

ATF 148 III 69 | TF, 03.12.2021, 4A_496/2021*

Le mandat du conseil d'administration prend fin au plus tard six mois après la clôture de l'exercice pertinent si pendant cette période aucune assemblée générale ordinaire n'a lieu ou si l'élection des membres du conseil d'administration n'est pas portée à l'ordre du jour lors de l'assemblée générale.

Faits

Une société fille est créée en 2017. A sa constitution, le conseil d'administration de la société comprend quatre membres et ses statuts prévoient que le mandat d'administrateur dure un an et qu'il se termine avec la fin de la prochaine assemblée générale.

Peu après une assemblée générale extraordinaire en avril 2019, deux administrateurs démissionnent, de sorte que le conseil d'administration se compose de deux membres.

En 2021, la société mère rend la société fille attentive au fait que la dernière assemblée générale extraordinaire a eu lieu en avril 2019 et qu'il n'y a pas encore eu d'assemblée générale ordinaire depuis la création de la société fille, soit depuis 2017. La société fille ne donne pas suite à l'incitation de la société mère à tenir une assemblée générale ordinaire pour les exercices de 2018 et 2019.

En mai 2021, la société mère saisit le *Handelsgericht* du canton de Zurich et demande à ce qu'un commissaire (*Sachwalter*) soit institué afin que soit tenue une assemblée générale extraordinaire de la société fille ayant pour objet principal notamment l'élection d'un conseil d'administration.

Par jugement du 13 août 2021, le *Handelsgericht* donne suite à la requête. Il note que c'est lors de la dernière assemblée générale extraordinaire d'avril 2019 que les deux administrateurs ont été confirmés pour la dernière fois, et ce pour la période prévue par les statuts, soit jusqu'au 31 décembre 2019. Selon le *Handelsgericht*, en application de l'art. 699 al. 2 CO, leurs mandats respectifs auraient pris fin le 30 juin 2020. En l'absence d'un conseil d'administration, il existerait une carence dans l'organisation de la société, raison pour laquelle des mesures selon l'art. 731b CO étaient justifiées.

La société fille recourt contre ce jugement auprès du Tribunal fédéral. Pour la première fois, celui-ci doit déterminer si le mandat d'administrateur se prolonge tacitement si, dans les six mois qui suivent la clôture de l'exercice pertinent, aucune assemblée générale n'a eu lieu ou si l'élection des membres du conseil d'administration n'a pas été portée à l'ordre du jour.

Droit

En vertu de l'art. 698 al. 2 ch. 2 CO, le devoir de l'assemblée générale de nommer les membres du conseil d'administration est un devoir intransmissible. D'après l'art. 699 al. 2 CO, l'assemblée générale ordinaire a lieu chaque année dans les six mois qui suivent la clôture de l'exercice.

Dans le cas d'espèce, il est incontesté que le mandat des deux administrateurs a duré au moins jusqu'au 30 juin 2020. Le Tribunal fédéral constate que la doctrine est partagée sur la question de savoir si le mandat d'administrateur se prolonge tacitement.

Une partie de la doctrine estime que lorsque l'élection du conseil d'administration n'a pas lieu ou est oubliée, le mandat du conseil d'administration perdure, respectivement est renouvelé tacitement jusqu'à la prochaine assemblée générale.

Une autre partie de la doctrine exclut une telle prolongation tacite du mandat d'administrateur lorsqu'aucune assemblée générale n'a eu lieu ou que l'élection du conseil d'administration a été oubliée. Pour cette partie de la doctrine, seule une (ré)élection active respectivement une manifestation positive de volonté de la part de l'assemblée générale saurait justifier une prolongation du mandat d'administrateur.

Enfin, une troisième partie de la doctrine différencie selon qu'une assemblée générale a eu lieu ou non. Si l'assemblée générale n'a pas lieu, le mandat du conseil d'administration se prolongerait automatiquement jusqu'à la prochaine assemblée. En revanche, si une assemblée générale a eu lieu, mais que la (ré)élection du conseil d'administration n'est pas portée à l'ordre du jour, le mandat du conseil d'administration prendrait fin le jour de l'assemblée générale.

Dans son analyse, le Tribunal fédéral rappelle qu'une disposition statutaire prévoyant la

réélection automatique du conseil d'administration est nulle, car elle viole le droit intransmissible de l'assemblée générale de nommer les membres du conseil d'administration. Le Tribunal fédéral relève que ce droit intransmissible de l'assemblée générale serait également violé si le conseil d'administration pouvait prolonger son mandat en omettant de convoquer l'assemblée générale. En conséquence, le Tribunal fédéral confirme que le mandat du conseil d'administration est uniquement prolongé suite à une manifestation positive de volonté de l'assemblée générale.

Le Tribunal fédéral précise qu'une telle approche ne porte pas atteinte à la bonne foi des tiers. En effet, ceux-ci peuvent continuer à se prévaloir des informations inscrites au registre du commerce aussi longtemps qu'ils ignorent que le mandat des administrateurs inscrits a pris fin.

La société, ses actionnaires et ses créanciers restent également protégés, puisque la responsabilité selon l'art. 754 CO vaut également pour des organes de fait.

Enfin, le Tribunal fédéral souligne que l'argument selon lequel une prolongation tacite du mandat d'administrateur permettrait d'éviter une incapacité d'agir de la société n'est pas pertinent. En effet, les conséquences insatisfaisantes d'une situation d'irrégularité ne justifient pas d'accepter une telle situation. Il s'agit au contraire d'éviter de telles conséquences en respectant les obligations légales (en l'occurrence, la tenue d'une assemblée générale ordinaire selon l'art. 699 al. 2 CO).

Ainsi, le mandat du conseil d'administration prend fin au plus tard six mois après la clôture de l'exercice pertinent si aucune assemblée générale n'a lieu selon l'art. 699 al. 2 CO ou si l'élection des membres du conseil d'administration n'est pas portée à l'ordre du jour.

Le *Handelsgericht* ayant eu raison d'admettre une carence dans l'organisation de la société fille et d'appliquer les mesures prévues par l'art. 731b CO, le Tribunal fédéral rejette le recours.

Proposition de citation : NO¹ LUISONI, Le mandat d'administrateur peut-il être prolongé tacitement ?, in:

<https://lawinside.ch/1136/>