

31#
Newsletter
Novembre 2021

Carences dans l'organisation de la société

=
Resolution

LEGAL PARTNERS

Les principes et les mesures de l'article 731b du Code des obligations – Quelques rappels

I. Essentiel en bref

Le législateur avait introduit l'article 731b du Code des obligations (CO) afin notamment qu'il puisse être remédié à l'ensemble des carences dans l'organisation légalement prescrite d'une société¹. Dans le cas où une société serait amenée à souffrir de carences affectant son cadre légal d'organisation, la loi confère au tribunal le pouvoir d'intervenir en adoptant des mesures qui seront rappelées ici. La disposition a fait l'objet de plusieurs décisions récentes, dont une vaudoise de la Cour d'appel civile du 13 mai 2020, reprise et commentée au JT 2021 III 79.

II. Notion de carences

La notion de carences dans l'organisation au sens de l'article 731b CO se définit comme un manquement aux exigences légales impératives relatives à l'organisation des sociétés, qui ne sont pas ou plus observées². Il peut s'agir en particulier de l'absence d'un organe obligatoire ou de sa composition non conforme aux prescriptions.

La carence visant l'absence d'un organe obligatoire peut apparaître sous la forme d'une incapacité civile d'un organe social, l'absence d'un conseil d'administration (art. 707 CO), d'un président du conseil d'administration (art. 711 CO), ou encore d'un organe de révision (art. 727 CO). Quant à la carence visant la composition d'un organe non conforme aux prescriptions, le champ d'application comprend notamment le manque d'indépendance ou de qualification de l'organe de révision (art. 727b et 728 CO) ou le non-respect des conditions de résidence légale (art. 718 al. 4 et art. 730 al. 4 CO)³. Au regard de la jurisprudence de notre Haute Cour, il existe également une carence dans l'organisation de la société lorsqu'un blocage persistant au sein de l'actionariat empêche l'élection d'un organe⁴.

III. Mesures prescrites par la loi

Selon l'article 731b CO, les mesures prescrites par la loi, que le Tribunal peut ordonner, sont au nombre de trois :

- fixer un délai à la société pour rétablir la situation légale (art. 731b al. 1bis ch. 1). Cette mesure a pour objectif de permettre à la société de remédier elle-même à la carence en bénéficiant d'un délai pour le faire. Elle ne sera retenue par le tribunal que si le délai octroyé n'apparaît pas superflu⁵. Selon la doctrine, le tribunal garde la possibilité d'assortir sa décision d'une menace de dissolution de la société dans l'hypothèse où les exigences qu'il pose ne seraient pas respectées⁶. Le tribunal peut également assortir sa décision d'une mesure tendant à la nomination de l'organe défaillant ou d'un commissaire ;
- nommer l'organe qui fait défaut ou un commissaire (art. 731b al. 1bis ch. 2). Le choix entre la nomination de l'organe ou d'un commissaire dépend des circonstances. Comme l'indique la loi, cette mesure se veut temporaire (art. 731b al. 2 CO). A titre d'exemple, la nomination d'un commissaire peut trouver application lorsqu'une mesure de durée limitée apparaît opportune. La société, respectivement les actionnaires ou associés, ne peuvent annuler la nomination de l'organe ou du commissaire, ni restreindre ses attributions ;
- prononcer la dissolution de la société et ordonner sa liquidation selon les dispositions applicables à la faillite (art. 731b al. 1bis ch. 3). Cette mesure constitue l'*ultima ratio* que le tribunal ne peut ordonner que si les deux premières n'ont pas pu trouver application au regard des circonstances du cas d'espèce. Tel peut être le cas d'une situation de *pat* dans l'actionariat, qui bloque l'assemblée générale et empêche

la constitution du conseil d'administration⁷. Il sied de relever que lorsque la carence émane d'une dissension au sein des actionnaires, la dissolution fondée sur l'art. 731b al. 1 ch. 3 CO ne doit pas conduire à évaluer les conditions strictes de l'art. 736 ch. 4 CO traitant la dissolution judiciaire pour de justes motifs⁸.

IV. Autres mesures

Dans les limites du pouvoir d'appréciation dont le juge dispose, ce dernier doit déterminer la mesure adéquate de l'article 731b CO en fonction des circonstances concrètes et en gardant à l'esprit la finalité, soit éliminer rapidement le blocage. La mesure choisie ne doit ni résoudre le conflit des actionnaires ni élucider leurs fautes, responsabilités ou mérites respectifs. La mesure choisie est encore moins destinée à dédommager ou à privilégier l'un des actionnaires au détriment de l'autre. Le pouvoir d'appréciation du juge trouve ses limites dans le respect du principe de la proportionnalité ; la norme poursuit un intérêt général et accorde dès lors la priorité à la sécurité des affaires et non à des intérêts individuels⁹. En conséquence, le juge est amené à procéder à une pesée des intérêts en présence, afin d'en extraire une solution qui soit à la fois apte à éliminer la carence et qui soit la moins contraignante possible pour les divers auteurs impliqués.

Le Tribunal fédéral a reconnu que, lorsque le fonctionnement d'une société formée de deux actionnaires à égalité de suffrage se trouve bloqué par un conflit persistant entre eux, il était admissible d'envisager une vente aux enchères à l'issue de laquelle l'un des deux actionnaires acquerrait les actions de l'autre, afin de mettre un terme au blocage¹⁰. Dans une autre cause¹¹, il a considéré que n'abusait pas de son pouvoir d'appréciation le juge qui, plutôt que d'ordonner la vente aux enchères entre actionnaires, prononçait la dissolution, dans un cas où il y avait disproportion des ressources financières entre actionnaires, de sorte que l'égalité entre actionnaires n'aurait pas été assurée ; la dissolution ne lésait pas les intérêts des créanciers et des employés, la société n'exerçant plus d'activité depuis plusieurs années et les principaux actifs ayant déjà été liquidés. Cela étant, la prise en considération de la situation individuelle d'un actionnaire doit être limitée, l'intérêt du maintien des activités de la société et des postes de travail devant l'emporter¹².

Le contenu de cette Newsletter, établie le 22 novembre 2021, ne peut pas être assimilé à un avis ou conseil juridique. Si vous souhaitez obtenir un avis sur votre situation particulière, l'un des avocats répondra volontiers à vos questions.



Pascal de Preux
Avocat associé
depreux@resolution-lp.ch



Julien Gafner
Avocat associé
gafner@resolution-lp.ch



Marc-Henri Fragnière
Avocat associé
fragniere@resolution-lp.ch



Françoise Martin Antipas
Avocate associée
martinantipas@resolution-lp.ch

¹ Message du Conseil fédéral, FF 2002 2949, p. 3028.

² JT 2013 II 365, c. 3.1.2.

³ Arrêt du Tribunal fédéral 4A_522/2011 du 13 janvier 2012, c. 2.1.

⁴ ATF 140 III 349, c. 2.1.

⁵ CHENAUX JEAN-LUC/HÄNNI LINO, Carence dans l'organisation de la société : étude des aspects matériels et procéduraux de l'art. 731b CO, in : JT 2013 II pp. 97 ss, p. 109.

⁶ CR CO II – HENRY PETER/FRANCESCA CAVADINI, N 11 ad art. 731b CO.

⁷ Arrêt du Tribunal fédéral 4A_147/2021 du 27 octobre 2021 (destiné à publication), c. 3.1.1.

⁸ CHENAUX/HÄNNI, op. cit., p. 112.

⁹ PIOTET DENIS, Commentaire de l'arrêt CACI du 13 mai 2020, in : JT 2021 III p. 79.

¹⁰ ATF 138 III 294, c. 3.1.3.

¹¹ Arrêt du Tribunal fédéral 4A_499/2019 du 25 mars 2020, c. 3.1.3.

¹² Arrêt de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal vaudois HC/2020/538 du 13 mai 2020, c. 5.3.