

## **Droit des obligations**

### **Obligationenrecht**

*Radiation d'inscriptions au registre du commerce - ATC (juge de la Cour civile II) du 13 juillet 2018, X. SA c. Office du registre du commerce du II<sup>e</sup> arrondissement - TCV C1 18 90*

#### **Radiation d'inscriptions au registre du commerce opérées sur la base de décisions nulles d'une assemblée générale**

- Enumération des décisions nulles selon l'art. 706b CO et des effets de la nullité qui doit être relevée d'office par le préposé au registre du commerce si elle est manifeste ; il incombe aussi au préposé de rapporter d'office les inscriptions opérées sur la base de décisions nulles après que la nullité a été constatée (consid. 5.1).
- L'inscription au registre du commerce repose sur une réquisition, sous réserve de l'inscription fondée sur un jugement ou une décision d'un tribunal ou d'une autorité ou de l'inscription d'office (art. 15 al. 1 ORC) ; le conseil d'administration est tenu de communiquer au préposé au registre du commerce, en vue de leur inscription, les noms des personnes qui ont le droit de représenter la société anonyme ainsi que toute modification (art. 937 CO ; consid. 5.2).
- En l'espèce, la nullité des décisions de nomination de représentants de la société, constatée judiciairement, prive celles-ci de tout effet juridique, nonobstant leurs inscriptions au registre du commerce, qui sont dès lors non conformes à la vérité (art. 26 ORC) ; le préposé doit donner suite à la réquisition de radiation émanant du président du conseil d'administration, accompagnée de la décision du Tribunal cantonal constatant la nullité des décisions litigieuses (consid. 5.3).

#### **Löschung von Eintragungen im Handelsregister, welche aufgrund nichtiger Beschlüsse einer Generalversammlung vorgenommen worden sind**

- Aufzählung nichtiger Beschlüsse nach Art. 706b OR und Auswirkungen der Nichtigkeit, welche vom Handelsregisterführer von Amtes wegen festgestellt werden muss, wenn sie offensichtlich ist; der Handelsregisterführer hat nach Feststellung der Nichtigkeit jene Eintragungen von Amtes wegen zu korrigieren, die aufgrund nichtiger Beschlüsse vorgenommen worden sind (E. 5.1).
- Die Eintragung ins Handelsregister beruht auf einer Anmeldung; vorbehalten bleibt die Eintragung aufgrund eines Urteils oder einer Verfügung eines Gerichts oder einer Behörde oder von Amtes wegen (Art. 15 HRegV); der Verwaltungsrat ist verpflichtet, dem Handelsregisterführer im Hinblick auf deren Eintragung die Namen der vertretungsberechtigten Personen sowie etwaige Änderungen mitzuteilen (Art. 937 OR; E. 5.2).
- Im vorliegenden Fall entfalten die Beschlüsse über die Bestellung von Vertretern der Gesellschaft aufgrund der gerichtlich festgestellten Nichtigkeit trotz deren wahrheitswidriger Eintragung im Handelsregister (Art. 26 HRegV) keinerlei rechtlichen Wirkungen; der Handelsregisterführer hat dem Antrag des Verwaltungsratspräsidenten auf Löschung unter Beilage des Urteils des Kantonsgerichts, welches die Nichtigkeit der angefochtenen Beschlüsse feststellt, Folge zu geben (E. 5.3).

## Faits (résumé)

**A.** X. SA est dotée d'un capital-actions de 100 000 fr. divisé en 100 actions nominatives de 1000 fr. chacune. Depuis le 14 octobre 2015, son conseil d'administration était composé de A., président avec signature individuelle, et B., membre et secrétaire, avec signature collective à deux. Dans des circonstances indéterminées, les relations entre les membres de la famille de A. et ceux de la famille de B. se sont tendues.

Par plis recommandés du 25 juillet 2016, B., à titre d'actionnaire de X. SA, a convoqué A. ainsi que les autres actionnaires de la société, à savoir notamment C., à une assemblée générale extraordinaire pour le 11 août 2016. Le pli recommandé est parvenu à l'office postal de la commune de domicile de A. le 28 juillet 2016. Nonobstant l'avis qui lui a été remis, le prénommé n'a pas réclamé ce pli à la poste, qui l'a renvoyé à son expéditeur le 4 août 2016.

**B.** L'assemblée générale extraordinaire de X. SA s'est tenue le 11 août 2016, soit 16 jours après l'envoi de la convocation, en l'absence de A. notamment. Les actionnaires présents ont accepté à l'unanimité la nomination de C. comme président du conseil d'administration avec signature collective à deux, celle de B. en tant que secrétaire du conseil d'administration et directeur avec signature collective à deux, et celle de A. comme membre dudit conseil, mais sans droit de signature.

Ces mutations ont été inscrites sur le registre journalier du 16 septembre 2016 et publiées à la FOSC du 21 septembre 2016.

**C.** Par requête en protection des cas clairs du 28 septembre 2016, A. a ouvert action en nullité (« Nichtigkeitsklage ») à l'encontre de X. SA devant le juge du district.

Par décision datée du 6 décembre 2016, ce dernier a admis la requête, constaté la nullité de la convocation du 25 juillet 2016, dit que les décisions prises lors de l'assemblée générale de X. SA du 11 août 2016 étaient annulées, et ordonné au registre du commerce de radier les inscriptions opérées sur la base de l'assemblée générale de X. SA du 11 août 2016.

Le 16 janvier 2017, X. SA a appelé de cette décision devant le Tribunal cantonal qui, par décision du 31 janvier 2018, entrée en force, a rejeté l'appel et constaté la nullité des décisions prises lors de l'assemblée générale extraordinaire de X. SA du 11 août 2016.

**D.** Le 2 février 2018, X. SA a communiqué au préposé au registre du commerce du Ile arrondissement, à Sion, (ci-après : le préposé) une copie certifiée conforme du jugement du Tribunal cantonal du 31 janvier 2018 et a requis la radiation des « inscriptions opérées sur la base des décisions de l'assemblée générale du 11 août 2016 » ainsi que le rétablissement de « l'état antérieur » du registre du commerce.

Par lettre du 22 février 2018, le préposé a indiqué qu'« une inscription fondée sur l'article 19 ORC [lui] sembl[ait] impossible », dans la mesure où « la décision du Tribunal cantonal n'ordonne pas la modification des faits inscrits et le jugement n'a pas été notifiée à [s]on Registre ».

Le 26 février 2018, X. SA, a enjoint au préposé de « procéder aux mutations [requis] ou, à tout le moins, de refuser les réquisitions par décision administrative susceptible de recours ». Elle a réitéré ses exigences par lettre du 21 mars 2018.

Par décision du 5 avril 2018, le préposé a refusé la demande de modification du registre du commerce déposée par X. SA.

**E.** Le 19 avril 2018, X. SA, a recouru contre cette décision en demandant notamment au Tribunal cantonal de prendre acte de la nullité des décisions prises en assemblée générale extraordinaire du 11 août 2016, de constater que les indications personnelles publiées au registre du commerce concernant X. SA étaient inexactes et d'ordonner à cette autorité d'annuler les inscriptions requises le 16, et publiées le 21 septembre 2016, ainsi que de rétablir l'état antérieur.

### **Considérants (extraits)**

**4.1** Le préposé a relevé que, conformément à l'art. 19 ORC, « l'inscription au registre du commerce n'est possible que si d'une part le Tribunal ordonne l'inscription de faits au registre du commerce et que d'autre part il transmet le jugement en question à l'office du registre du commerce ». Or, « la décision du Tribunal [c]antonal du canton du Valais

[du 31 janvier 2018] ne comport[ait] pas dans son dispositif l'ordre donné au registre du commerce de rétablir l'état antérieur et [...] n'a[vait] pas été notifiée au dit registre ». Dès lors, « une modification de faits inscrits ne [pouvait...] reposer que sur une réquisition de la société signée par les personnes autorisées et accompagnée des pièces justificatives nécessaires ».

**4.2** Invoquant notamment une violation des art. 15 ss et 19 al. 1 ORC, la recourante fait valoir, en bref, qu'il incombait au préposé, sitôt qu'il a eu connaissance de la décision du Tribunal cantonal du 31 janvier 2018, de radier d'office les inscriptions fondées sur les décisions qui avaient été prises lors de son assemblée générale extraordinaire du 11 août 2016 et dont la nullité a été constaté par ledit jugement.

**5.1** A teneur de l'art. 706b CO, sont en particulier nulles les décisions de l'assemblée générale qui suppriment ou limitent le droit de prendre part à l'assemblée générale, le droit de vote minimal, le droit d'intenter action ou d'autres droits des actionnaires garantis par des dispositions impératives de la loi (ch. 1), restreignent les droits de contrôle des actionnaires davantage que ne le permet la loi (ch. 2) ou négligent les structures de base de la société anonyme ou portent atteinte aux dispositions de protection du capital (ch. 3).

La nullité affectant une décision prive celle-ci d'emblée de tout effet, et ce même si personne n'intente l'action en constatation de sa nullité (Peter/Cavadini, Commentaire romand, 2<sup>e</sup> éd., 2017, n. 5 ad art. 706b CO). Une guérison (Heilung) subséquente est, par principe, exclue (Tanner, Commentaire zurichois, 3<sup>e</sup> éd., 2018, n. 180 ss ad art. 706b CO ; Dubs/Truffer, Commentaire bâlois, 5<sup>e</sup> éd., 2016, n. 4 ad art. 706b CO ; Riemer, Anfechtungs- Und Nichtigkeitsklage Im Schweizerischen Gesellschaftsrecht, 1998, n. 252 et 292). L'inscription au registre du commerce n'a, en particulier, aucun effet guérisseur (Peter/Cavadini, op. cit., n. 6 ad art. 706b CO ; Vianin, L'inscription au registre du commerce et ses effets, thèse, Fribourg 2000, p. 417 ; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, 1996, § 25 n. 135). La constatation de la nullité par le juge déploie ses effets erga omnes (Böckli, Schweizer Aktienrecht, 4<sup>e</sup> éd., 2009, § 16 n. 156 ; Riemer, op. cit., n. 304). De manière générale, le préposé au registre du commerce doit relever d'office la nullité d'une décision dans la mesure où le vice dont elle souffre est manifeste (Peter/Cavadini, op. cit., n. 6 ad art. 706b CO ; Dubs/Truffer, op. cit., n. 5 ad art. 706b CO ; Forstmoser/Meier-

Hayoz/Nobel, op. cit., § 25 n. 134). Il lui incombe en outre de rapporter d'office les inscriptions opérées sur la base de décisions nulles après que la nullité a été constatée (ATF 114 II 68 consid. 2 ; Vianin, Commentaire romand, n. 26 ad art. 933 CO et n. 21 ad art. 940 CO ; Le Même, L'inscription au registre du commerce et ses effets, p. 418 ; Eckert, op. cit., n. 8 ad art. 940 CO ; Tanner, op. cit., n. 185 ad art. 706b CO ; Riemer, op. cit., n. 307 ; Meisterhans, Prüfungspflicht und Kognitionsbefugnis der Handelsregisterbehörde, thèse, Zurich 1996, p. 395 ; Bürgi, Commentaire zurichois, 1969, n. 18 ad art. 706 CO).

**5.2** L'inscription au registre du commerce repose sur une réquisition, sous réserve de l'inscription fondée sur un jugement ou une décision d'un tribunal ou d'une autorité et de l'inscription d'office (art. 15 al. 1 ORC). Les faits à inscrire doivent être accompagnés des pièces justificatives nécessaires. Celles-ci sont remises à l'office du registre du commerce (art. 15 al. 2 ORC). Les pièces justificatives doivent être produites dans leur forme originale, sous forme de copie papier légalisée ou sous forme électronique (art. 20 al. 1 ORC). A teneur de l'art. 931a CO, toute réquisition d'inscription au registre du commerce concernant une personne morale incombe à l'organe supérieur de gestion ou d'administration ; les dispositions particulières concernant les corporations et établissements de droit public sont réservées (al. 1) ; la réquisition doit être signée par deux membres de l'organe supérieur de gestion ou d'administration ou par un membre autorisé à représenter la personne morale par sa signature individuelle ; elle doit être signée à l'office du registre du commerce ou être déposée munie des signatures dûment légalisées (al. 2 ; cf. art. 17 al. 1 et 18 al. 1 ORC). Une légalisation n'est pas requise lorsque les signatures ont déjà été produites sous une forme légalisée pour la même entité juridique (art. 18 al. 2 ORC). S'agissant d'une société anonyme, l'organe supérieur de gestion ou d'administration est le conseil d'administration (Zihler, in : Siffert/Turin, op. cit., n. 17 ad art. 17 ORC).

Suivant l'art. 937 CO (cf. art. 27 ORC), toute modification de faits inscrits sur le registre du commerce doit également être inscrite. Ce principe se déduit également de l'art. 26 ORC, qui dispose que toutes les inscriptions au registre du commerce doivent être conformes à la vérité et ne rien contenir qui soit de nature à induire en erreur ou contraire à un intérêt public. Les modifications d'inscriptions suivent les mêmes règles que celles applicables aux nouvelles inscriptions (Eckert, op. cit., n. 5 ad art. 937 CO). L'art. 937 CO s'adresse aussi bien aux

sujets de l'inscription qu'aux autorités (Vianin, Commentaire romand, n. 6 ad art. 937 CO). A cet égard, l'art. 157 al. 1 ORC impose aux offices du registre du commerce de rechercher les entreprises soumises à l'obligation de s'inscrire et de vérifier si les inscriptions sont encore conformes aux faits ; ils doivent provoquer les inscriptions, modifications et radiations nécessaires.

Le conseil d'administration est tenu de communiquer au préposé au registre du commerce, en vue de leur inscription, les noms des personnes qui ont le droit de représenter la société anonyme, en produisant la copie certifiée conforme du document qui leur confère ce droit (art. 720 CO). En vertu de l'art. 45 al. 1 ORC, l'inscription au registre du commerce d'une société anonyme mentionne en particulier les membres du conseil d'administration (let. n) et les personnes habilitées à représenter la société (let. o). L'inscription des personnes habilitées à représenter la société anonyme a un effet déclaratif et non pas constitutif (Peter/Cavadini, op. cit., n. 2 ad art. 720 CO ; Watter, Commentaire bâlois, 5<sup>e</sup> éd., 2016, n. 2 ad art. 720 CO). Toute modification relative à ces personnes doit également être inscrite, conformément à l'art. 937 CO (Watter, op. cit., n. 7 ad art. 720 CO).

**5.3** En l'espèce, au chiffre 2 du dispositif de la décision rendue le 31 janvier 2018 dans la cause TCV C1 17 22, il a été constaté la nullité des décisions prises lors de l'assemblée générale extraordinaire de X. SA du 11 août 2016. Cette décision, qui est entrée en force de chose jugée formelle, lie le juge de céans, qui ne saurait donc la rediscuter, à titre préjudiciel, dans le cadre de la présente procédure de recours (effet positif de l'autorité de la chose jugée ; ATF 139 III 126 consid. 3.1).

Ladite nullité prive d'emblée les décisions considérées de tout effet juridique. Il en va ainsi de la nomination de C. comme président du conseil d'administration avec signature collective à deux, de celle de B. en tant que secrétaire du conseil d'administration et directeur avec signature collective à deux et de celle de A. comme membre dudit conseil, mais sans droit de signature. Il n'importe, à cet égard, que ces modifications aient été inscrites sur le registre du commerce (cf., supra, consid. 5.1). Il faut en déduire, notamment, que A. n'a jamais été valablement déchu de sa fonction de président du conseil d'administration, ni privé de son droit de signature individuelle, qu'il occupe et détient depuis le mois d'octobre 2015. C'est dire qu'au regard de l'art. 45 al. 1 let. n et o ORC,

les inscriptions telles qu'elles figurent actuellement sur le registre du commerce ne sont pas conformes à la vérité (cf. art. 26 ORC).

Dans leurs déterminations respectives des 4 et 7 mai 2018, C. et B. requièrent qu'il soit constaté la nullité des décisions de nomination d'administrateurs prises lors des assemblées générales tenues de 1997 à 2016 (C.) et lors de celle de 7 mai 2013 (B.), motif pris que « les administrateurs n'ont jamais respecté le délai impératif de l'art. 700 CO ». Or il n'est pas établi - ni même allégué - que les intéressés aient jamais invoqué cette prétendue nullité avant de déposer les écritures précitées. Par ailleurs, les décisions de nomination considérées ont, depuis longtemps, été exécutées. La requête visant à constater leur soi-disant nullité relève, partant, d'un abus de droit manifeste (art. 2 al. 2 CC ; Tanner, op. cit., n. 169 ad art. 706b CO ; Riemer, op. cit., n. 299), de sorte qu'il n'y sera pas donné suite. Il en va de même de l'offre de preuve de C. visant l'édition, par la recourante, des « procès-verbaux d'assemblée nommant les administrateurs et des convocations y relatives des années 1997 à 2016 ».

Cela étant précisé, l'on peut s'interroger s'il n'eût pas incombé au préposé, conformément à l'art. 15 al. 1 in fine et ORC, de rapporter d'office les inscriptions opérées sur le fondement des décisions prises lors de l'assemblée générale extraordinaire du 11 août 2016 sitôt qu'il a eu connaissance de la décision du Tribunal cantonal du 31 janvier 2018, soit à réception du courrier du précédent mandataire de la recourante du 2 février 2018. Cette décision était, en effet, exécutoire à la date de son prononcé (arrêt 5A\_866/2012 du 1<sup>er</sup> février 2013 consid. 4.1), étant précisé que, rendue sur une action en constatation (négative) de droit, elle ne revêt pas les caractéristiques d'un jugement constitutif au sens de l'art. 103 al. 2 let. a LTF (arrêt 5A\_205/2013 du 16 août 2013 consid. C). Compte tenu des développements qui suivent, cette question souffre toutefois de rester indécise.

Il appert que la réquisition présentée le 2 février 2018 au préposé porte la (seule) signature de A. Compte tenu de la nullité affectant les décisions prises lors de l'assemblée générale extraordinaire du 11 août 2016, celui-ci était toujours, à cette date-là - comme il l'est encore actuellement -, président du conseil d'administration de X. SA et dispose, à ce titre, de la signature individuelle. La signature de l'intéressé ayant déjà été produite auparavant au registre du commerce sous une forme légalisée, une (nouvelle) légalisation n'était, en outre, pas requise

(cf. art. 18 al. 2 ORC). Ladite réquisition était, enfin, accompagnée de la seule pièce justificative nécessaire, à savoir la copie conforme à l'original de la décision rendue par le Tribunal cantonal le 31 janvier 2018, laquelle, ainsi que déjà mentionné, était exécutoire dès la date de son prononcé. Force est d'admettre, dans ces conditions, que les radiations requises par la recourante étaient fondées sur une réquisition en tous points conforme aux réquisits des art. 931a CO, 15, 17, 18 et 20 al. 1 ORC. C'est, partant, à tort que le préposé a refusé d'y donner droit.

Il s'ensuit l'admission du recours et l'annulation de la décision attaquée. Afin de prévenir de nouvelles disputes, ordre sera donné au préposé, dans le dispositif du présent prononcé, de radier les inscriptions opérées sur la base des décisions prises lors de l'assemblée générale extraordinaire de X. SA du 11 août 2016 et de rétablir l'état antérieur du registre du commerce. Il est également précisé, à toutes fins utiles, que la présente décision, qui n'entre pas dans les prévisions de l'art. 103 al. 2 let. a LTF (sur la notion de « jugement constitutif », cf. Corboz, in : Corboz et al., Commentaire de la LTF, 2<sup>e</sup> éd., 2014, n. 18 ad art. 103 LTF), est exécutoire à la date à laquelle elle a été rendue.

*Ce jugement a fait l'objet d'une publication et d'un commentaire dans Reprax 4/2018 p. 202.*