

C1 22 31

DÉCISION DU 23 JANVIER 2023

**Tribunal cantonal du Valais
Cour civile I**

Jérôme Emonet, juge ; Laura Cardinaux, greffière ;

en la cause

W _____, et **X** _____, tous deux appelants, représentés par Maître Frédéric Pitteloud, avocat à Sion,

contre

Y _____ **SA**, appelée, représentée par Maître Guillaume Grand, avocat à Sion.

(art. 731b CO ; conflits d'intérêts des membres du conseil d'administration)

appel contre la décision rendue le 2 février 2022 par le juge III des districts Z
_____ (Z _____ C2 21 155)

Faits et procédure

1.

1.1 A _____ SA (CHE-xxx1), créée le xx.xxx1 et anciennement sise à B _____, était une entreprise active dans les moyens de transport et la restauration pour skieurs et touristes.

La C _____ SA (CHE-xxx2), fondée le xx.xxx2 et sise à D _____, est une société active dans les moyens de transport, les restaurants et les entreprises concernant le développement touristique de D _____ (puis, plus récemment, également de B _____).

1.2 Sur la base du contrat de fusion du xx1 2016, la C _____ SA a repris par fusion, en accord avec la décision du xx2 2016 de son assemblée générale extraordinaire (cf. all. 23 admis), les actifs et passifs de A _____ SA le xx3 2016 ; cette dernière a été simultanément radiée. La C _____ SA a ainsi vu son capital-actions augmenter de 3'350'000 fr. et a été renommée Y _____ SA (CHE-xxx2).

Lors de cette opération, F _____, E _____ et G _____ étaient président, respectivement administrateurs de A _____ SA.

A la même époque, E _____, F _____ et G _____ étaient également vice-président, respectivement administrateurs de la C _____ SA avec H _____.

Actuellement, E _____, F _____, G _____, H _____ et I _____ sont président, vice-président, respectivement administrateurs de Y _____ SA. L _____ en est le directeur général. Ils sont tous titulaires d'un droit de signature collective à deux avec G _____.

1.3 Peu avant la fusion, A _____ SA a vendu trois restaurants, acheté cent places de parc et s'est engagée à payer une indemnité pour rupture de bail.

1.4 W _____ et X _____, actionnaires de Y _____ SA, ont déposé, le 19 décembre 2016, une dénonciation pénale contre G _____ et toute autre personne impliquée pour diverses infractions, et notamment pour gestion déloyale (art. 158 CP), en rapport avec la fusion de A _____ SA avec C _____ SA (J _____ 17 5). La procédure, après diverses ordonnances et recours – et notamment une décision du 29 avril 2019 de la Chambre pénale du Tribunal cantonal – , a été suspendue le 10 décembre 2020, ordonnance annulée par la Chambre pénale le 5 février 2021 (cf. pce 10).

Le 27 mai 2021, le procureur a ordonné la reprise de la procédure (enregistrée sous le no J _____ 17 5) dirigée alors contre G _____, E _____, H _____ et F _____, et dénié la qualité de parties plaignantes à W _____ et X _____ (pce 10). Cette ordonnance relevait notamment ce qui suit :

d) Pour ce qui est du rapport d'échange des actions de A _____ SA, le nouvel élément consiste en l'existence d'un scénario sans restaurant et sans les nouveaux lits aboutissant à une valeur négative de A _____ SA. Dès lors que c'est finalement ce scénario qui s'est réalisé, l'éventuelle surévaluation de la valeur de A _____ SA pourrait être constitutive de gestion déloyale au détriment de la C _____ SA respectivement Y _____ SA et ainsi relever une responsabilité pénale.

e) Par rapport aux opérations commerciales effectuées en amont de la fusion, dont la vente des restaurants, on relève dans les rapports K _____ l'absence d'indications sur la valeur brute de vente de chacun des restaurants, des modalités et conditions de vente, du montant des dettes reprises ou de la méthode d'évaluation retenue. Ce n'est que dans le rapport écrit de L _____ qu'on apprend que les restaurants n'avaient pas été évalués – à l'instar des sociétés de remontées mécaniques – selon la méthode DCF (Discounted Cash-Flow), méthode d'estimation dynamique consistant à déterminer les revenus que rapporteront une entreprise ou un immeuble et à les actualiser pour indiquer la valeur d'une entreprise respectivement d'un immeuble à une date « t » donnée.

f) Pour ce qui est de l'achat des parkings, il manque dans les rapports des indications relatives à la nature des places de parc, leur rendement, la méthode d'évaluation et les raisons de l'acquisition.

g) Quant à l'indemnité de rupture de bail, on constate l'absence de détail de calcul du montant de CHF 1'400'000.- et sa justification économique.

h) Ces opérations commerciales effectuées en amont de la fusion pourraient être constitutives de gestion déloyale au détriment de A _____ SA ainsi également relever une responsabilité pénale.

[...]

c) Dans sa décision du 29 avril 2019, la Chambre pénale a retenu que seule A _____ SA avait pu subir une atteinte en rapport de causalité directe du fait de la vente peu de temps seulement avant la fusion, pour le prix de CHF 3'000'000.-, de ses trois restaurants à la société M _____ SA, ainsi que de l'achat par A _____ SA à N _____ SA, peu de temps aussi avant la fusion, de 100 places de parc pour le prix de CHF 3'000'000.- et de l'indemnité pour rupture de bail de CHF 1'400'000.- admise par A _____ SA en faveur de N _____ SA. Tant que les recourants contestaient ces trois opérations, ils n'avaient donc pas, contrairement à ce qu'ils alléguaient, la qualité de lésés (art. 115 al. 1 CPP a contrario) et, partant, la qualité de parties plaignantes (art. 118 al. 1 CPP a contrario), respectivement de parties (art. 104 al. 1 et b CPP a contrario).

d) La Chambre pénale a tiré une conclusion identique s'agissant du rapport d'échange des actions de A _____ SA, tel que fixé dans le contrat de fusion et le rapport de fusion du xx1 2016 et accepté en assemblée générale extraordinaire de la C _____ SA du xx2 2016. Si les recourant estimaient que tant les intérêts de la C _____ SA que ceux de ses actionnaires avaient été lésés par ledit rapport d'échange, force était d'admettre que celui-ci avait pu causer une atteinte directe tout au plus à la

C _____ SA, à supposer que sa fortune ait diminué du fait de l'octroi d'actions de valeur prétendument trop élevée aux actionnaires de A _____ SA. [...] [L]e rapport d'échange dénoncé [...] aurait éventuellement, dans un premier temps, impacté directement le patrimoine de C _____ SA, respectivement de Y _____ SA [...].

Simultanément, le procureur a ordonné la mise en oeuvre d'une « expertise financière tendant à [notamment] évaluer la valeur économique de A _____ SA et C _____ SA au 30 juin 2015 ».

2.

2.1 W _____ et X _____ ont déposé conjointement le 13 juillet 2021 une requête en désignation d'un commissaire à Y _____ SA devant le tribunal des districts Z _____. Y _____ SA s'y est opposée.

2.2 Par décision du 2 février 2022, le juge III de ce tribunal a rejeté la requête.

Il a considéré que seul est lésé par l'infraction de faux renseignements sur des entreprises commerciales le tiers destinataire de l'information litigieuse qui peut alors avoir la qualité de plaignant. Or, s'agissant des informations transmises par son conseil d'administration aux actionnaires, l'appelée ne peut être ce tiers vu qu'elle en était l'émettrice et non la destinataire. Elle n'a pas qualité de plaignante et n'a ainsi aucun droit à faire valoir dans la procédure pénale.

Les appelants ne peuvent non plus se prévaloir de prétentions en responsabilité contre les administrateurs fondées sur les art. 756 CO et 108 al. 3 LFus, en l'absence de vraisemblance du principe et de la quotité desdites prétentions.

Faute de droits de l'appelée en rapport avec les faits objets de l'enquête pénale, et donc de conflits d'intérêts possibles, aucune carence organisationnelle ne peut être constatée. Au demeurant, les appelants, en tant qu'actionnaires, peuvent toujours intenter action en réparation du préjudice de l'appelée sur la base des art. 756 al. 1 CO et 108 al. 3 LFus et faire désigner un contrôleur spécial conformément aux art. 697 ss CO.

2.3 W _____ et X _____ ont interjeté appel le 14 février 2022 en prenant les conclusions suivantes :

1. L'appel est admis ; en conséquence il est dit que :

1.1. Un commissaire est désigné à Y _____ SA avec mandat de :

- représenter seul la société dans le cadre de la procédure pénale ouverte par l'Office O _____ du Ministère public du canton du Valais à l'encontre de G _____, E _____, H _____ et F _____, dossier

- J _____ 17 5, incluant la compétence de constituer la société partie plaignante et de faire cas échéant valoir des prétentions civiles en sa faveur ;
- intenter, si nécessaire, au nom et pour le compte de la société, action en responsabilité à l'encontre de G _____, E _____, H _____ et F _____ ;
 - dans tous les cas, entreprendre toutes mesures utiles en vue de garantir les droits de la société, notamment par l'interruption des délais de prescription.
- 1.2. Le mandat est confié pour une durée indéterminée, jusqu'au terme des procédures entreprises.
- 1.3. Le commissaire est chargé d'adresser au Président du Tribunal Z _____ un rapport au terme de chaque trimestre d'activité, le 31 mars, 30 juin, 30 septembre et 31 décembre de chaque année, incluant le détail de ses frais et honoraires.
- 1.4. Les frais et honoraires d'intervention du commissaire, tels que validés par le Président du Tribunal Z _____, seront supportés par Y _____ SA, laquelle lui versera, dans les 10 jours suivant l'entrée en force de la décision, un montant de Fr. 15'000.- TTC à titre de provision à faire valoir sur son décompte final.
2. Subsidiairement, l'appel est admis, la décision entreprise annulée et le dossier renvoyé[...] au Juge intimé pour nouvelle décision dans le sens des considérants.
3. [frais et dépens]

Selon eux, l'appelée doit pouvoir exercer ses droits dans le cadre de la procédure pénale ouverte pour gestion déloyale à l'encontre de quatre de ses cinq administrateurs. Les infractions reprochées ont été commises dans le but de fausser le rapport d'échange lors de la fusion au détriment de l'appelée, qui a ainsi subi un dommage direct, et qui se retrouve de plus avec la charge de places de parc coûteuses et privée de trois restaurants lucratifs. Un commissaire doit être nommé pour représenter l'appelée dans ladite procédure et la constituer partie plaignante afin de pouvoir, cas échéant, faire valoir des prétentions civiles.

Quant à une action civile en responsabilité contre les administrateurs, une procédure pénale pour gestion déloyale – infraction qui implique un dommage et un lien de causalité – est en cours, ce qui suffit à rendre vraisemblable ces derniers.

Au demeurant, s'agissant de la possibilité des appelants d'intenter eux-mêmes action contre les administrateurs, ils ne peuvent ouvrir une procédure d'une valeur litigieuse de 11'000'000.- au vu de l'avance de frais prévisible. Ils ne peuvent pas non plus requérir un contrôle spécial au sens de l'art. 697b CO, ne disposant pas du quota d'actions requis.

2.4 Y _____ SA a conclu le 4 mars 2022 au rejet de l'appel dans la mesure de sa recevabilité, sous suite de frais et dépens. W _____ et X _____ ont maintenu leur position par détermination du 8 mars 2022.

Préliminairement

3.

3.1 En vertu de l'art. 308 al. 1 let. a et al. 2 CPC, les décisions finales et incidentes de première instance de nature patrimoniale sont attaquables, si la valeur litigieuse au dernier état des conclusions était de 10'000 fr. au moins, par la voie de l'appel au Tribunal cantonal (art. 5 al. 1 let. b LACPC).

La valeur litigieuse de l'action fondée sur l'art. 731*b* al. 1 CO correspond au montant du capital-actions de la société concernée (PETER/CAVADINI, Commentaire Romand – CO II, 2^e éd. 2017, n. 6f ad art. 731*b* ; WATTER/PAMER-WIESER, Basler Kommentar – OR II, 5^e éd. 2016, n. 27 ad art. 731*b* ; cf. également arrêt 4A_387/2020 du 1xx3 2020 consid. 1.2.1).

La décision remise en cause, rejetant la demande des appelants, est finale (art. 236 al. 1 CPC) ; au vu de la valeur litigieuse de 18'350'000 fr., la voie de l'appel est ouverte.

3.2 L'appel, écrit et motivé, doit être introduit dans les trente jours à compter de la notification de la décision motivée ou de la notification postérieure de la motivation (art. 311 al. 1 CPC), sauf si ladite décision a été rendue en procédure sommaire, auquel cas le délai est de dix jours (art. 314 al. 1 CPC).

Toutes les mesures de l'art. 731*b* CO destinées à remédier aux carences dans l'organisation de la société relèvent de la procédure sommaire (art. 250 let. c ch. 6 et 11 CPC ; ATF 138 III 166) ; l'appel a été remis à la poste suisse le 14 février 2022, soit dans le délai légal de dix jours (art. 142 al. 3 et 143 al. 1 CPC).

La présente cause peut ressortir à un juge unique (art. 20 al. 3 LOJ ; art. 5 al. 2 let. c LACPC).

3.3 L'appel peut être formé pour violation du droit (art. 310 let. a CPC) et constatation inexacte des faits (art. 310 let. b CPC).

L'instance d'appel n'est ainsi pas tenue d'examiner d'elle-même, comme une autorité de première instance, toutes les questions de fait et de droit qui se posent, lorsque les parties ne les soulèvent plus devant elle. Hormis les cas de vices manifestes, elle doit en principe se limiter à statuer sur les griefs soulevés dans l'appel et la réponse (ATF

144 III 394 consid. 4.1.4 et 4.3.2.1 ; arrêt 4A_187/2021 du 22 septembre 2021 consid. 2).

Sur les griefs soulevés, l'autorité d'appel dispose en revanche d'un plein pouvoir d'examen. En droit, elle n'est liée ni par les arguments des parties ni par les considérants du tribunal de première instance ; en fait, elle n'est pas liée par les constatations de l'instance précédente. Elle peut ainsi substituer ses propres motifs à ceux de la décision attaquée (ATF 144 III 462 consid. 3.2.2 ; 144 III 394 consid. 4.1.4 et 4.3.2.1 ; arrêt 4A_187/2021 précité consid. 2). En particulier, elle peut librement revoir les faits et l'appréciation des preuves, ce qui découle de la nature ordinaire de la voie de l'appel, en vertu de laquelle le litige se continue pour ainsi dire devant l'instance supérieure (JEANDIN, Commentaire romand - CPC, 2^e éd. 2019, n. 6 ad art. 310 CPC).

3.4 En vertu de l'art. 317 al. 1 CPC, les faits et moyens de preuve nouveaux ne sont pris en compte que pour autant qu'ils soient invoqués ou produits sans retard (let. a) et qu'ils n'aient pu être invoqués ou produits devant la première instance bien que la partie qui s'en prévaut ait fait preuve de la diligence requise (let. b). Cet article s'applique également à l'action de l'art. 731b al. 1 CO (MÜLLER/MÜLLER, Organisationsmängel in der Praxis, in PJA 2016, p. 56).

La recevabilité des quatre pièces issues de la cause Z _____ C1 16 197, datées de 2018 et produites par les appelants peut demeurer ouverte, dès lors que le sort du présent appel peut être scellé sans elles.

3.5 Conformément à l'art. 316 al. 3 CPC, l'instance d'appel peut librement décider d'administrer des preuves : elle peut ainsi ordonner que des preuves administrées en première instance le soient à nouveau devant elle, faire administrer des preuves écartées par le tribunal de première instance ou encore décider l'administration de toutes autres preuves (arrêt 5A_695/2020 du 26 avril 2021 consid. 3.2.2 et les réf.), en particulier s'il s'agit d'instruire à raison de conclusions ou de faits nouveaux (cf. art. 317 CPC; JEANDIN, Commentaire romand - CPC, 2^e éd. 2019, n. 5 ad art. 316 CPC). La procédure probatoire en appel ne peut avoir lieu que dans les limites des maximes de procédure applicables à la cause (BASTONS BULLETTI, Petit Commentaire – CPC, 2021, n. 2 et 7 ad art. 316).

La procédure de l'art. 731b CO est soumise à la maxime inquisitoire simple (DOMENIG/GÜR, Organisationsmangelverfahren nach Art. 731b und Art. 939 OR, in PJA 2021, p. 173 sv. ; BOHRER/KRUMMER, Zürcher Kommentar – Die Aktiengesellschaft – Art.

698-726/731b OR, 3^e éd. 2018, n. 58 ad art. 731b ; MÜLLER/MÜLLER, *op. cit.*, p. 53 ; SCHÖNBÄCHLER, Die Organisationsklage nach Art. 731b OR, 2013, pp. 392 ss).

La question de la production des pièces requises nos 14, 65-67 du dossier Z _____ C1 16 197 peut cependant demeurer ouverte, dès lors que le sort du présent appel n'en dépend pas.

Considérant en droit

4.

4.1 En vertu de l'art. 731b al. 1 CO, un actionnaire ou un créancier peut requérir du tribunal qu'il prenne les mesures nécessaires lorsque l'organisation de la société présente l'une des carences suivantes : un des organes prescrits fait défaut (ch. 1) ; un organe prescrit n'est pas composé correctement (ch. 2) ; la société ne tient pas conformément aux prescriptions le registre des actions ou la liste des ayants droit économiques qui lui ont été annoncés (ch. 3) ; la société a émis des actions au porteur sans avoir de titres de participation cotés en bourse ou sous une forme autre que celle de titres intermédiés (ch. 4) ; la société n'a plus de domicile à son siège (ch. 5).

Par cette norme, le législateur a introduit une réglementation uniforme afin de sanctionner les carences dans l'organisation d'une société et d'y remédier. Cette disposition concerne les cas dans lesquels une prescription impérative de la loi concernant l'organisation de la société n'est pas ou plus respectée. Elle vise aussi bien l'absence d'un organe obligatoire que sa composition non conforme aux prescriptions (arrêts 4A_589/2017 du 9 février 2018 consid. 2.1 ; 4A_717/2014 du 29 juin 2015 consid. 2.1 et les réf.). Un organe a notamment une composition non conforme aux prescriptions lorsqu'il est incapable d'agir (arrêt 4A_717/2014 du 29 juin 2015 consid. 2.2 et les réf.). Un conflit d'intérêts dans la direction d'un organe peut conduire à son incapacité fonctionnelle d'agir et donc à une carence dans l'organisation au sens de l'art. 731b CO dans certaines constellations. En effet, le législateur a remplacé, avec l'art. 731b CO, les anciennes normes des art. 392 ch. 2 et 393 ch. 4 aCC sur les curatelles des sociétés (arrêt 4A_717/2014 du 29 juin 2015 consid. 2.3 et les réf.).

Un tel conflit d'intérêts existe non seulement lorsque l'organe exécutif représente à la fois la partie demanderesse et celle défenderesse, mais également dans tous les cas où – de manière exceptionnelle – les intérêts de la société ne peuvent plus être défendus et représentés de manière indépendante dans une cause spécifique parce que tous les

membres du conseil d'administration poursuivent des intérêts contradictoires (arrêts 4A_412/2020 du 16 septembre 2020 consid. 4.3.2 ; 4A_717/2014 du 29 juin 2015 consid. 2.5.2). En d'autres termes, chaque membre du conseil d'administration doit se trouver en situation de conflit d'intérêts. Il faut que les intérêts de la société ne puissent être garantis qu'au travers d'une mesure judiciaire, vu que la situation exclut une action du conseil d'administration conforme à ces derniers. Si, au contraire, des mesures appropriées de la part du conseil d'administration suffisent pour garantir les intérêts de la société – ce qui n'est pas le cas dans la situation d'une procédure pénale pour gestion déloyale intentée contre les administrateurs –, aucune carence ne sera retenue (WHERLOCK/VON DER CRONE, Organisationsmangel i.S.v. Art. 731b OR bei Interessenkonflikten im Verwaltungsrat, *in* RSDA 2015, pp. 549 ss).

Il a été jugé que le président du conseil d'administration, prévenu de gestion déloyale à l'encontre de sa société (art. 158 CP), ne pouvait plus défendre de manière indépendante les intérêts de cette dernière, potentiellement lésée. Il en allait de même des deux autres membres du conseil d'administration, qui avaient pris part à la transaction litigieuse. Il en résultait que la société ne possédait plus d'organes pouvant la représenter de manière indépendante dans la procédure pénale (arrêt 4A_717/2014 du 29 juin 2015 consid. 2.5.2).

4.2 Selon le Tribunal fédéral, pour qu'une carence organisationnelle soit admise, le demandeur doit exposer précisément le rôle de la société dans la procédure – pénale – en question et les raisons rendant incapables les membres du conseil d'administration de représenter ses intérêts de manière indépendante (arrêt 4A_412/2020 du 16 septembre 2020 consid. 4.3.2).

Dans le cas où le président du conseil d'administration est prévenu du chef d'accusation de gestion déloyale à l'encontre de sa société – qui est donc potentiellement lésée –, il est « évident » (« liegt auf der Hand ») qu'il ne peut défendre de manière indépendante les intérêts de cette dernière dans la procédure pénale (arrêt 4A_717/2014 du 29 juin 2015 consid. 2.5.2).

Le demandeur doit alléguer et prouver les circonstances qui révèlent une carence organisationnelle (SCHÖNBÄCHLER, *op. cit.*, p. 400 ; *cf.* également DOMENIG/GÜR, *op. cit.*, p. 177 ; BERGER/RÜETSCHI/ZIHLER, Die Behebung von Organisationsmängeln, *in* REPRAX 1/2012, pp. 16 sv.) alors que la défenderesse, soit la société, doit alléguer et prouver que dite carence n'existe pas (SCHÖNBÄCHLER, *op. cit.*, pp. 400 sv. ;

BERGER/RÜETSCHI/ZIHLER, *op. cit.*, pp. 16 sv. ; *cf.* également BOHRER/KRUMMER, n. 58 ad art. 731b).

5.

5.1 Dans le cas d'espèce, force est de constater que les appelants ont apporté la preuve qu'une procédure pénale est dirigée contre quatre des cinq administrateurs actuels de l'appelée, procédure qui a été reprise le 27 mai 2021. Le dernier administrateur de l'appelée et son directeur général, pour leur part, ne peuvent valablement l'y représenter, ne disposant que de la signature collective à deux avec l'un des prévenus.

5.2

5.2.1 L'un des volets de cette procédure porte sur l'éventuelle infraction de gestion déloyale *commise au détriment de l'appelée*, dans le cadre de la fusion avec A _____ SA. L'appelée dispose à cet égard de la qualité de lésée (*cf.* NIGGLI, Basler Kommentar – StGB, 4^e éd. 2019, n. 174 ad art. 158), a donc qualité pour porter plainte (STOLL, Commentaire Romand – CP I, 2^e éd. 2021, n. 19 ad art. 30), et peut se constituer partie plaignante (MAZZUCHELLI/POSTIZZI, Basler Kommentar – StPO, 2^e éd. 2014, n. 2 ad art. 118). L'on voit mal quel élément supplémentaire les appelants pourraient apporter aux fins d'attester d'un conflit d'intérêts insoluble entre les membres actuels du conseil d'administration habilités à représenter l'appelée et cette dernière. Cela suffit à retenir une carence dans l'organisation de l'appelée au sens de l'art. 731b al. 1 CO, limitée à ce pan de la procédure pénale.

5.2.2 La fusion intervenue en 2016 et l'ATF 140 IV 162, invoqués par l'appelée, ne lui sont d'aucun secours. En effet, dans la présente fusion, la C _____ SA a repris les actifs et passifs de A _____ SA, suite à quoi elle n'a pas été radiée elle-même (comp. art. 3 al. 2 LFus), mais a simplement changé son nom en Y _____ SA. Il n'y a pas eu création d'un nouveau sujet de droit (ATF 130 III 633). Il s'agit d'une fusion par absorption (art. 3 al. 1 let. a LFus), qui n'a pas modifié la personnalité juridique de la société reprenante, et donc de l'appelée (VON DER CRONE ET AL., Das Fusionsgesetz, 2^e éd. 2017, no 58 ; VOGEL ET AL., Orell Füssli Kommentar – FusG, 3^e éd. 2017, n. 15 ad art. 3 ; TSCHÄNI/GABERTHÜEL, Basler Kommentar – FusG, 2^e éd. 2015, n. 3 ad art. 3). En d'autres termes, l'appelée, sous sa raison sociale actuelle, est la même personne juridique que l'ancienne C _____ SA ; elle peut ainsi se prévaloir des droits, cas échéant, qu'elle avait acquis sous son ancienne dénomination. L'ATF 140 IV 162 ne traite, quant à lui, pas des effets de la fusion sur la continuité de l'existence de la société reprenante au terme de ce procédé, mais bien plutôt des effets de la fusion sur la société reprenante en rapport avec les droits et obligations de la société transférante. Il ne

s'applique donc pas dans le cas d'espèce. Le fait que l'éventuelle lésion de l'appelée soit survenue alors que sa raison sociale était encore C _____ SA n'a par conséquent pas d'incidence sur son droit à intervenir dans la procédure pénale.

5.3 Il en va en revanche différemment s'agissant du volet de l'enquête pénale qui porte sur les éventuelles infractions de gestion déloyale *commises au détriment de A _____ SA* avant la fusion, à savoir les trois transactions commerciales litigieuses (restaurants, places de parc, indemnité de résiliation de bail). L'appelée ne peut en effet se prévaloir des prétentions de A _____ SA qu'elle a acquise par voie de fusion (ATF 140 IV 162 ; arrêt 1B_537/2021 du 13 janvier 2022 consid. 2.1-2.5) et n'a ainsi pas d'intérêts à défendre dans le cadre de ce pan de la procédure pénale. Aucune carence organisationnelle ne saurait être retenue de ce chef.

5.4 Il en résulte qu'une carence dans l'organisation de la société au sens de l'art. 731b al. 1 CO doit être constatée pour les faits objets de la procédure pénale J _____ 17 5 qui concernent les éventuelles infractions commises au préjudice de l'appelée. Cette carence s'étend également à toute potentielle prétention (civile) de celle-ci qui s'ancre dans les faits desquels l'autorité de poursuite pénale déduit les infractions concernées (*cf.* art. 122 al. 1 CPC ; PERRIER DEPEURSINGE/GARBARSKI/MUSKENS, Action civile adhésive au procès pénal – No man's land procédural ?, *in* SJ II 2021, p. 195 ; JEANDIN/FONTANET, Commentaire Romand – CPP, 2^e éd. 2019, n. 16 ad art. 122 ; *cf.* également arrêt 6B_1310/2021 du 15 août 2022 destiné à publication consid. 3.1.2), ainsi qu'à toute activité nécessaire à la protection des intérêts de l'appelée en regard de ces prétentions.

6. L'appel doit dès lors être admis, la décision du 2 février 2022 annulée et le dossier renvoyé au juge de district (art. 318 al. 1 let. c ch. 1 CPC) pour qu'il détermine la mesure appropriée qu'il convient d'ordonner (art. 731b al. 2 CO ; *cf.* ATF 147 III 537 consid. 3.1.1).

7. Au vu du sort de l'appel, les frais sont mis à la charge de l'appelée, qui succombe (art. 106 al. 1 CPC).

Eu égard à la valeur litigieuse, à l'ampleur et à la difficulté de la cause, aux principes de la couverture des frais et de l'équivalence des prestations (art. 13 al. 1 et 2 LTar), l'émolument forfaitaire d'appel (art. 95 al. 2 let. b CPC), est fixé à 3'000 francs (art. 14, 16 al. 1, al. 3 et 19 LTar). Il sera prélevé sur l'avance des appelants, à qui l'appelée remboursera ce montant (art. 111 al. 1 et 2 CPC).

Concernant les dépens des appelants, le travail utilement fourni par leur conseil a, pour l'essentiel, consisté en la rédaction de l'appel de huit pages. Il est, au surplus, tenu compte de la valeur litigieuse, de l'ampleur et de la difficulté de la cause (art. 27 al. 1, al. 2 et 29 al. 2 LTar). Ils sont fixés à 1'000 fr., TVA et débours inclus (art. 32 et 35 al. 1 let. a LTar). Les appelants en seront créanciers solidaires (STOUDMANN, Petit Commentaire – CPC, 2021, n. 24 ad art 106) ; l'appelée assumera ses propres frais de représentation.

Par ces motifs,

Prononce

1. L'appel de W _____ et de X _____ est admis.
2. La décision rendue le 2 février 2022 par le juge III des districts Z _____ dans la cause Z _____ C2 21 155 est annulée.
3. La cause est renvoyée au juge III des districts Z _____ pour nouvelle décision dans le sens des considérants.
4. Les frais de la procédure d'appel, par 3'000 fr., sont mis à la charge de Y _____ SA.
5. Y _____ SA versera à W _____ et X _____, créanciers solidaires, une indemnité de 1'000 fr. à titre de dépens pour la procédure d'appel, ainsi que 3'000 fr. à titre de remboursement d'avance.

Sion, le 23 janvier 2023.