

Jurisprudence du Tribunal Cantonal

[Contact](#)

N° dossier: CACIV.2023.61

Autorité: CACIV
Date: 16.10.2023
décision:
Publié le: 13.01.2025
Revue
juridique:

Art. 629ss CO
Art. 754 CO

Articles de loi:

Titre: Action en responsabilité de l'administrateur. Fondation de la société anonyme et qualité d'actionnaire.

Résumé: Examen de la recevabilité de l'appel en lien avec des faits doublement pertinents (cons. 1.1).

Acquisition de la qualité d'actionnaire d'une société anonyme, lors de sa fondation ou ultérieurement. Intervention du souscripteur d'actions en tant que représentant direct ou indirect (cons. 3.1).

Par arrêt du 03.12.2024 (réf. 4A_547/2023), le TF a rejeté le recours en matière civile déposé contre cette décision.

Arrêt du Tribunal Fédéral

Arrêt du 03.12.2024

[\[4A_547/2023\]](#)

A. a) A. _____ SA est une société anonyme inscrite au registre du commerce depuis le 4 novembre 2015, dont le siège se trouve à Z. _____ et le but est l'achat et la gestion de sociétés commerciales, en particulier dans le domaine de l'hôtellerie. Son capital-actions s'élève à 100'000 francs, entièrement libéré et divisé en 1'000 actions de 100 francs. Les actions, initialement au porteur, ont été converties de par la loi en actions nominatives le 1^{er} mai 2021. Depuis l'inscription de la

société jusqu'à ce jour, Y._____ a occupé seul la fonction d'administrateur avec signature individuelle.

b) L'acte notarié de fondation de cette société a été instrumenté par Me B._____ le 2 novembre 2015. Selon cet acte, Y._____ était l'unique fondateur de la société et a souscrit lui-même la totalité des 1'000 actions au porteur d'une valeur nominale de 100 francs chacune. Il était constaté qu'un montant de 100'000 francs avait été déposé auprès de la banque C._____, à Z._____, et que l'apport promis de 100'000 francs, correspondant au prix total d'émission des actions, avait ainsi été versé.

B. a) Après avoir obtenu une autorisation de procéder le 8 janvier 2019, X._____ a, en date du 5 avril 2019, saisi le Tribunal civil d'une demande dirigée contre Y._____. Il concluait, avec suite de frais et dépens, à la condamnation de ce dernier à verser à A._____ SA la somme de 100'000 francs avec intérêts à 5 % l'an dès le 5 novembre 2015. À l'appui, il alléguait qu'il avait procédé, le 27 octobre 2015, au paiement du montant de 100'000 francs correspondant à l'intégralité du capital de la société A._____ SA sur un compte auprès de la banque C._____ ; qu'il s'était le même jour également acquitté en mains de Me B._____ de l'avance de frais notariaux de 2'500 francs relatifs à la constitution de la société ; que Y._____ avait accordé à un tiers un prêt d'un montant proche de 100'000 francs, vraisemblablement au nom de la société A._____ SA ; que ce prêt avait été accordé sans contrat, ni conditions de remboursement ou d'intérêts et qu'il n'avait à ce jour pas été remboursé ; que Y._____ n'avait pas tenu de comptabilité pour la société, en dépit de son rôle d'administrateur unique, et qu'il n'avait pas donné suite à ses courriers des 17 juillet et 20 septembre 2018 qui le sommaient d'entreprendre diverses démarches en vue de réparer le dommage causé et de remplir ses obligations d'administrateur.

b) Par jugement du 27 avril 2020, le Tribunal civil a admis la demande au motif que Y._____ n'avait pas déposé de réponse dans le délai imparti et prolongé à plusieurs reprises. Les faits de la demande étaient ainsi réputés admis, il n'y avait pas de raison de douter de la qualité d'actionnaire du demandeur et les conditions de la responsabilité de l'administrateur étaient réunies. Par arrêt de la Cour de céans du 16 novembre 2020, ce jugement a été annulé et la cause renvoyée au Tribunal civil. Le recours formé par X._____ a été déclaré irrecevable par arrêt du Tribunal fédéral du 2 février 2021.

c) Au terme de sa réponse du 12 mars 2021, Y._____ a conclu, avec suite de frais et dépens, au rejet de la demande en toutes ses conclusions. En résumé, il alléguait qu'il s'était chargé de la constitution de la société A._____ SA à la demande de D._____, domicilié en France ; qu'il avait signé avec ce dernier une convention de fiducie le 30 octobre 2015 à cette fin ; qu'il lui avait confirmé la bonne exécution de cette tâche le 4 novembre 2015 ; qu'il avait écrit le même jour à X._____ pour lui confirmer que D._____ lui avait confié la constitution de la société et la suite des opérations ; que le capital social avait été constitué par D._____, étant précisé que la somme de 100'000 francs lui avait été prêtée par E._____ ; que cette dernière s'était adressée le 10 août 2018 à X._____ pour lui indiquer qu'il avait été convenu, au dernier moment avant l'instrumentation prévue chez le notaire, de le remplacer par D._____, lequel devenait son nouveau débiteur, respectivement fondateur et actionnaire de la société ; qu'un prêt de 54'000 euros avait été accordé par la société à F._____ et qu'une convention de prêt avait été établie ; que les comptes de la société avaient bien été tenus et bouclés.

d) Le 6 mai 2021, X._____ a déposé une réplique. Dans ce cadre, il a notamment allégué que c'était bien lui qui avait versé le montant de 100'000 francs relatif au capital social de la société à constituer, ainsi que cela ressortait de l'avis de crédit de son compte privé produit en procédure ; que la convention de fiducie du 30 octobre 2015 avait été établie pour les besoins de la cause et que son authenticité était contestée, ce d'autant que la souscription du capital-actions de 100'000 francs avait déjà été opérée par ses soins le 27 octobre 2015 ; que D._____ n'avait jamais eu la qualité d'actionnaire de la société ; que le courrier du 4 novembre 2015 adressé par Y._____ à D._____ faisait mention d'un contrat de fiducie à convenir, ce qui permettait de douter de l'authenticité du contrat de fiducie prétendument signé le 30 octobre 2015 ; que dans ce même courrier, il était question de modifier la raison sociale et le siège social de la société, alors que celle-ci avait été constituée deux jours avant, ce qui n'aurait pas eu de sens si D._____ avait effectivement été le titulaire économique des actions ; que la raison sociale et le siège n'avaient finalement pas été modifiés et pour cause, puisque ces modifications auraient impliqué une décision de l'assemblée générale des actionnaires, soit une décision qui revenait à X._____ en sa qualité d'actionnaire unique ; que la société litigieuse avait son siège à la même adresse que la société G._____ SA, dont lui-même était l'unique administrateur et

actionnaire, alors que Y._____ avait pour sa part son adresse professionnelle à W._____ (VD); que la qualité d'ayant droit économique des actions de E._____ était contestée et qu'elle ne disposait manifestement pas de toutes ses facultés au moment de signer la convention du 30 juillet 2018 produite par Y._____ ; que E._____ avait été instrumentée et que le courrier du 10 août 2018 qu'elle lui aurait prétendument adressé avait été rédigé par Y._____ ; que E._____ n'avait jamais eu la qualité d'actionnaire, ni un autre rôle dans la fondation de la société ; que le prêt consenti par Y._____ au nom de la société à F._____ n'était pas en lien avec les activités de la société et que l'authenticité de la convention de prêt était contestée ; qu'aucun remboursement de ce prêt n'était intervenu à ce jour ; que les comptes produits n'étaient pas conforme aux exigences légales et qu'ils avaient été bouclés de manière précipitée, pour les besoins de la cause ; que si Y._____ entendait contester la qualité d'actionnaire de X._____, il lui appartenait d'en apporter la preuve, ce d'autant qu'il était le seul à tenir la liste des actionnaires.

e) Le 24 septembre 2021, Y._____ a déposé une duplique. À l'appui, il a allégué que E._____ avait prêté 100'000 francs en liquide à X._____, puis qu'elle avait spontanément offert à D._____ qu'il se substitue au premier nommé, à la fois dans le prêt et dans la suite des démarches amorcées visant à la constitution de la société ; que le notaire n'avait émis aucune restriction à la poursuite des opérations de constitution de la société par Y._____ et que X._____ s'était totalement désintéressé de la société jusqu'en été 2018, ce qui ne s'expliquait que par une absence totale de droits d'actionnaire ; que X._____ intervenait dans le seul but de faire pression pour obtenir un remboursement d'une prétendue créance qu'il détenait à l'encontre de D._____ ; que X._____ avait obtenu différents prêts de la part de E._____ et qu'ils avaient constitué ensemble une société commerciale au Portugal le 30 septembre 2016 ; que cette société au Portugal avait été liquidée en mai 2019 et que la part sociale de 24'000 euros détenue par E._____ ne lui avait jamais été remboursée ; que le siège de la société à Z._____ ne faisait pas de X._____ un actionnaire et que s'il pensait réellement être propriétaire des actions concernées, il les avait sans doute déclarées aux autorités fiscales, raison pour laquelle la production de ses déclarations d'impôt était requise.

f) Des déterminations sur les faits de la duplique ont été déposées par X._____ le 6 octobre 2021.

g) Par ordonnance de preuves du 31 mai 2022, le Tribunal civil a admis les titres déposés par les parties, les témoignages requis, l'interrogatoire des parties, ainsi que les réquisitions encore non satisfaites visant la production de pièces.

Les parties ont produit des pièces le 8 et le 19 août 2022. À l'audience du 12 septembre 2022, il a été procédé à l'audition de D._____ et de F._____, ainsi qu'à l'interrogatoire des parties. E._____ a quant à elle été entendue à l'audience du 19 décembre 2022, ensuite de quoi la clôture de l'administration des preuves a été prononcée.

h) Les parties ont déposé des plaidoiries écrites les 10 février et 28 avril 2023.

C. Par jugement du 22 juin 2023, le Tribunal civil a rejeté la demande du 5 avril 2019, arrêté les frais à 6'161 francs, mis ceux-ci à la charge de X._____ et condamné ce dernier à verser une indemnité de dépens de 15'078 francs à Y._____. De l'avis de la juge civile, X._____ avait échoué dans la preuve de sa qualité d'actionnaire de la société A._____ SA au moment de l'introduction de l'instance.

D. a) Le 18 juillet 2023, X._____ appelle de ce jugement et conclut, avec suite de frais et dépens pour les deux instances, à ce que le jugement attaqué soit réformé et à ce que Y._____ soit condamné à verser à A._____ SA la somme de 100'000 francs avec intérêts à 5 % l'an dès le 5 novembre 2015 et, subsidiairement, à ce que les chiffres 1, 2 et 3 du dispositif du jugement attaqué soient annulés et à ce que la cause soit renvoyée au Tribunal civil pour nouvelle décision au sens des considérants. À l'appui, il fait valoir qu'il est actionnaire fondateur et unique de la société A._____ SA, depuis sa constitution.

b) Le 20 août 2023, Y._____ conclut, avec suite de frais et dépens, au rejet de l'appel et à la confirmation du jugement attaqué.

c) Le 31 août 2023, le juge instructeur a indiqué aux parties qu'un deuxième échange d'écritures ne paraissait pas nécessaire et qu'il serait statué ultérieurement, sur pièces et sans débats, sous réserve du droit inconditionnel de réplique, à exercer, le cas échéant, dans les 15 jours.

d) L'appelant a répliqué le 19 septembre 2023. L'intimé n'a pas dupliqué dans le délai imparti.

CONSIDERANT

1. Procédure

1.1 L'appelant a introduit une action en responsabilité de l'administrateur et le litige porte essentiellement sur sa qualité d'actionnaire. En effet, hors faillite, le dommage causé à la société ne peut être invoqué que par la société elle-même et par chaque actionnaire. Les actionnaires ne peuvent agir qu'en paiement de dommages-intérêts à la société (art. 756 CO). À défaut d'être actionnaire, l'appelant ne disposerait pas de la qualité pour agir. La qualité d'actionnaire de l'appelant est ainsi un fait de double pertinence puisqu'elle est déterminante tant pour la recevabilité de l'appel que pour l'examen du bien-fondé de celui-ci.

Conformément à la théorie dite de la double pertinence, le juge saisi examine sa compétence sur la base des allégués, moyens et conclusions de la demande (resp. du mémoire d'appel), sans tenir compte des objections de l'adverse partie ([ATF 141 III 294](#) cons. 5.2 ; [136 III 486](#) cons. 4 ; arrêt du TF du [07.03.2012 \[4A 630/2011\]](#) cons. 2.2, non publié in [ATF 138 III 166](#)). L'administration des preuves sur les faits doublement pertinents est renvoyée à la phase du procès au cours de laquelle est examiné le bien-fondé de la prétention au fond. En d'autres termes, au stade de l'examen et de la décision sur la compétence, qui ont lieu d'entrée de cause, les faits doublement pertinents n'ont pas à être prouvés, mais ils sont censés établis sur la base des allégués, moyens et conclusions du demandeur. Si, après l'administration des preuves sur les faits doublement pertinents, le tribunal parvient à la conclusion que, contrairement à ce qu'il avait décidé d'entrée de cause dans sa décision admettant sa compétence, celle-ci n'est en réalité pas donnée, il ne peut et ne doit pas rendre un nouveau jugement sur sa compétence, mais rejeter la demande par un jugement au fond (arrêt du TF du [03.05.2016 \[4A 573/2015\]](#) cons. 5.2.1 et les réf. cit.). À l'instar de ce qu'a retenu le Tribunal civil, il y a lieu d'entrer en matière, dès lors que l'appelant allègue être actionnaire de A. _____ SA. La question de la qualité d'actionnaire de l'appelant sera examinée au fond, ci-après. Le défaut de qualité d'actionnaire entraînerait le rejet de l'action – et donc de l'appel – et l'hypothèse inverse impliquerait d'examiner les conditions de la responsabilité de l'intimé, en sa qualité d'administrateur – voire, au stade l'appel, de renvoyer la cause au Tribunal civil pour qu'il procède à cet examen (art. 318 al. 1 let. c CPC).

Au surplus, déposé par écrit, dans le délai légal et dûment motivé, l'appel est recevable (art. 308 à 311 CPC), sous une réserve ci-après (cons. 4.1).

1.2 L'appel peut être formé pour violation du droit ou pour 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. Elle peut revoir librement l'appréciation des faits sur la base des preuves administrées en première instance.

2. Droit d'être entendu

Dans un premier moyen, l'appelant reproche au Tribunal civil d'avoir violé son droit d'être entendu en ne motivant pas suffisamment la décision attaquée et en particulier en ne faisant pas mention de *la grande majorité des éléments circonstanciés et arguments juridiques* » qu'il avait invoqués en lien avec la preuve de sa qualité d'actionnaire.

Consacré par l'article 29 al. 2 Cst. féd., le droit d'être entendu implique pour l'autorité l'obligation de motiver sa décision. Il suffit que le juge mentionne, au moins brièvement, les motifs qui l'ont guidé et sur lesquels il a fondé sa décision, de manière à ce que l'intéressé puisse se rendre compte de la portée de celle-ci et l'attaquer en connaissance de cause. La motivation peut être implicite et résulter des différents considérants de la décision (arrêts du TF du [31.08.2021 \[4A 143/2021\]](#) cons. 5.1 et du [07.10.2021 \[5A 278/2021\]](#) cons. 3.1, avec des références).

En l'espèce, la décision querellée contient une motivation conforme au droit, en ce sens qu'il ressort du mémoire d'appel que l'appelant a parfaitement compris les motifs ayant conduit au prononcé querellé et qu'il a pu les contester de manière efficace en appel. La première juge n'avait pas l'obligation d'exposer et de discuter tous les faits, moyens de preuve et griefs invoqués par les parties, mais pouvait au contraire se limiter à l'examen des questions décisives pour l'issue du litige ([ATF 141 V 557](#) cons. 3.2.1), ce qu'elle a fait. En tout état de cause, une éventuelle violation du droit d'être entendu

de l'appelant aurait pu être corrigée dans le cadre de la procédure d'appel (arrêt du TF du [06.07.2020](#) [[5A_31/2020](#)] cons. 3.1 et les réf. cit.).

3. Qualité d'actionnaire de l'appelant

3.1 a) La qualité d'actionnaire d'une société anonyme découle de la possession d'une action, qui peut être acquise de manière originaire lors de la création de la société ou d'une augmentation de capital, ou de façon dérivée, par un transfert ultérieur pouvant relever du droit contractuel ou successoral par exemple (**Rouiller et al.**, La société anonyme suisse, 3^e éd., 2022, n. 272).

b) Selon l'article [629 CO](#), la société est constituée par un acte passé en la forme authentique dans lequel les fondateurs déclarent fonder une société anonyme, arrêtent le texte des statuts et désignent les organes (al. 1). Dans cet acte, les fondateurs souscrivent les actions et constatent, entre autres, que toutes les actions ont été valablement souscrites, que les apports promis correspondent au prix total d'émission et que les apports ont été effectués conformément aux exigences légales et statutaires (al. 2). L'article [630 CO](#) précise que pour être valable, la souscription requiert l'indication du nombre, de la valeur nominale, de l'espèce, de la catégorie et du prix d'émission des actions (ch. 1), ainsi que l'engagement inconditionnel d'effectuer un apport correspondant au prix d'émission (ch. 2).

c) La qualité de souscripteur se distingue de la qualité de fondateur au sens large du terme. Un fondateur peut participer activement au processus de fondation mais décider de ne pas souscrire lui-même les actions, en demandant par exemple à un tiers d'agir comme souscripteur pour ne pas apparaître. C'est en effet de la position de souscripteur que dérive la qualité d'actionnaire (**Lombardini/Clemetson**, CR CO II, 2^e éd., 2017, n. 2 à 4 ad art. 629). Le souscripteur qui n'agit pas pour son propre compte peut agir à titre de représentant direct ou à titre fiduciaire, soit à titre de représentant indirect.

En cas de représentation directe, le souscripteur n'assume aucun engagement personnel et les engagements liés à la souscription naissent directement dans la personne du représenté. Ce cas de figure implique la présentation au notaire d'une documentation établissant les pouvoirs du représentant et l'identité du représenté (*idem*, n. 6 à 8 ad art. 699). Le notaire a d'ailleurs l'obligation légale de vérifier l'identité et les pouvoirs des comparants et des personnes représentées. L'acte instrumenté doit préciser si le comparant agit à un titre particulier (art. 54 et 70 de la Loi sur le notariat ; [RSN 166.10](#)).

Lorsque le souscripteur agit sur mandat d'un tiers en tant que représentant indirect (à titre fiduciaire), il est considéré comme un homme de paille, qui devient véritablement membre fondateur et actionnaire. Aux termes de l'article 401 al. 1 CO, lorsque le mandataire acquiert en son propre nom, pour le compte du mandant, des créances contre des tiers, ces créances deviennent la propriété du mandant dès que celui-ci a satisfait, de son côté, à ses diverses obligations envers le mandataire. Cet article s'applique à toutes les variétés du mandat lorsque sont remplies les conditions énoncées par la loi. Le fiduciaire peut s'en prévaloir ; il bénéficie de la subrogation légale. Les dispositions sur la cession conventionnelle des créances (art. 164 ss CO) sont applicables à la cession légale de l'article 401 CO. Si le fiduciaire a satisfait à ses obligations envers le mandant, il devient propriétaire des créances de celui-ci à l'égard de tiers. Ces derniers – s'ils ont été avisés de la subrogation – ne peuvent se libérer qu'en mains du fiduciaire. Toutefois, tant que dure le rapport de fiducie, la créance reste celle du fiduciaire, exclusivement. Les tiers n'ont pas à se soucier des rapports internes entre fiduciaire et mandant. Pendant cette période-là, l'homme de paille-actionnaire est le seul titulaire des droits sociaux et notamment du droit de prendre part aux décisions. Jusqu'à ce que le fiduciaire demande le transfert, la cession légale est exclue tant que dure le rapport de fiducie portant sur une prétention déterminée. En effet, de par la volonté des parties, le fiduciaire doit être titulaire du droit. C'est seulement quand le rapport de fiducie a pris fin (notamment par l'expiration d'un délai ou par la révocation du mandat selon l'art. 404 CO) que le transfert a lieu, *ex lege* et sans intervention du fiduciaire. De plus, même après que la cession légale est venue à chef, le tiers débiteur peut considérer le fiduciaire comme son créancier tant qu'il n'a pas été avisé du transfert de la créance (art. 167 CO). Il appartient donc uniquement au fiduciaire de décider si et quand la subrogation va pratiquement sortir effet. Il n'y a pas de raison d'accorder au fiduciaire – dans ses rapports avec les tiers – un privilège supplémentaire. Le fiduciaire est en mesure de parer aux inconvénients de la représentation indirecte. Il peut notamment notifier aux tiers que les espèces ou les choses confiées sont des biens détenus fiduciairement. S'il préfère, pour une raison quelconque, ne pas dévoiler le rapport de fiducie, il doit en supporter les conséquences ([ATF 115 II 468](#) cons. 2, traduit au JdT 1990 I 374).

d) Les fonds crédités sur le compte de la société en constitution peuvent provenir des fondateurs ou d'un tiers qui les met à disposition à un titre ou à un autre. Dans ce dernier cas de figure, une documentation appropriée devrait être établie pour déterminer les droits exacts du tiers vis-à-vis du fondateur, notamment si le tiers sera le fiduciaire de l'actionnaire ou s'il sera simplement le créancier du souscripteur (**Lombardini/Clemetson**, CR CO II, 2^e éd., 2017, n. 7 ad art. 633).

3.2 Selon l'article 8 CC, chaque partie doit, si la loi ne prescrit le contraire, prouver les faits qu'elle allègue pour en déduire son droit. Dans les procès soumis – comme en l'espèce – à la maxime des débats (art. 55 al. 1 CPC), il incombe aux parties, et non au juge, de rassembler les faits du procès. Les parties doivent alléguer les faits sur lesquels elles fondent leurs prétentions (fardeau de l'allégation subjectif), produire les moyens de preuve qui s'y rapportent (art. 55 al. 1 CPC) et contester les faits allégués par la partie adverse, le juge ne devant administrer les moyens de preuve que sur les faits pertinents et contestés (art. 150 al. 1 CPC). Le demandeur, qui supporte le fardeau de l'allégation objective (*objektive Behauptungslast*) et le fardeau de la preuve (*objektive Beweislast* d'un fait ; art. 8 CC), en ce sens qu'il supporte les conséquences de l'absence d'allégation de ce fait, respectivement celles de l'absence de preuve de celui-ci, a évidemment toujours intérêt à l'alléguer lui-même, ainsi qu'à indiquer au juge les moyens propres à l'établir (arrêt du TF du [01.09.2021 \[4A 606/2020\]](#) cons. 4.2.3, qui se réfère aux [ATF 144 III 519](#) cons. 5.1 et [143 III 1](#) cons. 4.1).

3.3 En l'espèce, le Tribunal civil a retenu que l'appelant n'avait pas justifié de sa qualité d'actionnaire au moment d'introduire sa demande, notamment du fait qu'il ne s'était pas légitimé par la possession des actions. Il ressortait de l'acte constitutif de la société que seul l'intimé avait la qualité de fondateur, souscripteur et donc actionnaire. L'appelant n'alléguait pas qu'il avait qualité de fondateur, que l'intimé aurait agi à titre de représentant direct ou indirect pour lui ou encore qu'un actionnaire lui aurait cédé des actions de la société. De plus, l'appelant s'était désintéressé de la société après avoir procédé au dépôt auprès de la banque C._____, il n'avait jamais reçu l'acte constitutif et ne l'avait même jamais demandé et il était interpellant qu'il ait déclaré à deux reprises que l'argent devait lui revenir, alors qu'en tant qu'actionnaire de la société, cela contreviendrait à l'engagement de l'article [630 al. 2 CO](#).

3.4 L'appelant soutient en premier lieu que le Tribunal civil n'aurait pas dû retenir que l'intimé était actionnaire unique de la société, alors qu'il l'avait lui-même clairement contesté en procédure et qu'il ne s'était pas non plus légitimé par la possession des actions. Il appartenait au conseil d'administration, soit à l'intimé en l'espèce, de tenir la liste des actionnaires et de la produire en procédure, s'il entendait contester la qualité d'actionnaire de l'appelant. En s'en abstenant, il avait violé son devoir de collaborer à l'administration des preuves et il s'agissait d'en tenir compte, pour reconnaître la qualité d'actionnaire de l'appelant sur la base de ses allégués. La valeur probante accrue accordée aux titres authentiques était une présomption réfragable. En l'espèce, il avait été démontré que l'entier du capital avait été souscrit par l'appelant et que les frais de notaire avaient été réglés par ses soins également. Les actions n'avaient jamais été émises matériellement, si bien que l'inscription dans la liste des actionnaires était le moyen le plus idoine de justifier de la qualité d'actionnaire, en plus des versements évoqués. Il fallait déduire de ces éléments que les faits contenus dans l'acte constitutif étaient erronés. En particulier, l'acte ne mentionnait pas, à tort, que l'apport avait été effectué par l'appelant et que l'intimé était intervenu en tant que son représentant. Les thèses de l'intimé selon lesquelles D._____ serait actionnaire et E._____ bailleuse de fonds étaient insoutenables et reposaient sur des documents dont l'authenticité était contestée et qui avaient été établis pour les besoins de la cause. Le prétendu désintéressement de l'appelant pour les affaires de la société n'avait pas d'incidence sur sa qualité d'actionnaire.

3.5 a) Tout d'abord, il faut relever que l'appelant n'a jamais allégué, en procédure de première instance, que les faits présentés dans l'acte authentique constitutif de la société auraient été inexacts. Au contraire, il s'est référé à cet acte dans sa réplique du 6 mai 2021 en soulignant qu'il mentionnait que l'apport de 100'000 francs était déposé auprès de la banque C._____ et qu'il avait lui-même consigné ce montant sur le compte concerné. Il a répété ces allégués dans sa plaidoirie écrite du 10 février 2023. Comme relevé par le Tribunal civil, l'appelant n'a jamais allégué que l'intimé aurait agi pour lui, que ce soit en qualité de représentant direct ou indirect. C'est dire qu'il n'a pas non plus allégué et prouvé les circonstances qui auraient pu tendre à démontrer que les faits retenus dans l'acte authentique étaient erronés à ce sujet. De plus, comme exposé plus haut, un tiers (fondateur au sens large ou simple créancier, par exemple un prêteur) peut tout à fait intervenir pour créditer les fonds sur

le compte de la société à constituer. L'intervention du tiers peut être transparente ou non et n'a par conséquent pas nécessairement à être mentionnée dans l'acte constitutif. L'appelant ne saurait dès lors être suivi lorsqu'il soutient que son rôle dans la consignation du capital sur un compte aurait obligatoirement dû être précisé dans l'acte de fondation, ce qui rendrait les faits constatés dans l'acte authentique inexacts. Au demeurant, il n'expose pas pour quel autre motif ou en raison de quelles autres circonstances ces faits seraient inexacts. Enfin, il n'a pas été fait mention du paiement des frais de notaire dans l'acte, puisque cette information n'avait pas à y figurer (art. 629 à 631 CO). L'appelant échoue dès lors à prouver que les faits contenus dans l'acte constitutif de la société seraient inexacts (art. 9 al. 2 CC) et l'on peut par conséquent s'y référer.

b) L'acte constitutif de la société est univoque : l'intimé a fondé seul la société et a souscrit lui-même la totalité des actions. Il en découle que l'intimé a acquis la qualité d'actionnaire de manière originaire, ainsi que l'a retenu le Tribunal civil. C'est le lieu de préciser que contrairement à ce que soutient l'appelant, le Tribunal civil n'a pas retenu que l'intimé était actuellement l'actionnaire unique de la société, mais simplement qu'il l'avait en tout cas été au moment de sa constitution. Cela n'est pas nécessairement contradictoire avec le fait que l'intimé ait nié, en procédure, être actionnaire de la société. L'acte constitutif ne mentionne pas que l'intimé aurait agi en qualité de représentant direct de l'appelant et, une fois encore, ce dernier n'a pas allégué (et encore moins prouvé) qu'un tel rapport de représentation directe aurait existé, ce qui aurait pu lui conférer d'emblée la qualité d'actionnaire. En outre, si une telle représentation avait existé, elle aurait selon toute vraisemblance donné lieu à l'établissement de documents (p. ex. une procuration) attestant des pouvoirs de l'intimé, de leur étendue et de l'identité de l'appelant, que ce dernier aurait dû signer (et donc, dont il aurait dû avoir connaissance et pu faire mention en procédure). L'appelant n'en fait pas état et le dossier ne contient aucune trace d'une telle documentation, ce qui tend à confirmer que le contenu de l'acte constitutif était bien exact.

c) Dans la mesure où l'intégralité des actions a été acquise de manière originaire par l'intimé, la seule possibilité pour l'appelant ou un tiers de revêtir la qualité d'actionnaire de la société reste celle d'acquérir au moins une action de façon dérivée, par transfert (à défaut d'augmentation de capital). Or, l'appelant n'a jamais allégué qu'il aurait acquis des actions par transfert et, notamment, qu'un contrat de fiducie l'aurait lié à l'appelant, qu'il aurait rempli ses obligations de fiduciaire et mis fin au contrat, ce qui aurait impliqué un transfert *ex lege* des actions, et enfin, que les conditions d'une cession de créance auraient été remplies (art. 164 ss CO). De telles circonstances ne ressortent pas non plus du dossier et des preuves administrées. On peut tout au plus tirer du courrier du 4 novembre 2015 que l'intimé a adressé à l'appelant et de l'interrogatoire des parties que celles-ci ont été en relation et ont eu des discussions au sujet de la constitution de la société A._____ SA. Cela ne suffit manifestement pas pour retenir que les conditions qui viennent d'être évoquées auraient été remplies. C'est ainsi à bon droit que le Tribunal civil a nié la qualité d'actionnaire à l'appelant. Sa participation financière à la constitution de la société, dont on peut se dispenser d'examiner si elle provenait de ses propres ressources ou de fonds empruntés, par hypothèse à E._____, n'est pas déterminante dans ce contexte. Il n'est pas non plus nécessaire d'examiner à quel titre et dans quel contexte contractuel, cas échéant, les fonds litigieux ont été versés par l'appelant sur le compte de la société à constituer, puisque ce n'est pas l'objet du litige et de l'action entreprise.

d) On ne saurait retenir une violation du devoir de collaborer à la procédure par l'intimé, comme le soutient l'appelant. En effet, il revenait à ce dernier de prouver sa qualité d'actionnaire et non à l'intimé d'en apporter la preuve contraire ou d'apporter la preuve de l'identité du ou des véritable(s) actionnaire(s) de A._____ SA, étant précisé, comme déjà dit, que ce ou ces véritable(s) actionnaire(s) peu(ven)t avoir un intérêt légitime à demeurer discret(s) – l'appelant le reconnaît d'ailleurs. Dans ces conditions, ce n'est pas en cherchant à démontrer que les personnes identifiées en procédure (l'intimé, D._____ et E._____) ne sont pas actionnaires de A._____ SA que l'appelant parvient à démontrer qu'il aurait – en quelque sorte par défaut – lui-même cette qualité. Il est ainsi possible, par exemple, que, lors de la fondation, l'intimé était lié à un tiers par un contrat de fiducie toujours valable à ce jour. La question décisive n'était pas celle de savoir qui était actionnaire de A._____ SA, mais bien celle de savoir si l'appelant avait prouvé que lui-même avait cette qualité (et, le cas échéant, comment il l'avait acquise). Dès lors que cette qualité doit lui être niée, il n'était pas relevant de savoir qui était actionnaire de la société, en vue de la décision à rendre. L'appelant ne saurait en outre reprocher à l'intimé de ne pas avoir fourni le registre des actions, alors que lui-même n'en pas requis la production en première instance – il ne prétend d'ailleurs pas l'avoir fait. Dans tous les cas, un

tel registre ne crée qu'une présomption de légitimation pour l'actionnaire. Ce n'est pas l'inscription en elle-même qui fonde la qualité d'actionnaire (**Trigo Trindade**, CR CO II, 2^e éd., 2017, n. 12 ad art. 686). De plus, l'inscription n'a lieu qu'au vu d'une pièce établissant l'acquisition du titre (art. 686 al. 2 CO). Or l'appelant n'a pas acquis d'actions à titre originaire et il n'a pas démontré en avoir acquis de façon dérivée, de sorte qu'il n'aurait *a priori* pas à figurer sur le registre des actionnaires.

e) Dans sa réplique à appel, X._____ relève « *la proximité géographique et sémantique incontestable* » entre A._____ SA et la société G._____ SA, administrée par lui-même. Cet argument n'a pas été soulevé dans l'appel, alors qu'il aurait manifestement pu l'être. Dès lors que la réplique n'a pas pour vocation de compléter l'appel, ce grief est tardif et, partant, irrecevable. Pour la même raison, c'est à tort que l'appelant voit « *un silence assurément révélateur* » dans le fait que l'intimé n'ait pas commenté l'argument y relatif. En effet, on ne voit pas comment l'intimé aurait pu réagir dans sa réponse à un grief n'ayant pas été soulevé dans l'appel. En tout état de cause, on ne voit pas – et l'appelant n'explique pas – en quoi cette prétendue proximité constituerait un indice que X._____ aurait la qualité d'actionnaire de A._____ SA. Supposé recevable, le grief serait de toute manière infondé.

f) Le défaut de qualité d'actionnaire de l'appelant entraînait à juste titre le rejet de sa demande et, partant, entraîne le rejet de son appel sur ce son point. Il en découle qu'il n'y a pas lieu d'examiner si les conditions de la responsabilité de l'intimé, en sa qualité d'administrateur, sont réunies.

4. Frais de première instance

4.1 Indépendamment du sort de ses autres griefs, l'appelant critique le montant de l'indemnité de dépens arrêtée par le Tribunal civil. Ce dernier a arrêté l'indemnité de dépens allouée à l'intimé à 14'000 francs, débours compris, respectivement 15'078 francs TVA comprise, en se fondant sur le mémoire d'activité déposé par l'appelant, l'intimé n'en ayant pas produit, et en considérant que l'activité déployée par chacun des mandataires avait été équivalente et que ce montant était justifié eu égard à la valeur litigieuse, au temps nécessaire à la cause, à sa nature, à son importance et à sa difficulté.

Selon l'appelant, l'intimé devait supporter les conséquences de ne pas avoir produit de mémoire d'activité et il serait choquant de s'appuyer sur le mémoire qu'il avait lui-même déposé, dès lors que l'intimé n'avait pas participé à l'entier de la procédure (il avait fait défaut au stade de la conciliation et n'avait pas été représenté dès le début de la procédure). L'activité déployée par les deux mandataires n'était donc pas équivalente et le montant fixé correspondait en outre au maximum légal, ce qui ne se justifiait pas.

L'appelant ne motive pas son grief dans le respect des exigences minimales fixées à l'article 311 al. 1 CPC. Il ne chiffre pas le montant de l'indemnité de dépens admissible en cas de confirmation des autres chiffres du dispositif querellé et ne propose *a fortiori* aucune méthode expliquant comment il parviendrait à un tel chiffre. Pour ce faire, il aurait pu partir de son propre mémoire d'honoraires et indiquer quels étaient précisément les postes que la première juge ne pouvait pas retenir comme correspondant à une activité également de la part de l'avocat de l'intimé, et pour quelles raisons, ou encore, sur la base de l'activité de l'avocat de l'intimé telle que matérialisée au dossier, proposer une reconstitution du mémoire d'honoraires adverse. Faute pour lui de l'avoir fait, l'adverse partie n'est pas en mesure de se défendre et le juge ne peut pas traiter le grief.

Cela étant dit, selon le mémoire d'honoraires déposé par l'appelant pour la procédure de première instance, 3'080 minutes d'activité ont été déployées pour un coût total de 16'655.80 francs, soit 14'115 francs hors taxes, plus 1'350 francs de débours et 1'190.80 francs de TVA, à un tarif horaire de 275 francs. Un tel tarif correspond à celui usuel dans le canton. Or en fixant le montant dû à l'intimé à 15'078 francs, le Tribunal civil n'a pas retenu le montant réclamé par l'avocat de l'appelant pour la procédure de première instance, mais un montant inférieur de 1'577 francs, ce qui correspond à l'imputation de plus de cinq heures d'activité. Cette réduction paraît adéquate pour tenir compte du fait que le mandataire de l'intimé n'est pas intervenu dès le début de la procédure. Enfin, l'indemnité n'a pas été fixée au maximum légal admissible au vu de la valeur litigieuse, à savoir 15'000 francs hors taxes, contrairement à ce que prétend l'appelant. En effet, la loi fixant le tarif des frais, des émoluments de chancellerie et des dépens en matière civile, pénale et administrative ([LTFrais](#), RSN 164.1) prévoit, pour une telle valeur litigieuse et sauf circonstances particulières (v. les possibilités de majoration prévues à l'art. 61 al. 1 [LTFrais](#)), une indemnité maximale, sans compter les éventuels frais de déplacement (v. art.

62 [LTFrais](#)), de 17'770.50 francs (15'000 francs selon l'art. 59 [LTFrais](#), plus l'indemnité forfaitaire pour les frais autres que de déplacement par 1'500 francs selon l'art. 63 [LTFrais](#), plus la TVA par 1'270.50 francs). Le montant fixé à ce titre par la première juge n'est dès lors de toute manière pas critiquable, si bien que le grief n'est pas seulement irrecevable, mais aussi infondé.

4.2 L'appelant ne conteste au surplus pas la quotité des frais judiciaires de première instance, si bien qu'il n'y a pas lieu d'y revenir.

4.3 En fonction du sort de l'appel, les frais judiciaires de la procédure d'appel seront mis à charge de l'appelant, qui sera également condamné à verser une indemnité de dépens à l'intimé (art. 106 al. 1 CPC). Celle-ci peut être fixée à 2'000 francs, sur la base du dossier, en l'absence de mémoire d'honoraires.

Par ces motifs,
LA COUR D'APPEL CIVILE

1. Rejette l'appel, dans la mesure de sa recevabilité.
2. Met les frais judiciaires de la procédure d'appel, arrêtés à 6'500 francs, à la charge de l'appelant, qui les a avancés.
3. Condamne l'appelant à verser à l'intimé une indemnité de dépens de 2'000 francs pour la procédure d'appel.

Neuchâtel, le 16 octobre 2023