s'est à nouveau réuni le 15 juin 2010. L._____ et X._____ ont confirmé leur volonté de nommer D._____ en qualité de directeur opérationnel, tandis que [...] s'y est opposé, estimant que celui-ci n'avait pas l'expérience pour gérer une société cotée en bourse. [...] a présenté sa démission avec effet à l'issue de la séance. Le procès-verbal de celle-ci constate qu'un problème de quorum se posera, les membres du conseil n'atteignant plus le nombre de trois comme le requièrent les statuts, de sorte qu'une assemblée générale extraordinaire devra être tenue très rapidement afin de nommer de nouveaux administrateurs, sans quoi le conseil ne pourra plus rien décider. La convocation d'une telle assemblée générale extraordinaire avait été préalablement demandée par P._____, par courrier du 13 juin 2010. Finalement, le conseil d'administration a décidé de fixer la date de l'assemblée générale au 28 juillet 2010.

Lors de cette séance, D._____ a uniquement participé aux discussions concernant des questions financières, puis il s'est retiré.

7. D._____ a participé en qualité d'invité à la séance du conseil d'administration du 25 juin 2010.

Dans le procès-verbal d'une séance du conseil d'administration du 30 juin 2010, à laquelle D._____ a participé en qualité d'invité et qui portait notamment sur l'émission d'un emprunt convertible, on lit notamment ce qui suit :

" (...)

Un élément déterminant pour le choix de la date [de la prochaine assemblée générale] tient aux délais incompressibles liés à la procédure de libération des actions convertibles, à leur inscription aux registres et à l'obtention des droits de vote associés. Le décompte s'établit comme suit :

- Jour J : lancement de la procédure = décision du CA
- J+14 : détermination de la cotation (10 jours ouvrables = 2 semaines après l'ouverture de la procédure)
- J+15 : signature de l'acquisition par [...]
- J+16 : conversion des convertibles en actions, communication ad hoc et inscription au registre des actionnaires
- J+29 : convocation de l'AG 12 jours après la clôture du registre des actionnaires.

Tout le processus doit être fait dans le plus grand secret afin de ne pas subir d'interférence de la part d'autres actionnaires, qui pourraient voir d'un mauvais œil cette augmentation de capital. Le jour J ne sera posé que lorsque nous aurons l'accord de principe concernant l'engagement de la [...]. A ce jour, le représentant de la banque, Monsieur [...], dispose d'un dossier complet pour motiver la décision d'investissement dans [...]. (...)

La prise en compte des requêtes présentées par [...], leur formalisation et leur acceptation par la [...] prendra quelques jours. Dans le meilleur des cas, le jour J sera le lundi 5 juillet. Dans l'hypothèse la plus favorable, soit considérant un processus sans le moindre accroc, l'AG ne peut pas être convoquée avant la fin de la première semaine du mois d'août. Dans ce scénario aucune marge de sécurité n'est prise, le risque est considérable de n'avoir pas pu finaliser la transaction avant l'AG et par conséquent de ne pouvoir compter sur les voix de la [...] lors des votations.

Par ailleurs, cette AG doit être préparée avec une attention toute particulière. La majorité calculée avec ou sans augmentation de capital sera difficile à assurer. Un travail d'information et de persuasion auprès des grands et moyens actionnaires doit être finalisé avec minutie.

Les voix de Monsieur [...] ne peuvent raisonnablement plus être comptées dans notre camp. Le tableau des participations des grands actionnaires avec et sans augmentation de capital sera annexé au présent PV.

[...] vérifie que tous les droits de votes qui sont confiés par des petits actionnaires à leur banque sont automatiquement acquis au CA en place. (...)

a) Avant d'engager les spécialistes Z. _____ SA dans la recherche sur les supports informatiques, le CA décide de donner un mandat à M. [...] pour mieux cibler les personnes et les comptes informatiques vers lesquels doivent être prioritairement orientées les investigations (...)."

Il n'est pas établi que D. _____ aurait pris part aux discussions relatives à cette question. Il n'est pas non plus établi qu'il aurait eu une opinion dissidente ou se serait opposé à la décision d'émettre un emprunt convertible.

Le 1^{er} juillet 2010, le conseil d'administration a décidé de reporter au 16 août 2010 l'assemblée générale extraordinaire prévue le 28 juillet 2010, afin de disposer du rapport final de Z. _____ SA. D. _____ a participé à cette séance en qualité d'invité.

8. X. _____ et L. _____, représentant O. _____ SA, ainsi que D. _____, ont signé un document daté du 5 juillet 2010 intitulé "contrat de travail" et dont le contenu est en substance le suivant :

« (...)

PREAMBULE

Les relations de travail entre les parties au présent contrat sont régies par différents documents énumérés ci-dessous qui font tous partie intégrante du présent contrat de travail. Le but de ce document est de préciser les modalités de collaboration.

En cas de divergence, les règles du présent contrat prévalent sur celles des autres documents énumérés à l'art. 9 ci-dessous.

CONTRAT DE TRAVAIL

Art. 1 Début et durée des rapports de travail

Le début des rapports de travail est fixé au 9 juin 2010. Il n'y a pas de temps d'essai.

Le contrat de travail est conclu pour une durée indéterminée.

Le délai de résiliation est de 6 mois calendaires. Demeurent réservées les dispositions de l'article 337 CO (résiliation immédiate pour justes motifs).

Art. 2 Degré d'activité

Le collaborateur est engagé pour exercer une activité à 95% en moyenne annuelle.

Art. 3 Salaire

Le salaire mensuel brut de base est fixé à CHF 24'000.- versé 12 fois l'an.

Forfait mensuel de CHF 1'500.- à titre de frais de représentation. En sus des frais forfaitaires de représentation, des frais effectifs de représentation seront remboursés sur présentation des justificatifs. Si des dérogations devaient être nécessaires, elles seront soumises à l'accord préalable du conseil d'administration.

Forfait mensuel de CHF 1'500.- à titre de frais de véhicule, pour l'utilisation de votre véhicule privé.

Art. 4 Participation

La participation est calculée sur la base de l'EBITDA du [...]. Le taux de participation est calculé sur la base de l'année 2009. Il est dès lors fixé à 1.15% et représente un minimum de CHF 100'000.--.

Art. 5 Fonction

(CEO).
Le collaborateur est engagé en qualité de chief executive officer

Les activités peuvent évoluer dans le temps et être fixées dans un cahier des tâches.

Le travail comprend les obligations usuelles mentionnées dans les conditions cadre de travail.

Art. 6 Indemnités

Néant
(...)

Art. 9 Pouvoirs et signature

Le collaborateur a le droit de signature collective à 2 pour représenter son employeur.

Art. 10 Autres documents

Les documents suivants font partie intégrante du présent contrat de travail :

- Conditions cadre de travail.
 - Avenant relatif aux données chiffrées
 - Règlement d'annualisation.
 - Directives relatives à l'utilisation de l'informatique et aux instruments de télécommunications.
- (...)

Art. 12 Droit applicable

Le droit suisse est seul applicable aux relations entre les parties.

Art. 13 Entrée en vigueur

Le présent contrat de travail entre en vigueur le 9 juin 2010.

(...)"

Le contrat d'un précédent directeur d'O. _____ SA prévoyait également un délai de résiliation de six mois.

9. Le 10 juillet 2010, un article paru dans le journal [...] a relaté le mandat confié par les nouveaux dirigeants d'O._____SA à Z._____SA. Il mentionne les conclusions accablantes résultant du rapport intermédiaire contre l'ex-président P._____ et cite certains passages.

D._____, L._____ et X._____ ont publié une déclaration sur le site internet de la société, destinée aux actionnaires, par laquelle ils ont communiqué les graves manquements de l'ancienne direction constatés par Z._____SA dans son rapport intermédiaire.

10. Dans le courant du mois de juillet 2010, les membres du conseil d'administration d'O._____SA ont mandaté la société [...] pour des recherches. Cette société est notamment active dans les domaines des services de recherche, de sécurité et de défense.

11. Lors d'une séance du 16 juillet 2010, le conseil d'administration a décidé d'inscrire au registre des actions les nouvelles actions achetées par P._____ le 24 juin 2010, sous réserve de radiation au cas où celui-ci n'apporterait pas la preuve qu'il les détenait pour son propre compte, dès lors qu'il existait un doute qu'il ait eu la surface financière pour les acquérir. D._____ a participé à cette séance à titre d'invité.

12. Lors d'une séance du 11 août 2010, le conseil d'administration a décidé de reporter au 6 septembre 2010 l'assemblée générale extraordinaire qui devait avoir lieu le 16 août 2010 et a notamment discuté de l'opportunité d'ouvrir une procédure pénale contre P._____. D._____ est uniquement intervenu en fin de séance, concernant des questions financières.

13. D._____ a été inscrit au registre du commerce du canton de Vaud en qualité de directeur d'O._____SA avec signature collective à

deux le
12 août 2010.

14. Le communiqué aux actionnaires du 12 août 2010 publié sur le site internet d'O._____SA expliquait que l'avis de droit requis à la suite des éléments figurant dans le rapport intermédiaire d'audit de Z._____SA avait conduit le Conseil d'administration à déposer plainte pénale contre un membre de l'ancienne direction de la société et que dans la mesure où cette personne était proposée à l'élection au conseil d'administration à la prochaine assemblée générale extraordinaire, celle-ci, fixée au 16 août 2010, était reportée afin que tous les actionnaires puissent exprimer leur vote en étant dûment informés.

Le 17 août 2010, le rapport de Z._____SA a notamment été transmis à D._____, L._____ et X._____.

Le même jour, O._____SA et sa filiale vaudoise ont déposé plainte pénale contre P._____ pour gestion déloyale, faux dans les titres, blanchiment d'argent et corruption active d'agents publics étrangers.

15. Le 23 août 2010, X._____ et L._____, représentant la demanderesse, ainsi que D._____, ont signé un document intitulé "avenant n° 1 à votre contrat de travail". Ce document prévoyait une modification de l'art. 3 dudit contrat en ce sens que, dès le 1^{er} août 2010, un acompte de participation sur bonus de 8'000 fr. était versé mensuellement, les autres conditions demeurant inchangées.

Le défendeur a donné sa démission par lettre du 31 août 2010, remise en mains de L._____ et X._____, en indiquant que, comme convenu, il se tenait à leur disposition pour fixer les modalités de son départ.

Le 3 septembre 2010, X._____ et L._____, représentant O._____SA, ainsi que D._____, ont signé un document intitulé "accord de séparation". Ce document prévoit notamment ce qui suit :

« (...)

1. Les rapports de travail entre la Société et l'Employé prendront fin le 3 septembre 2010.
2. La Société versera à l'Employé d'ici au 15 septembre 2010 au plus tard un montant de CHF 210'000.- correspondant à la somme (i) du salaire mensuel brut de base de CHF 24'000.-, (ii) des deux forfaits mensuels de frais de CHF 1'500.- chacun, (iii) de l'acompte mensuel sur le bonus de CHF 8'000.- pour la période de 6 mois calendaires correspondant au délai de résiliation contractuel prévu à l'article 1 du contrat de travail.
(...)
3. La Société versera à l'Employé, d'ici au 15 septembre 2010 au plus tard, le montant correspondant au salaire dû pour les 6 jours de vacances non pris par l'Employé entre le commencement des rapports de travail et la date de fin de ceux-ci, soit un montant arrondi à CHF 7'000.-.
4. La Société versera à l'Employé, d'ici au 15 septembre 2010 au plus tard, le montant correspondant au solde impayé à ce jour des décomptes de salaires et frais établis et à établir par la Société pour la période du 9 juin au 3 septembre 2010, représentant un montant arrondi de CHF 32'500.- (selon décomptes joints).
5. Les paiements dus à l'Employé selon les chiffres 2, 4 et 5 ci-dessus seront acquittés par la Société au 15 septembre 2010. Pour le cas où tout ou partie des montants dus ne serait pas dûment acquitté par la Société à cette date, le montant correspondant portera intérêts au taux de 10% p. a. depuis le 16 septembre 2010 jusqu'à la date du versement effectif.

(...)

9. Reconnaissant que l'Employé a travaillé pour le compte de la Société pendant une période mouvementée durant laquelle diverses procédures ont été introduites par des tiers à l'encontre de la Société et de ses organes, la Société s'engage à indemniser l'Employé pour tout dommage qu'il pourrait subir du fait d'une procédure existante ou future et, en particulier, à couvrir l'ensemble des frais d'avocat et de procédure que l'Employé pourrait encourir dans le cadre de telles procédures. Par ailleurs, la Société s'engage à ne pas tenter une quelconque action ou procédure à l'encontre de l'Employé en rapport avec son travail pour le compte de la Société ou à un autre titre, l'Employé reconnaissant pour sa part n'avoir plus aucune prétention ou créance à l'égard de la Société, à l'exception des prétentions découlant des dispositions du présent accord.

(...)"

Il n'est pas établi qu'O._____SA se serait exécutée conformément aux termes de l'accord précité.

Au cours de son engagement, D._____ a eu des contacts avec le directeur de projet en charge des travaux de modernisation dans les cliniques [...] et [...], qui ont commencé avant son arrivée. Il a fait l'intermédiaire avec le conseil d'administration à l'égard de ces travaux. A la suite de l'assemblée générale du 9 juin 2010, ces travaux ainsi que leur financement ont été paralysés. D._____ a également eu des contacts avec d'importants clients étrangers.

16. Un journaliste s'est procuré le rapport confidentiel établi par Z._____SA sur l'ancienne direction d'O._____SA et a écrit un article à ce sujet le 4 septembre 2010.

17. Entre le 15 juin et le 6 septembre 2010, période au cours de laquelle le cours de l'action d'O._____SA était le plus haut, son conseil d'administration n'était plus composé que de deux administrateurs.

Au cours de l'assemblée générale extraordinaire tenue le 6 septembre 2010, les actionnaires ont élu [...], [...], P._____, [...], [...], [...] et [...] au conseil d'administration.

Lors de cette assemblée, l'actionnaire [...] a notamment déclaré qu'il était surpris par les conclusions du rapport de Z._____SA, que les conclusions de l'auditeur semblaient un peu courtes pour le travail effectué, que le mandat semblait avoir été conduit à charge principalement, que la conclusion selon laquelle toute société devrait apporter des améliorations en matière de compliance lui semblait légère et que si l'on laissait entendre que certaines actions de gestion obéraient les résultats de la société et qu'elles étaient la raison d'une mauvaise rentabilité, il n'avait vu aucun chiffre.

18. Le 10 novembre 2010, le Juge d'instruction du canton de Vaud a rendu une ordonnance de refus de suivre relative à la plainte déposée le 17 août 2010 par O._____SA contre P._____.

19. Par demande du 31 décembre 2010 adressée à la Cour civile du Tribunal cantonal, O._____SA a conclu, avec suite de frais et dépens, principalement à ce qu'il soit constaté qu'elle n'est pas la débitrice de D._____ du montant de 249'500 fr. avec intérêts à 10 % l'an dès le 16 septembre 2010, à ce que l'opposition totale formée par elle au commandement de payer n° [...] de l'Office des poursuites du district de Nyon soit définitivement maintenue, à ce que D._____ lui doive immédiat paiement de 64'226 fr. 90 avec intérêts à 5 % l'an dès le 22 juillet 2010 à titre d'enrichissement illégitime, subsidiairement à ce qu'il lui doive immédiat paiement de 64'226 fr. 90 avec intérêt à 5 % l'an dès le 22 juillet 2010 à titre de dommages-intérêts. A titre subsidiaire, O._____SA a déclaré invalider pour vice du consentement (erreur voire dol), en tant que de besoin, le contrat du 5 juillet 2010, l'avenant du 23 août 2010 et l'accord du 3 septembre 2010. A titre plus subsidiaire encore, elle a déclaré opposer en compensation une créance en réparation du dommage qu'elle prétend avoir subi de par le fait de D._____.

Dans sa réponse, D._____ a conclu, avec suite de frais et dépens, au rejet de la demande et à la levée de l'opposition totale formée au commandement de payer n° [...] de l'Office des poursuites du district de Nyon.

20. Par demande déposée devant la Cour civile du Tribunal cantonal le 11 février 2011, O._____SA a ouvert action en responsabilité contre D._____, L._____ et X._____ pour le dommage qu'ils lui auraient causé entre le 9 juin et le 6 septembre 2010 en raison de prétendus actes de gestion contraires aux buts, activités et intérêts de la société (dossier [...]).

Par jugement incident du 30 juillet 2012 dans la présente cause, le Juge instructeur de la Cour civil a rejeté la requête incidente déposée par O._____SA, tendant à la suspension de la cause jusqu'à droit connu sur le procès ouvert par elle contre D._____, L._____ et X._____ selon demande du 11 février 2011.

Par ordonnance sur preuves du 1^{er} mars 2013, le Juge instructeur de la Cour civile a notamment dit que les allégués n^{os} 389, 428, 484, 512, 525, 526, 589, 598, 599, 619, 665, 666, 686, 723, 746, 747, 752, 753, 767, 802, 803, 805 et 806 ne relevaient pas de la preuve par expertise et étaient laissés à l'appréciation de la Cour. Sous chiffre V, il a constaté qu'il n'y avait pas matière à mettre en œuvre une expertise dans la présente cause.

En droit :

1.

1.1 Le jugement attaqué a été rendu le 18 mars 2015, de sorte que les voies de droit sont régies par le CPC (Code de procédure civile suisse du 19 décembre 2008 ; RS 272) entré en vigueur le 1^{er} janvier 2011 (art. 405 al. 1 CPC ; ATF 137 III 130 ; Tappy, CPC commenté, Bâle 2011, nn. 5 ss ad art. 405 CPC). En revanche, dès lors que la demande a été déposée en 2010, c'est l'ancien droit de procédure qui s'applique à la procédure de première instance (art. 404 al. 1 CPC), en particulier le CPC-VD (Code de procédure civile vaudoise du 14 décembre 1966, aujourd'hui abrogé).

L'appel est recevable contre les décisions finales de première instance (art. 308 al. 1 let. a CPC), dans les causes patrimoniales pour autant que la valeur litigieuse, au dernier état des conclusions devant l'autorité inférieure, soit de 10'000 fr. au moins (art. 308 al. 2 CPC). L'appel, écrit et motivé, doit être introduit auprès de l'instance d'appel, soit de la Cour d'appel civile (art. 84 al. 1 LOJV [loi vaudoise du 12 septembre 1979 d'organisation judiciaire ; RSV 173.01]), dans les

trente jours à compter de la notification de la décision ou de la notification postérieure de la motivation (art. 311 al. 1 CPC).

1.2 En l'espèce, l'appel a été interjeté en temps utile, par une partie qui y a un intérêt (art. 59 al. 2 let. a CPC), dans une cause patrimoniale dont la valeur litigieuse est supérieure à 10'000 fr., de sorte qu'il est recevable.

2. L'appel peut être formé pour violation du droit ou constatation inexacte des faits (art. 310 CPC). L'autorité d'appel peut revoir l'ensemble du droit applicable, y compris les questions d'opportunité ou d'appréciation laissées par la loi à la décision du juge, et doit le cas échéant appliquer le droit d'office conformément au principe général de l'art. 57 CPC. Elle peut revoir l'appréciation des faits sur la base des preuves administrées en première instance (Jeandin, CPC commenté, 2011, nn. 2 ss et 6 ad art. 310 CPC).

3.

3.1 L'appelante reproche tout d'abord aux premiers juges d'avoir refusé d'ordonner une expertise, lors même que ce moyen de preuve avait été offert pour établir des faits d'ordre technique, fondamentaux pour la résolution du litige. Selon elle, l'existence d'un conflit d'intérêts affectant les administrateurs L._____ et/ou X._____, qui relève du fait, ne pouvait en effet être établie que par le biais d'une expertise, les magistrats n'ayant pas les connaissances techniques pour se prononcer sur le sujet.

3.2

3.2.1 Aux termes de l'art. 220 CPC-VD, l'expertise judiciaire est admise pour certifier une circonstance de fait ou un état de fait dont la vérification et l'appréciation exigent des connaissances spéciales, scientifiques, techniques ou professionnelles. Le juge doit mettre en œuvre une expertise s'il s'agit du mode de preuve le plus adéquat (ATF 125 III 29 consid. 3a, JdT 1999 I 446).

Aux termes de l'art. 291 CPC-VD, avant et pendant les débats, le tribunal peut ordonner l'administration de preuves régulièrement offertes, que le juge instructeur avait refusé d'administrer et l'audition de témoins entendus hors procès ou en cours d'instruction.

3.2.2 Conformément à l'art. 316 al. 3 CPC, l'instance d'appel peut administrer les preuves, si elle estime opportun de renouveler l'administration d'une preuve ou d'administrer une preuve alors que l'instance inférieure s'y était refusée (Jeandin, CPC annoté, 2011, n. 5 ad art. 316 CPC). La mesure requise doit toutefois apparaître propre, sous l'angle de l'appréciation anticipée des preuves, à fournir la preuve attendue ; l'instance d'appel peut ainsi refuser une mesure probatoire lorsqu'elle estime que le moyen de preuve requis ne pourrait pas fournir la preuve attendue ou ne pourrait en aucun cas prévaloir sur les autres moyens de preuve déjà administrés par le tribunal de première instance, à savoir lorsqu'il ne serait pas de nature à modifier le résultat des preuves qu'elle tient pour acquis (TF 5A_906/2012 du 18 avril 2013 consid. 5.1.2 ; TF 5A_695/2012 du 20 mars 2013 consid. 4.1.1 ; ATF 138 III 374 consid. 4.3.2).

3.3 Par ordonnance sur preuves du 1^{er} mars 2013, le Juge instructeur de la Cour civile du Tribunal cantonal a, sous chiffre V, constaté qu'il n'y avait pas matière à mettre en œuvre une expertise. Il a en outre relevé qu'un certain nombre d'allégués ne relevaient pas de la preuve par expertise et seraient laissés à l'appréciation de la Cour. Il s'agissait notamment des allégués n^{os} 389, 428, 484, 512, 525, 526, 589, 598, 599, 619, 665, 666, 686, 723, 746, 747, 752, 753, 767, 802, 803, 805 et 806, qui concernaient l'utilité et la pertinence du mandat confié à Z. _____ SA pour examiner certaines questions relatives à la gestion de l'appelante entre les années 2007 et 2010, et plus généralement la question de savoir si les activités de l'intimé au sein de la société étaient contraires aux intérêts de celle-ci.

Pour l'appelante, le concours d'un expert en gestion de sociétés cotées serait essentiel afin de déterminer si le comportement des organes d'une société est conforme - notamment au regard de la pratique et des règles de bonne gouvernance - à celui qui pouvait être attendu de la part d'un professionnel se trouvant dans la même situation. Elle n'explique cependant pas en quoi une expertise sur la conformité des actes de son conseil d'administration à la pratique et aux règles de bonne gouvernance aurait un impact sur la validité des accords conclus par les parties. A supposer même qu'un expert aboutisse à la conclusion que certains actes accomplis ne correspondraient pas aux règles de bonne gouvernance, cela n'établirait pas encore l'existence d'un conflit d'intérêts au moment de l'engagement de l'intimé, puis postérieurement à son engagement.

Il est de plus tardif de requérir, au stade de l'appel, la mise en œuvre d'une expertise, alors qu'aucun correctif à l'ordonnance sur preuves du 1^{er} mars 2013 n'avait été requis sur la question de l'expertise par le biais d'une réquisition de la demanderesse en complément d'instruction, comme la possibilité lui en était offerte par le biais de l'art. 291 CPC-VD.

Au demeurant, comme relevé à juste titre par le Juge instructeur de la Cour civile dans l'ordonnance sur preuves du 1^{er} mars 2013, les faits à l'appui desquels l'expertise a été offerte relèvent de l'appréciation du tribunal, ce qui rend superflue l'administration d'un tel moyen de preuve.

Partant, le grief est infondé.

4.

4.1 Dans un deuxième grief, l'appelante reproche aux premiers juges d'avoir nié la qualité d'organe à l'intimé.

4.2 Les statuts d'une société anonyme doivent contenir des dispositions sur les organes chargés de l'administration et de la révision

(art. 626 ch. 6 CO), la société devant au moins posséder les trois organes prescrits par la loi que sont l'assemblée générale, le conseil d'administration et l'organe de révision (art. 698 ss CO).

En sus des organes formellement désignés, une société anonyme peut également posséder des organes de fait. Sont des organes de fait toutes les personnes qui s'occupent de la gestion ou de la liquidation de la société, à savoir celles qui prennent en fait des décisions excédant l'accomplissement des tâches quotidiennes, normalement réservées aux organes, ou qui pourvoient à la gestion, concourant ainsi à la formation de la volonté sociale d'une manière déterminante (ATF 136 III 14 consid. 2.4 ; ATF 134 III 14 consid. 2.4 et les arrêts cités ; ATF 132 III 523). L'organe de fait se caractérise par la position occupée en pratique dans le fonctionnement de la société ; les décisions qu'il peut prendre se distinguent par leur portée de celles d'un simple exécutant ; le pouvoir de décision ne doit pas apparaître purement occasionnel, mais résulter d'une situation durable (Corboz, CR CO II, n. 7 ad art. 754 CO). La simple assistance ou le conseil dans la prise de décision n'est pas suffisante à la reconnaissance de la qualité d'organe (ATF 128 III 29 consid. 3a ; ATF 117 II 570 consid. 3, JdT 1993 I 80 ; Corboz, op. cit. n. 14 ad art. 754 CO). On considère généralement que cette qualité ne peut être reconnue à des employés que s'ils dépendent directement de l'organe suprême chargé de la gestion et de la représentation, à savoir le conseil d'administration dans le cas d'une société anonyme (ATF 128 III 29 consid. 3a ; ATF 117 II 570 consid. 3 ; TF 4A_48/2009 du 26 mars 2009 consid. 2.3). Les titres donnés aux employés par la société ne sont pas déterminants ; il faut analyser les pouvoirs qui leur sont accordés en réalité (Corboz, op. cit., n. 11 ad art. 754 CO).

4.3 Les premiers juges ont répondu par la négative à la question de savoir si l'intimé avait joué le rôle d'organe de fait au cours de son activité auprès de l'appelante entre les 9 juin et 6 septembre 2010. Ils ont notamment retenu qu'il n'était pas établi que l'intimé avait participé de manière décisive à la formation de la volonté de la société à la manière d'un organe, au regard du rôle joué dans le cadre des séances du conseil

d'administration des 9, 15, 25 et 30 juin, 1^{er} et 16 juillet et 11 août 2010 et de la teneur du contrat de travail, notamment du point 5 ch. 2 et 3 du contrat, qui démontrait que l'intéressé était subordonné à la haute direction de la société, dont il ne faisait pas partie ; il était un exécutant pour le compte ou en appui du conseil d'administration de la société et n'avait pas, dans les faits, une position d'organe au sein de celle-ci au cours de son engagement. Ainsi, pour les premiers magistrats, il n'était pas établi qu'il aurait assumé d'autres obligations ou pris d'autres décisions que celles qui étaient dans sa sphère de compétences en sa qualité de CEO, ni qu'il aurait pris des décisions excédant le cadre de la marche quotidienne des affaires, ni encore qu'il aurait influé de manière perceptible sur le résultat de la société. En conclusion, il n'avait pas un pouvoir propre, indépendant et durable de prendre des décisions excédant l'accomplissement des tâches afférentes à sa fonction.

L'appelante prétend que du seul fait de l'exercice de la fonction de CEO, l'intimé devrait se voir reconnaître la qualité d'organe. Selon elle, à l'instar des administrateurs, les membres de la direction, en particulier ceux qui répondent directement au conseil d'administration, auraient la qualité d'organe, compte tenu du rôle important qu'ils tiendraient dans la gestion de la société. Se référant à une jurisprudence fédérale, elle soutient qu'un CEO, occupant la fonction hiérarchiquement la plus élevée de la direction, devrait indéniablement se voir reconnaître la qualité d'organe, dès lors qu'un directeur de société participerait de manière décisive à la formation de la volonté sociale ainsi qu'à la gestion au sens des art. 717 et 754 CO, et que celui-ci, n'étant pas subordonné à la direction mais directement soumis au conseil d'administration, ne ferait pas partie du cercle de personnes pour lequel la qualité d'organe est controversée. La jurisprudence à laquelle elle se réfère à l'appui de sa thèse, qui se rapporte à la notion d'organe de fait, ne permet cependant pas de déduire que tout CEO aurait la qualité d'organe. Quoiqu'en dise l'appelante, un CEO ne revêt pas la qualité d'organe de la société anonyme au sens de la loi, et elle ne prétend pas que ses statuts prévoieraient l'existence d'autres organes que ceux exigés par le Code des obligations, aucun élément n'ayant au demeurant été allégué ni établi à

cet égard. L'intimé n'a donc pas été formellement désigné comme organe de l'appelante.

Pour le surplus, l'appelante ne parvient pas à invalider le raisonnement des premiers juges. Elle n'apporte aucun élément probant établissant que l'intimé aurait participé de manière décisive à la formation de la volonté de la société à la manière d'un organe, ou qu'il aurait assumé d'autres obligations, ou pris d'autres décisions que celles qui étaient dans sa sphère de compétences en sa qualité de CEO, ni qu'il aurait pris des décisions excédant le cadre de la marche quotidienne des affaires, ni encore qu'il aurait influé de manière perceptible sur le résultat de la société. L'appelante se réfère à des allégués de la duplique (all. 830 ss) par lesquels l'intimé a affirmé avoir assumé des responsabilités relevant de la gestion proprement dite et de l'organisation de l'appelante, excédant la simple gestion courante. La simple référence à ces allégués, dont l'appelante nie au demeurant la véracité et qui ne sont pas établis, ne suffit manifestement pas à prouver que l'intimé aurait assumé les responsabilités d'un organe de fait. Sa participation à des discussions avec Z. _____ SA et le fait que le rapport de l'organe de révision lui ait été transmis le 17 août 2010 sont également insuffisants pour lui reconnaître la qualité d'organe de fait.

En définitive, le raisonnement des premiers juges ne prête pas le flanc à la critique et doit être entièrement confirmé. Ainsi, en accord avec les premiers magistrats, il y a lieu de nier la qualité d'organe de fait à l'intimé. En conséquence, les art. 717 et 754 CO ne sont pas applicables aux actes accomplis par lui. Il ne saurait en particulier devoir répondre d'un contrat avec soi-même ni de double représentation, à défaut de revêtir la qualité d'organe.

5.

5.1 L'appelante estime que les accords conclus les 5 juillet, 23 août et 3 septembre 2010 devraient être invalidés, en raison du conflit d'intérêts

qui existait, d'une part, au moment de l'engagement de l'intimé et, d'autre part, postérieurement à son engagement.

5.2

5.2.1 A teneur de l'art. 717 al. 1 CO, les membres du conseil d'administration, de même que les tiers qui s'occupent de la gestion, exercent leurs attributions avec toute la diligence nécessaire et veillent fidèlement aux intérêts de la société. Le devoir de fidélité protège ainsi la sphère d'intérêts de la société contre celle des organes dirigeants et des tiers (Bastian, Délégation de compétences et répartition des tâches au sein du conseil d'administration, Lausanne 2010, thèse, p. 383). Chaque administrateur se doit de conduire les affaires sociales en favorisant l'intérêt de la société, au détriment de son propre intérêt, de celui de ses proches, des actionnaires dont il est le représentant ou de tiers (ATF 130 III 213 consid. 2.2.2, JdT 2004 I 223; ATF 113 II 52 consid. 3a, JdT 1988 I 26); lorsqu'il représente directement certaines catégories ou groupes d'actionnaires ou autres minorités, sa loyauté à l'égard de la société doit, dans tous les cas, demeurer au premier plan (Mustaki/Urban, Prévention et gestion des conflits d'intérêts des administrateurs, publié in SJ 2014 pp. 109-176, p. 111 ss et les réf. citées). Lorsqu'il place ses intérêts avant ceux de la société et qu'il conclut un contrat, il viole son devoir de fidélité (art. 717 CO) et engage sa responsabilité (art. 754 CO) pour le dommage qu'il pourrait lui causer (Steininger, Interessenkonflikte des Verwaltungsrates, Zurich 2011, thèse, p. 103).

La loi ne prévoit pas de règles d'indépendance strictes pour le conseil d'administration; elle réserve par exemple un droit de représentation dans le conseil d'administration de certaines catégories et/ou groupes d'actionnaires (art. 709 CO; Mustaki/Urban, op. cit., pp. 112 et 137 ; Böckli, Schweizer Aktienrecht, 4^e éd., Zurich 2009, n. 633 p. 1793; Steininger, op. cit., p. 106). C'est dans ce contexte qu'il convient d'examiner si l'intérêt que les administrateurs ont ou représentent peut s'opposer à celui, prépondérant, de la société (Mustaki/Urban, op. cit., p. 113) et la capacité d'un organe à prendre une décision dans l'intérêt prioritaire de la société ne peut généralement s'examiner que dans un cas

concret de conflit d'intérêts (Mustaki/Urban, op. cit., pp. 114 et 115). L'exigence d'indépendance au sein du conseil d'administration constitue une mesure de prévention des conflits d'intérêts, mais un administrateur dépendant ne se trouve pas nécessairement dans une situation de conflit d'intérêts (Mustaki/Urban, op. cit., pp. 114 ss).

5.2.2 Un administrateur se trouve en conflit d'intérêts lorsque ses intérêts diffèrent de ceux de la société, soit qu'il s'agisse d'intérêts propres, soit qu'il s'agisse d'intérêts de tiers, par exemple d'actionnaires majoritaires ou importants (Mustaki/Urban, op. cit., p. 142). Chaque membre du conseil d'administration peut en principe voter, y compris lorsqu'il défend des intérêts plus ou moins contraires à ceux de la société (art. 713 CO); une simple friction d'intérêts ne suffit pas à faire obstacle au droit de vote que la loi octroie à chaque membre du conseil d'administration; celui-ci doit pouvoir s'exercer dans les limites de l'art. 717 al. 1 CO (Böckli, op. cit., n. 634 ss p. 1794). La doctrine distingue, ainsi, les "frictions" ou "tangences" d'intérêts et le véritable conflit d'intérêts (intensive Interessenkonflikt) (Mustaki/Urban, op. cit., p. 142 et les réf. citées; Böckli, op.cit., nn. 635 ss, pp. 1794 ss). Pour différencier ces deux situations, la majorité des auteurs procède à un examen de la situation en fonction de trois critères (Mustaki/Urban, op. cit., pp. 142 à 145; Böckli, op. cit., nn. 636 ss pp. 1795 ss; Steininger, op. cit., pp. 100 à 102) :

i) La direction des intérêts : il s'agit d'un examen objectif consistant à déterminer dans quelle mesure la poursuite de l'intérêt d'une partie se réalise au détriment de l'autre. Les intérêts s'opposent par exemple diamétralement lorsque l'administrateur est lui-même le concurrent direct de la société, par exemple s'il gagne un franc alors que la société perd ce même franc (Böckli, op. cit., n. 638 p. 1795). Une réciprocité directe entre profits et dommages n'existe pas toujours : les avantages peuvent parfois concerner l'administrateur de manière indirecte, ou toucher l'un de ses proches; l'obligation de se récuser s'examine alors dans chaque cas en fonction des circonstances concrètes (Böckli, op. cit., n. 639 p. 1795).

ii) La pression des intérêts : il s'agit d'un examen subjectif visant à examiner l'influence réelle - plus ou moins forte - que peut avoir l'intérêt divergent de celui de la société sur l'intéressé; les rapports de parenté peuvent ainsi avoir une influence différente sur les intéressés, de cas en cas (maximisation de la contre-prestation à charge de la société) (Böckli, op. cit., n. 640 p. 1795); il y a donc lieu d'examiner si le fait de confier une mission à un proche du conseil d'administration a des conséquences négatives sur la société (déséquilibre entre les prestations) (Steininger, op. cit., p. 101).

iii) Les obligations contradictoires : dans ce cas, le conflit d'intérêts ne revêt pas seulement des aspects économiques et ou psychologiques, mais juridiques, en ce sens que les devoirs contractuels ou légaux de l'administrateur entrent en contradiction (l'administrateur est par exemple également organe d'une société concurrente).

Seul un conflit d'intérêts sérieux ou des obligations contradictoires font obstacle au devoir de fidélité tel qu'il se conçoit au sens de l'art. 717 CO (Böckli, op. cit., n. 643 p. 1796 et les réf. citées). Le conflit d'intérêts est sérieux notamment lorsque les intérêts de l'administrateur et ceux de la société sont diamétralement opposés, soit quand son intérêt ou celui des tiers qu'il représente nuirait complètement à la société, lorsque les intérêts en jeu exercent une forte pression sur l'administrateur ou lorsque celui-ci fait face à des obligations légales contradictoires (Mustaki/Urban, op. cit., p. 149; Böckli, op. cit., nn. 635 et 637, pp. 1794 ss). A l'inverse, si les intérêts ne sont pas réciproques mais que les sphères d'intérêts entrent simplement en friction et que la pression des intérêts est plutôt faible, les conséquences juridiques doivent différer (Böckli, op. cit., n. 642, p. 1796). Ainsi, la présence d'un conflit d'intérêts ne rend pas nécessairement une décision illicite, mais fait présumer la violation du devoir de fidélité, les dirigeants sociaux pouvant renverser cette présomption notamment en démontrant que leur décision a été prise dans l'intérêt de la société et aux conditions du marché - soit que l'affaire aurait été conclue aux mêmes conditions avec un tiers indépendant (TF

4C.139/2001 du 13 août 2001 consid. 2a.bb ; Bastian, op. cit., pp. 385 et 386 et les réf. citées).

Dans un cas de contrat avec soi-même, soit lorsque la société entre dans une relation contractuelle avec une ou plusieurs personnes membres de ses organes, il y a un conflit d'intérêts (ATF 127 III 332 consid. 2a ; Mustaki/Urban, op. cit., pp. 143-144 et les réf. citées).

Lorsque, malgré le conflit d'intérêts qui l'oppose à la personne morale, l'organe conclut un contrat avec un tiers, ce contrat demeure sans effet pour la personne morale si le tiers pouvait ou devait connaître ce conflit et n'est donc pas de bonne foi. Dans un tel cas, le conflit d'intérêts a pour conséquence que la volonté de faire un acte juridique ne peut pas se former correctement. Par application analogique des règles régissant le contrat avec soi-même, un tel vice entraîne l'invalidité de l'acte juridique en cause, à moins qu'en raison de la nature de l'affaire, le représenté ne coure pas le risque d'être désavantagé, ou qu'il ait autorisé spécialement le représentant à conclure le contrat, ou encore qu'il ait ratifié l'acte après coup (ATF 126 III 361 consid. 3a et les réf. citées). Selon la jurisprudence récente, seul les cas extrêmes de représentation de la société au-delà du but de la société peuvent conduire à l'invalidité de l'acte (TF 4A_147/2014 du 19 novembre 2014 consid. 3.1.1 ; TF 4A_459/2013 du 22 janvier 2014 consid. 3.2.1 ; TF 4A_617/2013 du 30 juin 2014 consid. 5.1 ; Böckli, op. cit., n. 497 p. 1742).

Une personne se trouvant en conflit d'intérêts permanent ne saurait faire partie du conseil d'administration ou de la direction - à défaut elle ne pourrait pas agir conformément à l'art. 717 CO - mais une telle limitation ne devrait s'appliquer qu'en cas de conflit d'intérêts de forte intensité (Mustaki/Urban, op. cit., p. 136 et les réf. citées; Böckli, op. cit., n. 279 p. 1998).

5.2.3 L'intérêt social est difficile à délimiter précisément, en raison notamment de la multitude d'intérêts présents en jeu, plus ou moins

divergents. L'intérêt social ne peut être déterminé avec précision et un grand pouvoir d'appréciation doit être accordé aux dirigeants dans sa poursuite; dans tous les cas, l'augmentation à long terme de la valeur de la société et de la participation des actionnaires devrait prévaloir (Bastian, op. cit., p. 384 et les réf. citées).

5.3

5.3.1 Concernant l'existence d'un conflit d'intérêts au moment de l'engagement de l'intimé, les premiers juges ont retenu que celui-ci n'était pas actionnaire de la société et qu'il n'était pas partie à la convention d'actionnaires signée le 8 juin 2010, qu'il était présent à la réunion ayant pris place le même soir uniquement en raison de la mission qui lui avait été confiée par [...] de mandater [...] pour sécuriser les lieux de l'assemblée générale, que le fait que le défendeur ait été membre de la direction de la clinique [...], détenue par L._____, n'était pas de nature à démontrer qu'il était subordonné à ce dernier au moment de son engagement, qu'il n'est pas établi que l'intimé et L._____ entretenaient des relations s'étendant au-delà des relations purement professionnelles, ni encore qu'il aurait existé un lien particulier (par exemple de parenté) entre eux ou que X._____ aurait entretenu un lien quelconque susceptible de compromettre son objectivité avec D._____, et que celui-ci avait l'expérience et les qualifications pour le poste qui lui était offert. Sur cette base, les premiers juges ont nié l'existence d'un conflit d'intérêts sérieux et permanent au moment de l'engagement de l'intimé en qualité de CEO.

L'appelante prétend que l'intimé n'avait ni l'expérience ni les compétences pour occuper le poste de CEO. Elle explique qu'être compétent dans une société opérationnelle pour un poste de directeur de clinique n'est en aucun cas un gage de compétence pour un poste de directeur s'agissant de sociétés d'investissement et de gestion de participations telles qu'elle-même. Elle reproche en outre aux premiers juges de n'avoir pas tenu compte de paramètres tels que le cahier des charges de l'intimé dans ses précédents postes, de ses responsabilités, ni du montant du capital-actions et du but des sociétés l'ayant employé et

d'avoir considéré que le témoignage de [...] à cet égard – qui a déclaré que l'intimé n'avait pas l'expérience pour gérer une société cotée en bourse – importait peu alors qu'ils auraient selon elle dû examiner davantage la question.

Les premiers juges ont à juste titre admis que l'intimé avait l'expérience et les qualifications requises pour le poste qui lui était offert, au regard des activités exercées par celui-ci antérieurement à son engagement, et ce bien qu'il n'ait jamais été dirigeant d'une société cotée en bourse. Quoi qu'en pense l'appelante, les premiers magistrats n'avaient pas à comparer le montant du capital-actions ni le but des sociétés opérationnelles et ceux de l'appelante. Dans la mesure où l'intimé a occupé une fonction exécutive et/ou dirigeante dans diverses sociétés depuis l'année 2002 – ce qui n'est pas contesté dans la présente procédure d'appel –, il est patent qu'il avait le profil pour occuper le poste de CEO au sein de l'appelante. S'agissant du fait que l'expérience de l'intimé ne serait pas un gage de compétence pour un poste de directeur dans une société d'investissement et de gestion de participations, les écritures de l'appelante ne contiennent aucun allégué relatif à cette question, celle-ci s'étant contentée d'alléguer en première instance, de manière toute générale, que l'intimé (de même d'ailleurs que L. _____ et X. _____) n'avait pas les capacités, les compétences et les connaissances nécessaires pour gérer et administrer l'appelante conformément aux règles de l'art. Enfin, le fait que, lors de la séance du conseil d'administration du 15 juin 2010, [...] se soit opposé à la nomination de l'intimé parce qu'il estimait que celui-ci n'avait pas l'expérience pour gérer une société cotée en bourse n'est pas à même d'amener à un résultat différent.

Les autres faits fondant l'analyse des premiers juges ne sont pas critiqués en procédure d'appel, de sorte qu'il n'y a pas lieu d'y revenir.

A défaut de toute indication pertinente permettant de mettre en doute le raisonnement des premiers juges, celui-ci doit être ici entièrement confirmé.

5.3.2

5.3.2.1 S'agissant de l'existence d'un conflit d'intérêts pour la période postérieure à l'engagement de l'intimé, les premiers juges ont rappelé que celui-ci n'était pas un organe de fait et n'avait pas eu d'influence sur les décisions prises par le conseil d'administration, de sorte que les critiques émises par l'appelante à l'égard de ces décisions ne concernaient pas l'intimé. Ils ont toutefois relevé que si L. _____ et X. _____ se trouvaient en situation de conflit d'intérêts et qu'ils ne pouvaient pas valablement conclure les accords postérieurs à l'engagement de l'intimé au nom de la société, il y avait lieu de considérer que celui-ci ne pouvait ignorer l'existence d'un tel conflit d'intérêts, au contraire d'un tiers extérieur à la société, et que sa bonne foi n'était pas protégée.

Les premiers magistrats ont retenu qu'il n'avait été ni allégué, ni établi que les administrateurs précités auraient eu des intérêts personnels opposés à ceux de la société, leur appartenance à un groupe d'actionnaires ne permettant pas de présumer le contraire. Ils ont considéré que la question de savoir si L. _____ et X. _____ avaient contrevenu à leurs obligations légales ou statutaires était l'objet d'un autre procès ouvert devant la Cour civile, dans lequel la responsabilité des prénommés au sens de l'art. 754 CO serait examinée. Ils ont en outre relevé que toute violation par un administrateur de ses obligations légales ou statutaires ne créait pas nécessairement un conflit d'intérêts, et que l'appartenance à un groupe d'actionnaires ne permettait pas encore de présumer l'existence d'un tel conflit. Selon les premiers juges, si la volonté de gagner en influence explique la plupart des agissements reprochés à L. _____ et X. _____, ces actes trouvent également une explication compatible avec l'intérêt social : par exemple, les reports de l'assemblée générale extraordinaire, motivés par le souci de finaliser l'émission d'un emprunt convertible, avaient aussi pour but d'obtenir des documents permettant aux actionnaires de voter en connaissance de cause. S'agissant de la volonté de L. _____ et X. _____ que Z. _____ SA rende un rapport défavorable à la direction précédente, rien n'est établi à ce sujet, le seul fait de mettre en œuvre un audit externe sur

la gestion de la société n'étant pas en soi contraire à son intérêt. En définitive, les premiers magistrats ont retenu que les effets défavorables ayant découlé des décisions de L._____ et X._____ au regard de l'intérêt d'P._____ ne suffisaient pas à établir que ces administrateurs auraient agi de manière contraire à l'intérêt de la société, les actes qui leur étaient reprochés n'établissant pas l'existence d'un quelconque conflit d'intérêts.

5.3.2.2 L'appelante reproche tout d'abord aux premiers magistrats de n'avoir pas examiné ni vérifié certains allégués pertinents pour prouver l'existence d'un conflit d'intérêts, alors que les preuves permettant de les établir avaient été offertes. Il s'agit de faits relatifs à la tentative de blocage de l'inscription d'actions d'un actionnaire opposé au groupe (all. 394 ss), à la diffusion de communications discréditant le précédent management (all. 536 ss), à la fuite dans les médias du rapport établi par Z._____SA aux fins de discréditer le précédent management (all. 540 ss), à la surveillance de membres du précédent management (all. 594 ss) et au dépôt de plaintes pénales (all. 697 ss). Contrairement à ce que prétend l'appelante, ces allégués ont été examinés par les premiers magistrats et les faits prouvés figurent dans l'état de fait du jugement de première instance et dans celui du présent arrêt. Ainsi, il est établi que les actions acquises par P._____ ont été inscrites sous réserve que celui-ci établisse qu'il les détenait pour son propre compte, que des articles sont parus dans les médias relatant les conclusions du rapport intermédiaire de Z._____SA, que ces conclusions ont été communiquées publiquement sur le site internet de la société, qu'une société d'investigation a été engagée pour des recherches et qu'une plainte pénale a été déposée contre P._____ le 17 août 2010. Dans ces conditions, force est de constater que les allégués auxquels se réfèrent l'appelante ont fait l'objet d'un examen circonstancié et ont été retenus dans la mesure où ils ont été prouvés. Or, ces éléments ne démontrent pas l'existence d'un conflit d'intérêts sérieux permanent. Si, comme relevé à juste titre par les premiers juges, ils reflètent une volonté de gagner en influence voire de prendre le contrôle de la société, cela ne signifie pas encore que ces actes étaient contraires aux intérêts de l'appelante. Un tel constat a déjà été fait

par le Tribunal fédéral, dans le cadre d'une affaire qui concerne également l'appelante (TF 4A_147/2014 du 19 novembre 2014, consid. 3.1.2).

5.3.2.3 L'appelante prétend que les intérêts personnels de L._____ et X._____ étaient contraires à ses propres intérêts. Elle critique la définition de l'intérêt social retenue par les premiers juges, selon lesquels celui-ci, résidant dans l'augmentation à long terme de la valeur de la société et de la participation des actionnaires, coïnciderait avec l'intérêt des actionnaires dans leur ensemble. Selon l'appelante, il existait durant la période litigieuse un conflit entre deux groupes d'actionnaires, de sorte qu'il n'était pas possible de définir nettement l'intérêt social, partant de considérer que les intérêts de L._____ et X._____ convergeaient avec ceux de la société. Selon elle, il aurait plutôt fallu considérer que c'étaient les intérêts de l'autre groupe d'actionnaires, représentant une plus grande part du capital-actions, qui correspondaient à ceux de la société. Elle estime encore que la défense de ses intérêts serait passée à l'arrière-plan lorsque l'intimé, L._____ et X._____ ont réalisé que les voix sur lesquelles ils pouvaient compter à l'assemblée générale s'effritaient ; leur unique but aurait alors été de pérenniser leurs positions dirigeantes, aussi longtemps que possible et par tous les moyens.

La critique faite par l'appelante de la définition que donnent les premiers juges de l'intérêt social ne lui est d'aucun secours. Il est en effet erroné de prétendre que faute d'homogénéité dans les opinions de l'actionnariat, il ne serait pas possible de définir nettement les contours de l'intérêt social, puisque celui-ci peut résider dans l'augmentation à long terme de la valeur de la société et de la participation des actionnaires, comme cela a été indiqué par les premiers juges, sans que l'appelante y revienne.

5.3.2.4 L'appelante soutient que le report de l'assemblée générale afin de finaliser l'émission d'un emprunt convertible n'était qu'un prétexte pour permettre à l'intimé, à L._____ et à X._____ de disposer d'un rapport à charge contre les précédents organes dirigeants, de s'assurer de la présence d'un maximum d'actionnaires et d'obtenir un maximum de

voix, afin de s'assurer une mainmise et un contrôle sur l'assemblée générale. Ils auraient ainsi fait passer leurs intérêts avant et au détriment des siens. En outre, le rapport de Z._____SA aurait été dénué de toute utilité pour la société et n'aurait servi que les intérêts du groupe en discréditant les anciens membres de la direction.

La thèse de l'appelante ne saurait être suivie. Le fait de disposer d'un rapport à charge des anciens dirigeants et d'obtenir par ce biais une majorité de voix ne signifie pas encore qu'il y avait une volonté de porter atteinte à la société. Même à supposer qu'un groupe d'actionnaires ait cherché à avoir une mainmise sur l'assemblée générale, cela serait encore insuffisant pour retenir que les intéressés voulaient porter atteinte à la société. Il n'est en outre pas établi que le rapport était inutile pour l'appelante, les déclarations d'[...] lors de l'assemblée générale du 6 septembre 2010, selon lequel les conclusions de Z._____SA étaient légères et que le mandat semblait avoir été conduit à charge, étant à cet égard insuffisantes. L'existence de la société n'a au demeurant pas été mise en danger, puisque, durant la période litigieuse - entre le 15 juin et le 6 septembre 2010 -, le cours de l'action de l'appelante était le plus haut. La société se portait bien en dépit de la scission entre groupes d'actionnaires. Une telle évolution est manifestement conforme à l'intérêt social, l'augmentation à long terme de la valeur de la société et de la participation des actionnaires étant un critère d'appréciation.

5.3.2.5 L'appelante fait encore grief aux premiers magistrats d'avoir retenu qu'elle n'avait ni allégué, ni établi que L._____ et X._____, respectivement le groupe d'actionnaires auquel ils appartenaient, avaient des intérêts divergents des siens.

Les all. 389, 428, 484, 512, 589, 619, 658, 686, 723, 747, 767 et 806, auxquels elle se réfère, se rapportent au fait général que les actes et omissions de D._____, respectivement de L._____ et X._____, étaient contraires à ses intérêts. Ces allégués relèvent de l'appréciation, de sorte que l'appelante ne saurait soutenir qu'ils auraient dû figurer dans l'état de fait du jugement attaqué.

5.3.2.6 En définitive, l'analyse des premiers juges, qui ont nié l'existence d'un conflit d'intérêts postérieur à l'engagement de l'intimé, ne prête pas le flanc à la critique et doit être confirmée.

5.4 Les premiers juges ont ensuite examiné si le fait, pour les administrateurs, de conclure avec l'intimé les accords dont il se prévaut les plaçait en situation de grave conflit d'intérêts au regard de l'intérêt social. Pour ce faire, ils ont examiné la rémunération prévue par le contrat de travail du 5 juillet 2010 ainsi que le délai de résiliation de six mois, et ils ont retenu qu'il n'était pas établi que les conditions contenues dans ce contrat ne correspondaient pas aux conditions du marché. Ils sont arrivés à la même conclusion, par identité de motifs, s'agissant de l'avenant du 23 août 2010. Concernant l'accord de séparation, les premiers juges ont indiqué qu'il n'était pas allégué, ni établi, que le nouveau conseil d'administration aurait conclu un accord de licenciement plus favorable à la société, ni encore qu'il aurait pu résilier le contrat de travail du défendeur pour justes motifs, et ils ont constaté que, sur le plan objectif, le contrat résolutoire du 3 septembre 2010 n'était pas contraire à l'intérêt de la société, dès lors qu'il ne s'écartait pas sensiblement du contrat de travail lui-même, qui ne s'opposait pas non plus aux intérêts de la société. Les magistrats ont nié l'existence de pressions particulières et d'obligations contradictoires, avant d'arriver à la conclusion que les administrateurs ne se trouvaient pas en situation de conflit d'intérêts sérieux lorsqu'ils avaient conclu avec le défendeur les accords des 5 juillet, 23 août et 3 septembre 2010, qui étaient dès lors tous matériellement valables, sans qu'il fût besoin de les ratifier et sans que le défendeur eût dû prouver quoi que ce soit d'autre.

L'appelante ne critique pas cette appréciation. Elle reproche cependant aux premiers juges d'avoir établi les faits de manière inexacte lorsqu'ils ont retenu que l'intimé avait déployé une activité conforme à la fonction de CEO, alors qu'il aurait selon elle délaissé ses obligations et ses responsabilités au sens de l'art. 717 CO. Les premiers juges ont à cet égard considéré que l'activité effective de l'intimé était établie, dès lors qu'il avait participé activement à certaines discussions lors des séances du

conseil d'administration, qu'il avait entretenu des contacts avec un entrepreneur dans le cadre de la rénovation d'installations pour lesquels il avait joué le rôle d'intermédiaire avec le conseil et qu'il avait eu des contacts avec la clientèle. Ces faits correspondent à ce qui est établi par les preuves offertes à l'appui des allégués concernés, de sorte que la critique de l'appelante à ce sujet est infondée.

Au demeurant, l'appelante n'expose pas en quoi la rémunération, telle que prévue dans le contrat de travail et due sur la base de l'art. 322 al. 1 CO, ne correspondrait pas à la politique salariale de l'entreprise s'agissant de la rémunération d'un directeur, ni pourquoi il en découlerait un conflit d'intérêts dans le cas concret, ce qui ne peut que conduire à confirmer le résultat auquel sont parvenus les premiers juges.

5.5 En définitive, à l'instar des premiers magistrats, il y a lieu d'admettre que l'intimé a été valablement engagé par l'appelante en qualité de CEO, et que les parties ont tout aussi valablement conclu le contrat résolutoire du 15 septembre 2010.

6.

6.1 L'appelante critique l'appréciation des premiers juges concernant le rejet de ses prétentions fondées sur l'art. 678 al. 1 CO.

6.2 Selon l'art. 678 al. 1 CO, les actionnaires et les membres du conseil d'administration, ainsi que les personnes qui leur sont proches, qui ont perçu indûment et de mauvaise foi des dividendes, des tantièmes, d'autres parts de bénéfice ou des intérêts intercalaires sont tenus à restitution. Ils sont également tenus de restituer les autres prestations de la société qui sont en disproportion évidente avec leur contre-prestation et la situation économique de la société (al. 2).

L'administrateur de fait – qui a souvent la qualité de proche – devrait pouvoir être actionné sur la base de cette disposition (Chenau, CR CO II, n. 9 ad art. 678 CO et les auteurs cités). En revanche, ne sont pas sujets à l'obligation de restituer, à moins qu'ils puissent être qualifiés de

proches ou d'organes de fait, les directeurs et fondés de pouvoir (Chenau, *ibidem*). La notion de proche, d'inspiration fiscale, n'est pas définie par la loi; la relation entre l'administrateur et le proche doit être étroite et fondée sur un lien personnel, économique, contractuel ou factuel; elle s'examine en fonction des circonstances concrètes du cas; on peut voir un indice d'une relation de proximité lorsque la prestation consentie ne correspond pas à celle qui aurait été octroyée à un tiers indépendant, dans les mêmes circonstances (*dealing at arm's length*); elle ne peut s'expliquer qu'en raison des rapports économiques ou personnels entretenus avec le bénéficiaire (Chenau, *op. cit.*, nn. 10 à 12 ad art. 678 CO).

6.3 Les premiers juges ont considéré que l'intimé ne possédait pas la légitimation passive au sens de l'art. 678 CO, à défaut d'être actionnaire, membre du conseil d'administration, organe de fait ou proche des administrateurs L. _____ et X. _____. Ils ont en outre retenu qu'il n'était pas établi que les prestations consenties à l'intimé par la société – en l'occurrence sa rémunération – auraient été différentes de celles octroyées à un tiers.

L'appelante, qui critique cette appréciation, fonde son argumentation sur la qualité d'organe de fait de l'intimé, laquelle a été précédemment niée (cf. consid. 4.3 ci-dessus). Pour le surplus, elle ne démontre pas en quoi la rémunération convenue par le contrat de travail du 5 juillet 2010 et son avenant serait disproportionnée par rapport à celle octroyée à des tiers, puisqu'elle se contente d'affirmer que l'intimé n'a pas exercé ses attributions ni satisfait aux responsabilités d'un CEO qui mériteraient salaire. Elle prétend qu'il aurait uniquement poursuivi des tâches utiles à ses seuls intérêts et qu'il n'aurait rendu « quasiment aucun service » à la société. Son argument sous-entend que l'intimé a exercé une activité dans le cadre de ses fonctions de CEO – peu importe à cet égard son importance et sa conformité à l'intérêt social –, l'appelante ne contestant au demeurant pas que l'intimé a eu un contact avec un important client étranger, ni qu'il a participé en qualité d'invité aux séances du conseil

d'administration. Par ailleurs, comme exposé au considérant 5.4 ci-dessus, les faits retenus par les premiers juges concernant l'activité déployée par l'intimé correspondent à ce qui est établi par les preuves offertes à l'appui des allégués concernés, de sorte qu'on ne saurait nier que celui-ci a fourni un certain travail pour le compte de l'appelante.

Compte tenu de ce qui précède, l'appréciation des premiers juges ne prête pas le flanc à la critique et doit être confirmée.

7.

7.1 L'appelante requiert la suspension de la présente procédure compte tenu du procès ouvert devant la Cour civile selon demande déposée par O._____SA contre D._____, L._____ et X._____, par lequel elle leur réclame des dommages-intérêts fondés sur l'action en responsabilité des membres du conseil d'administration (cause ouverte sous réf. [...]).

7.2 L'art. 126 CPC dispose que le tribunal peut ordonner la suspension de la procédure si des motifs d'opportunité le commandent et que celle-ci peut notamment être suspendue lorsque la décision dépend du sort d'un autre procès (al. 1). La suspension, qui doit répondre à un besoin réel et être fondée sur des motifs objectifs, ne saurait être ordonnée à la légère, les parties ayant un droit à ce que les causes pendantes soient traitées dans des délais raisonnables (TF 4A_683/2014 du 17 février 2015 consid. 2.1). Le juge bénéficie à cet égard d'un large pouvoir d'appréciation (TF 4A_683/2014 du 17 février 2015 précité).

7.3 En l'espèce, l'issue de l'action en responsabilité pendante n'est aucunement susceptible d'avoir une influence sur la question de savoir si l'appelante et l'intimé étaient valablement liés par un rapport de travail, ce qui a d'ailleurs déjà été tranché – par la négative – par le juge instructeur de première instance. L'appelante reconnaît même, dans son écriture d'appel, que ce n'est pas la violation d'un devoir qui crée un conflit d'intérêts, mais c'est le conflit d'intérêts qui, s'il n'est pas

adéquatement géré, donne lieu à une violation d'un devoir. Or, en l'espèce, l'existence d'un conflit d'intérêts a précisément été niée.

Au regard de ce qui précède, il ne se justifie nullement de suspendre la présente cause jusqu'à droit connu sur la procédure [...] actuellement pendante devant la Cour civile.

8.

8.1 En conclusion, l'appel doit être rejeté et le jugement entrepris entièrement confirmé.

8.2 Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 4'137 fr. (art. 62 al. 1 TFJC [tarif des frais judiciaires civils du 28 septembre 2010 ; RSV 270.11.5]), seront mis à la charge de l'appelante, qui succombe (art. 106 al. 1 CPC).

Celle-ci versera en outre à l'intimé la somme de 6'000 fr. à titre de dépens de deuxième instance (art. 7 TDC [tarif des dépens en matière civile du 23 novembre 2010; RSV 270.11.6]).

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

- I. L'appel est rejeté.
- II. Le jugement est confirmé.
- III. Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 4'137 fr. (quatre mille cent trente-sept francs), sont mis à la charge de l'appelante O. _____ SA.

IV. L'appelante O. _____ SA doit verser à l'intimé D. _____ la somme de 6'000 fr. (six mille francs) à titre de dépens de deuxième instance.

V. L'arrêt motivé est exécutoire.

Le président :

La greffière :

Du

Le présent arrêt, dont le dispositif a été communiqué par écrit aux intéressés le 25 août 2016, est notifié en expédition complète à :

- Me Luc André (pour O. _____ SA),
- Me Olivier Subilia (pour D. _____).

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

- Cour civile du Tribunal cantonal.

La Cour d'appel civile considère que la valeur litigieuse est de 313'726 fr. 90.

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

La greffière :