REPUBLIQUE ET CANTON DE GENEVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

**C/24257/2020** **ACJC/1039/2022**

# ARRÊT

# DE LA COUR DE JUSTICE

## Chambre civile

## DU LUNDI 11 JUILLET 2022

**A_____ AG**, domiciliée c/o B_____ GmbH, _____ [ZG], requérante, comparant par Me Clarence PETER, avocat, Kellerhals Carrard Genève SNC, rue François-Bellot 6, 1206 Genève, en l'Étude duquel elle fait élection de domicile,

et

**C_____ SA**, domiciliée c/o D_____ E_____ & ASSOCIES, _____ [GE], citée, comparant par Me Sébastien ROY, avocat, Pestalozzi Avocats SA, Cours de Rive 13, 1204 Genève, en l'Étude duquel elle fait élection de domicile.

Le présent arrêt est communiqué aux parties et au contrôleur spécial par plis recommandés du 15 août 2022

Attendu, **EN FAIT**, que par requête formée le 26 novembre 2020, A_____ AG (ci-après : A_____ AG) a conclu à ce que la Cour de justice ordonne l'institution d'un contrôle spécial portant sur les comptes de C_____ SA pour l'année 2019, et plus particulièrement sur les dépenses, frais et honoraires d'administrateurs et gestion de cette société;

Que par arrêt ACJC/841/2021 du 11 juin 2021, la Cour, faisant partiellement droit à cette requête, a nommé Me F_____, avocat, en qualité de contrôleur spécial de C_____ SA et confié au précité la mission de répondre aux questions suivantes s'agissant des comptes 2019 de C_____ SA :

- Quels sont les montants des rémunérations que C_____ SA a versés à D_____ durant l'exercice 2019 pour ses activités d'administrateur, d'une part, et d'avocat, d'autre part ?

- Par quelles pièces ces dépenses sont justifiées (factures, demandes de provisions, descriptifs d'activités, time-sheet) ?

- Quelles sont les activités incluses dans les mandats d'administrateur et d'avocat confiés par C_____ SA à D_____ ?

- Quels sont les liens personnels, commerciaux ou économiques entre D_____ et les actionnaires majoritaires de C_____ SA, à savoir G_____ SA et H_____ SA, respectivement leur bénéficiaire économique I_____ ?

- Si G_____ SA et H_____ SA, respectivement leur bénéficiaire économique I_____, ont approuvé les rémunérations facturées par D_____ à C_____ SA ?

Qu'en outre, la Cour a condamné C_____ SA à supporter les frais et honoraires de Me F_____ encourus en sa qualité de contrôleur spécial, arrêté les frais judiciaires à 4'500 fr., compensés avec l'avance du même montant fournie par A_____ AG et mis à la charge des parties par moitié chacune, condamné C_____ SA à verser 2'250 fr. à A_____ AG et dit que chaque partie supporterait ses propres dépens;

Que le 15 octobre 2021, Me F_____ a transmis à la Cour son rapport de contrôle spécial accompagné d'un bordereau de pièces (annexes 1 à 10); que dans son rapport, le contrôleur spécial a, en substance, fait état des éléments suivants :

- En 2019, D_____ avait assumé des fonctions d'administrateur pour C_____ SA, sans que son mandat ait été formalisé par écrit; à ce titre, il avait encaissé la somme de 17'000 fr. sans TVA (facture du 18 février 2019; annexe 4 du rapport); selon les explications de D_____, il s'agissait du forfait habituellement pratiqué pour rémunérer les risques encourus du fait de sa responsabilité d'administrateur et pour la

couverture des frais découlant de la domiciliation de C_____ SA auprès de son étude;

- En 2019, D_____ avait également assumé des fonctions d'avocat pour C_____ SA, sans que son mandat ait été formalisé par écrit; à ce titre, il avait facturé et encaissé la somme de 71'699 fr. 50 TTC, ce qui correspondait aux douze notes de frais et honoraires que l'Etude D_____, E_____ & ASSOCIES avaient établies à l'attention de la société en 2019; ces douze notes de frais et honoraires correspondaient à leur tour aux "*enregistrements time-sheet*" effectués par ladite Etude sur la période concernée; ces enregistrements étaient détaillés quant à la nature des prestations fournies, au tarif appliqué et au temps consacré à chaque prestation (annexes 5 et 7 du rapport);

- En pages 11 et 12 de son rapport, le contrôleur spécial a récapitulé les informations recueillies auprès de D_____ au sujet de ses liens personnels, commerciaux et économiques avec G_____ SA et H_____ SA, respectivement avec leur bénéficiaire économique I_____;

- Le montant de 17'000 fr. facturé en 2019 par D_____ pour son mandat d'administrateur avait été approuvé par I_____; en revanche, celui-ci n'avait pas approuvé les frais et honoraires facturés par D_____ pour son mandat d'avocat; D_____ considérait toutefois que G_____ SA et H_____ SA avaient consenti aux frais et honoraires en question, dans la mesure où celles-ci avaient approuvé les comptes 2019 de C_____ SA, donné décharge au conseil d'administration et réélu D_____ à ses fonctions d'administrateur lors de l'assemblée générale;

Que dans ses observations du 10 novembre 2021, C_____ SA a demandé que les annexes 5, 6 et 7 du rapport – à savoir les notes de frais et honoraires, les descriptifs d'activité et les time-sheet relatifs au mandat d'avocat de D_____ (annexes 5 et 7) ainsi que les relevés bancaires des comptes "*courant entreprise*" et "*construction*" de la société (annexe 6) – soient soustraites à la consultation de A_____ AG, subsidiairement à ce qu'elle soit autorisée à caviarder ces pièces "*afin de rendre confidentiels ses secrets des affaires ainsi que les secrets des affaires de tiers*";

Que par ordonnance du 18 janvier 2022, la Cour a autorisé C_____ SA à caviarder les noms de tiers figurant dans les annexes 5, 6 et 7 du rapport, imparti à la société un délai au 11 février 2022 pour produire la version anonymisée desdites annexes et réservé la suite de la procédure;

Qu'à réception des annexes caviardées, la Cour a imparti à A_____ AG un délai de 20 jours pour se déterminer sur le rapport du contrôleur spécial et pour poser d'éventuelles questions complémentaires au sens de l'art. 697e al. 3 CO;

Que dans sa "*prise du position*" du 22 mars 2022, A_____ AG a conclu à ce qu'il soit ordonné au contrôleur spécial de répondre aux questions retenues par la Cour dans son

arrêt ACJC/841/2021 du 11 juin 2021 avec la "*précision requise*" et d'effectuer "*ses tâches de manière sérieuse sans se contenter des maigres et laconiques informations qui lui [avaient] été données par [D_____]*"; qu'elle a également conclu à ce qu'un nouveau contrôleur spécial soit nommé en lieu et place de Me F_____;

Qu'en substance, A_____ AG a reproché au contrôleur spécial d'avoir rendu un rapport "*plus que complaisant*" à l'égard de D_____, sans avoir procédé à une "*réelle analyse*" des problématiques faisant l'objet du contrôle spécial; qu'en particulier, elle lui a reproché : (i) de ne pas avoir "*vérifié quelles [étaient] les activités d'administrateur incluses dans son forfait annuel et quelles [étaient] les activités d'avocat effectuées par Me D_____ et pouvant être facturées en sus de sa rémunération forfaitaire*" et (ii) de ne pas avoir obtenu d'explications "*au sujet des raisons qui pouss[aient] Me D_____ à communiquer de façon régulière avec [I_____] et à requérir le consentement [de ce dernier] au sujet de la gestion de [C_____ SA], à l'exclusion de l'actionnaire minoritaire de la Société*";

Que dans ses déterminations du 28 avril 2022, C_____ SA a conclu au rejet des conclusions formulées par A_____ AG dans sa prise de position du 22 mars 2022, sous suite de frais et dépens;

Que dans ses déterminations du même jour, Me F_____ a fait valoir que, selon lui, il n'y avait pas lieu d'apporter un complément à son rapport du 15 octobre 2021; qu'en effet, ce rapport contenait toutes les informations raisonnablement exigibles, à la fois suffisantes et nécessaires pour permettre à A_____ AG d'exercer ses droits d'actionnaire, s'agissant en particulier des rémunérations perçues par D_____ pour ses mandats respectifs d'administrateur et d'avocat; qu'au surplus, le contrôleur spécial devait s'abstenir de toute appréciation juridique, jugement de valeur ou hypothèse en lien avec les objets soumis au contrôle spécial;

Que par pli du 17 mai 2022, Me F_____ a informé la Cour qu'il s'était abstenu – en l'état – d'adresser à C_____ SA sa note d'honoraires pour l'activité déployée à compter du 16 octobre 2021, dans l'attente de savoir laquelle des parties serait condamnée à prendre en charge les frais relatifs au contrôle spécial selon l'art. 697g CO;

Que par pli du 19 mai 2022, C_____ SA a conclu à ce que les "*derniers*" honoraires du contrôleur spécial soient mis à la charge de A_____ AG en application de l'art. 697g al. 1 CO;

Que par détermination du 25 mai 2022, A_____ AG a conclu à ce que l'ensemble des frais en lien avec le contrôle spécial soit mis à la charge de C_____ SA, à l'exclusion des frais exorbitant audit contrôle;

Considérant, **EN DROIT**, que le contrôle spécial, régi par les art. 697a à 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; ATF 138 III 252 consid. 3.1); qu'il 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 (MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, Droit des sociétés, 2015, § 16 n. 201);

Qu'à teneur de l'art. 697e CO, le contrôleur spécial rend compte du résultat de son contrôle de manière détaillée, tout en sauvegardant le droit des affaires, et présente son rapport au juge (al. 1); que le juge transmet le rapport à la société qui, le cas échéant, lui indique les passages qui portent atteinte au secret des affaires ou à d'autres intérêts sociaux dignes de protection; qu'il décide si ces passages doivent de ce fait être soustraits à la consultation des requérants (al. 2); que le juge donne l'occasion à la société et aux requérants de prendre position sur le rapport épuré et de poser des questions complémentaires (al. 3);

Qu'au terme de son mandat, le contrôleur spécial écrit un rapport dans lequel il relate les faits établis au cours de son expertise; qu'il indiquera dans son rapport ses sources principales et les moyens de preuve utilisés, joignant ces derniers au rapport, de sorte que l'actionnaire désireux d'introduire une procédure à l'encontre de la société ou de ses organes puisse s'y référer (PAULI PEDRAZZINI, *in* CR CO II, 2ème éd. 2017, n. 2 ad art. 697e CO; KILLIAS/BERTHOLET, Le contrôle spécial, *in* Aspects actuels du droit de la société anonyme, 2005, p. 261).

Que le rapport du contrôleur doit être "*détaillé*" (art. 697e al. 1 CO), ce qui implique qu'il doit contenir tous les faits qui sont pertinents pour l'analyse des questions soumises au contrôleur et donner ainsi aux actionnaires la possibilité de prendre des décisions éclairées à cet égard. Qu'il doit être objectif, véridique, intégral et clair et ne porter que sur les faits déterminés par le juge (PAULI PEDRAZZINI, *op. cit.*, n. 10 ad art. 697a CO);

Que l'objet du contrôle spécial consiste en l'examen de *faits* déterminés, conformément à son but, qui est d'assurer l'information des actionnaires. Que la limitation à l'examen de faits interdit au contrôleur spécial de porter une appréciation sur les objets examinés : d'une part, cette limitation implique que le contrôleur ne peut pas définir la portée juridique des faits examinés (il ne lui est notamment pas possible de déterminer si des actes contraires à la loi ou aux statuts ont été commis); d'autre part, le contrôleur ne peut pas formuler d'autres jugements de valeur (il ne peut pas émettre des hypothèses sur des faits passés, actuels ou futurs, ni interpréter les questions posées par les actionnaires, par exemple lorsque ceux-ci utilisent des mots tels que "*considérable*" ou "*grand*"). Que de la même façon, le contrôleur ne saurait examiner l'opportunité de la gestion en général ou de certains actes des organes de la société (PAULI PEDRAZZINI, *op. cit.*, n. 8 et 9 ad art. 697a CO; WEBER, *in* Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 2016, n. 23 ad art. 697a CO; ATF 138 III 252 consid. 3.1; 133 III 453 consid. 7.5);

Que le contrôle spécial peut porter sur la rémunération des administrateurs ou d'autres personnes proches de la société non cotée (cf. art. 95 al. 3 Cst.). Qu'il doit cependant être nécessaire à l'exercice des droits des actionnaires, par exemple conduire à la

possibilité d'introduire une action en restitution des prestations (art. 678 CO), et ne peut révéler les rémunérations individuelles que s'il y a des signes d'abus. Qu'en outre, l'action en restitution de l'art. 678 CO est soumise à des conditions qui ne peuvent pas faire l'objet du contrôle spécial, puisque leur examen comporte une appréciation (perception "*indue*"; disproportion "*évidente*") (PAULI PEDRAZZINI, *op. cit.*, n. 10 ad art. 697a CO);

Qu'une fois la procédure d'épuration terminée, le juge donne l'occasion à la société et aux requérants de prendre position sur le rapport et de poser des questions supplémentaires (art. 697e al. 3 CO). Que cette disposition a pour but d'accorder à la société et à l'actionnaire requérant un droit de participation à la procédure de contrôle spécial. Que selon la jurisprudence, le droit de poser des questions supplémentaires au contrôleur spécial permet aux parties de détecter les défauts du rapport et de combler les éventuelles lacunes avant que celui-ci ne soit communiqué aux autres actionnaires; qu'il constitue le seul moyen pour le requérant d'exercer une certaine influence sur le rapport et, dans certaines circonstances, d'obtenir un élargissement du contrôle spécial; que si le droit de prendre position sur le rapport ne modifie pas les résultats du contrôle spécial, il permet à la société et au requérant d'apporter un regard critique sur le rapport. Qu'en vertu de l'art. 697f al. 1 CO, les observations des parties sont ensuite soumises à l'assemblée générale en même temps que le rapport, lequel peut éventuellement avoir été étendu à des questions supplémentaires; que les prises de position des parties – lesquelles peuvent contenir des avis personnels et procéder à l'appréciation juridique des évènements examinés – permettent ainsi à l'assemblée générale d'avoir une image aussi complète que possible des faits dont la clarification a été demandée par le biais du contrôle spécial (ATF 145 III 446 consid. 4.3.4; PAULI PEDRAZZINI, *op. cit.*, n. 15 ad. art. 697e CO).

Que les questions supplémentaires doivent présenter un lien suffisant avec l'objet du contrôle spécial, être admissibles quant à leur contenu et ne pas étendre l'objet du contrôle tel que défini lors de la procédure d'institution du contrôleur. Que les réponses doivent en outre être nécessaires à l'exercice des droits des actionnaires, de sorte que les questions supplémentaires ne peuvent servir qu'à reformuler plus clairement l'objet de la demande en contrôle spécial ou bien expliquer le travail du contrôleur. Que si le juge admet des questions supplémentaires, il charge le contrôleur de compléter son rapport; qu'en revanche, s'il estime qu'elles s'éloignent trop de l'objet initial du contrôle, les actionnaires doivent, le cas échant, recommencer toute la procédure (PAULI PEDRAZZINI, *op. cit.*, n. 13 et 14 ad. art. 697e CO);

Que la clôture de la procédure judiciaire intervient par une décision du juge, prise en procédure sommaire, permettant la présentation du rapport à l'assemblée générale selon l'art. 697f al. 1 CO; qu'à ce stade de la procédure, le juge constate seulement que le rapport du contrôleur spécial et les prises de position sont complets (PAULI PEDRAZZINI, *op. cit.*, n. 16 et 17 ad. art. 697e CO);

Qu'à teneur de l'art. 697g al. 1 CO, si le juge agrée la requête tendant à désigner un contrôleur spécial, la société en supporte les frais (i.e. les frais d'exécution du contrôle spécial, c'est-à-dire principalement la rémunération du contrôleur et ses dépenses); si des circonstances particulières le justifient, le juge peut mettre tout ou partie des frais à la charge des requérants. Que tel peut notamment être le cas lorsque le requérant agit de manière contraire à la bonne foi, soit lorsqu'il agit de manière hâtive ou dans l'intention de nuire à la société; que dans la pratique, il est toutefois difficilement imaginable qu'un contrôle spécial soit instauré bien que le comportement des requérants soit qualifié de contraire à la bonne foi (PAULI PEDRAZZINI, *op. cit.*, n. 3 à 5 ad art. 697g CO);

Qu'en l'espèce, dans son arrêt ACJC/841/2021 du 11 juin 2021, la Cour a considéré que A_____ AG disposait d'un intérêt digne de protection à l'instauration d'un contrôle spécial portant sur les montants précis des rémunérations versées en 2019 par C_____ SA à D_____ pour ses activités d'administrateur et d'avocat, ainsi que sur l'existence de pièces justifiant ces rémunérations (factures, demandes de provisions, descriptif d'activités, time-sheet); qu'en outre, dans la mesure où la société n'avait signé aucun contrat de mandat d'avocat avec D_____, il se justifiait de confier au contrôleur spécial le soin de déterminer quelles activités étaient couvertes par ce mandat;

Qu'en effet, ces éléments étaient nécessaires à la requérante pour déterminer si elle pourrait exercer une éventuelle action en restitution des prestations (art. 678 al. 2 CO) à l'encontre de D_____, voire une action en responsabilité (art. 754 CO) à l'encontre de l'administrateur J_____, dans la mesure où il résulterait du dossier que celui-ci aurait approuvé les honoraires versés à D_____;

Que, contrairement à ce que soutient A_____ AG, le rapport établi par le contrôleur spécial le 15 octobre 2021 répond de façon objective, complète et claire aux questions posées dans l'arrêt ACJC/841/2021 du 11 juin 2021;

Qu'ainsi, le rapport spécifie les activités incluses dans le mandat d'administrateur de D_____, d'une part, ainsi que les activités facturées par le précité en tant qu'avocat de C_____ SA, d'autre part (pp. 10 et 11); qu'à cet égard, les time-sheet établis par l'Etude D_____, E_____ & ASSOCIES indiquent de façon circonstanciée les prestations fournies (avec un descriptif de l'activité effectuée), ainsi que la date, le temps consacré et le tarif appliqué pour chacune d'elles (annexe 7); que le contrôleur spécial a ensuite récapitulé les informations recueillies au sujet des liens personnels, commerciaux ou économiques entre D_____ et les actionnaires majoritaires de C_____ SA, respectivement leur bénéficiaire économique, I_____ (pp. 11 et 12); qu'en dernier lieu, le contrôleur spécial a répondu à la question de savoir si les rémunérations versées à D_____ pour l'année 2019 avaient été approuvées par les actionnaires majoritaires de la société, respectivement par I_____ (p. 13);

Que les constatations du contrôleur spécial relatives aux frais et honoraires perçus par D_____, dûment étayées par les annexes produites, sont suffisamment claires et

détaillées pour établir la nature et l'étendue des services rendus par l'intéressé en 2019 en sa qualité d'administrateur (d'une part) et d'avocat (d'autre part) de C_____ SA, ainsi que les montants que l'intéressé a facturés et encaissés à ce titre; qu'elles permettent également de circonscrire la nature et l'étendue des relations entre D_____ et les actionnaires majoritaires de C_____ SA, respectivement I_____;

Qu'en conséquence, au vu de la mission confiée au contrôleur spécial, la requérante dispose des éléments factuels suffisants et nécessaires pour se déterminer en connaissance de cause sur les rémunérations effectivement perçues par D_____ et sur leur adéquation avec l'activité concrète que celui-ci a déployée pour le compte de C_____ SA (eu égard, en particulier, au type et à l'ampleur des services que l'intéressé a rendus en tant qu'avocat de la société); qu'il en va de même en ce qui concerne les liens entre D_____ et les actionnaires majoritaires de la société, soit pour elles I_____;

Que A_____ AG a de surcroît renoncé, dans sa prise de position du 22 mars 2022, à formuler des questions supplémentaires au sens de l'art. 697e al. 3 CO; qu'enfin, il n'appartient pas au contrôleur spécial d'analyser la portée juridique des faits examinés; qu'en particulier, il ne lui appartient pas de "*vérifier*" si certaines prestations d'avocat facturées par D_____ seraient par hypothèse déjà couvertes par les honoraires d'administrateur versés à ce dernier;

Qu'il résulte de ce qui précède que le rapport du 15 octobre 2021 ne présente pas de défaut ou de lacune au sens de la jurisprudence susmentionnée, de sorte qu'il n'y a pas lieu de le compléter, ni de désigner un nouveau contrôleur spécial – étant relevé que l'on ne voit pas en quoi Me F_____ ne disposerait pas des connaissances et compétences nécessaires à l'exécution de son mandat, A_____ AG ne développant aucun argument à ce propos;

Que la clôture de la présente procédure de contrôle spécial sera dès lors prononcée;

Que les frais et honoraires du contrôleur spécial seront mis à la charge de C_____ SA, conformément à l'art. 697g al. 1 CO, aucune circonstance particulière ne justifiant de mettre tout ou partie de ces frais et honoraires à la charge de la requérante; qu'en particulier, aucun comportement contraire à la bonne foi au sens évoqué *supra* ne peut être reproché à A_____ AG;

Que les frais judiciaires – relatifs à la procédure d'épuration et à la présente décision – seront arrêtés à 800 fr. (art. 26 RTFMC) et mis à la charge des parties par moitié chacune, conformément à la répartition retenue par la Cour dans son arrêt ACJC/841/2021 du 11 juin 2021 (cf. consid. 7);

Que pour les mêmes motifs, chaque partie supportera ses propres dépens.

* * * * *

**PAR CES MOTIFS,**

**La Chambre civile :**

**Statuant par voie de procédure sommaire et en instance unique :**

Rejette la requête de A_____ AG du 22 mars 2022 tendant au complément du rapport rendu par le contrôleur spécial le 15 octobre 2021.

Rejette la requête de A_____ AG du 22 mars 2022 tendant à la désignation d'un nouveau contrôleur spécial, en remplacement de Me F_____.

Prononce la clôture de la présente procédure de contrôle spécial.

Condamne C_____ SA à supporter les frais et honoraires de Me F_____ encourus en sa qualité de contrôleur spécial.

Arrête les frais judiciaires à 800 fr. et les met à la charge des parties à raison de la moitié chacune.

Condamne A_____ AG à payer 400 fr. à l'Etat de Genève, soit pour lui les Services financiers du Pouvoir judiciaire.

Condamne C_____ SA à payer 400 fr. à l'Etat de Genève, soit pour lui les Services financiers du Pouvoir judiciaire.

Dit que chaque partie supporte ses propres dépens.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

**Siégeant :**

Madame Nathalie RAPP, présidente; Madame Sylvie DROIN, Monsieur Jean REYMOND, juges; Madame Camille LESTEVEN, greffière.

| La présidente : | La greffière : |
| --- | --- |
| Nathalie RAPP | Camille LESTEVEN |

*<u>Indication des voies de recours</u> :*

*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.*

*Valeur litigieuse des conclusions pécuniaires au sens de la LTF supérieure ou égale à 30'000 fr.*