

COUR D'APPEL CIVILE

Arrêt du 15 décembre 2017

Composition : M. ABRECHT, président
Mme Courbat et M. Stoudmann, juges
Greffière : Mme Spitz

Art. 731b al. 1 CO

Statuant sur l'appel interjeté par **A.F.**_____, à Monte Carlo (Monaco), requérant, contre la décision finale rendue le 21 juillet 2017 par le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de La Broye et du Nord vaudois dans la cause divisant l'appelant d'avec **F.**_____ **SA**, à Payerne, intimée, la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal considère :

En fait :

A. Par décision finale du 13 juin 2017, dont la motivation a été envoyée aux parties pour notification le 21 juillet 2017, le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de La Broye et du Nord vaudois (ci-après : le Président), a rejeté la requête du 17 février 2017 de A.F. _____ dirigée contre F. _____ SA (I), a arrêté les frais judiciaires à 1'000 fr. pour A.F. _____ (II) et a dit que A.F. _____ devait payer à F. _____ SA la somme de 3'000 fr. à titre de dépens (III).

En droit, le premier juge, amené à statuer sur une requête tendant à ce qu'un commissaire soit nommé pour représenter les intérêts de la société F. _____ SA dans le cadre des plaintes pénales déposées contre deux de ses administrateurs, B.F. _____ et C.F. _____, a retenu que A.F. _____ n'avait apporté aucun élément permettant d'étayer de façon concrète ses soupçons contre ses frères précités et que le fait que le Ministère public ait ouvert des enquêtes pénales, en application de l'art. 309 al. 1 let. a CPP (Code de procédure pénale du 5 octobre 2007 ; RS 312.0), en se fondant sur les éléments décrits dans les plaintes déposées par A.F. _____, était insuffisant en soi pour rendre vraisemblable que B.F. _____ et C.F. _____ avaient causé un préjudice à la société intimée. En outre, il a relevé que les plaintes déposées par A.F. _____ contre ses frères s'inscrivaient dans le cadre de relations particulièrement conflictuelles entre eux, comme le laissaient suggérer les nombreuses plaintes pénales et actions judiciaires civiles entreprises par ceux-ci ces dernières années, de sorte qu'il était également envisageable que les plaintes pénales déposées par A.F. _____ s'inscrivent dans une logique de contre-plainte ou soient fondées sur une appréciation subjective de la situation, raison pour laquelle il s'imposait de se montrer exigeant en matière de preuve avant d'instituer une mesure invasive telle que la nomination d'un commissaire. Il a ainsi considéré que A.F. _____ n'avait pas établi à satisfaction que F. _____ SA pourrait être légitimée à déposer des conclusions civiles dans le cadre d'actions pénales dirigées

contre ses administrateurs et donc que la situation de carence dans l'organisation de la société n'avait pas été démontrée.

B. Par acte du 3 août 2017, A.F._____ a formé appel contre cette décision, en concluant, sous suite de frais et dépens, principalement à sa réforme en ce sens qu'un commissaire soit nommé pour assurer l'exercice des droits et des obligations de F._____ SA dans le cadre de la procédure pénale [...] instruite par le Ministère public de Fribourg, qu'il soit ordonné au commissaire d'agir exclusivement dans l'intérêt social de F._____ SA dans le cadre de la procédure pénale [...] instruite par le Ministère public de Fribourg, qu'il soit ordonné au commissaire de faire parvenir chaque trimestre civil au Tribunal cantonal vaudois un rapport dans lequel il rendrait compte de la gestion de sa mission et ferait état des heures effectuées dans le cadre de sa mission et qu'il soit dit que F._____ SA supporterait seule les frais occasionnés par le commissaire désigné ainsi que ceux résultant d'une représentation juridique déterminée par le commissaire désigné. Subsidiairement, A.F._____ a conclu à l'annulation de la décision entreprise et au renvoi de la cause au premier juge pour qu'il statue à nouveau dans le sens des considérants.

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

1. a) La société F._____ SA a pour but l'acquisition et l'administration de participations dans des entreprises de tout genre en Suisse et à l'étranger, l'aliénation d'une partie ou de l'intégralité desdites participations ainsi que le management et la gestion de groupe ou de son patrimoine. Son capital-actions, entièrement libéré, s'élève à 1'500'000 francs.

Les administrateurs de F._____ SA sont B.F._____, président, C.F._____, D.F._____, E.F._____ et V._____. Ils disposent tous d'un pouvoir de signature collective à deux. B.F._____ et

D.F._____ sont mari et femme, de même que C.F._____ et E.F._____.

B.F._____, C.F._____ et A.F._____ sont frères. Ils détiennent chacun 600 actions de F._____ SA, d'une valeur nominale de 500 francs. Le solde du capital-actions, composé de 600 actions d'une valeur nominale de 1'000 fr., est intégralement détenu par la société G._____ SA.

b) G._____ SA, qui a pour but l'acquisition, l'aliénation et l'administration de participations de tout genre, a un capital-actions de 100'000 fr., libéré à hauteur de 50'000 francs. B.F._____, C.F._____ et A.F._____ détiennent chacun 333 actions, d'une valeur nominale de 100 fr. et G._____ SA détient une action propre de 100 francs. Ses administrateurs sont C.F._____, président, et B.F._____, tous deux au bénéfice de la signature collective à deux.

G._____ SA est la société faîtière du groupe [...], qui est actif tant sur le plan national qu'international, notamment dans le domaine de la fabrication et de la distribution d'appareils et de machines destinés à la construction et à l'entretien des routes, à la maintenance d'aéroports, au déneigement, à la technologie d'épandage, à la construction et à l'entretien d'installations d'aspersion d'agents fondants, de systèmes de détection du verglas, ainsi qu'à l'enregistrement des données de véhicules.

2. a) F._____ SA a déposé le 24 septembre 2013 une plainte pénale pour escroquerie et gestion déloyale contre [...]. Par décision du 13 février 2017, le Ministère public du canton de Fribourg a étendu l'instruction de la procédure pénale contre A.F._____.

Le 5 septembre 2015, B.F._____ SA a déposé une plainte pénale pour vol, dommages à la propriété et violation de domicile contre A.F._____, [...], [...] et inconnu.

b) Le 11 décembre 2015, A.F._____ a déposé une plainte pénale contre B.F._____ et C.F._____ pour vol. Le 21 décembre 2015, il a déposé une deuxième plainte pénale pour faux dans les titres contre ses deux frères. Par ordonnances du 22 janvier 2016, le Ministère public du canton de Fribourg a ouvert des instructions pénales contre B.F._____ (n° [...]) et C.F._____ (n° [...]).

Le 4 mai 2016, A.F._____ a déposé une troisième plainte pénale pour gestion déloyale qualifiée contre ses frères. Par ordonnance du 18 mai 2016, le Ministère public du canton de Fribourg a étendu à cette infraction les instructions pénales dirigées contre B.F._____ et C.F._____.

Par courrier du 13 février 2017 adressé au conseil de A.F._____, le Procureur du canton de Fribourg a notamment indiqué que, d'après la plainte de A.F._____ du 4 mai 2016, il existait un soupçon que B.F._____ et C.F._____ aient lésé les sociétés G._____ SA, F._____ SA et B.F._____ SA.

Le 15 mars, dans le cadre des enquêtes dirigées contre B.F._____ et C.F._____, le Ministère public du canton de Fribourg a ordonné la perquisition des locaux commerciaux et des archives, ainsi que des données pertinentes des systèmes informatiques des sociétés G._____ SA, F._____ SA, B.F._____ SA, [...] SA, [...] SA et [...] AG. Il a également ordonné le séquestre de tous les objets pouvant servir de moyens de preuve.

3. a) Le 11 octobre 2012, [...] SA - société aujourd'hui radiée ensuite de sa fusion avec B.F._____ SA, par contrat du 16 septembre 2015 - a déposé une action en responsabilité contre A.F._____ devant le Tribunal d'arrondissement de la Singine, en concluant au paiement de 802'120 fr. en capital.

Le 3 février 2017, B.F._____ SA a ouvert action en responsabilité contre A.F._____ devant le Tribunal d'arrondissement de

la Sarine, en concluant au paiement de la somme de 6'722'646 fr. avec intérêts à 5% l'an dès le 31 septembre 2008.

b) Le 10 février 2017, A.F._____ a ouvert, devant la Chambre patrimoniale cantonale vaudoise, deux actions en annulation des décisions de l'assemblée générale : l'une dirigée contre G._____ SA, l'autre dirigée contre F._____ SA. Les décisions visées, prises lors des assemblées générales qui avaient eu lieu le 13 décembre 2016, concernent des augmentations de capital de respectivement 3'000'000 fr. pour G._____ SA et 5'000'000 fr. pour F._____ SA.

4. Par requête du 17 février 2017, dirigée contre F._____ SA, A.F._____ a, en substance, conclu, avec suite de frais et dépens, à ce qu'un commissaire soit nommé pour la durée des procédures pénales dirigées contre B.F._____ (n° [...]) et contre C.F._____ (n° [...]), jusqu'à leurs clôtures définitives et exécutoires, afin qu'il exerce les droits et les obligations de F._____ SA dans le cadre de ces procédures pénales (1), à ce qu'il soit fait obligation au commissaire ainsi nommé d'agir exclusivement dans l'intérêt de la société dans le cadre des procédures pénales susmentionnées actuellement dirigées contre B.F._____ et C.F._____ (2), à ce qu'il soit fait obligation au commissaire ainsi nommé de faire parvenir chaque trimestre au tribunal de première instance un rapport dans lequel il rendra compte de sa gestion du mandat et fera état des heures effectuées (3), à ce qu'il soit fait obligation à F._____ SA de supporter les frais encourus par le commissaire, ainsi que ceux résultant d'une représentation juridique désignée par le commissaire et à ce qu'il soit ordonné à F._____ SA de verser une provision fixée à dire de justice (4).

Par réponse du 18 mai 2017, F._____ SA a conclu au rejet des conclusions de la requête précitée.

Par courrier du 22 mai 2017, A.F._____ a proposé la désignation de l'avocat [...], à Fribourg, en qualité de commissaire.

L'audience de jugement a eu lieu le 13 juin 2017 en présence des conseils des parties, dispensées de comparution personnelle.

En droit :

1.

1.1 L'appel est recevable contre les décisions finales de première instance (art. 308 al. 1 let. a CPC [Code de procédure civile du 19 décembre 2010 ; RS 272]), dans les causes non patrimoniales ou dans les affaires patrimoniales dont la valeur litigieuse, au dernier état des conclusions devant l'autorité précédente, est de 10'000 fr. au moins (art. 308 al. 2 CPC).

La pratique tend à estimer la valeur litigieuse d'après le capital nominal de la société (TF 4A_630/2011 du 7 mars 2012 consid. 1, *in Praxis* 2012 p. 702 ; 4A_315/2010 du 19 août 2010 consid. 2 ; cf. aussi 4A_2015/2015 du 2 octobre 2015 consid. 1.1 ; Marcel Schönbachler, *Die Organisationsklage nach Art. 731b OR*, 2013, p. 412 ss).

En l'espèce, la décision attaquée rejette la requête formée par A.F._____ tendant à ce qu'un commissaire soit nommé pour faire valoir les droits de la société F._____ SA dans le cadre d'une procédure pénale ouverte contre ses administrateurs. Dans la mesure où le capital nominal de la société est de 1'500'000 fr., il y a lieu de retenir que la valeur litigieuse excède le minimum légal de 10'000 fr. et, ainsi, que la voie de l'appel est ouverte.

1.2 L'appel, écrit et motivé, doit être introduit dans les 10 jours si la décision a été rendue en procédure sommaire (art. 314 CPC). Tel est le cas s'agissant d'une décision relative aux carences dans l'organisation d'une société au sens de l'art. 713b CO (art. 250 let. c ch. 6 CPC).

En l'occurrence, l'acte a été déposé en temps utile et l'appel est dès lors recevable.

2.

2.1 L'appelant fait valoir que le premier juge aurait dû retenir l'existence d'un conflit d'intérêts au sein de la société, de sorte que la nomination d'un commissaire était justifiée.

2.2 Selon l'art. 731b al. 1 CO, inséré dans une section intitulée « carences dans l'organisation de la société », lorsque la société ne possède pas tous les organes prescrits ou que l'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. Ce dernier peut notamment fixer un délai à la société pour rétablir la situation légale, sous peine de dissolution (1), nommer l'organe qui fait défaut ou un commissaire (2), prononcer la dissolution de la société et ordonner sa liquidation selon les dispositions applicables à la faillite (3).

Cette disposition s'applique en cas de contravention à des règles impératives sur l'organisation de la société. Il y a carence non seulement lorsqu'un organe obligatoire fait défaut, mais aussi lorsque sa composition n'est pas conforme aux exigences légales. Sont notamment visés l'absence de conseil d'administration (art. 707 CO) ou d'organe de révision (art. 727 CO), le manque de qualification ou d'indépendance requise (art. 727b ss CO), le non-respect des règles concernant le domicile (art. 718 al. 4 et 730 al. 4 CO), l'incapacité civile d'un organe, ou un blocage persistant au sein de l'actionnariat ou du conseil d'administration, qui empêche l'élection d'un organe ou la conduite des affaires (Message concernant la révision du code des obligations du 19 décembre 2001, FF 2002 3028 ; Peter Böckli, *Schweizer Aktienrecht*, 4^e éd. 2009, p. 1740 n. 491 ; Henry Peter/Francesca Cavadini, *in* *Commentaire romand, Code des obligations II*, 2008, n. 2 à 4 et 12 ad art. 731bCO ; Rolf Watter/Charlotte

Wieser, *in* Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 3^e éd. 2008, n. 5 s. *ad* art. 731b CO).

Selon la jurisprudence fédérale, les conflits d'intérêts dans la direction des organes peuvent, dans certains cas, également conduire à l'inaptitude d'un organe, et ainsi à une carence dans l'organisation au sens de l'art. 731b CO, celui-ci ayant abrogé les anciens art. 392 ch. 2 et 393 ch. 4 CC qui permettaient d'instituer, en faveur des sociétés, une curatelle de représentation, notamment en cas de conflit d'intérêts entre la société et ses organes (TF 4A_717/2014 du 29 juin 2015 consid. 2.3). Le Tribunal fédéral considère ainsi qu'il existe un conflit d'intérêt impliquant une carence dans l'organisation de la société non seulement lorsque, dans le cadre d'une plainte pénale, l'organe exécutif représente à la fois le plaignant et le défendeur, mais également à chaque fois que les intérêts de la société ne peuvent, dans un cas particulier, pas être distingués et représentés de façon indépendante par les administrateurs, dont les intérêts divergent. Dans un cas particulier, il a considéré qu'il était évident que le président du conseil d'administration, contre lequel la plainte pénale était dirigée, ne pouvait plus assumer de manière indépendante les intérêts de la société potentiellement lésée, mais que tel n'était pas non plus le cas des deux autres membres du Conseil d'administration, qui étaient impliqués dans la transaction dont la conclusion était à l'origine de la plainte. Ainsi, le Tribunal fédéral a constaté que la société ne disposait d'aucun organe qui puisse la représenter de manière indépendante dans la procédure pénale et, dans ces circonstances, puisque tous les directeurs se trouvaient en conflit d'intérêt avec la société, que le tribunal inférieur n'avait enfreint aucune loi fédérale en désignant un représentant temporaire à la société afin de sauvegarder ses intérêts dans le cadre de la procédure pénale en cours (TF 4A_717/2014 du 29 juin 2015 consid. 2.5.2).

2.3 L'appelant expose qu'une procédure pénale a été ouverte et se poursuit contre B.F._____ et C.F._____, notamment pour gestion

déloyale au détriment de l'intimée. Il aurait dès lors rendu vraisemblable l'existence d'un conflit d'intérêt.

Le premier juge a relevé que l'appelant avait démontré avoir déposé des plaintes pénales contre ses frères notamment pour des infractions commises au préjudice de l'intimée. Ceci étant, il a considéré que l'appelant n'avait apporté aucun élément permettant d'étayer de façon concrète ses soupçons contre ses frères, le fait que le Ministère public ait ouvert des enquêtes pénales étant insuffisant en soi pour rendre vraisemblable que B.F. _____ et C.F. _____ aient causé un préjudice à la société intimée. Il aurait pu en aller autrement si l'appelant avait produit des procès-verbaux d'audition, des rapports de police ou autres résultats d'investigation laissant penser que l'intimée aurait été lésée par les agissements de ses deux frères, ce qui n'était pas le cas à ce stade. De plus, le premier juge a relevé que les relations entre les frères étaient très conflictuelles, comme le démontraient les nombreuses actions et plaintes déposées les uns contre les autres, et que, dès lors, il était envisageable, en l'absence d'élément tangible, que les plaintes pénales déposées par l'appelant contre ses frères s'inscrivent dans cette logique ou soient fondées sur une appréciation subjective de la situation. Pour ces motifs, il a considéré qu'il s'imposait de se montrer exigeant en matière de preuves avant d'instituer une mesure invasive telle que la nomination d'un curateur.

2.3 En l'espèce, l'analyse du premier juge ne prête pas le flanc à la critique et peut être confirmée. L'arrêt du Tribunal fédéral précité indique en effet qu'une mesure au sens de l'art. 731b CO peut être justifiée en cas de conflit d'intérêts au sein d'un organe, notamment lorsqu'une plainte pénale est déposée contre l'un de ses dirigeants. Toutefois, le cas d'espèce présente des particularités puisque, comme l'a à juste titre relevé le premier juge, aucun élément concret ne vient, même au stade de la vraisemblance, appuyer les dires de l'appelant, qui s'est contenté de produire les accusés de réception des plaintes pénales déposées contre ses frères et un ordre de perquisition ordonné par le Ministère public dans

ce cadre. Il n'a apporté aucun élément permettant d'étayer de façon concrète les soupçons à contre ses frères, par exemple des procès-verbaux d'audition, des rapports de police ou des résultats d'investigation permettant de penser, avec un certain degré de plausibilité, que la société intimée aurait effectivement été lésée par les agissements de ses administrateurs. Or, compte tenu du contexte particulièrement conflictuel dans lequel s'intègrent ces plaintes pénales, c'est à raison que le Président a considéré qu'il y avait lieu de se montrer exigeant en matière de preuves, la mesure requise étant particulièrement invasive pour la société intimée. Il paraîtrait en effet inconcevable qu'un conseil d'administration puisse être privé même partiellement de ses prérogatives au profit d'un commissaire spécial sur la base de simples allégations d'un actionnaire mécontent. Comme relevé par le premier juge, si l'enquête venait à mettre en lumière des éléments tangibles qui permettent d'accréditer sa thèse, l'opportunité de nommer un commissaire pour représenter l'intimée dans le cadre des plaintes pénales pourra être réexaminée.

Par ailleurs, on peut encore relever que l'actionnaire ayant des soupçons envers son conseil d'administration mais ne disposant d'aucun élément tangible devrait user de la voie du contrôle spécial (art. 697s ss CO), ce qui lui permettrait précisément, le cas échéant, de mettre en lumière des éléments tangibles lui permettant par la suite de solliciter de manière convaincante l'institution d'un commissaire.

3.

3.1 Au vu de ce qui précède, l'appel doit être rejeté selon le mode procédural de l'art. 312 al. 1 CPC et la décision attaquée confirmée.

3.2 Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 1'500 fr. (art. 4 et 62 al. 1 TFJC [tarif des frais judiciaires civils du 28 septembre 2010 ; RSV 270.11.5]), seront mis à la charge de l'appelant, qui succombe (art. 106 al. 1 CPC).

Il n'y a pas lieu à l'allocation de dépens de deuxième instance, l'intimée n'ayant pas été invitée à se déterminer.

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

- I.** L'appel est rejeté.

- II.** La décision est confirmée.

- III.** Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 1'500 fr.
(mille cinq cents francs), sont mis à la charge de l'appelant
A.F._____.

- IV.** L'arrêt est exécutoire.

Le président :

La greffière :

Du

Le présent arrêt, dont la rédaction a été approuvée à huis clos, est notifié à :

- Me Bernard Katz (pour A.F. _____),
- Me Guy Mustaki (pour F. _____ SA),

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

- M. le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de La Broye et du Nord vaudois.

La Cour d'appel civile considère que la valeur litigieuse est supérieure à 10'000 francs.

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 :