



4A_547/2023

Arrêt du 3 décembre 2024

I

Composition

Mmes les Juges fédérales
Jametti, Présidente, Hohl et Kiss.
Greffier : M. Botteron.

Participants à la procédure

A. _____,
représenté par Me Marino Montini, avocat,
recourant,

contre

B. _____,
représenté par Me Basile Schwab, avocat,
intimé.

Objet

Qualité pour agir de l'actionnaire (art. 756 CO); degré de la certitude applicable à la preuve de la qualité d'actionnaire; appréciation,

recours contre l'arrêt rendu le 16 octobre 2023 par la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal du canton de Neuchâtel (CACIV.2023.61).

Faits :

A.

La société C. _____ SA est une société dont le siège se trouve à Neuchâtel et qui a pour but l'achat et la gestion de sociétés commerciales, en particulier dans le domaine de l'hôtellerie.

La société anonyme a été fondée par acte notarié du 2 novembre 2015. Selon cet acte authentique, B. _____, agent d'affaires breveté, est l'unique fondateur de la société et il en a souscrit lui-même l'entier du capital-actions de 100'000 fr. Il est également l'administrateur unique de la société, avec signature individuelle. L'apport de 100'000 fr., qui correspond à la valeur totale des actions, a été déposé auprès de la banque cantonale neuchâteloise et tenu à la disposition exclusive de la société.

Depuis la fondation de la société et son inscription au registre du commerce, B. _____ a été son unique administrateur avec signature individuelle.

B.

Invouant être actionnaire unique de la société, A. _____ (ci-après: le demandeur ou le recourant) a ouvert action en responsabilité contre l'administrateur B. _____ (ci-après: le défendeur ou l'intimé) devant le Tribunal civil du Littoral et du Val-de-Travers, concluant à ce que le défendeur soit condamné à payer à la société le montant de 100'000 fr. avec intérêts à 5 % l'an dès le 5 novembre 2015. Il reproche à l'administrateur d'avoir accordé un prêt de 100'000 fr. à un tiers, sans contrat, ni conditions de remboursement ou d'intérêts et, partant, d'avoir causé un dommage de ce montant à la société. Le défendeur a conclu au rejet de la demande, contestant la qualité d'actionnaire du demandeur et alléguant avoir constitué la société à titre fiduciaire pour D. _____, domicilié en France, conformément à une convention de fiducie du 30 octobre 2015.

Le demandeur a rétorqué avoir versé le montant de 100'000 fr. auprès de la Banque cantonale neuchâteloise et s'être acquitté de l'avance des frais notariaux de 2'500 fr. Il a contesté l'authenticité de la convention de fiducie.

Un premier jugement du 27 avril 2020, qui avait admis la demande parce que le défendeur n'avait pas répondu dans le délai imparti et prolongé, a été annulé par la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal, le recours en matière civile interjeté contre cet arrêt par le demandeur ayant été déclaré irrecevable par arrêt du Tribunal fédéral du 2 février 2021.

Par nouveau jugement du 22 juin 2023, le Tribunal civil a rejeté la demande. Il a considéré que le demandeur avait échoué à apporter la preuve de sa qualité d'actionnaire.

Statuant sur l'appel du demandeur le 16 octobre 2023, la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal du canton de Neuchâtel l'a rejeté. Elle a considéré que le demandeur, qui indique avoir consigné l'apport de 100'000 fr. auprès de la banque, n'a pas allégué ni prouvé que les faits constatés dans l'acte authentique au moment de la fondation de la société anonyme seraient inexacts, qu'il n'a pas allégué ni prouvé que le défendeur l'aurait représenté lors de la signature de l'acte constitutif, qu'il n'a pas allégué être devenu titulaire des actions par transfert ultérieur, que le défendeur n'a pas violé son devoir de collaborer à la procédure et que le dernier argument soulevé par le demandeur dans sa réplique à l'appel était tardif.

C.

Contre cet arrêt, qui lui a été notifié le 18 octobre 2023, le demandeur a interjeté un recours en matière civile au Tribunal fédéral le 13 novembre 2023, concluant à son annulation et à sa réforme en ce sens qu'il soit constaté qu'il a la qualité d'actionnaire de la société, la cause étant renvoyée à la cour cantonale pour suite de la procédure. Subsidiairement, il conclut à l'annulation de l'arrêt cantonal et au renvoi de la cause à la cour cantonale pour nouvelle décision dans le sens des considérants. Il se plaint de constatation inexacte des faits et d'arbitraire (art. 97 LTF) et de violation du droit fédéral.

Le défendeur intimé a conclu au rejet du recours.

La cour cantonale se réfère aux considérants de son arrêt.

Les parties n'ont pas déposé d'autres observations.

Considérant en droit :

1.

Interjeté en temps utile (art. 100 al. 1 LTF) par le demandeur qui a succombé dans ses conclusions (art. 76 al. 1 LTF), contre un arrêt final (art. 90 LTF), rendu sur appel par le tribunal supérieur du canton de Neuchâtel (art. 75 LTF), dans une affaire civile (art. 72 al. 1 LTF) dont la valeur litigieuse dépasse 30'000 fr. (art. 74 al. 1 let. b LTF), le recours en matière civile est recevable au regard de ces dispositions.

2.

2.1. Le Tribunal fédéral applique le droit d'office (art. 106 al. 1 LTF). Toutefois, compte tenu de l'obligation de motiver qui incombe au recourant en vertu de l'art. 42 al. 2 LTF, il n'examine pas, comme le ferait un juge de première instance, toutes les questions juridiques qui pourraient se poser, mais uniquement celles qui sont soulevées devant lui, à moins que la violation du droit ne soit manifeste (**ATF 140 III 86** consid. 2, 115 consid. 2). Il ne traite donc pas les questions qui ne sont plus discutées par les parties (**ATF 140 III 86** consid. 2). Il n'examine pas non plus les griefs qui n'ont pas été soumis à l'instance cantonale précédente (principe de l'épuisement des griefs; **ATF 143 III 290** consid. 1.1; **147 III 172** consid. 2.2). Il demeure toutefois libre d'intervenir s'il estime qu'il y a une violation manifeste du droit (**ATF 140 III 115** consid. 2). Lorsqu'il entre en matière sur une question, il n'est lié ni par les motifs invoqués par les parties, ni par l'argumentation juridique retenue par l'autorité cantonale; il peut donc admettre le recours pour d'autres motifs que ceux invoqués par le recourant, comme il peut le rejeter en opérant une substitution de motifs (**ATF 140 III 86** consid. 2; **135 III 397** consid. 4; **134 III 102** consid. 1.1; **133 III 545** consid. 2.2).

2.2. Le Tribunal fédéral est lié par les constatations de l'arrêt attaqué (art. 105 al. 1 LTF), à moins qu'elles ne soient manifestement inexactes (art. 97 al. 1 et 105 al. 2 LTF), c'est-à-dire arbitraires au sens de l'art. 9 Cst. (**ATF 144 III 93** consid. 5.2).

Une décision est arbitraire au sens de l'art. 9 Cst. lorsqu'elle est manifestement insoutenable, méconnaît gravement une norme ou un principe juridique clair et indiscuté, ou heurte de manière choquante le sentiment de la justice et de l'équité; il ne suffit pas qu'une autre solution paraisse concevable, voire préférable; pour que cette décision soit annulée, encore faut-il qu'elle se révèle arbitraire non seulement dans ses motifs, mais aussi dans son résultat (**ATF 144 III 145** consid. 2; **132 I 13** consid. 5.1; **131 I 217** consid. 2.1, 57 consid. 2; **129 I 173** consid. 3.1).

En matière de constatations de fait et d'appréciation des preuves, le Tribunal fédéral n'intervient, du chef de l'art. 9 Cst., que si le juge du fait n'a manifestement pas compris le sens et la portée d'un moyen de preuve, a omis sans raisons objectives de tenir compte des preuves pertinentes ou a effectué, sur la base des éléments recueillis, des déductions insoutenables (**ATF 140 III 264** consid. 2.3; **137 III 226** consid. 4.2; **136 III 552** consid. 4.2). En cette matière également, il ne suffit pas que les motifs de la décision soient insoutenables, il faut encore que le résultat de celle-ci soit insoutenable.

La critique de l'état de fait retenu est soumise au principe strict de l'allégation énoncé par l'art. 106 al. 2 LTF (**ATF 140 III 264** consid. 2.3 et les références). La partie qui entend attaquer les faits constatés par l'autorité

précédente doit expliquer clairement et de manière circonstanciée en quoi ces conditions seraient réalisées (**ATF 140 III 16** consid. 1.3.1 et les références). Si la critique ne satisfait pas à ces exigences, les allégations relatives à un état de fait qui s'écarterait de celui de la décision attaquée ne pourront pas être prises en considération (**ATF 140 III 16** consid. 1.3.1). Les critiques de nature appellatoire sont irrecevables (**ATF 130 I 258** consid. 1.3).

Si elle souhaite obtenir un complètement de l'état de fait, elle doit aussi démontrer, par des renvois précis aux pièces du dossier, qu'elle a présenté aux autorités précédentes, en conformité avec les règles de la procédure, les faits juridiquement pertinents à cet égard et les moyens de preuve adéquats (**ATF 140 III 86** consid. 2).

3.

Lorsqu'un fondateur, un administrateur ou une autre personne coopérant à la fondation d'une société anonyme est responsable d'avoir causé un dommage à la société anonyme au sens des art. 753 à 755 CO, la qualité pour agir contre cette personne en dommages-intérêts appartient à la société et à chaque actionnaire tant que la société n'est pas en faillite (art. 756 CO), mais également au créancier social lorsque la société est en faillite (art. 757 CO). Le droit matériel détermine ainsi les personnes qui ont la qualité pour agir en responsabilité contre le ou les responsables.

Est litigieuse en l'espèce la qualité d'actionnaire dont se prévaut le demandeur.

3.1. La société anonyme est constituée par un acte passé en la forme authentique dans lequel le ou les fondateurs déclarent fonder une telle société, arrêtent le texte des statuts et désignent ses organes (art. 620 al. 1 et 629 al. 1 CO). L'acte doit constater notamment que les fondateurs souscrivent les actions et que les apports ont été effectués (art. 629 al. 2 ch. 3 CO), les apports en espèces devant être déposés auprès d'une banque (art. 633 al. 1 CO). La société doit ensuite être inscrite au registre du commerce (art. 640 CO). La modification du droit de la société anonyme du 19 juin 2020, entrée en vigueur le 1er janvier 2023, n'a pas entraîné de changement à l'ancien droit sur ces points (RO 2020 4005 ss; FF 2017 355 ss et 530 ss). L'actionnaire est la personne qui détient au moins une action de la société anonyme (art. 620 al. 3 CO). Il acquiert cette action et donc la qualité d'actionnaire soit à titre originaire, lorsqu'il souscrit une ou des actions au moment de la constitution de la société ou lors d'une augmentation subséquente du capital-actions, soit à titre dérivé, lorsqu'il les acquiert par un transfert d'actions existantes (XAVIER OULEVEY/JÉRÔME LEVRAT, La société anonyme, Zurich 2022, n. 565).

3.2. Une personne peut fonder une société anonyme à titre fiduciaire et en souscrire les actions à titre fiduciaire, c'est-à-dire en agissant en son propre nom, mais pour le compte d'un tiers. On parle de lui comme d'un homme de paille (**ATF 115 II 468** consid. 2; **123 IV 132** consid. 4b/bb; cf. CARLO LOMBARDINI/GUILLAUME BRAIDI, in: Commentaire romand CO II, 23e éd. 2024, n. 8 ss ad art. 629 CO; OULEVEY/LEVRAT, op. cit., n. 52). Le contrat de fiducie est le contrat par lequel une partie (le fiduciaire) rend l'autre (le fiduciaire) titulaire sans réserve d'un droit à l'égard des tiers, tandis qu'envers le fiduciaire, il est conventionnellement tenu de ne pas exercer le droit cédé, de ne l'exercer que partiellement ou encore de le lui rétrocéder dans certaines conditions (arrêts 4A_559/2019 du 12 mai 2020 consid. 2.1.2; 5A_260/2013 du 9 septembre 2013 consid. 3.3.2.1; **ATF 71 II 99** consid. 2; cf. également TERCIER/PICHONNAZ, Le droit des obligations, 7e éd. 2024, n. 963 ss; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, tome I, 11e éd. 2020, n. 1024 ss). L'acte fiduciaire se compose donc nécessairement de deux actes juridiques, à savoir: d'une part le transfert sans réserve du droit, qui apparaît seul vis-à-vis des tiers, et d'autre part la restriction apportée aux droits du fiduciaire dans le rapport entre les parties contractantes (arrêt 5A_260/2013 précité consid. 3.3.2.1; **ATF 71 II 99** consid. 2; **117 II 290** consid. 4c). Contrairement toutefois à l'acte simulé, le rapport de droit apparent né de l'acte fiduciaire a des effets voulus par les parties, celles-ci n'ayant pas nécessairement l'intention de tromper illicitement les tiers (arrêt 5A_260/2013 précité consid. 3.3.2.1; **ATF 71 II 99** consid. 2; KRAMER/SCHMIDLIN, Berner Kommentar, n. 128 ad art. 18 CO; DAVID OSER/ROLF H. WEBER, in: Basler Kommentar, 7e éd. 2020, n. 13 ad art. 394 CO).

Celui qui a souscrit une ou des actions à titre fiduciaire est donc actionnaire de la société et seul titulaire des droits de l'actionnaire (**ATF 116 II 468** consid. 2a). Lorsqu'entre lui et celui qu'il représente existe un mandat, les droits liés à l'action passent au représenté à la fin du contrat en application de l'art. 401 CO (**ATF 115 II 468** consid. 2b). Le fiduciaire ne revêt donc pas la qualité d'actionnaire tant qu'il ne s'est pas fait rétrocéder les actions; jusqu'alors, il n'est qu'ayant droit économique (OULEVEY/LEVRAT, op. cit., n. 52). Il est admis en droit suisse qu'une société anonyme n'ait qu'un actionnaire unique (*Einmanngesellschaft*) (art. 620 al. 1 CO) (**ATF 144 III 541** consid. 8.3.1 et les arrêts cités).

3.3. La qualité pour agir de l'actionnaire (art. 756-757 CO) est une condition de fond du droit exercé (arrêt 4A_344 et 342/2020 du 29 juin 2021 consid. 4.1.2; **ATF 142 III 782** consid. 3.1.4; **130 III 417** consid. 3.1). Si le tribunal doit vérifier d'office l'existence de la qualité pour agir (art. 57 CPC), il ne le fait, dans les procès soumis à la maxime des débats (art. 55 al. 1 CPC), que dans le cadre des faits allégués en temps utile par les parties et prouvés (**ATF 130 III 550** consid. 2; **118 Ia 129** consid. 1; arrêt 4A_217/2017 du 4 août 2017 consid. 3.4.1). La qualité pour agir étant un fait implicite, elle ne doit être formellement alléguée et prouvée que si elle est contestée par le défendeur (arrêts 4A_243/2018 du 17 décembre 2018 consid. 4.2; 4A_404/2016 du 7 décembre 2016 consid. 2; 4A_283/2008 du 12 septembre 2008 consid. 6, non publié in **ATF 134 III 541**).

La qualité pour agir doit être prouvée, comme tout autre fait qui est contesté (art. 150 al. 1 CPC). Conformément à la règle générale déduite de l'art. 8 CC (**ATF 118 II 235** consid. 3c), la qualité d'actionnaire doit être prouvée avec certitude (*Gewissheit*). Selon sa définition jurisprudentielle, la preuve est certaine lorsqu'en se basant sur des éléments objectifs, le juge n'a aucun doute sérieux quant à l'existence de ce fait ou, à tout le moins, que les doutes qui subsistent paraissent légers; une certitude absolue n'est ainsi pas nécessaire (**ATF 130 III 321** consid. 2.2; arrêt 4A_531/2022 du 20 octobre 2023 consid. 3.1.4). Il s'ensuit que, contrairement à la conception de la cour cantonale, la théorie des faits de double pertinence n'est d'aucune application dans ce domaine.

3.4.

3.4.1. En l'espèce, il ressort de l'acte authentique de constitution de la société anonyme que le défendeur en est le fondateur et l'actionnaire unique puisqu'il en a souscrit toutes les actions. Il a indiqué avoir agi à titre fiduciaire sur la base d'un contrat de fiducie. En tant que tel, il est donc bien le fondateur et l'actionnaire unique de la société, tant vis-à-vis des tiers que du fiduciaire. Le recourant méconnaît les effets d'un tel contrat. Dès lors que le demandeur n'a pas allégué ni prouvé que le défendeur lui aurait transféré ultérieurement ses actions, celui-ci est resté actionnaire depuis la fondation de la société. Les termes imprécis ou impropres que les parties ont pu utiliser ne sont pas déterminants (art. 18 al. 1 CO). Le grief d'inexactitude de l'acte authentique et de violation de l'art. 9 CC soulevé par le recourant est donc infondé.

3.4.2. Le défendeur, fondateur fiduciaire et actionnaire fiduciaire, a indiqué avoir agi pour le compte de D. _____. Selon la cour cantonale, le demandeur n'a pas allégué que le défendeur l'aurait représenté, que ce soit comme représentant ou à titre fiduciaire, lors de la fondation et qu'il ne l'a pas non plus prouvé, n'ayant produit aucune pièce dans ce sens, ni procuration, ni aucun contrat de fiducie. Le demandeur recourant ne démontre pas où il aurait allégué et par quelle pièce il aurait prouvé que le défendeur l'aurait représenté ou aurait agi pour son compte à titre fiduciaire. Il se limite à affirmer, sans le moindre élément de preuve, que le contrat de fiducie passé entre le défendeur et D. _____ serait fantaisiste. Il ne donne non plus aucune explication au fait qu'il s'est désintéressé de la société après avoir procédé au dépôt de 100'000 fr. auprès de la banque en 2015; il n'a jamais reçu ni réclamé la délivrance de l'acte constitutif. Le grief est irrecevable.

3.4.3. La cour cantonale a relevé en droit, en se référant au Commentaire romand (CLEMETSON/SCERRI, in: Commentaire romand CO II, n. 7 ad art. 633 CO), que les apports crédités sur le compte de la société peuvent provenir des fondateurs ou d'un tiers qui les met à disposition à un titre ou à un autre et qu'une documentation appropriée devrait être remise pour prouver les droits du tiers vis-à-vis du fondateur notamment pour déterminer s'il est le fiduciaire du fondateur/actionnaire ou s'il est un simple créancier. Elle a constaté qu'en l'espèce, elle pouvait tout au plus déduire du courrier du 4 novembre 2015 et de l'interrogatoire des parties que celles-ci ont été en relations et ont eu des discussions au sujet de la constitution de la société, mais que cela ne suffit pas pour retenir que le défendeur aurait agi comme représentant ou à titre fiduciaire pour le demandeur. Elle a donc estimé pouvoir se dispenser d'examiner si le montant de 100'000 fr. versé à la banque par le demandeur lors de la constitution de la société provenait de ses propres ressources ou de fonds empruntés, par hypothèse, à Nicole Nussbaum. Selon le courrier du 4 novembre 2015 adressé par le défendeur au demandeur, soit deux jours après la constitution de la société, le fondateur/actionnaire fiduciaire indique expressément au demandeur qu'il a été consulté par D. _____, avec lequel le demandeur avait initié les premières démarches en vue de la constitution de la société et qu'il a été chargé par ce dernier de reprendre la suite des opérations, comme membre fondateur, et qu'il a signé à ce titre l'acte notarié du 2 novembre 2015. Le recourant se borne à réitérer qu'il a transféré le montant de 100'000 fr. à la banque et qu'il a payé les frais de constitution de 2'500 fr. et que cela démontrerait sa qualité d'actionnaire; or, il ne démontre pas par là l'arbitraire de l'appréciation des preuves à laquelle la cour cantonale a procédé. Même lorsqu'il relève que le défendeur indiquait dans ce courrier qu'il reprendrait contact avec lui, il ne démontre pas que la cour cantonale aurait commis l'arbitraire en n'en déduisant pas que le défendeur agissait comme son fiduciaire. Il ne s'en prend pas non plus au fait, rappelé par la cour cantonale et qui entache sa crédibilité, que le tribunal a constaté qu'il ne s'est pas intéressé à la société après sa constitution, qu'il n'a jamais reçu ni réclamé l'acte constitutif, se limitant à réclamer l'argent versé alors qu'en tant qu'apport de l'actionnaire, celui-ci ne pouvait être restitué. Enfin, force est de relever que toute l'argumentation du recourant, qui s'étend sur une dizaine de pages, présente un caractère appellatoire marqué et est de ce fait irrecevable.

3.4.4. En tant que le recourant se plaint, par surabondance, de la violation par le défendeur de son devoir de collaborer à la procédure, il semble vouloir reprocher au défendeur de n'avoir pas tenu une liste des actionnaires qui indiquerait sa qualité d'actionnaire et l'absence d'annonce de tout nouvel actionnaire. La qualité d'actionnaire lui ayant été déniée, sans arbitraire, par la cour cantonale, son grief est sans objet.

4.

Au vu de ce qui précède, le recours doit être rejeté dans la mesure où il est recevable, aux frais et dépens de son auteur (art. 66 al. 1 et 68 al. 1 LTF).

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce :

1.

Le recours est rejeté dans la mesure où il est recevable.

2.

Les frais judiciaires, arrêtés à 5'000 fr., sont mis à la charge du recourant.

3.

Le recourant versera à l'intimé une indemnité de 6'000 fr. à titre de dépens.

4.

Le présent arrêt est communiqué aux mandataires des parties et à la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal du canton de Neuchâtel.

Lausanne, le 3 décembre 2024

Au nom de la I re Cour de droit civil
du Tribunal fédéral suisse

La Présidente : Jametti

Le Greffier : Botteron