



POUVOIR JUDICIAIRE

C/1371/2023

ACJC/110/2024

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre civile

DU MARDI 30 JANVIER 2024

Entre

A_____ SA, sise _____, requérante, représentée par Me Yama SANGIN, avocat,
Lexpro, rue Rodolphe-Töpffer 8, 1206 Genève,

et

B_____ SA, c/o Me C_____, _____, citée, représentée par Me C_____, avocat.

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du 1^{er} février 2024

EN FAIT

A. a. A_____ SA est une société anonyme inscrite au Registre du commerce de Genève, dont le but est notamment l'exploitation de discothèques, de cafés, de restaurants et d'établissements publics.

D_____ et E_____ en sont administrateurs, respectivement président et secrétaire-directeur.

b. B_____ SA (ci-après : B_____ SA ou la société), société anonyme inscrite au Registre du commerce de Genève, a pour but l'achat, la vente, l'administration et la gestion de participation dans des sociétés ou des entreprises commerciales et financières en Suisse et à l'étranger.

F_____ en est administrateur unique depuis 2017.

Le capital-actions de B_____ SA est de 100'000 fr., composé de 100 actions de 1000 fr. nominatives liées selon les statuts.

Le capital-actions de B_____ SA est détenu à 40% par A_____ SA, à 40% par G_____ SA, société anonyme inscrite au Registre du commerce du Valais, et à 20% par H_____ SA, société anonyme inscrite au Registre du commerce de Genève.

c. Par courrier du 16 décembre 2020, A_____ SA a formellement requis de B_____ SA la convocation d'une assemblée générale, la transmission des comptes 2017 à 2019 de la société et de ses sociétés filles, ainsi que les comptes de pertes et profits 2017 à 2019 desdites sociétés, lui impartissant un délai au 31 décembre 2020 pour ce faire.

d. Par courrier du 12 février 2021, le conseil d'administration de B_____ SA a convoqué une assemblée générale extraordinaire pour le 15 mars 2021, dont l'ordre du jour comportait l'élection d'un nouvel organe de révision et la modification du siège de la société.

e. Par courrier du 8 mars 2021, A_____ SA a, en vue de cette assemblée générale extraordinaire, imparti à B_____ SA un délai au 9 mars 2021 pour lui remettre, notamment, les comptes de la société et a également demandé l'inscription à l'ordre du jour de certains points.

Aucune suite n'a été donnée à ce courrier.

f. A la suite de l'assemblée générale extraordinaire tenue le 15 mars 2021, A_____ SA a, par courrier du 16 mars 2021, requis, en vain, notamment, la

tenue d'une assemblée générale de la société dans les 20 prochains jours et la remise, quinze jours avant ladite assemblée, de la copie de ses comptes.

g. A_____ SA a, une nouvelle fois, requis de B_____ SA, par courrier du 10 décembre 2021, la tenue d'une assemblée générale d'ici au 28 février 2022, l'inscription à l'ordre du jour, avec ses déterminations, de l'approbation des comptes de la société pour les années 2017 à 2020 et de ses rapports annuels pour les années 2017 à 2020, la nomination d'un nouvel administrateur, l'institution d'un contrôle spécial, ainsi que la consultation des livres et de la correspondance de la société.

Cette dernière n'y a, à nouveau, pas donné suite.

h. Par jugement JTPI/7917/2022 du 29 juin 2022 (C/1_____/2022) et sur requête de A_____ SA déposée le 1^{er} avril 2022, le Tribunal de première instance (ci-après : le Tribunal) a, notamment, désigné Me I_____, notaire à Genève, aux fins de convoquer une assemblée générale de B_____ SA, avec pour ordre du jour les points suivants :

- a. Approbation des comptes de B_____ SA pour les années 2017 à 2020; proposition de A_____ SA : non.
- b. Approbation des rapports annuels de B_____ SA pour les années 2017 à 2020; proposition de A_____ SA : non.
- c. Nomination d'un nouvel administrateur; proposition de A_____ SA : Monsieur D_____
- d. Institution d'un contrôle spécial; proposition de A_____ SA : oui.

i. Par courrier du 27 juillet 2022, Me I_____ a convoqué une assemblée générale de B_____ SA pour le 29 août 2022 avec l'ordre du jour qui précède.

j. L'administrateur de cette dernière ne s'étant pas présenté à cette assemblée générale extraordinaire, Me I_____ a constaté une carence dans la tenue de celle-ci.

k. Une nouvelle assemblée générale extraordinaire de B_____ SA a eu lieu à la date du 10 octobre 2022, dont le procès-verbal a été établi le 27 octobre 2022, lors de laquelle l'administrateur de la société a indiqué ne pas présenter les comptes établis pour les années 2017 à 2020, aux motifs qu'ils n'étaient pas encore révisés et qu'ils seraient présentés lors de la prochaine assemblée générale extraordinaire à convoquer pour le 8 novembre 2022. L'approbation des rapports annuels a été reportée. Les actionnaires ont, par ailleurs, prolongé le mandat d'administrateur de F_____ et ont refusé l'institution d'un contrôle spécial.

l. Une copie des comptes pour les années 2017 à 2020 a accompagné la convocation à l'assemblée générale extraordinaire de B_____ SA du 8 novembre 2022.

Lors de cette assemblée, A_____ SA a souhaité poser oralement des questions sur les comptes au conseil d'administration, lequel a refusé d'y répondre oralement et a invité l'actionnaire à procéder par écrit. Celle-ci a dès lors remis une liste de questions au conseil d'administration concernant les comptes de la société, les mises en faillite de filiales, l'existence d'une activité actuelle de la société et les raisons pour lesquelles le conseil d'administration n'avait pas tenu d'assemblée générale précédemment. A_____ SA a déclaré que, selon elle, la comptabilité était fautive, a soulevé la question du surendettement de B_____ SA et a réservé toute action en responsabilité contre le conseil d'administration et l'organe de révision. A_____ SA s'est abstenue de voter sur l'approbation des comptes. Suivant la recommandation du conseil d'administration, les autres actionnaires ont refusé de donner leur approbation sur les comptes en raison des réserves émises par le réviseur.

m. Par courrier du 15 décembre 2022, A_____ SA a indiqué à F_____ qu'elle considérait B_____ SA en situation de surendettement au sens de l'art. 725 al. 2 CO et qu'il lui appartenait d'en aviser le juge. Elle l'a mis en demeure - sans succès - de répondre aux questions posées lors de la dernière assemblée générale du 8 novembre 2022.

B. **a.** Par acte expédié le 26 janvier 2023 à la Cour de justice (ci-après : la Cour), A_____ SA a requis, sous suite de frais judiciaires et dépens, la désignation d'un expert indépendant chargé de réaliser un contrôle spécial de B_____ SA afin de déterminer si la société était en situation de surendettement au sens de l'art. 725 al. 2 CO et de répondre à des questions, celles-ci correspondant à celles listées par écrit et remises au conseil d'administration lors de l'assemblée générale extraordinaire du 8 novembre 2022.

b. B_____ SA a conclu au déboutement de A_____ SA de toutes ses conclusions dans la mesure de la recevabilité de la requête, avec suite de frais judiciaires et dépens.

c. Par réplique du 27 avril 2023 et duplique du 16 juin 2023, les parties ont persisté dans leurs conclusions respectives.

d. Elles ont été informées par la Cour de ce que la cause était gardée à juger par courriers du 6 juillet 2023.

EN DROIT

1. Etant donné l'entrée en vigueur du nouveau droit de la société anonyme le 1^{er} janvier 2023, se pose la question du droit transitoire applicable à la requête introduite le 26 janvier 2023.

1.1. A teneur des dispositions transitoires prévues dans la modification du droit de la société anonyme du 19 juin 2020, les art. 1 à 4 du Titre final du Code civil sont applicables à ladite modification, sous réserve des dispositions suivantes (art. 1 al. 1). Les dispositions du nouveau droit s'appliquent dès son entrée en vigueur à toutes les sociétés existantes (art. 1 al. 2). Aucune autre disposition transitoire n'est prévue pour les articles du Code des obligations trouvant application dans le présent litige.

L'art. 1 al. 1 du Titre final du Code civil - qui pose le principe de non-rétroactivité de la loi nouvelle - prévoit que les effets juridiques de faits antérieurs à l'entrée en vigueur du code civil continuent à être régis par les dispositions du droit fédéral ou cantonal sous l'empire duquel ces faits se sont passés.

Les effets juridiques de faits qui se sont passés sous l'empire de la loi ancienne, mais dont il n'est pas résulté de droits acquis avant la date de l'entrée en vigueur, sont régis dès cette date par la loi nouvelle (art. 4 du Titre final du Code civil).

L'idée est qu'un "*fait passé*" ne doit en principe pas produire d'effets différents par la seule entrée en vigueur d'une loi nouvelle. Il en va ainsi lorsque des rapports ont débuté avant l'entrée en vigueur du nouveau droit, ont généré un droit acquis sous l'empire de l'ancien droit et existent toujours après le changement de loi (PICHONNAZ/PIOTET, CR-CC II, 2016, n. 45 et 89 ad art. 1-4 Tit. fin. CC).

Le Tribunal fédéral a retenu, lors de l'entrée en vigueur des art. 967 et ss CO le 1^{er} juillet 1992, que le droit à la désignation d'un contrôleur spécial est applicable dès l'entrée en vigueur du nouveau droit, même s'il vise à élucider des faits antérieurs au 1^{er} juillet 1992 (ATF 120 II 393 = JdT 1995 I 571).

1.2 En l'occurrence, la requête en désignation d'un contrôleur spécial a été déposée après l'entrée en vigueur du nouveau droit de la société anonyme, mais porte sur des exercices antérieurs à l'entrée en vigueur de la modification législative. Selon les principes posés par le Tribunal fédéral en 1992, le nouveau droit lui est applicable. La question peut toutefois rester ouverte dès lors que les conditions applicables à la désignation sollicitée qui seront examinées ci-après ne diffèrent pas entre l'ancien et le nouveau droit, désignés ci-après respectivement sous aCO et nCO (cf. message du Conseil fédéral FF 2017 353, pp. 408 ss et 491 ss).

2. **2.1** La Chambre civile de la Cour de justice est compétente pour statuer en instance cantonale unique sur la désignation d'un contrôleur spécial, respectivement, selon le nouveau droit, sur l'institution d'un examen spécial en vertu des art. 697b aCO et 697d nCO (art. 5 al. 1 let. g aCPC et nCPC; art. 120 al. 1 let. a LOJ).

2.2 Relevant de la procédure contentieuse (art. 697c al. 1 aCO et 697e al. 1 nCO), la présente requête est régie par la maxime des débats (art. 255 let. b CPC *a contrario*) et la maxime de disposition (art. 58 CPC; ACJC/571/2023 du 2 mai 2023 consid. 2.2).

La procédure sommaire s'applique à la désignation d'un contrôleur spécial, respectivement à l'institution d'un examen spécial de la société anonyme (art. 250 let. c ch. 8 aCPC et nCPC). Le degré de preuve est par ailleurs limité à la vraisemblance (arrêts du Tribunal fédéral 4A_129/2013 du 20 juin 2013 consid. 7.2.1; 4A_359/2007 du 26 novembre 2007 consid. 2.2).

3. La requérante sollicite la désignation d'un contrôleur spécial sur la base de l'art. 697b al. 2 aCO.

S'agissant des conditions préalables à sa requête, elle fait valoir qu'en qualité d'actionnaire à hauteur de 40% de la citée, elle a requis cette mesure devant l'assemblée générale extraordinaire de cette dernière tenue le "27 octobre 2022" (*recte* : le 10 octobre 2022), lors de laquelle sa requête a été refusée, qu'elle a, par la suite, devant l'assemblée générale extraordinaire du 8 novembre 2022, fait valoir son droit aux renseignements en soumettant par écrit au conseil d'administration une liste de questions concernant les comptes de la société afin de déterminer si la société était en situation de surendettement, questions auxquelles celle-ci n'a pas répondu, et qu'elle a agi dans le délai de trois mois devant les autorités judiciaires.

3.1 Lors de l'assemblée générale, tout actionnaire peut demander des renseignements au conseil d'administration sur les affaires de la société et à l'organe de révision sur l'exécution et le résultat de sa vérification; les renseignements doivent être fournis dans la mesure où ils sont nécessaires à l'exercice des droits de l'actionnaire (art. 697 al. 1 et 2 aCO; art. 697 al. 1 et 4 *ab initio* nCO).

Tout actionnaire peut proposer à l'assemblée générale l'institution d'un contrôle spécial afin d'élucider - respectivement, selon le nouveau droit, de faire examiner par des experts indépendants - 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 (art. 697a al. 1 aCO; art. 697c al. 1 nCO).

Le contenu de la proposition doit correspondre à celui de la demande en renseignements (condition de subsidiarité matérielle). Ainsi, ce qui n'est pas susceptible de faire l'objet d'une demande en renseignement ou en consultation ne peut jamais être examiné dans le cadre d'un contrôle spécial. Après la proposition, le contenu du contrôle spécial ne saurait être élargi; l'actionnaire est cependant libre de restreindre l'objet, par exemple en renonçant à des questions (PAULI PEDRAZZINI, CR-CO II, 2017, n. 34 et 35 ad art. 697a aCO).

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 2'000'000 de francs - respectivement, selon le nouveau droit, 5% du capital-actions ou des voix dans les sociétés dont les actions sont cotées en bourse ou 10% du capital-actions ou des voix dans les autres sociétés - peuvent dans les trois mois demander au tribunal la désignation d'un contrôleur spécial, respectivement, selon le nouveau droit, d'ordonner un examen spécial (art. 697b al. 1 aCO; art. 697d al. 1 nCO).

Ce délai péremptoire de trois mois permet à l'actionnaire de réunir la participation minimale, si nécessaire. Un nouveau délai ne court pas si le requérant pose les mêmes questions lors d'une deuxième assemblée générale, si cela équivaut à un abus de droit (PAULI PEDRAZZINI, op. cit., n. 1 ad art. 697b aCO).

3.2 Le droit à l'institution d'un contrôle spécial selon l'ancien droit ou d'un examen spécial selon le nouveau droit suppose ainsi, notamment, que le requérant soit actionnaire de la société, qu'il dispose de la participation minimale requise, qu'il ait préalablement fait valoir son droit aux renseignements (première condition de subsidiarité formelle), qu'il ait proposé à l'assemblée générale d'instituer un tel contrôle (seconde condition de subsidiarité formelle) et qu'il agisse dans le délai de trois mois à compter du refus de l'assemblée générale d'instituer ce contrôle. Il y a lieu d'examiner ces conditions formelles dans un premier temps, avant de se pencher sur les conditions matérielles de cette mesure (ACJC/841/2021 du 11 juin 2021 consid. 3.1.2).

3.3 En l'espèce, la requérante a proposé la désignation d'un contrôleur spécial devant l'assemblée générale extraordinaire tenue le "27 octobre 2022" (*recte* : 10 octobre 2022), proposition qui a été refusée. Toutefois, la présente requête vise la désignation d'un contrôleur spécial pour répondre aux questions qu'elle a posées, par la suite, devant l'assemblée générale extraordinaire du 8 novembre 2022. Si elle a certes fait valoir, sans succès, son droit aux renseignements par la remise de la liste de ses questions, il lui incombait cependant, avant de saisir les autorités judiciaires, de formuler, lors de la prochaine assemblée générale, une nouvelle proposition d'institution d'un contrôle spécial portant précisément sur tout ou partie desdites questions posées le 8 novembre 2022, ce qu'elle n'a pas fait.

Cette condition de subsidiarité formelle n'étant pas réalisée, la requérante ne dispose pas du droit de requérir la désignation d'un contrôleur spécial, respectivement l'institution d'un examen spécial auprès des autorités judiciaires concernant les questions litigieuses.

A titre superfétatoire, il sera relevé que la requérante ne saurait en tout état être suivie lorsqu'elle prétend avoir agi dans le délai péremptoire de trois mois, lequel aurait, selon elle, commencé à courir dès l'assemblée générale du "27 octobre 2022", puisque cette assemblée a, en réalité, été tenue le 10 octobre 2022.

Partant, sa requête sera rejetée.

4. Les frais judiciaires de la présente procédure, arrêtés à 3'000 fr. (art. 95 al. 1 et 96 CPC; art. 26 RTFMC), seront mis à la charge de la requérante, qui succombe (art. 106 al. 1 CPC). Ils seront compensés avec l'avance de frais du même montant fournie par cette dernière, qui reste acquise à l'Etat de Genève (art. 111 al. 1 CPC).

La requérante sera en outre condamnée aux dépens de sa partie adverse, lesquels seront arrêtés à 2'000 fr., TVA et débours compris, au regard de l'activité déployée par le conseil de la citée (art. 95, 104 al. 1, 105 al. 1 et 106 al. 1 CPC; art. 20, 23 al. 1, 25 et 26 al. 1 LaCC; art. 25 al. 1 LTVA; 84 et ss RTFMC).

* * * * *

PAR CES MOTIFS,

La Chambre civile :

Statuant en instance unique par voie de procédure sommaire :

Rejette la requête en désignation d'un contrôleur spécial déposée le 26 janvier 2023 par A_____ SA à l'encontre de B_____ SA.

Arrête les frais judiciaires à 3'000 fr., les met à la charge de A_____ SA et dit qu'ils sont entièrement compensés avec l'avance de frais fournie, qui reste acquise à l'Etat de Genève.

Condamne A_____ SA à verser 2'000 fr. à B_____ SA à titre de dépens.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Siégeant :

Madame Ursula ZEHETBAUER GHAVAMI, présidente; Madame Sylvie DROIN, Monsieur Jean REYMOND, juges; Madame Jessica ATHMOUNI, greffière.

Indication des voies de recours :

Conformément aux art. 72 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF; RS 173.110), le présent arrêt peut être porté dans les trente jours qui suivent sa notification avec expédition complète (art. 100 al. 1 LTF) par-devant le Tribunal fédéral par la voie du recours en matière civile.

Le recours doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14.

Valeur litigieuse des conclusions pécuniaires au sens de la LTF indéterminée.