



POUVOIR JUDICIAIRE

C/3672/2016

ACJC/766/2017

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre civile

DU VENDREDI 23 JUIN 2017

Entre

- 1) **A** _____, sise _____ (France),
- 2) **B** _____ **SARL**, _____ (France),

recourantes contre une ordonnance rendue par le Tribunal de première instance le 8 mars 2017, comparant toutes deux par Me Anouchka Halperin, avocate, avenue Léon-Gaud 5, 1206 Genève, en l'étude de laquelle elles font élection de domicile,

et

C _____ **SA**, sise _____, intimée, comparant par Me J. Potter Van Loon, avocat, rue de la Scie 4, 1207 Genève, en l'étude duquel elle fait élection de domicile.

EN FAIT

A. a. C _____ SA, sise à _____, a pour but _____. Elle effectue des tests dermatologiques, formule et commercialise des produits thérapeutiques et cosmétiques. Son capital-actions est de XXXX fr., divisé en XXXX actions nominatives liées de XXXX fr.

D _____ en est administrateur président et E _____ administrateur trésorier.

Ce dernier est également administrateur président de F _____ SA.

b. A _____ est une société d'exercice libéral à responsabilité limitée de droit français, sise à _____. Elle est détenue par G _____, qui a été administrateur secrétaire de C _____ SA de novembre 2014 à janvier 2016.

B _____ SARL est une société à responsabilité limitée de droit français sise à _____ et détenue par H _____, épouse de G _____.

c. A _____ et B _____ SARL sont propriétaires de XXXX, respectivement XXXX actions de C _____ SA.

d. I _____ SARL, sise à _____, a pour but l'exploitation d'un centre de dermatologie esthétique, en particulier des services, soins et conseils dans le domaine esthétique, de même que la commercialisation de tous produits liés aux cosmétiques, ainsi que la prise de participation dans d'autres entreprises.

D _____ en est associé et J _____, épouse de D _____, associée gérante.

e. Par acte daté du 22 janvier 2016 et reçu par le Tribunal de première instance le 26 janvier 2016, A _____ et B _____ SARL ont requis la désignation d'un contrôleur spécial ayant pour mission de procéder à un contrôle de C _____ SA. Cette procédure a été enregistrée sous n° C/3672/2016.

A _____ et B _____ SARL ont formé le 29 mars 2016 une seconde requête de contrôle spécial, en formulant une liste de questions à soumettre au contrôleur spécial. Cette procédure a été enregistrée sous n° C/6635/2016.

En substance, les deux sociétés précitées ont allégué que C _____ SA effectuait une activité sortant du cadre de son but social et qui bénéficiait à I _____ SARL.

f. Le 8 juin 2016, les parties ont déposé des conclusions d'accord, dans lesquelles elles ont requis du Tribunal la nomination d'un contrôleur spécial chargé de procéder à un contrôle de C _____ SA. Elles ont défini la mission à lui confier. Elles ont conclu notamment à ce qu'il soit donné acte à C _____ SA de son

engagement à donner accès au contrôleur spécial à tous les documents utiles à sa mission.

- B. a.** Par jugement JTPI/10781/2016 du 30 août 2016, le Tribunal a ordonné la jonction des causes C/3672/2016 et C/6635/2016 sous le numéro de cause C/3672/2016.

Il a nommé K_____ en qualité de contrôleur spécial de C_____ SA, en lui confiant la mission résultant des conclusions concordantes des parties.

- b.** Le 14 décembre 2016, le contrôleur spécial a présenté son rapport au Tribunal.

Le rapport comprenait cinq annexes, à savoir :

"1. tableau de réconciliation des honoraires du Docteur D_____ de 2011 à 2015;

2. extraits de tous les comptes-courants mentionnés sous 2.1.1 pour l'année 2013;

3. extraits des comptes 2_____ "honoraires indépendants - Dr _____" et 3_____ "provision pour rémunération complémentaire aux médecins" pour les années 2013 et 2014, dûment signés par le Docteur D_____;

4. "contrôle des coûts", document produit par l'architecte des travaux réalisés au _____, l'atelier d'architecture "L_____ et M_____";

5. clé USB" (p. 21 du rapport).

La clé USB contenait l'intégralité des documents suivants :

"- les rapports de l'Organe de révision relatifs aux exercices 2011-2012, 2013, 2014 et 2015;

- les balances des soldes au 31 décembre des comptabilités des exercices 2011-2012, 2013, 2014 et 2015;

- les grands-livres (mouvements des comptes) des écritures comptables des exercices 2011-2012, 2013, 2014 et 2015;

- le détail des encaissements directs des années 2014 et 2015" (p. 4 du rapport).

Par ailleurs, le contrôleur spécial a énuméré en page 3 du rapport les documents auxquels il a eu accès.

Enfin, il résulte du rapport que la comptabilité de C_____ SA est tenue par F_____ SA.

c. Par ordonnance du 25 janvier 2016, le Tribunal a transmis le rapport du contrôleur spécial à C_____ SA, en lui impartissant un délai pour lui indiquer si elle estimait que ce rapport pouvait être directement remis aux requérantes ou si certains passages devaient être caviardés.

d. Par courrier du 24 février 2017, C_____ SA a fait valoir que les annexes 1 à 3, ainsi que les balances des soldes au 31 décembre des comptabilités des exercices 2011-2012, 2013, 2014 et 2015, les grands-livres de la société, ainsi que le détail des encaissements directs des années 2014 et 2015, inclus dans la clé USB, ne devaient pas être remis aux requérantes. Elle a soutenu que celles-ci, en leur qualité d'actionnaires, n'étaient pas tenues à un devoir de confidentialité et pouvaient ainsi divulguer tous renseignements et/ou documents à des tiers, ce qui pouvait porter atteinte au secret de ses affaires.

Elle a invité le Tribunal à ne pas expédier les documents précités aux requérantes et à indiquer à celles-ci qu'il leur était loisible de les consulter, sans prélever de copies, auprès du contrôleur spécial ou du Tribunal.

e. Par ordonnance du 8 mars 2017, reçue par les intéressées le 10 mars 2017, le Tribunal a transmis à A_____ et à B_____ SARL le rapport du contrôleur spécial du 14 décembre 2016 (ch. 1 du dispositif), dit que les annexes audit rapport pouvaient être consultées auprès de F_____ SA (ch. 2) et fixé aux parties un délai pour indiquer au Tribunal si elles souhaitaient poser des questions au contrôleur spécial (ch. 3).

C. a. Par acte expédié le 20 mars 2017 au greffe de la Cour de justice, A_____ et B_____ SARL forment recours contre l'ordonnance précitée, dont elles requièrent l'annulation du chiffre 2 du dispositif. Elles concluent, principalement, à ce que la Cour dise que les annexes au rapport du contrôleur spécial leur seront transmises dans le respect du secret des affaires et dise que toutes éventuelles nouvelles annexes en lien avec d'éventuelles questions complémentaires leur seraient également transmises. Subsidièrement, elles concluent à ce que le Tribunal les autorise à consulter les annexes au rapport auprès du Tribunal ou dans un lieu déterminé par celui-ci, dise que toutes éventuelles nouvelles annexes en lien avec d'éventuelles questions complémentaires leur seront également transmises et leur donne acte de ce qu'elles seront habilitées à requérir des copies des pièces pour autant que le secret des affaires soit préservé. Plus subsidiairement, elles concluent au renvoi de la cause au Tribunal pour qu'il statue à nouveau dans le sens des considérants de l'arrêt à rendre.

b. Dans sa réponse du 13 avril 2017, C_____ SA conclut principalement à l'irrecevabilité et subsidiairement au rejet du recours.

Elle allègue des faits nouveaux (ch. 10 à 16 de la réponse) et produit deux pièces nouvelles (pièces 5 et 6).

c. Dans leur réplique du 1er mai 2017, A_____ et B_____ SARL ont persisté dans leurs conclusions.

Elles ont allégué des faits nouveaux.

d. Dans sa duplique du 15 mai 2017, C_____ SA a repris ses conclusions.

Elle a allégué des faits nouveaux.

e. Les parties ont été informées le 16 mai 2017 de ce que la cause était gardée à juger.

EN DROIT

1. **1.1** Le litige, qui porte sur l'institution d'un contrôle spécial alors que l'assemblée générale des actionnaires de la société anonyme a accepté l'instauration d'un tel contrôle (art. 697a al. 2 CO), ne relève pas de la compétence de la Cour en tant qu'instance cantonale unique (art. 5 al. 1 let. g CPC a contrario).

1.2 La procédure sommaire est applicable (art. 250 let. c ch. 8 CPC), de sorte qu'un éventuel appel ou recours, qui doit être écrit et motivé, doit être introduit dans les dix jours à compter de la notification de la décision (art. 311 al. 1, 314 al. 1, 321 al. 1 et 2 CPC). En l'espèce, la forme et le délai prescrits sont respectés.

2. Les recourantes soutiennent que l'ordonnance attaquée est une "autre décision" au sens de l'art. 319 let. b CPC, qui peut faire l'objet d'un recours, dans la mesure où elle leur cause un préjudice difficilement réparable (art. 319 let. b ch. 2 CPC).

2.1 Le contrôle spécial, régi par les art. 697a-697g CO, est une des mesures prévues par la loi pour donner aux actionnaires un droit de contrôle sur la marche de la société (art. 696 ss CO). Avant de demander le contrôle spécial, 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 correspondance, tel qu'il est prévu par l'art. 697 CO (ATF 133 III 133 consid. 3.2, 133 III 453 consid. 7.5, 123 III 261 consid. 3a).

Le contrôle spécial est prévu afin d'atténuer le conflit entre l'intérêt de la société au maintien du secret et les intérêts des actionnaires à obtenir des renseignements. La mission du contrôleur spécial commence là où finit le droit de l'actionnaire à être renseigné et à consulter les pièces. Le contrôleur spécial dispose de droits de consultation illimités (MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, Droit des sociétés, 2015, § 16 N 201).

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

(art. 697a al. 1 CO). Si l'assemblée générale donne suite à la proposition, la société ou chaque actionnaire peut, dans le délai de trente jours, demander au juge de désigner un contrôleur spécial (art. 697a al. 2 CO). Si le juge agréé la requête, il charge un expert indépendant de l'exécution du contrôle. Il définit l'objet du contrôle dans les limites de la requête (art. 697c al. 2 CO).

En premier lieu, le contrôleur spécial entend la société sur le résultat du contrôle spécial (art. 697d al. 3 CO). Dans un deuxième temps, et selon l'art. 697e al. 1 CO, le contrôleur remet au juge le rapport, pour la rédaction duquel il a tenu compte des observations de la société et a retiré les passages que celle-ci estimait contrevenir au secret des affaires. Ensuite, l'art. 697e al. 2 CO prévoit que le juge retransmet le rapport à la société. Celle-ci peut solliciter à nouveau la suppression de passages délicats, portant atteinte au secret des affaires ou à d'autres intérêts sociaux dignes de protection (KILLIAS/BERTHOLET, *Le contrôle spécial*, in *Aspects actuels du droit de la société anonyme*, 2015, p. 262). Dans une troisième phase, le juge donne l'occasion à la société et aux requérants de prendre position sur le rapport épuré et de poser des questions supplémentaires (art. 697e al. 3 CO).

Lorsque le contrôleur remet le rapport au juge, débute la procédure d'épuration qui a lieu en l'absence des requérants et des autres actionnaires. Le juge décide si certains passages doivent être soustraits à la consultation des requérants (CR CO II-PAULI, art. 697e CO N 4 et 6). Les actionnaires et les requérants ne prennent pas part à l'épurement. Le juge tranche sans entendre les requérants en faisant une balance d'intérêts entre celui de la société au secret et ceux des actionnaires à l'information. Ainsi, la société contrôlée a la possibilité de limiter le contenu du rapport à deux reprises. Cette procédure a pour but de préserver au mieux les intérêts de la société. Cependant, elle crée le risque que l'objectif du contrôle spécial ne soit plus atteint en empêchant de permettre aux actionnaires de cerner l'ensemble de la situation de l'entreprise (KILLIAS/BERTHOLET, *op. cit.*, pp. 262-263).

Le conseil d'administration soumet le rapport à l'assemblée générale suivante (art. 697f al. 1 CO). La clôture de la procédure judiciaire intervient par une décision du juge, permettant la présentation du rapport à l'assemblée générale. Un recours est ouvert contre cette décision, selon la doctrine (cf. CR CO II-PAULI, art. 697e CO N 16-17; BSK OR II-WEBER, 5^{ème} éd., 2016, art. 697e CO N 10).

2.2 La notion de "préjudice difficilement réparable" de l'art. 319 let. b ch. 2 CPC est plus large que celle de "préjudice irréparable" au sens de l'art. 93 al. 1 let. a LTF (ATF 138 III 378 consid. 6.3; 137 III 380 consid. 2, in SJ 2012 I 77; arrêt du Tribunal fédéral 5A_24/2015 du 3 février 2015).

Constitue un "préjudice difficilement réparable" toute incidence dommageable, y compris financière ou temporelle, qui ne peut être que difficilement réparée dans le cours ultérieur de la procédure. L'instance supérieure doit se montrer exigeante,

voire restrictive, avant d'admettre l'accomplissement de cette condition, sous peine d'ouvrir le recours à toute décision ou ordonnance d'instruction, ce que le législateur a clairement exclu : il s'agit de se prémunir contre le risque d'un prolongement sans fin du procès (JEANDIN, in Code de procédure commenté, 2011, 22 ad art. 319 CPC; ATF 138 III 378 consid. 6.3; 137 III 380 consid. 2, in SJ 2012 I 73; ACJC/1311/2015 du 30 octobre 2015 consid. 1.1. et les références citées).

Le préjudice sera ainsi considéré comme difficilement réparable s'il ne peut pas être supprimé ou seulement partiellement, même dans l'hypothèse d'une décision finale favorable au recourant (REICH, Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO], Baker & McKenzie [éd.], 2010, n. 8 ad art. 319 CPC).

C'est au recourant qu'il appartient d'alléguer et d'établir la possibilité que la décision incidente lui cause un préjudice difficilement réparable, à moins que cela ne fasse d'emblée aucun doute (par analogie ATF 134 III 426 consid. 1.2 et 133 III 629 consid. 2.3.1).

Si la condition du préjudice difficilement réparable n'est pas remplie, la partie doit attaquer l'ordonnance avec la décision finale sur le fond (Message CPC, du Conseil fédéral relatif au CPC, FF 2006 6841, p. 6984; BRUNNER, in Kurzkomentar, Schweizerische Zivilprozessordnung ZPO, 2ème éd., 2014, n. 13 ad art. 319 CPC).

2.3 En l'espèce, les recourantes reprochent au Tribunal de leur avoir refusé la communication des annexes au rapport du contrôleur spécial et de les avoir uniquement autorisées à consulter ces pièces auprès de la fiduciaire de l'intimée.

Ce grief vise le ch. 2 du dispositif de l'ordonnance attaquée, lequel constitue une autre décision au sens de l'art. 319 let b CPC. Cette décision concerne la phase de l'épurement du rapport, dont les recourantes sont exclues. En effet, le juge doit trancher les objections de la société contrôlée sans entendre les actionnaires qui sont à l'origine de la requête de contrôle spécial. En revanche, ceux-ci doivent recevoir le rapport épuré et avoir la possibilité de prendre position sur son contenu et de poser des questions au contrôleur spécial. En l'occurrence, le Tribunal a transmis aux recourantes le rapport sans les annexes litigieuses (ch. 1 de l'ordonnance) et leur a fixé un délai pour indiquer si elles souhaitent poser des questions au contrôleur spécial (ch. 3 de l'ordonnance).

Cela étant, les recourantes n'exposent pas en quoi le fait de ne pas recevoir communication des annexes au rapport du contrôleur spécial (lesquelles sont connues), alors qu'elles peuvent consulter l'intégralité de ces pièces, leur causerait un préjudice difficilement réparable. Aucun développement à ce sujet ne figure dans leur recours. Il y a lieu de rappeler que la mission du contrôleur spécial commence où finit le droit des actionnaires à consulter les pièces. En l'espèce, le

contrôleur spécial n'indique pas que l'intimée lui aurait refusé l'accès à des documents nécessaires à l'exercice de sa mission. En outre, il a résumé dans son rapport le résultat de son examen des documents. En tout état de cause, en cas de doutes sur "l'exhaustivité" ou "la sincérité de l'accès aux preuves", les recourantes pourront poser des questions au contrôleur spécial, si elles le souhaitent. Enfin, les recourantes pourront faire valoir leurs griefs dans le cadre d'un éventuel recours contre la décision de clôture de la procédure judiciaire.

Le recours est dès lors irrecevable.

3. Les recourantes, qui succombent, seront condamnées, conjointement et solidairement, aux frais judiciaires du recours, arrêtés à 500 fr. (art. 106 al. 1 CPC, art. 41 RTFMC) et compensés avec l'avance de frais, laquelle demeure acquise à l'Etat de Genève (art. 111 al. 1 CPC).

Les recourantes seront en outre condamnées, conjointement et solidairement, aux dépens de l'intimée, fixés à 1'000 fr., débours et TVA compris (art. 106 al. 1 CPC; art. 85, 87 et 90 RTFMC; art. 23 al. 1, 25 et 26 LaCC).

* * * * *

**PAR CES MOTIFS,
La Chambre civile :**

Déclare irrecevable le recours interjeté par A_____ et B_____ SARL contre le chiffre 2 du dispositif de l'ordonnance rendue le 8 mars 2017 par le Tribunal de première instance dans la cause C/3672/2016-22 SFC.

Arrête les frais judiciaires de recours à 500 fr., les met à la charge de A_____ et B_____ SARL, conjointement et solidairement, et les compense avec l'avance de frais, laquelle demeure acquise à l'Etat de Genève.

Condamne A_____ et B_____ SARL, conjointement et solidairement, à verser à C_____ SA 1'000 fr. à titre de dépens de recours.

Siégeant :

Madame Fabienne GEISINGER-MARIETHOZ, présidente; Monsieur Laurent RIEBEN et Monsieur Ivo BUETTI, juges; Monsieur David VAZQUEZ, commis-greffier.

La présidente :

Fabienne GEISINGER-MARIETHOZ

Le commis-greffier :

David VAZQUEZ

Indication des voies de recours :

Le Tribunal fédéral connaît, comme juridiction ordinaire de recours, des recours en matière civile; la qualité et les autres conditions pour interjeter recours sont déterminées par les art. 72 à 77 et 90 ss de la loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF; RS 173.110). Il connaît également des recours constitutionnels subsidiaires; la qualité et les autres conditions pour interjeter recours sont déterminées par les art. 113 à 119 et 90 ss LTF. Dans les deux cas, le recours motivé doit être formé dans les trente jours qui suivent la notification de l'expédition complète de l'arrêt attaqué. L'art. 119 al. 1 LTF prévoit que si une partie forme un recours ordinaire et un recours constitutionnel, elle doit déposer les deux recours dans un seul mémoire.

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