

TDSIO C2 06 177

*Jugement du Tribunal du district de Sion du 8 octobre 2006, X. c. Y. S.A.*

**Société anonyme: contrôle spécial.**

- Notion, étendue et but du contrôle spécial. Le secret des affaires ne justifie pas le refus de la révélation des salaires et des autres dédommagements des membres du conseil d'administration, de leurs proches, des employés et des cadres (art. 697, 697a CO; consid. 1).
- Procédure interne tendant à l'instauration du contrôle spécial (art. 697b CO; consid. 2).
- Désignation par le juge du contrôleur spécial (art. 697a al. 2, 697b al. 1, 697c CO; consid. 3).
- Activité du contrôleur spécial; secret des affaires (art. 697d CO; consid. 4).
- En l'espèce, nécessité d'instaurer un contrôle spécial (consid. 6).

- Contrôle spécial portant sur les indemnités de mise à la retraite anticipée (consid. 7), sur les indemnités de départ d'un directeur (consid. 7.3), sur la modification d'un contrat de travail prévoyant un allongement des délais de résiliation (consid. 7.4) et sur les commissions ou autres avantages des membres du conseil d'administration lors de la conclusion de contrats d'assurance ou de LPP (consid. 7.7).
- Récusation du contrôleur spécial (consid. 8).

### **Aktiengesellschaft: Sonderprüfung.**

- Begriff, Umfang und Ziel der Sonderprüfung. Das Geschäftsgeheimnis rechtfertigt die Verweigerung der Offenlegung der Gehälter und anderer Entschädigungen der Verwaltungsratsmitglieder, ihrer Angehörigen, der Angestellten und der Führungskräfte nicht (Art. 697, 697a OR; E. 1).
- Internes Verfahren zur Einsetzung des Sonderprüfers (Art. 697b OR; E. 2).
- Einsetzung des Sonderprüfers durch den Richter (Art. 697a Abs. 2, 697b Abs. 1, 697c OR; E. 3).
- Tätigkeit des Sonderprüfers; Geschäftsgeheimnis (Art. 697d OR; E. 4).
- Notwendigkeit der Einsetzung eines Sonderprüfers im konkreten Fall (E. 6).
- Sonderprüfung der Entschädigungen bei vorzeitiger Pensionierung (E. 7), der Abgangsentschädigungen eines Direktors (E. 7.3), der Änderung eines Arbeitsvertrages betreffend Verlängerung der Kündigungsfrist (E. 7.4) und der Provisionen oder anderer Vorteile der Verwaltungsratsmitglieder beim Abschluss von Versicherungsverträgen oder des BVG (E. 7.7).
- Ausstand des Sonderprüfers (E. 8).

### **Considérants (extraits)**

1. Selon l'art. 697a CO, tout actionnaire peut proposer à l'assemblée générale (ci-après: AG) l'institution d'un contrôle spécial afin d'éclaircir 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 (al. 1). Si l'AG donne suite à la proposition, la société ou chaque actionnaire peut, dans le délai de 30 jours, demander au juge de désigner un contrôleur spécial (al. 2). 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 (art. 697 al. 1 en relation avec l'art. 697a al. 1 CO). L'institution du contrôle spécial a été introduite dans le cadre de la révision du droit de la SA de 1991 afin d'améliorer l'information des actionnaires (FF 1983 II 854; ATF 120 II 393 consid. 4; arrêt 4C.64/2003 du 18 juillet 2003;). Ce moyen doit permettre aux actionnaires de faire usage de leurs droits en toute connaissance de cause (OR II - Weber, n. 11 ad art. 697a CO; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, Schweizerisches Aktien-

recht, p. 402, n. 8; Andreas Casutt, *Die Sonderprüfung im künftigen schweizerischen Aktienrecht*, thèse Zurich 1991, p. 21, n. 13; idem, *Das Institut der Sonderprüfung*, ECS 1991, p. 574). Le contrôle spécial est particulièrement utile aux actionnaires minoritaires qui n'ont guère de possibilités de «pénétrer à l'intérieur» de la société. L'exercice des pouvoirs de l'administration est surveillé afin d'éviter des abus de pouvoirs (Pauli, *Le droit au contrôle spécial dans la société anonyme*, Fribourg 2004, p. 17). De par le but qui lui est assigné, cette mesure ne peut concerner que les informations internes à la société. En ce qui concerne les informations externes, elles ne peuvent faire l'objet d'un contrôle spécial lorsqu'elles sont propres à influencer sur le cours des affaires de la société. Il appartient aux actionnaires de rechercher de telles informations. La demande doit tendre à l'éclaircissement de points précis. Il s'agit de l'éclaircissement de faits, donc ni d'une prise de position sur une question de droit, ni d'un contrôle d'opportunité. Le contrôle spécial sert la clarification de points de faits précis. L'examen doit se concentrer sur une question concrète telle des opérations commerciales précises, les relations avec un partenaire commercial ou un actionnaire, etc. (Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, op. cit., § 35 n° 24-27). Seules les informations internes de la société peuvent être l'objet d'un contrôle spécial; un contrôleur spécial ne peut pas être chargé d'une étude générale de marché (ATF 123 111 261; Montavon, *Droit suisse de la SA*, p. 749).

Le droit à l'institution d'un contrôle spécial est subsidiaire à l'exercice des droits conférés à l'art. 697 CO (Böckli, *Schweizer Aktienrecht*, p. 1930; OR II - Weber, n. 2 ad art. 697a CO; Rapp, *Droit à l'information de l'actionnaire*, in *La société anonyme dans ses rapports avec ses actionnaires*, p. 76; Pauli, op. cit., p. 212 ss). L'institution ne sert toutefois pas essentiellement à préparer des actions en justice, elle est un auxiliaire de tous les droits de l'actionnaire (Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, op. cit., § 35 n° 9). Le contrôle spécial concilie deux intérêts opposés, à savoir le droit des actionnaires à l'information et l'intérêt de la société à préserver le secret des affaires (Casutt, *Was brachte die Sonderprüfung als neues Instrument des Aktionärsschutzes?*, ECS 2002 p. 506; Montavon, op. cit., p. 750).

La demande de renseignements ou de consultation (art. 697 CO) est une condition préalable au contrôle spécial au sens de l'art. 697a al. 1<sup>er</sup> CO qui n'est que subsidiaire à celle-ci. Il s'ensuit que la demande tendant à l'institution d'un contrôle spécial ne peut porter que sur des informations déjà visées par la demande de renseignements. La doctrine est partagée concernant le degré d'identité entre

les deux requêtes. Certains auteurs estiment ainsi qu'à la suite de la demande de renseignements, de nouveaux éléments sont forcément portés à la connaissance des actionnaires de sorte qu'il serait trop compliqué d'exiger qu'une nouvelle demande soit déposée avant la mise en oeuvre du contrôle spécial. Le but de la demande de renseignements ou de consultation est de permettre au conseil d'administration (ci-après: CA) de satisfaire le besoin d'information des actionnaires sans avoir à mettre en place le système rigide qu'est le contrôle spécial. C'est pour cette raison que le contrôle spécial ne peut porter que sur les informations qui ont fait l'objet de la demande préalable et que le CA peut en toute bonne foi considérer comme l'expression du besoin d'information des actionnaires. Cependant le conseil ne saurait avoir une attitude trop arrogante et se contenter de répondre aux questions qui lui sont expressément posées (Rapp, op. cit., p. 79). D'un autre côté, il appartient aux actionnaires de formuler leurs questions de manière claire afin qu'il soit aisé de déterminer dans quel domaine ils souhaitent obtenir plus d'informations (ATF 123 III 264). La réponse de l'administration doit être satisfaisante, dans la perspective de l'actionnaire (Pauli, op. cit., p. 217). A l'exigence d'une demande de renseignements ou de consultation préalable s'ajoute celle d'un intérêt actuel et digne de protection du requérant. Même s'il appartient aux actionnaires de décider dans quelle mesure ils sont satisfaits ou non des informations communiquées, on ne saurait conclure à l'existence d'un tel intérêt si les faits devant faire l'objet d'un contrôle spécial sont déjà connus grâce aux informations délivrées par le CA. Le contrôle spécial n'offrirait dans ce cas aucune nouvelle perspective aux actionnaires et il serait donc inutile de l'ordonner. On reconnaîtra par contre l'existence d'un intérêt si les actionnaires ont de bonnes raisons de douter du caractère complet et véridique des informations fournies par le conseil. Il est exclu de nommer un contrôleur spécial avec pour mission d'effectuer une étude de marché complète dans un secteur économique déterminé (ATF 123 III 261; Héritier Lachat, SJ 2006 II 13; Rapp, op. cit., p. 78). Le secret d'affaires ne justifie pas le refus de la révélation des salaires et des autres dédommagements des membres du CA et des personnes qui leur sont proches, dont notamment les employés et les cadres (Pauli, op. cit., p. 240 s.). La demande en information (art. 697a al. 1 CO) et la demande en contrôle spécial peuvent ne pas être strictement identiques; des questions supplémentaires peuvent être posées dans la demande au juge (Pauli, op. cit., p. 219 s.).

2. La procédure commence par la proposition d'ouvrir un contrôle spécial faite lors de l'AG et se poursuit devant le juge. Tout actionnaire peut proposer l'institution d'un contrôle spécial et exclusivement à l'occasion d'une AG (art. 697b CO; ATF 120 II 393 c. 2; SJ 2003 p. 451). Les participants peuvent se voir reconnaître la même faculté par les statuts (art. 656c al. 3 CO). Si ce n'est pas le cas, ils pourront néanmoins adresser une requête écrite à l'AG, laquelle prendra sa décision sans que les participants ne puissent participer au vote (Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, op. cit., § 35 n° 35). L'actionnaire qui souhaite introduire un contrôle spécial doit le proposer lors de l'AG. Il ne peut obtenir satisfaction en dehors de celle-ci. Si un événement extraordinaire paraît justifier un contrôle spécial, l'institution de celui-ci nécessitera la convocation préalable d'une assemblée extraordinaire (art. 699 al. 3 CO). Cependant, la loi facilite, de manière spontanée, une prise de décision relative à un contrôle spécial en permettant son adoption, même si aucun point y relatif ne figure à l'ordre du jour (art. 700 al. 3 CO; OR II - Weber, n. 29 ad art. 697a CO; Rapp, op. cit., p. 79). La clarification demandée doit être en relation avec l'exercice des droits des actionnaires. On présume une relation entre la clarification des activités commerciales et l'exercice des droits des actionnaires (Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, op. cit., § 35 n° 28).

L'art. 697a al. 1 CO soumet la proposition de l'institution d'un contrôle spécial à trois conditions cumulatives. Premièrement, le contrôle doit avoir pour objet l'élucidation de faits déterminés. Il ne s'agit pas de procéder à un contrôle général de la qualité de la gestion, ni de l'appréciation de l'opportunité de certaines opérations. Il s'agit essentiellement de rechercher s'il y a eu infraction aux dispositions légales ou statutaires. On peut ainsi rechercher si des indemnités ou des salaires exagérés ont été versés ou s'il y a eu restitution d'apports (Message, n° 328.5). En ce sens, la mission du contrôleur spécial va plus loin que celle du réviseur qui légalement n'a pas l'obligation de rechercher des irrégularités (Montavon, op. cit., p. 751). Deuxièmement, la mise à jour des faits en question doit être en rapport et nécessaire à l'exercice des droits de l'actionnaire. Il faut que le résultat attendu paraisse objectivement utile et contribue à la sauvegarde d'un intérêt actuel digne de protection des actionnaires requérants (Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, op. cit., § 35 n° 29; RSDA 1997 p. 34 ss; ATF 123 III 261). Troisièmement, l'actionnaire doit avoir usé de son droit à être renseigné ou à consulter les pièces. En ce sens, l'institution d'un contrôle spécial est un moyen subsidiaire qui ne s'offre qu'après que la voie ordinaire de l'information (art. 697 CO) s'est révélée insatisfai-

sante (Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, op. cit., § 35 n° 31). Le principe de subsidiarité est confirmé par l'ATF 123 III 261 (OR II - Weber, n. 27 ad art. 697a CO). La demande de contrôle spécial ne suppose pas l'ouverture préalable de l'action de l'art. 697 al. 4 CO. Les deux voies sont alternatives.

3. Si l'AG, au vu de la motivation de la requête, donne une suite favorable à la proposition d'instituer un contrôle spécial, la société ou chaque actionnaire peut, dans un délai de trente jours, demander au juge du siège de la société de désigner un contrôleur spécial (art. 697a al. 2 CO). Le contrôleur spécial est désigné par le juge, afin non seulement que soient garanties la compétence et l'indépendance des vérificateurs, mais aussi que soit évité le risque que la société commandite elle-même un contrôle spécial lui tenant lieu d'alibi. Etant donné l'accord de l'AG, le requérant ne doit pas remplir de conditions supplémentaires pour obtenir l'institution d'un contrôle spécial (OR II - Weber, n. 33 ad art. 697a CO).

Selon l'art. 697b al. 1 CO, si l'AG refuse d'instituer un contrôle spécial, des actionnaires représentant 10 pour cent au moins du capital-actions ou des actions d'une valeur nominale de 2'000'000 fr. pourront dans les trois mois à compter de la décision négative de l'AG demander au juge la désignation d'un contrôleur spécial. Les seuils peuvent être abaissés statutairement mais non élevés. La demande peut aussi être formulée par des actionnaires qui n'ont pas participé à l'AG. S'il existe des bons de participation dans la société, le capital-participation doit être ajouté au capital-actions pour la base de calcul (art. 656b al. 3 CO). Le droit d'agir en justice est ainsi rendu plus difficile (Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, op. cit., § 35 n° 45). Requis d'instituer un contrôle spécial, le juge donnera une suite favorable à la demande si les actionnaires rendent vraisemblable (art. 697b al. 1 CO; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, op. cit., § 35 n. 48 ss) que des fondateurs ou des organes ont violé la loi ou les statuts, et que lesdits fondateurs ou organes ont ainsi causé un préjudice à la société ou aux actionnaires (Montavon, op. cit., p. 752). Le préjudice subi par la SA peut être de nature pécuniaire ou morale. En effet, un préjudice moral d'une certaine importance aura des conséquences sur le résultat financier de la société.

En cas de demande au juge de désigner un contrôleur spécial, il appartient à la personne qui a requis le contrôle spécial de fonder sa demande et à la société d'exposer le motif de son refus. Ce n'est qu'après avoir entendu le requérant et la société que le juge statue

(art. 697c al. 1 CO). Le droit d'être entendu de la société et du requérant leur donne notamment la possibilité de se prononcer sur la personne du contrôleur (Pauli, *op. cit.*, p. 128, 139); un échange d'écritures en procédure sommaire suffit (Weber, n. 1 ad art. 697c CO). Le contrôleur doit être un expert (art. 697c al. 2 CO), c'est-à-dire un professionnel diplômé reconnu ou un homme d'expérience reconnu. Seront notamment appelés à exécuter des contrôles au sens des art. 697a ss CO des experts-comptables, des juristes, des ingénieurs civils, des architectes, des techniciens du secteur d'activité de l'entreprise. Une personne morale ou une société de personnes peuvent être mandatées comme contrôleur spécial. Le juge s'assure de l'indépendance de l'expert (OR II - Weber, n. 7 ss ad art. 697c CO). Une fois le contrôleur désigné, le juge doit définir l'objet du contrôle dans les limites de la requête. Des limites mises au contrôle sont nécessaires (Montavon, *op. cit.*, p. 754).

4. Le contrôleur spécial doit agir avec discrétion dans le cadre de ses investigations (art. 697d al. 4 CO). Les personnes concernées par celles-ci et donc tenues à information sont en particulier les membres du CA, les cadres de l'entreprise, l'organe de révision, les banques, les assurances, les actionnaires influents en tant qu'organes de fait, etc. Le mandat du contrôleur spécial doit être exécuté dans un délai utile (art. 697d al. 1 CO). Ce délai sera fonction de la complexité de l'affaire. En règle générale, le rapport devrait être soumis à l'assemblée ordinaire qui suit celle où la demande a été formulée. L'activité du contrôleur ne doit pas perturber inutilement la marche des affaires (art. 697d al. 1 CO). Le contrôleur doit rédiger son rapport et entendre les dirigeants de la SA sur le résultat du contrôle avant de le remettre au juge (art. 697d al. 3 CO). Cela permet à la société de prendre position, eu égard au secret des affaires (OR II - Weber, n. 4 ss ad art. 697e CO). Le contrôleur aura ainsi la faculté de se censurer avant même de déposer le rapport chez le juge (Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, *op. cit.*, § 35 n° 67-73). En retirant certains passages de son rapport, le contrôleur doit pondérer les intérêts en jeu sans perdre de vue l'objet de sa mission qui est de faire lumière sur ce qui lui est demandé (Montavon, *op. cit.*, p. 754).

Le contrôleur a le droit d'obtenir toute information utile à l'exécution de son mandat. Il pourra demander des renseignements et exiger la production de pièces. Toutefois, ses investigations doivent exclusivement se rapporter à l'objet du contrôle. Il pourra exiger des documents particuliers (par exemple des organigrammes, conven-

tions juridiques, contrats de travail, polices d'assurances, extraits fiscaux, etc.) dans la mesure où ils sont nécessaires à la compréhension des événements analysés. Le devoir de renseignement est étendu, il l'emporte sur d'éventuels secrets d'affaires (Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, op. cit., § 35 n° 74 ss; ATF 129 III 301; SJ 2003 p. 452). Le contrôleur doit obtenir des renseignements ou la production de pièces sur les faits «importants», à savoir les faits pertinents en relation avec l'objet du contrôle («erhebliche Tatsachen»). Si le contrôleur ne parvient pas à recevoir les éléments demandés, il pourra s'adresser au juge (art. 697d al. 2 CO).

L'activité principale du contrôleur consiste en la rédaction d'un rapport qui contient la présentation des faits analysés et les conclusions que l'on peut en tirer (Böckli, op. cit., p. 1944). Le rapport doit être objectif, complet et clair et doit permettre aux requérants de se faire leur propre opinion (Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, op. cit., § 35 n° 79 ss). L'art. 697e al. 1 CO impose au contrôleur de respecter le secret des affaires lors de la rédaction de son rapport (OR II - Weber, n. 4 ss ad art. 697e CO). Pour expliciter les conclusions du rapport, il est cependant inévitable que le contrôleur révèle au juge des points relevant du secret des affaires. Lors de la rédaction et l'établissement du rapport (Böckli, op. cit., p. 1940 ss), le contrôleur spécial rédige un rapport de manière détaillée en y incluant toute information qui lui paraît nécessaire à la bonne compréhension de son texte. Il soumet le document aux dirigeants de la société qui s'expriment sur les points qui leur paraissent violer le secret des affaires. Ce secret ne peut pas être invoqué au stade de l'épuration du rapport. Il ne limite pas le contenu possible du contrôle spécial (Pauli, op. cit., p. 255). Dans la mesure où le contrôleur estime que les passages en question, bien que portant atteinte au secret des affaires, sont absolument nécessaires à la bonne compréhension de son texte et aux conclusions qu'il avance, il les maintiendra dans le rapport remis au juge, quitte à attirer l'attention de ce dernier sur le souhait de la société à ce que lesdits passages soient soustraits du rapport. Le juge prend connaissance du rapport et le transmet aux dirigeants de la société qui, le cas échéant, lui indiquent les passages du rapport qui portent atteinte au secret des affaires ou à d'autres intérêts sociaux dignes de protection, dont la suppression est requise. Le juge statue s'il faut ou non conserver les points litigieux dans la version définitive du rapport, compte tenu du fait que le document sera présenté à l'AG et divulgué certainement à d'autres personnes. Les intérêts de la société sont ainsi largement protégés. La société a en effet l'occasion, avant l'élaboration du rapport,

de se prononcer sur le résultat du contrôle spécial (art. 697d al. 3 CO) et a encore la possibilité de requérir du juge la suppression de certains passages (OR II - Weber, n. 6 ss ad art. 697e CO). Une fois la procédure de rédaction du rapport de contrôle spécial terminée, le juge remet le rapport dans sa version épurée (Böckli, op. cit., p. 1942) aux requérants et à la société et, conformément à l'art. 697e al. 3 CO, il invite les parties à s'exprimer en relation avec ce rapport et à poser des questions supplémentaires (Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, op. cit., § 35 n° 90-92; Reymond, FJS n° 401, p. 7). Selon l'art. 697f CO, le CA soumet le rapport et les prises de position à l'AG suivante. La soumission du rapport à l'AG constitue l'acte final de l'institution du contrôle spécial. Tout actionnaire peut, dans l'année qui suit l'AG, exiger de la société un exemplaire du rapport et des prises de position (art. 697f al. 2 CO). Les créanciers et les collaborateurs n'ont pas de droit de regard sur le rapport. Le contrôle spécial est un instrument de la protection des actionnaires (Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, op. cit., § 35 n° 104).

5. L'art. 697g CO prévoit que l'avance des frais est assumée par la société si elle a consenti au contrôle spécial ou si le juge agréé la requête tendant à la désignation d'un contrôleur spécial. Cependant, si des circonstances le justifient et si la société n'a pas accepté l'institution du contrôle spécial, le juge peut mettre tout ou partie des frais à la charge des requérants (Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, op. cit., § 35 n° 105-108). On ne saurait mettre à la charge de la société les frais liés au contrôle spécial (art. 697g CO), en tant que celui-ci ne porte pas sur des informations internes, mais, par exemple, sur les prix pratiqués par la concurrence (ATF 123 III 261).

6. En l'espèce, lors de l'AG d'avril ..., l'instant a demandé un contrôle spécial conformément à l'art. 697 let. a al. 1 CO. l'AG a accepté la demande de contrôle spécial par xxx voix pour, x voix contre et xxxx abstentions. Comme l'AG a donné une suite favorable à la proposition d'instituer un contrôle spécial, l'actionnaire et instant était en droit, dans un délai de trente jours, de demander, comme en l'espèce, au juge du siège de la société de désigner un contrôleur spécial, conformément à l'art. 697a al. 2 CO. Eu égard à l'accord de l'AG, aucune condition supplémentaire pour obtenir l'institution d'un contrôle spécial n'est nécessaire (OR II - Weber, n. 33 ad art. 697a CO).

Partant, la demande de désignation d'un contrôleur spécial doit être admise pour cette première raison.

7. Même si l'AG avait refusé d'instituer un contrôle spécial, celui-ci s'imposait eu égard aux différents points à contrôler.

7.1 Le montant exact versé par Y. SA à A. et B. au titre d'indemnités pour leur mise à la retraite anticipée.

a) Selon Y. SA, s'agissant de A., cette question n'aurait jamais été posée par X. au CA qui n'aurait donc pas été en mesure de préparer ses réponses, en tenant compte des obligations de discrétion envers A. La condition de subsidiarité ne serait ainsi pas respectée. Le procès-verbal du CA de décembre ..., traitant de la mise à la retraite anticipée de certaines personnes, est caviardé sur ce point. De plus, comme A. est parti à la retraite en ..., sa mise à la retraite a été décidée sous la présidence de X.; partant, X. connaîtrait le montant de la retraite anticipée perçu par l'intéressé. S'agissant de B., la réponse ressortirait du procès-verbal du groupe d'actionnaires d'avril .... De plus, cette question aurait été traitée par le CA en janvier .... La condition de subsidiarité ne serait pas non plus respectée. B. siégeant déjà au CA, il percevait les indemnités allouées à chacun des administrateurs; selon Y. SA, sa nomination en qualité de secrétaire général n'entraînait donc aucune charge supplémentaire pour la société. Dès lors qu'il était administrateur et percevait à ce titre les indemnités y relatives, il ne pouvait bénéficier d'aucune prestation supplémentaire.

Selon X., la problématique des réserves pour certaines retraites anticipées se serait posée à plusieurs reprises, notamment au CA de Y. SA de janvier .... Deux retraites anticipées avaient été envisagées pour un coût global de xxx'xxx fr. Dans les comptes à fin .... figuraient des provisions constituées pour retraites anticipées de xxx'xxx fr. Cette réserve était destinée au financement de plusieurs cas de retraites anticipées; la majorité du CA, constitué de A. et B., aurait décidé d'utiliser cette réserve non pas pour les différents employés, mais pour le seul B. Or, en avril ..., l'avocat de Y. SA aurait prétendu que B. ne bénéficierait d'aucune prestation supplémentaire. La réserve de xxx'xxx fr. pour le financement de plusieurs retraites anticipées n'aurait été utilisée que pour B., lequel aurait touché un capital de xxx'xxx fr. Cette contradiction entre les explications fournies par Y. SA et la décision prise par le CA trahirait le manque de crédibilité des réponses données à X. en réponse à ses questions. De plus, dans sa lettre de mai ..., X. ne visait pas seulement la retraite anticipée de A., mais également les avantages qui ont été consentis à l'ancien directeur A. A ce sujet, aucune information n'a été fournie à X. Des avantages substantiels auraient été consentis non seulement à B. mais très vraisemblablement

blement à A. sans que les actionnaires n'en soient informés. Selon X., il ne serait pas exclu que d'autres cadres ou administrateurs aient bénéficié de retraites anticipées ou de promesses de retraites anticipées sans que les engagements financiers correspondant soient comptabilisés dans la société ou les sociétés filles de manière transparente. Sur ce point, Y. SA n'a jamais répondu à la lettre de mai .... de X. adressée au président du CA. Par conséquent, selon X., le principe de la subsidiarité aurait été respecté s'agissant du contrôle spécial portant sur les retraites anticipées et autres prestations accordées par la société à des membres de la direction ou à des administrateurs.

b) Dans sa lettre de mai ..., X. a notamment demandé les montants prévus pour les retraites anticipées du personnel et des cadres pour les années .... à .... Contrairement à l'opinion de Y. SA, la question a ainsi été posée pour tout le personnel, y compris dès lors pour A. et B. Eu égard aux chiffres fournis par Y. SA, dont la véritable affectation n'est pas documentée, et en l'absence de justificatifs précis, rien ne permet de déterminer avec précision le montant exact des indemnités allouées. De surcroît, la question posée porte sur des informations internes à la société, que la société ne peut dissimuler à ses actionnaires, en particulier pas à un actionnaire disposant de près de 12 % d'un capital social totalisant xx'xxx'xxx fr., dont le prix de l'action peut varier entre xxxx et xxxx fr. X. est en effet un actionnaire important. De surcroît, la question ne porte pas non plus sur des secrets d'affaires. Le secret d'affaires ne justifie pas le refus de la révélation des salaires et des autres dédommagements des membres du CA et des personnes qui leur sont proches, dont notamment les employés et les cadres (Pauli, op. cit., p. 240 s.).

Tendant à l'éclaircissement de points précis en relation avec des employés de la société, le contrôle spécial doit être admis quant à la question posée. De surcroît, cet éclaircissement de faits ne constitue pas une prise de position sur une question de droit, ni un contrôle d'opportunité. L'examen de cette question nécessitera notamment l'audition des intéressés, la mise à disposition de tous les contrats et décomptes relatifs à ces indemnités de retraite, de telle sorte que le contrôle spécial permette la clarification de ces points de faits précis.

(...)

7.3 Savoir si Y. SA a convenu d'une indemnité de départ en faveur du directeur C., et dans l'affirmative, le montant de cette indemnité.

a) Selon Y. SA, cette question n'aurait pas été posée par X. au CA. La demande de contrôle spécial admise par l'AG n'a pas fait l'objet d'une demande de renseignements à ce sujet. La condition de la subsidiarité ne serait ainsi pas respectée. Selon elle, le contrat de travail de C. n'aurait pas été modifié sur ce thème. Selon elle, le procès-verbal de la séance du groupe d'actionnaires d'avril .... donne toutes les indications à ce sujet.

Selon X., lors de l'AG ordinaire d'avril ..., il avait demandé quelles étaient les modifications apportées au contrat de travail conclu entre Y. SA et le directeur C. On lui a répondu que le délai de congé de C., qui était de 6 mois, avait été prolongé à 24 mois pour la fin de l'année. Selon X., cette modification du contrat intervient à un moment où la société ne craint pas tant le départ de son directeur C., mais une modification du CA susceptible de remettre en cause les prérogatives actuelles du directeur C. Selon lui, les éléments fournis donnent à penser qu'il y a bien eu modification mais que Y. SA cherche à ne pas le divulguer à ses actionnaires. Très vraisemblablement, il aurait été mis en place de nouveaux rapports contractuels qui confèrent à C. une position de force qui n'a plus rien à voir avec celle d'un directeur. Selon lui, il serait essentiel que des informations sur ce contrat soient fournies aux actionnaires dans la mesure où sa portée peut avoir une influence réelle sur le poids du management dans Y. SA et partant sur la valeur actuelle des actions.

b) Dans le courant de mai ..., X. a notamment demandé la communication des montants prévus pour les retraites anticipées du personnel et des cadres pour les années .... à .... Contrairement à l'opinion de Y. SA, la question a ainsi été posée pour tout le personnel, y compris dès lors pour le directeur C. En l'absence de véritables chiffres sur ce point, avec leurs affectations précises, et en l'absence de justificatifs précis, rien ne permet de déterminer avec précision le montant exact des engagements de la société à l'égard de C. quant à ses indemnités de départ et de retraite. A nouveau, la question posée porte sur des informations internes à la société, que la société ne peut dissimuler à ses actionnaires, en particulier pas à un actionnaire important. La question ne porte pas non plus sur des secrets d'affaires. Le secret d'affaires ne justifie pas le refus de la révélation des salaires et des autres dédommagements des membres du CA et des personnes qui leur sont proches, dont notamment les employés et les cadres (Pauli, op. cit., p. 240 s.).

Tendant à l'éclaircissement de points précis, le contrôle spécial doit être admis quant à la question posée. De surcroît, cet éclaircisse-

ment de faits ne constitue pas une prise de position sur une question de droit, ni un contrôle d'opportunité. Ce contrôle nécessitera également la mise à disposition de tous les contrats et décomptes relatifs à cette indemnité de départ, de telle sorte que le contrôle spécial permettra la clarification de ces points de faits précis.

7.4 Savoir à combien on peut chiffrer la prestation fournie par le Y. SA à C. dans le cadre de la modification de son contrat de travail qui prévoit un allongement des délais de résiliation.

a) Selon Y. SA, cette question n'a jamais été posée par X. au CA. La condition de la subsidiarité ne serait ainsi pas respectée. Selon elle, les délais de résiliation seraient réciproques tant pour C. que pour la société. Relevant d'une appréciation que devrait émettre le contrôleur, ce point sortirait du champ d'action d'un contrôle spécial.

Selon X., sous «Golden Parachutes», la modification du contrat intervient précisément à un moment où la société ne craint pas tant le départ de son directeur mais une modification du CA susceptible de remettre en cause les prérogatives actuelles du directeur. Ces nouveaux rapports contractuels confèrent à C. une position de force qui n'a plus rien à voir avec celle d'un directeur. Selon lui, il est essentiel que des informations sur ce contrat soient fournies aux actionnaires dans la mesure où sa portée peut avoir une influence réelle sur le poids du management dans Y. SA et partant sur la valeur actuelle des actions.

b) En l'espèce, lors de l'AG d'avril ..., X. a notamment demandé quelles étaient les modifications apportées au contrat de travail conclu entre Y. SA et le directeur C. Contrairement à l'opinion de Y. SA, la question a ainsi été préalablement posée. La réponse n'a porté que sur la prolongation du délai de congé, passant de 6 mois à 24 mois pour la fin de l'année, sans autres explications, ni présentation des justificatifs. En l'absence de véritables renseignements précis et documentés sur ce point, rien ne permet de déterminer avec précision le montant exact des engagements de la société à l'égard de son directeur. A nouveau, la question posée porte sur des informations internes à la société, que la société ne peut dissimuler à ses actionnaires, en particulier pas à un actionnaire important. La question ne porte pas non plus sur des secrets d'affaires. Le secret d'affaires ne justifie pas le refus de la révélation des salaires et des autres dédommagements des membres du CA et des personnes qui leur sont proches, dont notamment les employés

et les cadres (Pauli, op. cit., p. 240 s.). Tendant à l'éclaircissement de points précis, le contrôle spécial doit être admis quant à la question posée. De surcroît, cet éclaircissement de faits ne constitue pas une prise de position sur une question de droit, ni un contrôle d'opportunité. Ce contrôle nécessitera également et notamment la mise à disposition de tous les contrats et justificatifs relatifs au contrat de travail de C., de telle sorte que le contrôle spécial permettra la clarification de ces points de faits précis.

(...)

7.7 Savoir si E. et/ou d'autres membres du CA ont bénéficié de commissions ou d'autres avantages dans le cadre des contrats d'assurance ou de LPP souscrits par Y. SA.

a) Selon Y. SA, cette question a déjà été posée à réitérées reprises depuis .... X. sait qu'aucune commission n'aurait été versée à E., ni à d'autres personnes. En février ..., X. avait indiqué que E. aurait touché des commissions pour avoir orienté Y. SA vers D. SA pour conclure les assurances et la LPP. L'avocat de Y. SA lui aurait répondu que la société n'avait jamais versé de commission à D. SA et que la gestion du 2ème pilier du groupe avait été confiée en .... déjà à la fondation F. Selon Y. SA, elle n'a jamais versé de quelconques commissions à ses administrateurs à la suite de la souscription des contrats LPP avec la fondation F. Selon elle, si par impossible, F. devait l'avoir fait, cela ne saurait lui être imputé, dès lors qu'il s'agit de deux entités indépendantes. Selon elle, une telle pratique des assureurs dans ce domaine est d'ailleurs connue. Elle ajoute que la gestion du 2ème pilier a été confié en .... déjà à la fondation F. et que X. avait accepté ce transfert. S'agissant des commissions perçues par E. dans le cadre des contrats d'assurance LPP, elle ajoute que ces versements ne la concernent nullement, elle-même ne les ayant pas versées. Selon Y. SA, aucun appel d'offre n'a été effectué. Selon elle, en 20xx, il ne s'agissait pas de la conclusion d'un nouveau contrat relatif à la LPP mais du renouvellement du contrat existant, la gestion du 2ème pilier ayant été confiée en .... déjà à la fondation F. Selon elle, en ..., elle a prolongé ce contrat dès lors qu'elle était satisfaite des services qui lui avaient été fournis.

Selon X., après son intervention de février ..., l'avocat de Y. SA n'aurait jamais répondu clairement à sa question. Il a simplement indiqué que Y. SA n'avait jamais versé de commission à D. SA. Par contre, cette lettre n'indique pas précisément que E. ou d'autres membres du CA n'aurait pas perçu de commissions en relation avec la conclusion de contrat

d'assurances ou de LPP par Y. SA. Selon X., cette manière d'éluider cette question démontre que Y. SA cherche à cacher quelque chose à ce sujet. Dans sa liste de questions de mai ..., X. a à nouveau posé la question relative aux commissions concernant le nouveau contrat LPP conclu avec la fondation F. Le président G. a dit ne pas avoir connaissance personnellement d'une telle chose. Aucune réponse formelle de Y. SA lui serait parvenue. Selon X., cette réponse sibylline pourrait très bien cacher une autre réalité. Selon X., des commissions auraient pu être perçues par des administrateurs, sans que le président n'en soit informé. Selon X., ces dysfonctionnements de la société justifient le contrôle spécial.

b) En l'espèce, dans sa lettre de mai ..., X. a notamment demandé des renseignements sur les contrats conclus avec la fondation F., ainsi que les commissions versées à E. et les autres administrateurs. Comme l'admet Y. SA, les questions relatives à ces contrats et aux commissions versées ont été posées. En l'absence de véritables explications sur ce point, notamment en l'absence d'explications détaillées de l'administrateur en cause, et en l'absence de justificatifs précis, rien ne permet de déterminer avec précision les engagements précis de la société quant aux nouveaux contrats LPP, ainsi les modalités de conclusions après d'éventuels appels d'offres. A nouveau, la question posée porte sur des informations internes à la société, que la société ne peut dissimuler à ses actionnaires, en particulier pas à un actionnaire important. Le secret d'affaires ne justifie pas le refus de la révélation des salaires et des autres dédommagements des membres du CA et des personnes qui leur sont proches, dont notamment les employés et les cadres (Pauli, op. cit., p. 240 s.). Tendrant à l'éclaircissement de points précis, le contrôle spécial doit être admis quant à la question posée. De surcroît, cet éclaircissement de faits ne constitue pas une prise de position sur une question de droit, ni un contrôle d'opportunité. Ce contrôle nécessitera également la mise à disposition de tous les contrats et décomptes relatifs à la prévoyance LPP, ainsi que l'audition par le contrôleur spécial des administrateurs et dirigeants de Y. SA, de telle sorte que le contrôle spécial permettra la clarification de ces points de faits précis.

(...)

8. Y. SA s'oppose à la désignation de H. comme contrôleur spécial.

a) L'occasion est donnée aux parties de faire valoir leurs oppositions à la nomination des experts ou des contrôleurs. Les motifs de récusation et d'inhabilité des magistrats et greffiers valent de la

même manière à l'égard des experts ou des contrôleurs (art. 173 al. 2 CPC; RVJ 2001 p. 157). Dès lors, l'expert peut être récusé ou demander lui-même sa récusation notamment lorsqu'il se trouve avec l'une des parties dans un rapport particulier d'amitié ou d'inimitié, d'obligation ou de dépendance (art. 26 let. c CPC), ou plus généralement, dans toutes les circonstances de nature à faire suspecter son impartialité (art. 26 let. e CPC). En application analogique de l'art. 23 let. c OJ, les experts et les contrôleurs peuvent être récusés par les parties ou demander eux-mêmes leur récusation s'il existe des circonstances de nature à leur donner l'apparence de prévention. Il suffit ainsi que des circonstances soient établies et qu'elles puissent éveiller chez l'une des parties l'impression de partialité. Cependant, ce n'est pas le sentiment subjectif d'une des parties qui est déterminant. Sa méfiance doit au contraire apparaître comme reposant objectivement sur un comportement précis, propre à faire naître le soupçon de partialité (ATF 126 I 68 consid. 3a, 168 consid. 2a; 125 I 119 consid. 3a; 124 I 121 consid. 3a; 116 la 4 consid. 4; 115 la 172 consid. 3; 112 la 290 consid. 3a et les références citées; 105 Ib 301). Ainsi un expert ou un contrôleur ne peut pas être récusé pour le simple motif que, dans une procédure antérieure, il a eu à se prononcer en défaveur d'une partie (cf. ATF 114 la 278 consid. 1; 105 Ib 301 consid. 1c). Par ailleurs, il est de jurisprudence que les mesures de procédure, justes ou fausses, ne sont pas, comme telles, de nature à fonder un soupçon objectif de prévention de la part du juge qui les a prises (ATF 111 la 259 consid. 3b/aa). La garantie d'un tribunal indépendant et impartial, selon l'art. 30 Cst. (et l'art. 6 par. 1 CEDH), permet, indépendamment du droit cantonal, d'exiger la récusation d'un expert dont la situation ou le comportement est de nature à faire naître un doute sur son impartialité. Elle tend notamment à éviter que des circonstances extérieures à la cause ne puissent influencer l'expertise en faveur ou au détriment d'une partie. Elle n'impose pas la récusation seulement lorsqu'une prévention effective de l'expert est établie, car une disposition interne de sa part ne peut guère être prouvée. Il suffit que les circonstances donnent l'apparence de la prévention et fassent redouter une activité partielle de l'expert. Seules des circonstances constatées objectivement doivent être prises en considération. Les impressions purement individuelles d'une des parties au procès ne sont pas décisives (cf. ATF 128 V 82 consid. 2 p. 84; 126 I 68 consid. 3 p. 73; 116 la 135 consid. 2b p. 137 et les arrêts cités).

b) En l'espèce, Y. SA s'oppose à ce que H. soit nommé contrôleur. Elle conteste l'indépendance de ce contrôleur. Selon elle, H. et un proche d'un cousin de X., car tous deux ont été de ... à ... curateurs d'une SA en liquidation. De plus, ce cousin de X. est encore membre du CA de Z. SA qui, selon elle, souhaiterait acquérir un actif de Y. SA. Y. SA prétend que «la proximité existant entre H. et le cousin de X. est un danger potentiel pour Y. SA, dans la mesure où il se pourrait que, par ce canal, les informations acquises par le contrôleur puissent parvenir à la connaissance des organes de Z. SA, société concurrente de Y. SA et notoirement connue pour s'intéresser par tout moyen à l'acquisition de cette dernière».

Ce sentiment subjectif de Y. SA n'est pas déterminant. Sa méfiance à l'égard de H. doit reposer objectivement sur un comportement précis de ce dernier, propre à faire naître le soupçon de partialité. Un contrôleur ne peut pas être récusé pour le simple motif que, dans la liquidation d'une SA, il a eu à travailler, il y a une dizaine d'années, avec un parent très éloigné de l'instant. Les affaires en causes sont pour le surplus sans aucun rapport. L'intimée ne rend même pas vraisemblable l'existence de relations d'affaires occultes entre les intéressés. Dès lors, ni la situation, ni le comportement de H., ne sont de nature à faire naître un doute sur son impartialité. Sur cette base, aucune circonstance extérieure à la présente cause ne peut influencer le contrôle spécial en faveur ou au détriment d'une partie. Y. SA ne démontre pas, ni ne rend vraisemblable, qu'une prévention effective du contrôleur est établie. Elle ne rend pas non plus vraisemblable des circonstances donnant l'apparence de la prévention et faisant redouter une activité partielle du contrôleur. Ses impressions très vagues et purement individuelles ne sont pas décisives.

Partant, rien ne s'oppose à la désignation de H. comme contrôleur spécial.

9. Le contrôle spécial déterminera ainsi les points précités qui ont été acceptés.

Le contrôleur auditionnera X., ainsi que les organes et les membres de la direction de Y. SA. Tous communiqueront la totalité des documents et justificatifs requis, afin de permettre l'accomplissement du contrôle spécial ordonné.

Tous les frais du contrôle spécial seront supportés par Y. SA.