

VD_GERICHTE CS20.041274 vom 28. Januar 2021

VD Tribunal cantonal, 2021-01-28, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_gerichte_CS20.041274

FR: VD_GERICHTE CS20.041274 du 28 janvier 2021

IT: VD_GERICHTE CS20.041274 del 28 gennaio 2021

Erwägungen

E. 4

Décision concernant l'emploi du bénéfice. Proposition : pas de dividende.

E. 5

Election de l'organe de révision pour 2019. Proposition : M. [...].

E. 6

Autres opérations statutaires s'il y a lieu.

E. 7

Autres opérations statutaires s'il y a lieu.

E. 8

Divers (...) M. E. _____ demande au Président avec insistance s'il est actionnaire majoritaire. Celui-ci répond qu'il l'est, avec sa famille. A la question de M. E. _____ de savoir si les rémunérations de l'actionnaire principal, de ses proches, de ses conseillers et des membres du conseil d'administration étaient en rapport avec la contre-prestation reçue, le Président répond par l'affirmative. Il précise en outre que seuls les membres du conseil d'administration qui ne sont pas employés de la société reçoivent une rétribution et le remboursement de leurs frais. Le Président constate que toutes les questions soulevées ont fait l'objet d'une réponse. M. E. _____ requiert un contrôle spécial portant sur les questions de son courriel du 21 juillet 2020. Le Président demande alors à l'assemblée si elle accepte le contrôle spécial tel qu'énoncé par M. E. _____ et ajoute que le conseil recommande de voter non. La demande de contrôle spécial est refusée par 76,6% des voix (soit 37'141 voix contre, 9'861 voix pour et 1'460 abstentions). M. Z. _____ prend alors la parole pour préciser que cette demande de contrôle spécial n'est pas faite parce que les résultats comptables sont négatifs, mais à cause de l'opacité sur les comptes et du risque de réputation en découlant. (...) »

E. 9

Est-ce que les rétributions de l'actionnaire principal, de tous ses proches, de ses conseillers ainsi que ceux des membres du conseil d'administration des 5 derniers exercices et celui en cours étaient en rapport avec la contre-prestation reçue ainsi qu'avec la situation économique de la SA. Ceci concerne les salaires, dividendes, jetons, tantièmes, frais ou avantages reçus de l'I. _____ ou d'autres sociétés en main partielle ou totale de l'I. _____ et de son groupe. 10. Je demande que les mesures d'assainissement (en application de l'art. 725 al. 1 CO) proposées par le CA soient listées et décrites avec les effets chiffrés de ces mesures sur les comptes. 11. L'organe de révision ne peut pas faire son travail légal et l'actionnaire ne peut pas faire son opinion. On lui refuse des informations.

Qu'avez-vous à cacher ? Comment justifiez-vous cette violation de votre devoir légal ? Lors de la séance, le président ne m'a pas accordé la parole pour poser la totalité de ces questions. Il s'est ainsi mis hors la loi en vertu de l'article 697 CO. Les enregistrements pourront le confirmer. De plus, au vu que le conseil d'administration : • n'a répondu que partiellement aux questions 4, 5, 6, 7 10 • et pas du tout aux questions 2, 3, 8, 9 (soit aucune réponse donnée soit interdiction de les poser) • a précisé pour la question no 1 que cette lettre du 27.4.20 n'était pas le rapport de gestion (qui lui a été remis le jour même) je requiers l'institution d'un contrôle spécial en vertu des articles 697a et ss CO. Je vous laisse le soin de reporter les résultats du vote. Je vous prie aussi de mentionner : • votre refus d'inclure les points de mon courrier du 7.7.20 à l'ordre du jour de l'AG malgré mes droits légaux et mon rappel du 21.7.20 à ce sujet. • que le rapport de gestion a été remis à 16h00 le 24.7.20 (jour même de l'AG) au lieu de 20 jours avant. Ainsi il apparaît que cette AG pourrait être annulée ou frappée de nullité. Pour le reste, je vous prie de transcrire et envoyer un procès-verbal complet à tous les participants d'ici à fin août 2020. Pour être transparent, je mets en copie tous les actionnaires de ma connaissance ainsi qu'au réviseur que vous avez refusé de convoquer malgré ma requête du 21.7.20 sous prétexte qu'on aurait perdu du temps pour des questions techniques (dixit le président) – à inclure au PV également. (...). »

- 20 -

E. 10

Par requête du 21 octobre 2020 déposée devant la cour de céans, les requérants ont pris, avec suite de frais et dépens, les conclusions suivantes contre l'intimée : « Principalement: I. Nommer un expert indépendant et le charger de réaliser un contrôle spécial au sein de la société I._____; II. Charger l'expert de répondre aux questions suivantes : a. Quels sont les motifs pour lesquels l'exercice est clôturé au 30 juin de chaque année, en violation des dispositions statutaires de la société (art. 14 des Statuts) ; b. Quel est le fondement des réserves émises par l'organe de révision dans son rapport pour l'exercice 2018-2019 ? Ces réserves sont-elles justifiées ?; c. Quels sont les motifs pour lesquels les charges de personnel d'un montant de CHF 850'000.-, ont été attribuées de manière erronée dans la comptabilité en violation de l'art. 959b al. 4 CO ? d. Quelle est la teneur de la décision rendue par l'Administration fiscale suite au contrôle fiscal intervenu pour les années 2004 à 2011 et de l'intégralité de ses annexes ? Quels sont les risques encourus par la société I._____ pour les années 2012 à 2019 à cet égard ? e. Quels sont les motifs pour lesquels aucune mesure d'assainissement n'a été prise au vu de la situation financière dans laquelle se trouve la société, en violation par le Conseil d'administration de ses obligations légales à cet égard ? f. Quelles sont les diverses mesures prises et envisagées par la société I._____ pour pallier au manque de liquidités, « telles qu'emprunts, vente d'immeubles, ventes de participations » selon annexe J3 des comptes 2018/2019 ? g. Quels sont les motifs pour lesquels la société I._____ a une créance envers les institutions de prévoyance d'un montant de CHF 449'940.70 pour l'exercice 2019 arrêté au 30 juin 2019 ? De ce montant, quel est le montant exact dû à la Caisse AVS ? Quels sont les motifs pour l'augmentation de cette dette en comparaison à l'exercice 2018, lorsque le montant de cette dette s'élevait à CHF 41'655.85 ? Quelles sont les mesures mises en place par l'I._____ pour s'acquitter de la dette de CHF 449'940.70 ? h. Est-ce que les rétributions de l'actionnaire principal, de tous ses proches, de ses conseillers ainsi que ceux des membres du conseil d'administration des 5 derniers exercices et celui

- 21 - en cours étaient en rapport avec la contre-prestation reçue ainsi qu'avec la situation économique de la SA. Ceci concerne les salaires, dividendes, jetons, tantièmes, frais ou avantages reçus de l'I. _____ ou d'autres sociétés en main partielle ou totale de l'I. _____ et de son groupe ? i. Quels sont les motifs pour lesquels I. _____ ne tient pas de Registre des actionnaires avec indication des actions au porteur et de leurs ayants-droits économiques à jour ? Un tel Registre existe-t-il et cas échéant, pourquoi n'est-il pas communiqué aux actionnaires ? S'il existe, le Registre en question doit être communiqué au contrôleur spécial et mis à la disposition des actionnaires, y compris des Requéran­ts ; III. Mettre les frais de ce contrôle spécial à la charge de l'Intimée ; IV. Avec suite de frais judiciaires et dépens. » Par réponse du 21 janvier 2021, l'intimée a conclu, avec suite de frais et dépens, à l'irrecevabilité des conclusions de la requête, et subsidiairement au rejet de celle-ci. Les parties ont été entendues lors de l'audience du 28 janvier 2021. A cette occasion, les requérants ont déclaré retirer la question a) figurant sous chiffre II des conclusions de la requête. E n d r o i t : I. a) L'intimée ayant son siège à [...], les tribunaux vaudois sont compétents pour connaître de la requête du 21 octobre 2020 (art. 10 al. 1 let. b CPC [Code de procédure civile du 19 décembre 2008 ; RS 272]). b) En vertu de l'art. 5 al. 1 let. g CPC, le droit cantonal institue une juridiction compétente pour statuer en instance cantonale unique sur la désignation d'un contrôleur spécial en vertu de l'art. 697b CO. Dans le canton de Vaud, l'instance cantonale unique est la Cour civile du Tribunal cantonal (art. 74 al. 3 LOJV, loi vaudoise d'organisation judiciaire du

- 22 -

E. 12

décembre 1979 ; BLV 173.01). Celle-ci étant une autorité collégiale, le juge unique qu'elle désigne est compétent pour statuer sur les affaires soumises à la procédure sommaire (art. 43 al. 1 let. e CDPJ, Code de droit privé judiciaire vaudois du 12 janvier 2010 ; BLV 211.01), qui s'applique notamment à la désignation d'un contrôle spécial de la société anonyme (art. 250 let. c ch. 8 CPC). Partant, le Juge délégué de la Cour civile est compétent pour statuer sur la requête du 21 octobre 2020. c) L'art. 70 al. 1 CPC prévoit que les parties soumises à un rapport de droit qui n'est susceptible que d'une décision unique doivent agir ou être actionnées conjointement (consortité nécessaire). Quant à l'art. 71 al. 1 CPC, il stipule que les personnes dont les droits et les devoirs résultent de faits ou de fondements juridiques semblables peuvent agir ou être actionnées conjointement (consortité simple). En l'espèce, les requérants, tous deux actionnaires de l'intimée, peuvent agir conjointement à l'encontre de cette dernière. II. Les requérants entendent obtenir l'instauration d'un contrôle spécial afin d'obtenir des informations sur la situation financière de l'intimée, en particulier s'agissant des mesures prises et envisagées pour pallier au manque de liquidités de la société, des mesures d'assainissement, du fondement des réserves émises par l'organe de révision dans son rapport pour l'exercice 2018-2019, de l'augmentation de la dette due aux institutions de prévoyance et des mesures prises pour s'en acquitter, des rétributions des membres du conseil d'administration ainsi que de leurs proches, et de la teneur de la décision rendue par l'administration fiscale à la suite du contrôle fiscal dont l'intimée a fait l'objet ainsi que des risques encourus à ce titre pour les années 2012 à 2019. Ils veulent également être informés de la raison pour laquelle les charges de personnel ont été attribuées de manière erronée dans la

- 23 - comptabilité, ainsi que de l'éventuelle existence d'un registre des actionnaires et de leurs ayants-droits économiques. III. a) Aux termes de l'art. 697a al. 1 CO, tout actionnaire

peut proposer à l'assemblée générale l'institution d'un contrôle spécial afin d'élucider des faits déterminés, si cela est nécessaire à l'exercice de ses droits et s'il a déjà usé de son droit à être renseigné ou à consulter les pièces. Si l'assemblée générale ne donne pas suite à la proposition, des actionnaires représentant 10% au moins du capital-actions ou des actions d'une valeur nominale de deux millions de francs peuvent, dans les trois mois, demander au juge la désignation d'un contrôleur spécial (art. 697b al. 1 CO). Les requérants ont droit à la désignation d'un contrôleur spécial lorsqu'ils rendent vraisemblable que des fondateurs ou des organes ont violé la loi ou les statuts et qu'ils ont ainsi causé un préjudice à la société ou aux actionnaires (art. 697b al. 2 CO). En vertu de l'art. 656b al. 3 CO, en cas d'institution d'un contrôle spécial contre la volonté de l'assemblée générale, le montant du capital-participation doit être ajouté à celui du capital-actions. Avant de s'adresser au juge, l'actionnaire doit ainsi proposer à l'assemblée générale l'institution d'un contrôle spécial. Il n'est pas nécessaire que ce point soit porté à l'ordre du jour (art. 700 al. 3 CO); le conseil d'administration a l'obligation de soumettre la proposition au vote de l'assemblée générale; s'il s'y refuse, son attitude équivaut à un refus de l'assemblée générale elle-même et l'actionnaire pourra s'adresser au juge (ATF 138 III 252 consid. 3.1; ATF 133 III 133 consid. 3.2). b) En l'espèce, lors de l'assemblée générale ordinaire du 24 juillet 2020, le requérant E._____ a demandé qu'il soit répondu aux questions qu'il a adressées au conseil d'administration par courriel du 21 juillet 2020. Il s'agissait de questions relatives au document envoyé par le conseil d'administration le 27 avril 2020, à l'attribution des charges de personnel à hauteur de 850'000 fr., à la teneur de la décision de

- 24 - l'administration fiscale rendue à la suite du contrôle fiscal effectué pour les années 2004 à 2011 et au risque d'une telle procédure pour les années 2012 à 2019, aux mesures prises et envisagées pour pallier au manque de liquidités de la société, à l'éventualité d'une situation de surendettement au sens de l'art. 725 al. 2 CO, à l'estimation du futur résultat d'exploitation annuel, au paiement des charges sociales, aux rétributions des membres du conseil d'administration ainsi que de leurs proches durant les cinq derniers exercices comptables, aux mesures d'assainissement prises en application de l'art. 725 al. 1 CO, et au respect du devoir de transmission de l'information au sens de l'art. 730b CO. Il n'est pas établi que le conseil d'administration ait répondu à ce courriel. Le requérant E._____ n'a pas non plus obtenu de réponses lors de l'assemblée générale ordinaire du 24 juillet 2020, sauf à la question de savoir si le document adressé par le conseil d'administration le 27 avril 2020 tenait lieu de rapport annuel. Le requérant E._____ a alors sollicité l'instauration d'un contrôle spécial portant sur les questions de son courriel du 21 juillet 2020. Soumise au vote de l'assemblée, cette demande a été rejetée. c) Le requérant E._____ détient 12,11 % du capital-actions de l'intimée et 12,26% au total avec le requérant Z._____. Ils ont ouvert action avant l'échéance du délai de trois mois à compter de l'issue de l'assemblée générale du 24 juillet 2020. Les conditions de forme posées par l'art. 697b al. 1 CO sont ainsi réalisées. IV. a) Le droit à l'information est l'un des droits fondamentaux de l'actionnaire. Ce droit à l'information est composé de trois paliers : en premier lieu, la communication spontanée des rapports de gestion et de révision (art. 696 CO), puis le droit d'être renseigné sur les affaires de la société (art. 697 CO) et enfin, le droit de demander l'institution d'un contrôle spécial (art. 697a ss CO). De tels droits à l'information de l'actionnaire subsistent en cas d'insolvabilité et/ou de faillite ou de procédure concordataire. Outre les trois paliers susmentionnés, l'actionnaire est titulaire de deux autres droits aux renseignements, plus ponctuels cette fois-ci : le droit de consulter le procès-verbal de

- 25 - l'assemblée générale (art. 702 al. 3 CO), par exemple en vue d'une action en annulation, et le droit d'être informé par écrit au sujet de l'organisation de la gestion (art. 716b al. 2 CO). Cette dernière disposition permet de connaître précisément l'attribution des compétences au sein de la haute direction, et de savoir, le cas échéant, contre qui ouvrir une action en responsabilité (art. 754 CO). Le droit à l'information de l'actionnaire s'articule ainsi essentiellement autour de l'assemblée générale : l'actionnaire doit recevoir le rapport de gestion et révision au plus tard vingt jours avant la tenue de l'assemblée générale, et c'est seulement au cours de cette dernière qu'il est en droit de demander des renseignements sur les affaires de la société ou requérir l'institution d'un contrôle spécial. L'obtention rapide d'informations est donc hors de question. Cela peut se révéler malvenu pour l'investisseur, notamment lorsqu'il s'agit d'un investissement en capital-risque, où le facteur temps est déterminant. Le Tribunal fédéral a d'ailleurs pris certaines positions particulièrement favorables aux actionnaires, rendant plusieurs décisions et améliorant sensiblement la protection de leurs droits patrimoniaux et sociaux, en particulier les droits à l'information. La protection du sociétariat minoritaire est un principe fondamental du droit des sociétés qu'il n'est pas criticable de garantir, même si cela peut se faire parfois au fort détriment de l'actionnaire majoritaire et qu'aucune base légale ne prévoit ce principe (DuPasquier, Le droit aux renseignements de l'investisseur, in REPRAX 1/2020, pp. 30 ss). b) Tout comme la demande de renseignements et de consultation, le contrôle spécial est un moyen offert aux actionnaires pour obtenir des informations sur les affaires de la société, afin de leur permettre de faire usage de leurs droits en toute connaissance de cause (ATF 138 III 252 consid. 3.1; ATF 133 III 180 consid. 3.4, JdT 2010 I 239, SJ 2007 p. 1193; ATF 123 III 261 consid. 2a, JdT 1999 I 27; ATF 120 II 393 consid. 4, JdT 1995 I 571 et les références citées). Le contrôle spécial est subsidiaire en ce sens que l'actionnaire doit s'efforcer d'obtenir les informations qu'il souhaite en faisant valoir son droit aux renseignements et à la consultation des livres et de la

- 26 - correspondance, tel qu'il est prévu par l'art. 697 CO. Il doit donc tout d'abord formuler ses questions avec une certaine précision et les adresser au conseil d'administration lors de l'assemblée générale; les questions posées doivent correspondre, au moins dans les grandes lignes, à celles pour lesquelles le contrôle spécial est ensuite demandé; s'il n'obtient pas de réponse satisfaisante, l'actionnaire n'est pas obligé de s'adresser au juge selon la voie de l'art. 697 al. 4 CO et il peut choisir alternativement de demander un contrôle spécial (ATF 138 III 252 consid. 3.1; ATF 133 III 133 consid. 3.2, JdT 2007 I 296, SJ 2007 I 349 et les auteurs cités; ATF 123 III 261 consid. 3a). Pour que le juge institue un contrôle spécial au sens de l'art. 697b CO, il faut que le ou les requérants rendent vraisemblable que des fondateurs ou des organes ont violé la loi ou les statuts et qu'ils ont ainsi causé un préjudice à la société ou aux actionnaires (art. 697b al. 2 CO). Pour qu'une vraisemblance soit établie, il ne suffit pas que l'actionnaire ne fasse qu'affirmer ou soupçonner, sans aucun indice sérieux, pour entraîner une mesure aussi lourde que le contrôle spécial; le requérant doit rendre vraisemblable que le comportement ou l'omission des organes a violé une disposition légale ou statutaire précise en indiquant en quoi consiste cette violation (ATF 138 III 252 consid. 3.1; ATF 120 II 393 consid. 4c; TF 4A_215/2010 du 27 juillet 2010 consid. 3.1.3, rés. in SJ 2010 I 554). Les faits à élucider doivent être nécessaires à l'exercice de droits des actionnaires : c'est notamment le cas s'ils sont pertinents pour l'introduction d'une action en responsabilité ou pour l'exercice des droits sociaux. La violation des statuts ou de la loi ainsi que le dommage qu'il appartient au demandeur de rendre vraisemblables doivent être en relation avec les faits objet de la requête de contrôle spécial. Une preuve stricte n'est pas

requis du demandeur, mais celui-ci ne peut pas se contenter de simples affirmations dépourvues d'un minimum d'ancrage concret. La motivation de la requête de contrôle spécial doit être dotée de chances de succès raisonnables (einigermassen aussichtsreich) ou apparaître au moins soutenable, sur la base d'un examen sommaire. La

- 27 - simple existence de relations de proximité entre la société ou certains de ses actionnaires et un tiers avec lequel la société a conclu divers contrats ne suffit par exemple pas à rendre vraisemblable l'existence d'un conflit d'intérêts permettant d'admettre la demande de contrôle spécial en tant qu'elle porte sur l'examen des conditions desdits contrats (Philippin, 1. Sociétés commerciales (sauf responsabilité des organes), in Not@lex 2014, pp. 132 ss). Le manque d'information du requérant se manifeste ainsi : il doit présenter comme vraisemblable au juge ce qu'il ne peut généralement que supposer et qu'il ne sait précisément pas. Cette vraisemblance constitue cependant le point d'ancrage de la procédure de contrôle spécial et empêche l'abus procédurier (Von Büren/Stoffel/Weber, Grundriss des Aktienrechts, 3e éd. 2011, n. 945). Si le juge formule des exigences trop élevées à l'égard de la plausibilité d'un préjudice, le but et la finalité du contrôle spécial restent lettre morte ; si elles sont trop faibles, l'intention du législateur est contournée (Von der Crone, Aktienrecht, 2014, § 8 n. 133). Dans le cas où le conseil d'administration d'une société anonyme verse discrètement d'importants bonus, que les actionnaires ont des soupçons dans ce sens et qu'ils souhaitent engager une action en responsabilité, ils ne disposent généralement que d'informations insuffisantes et leur volonté d'intenter une action ne peut souvent être fondée que sur des suppositions et non sur des preuves « solides ». L'exercice du droit de demander des renseignements ou de consulter des documents n'étant alors pas d'une grande aide pour les actionnaires dans cette situation, ils ne disposent plus que du contrôle spécial en guise de dernier moyen d'information (Hari, Droit des sociétés en 2016 – quo vadis ?, in REPRAX 2/2017, pp. 55 ss). Le contrôle spécial doit en outre répondre à un intérêt actuel et digne de protection; il ne peut donc pas porter sur des faits déjà connus. Il doit avoir pour objet des informations utiles pour permettre à l'actionnaire d'exercer ses droits, en particulier d'intenter une action en

- 28 - responsabilité contre les organes sociaux (ATF 138 III 252 consid. 3.1; ATF 123 III 261 consid. 4a). Le contrôle spécial doit tendre à établir des faits déterminés, et non pas à obtenir des appréciations ou des jugements de valeur; il n'est pas admissible de demander un examen à des fins purement exploratoires dans l'espoir de découvrir des irrégularités dont le requérant ne sait rien (ATF 138 III 252 consid. 3.1 et les références citées). Le contrôle spécial ne peut pas non plus avoir pour but de procéder à un examen complet des comptes en se substituant à l'organe de révision (ATF 133 III 453 consid. 7.5). Ainsi, même s'il appartient aux actionnaires de décider dans quelle mesure ils sont satisfaits ou non des informations communiquées, l'on ne saurait conclure à l'existence d'un intérêt actuel et digne de protection si les faits devant faire l'objet d'un contrôle spécial sont déjà connus grâce aux informations délivrées par le conseil d'administration. On reconnaîtra par contre l'existence d'un intérêt si le conseil d'administration a donné une réponse incomplète ou fautive lors de l'assemblée générale. Le requérant doit rendre vraisemblable que des doutes subsistent par rapport aux informations fournies par le conseil d'administration (TF 4A_215/2010 du 27 juillet 2010 consid. 3.1.2). Dans le cas où un contrôle spécial est institué, le juge charge un ou des experts indépendants de l'exécution du contrôle et définit l'objet de celui-ci dans les limites de la requête (art. 697c CO). Les fondateurs, les organes, les mandataires, les travailleurs, les curateurs et les liquidateurs sont tenus de renseigner le

contrôleur spécial sur les faits importants, puis ce dernier entend la société sur le résultat du contrôle spécial (art. 697d CO). Il rend ensuite compte du résultat de son contrôle de manière détaillée, tout en sauvegardant le secret des affaires et présente son rapport au juge. Celui-ci transmet le rapport à la société qui, le cas échéant, lui indique les passages du rapport qui portent atteinte au secret des affaires ou à d'autres intérêts sociaux dignes de protection; il décide si ces passages doivent de ce fait être soustraits à la consultation des requérants. Le juge donne en outre l'occasion à la société et aux requérants de prendre position sur le rapport épuré et de poser des questions supplémentaires (art. 697e CO). Selon l'art. 697f CO, le conseil

- 29 - d'administration soumet le rapport et les prises de position à l'assemblée générale suivante. Tout actionnaire peut alors, dans l'année qui suit l'assemblée générale, exiger de la société un exemplaire du rapport et des prises de position. S'agissant des frais relatifs au contrôle spécial, si le juge agréé la requête tendant à désigner un contrôleur spécial, il met l'avance et les frais à la charge de la société ; toutefois, si des circonstances particulières le justifient, il peut mettre tout ou partie des frais à la charge des requérants. Dans le cas où l'assemblée générale a consenti au contrôle spécial, la société en supporte les frais (art. 697g CO). En définitive, pour que le tribunal ordonne un contrôle spécial, le requérant doit solliciter une information qui n'est pas contenue dans les rapports de gestion et/ou de révision, respectivement rendre vraisemblable qu'une information qui y serait mentionnée serait erronée ou incomplète et rendre vraisemblable que l'information n'est pas couverte par le secret d'affaires. Il doit en outre solliciter celle-ci avec suffisamment de précision pour exclure une action exploratoire. Enfin, il doit justifier d'un intérêt actuel et digne de protection à l'obtention de l'information, lequel se concrétise d'une part par le fait que l'information se révélerait nécessaire à l'exercice de ses droits d'actionnaire et d'autre part par l'exclusion d'une éventuelle volonté de nuire à la société. c) aa) En l'espèce, les questions posées dans le cadre de la requête du 21 octobre 2020 correspondent aux questions adressées par écrit le 21 juillet 2020 par le requérant, questions auxquelles celui-ci s'est référé lors de l'assemblée générale du 24 juillet 2020 et au sujet desquelles le contrôle spécial a alors été refusé. Il apparaît que les questions ne sont pas libellées exactement de la même manière, puisque les conclusions de la requête ont été rédigées par le conseil des requérants alors que le courriel l'a été par le requérant E._____ lui-même, qui n'est pas juriste. Les questions correspondent toutefois dans les grandes lignes à celles qui figurent dans les conclusions de la requête, ce qui est suffisant selon les conditions retenues par la jurisprudence.

- 30 - Comme le relève l'intimée, il est vrai que le requérant E._____ a été membre du conseil d'administration de la société. Il ne l'a toutefois été que du 22 août 2016 au 13 décembre 2017, soit avant l'exercice social concerné par la présente procédure. Cela fait donc plus de trois ans qu'il ne siège plus au conseil d'administration et, contrairement à ce que plaide l'intimée, sa position ne lui permet pas de connaître les réponses aux questions litigieuses. Quant au requérant Z._____, il n'a, lui, jamais été membre du conseil d'administration. Les requérants sont donc tous deux habilités à se renseigner sur des éléments de fait auxquels ils n'ont pas accès en leur simple qualité d'actionnaires. L'intimée soutient que les questions de la présente procédure sont les mêmes que celles qui ont été posées par les actionnaires lors de l'exercice social concerné par la requête de contrôle spécial déposée en 2018 qui a été rejetée. Or, non seulement cela n'est pas le cas – puisqu'il s'agissait alors notamment de questions relatives à la chute du chiffre d'affaires, à l'absence

de constitution de réserves, au paiement des charges sociales, aux litiges administratifs et judiciaires de la société, ainsi qu'à la procédure de contrôle fiscal alors en cours -, mais il apparaît en outre que la situation de la société - pour laquelle les rapports établis par deux organes de révision pour les exercices 2017/2018 et 2018/2019 sont alarmants - est très différente de celle qui prévalait lors de la première procédure de contrôle spécial. Il convient dès lors d'examiner, pour chacune des questions posées, si les conditions légales pour l'instauration d'un contrôle spécial sont réalisées. bb) i) S'agissant de l'attribution des charges de personnel d'un montant de 850'000 fr. dans la comptabilité, le réviseur [...] a relevé que ces charges n'ont pas été présentées séparément au compte de résultat ou dans l'annexe aux comptes annuels, mais qu'elles ont été regroupées avec d'autres charges au compte de résultat sous diverses

- 31 - rubriques. Dans le document adressé aux actionnaires le 27 avril 2020, repris dans le rapport annuel qui leur a été remis lors de l'assemblée générale du 24 juillet 2020, le conseil d'administration a expliqué qu'il avait décidé de ne pas faire la modification demandée par l'organe de révision sur ce point en vertu du principe de continuité de la méthode comptable appliquée « depuis très longtemps » et « qui combine une distribution des charges salariales par nature et par fonction, selon les besoins ». Or, non seulement le conseil d'administration n'a pas répondu de manière satisfaisante à la question de savoir pour quelle raison il agissait ainsi, mais il apparaît en outre que cette façon de faire constitue une violation avérée des principes régissant l'établissement régulier des comptes et des prescriptions légales en matière de présentation des comptes. Celles-ci, notamment l'art. 959b al. 4 CO, sont entrées en vigueur le 1er janvier 2013, soit il y a plus de huit ans. C'est également la conclusion de l'organe de révision. ii) Concernant la question de la teneur de la décision rendue par l'administration fiscale dans le cadre du contrôle fiscal intervenu pour les années 2004 à 2011, ainsi que des risques encourus pour les années 2012 à 2019, le réviseur [...] a indiqué en 2018 qu'aucun document n'avait été mis à sa disposition afin de lui permettre de contrôler la mention relative à la procédure de contrôle fiscal en cours et que le conseil d'administration estimait alors qu'il n'était pas nécessaire de comptabiliser de provision à cet égard. Au mois de mars 2020, le réviseur [...] a, quant à lui, expliqué qu'il n'avait pas pu obtenir de la direction le rapport de contrôle ainsi que l'intégralité de ses annexes, en dépit de ses demandes réitérées, et qu'il n'était dès lors pas en mesure de connaître les motifs des reprises fiscales pour les années 2004 à 2011, ni de déterminer s'il existait un risque de reprises pour les années ultérieures à la période du contrôle (2012 à 2019). Il ne pouvait pas non plus examiner si la provision de 760'000 fr. était suffisante ou non pour couvrir les risques de reprises fiscales jusqu'au 30 juin 2019. Le devoir d'information et de transmission à l'organe de révision (art. 730b CO) n'a donc vraisemblablement pas été respecté par les organes de l'intimée. Le conseil d'administration, dans son courrier du 27 avril 2020 adressé aux

- 32 - actionnaires, a seulement déclaré qu'il avait de bonnes raisons d'estimer que cette provision était largement suffisante. Il a ajouté, dans son rapport annuel remis lors de l'assemblée générale du 24 juillet 2020, qu'il estimait aussi que le risque pour les années ultérieures à 2011 était très faible. iii) S'agissant des mesures d'assainissement prises par le conseil d'administration, le réviseur [...], qui a relevé que la moitié du capital-actions et des réserves légales n'était plus couverte (art. 725 al. 1 CO), a constaté en 2018 que le conseil d'administration n'avait pas été en mesure de lui expliquer ni de lui montrer par des documents probants si et dans quelles conditions la capacité à continuer l'exploitation était

assurée, ceci en dépit de demandes réitérées de sa part. Le réviseur n'a par conséquent pas pu contrôler si l'hypothèse de la continuité de l'exploitation telle qu'expliquée dans l'annexe aux comptes annuels sous la lettre J3 (réévaluation des immeubles, diminution des charges, augmentation du chiffre d'affaires, emprunts, ventes d'immeubles et de participations) et sur laquelle repose l'établissement des comptes annuels, était justifiée. Le réviseur [...], qui a également relevé que la moitié du capital-actions et des réserves légales n'était plus couverte (art. 725 al. 1 CO), a indiqué, au mois de mars 2020, qu'en dépit de demandes réitérées, le conseil d'administration n'avait pas été en mesure de lui expliquer si et dans quelles conditions la capacité à continuer l'exploitation était assurée, la remarque J3 (réévaluation des immeubles, diminution des charges, augmentation du chiffre d'affaires, emprunts, ventes d'immeubles et de participations) figurant dans l'annexe aux comptes annuels n'expliquant pas suffisamment la situation. Il n'a par conséquent pas pu contrôler si l'hypothèse de la continuité de l'exploitation sur laquelle reposait l'établissement des comptes annuels était justifiée. Lors de l'assemblée générale, le conseil d'administration a simplement expliqué qu'il avait évité de recourir à des licenciements pour motif économique, qu'il avait maintenu l'emploi, qu'il n'avait pas réduit de salaires sauf pour les cadres, que la mention de la vente possible d'un (ou

- 33 - des) bâtiment(s) n'impliquait en aucun cas la cession de l'exploitation et qu'en ce qui concernait l'article 725 CO, il y avait lieu de tenir compte des réserves latentes (immeubles, filiales, etc.). iv) Concernant les réserves émises par l'organe de révision dans son rapport pour l'exercice 2018-2019, le président du conseil d'administration s'est contenté de répondre lors de l'assemblée générale que « les réviseurs, même s'ils émettent diverses réserves, ont bien rendu leur rapport ». Le rapport annuel a, quant à lui, relevé que « de façon générale, les organes de révision ont de grandes responsabilités légales et font donc toujours preuve d'une extrême prudence ». Il ressort toutefois des pièces au dossier qu'aucun réviseur ([...] pour l'exercice 2017-2018 et [...] pour l'exercice 2018-2019) n'a pu délivrer une opinion de contrôle du fait même des réserves émises. Ils ont en effet été dans l'impossibilité d'obtenir des informations de la part du conseil d'administration sur la continuation de l'exploitation ainsi que des informations en relation avec le contrôle fiscal de la société. Ils n'ont donc notamment pas pu déterminer la base d'évaluation des comptes annuels. Dans son rapport annuel, le conseil d'administration a admis qu'il n'avait pas souhaité transmettre au réviseur certains documents qu'il demandait, ceci en raison du caractère hautement confidentiel des contacts en cours. Le secret des affaires argué par l'intimée ne permet toutefois pas à celle-ci de se soustraire à son devoir d'information et de transmission au sens de l'art. 730b CO, au risque de vider de sa substance la mission même de l'organe de révision. Il convient de rappeler que celui-ci est, de par la loi, tenu de garder le secret sur ses constatations et de garantir le secret des affaires de la société selon la disposition citée. v) Concernant l'augmentation du montant dû aux institutions de prévoyance et des mesures mises en place pour l'acquittement de cette dette d'un montant de 449'940 fr. 70, il apparaît que le montant dû est passé de 41'655 fr. 85 en 2018 à 449'940 fr. 70 en 2019. Le conseil d'administration n'a donné aucune explication à ce sujet, se contentant de répondre que le solde de cette position comptable fluctuait régulièrement et que de toute façon les employés avaient la garantie de recevoir les

- 34 - prestations auxquelles ils avaient droit. En outre, alors que les comptes annuels ne font pas la distinction entre les primes AVS et les primes LPP et qu'il était également demandé à l'intimée de préciser quel était le montant exact dû à la Caisse AVS sur le

montant total, le conseil d'administration n'a pas donné de réponse à cet égard. Il s'est même contenté, en procédure, d'alléguer que l'intimée avait du retard dans le paiement des cotisations, sans plus amples détails (all. 119). Or, une telle situation peut être constitutive d'une violation à la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants du 20 décembre 1946 (LAVS ; RS 831.10) ou à la loi fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LPP ; RS 831.40) et il en va de la responsabilité des administrateurs de renseigner les actionnaires et de clarifier l'état des comptes à ce sujet. vi) S'agissant des mesures prises et envisagées par l'intimée pour pallier au manque de liquidités selon l'annexe J3 des comptes 2018/2019, le conseil d'administration n'a pas renseigné l'organe de révision (art. 730b CO), ni les actionnaires, sur les démarches effectuées telles que mentionnées dans ce document, soit s'il envisageait de procéder à des emprunts, des ventes d'immeubles ou des ventes de participations. Le conseil d'administration a indiqué dans son courrier du 27 avril 2020 adressé aux actionnaires qu'il avait entrepris « un ensemble de démarches [...] bien avancées qui [...] permettront de résoudre le problème de[s] liquidités ». Il n'a pas abordé le sujet lors de l'assemblée générale du 24 juillet 2020 et l'intimée n'a pas été plus claire dans le cadre de sa réponse en procédure, puisqu'elle a seulement allégué que « tout est envisagé pour dégager des liquidités, soit des emprunts, des ventes d'immeubles » (all. 117). vii) Concernant le rapport des rétributions de l'actionnaire principal, de ses proches, de ses conseillers et des membres du conseil d'administration avec leurs contre-prestations et la situation économique de l'intimée, alors que, lors de la procédure de contrôle spécial de 2018, [...] avait clairement indiqué le montant de sa rémunération, le conseil d'administration a seulement répondu lors de l'assemblée générale du 24

- 35 - juillet 2020 que les rémunérations étaient en rapport avec les contre-prestations reçues, et que seuls les membres du conseil d'administration qui n'étaient pas employés de la société recevaient une rétribution ainsi que le remboursement de leurs frais, ceci sans donner aucun chiffre. viii) S'agissant de l'existence d'un registre des actionnaires et de sa communication aux actionnaires, alors que l'obligation de tenir un tel registre incombe à l'intimée et que les requérants ont sollicité la liste des détenteurs d'actions au porteur ainsi que des ayants-droits économiques de ces actions annoncés à la société par courrier du 19 novembre 2019 resté sans réponse, le conseil d'administration, sans donner d'informations lors de l'assemblée générale du 24 juillet 2020, a seulement informé les actionnaires que l'intimée connaissait déjà les détenteurs des actions au porteur « dans une très large mesure », mais que des démarches seraient effectuées afin d'avoir un registre des actionnaires « le plus à jour possible ». Or, il s'avère que l'obligation légale correspondante (art. 697I CO) a été introduite en 2014 et est entrée en vigueur le 1er juillet 2015. Cette disposition n'est donc vraisemblablement pas respectée par les organes de l'intimée depuis plusieurs années. cc) Au vu de ce qui précède, il apparaît que les requérants n'ont pas obtenu de réponses à leurs questions ou seulement des réponses partielles, voire très partielles, sur des points sur lesquels les deux organes de révision qui sont intervenus n'ont pu exprimer leur opinion de contrôle durant deux exercices consécutifs. Les requérants ont donc suffisamment démontré que le manque d'informations relatives aux sujets concernés par les questions litigieuses empêche les actionnaires de voter en toute connaissance de cause et que le comportement des organes de l'intimée s'inscrit vraisemblablement dans la violation de nombreuses dispositions légales, qu'il s'agisse des art. 697I, 959b, 725 ou 730b CO. En outre, les rapports alarmants des réviseurs, couplés au non-respect des prescriptions précitées, dans un contexte de perte de capital au sens de l'art. 725 al. 1 CO, renforcent d'autant plus la

légitimité des demandes de renseignements, dans des circonstances qui font craindre un

- 36 - dommage évident pour les propriétaires de la société, soit pour les actionnaires. Les conditions relatives à l'instauration d'un contrôle spécial au sens des art. 697a ss CO sont donc remplies. La requête du 21 octobre 2020 doit par conséquent être admise et il convient de désigner un contrôleur spécial afin qu'il élucide les faits soulevés par les questions des requérants, qui sont nécessaires à l'exercice des droits des actionnaires. V. a) En vertu de l'art. 106 al. 1 première phrase CPC, les frais, qui comprennent les frais judiciaires et les dépens (art. 95 al. 1 CPC) sont mis à la charge de la partie succombante. Les dépens comprennent les débours nécessaires et le défraiement d'un représentant professionnel (art. 95 al. 3 let. a et b CPC). Les débours nécessaires, qui incluent notamment les frais de déplacement, de téléphone, de port et de copie sont estimés, sauf élément contraire, à 5% du défraiement du représentant professionnel et s'ajoutent à celui-ci (art. 19 TDC – tarif du

E. 13

novembre 2010 des dépens en matière civile; BLV 270.11.6). b) En l'espèce, les frais judiciaires, arrêtés à 3'000 fr. (art. 28 TFJC – tarif des frais judiciaires en matière civile du 28 septembre 2010; BLV 270.11.5), doivent être mis à la charge de l'intimée qui succombe. Dans la mesure où les requérants ont versé en mains du tribunal l'avance de frais à hauteur de ce montant le 6 novembre 2020, l'intimée leur remboursera cette somme. En outre, elle leur versera des dépens qu'il convient d'arrêter à 5'000 fr., débours en sus par 250 fr. (art. 3, 6 et 19 TDC). * * * * *

- 37 - Par ces motifs, le juge délégué de la Cour civile, statuant à huis clos : I. Ordonne le contrôle spécial de l'intimée I._____. II. Désigne [...], en qualité de contrôleur spécial. III. Dit que la mission du contrôleur spécial est de répondre aux questions suivantes : 1. Quel est le fondement des réserves émises par l'organe de révision dans son rapport pour l'exercice 2018-2019 ? Ces réserves sont-elles justifiées ? 2. Quels sont les motifs pour lesquels les charges de personnel d'un montant de CHF 850'000.-, ont été attribuées de manière erronée dans la comptabilité en violation de l'art. 959b al. 4 CO ? 3. Quelle est la teneur de la décision rendue par l'Administration fiscale suite au contrôle fiscal intervenu pour les années 2004 à 2011 et de l'intégralité de ses annexes ? Quels sont les risques encourus par la société I._____ pour les années 2012 à 2019 à cet égard ? 4. Quels sont les motifs pour lesquels aucune mesure d'assainissement n'a été prise au vu de la situation financière dans laquelle se trouve la société, en violation par le Conseil d'administration de ses obligations légales à cet égard ? 5. Quelles sont les diverses mesures prises et envisagées par la société I._____ pour pallier au manque de liquidités, « telles qu'emprunts, vente d'immeubles,

- 38 - ventes de participations » selon annexe J3 des comptes 2018/2019 ? 6. Quels sont les motifs pour lesquels la société I._____ a une créance envers les institutions de prévoyance d'un montant de CHF 449'940.70 pour l'exercice 2019 arrêté au 30 juin 2019 ? De ce montant, quel est le montant exact dû à la Caisse AVS ? Quels sont les motifs pour l'augmentation de cette dette en comparaison à l'exercice 2018, lorsque le montant de cette dette s'élevait à CHF 41'655.85 ? Quelles sont les mesures mises en place par l'I._____ pour s'acquitter de la dette de CHF 449'940.70 ? 7. Est-ce que les rétributions de l'actionnaire principal, de tous ses proches, de ses conseillers ainsi que ceux des membres du conseil d'administration des 5 derniers exercices et celui en cours étaient en rapport avec la contre-prestation reçue ainsi qu'avec la situation économique de la SA. Ceci concerne les

salaires, dividendes, jetons, tantièmes, frais ou avantages reçus de l'I. _____ ou d'autres sociétés en main partielle ou totale de l'I. _____ et de son groupe ? 8. Quels sont les motifs pour lesquels I. _____ ne tient pas de registre des actionnaires avec indication des actions au porteur et de leurs ayants-droits économiques à jour ? Un tel registre existe-t-il et cas échéant, pourquoi n'est-il pas communiqué aux actionnaires ? S'il existe, le registre en question doit être communiqué au contrôleur spécial et mis à la disposition des actionnaires, y compris des requérants.

- 39 - IV. Dit que l'avance de frais demandée par le contrôleur spécial sera supportée par l'intimée. V. Dit que les frais de la présente procédure sont arrêtés à 3'000 fr. (trois mille francs) pour l'intimée. VI. Dit que l'intimée versera aux requérants Z. _____ et E. _____, solidairement entre eux, le montant de 8'250 fr. (huit mille deux cent cinquante francs) à titre de remboursement de l'avance de frais et de pleins dépens. Le juge délégué : La greffière : J.-F. Meylan M. Bron Du Le jugement qui précède, lu et approuvé à huis clos, est notifié, par l'envoi de photocopies, aux conseils des parties, ainsi qu'au contrôleur spécial désigné. Le présent jugement peut faire l'objet d'un recours en matière civile devant le Tribunal fédéral au sens des art. 72 ss LTF et 90 ss LTF (loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral - RS 173.110), cas échéant d'un recours constitutionnel subsidiaire au sens des art. 113 ss 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 : M. Bron

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