

VD_FINDINFO HC / 2020 / 156 vom 19. Februar 2020

VD Tribunal cantonal, 2020-02-19, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_findinfo_HC___2020___156

FR: VD_FINDINFO HC / 2020 / 156 du 19 février 2020

IT: VD_FINDINFO HC / 2020 / 156 del 19 febbraio 2020

Regeste

DROIT D'ÊTRE ENTENDU, MESURE PROVISIONNELLE, REGISTRE DU COMMERCE, BLOCAGE, ANNULABILITÉ, ASSEMBLÉE GÉNÉRALE, SURENDETTEMENT, RÉDUCTION DE CAPITAL, AUGMENTATION DE CAPITAL | 706 CO, 725 CO, 732a CO, 29 al. 2 Cst., 162 ORC, 261 al. 1 CPC (CH)

Erwägungen

E. 1

Selon l'art. 308 CPC (Code de procédure civile du 19 décembre 2008 ; RS 272), l'appel est recevable contre les décisions finales et les décisions incidentes de première instance et les décisions de première instance sur les mesures provisionnelles. Dans les affaires patrimoniales, l'appel est recevable si la valeur litigieuse au dernier état des conclusions est de 10'000 fr. au moins. Si la décision a été rendue en procédure sommaire, comme c'est le cas en l'espèce (cf. art. 248 let. d CPC), le délai pour l'introduction de l'appel est de dix jours à compter de la notification de la décision motivée (art. 311 al. 1 et 314 al. 1 CPC). Formé en temps utile par une partie qui a un intérêt digne de protection (art. 59 al.

E. 2

let. a CPC), dans une cause patrimoniale dont la valeur litigieuse au dernier état des conclusions de première instance est supérieure à 10'000 fr., l'appel est recevable.

E. 2.1

L'appel peut être formé pour violation du droit et 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, et doit, le cas échéant, appliquer le droit d'office conformément au principe général de l'art. 57 CPC. Elle peut revoir librement l'appréciation des faits sur la base des preuves administrées en première instance (JdT 2011 III 43 consid. 2 et les réf. citées ; Jeandin, Commentaire romand, Code de procédure civile, 2 e éd., 2019 [cité ci-après : CR-CPC], nn. 2 ss et 6 ad art. 310 CPC).

E. 2.2

L'art. 317 al. 1 CPC prévoit que les faits et moyens de preuve nouveaux sont admissibles en appel pour autant qu'ils soient invoqués ou produits sans retard (let. a) et qu'ils n'aient pas pu l'être en première instance, bien que la partie qui s'en prévaut ait fait preuve de la diligence requise (let. b). Ces conditions sont cumulatives (TF 5A_456/2016 du 28 octobre 2016 consid. 4.1.1). S'agissant des vrais nova (« echte Noven »), la condition de nouveauté posée par la lettre b est sans autre réalisée et seule celle d'allégation immédiate doit être examinée. En ce qui concerne les pseudo nova (« unechte Noven »), il appartient au

plaigneur qui entend les invoquer devant l'instance d'appel de démontrer qu'il a fait preuve de la diligence requise, ce qui implique notamment d'exposer précisément les raisons pour lesquelles le moyen de preuve n'a pas pu être produit en première instance (ATF 144 III 349 consid. 4.2.1 ; ATF 143 III 42 consid. 4.1 ; TF 5A_756/2017 du 6 novembre 2017 et les réf. citées). Les pièces 17, 19, 21, 26 et 27 produites par U._____ (ci-après : l'appelante) à l'appui de son appel sont antérieures à la clôture d'instruction de première instance. Elles auraient pu et dû être produites en première instance, les conditions de l'art. 317 al. 1 CPC n'étant pas réalisées. En revanche, on admettra la recevabilité des pièces 22 à 25, 28 et 29, qui sont postérieures à la clôture de l'instruction de première instance et qui constituent de vrais *nova*. La pièce 18 figure au dossier, de sorte que la question de sa recevabilité ne se pose pas. Il en va de même de la pièce 20. La pièce 16 est une pièce de forme.

E. 3.1

Dans une partie « en fait » l'appelante renvoie tout d'abord l'autorité d'appel à la lecture de ses écritures de première instance. Elle énonce ensuite des « considérations introductives », en pages 5 à 40 de son appel, sous la forme de 128 allégués. Dans ses déterminations, O._____ (ci-après : l'intimée) relève que la plus grande partie des allégations de fait de l'appelante seraient irrecevables.

E. 3.2

L'art. 311 al. 1 CPC impose au justiciable de motiver son appel. Il doit ainsi s'efforcer d'établir que la décision attaquée est entachée d'erreurs, que ce soit au niveau des faits constatés et/ou des conclusions juridiques qui en sont tirées. Il ne peut le faire qu'en reprenant la démarche du premier juge et en mettant le doigt sur les failles de son raisonnement. Si la motivation de l'appel est identique aux moyens déjà présentés aux juges de première instance, si elle ne contient que des critiques toutes générales de la décision attaquée, ou encore si elle ne fait que renvoyer aux moyens soulevés en première instance, elle ne satisfait pas aux exigences de l'art. 311 al. 1 CPC et le grief doit être déclaré irrecevable (ATF 138 III 374 consid. 4.3.1 ; TF 4A_74/2018 du 28 juin 2018 consid. 3.2 ; TF 4A_218/2017 du 14 juillet 2017 consid. 3.1.2, SJ 2018 I 21 ; TF 5A_438/2012 du 27 août 2012 consid. 2.2, RSPC 2013 p. 29). La motivation doit être suffisamment explicite pour que l'instance d'appel puisse la comprendre aisément, ce qui suppose une désignation précise des passages de la décision que l'appelant attaque et des pièces du dossier sur lesquelles repose sa critique (ATF 138 III 374 consid. 4.3.1 ; TF 5A_503/2018 du 25 septembre 2018 consid. 6.3 ; TF 5A_573/2017 du 19 octobre 2017 consid. 3.1 ; TF 4A_659/2011 du 7 décembre 2011 consid. 3, SJ 2012 I 231). Il en résulte que, lorsque l'appelant retranscrit ce qu'il considère être « les faits déterminants et établis », sans faire la moindre allusion à l'état de fait contenu dans le jugement attaqué et sans rien indiquer sur l'objet et le fondement de ses éventuelles critiques, cette partie du mémoire d'appel est irrecevable. Il n'appartient pas à la Cour d'appel de comparer l'état de fait présenté en appel avec celui du jugement pour y déceler les éventuelles modifications apportées et en déduire les critiques de l'appelant (CACI 16 décembre 2019/665 consid. 4.2 ; CACI 21 novembre 2018/651 consid. 3.3 ; CACI 29 juin 2017/273 consid. 3.2 ; Colombini, Code de procédure civile, Condensé de la jurisprudence fédérale et vaudoise, 2018, n. 8.2.2. ad art. 317 CPC).

E. 3.3.1

De manière générale, force est de constater qu'aux pages 9 à 40 de son appel, l'appelante ne fait qu'exposer à nouveau sa version des faits, comme devant un juge de première instance,

sans se référer aux faits retenus dans l'ordonnance entreprise ni exposer les motifs pour lesquels, selon elle, ces faits seraient erronés ou lacunaires. Ceci ne répond pas aux réquisits légaux et jurisprudentiels en matière de motivation. Il n'y a dès lors pas lieu de s'attarder sur cette présentation de l'état de fait, sauf en relation avec des griefs énoncés dans la partie en droit du mémoire.

E. 3.3.2

On relèvera, à titre superfétatoire, que les allégations de l'appelante concernant la société G._____ et ses liens avec l'intimée (cf. all. 16 à 34, pp. 9 à 13 de l'appel), qui sont des allégations nouvelles fondées sur des pièces irrecevables (cf. supra consid. 2.2), sont irrecevables. A supposer qu'elles soient recevables en lien avec les pièces déjà produites, l'appelante ne peut rien en déduire en sa faveur (cf. infra consid. 6.3.1). Quant aux allégations de l'appelante en lien avec le fait que l'intimée aurait tout fait pour empêcher feu K._____ de participer aux assemblées de l'intimée et puisse y faire valoir ses droits, en particulier en s'y faisant représenter (cf. all. 35 à 56, pp. 13 à 19 de l'appel), elles n'ont pas été articulées en première instance, alors qu'elles auraient pu et dû l'être. Elles sont irrecevables en appel, les conditions de l'art. 317 al. 1 CPC n'étant pas réalisées. Au demeurant, les pièces auxquelles se réfère l'appelante n'établissent pas ces allégations (cf. infra consid. 6.3.2).

E. 4

mars 2016 consid. 2.3.3.1, non publié aux ATF 142 III 195 ; cf. ATF 145 I 167 consid. 4.1). Selon la jurisprudence, l'art. 29 al. 2 Cst. ne revêt pas, dans une procédure relative à des mesures provisionnelles – à l'instar de l'effet suspensif (cf. ATF 119 II 429 consid. 3d) –, la même portée que dans une procédure au fond. De telles décisions doivent, par nature, être ordonnées rapidement et sans de longues investigations ; l'autorité qui statue peut dès lors, sauf circonstances particulières, se dispenser d'entendre de façon détaillée les intéressés ou de procéder à un second échange d'écritures, le droit d'être entendu du requérant étant en principe déjà garanti par le dépôt de sa requête (ATF 139 I 189 consid. 3.3 ; TF 5A_587/2019 du 23 août 2019 consid. 4.2). Le droit à un procès équitable est garanti par les art. 29 al. 1 Cst. et 6 par. 1 CEDH. Le principe d'égalité des armes, tel qu'il découle du droit à un procès équitable, exige un « juste équilibre entre les parties » : chacune doit se voir offrir une possibilité raisonnable de présenter sa cause dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son ou ses adversaires (TF 6B_259/2016 du 21 mars 2017 consid. 4.3.1). Quand le vice n'est pas particulièrement grave, la violation du droit d'être entendu peut être réparée lorsque la partie lésée a la possibilité de s'exprimer devant une autorité de recours jouissant d'un plein pouvoir d'examen quant aux faits et au droit sur les questions restant litigieuses et de recevoir de cette autorité une décision motivée (ATF 142 II 218 consid. 2.8.1 ; ATF 136 III 174 consid. 5.1.2 ; TF 5A_741/2016 du 6 décembre 2016 consid. 3.1.2 ; TF 5A_897/2015 du 1^{er} février 2016 consid. 3.2.2 ; TF 4A_35/2015 du 12 juin 2015 consid. 2.3).

E. 4.1

L'appelante fait valoir qu'en rejetant sa requête sollicitant la possibilité de se déterminer par écrit au sujet des déterminations et des pièces reçues la veille de l'audience du 20 septembre 2019, le premier juge aurait violé son droit d'être entendue et son droit à un procès équitable. Vu la communication tardive des pièces, l'appelante n'aurait pas pu les analyser de manière satisfaisante et n'aurait pas pu attirer l'attention du premier juge sur les

contradictions qu'elles contenaient. Dans ses déterminations, l'intimée soutient que le conseil de l'appelante aurait bénéficié du temps nécessaire pour examiner les pièces, dont la plupart lui étaient déjà connues.

E. 4.2

Compris comme l'un des aspects de la notion générale de procès équitable au sens des art. 29 Cst. (Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 ; RS 101) et 6 CEDH (Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 ; RS 0.101), le droit d'être entendu garantit notamment au justiciable le droit de s'expliquer avant qu'une décision soit prise à son détriment, d'obtenir et de participer à l'administration des preuves pertinentes et valablement offertes et de se déterminer sur son résultat, d'avoir accès au dossier et de prendre connaissance de toute pièce du dossier ainsi que de toute argumentation présentée au tribunal et de se déterminer à son propos, dans la mesure où il l'estime nécessaire, que celle-ci contienne ou non de nouveaux éléments de fait ou de droit. Il appartient en effet aux parties, et non au juge, de décider si une prise de position ou une pièce nouvellement versée au dossier appelle des observations de leur part. Toute prise de position ou pièce nouvelle versée au dossier doit dès lors être communiquée aux parties pour leur permettre de décider si elles veulent ou non faire usage de leur faculté de se déterminer (ATF 142 III 48 consid. 4.1.1 ; ATF 139 II 489 consid. 3.3 ; ATF 139 I 189 consid. 3.2 ; ATF 138 I 484 consid. 2.1 ; TF 5A_925/2015 du

E. 4.3

En l'espèce, les déterminations de l'intimée ont été adressées en copie au conseil de l'appelante le 17 septembre 2019 et apparemment reçues le 19 septembre 2019, ce qui laissait vingt-quatre heures à ce conseil pour les examiner avant l'audience du 20 septembre 2019. Certes, celui-ci ne pas avoir pu en conférer avec sa cliente, car celle-ci n'était pas atteignable lors de son voyage en voiture pour se rendre en Suisse. Compte tenu du fait que le conseil de l'appelante était en mesure d'analyser lui-même les pièces reçues, composées d'un onglet et d'un bordereau de vingt-six pièces pas particulièrement volumineuses, on ne saurait dire que les principes d'égalité des armes et du droit d'être entendu auraient été violés par le refus du premier juge d'octroyer un délai supplémentaire. Un avocat expérimenté doit être en mesure de se déterminer dans un délai de vingt-quatre heures sur des déterminations sur mesures provisionnelles et les pièces y relatives. C'est d'autant plus le cas qu'en matière de mesures provisionnelles, soumises au principe de célérité, le droit d'être entendu du requérant est en principe déjà garanti par le dépôt de sa requête. Au demeurant, une éventuelle violation du droit d'être entendu serait réparée dans le cadre de la présente procédure d'appel, dès lors que le juge de céans dispose d'un libre pouvoir d'examen en fait et en droit. Le moyen est infondé.

E. 5.1

L'appelante reproche au premier juge d'avoir considéré qu'elle n'avait pas rendu suffisamment vraisemblable qu'elle était la seule héritière de feu K._____. Elle se prévaut du testament produit à l'audience du 20 septembre 2019 et de l'issue de la procédure judiciaire en Pologne.

E. 5.2.1

Celui qui requiert des mesures provisionnelles doit rendre vraisemblable qu'une prétention dont il est titulaire est l'objet d'une atteinte – ou risque de l'être – et qu'il s'expose de ce fait à un préjudice difficilement réparable (art. 261 al. 1 CPC). Un fait ou un droit est rendu

vraisemblable si le juge, en se basant sur des éléments objectifs, a l'impression que le fait ou le droit invoqué est rendu probable, sans pour autant devoir exclure la possibilité que les faits aient pu se dérouler autrement ou que la situation juridique se présente différemment (TF 5A_84/2016 du 5 septembre 2016 consid. 4.1 ; Bohnet, CR-CPC, n. 4 ad art. 261 CPC ; cf. ATF 139 III 86 consid. 4.2 et les réf. citées).

E. 5.2.2

S'agissant du blocage provisionnel d'une inscription au Registre du commerce, c'est seulement si le requérant parvient à rendre vraisemblable le bien-fondé de sa prétention au fond contre l'intimé (par exemple en annulation d'une décision d'assemblée générale) que la protection provisionnelle doit être accordée (Carbonara, in Siffert/Turin (édit), Handelsregisterverordnung, 2013, n. 84 ad art. 162 ORC [ordonnance sur le registre du commerce du 17 octobre 2007 ; RS 221.411]). Compte tenu du préjudice qu'elle peut causer à l'entité concernée, la requête de mesures provisionnelles tendant au blocage de l'inscription – en particulier lorsqu'elle concerne une fusion – au Registre du commerce doit être admise restrictivement (Juge délégué CACI 31 mai 2013/279 consid. 3.4, JdT 2014 III 3).

E. 5.3

Le premier juge a tout d'abord considéré que la qualité d'associée de l'appelante n'avait pas été rendue vraisemblable car, si on savait qu'elle était la fille de feu K. _____, elle n'avait produit aucun document démontrant qu'elle était son unique héritière. De plus, un tribunal polonais avait été saisi d'une procédure en vue de constater l'acquisition par l'appelante de la succession de feu son père, laissant planer le doute quant à ladite succession.

E. 5.4

En l'espèce, le testament du 15 mars 2017 dont se prévaut l'appelante fait état d'un certain nombre de legs au petit-fils du de cujus et mentionne que le reste de l'héritage revient à son unique enfant, sa fille, soit l'appelante. Si ce testament n'a pas été validé par le tribunal polonais dans sa décision du 2 octobre 2019 (cf. pièce 23 produite en appel), c'est au motif qu'il n'avait pas été entièrement écrit de la main du testateur. Par ailleurs, cette dernière décision considère qu'il n'y a aucun motif d'abroger l'acte de succession du 20 février 2019, selon lequel l'appelante avait acquis la succession et retient dans les faits que le défunt, au moment de son décès, était le père d'un enfant, la demanderesse, soit l'appelante. Cela étant, la qualité de seule héritière, et donc d'associée, de l'appelante est rendue suffisamment vraisemblable. Il importe dès lors peu que la pièce 21, soit l'acte certifiant la succession du 20 février 2019 soit irrecevable (cf. supra consid. 2.2). Sur ce point, l'appel est fondé, de sorte qu'il y a lieu d'examiner les autres motifs pour lesquels la requête a été rejetée.

E. 6.1

L'appelante fait valoir que, contrairement à ce qu'a retenu le premier juge, elle aurait suffisamment rendu vraisemblable qu'elle dispose d'un droit à obtenir l'annulation des décisions prises lors de l'assemblée des associés du 28 juin 2019. L'appelante indique « douter » de l'état de surendettement de l'intimée au 31 décembre 2018, au vu de l'absence de consolidation de ses comptes avec ceux de sa filiale [...]G. _____. Elle considère que le « coup d'accordéon » prévu lors de l'assemblée précitée léserait ses intérêts de manière totalement infondée et à tel point qu'il entraînerait pour elle une inégalité de traitement et un préjudice injustifié et irréparable. Il serait l'aboutissement d'une stratégie d'usure mise en place depuis de nombreuses années. Elle aurait de plus été la seule à devoir « mettre la main

à la poche » et à verser, dans un délai totalement irréaliste de quatre jours, un montant de 125'012 fr., sans être au bénéfice d'informations fiables concernant la situation économique de l'intimée, B._____ n'apportant quant à lui « aucun argent frais » à l'intimée. Dans ses déterminations, l'intimée relève que le « coup d'accordéon » touchait les droits de tous les associés de manière identique. Elle relève que B._____, titulaire d'une créance envers l'intimée, a déjà injecté de l'argent dans la société.

E. 6.2.1

Selon l'art. 706 CO (Code des obligations du 30 mars 1911 ; RS 220), applicable à la société à responsabilité limitée par renvoi de l'art. 808c CO, chaque associé peut attaquer en justice les décisions de l'assemblée des associés qui violent la loi ou les statuts. Sont notamment annulables les décisions qui suppriment ou limitent les droits des associés en violation de la loi ou des statuts (al. 2 ch. 1), qui suppriment ou limitent les droits des associés de manière non fondée (al. 2 ch. 2) ou entraînent pour les associés une inégalité de traitement ou un préjudice non justifié par le but de la société (al. 2 ch. 3). En application de ces dispositions légales, le Tribunal fédéral a affirmé que sont annulables les décisions de l'assemblée générale qui violent le principe de la proportionnalité et, plus particulièrement, le devoir d'exercer les droits de façon mesurée (ATF 143 III 120 consid. 4.3 ; ATF 131 III 459 consid. 5.3). Il a ainsi repris le principe de l'exercice mesuré des droits (ou principe du ménagement dans l'exercice du droit ; Gebot der schonenden Rechtsübung), qui avait été consacré en droit des sociétés dans deux arrêts de principe (cf. ATF 121 III 219 consid. 3 et ATF 117 II 290 consid. 4e/bb), rendus en matière de suppression du droit préférentiel de souscription (TF 4A 531/2017 du 20 février 2018 consid. 3.1). Le principe du ménagement dans l'exercice du droit, qui est un cas spécifique d'abus de droit (ATF 131 III 459 consid. 5.3), est transgressé lorsque les décisions de la majorité compromettent les droits de la minorité alors même que le but poursuivi dans l'intérêt de la société aurait pu être atteint de manière peu ou pas dommageable pour cette minorité et sans inconvénient pour la majorité (ATF 121 III 219 consid. 3 et 117 II 290 consid. 4e/bb ; déjà dans le même sens : cf. ATF 91 II 298 consid. 7). La décision prise par l'assemblée générale doit ainsi causer à l'actionnaire minoritaire un préjudice d'une certaine importance. L'ampleur du préjudice dépend de l'importance de la dilution (Verwässerung) subie par l'actionnaire minoritaire qui s'est abstenu d'exercer ses droits préférentiels de souscription. La dilution concerne toujours le droit de vote (Stimmrechtsverwässerung) et, en fonction de la valeur d'émission des nouvelles actions, elle peut aussi toucher la participation antérieure (Kapitalverwässerung) de l'actionnaire minoritaire, ainsi que sa part au bénéfice (Gewinnanteilsverwässerung) et sa part à l'excédent de liquidation (TF 4A 531/2017, déjà cité, consid. 3.2).

E. 6.2.2

Les dispositions du droit de la société anonyme concernant l'avis obligatoire en cas de perte du capital et de surendettement de la société, ainsi qu'en matière d'ouverture et d'ajournement sont applicables par analogie à la société à responsabilité limitée (art. 820 al. 1 CO). S'il ressort du dernier bilan annuel que la moitié du capital-actions et des réserves égales n'est plus couverte, le conseil d'administration convoque immédiatement une assemblée générale et lui propose des mesures d'assainissement (art. 725 al. 1 CO). Selon l'art. 732a CO, lorsque, à des fins d'assainissement, le capital-actions est réduit à zéro puis augmenté à nouveau, les droits d'associé sont supprimés par la réduction du capital-actions (al. 1). Dans le cadre de l'augmentation du capital-actions, les actionnaires ont un droit de

souscription préférentiel qui ne peut pas leur être retiré (al. 2). Cette opération, dite « coup d'accordéon », doit être destinée à l'assainissement. Une société ne peut être assainie que s'il existe un besoin d'assainissement, tel qu'il se manifeste lorsque la société est surendettée au sens de l'art. 725 CO (ATF 138 III 204 consid. 3.2, JdT 2013 II 355). Un but d'assainissement doit permettre d'atteindre l'objectif minimum de placer au moins la société en état d'éviter l'avis au juge au sens de l'art. 725 al. 2 CO indépendamment d'éventuelles déclarations de postpositions, pour qu'on puisse considérer qu'il poursuit des fins d'assainissement. Le but d'assainissement est reconnu lorsque le « coup d'accordéon » supprime directement le surendettement ou lorsque, combiné avec d'autres mesures dans le cadre d'un concept d'assainissement obligatoirement présenté par le conseil d'administration à l'assemblée générale avant sa décision, le « coup d'accordéon » offre des perspectives raisonnables d'assainissement durable (ATF 138 III 204 consid. 3.3, JdT 2013 II 355 ; Braconi/Carron CC & CO annotés, 10^e éd, 2016, ad art. 732a CO p. 519). Un « coup d'accordéon » décidé en violation de l'art. 732a al. 1 CO est annulable (ATF 138 III 204 consid. 4.1, JdT 2013 II 355).

E. 6.3.1

En l'espèce, force est de constater que l'exercice 2017 de l'intimée s'est bouclé sur une perte de 308'163 fr. 08, qui, portée au solde déficitaire reporté des exercices précédents, révélait une perte cumulée de 496'173 fr. 44 (cf. pièce 117 du bordereau du 17 septembre 2019). Quant au bilan de la société pour 2017, il faisait état d'un surendettement de 146'173 fr. 44. L'exercice 2018 s'est soldé par un bénéfice net de 56'632 fr. 66 dans le compte de résultat. Pour l'année 2018, le bilan de l'intimée présentait une perte cumulée de 437'540 fr. 78 dans le rapport de gestion et un surendettement de 87'540 fr. 78, supérieur au capital social de 350'000 francs (cf. pièces 118 et 119 du bordereau du 17 septembre 2019). L'état de surendettement au sens de l'art. 725 al. 1 CO est rendu vraisemblable au vu de ces éléments. Il n'y a pas lieu de le remettre en cause au motif que les pièces 118 et 119 n'indiquent pas toujours des montants identiques pour les mêmes postes. En effet la pièce 118 est un projet de bilan et de compte de résultat et certains montants ont encore pu être déplacés d'un poste à l'autre avant l'établissement du rapport de gestion et, en tout état de cause, les éléments déterminants, soit la perte reportée et le bénéfice de l'exercice, concordent dans les deux documents. Pour le surplus, l'appelante ne rend pas vraisemblable qu'un bilan consolidé aurait dû être établi avec G. _____, du seul fait qu'un témoin a indiqué que cette société serait une filiale de l'intimée, ni du fait qu'un prêt a été octroyé à cette société ou que l'intimée détienne une participation évaluée à 76'452 fr. 10 dans cette société ou encore des immobilisations corporelles « développement produits Pologne ». Elle ne rend pas davantage vraisemblable qu'un tel bilan consolidé aurait évité un état de surendettement et n'aurait pas rendues nécessaires des mesures d'assainissement. Le moyen est infondé.

E. 6.3.2

En tant que l'appelante fait valoir que le « coup d'accordéon » léserait de manière vraisemblable ses droits d'associée minoritaire, le moyen est également infondé. Elle tente d'une part de faire croire que le « coup d'accordéon » constituerait le coup de grâce d'une stratégie mise en place depuis longtemps afin d'évincer l'associé minoritaire. Ses allégations selon lesquelles l'intimée aurait tout fait pour empêcher que feu K. _____ puisse participer aux assemblées des associés de la société sont irrecevables (cf. supra consid. 3.3.2). Au demeurant, les pièces sur lesquelles elle entend se fonder, soit les procès-verbaux d'assemblées, n'établissent pas une telle volonté, mais tout au plus le souci de faire respecter

les statuts, s'agissant des conditions auxquelles un tiers peut représenter un associé. Quoiqu'il en soit, les différentes décisions prises lors des assemblées que semble contester aujourd'hui l'appelante n'ont jamais fait l'objet de contestations judiciaires, de sorte qu'il n'y a pas lieu d'examiner dans le détail d'éventuelles irrégularités. S'agissant du « coup d'accordéon » lui-même, le premier juge a considéré qu'une telle mesure d'assainissement était vraisemblablement destinée à l'assainissement de l'intimée, laquelle se trouvait en état de surendettement critique. Une telle mesure d'assainissement lésait pareillement tous les associés, le gérant ayant lui aussi été amené à perdre sa participation antérieure. Ces considérations sont pertinentes et peuvent être confirmées. A cela s'ajoute que tous les associés avaient la possibilité de souscrire les « nouvelles » parts sociales, dans les proportions de leur sociétariat précédent. On ne voit dès lors pas en quoi les droits d'associée minoritaire de l'appelante auraient été lésés de manière indue. L'appelante soutient certes qu'elle serait la seule à « devoir mettre la main à la poche », dès lors que l'autre associé B. _____ aurait souscrit les nouvelles parts sociales de l'intimée par compensation de créance. Ce faisant, elle méconnaît que la compensation est un mode de paiement, qui éteint une créance déjà existante de l'associé envers la société et diminue dès lors l'endettement de celle-ci. En d'autres termes, comme le relève l'intimée, si B. _____ était titulaire d'une créance contre l'intimée, c'est précisément qu'il avait déjà injecté de l'argent dans la société et également « mis la main à la poche ». Il n'y a dès lors pas d'inégalité de traitement entre associés.

E. 6.3.3

S'agissant du délai, l'intimée a, par courrier recommandé du 1^{er} juillet 2019 – transmis par courriel le même jour – distribué le 8 juillet 2019, fait parvenir à l'appelante le procès-verbal de l'assemblée des associés du 28 juin 2019 et le bulletin de souscription échéant le 12 juillet 2019. Si le délai était objectivement court, l'appelante n'a pas répondu au sujet dudit courrier. Elle n'a pas davantage demandé la prolongation des délais, ni offert à ce jour de verser le montant en question. N'ayant jamais manifesté sa volonté concrète de participer à l'augmentation du capital social, elle ne saurait se plaindre de la brièveté du délai de souscription, dont rien indique qu'il n'aurait pas été prolongé si l'appelante l'avait requis.

E. 7.1

L'appelante fait enfin valoir qu'il existait d'autres mesures d'assainissement moins dommageables pour ses intérêts et que l'intimée aurait dû procéder à une postposition des créances de B. _____. L'appelante relève que les statuts de l'intimée prévoient que l'exercice annuel doit se clôturer le 30 juin et pas le 31 décembre, si bien que les chiffres comptables fournis présenteraient une image « distordue et tronquée » de la situation économique de l'intimée. Dans ses déterminations, l'intimée fait valoir que la postposition ne serait pas une mesure d'assainissement.

E. 7.2

La postposition – mentionnée comme mesure destinée à éviter l'avis au juge au sens de l'art. 725 al. 2 CO – est un contrat innomé sui generis conclu entre le créancier et la société débitrice par lequel, aussi longtemps que la société est surendettée, le créancier renonce à l'exigibilité de sa créance et accepte qu'en cas de faillite de la société débitrice sa créance soit placée à un rang inférieur par rapport à toutes les autres créances (Peter/Cavadini, Commentaire romand, Code des obligations II, 2017, 2^e éd., n. 50 ad art. 725 CO). Les

créances postposées ne peuvent pas être honorées avant la disparition complète du surendettement (Peter/Cavadini, op. cit., n. 54 ad art. 725 CO). Dans le cadre de l'art. 725 al. 1 CO, par mesures d'assainissement, il faut comprendre toute intervention propre à rétablir une situation dans laquelle la limite fixée par cette disposition ne sera plus dépassée. Il convient d'interpréter largement le concept (Peter/Cavadini, op. cit., n. 28 ad art. 725 CO). Les mesures à prendre peuvent être d'ordre patrimonial, financier, structurel ou viser le rétablissement de la rentabilité de la société. Sont par exemple des mesures d'assainissement la réorganisation ou la restructuration de l'entreprise, l'augmentation du capital social, la réduction suivie d'une augmentation du capital social, la dissolution de réserves, l'abandon de créances, l'obtention de prêts, l'activation de réserves latentes par la vente d'actifs, la dissolution de provisions excessives ou la reprise d'amortissements excessifs, la fusion avec une société saine, etc. (Peter/Cavadini, op. cit., n. 28a ad art. 725 CO). La question est parfois posée de savoir si la postposition au sens de l'art. 725 al. 2 CO peut être également considérée comme une mesure d'assainissement dans la perspective de l'art. 725 al. 1 CO, hypothèse qui n'est pas envisagée par la loi. Bien qu'indéniablement une créance postposée demeure une créance, la doctrine majoritaire admet que la postposition constitue une mesure d'assainissement (Peter/Cavadini, op. cit., nn. 28a et 30 ad art. 725 CO ; Böckli, Schweizer Aktienrecht, 4 e éd., 2009, § 13 n. 752, p. 1839), ce que d'autres semblent contester dès lors qu'elle n'est pas mentionnée à l'art. 725 al. 1 CO, contrairement à l'art. 725 al. 2 CO (Wüstiner, Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 5 e éd., 2016, n. 16 ad art. 725 CO).

E. 7.3

Contrairement à ce que plaide l'intimée, il apparaît vraisemblable, au vu de la doctrine majoritaire, qu'une postposition puisse constituer une mesure d'assainissement également au sens de l'art. 725 al. 1 CO. Toutefois, il n'est pas exigé que la société privilégie une mesure d'assainissement, telle la postposition, par rapport aux autres mesures possibles. En l'espèce, B._____ avait déjà consenti à des postpositions, notamment pour l'exercice 2017, à concurrence de 350'000 francs. Cela étant, l'appelante ne saurait exiger que l'associé majoritaire supporte seul les mesures d'assainissement nécessaires et on ne voit pas, vu le large pouvoir laissé à la société quant au choix des mesures d'assainissement, qu'en privilégiant un « coup d'accordéon » au sens de l'art. 732a CO, l'assemblée des associés générale aurait rendu une décision contraire à la loi. Cette mesure permettait de maintenir l'égalité de traitement entre associés, plutôt que de faire supporter l'entier de l'assainissement à un associé, fût-il majoritaire, d'autant que ce dernier avait déjà consenti à certaines postpositions. C'est dès lors en vain que l'appelante se prévaut du principe du ménagement dans l'exercice d'un droit, qui ne trouverait à s'appliquer que si une autre mesure, qui aurait eu les mêmes avantages pour l'associé majoritaire, aurait pu être prise de façon à réduire les inconvénients pour l'actionnaire minoritaire (cf. supra consid. 6.2.1 et TF 4A_531, déjà cité, consid. 3.3). Or, il est patent que la postposition ne présentait pas les mêmes avantages pour l'associé majoritaire, ce qui suffit à exclure une application du principe précité. Enfin, le fait que, contrairement aux statuts, qui prévoient que l'exercice annuel se termine tous les 30 juin, les exercices annuels aient été établis au 31 décembre ne constitue pas un motif vraisemblable d'annulation de la décision des associés du 28 juin 2019, dès lors que cette pratique est constante depuis l'exercice 2013 à tout le moins, sans que cela ait jamais été contesté par aucun des associés, en particulier par feu K._____. En conclusion, c'est à juste titre que le premier juge a considéré que l'appelante échouait à rendre vraisemblable son droit à obtenir l'annulation des décisions de l'assemblée des

associés du 28 juin 2019.

E. 8.1

Le premier juge a, par surabondance, considéré que l'appelante n'établissait pas le risque de subir un préjudice difficilement réparable, dès lors qu'elle conservait la possibilité d'attaquer les décisions de l'assemblée générale même après l'inscription de la décision au Registre du commerce, ce qu'elle avait d'ores et déjà fait. Il n'y avait pas d'urgence justifiant le blocage préventif, d'autant que cela mettrait la société dans une situation financière encore plus difficile, l'intimée étant déjà surendettée.

E. 8.2

Le préjudice est difficilement réparable lorsqu'il ne peut plus être supprimé au terme d'un procès au fond, ou ne peut l'être que difficilement. En d'autres termes, il s'agit d'éviter d'être mis devant un fait accompli dont le jugement ne pourrait pas complètement supprimer les effets. Est difficilement réparable le préjudice qui sera plus tard impossible ou difficile à mesurer ou à compenser entièrement (Colombini, op. cit., n. 5.2 ad art. 261 CPC et les réf. citées).

E. 8.3

En l'espèce, les considérations du premier juge peuvent être confirmées. On ne voit en effet pas en quoi il serait impossible de revenir sur l'inscription du « coup d'accordéon » au Registre du commerce si l'appelante devait obtenir gain de cause dans la procédure au fond portant sur l'annulation des décisions prises le 28 juin 2019. La procédure d'annulation a pour effet d'annuler les décisions prises avec effet ex tunc. L'appelante se contente, sans autre démonstration, de soutenir qu'une fois inscrite au Registre du commerce, sa révocation comme actionnaire ne serait plus possible et qu'on ne pourrait pas envisager le rétablissement de la situation antérieure. Or le seul fait que l'appelante doive, le cas échéant, introduire une nouvelle procédure en modification d'inscription en cas de gain de la procédure au fond en annulation des décisions de l'assemblée des associés, alors qu'en cas de blocage provisionnel une telle procédure ne serait pas nécessaire, ne suffit pas à admettre un préjudice difficilement réparable (contra : Carbonara, op. cit., n. 89 ad art. 162 ORC). Le dommage financier et les frais supplémentaires, ainsi que la perte de temps qui en résulteraient, ne sont pas constitutifs d'un préjudice difficilement réparable. En effet, un dommage financier ne provoque en principe pas un tel préjudice, hormis cas exceptionnels non réalisés en l'espèce, notamment lorsque la preuve de l'existence du dommage ou de sa quotité se heurterait, en raison de la nature de l'affaire, à des difficultés considérables (JdT 2016 III 188 ; Colombini, op. cit., n. 5.3 ad art. 261 CPC et les réf. citées).

E. 8.4

On relèvera encore que, sous l'angle de la proportionnalité, le juge doit procéder à la mise en balance des intérêts contradictoires, c'est-à-dire à l'appréciation des désavantages respectifs pour le requérant et pour l'intimé, selon que la mesure requise est ordonnée ou refusée. L'examen du droit et la pesée des intérêts en présence ne s'excluent pas : le juge doit pondérer le droit présumé du requérant à la mesure avec les conséquences irréparables que celle-ci peut entraîner pour l'intimé (ATF 131 III 473 consid. 2.3 ; JdT 2014 III 129 ; Colombini, op. cit., n. 7.1 ad art. 261 CPC). C'est à juste titre que le premier juge a considéré à cet égard que la mesure était disproportionnée dans la mesure où attendre l'issue de la procédure en annulation reviendrait à mettre l'intimée en péril car elle ne pourrait pas procéder à des mesures d'assainissement, qui s'avèrent nécessaires à bref délai.

E. 9.1

Au vu de ce qui précède, il y a lieu de rejeter l'appel selon le mode procédural de l'art. 312 al. 1 in fine CPC et de confirmer l'ordonnance entreprise, ce qui rend sans objet la requête de mesures conservatoires.

E. 9.2

Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 4'000 fr. (art. 65 al. 1 et 3 TFJC [tarif des frais judiciaires civils du 28 septembre 2010 ; BLV 270.11.5], seront mis à la charge de l'appelante, qui succombe (art. 106 al. 1 CPC).

E. 9.3

Au vu de l'issue du litige, l'appelante versera à l'intimée la somme de 3'000 fr. à titre de dépens de deuxième instance, pour les déterminations sur la requête de mesures conservatoires, qui, si elle avait dû être jugée, aurait dû être rejetée. Par ces motifs, le juge délégué de la Cour d'appel civile prononce : I. L'appel est rejeté. II. L'ordonnance est confirmée. III. La requête de mesures conservatoires est sans objet. IV. Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 4'000 fr. (quatre mille francs) sont mis à la charge de l'appelante U._____. V. L'appelante U._____ doit verser à l'intimée la somme de 3'000 fr. (trois mille francs) à titre de dépens de deuxième instance. VI. L'arrêt motivé est exécutoire. Le juge délégué : La greffière : Du Le présent arrêt, dont le dispositif a été communiqué par écrit aux parties le 19 février 2019, est notifié en expédition complète à : ■ Me Nicolas Pozzi (pour U._____), ■ Mes Nicolas Gillard et Adrian Vesper (pour O._____), et communiqué, par l'envoi de photocopies, à : ■ Mme la Présidente du Tribunal civil de l'arrondissement de La Côte, ■ Registre du commerce du Canton de Vaud. Le juge délégué de la Cour d'appel civile considère que la valeur litigieuse est supérieure à 30'000 francs. Le présent arrêt peut faire l'objet d'un recours en matière civile devant le Tribunal fédéral au sens des art. 72 ss LTF (loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral – RS 173.110), le cas échéant d'un recours constitutionnel subsidiaire au sens des art. 113 ss LTF. Dans les affaires pécuniaires, le recours en matière civile n'est recevable que si la valeur litigieuse s'élève au moins à 15'000 fr. en matière de droit du travail et de droit du bail à loyer, à 30'000 fr. dans les autres cas, à moins que la contestation ne soulève une question juridique de principe (art. 74 LTF). Ces recours doivent être déposés devant le Tribunal fédéral dans les trente jours qui suivent la présente notification (art. 100 al. 1 LTF). La greffière :

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.