

C3 24 44

ARRÊT DU 12 SEPTEMBRE 2024

**Tribunal cantonal du Valais
Chambre civile**

Geneviève Berclaz, juge ; Laure Ebener, greffière

en la cause

X _____, recourant, représenté par Maître Chanlika Saxer, avocate à Leytron

contre

Y _____ **SA**, de siège à A _____, intimée au recours, représentée par Maître Didier Locher, avocat à Martigny

(contrôle spécial ; avance de frais)

recours contre l'ordonnance du 11 avril 2024 du tribunal des districts de B _____

(B _____ C2 24 128)

Faits et procédure

A. Une assemblée générale extraordinaire de la société Y _____ SA s'est tenue le 17 juin 2020. X _____, actionnaire, y a demandé la mise en œuvre d'un contrôle spécial. L'assemblée a accepté cette demande à l'unanimité. Le 24 juin 2020, Y _____ SA a ainsi saisi le Tribunal des districts de B _____ d'une requête en désignation d'un contrôleur spécial.

Le 27 juillet 2020, le juge de district a imparti à la requérante un délai échéant le 17 août 2024 pour effectuer une avance de 19'400 fr., "destinée à couvrir les frais d'administration des preuves".

Par ordonnance du 6 août 2020, le magistrat a ordonné le contrôle spécial de Y _____ SA, a désigné la société C _____ SA en qualité de contrôleur spécial et a dit que la mission de celle-ci était d'examiner la tenue de la comptabilité de la requérante depuis 2012 et de vérifier le respect de la convention du 17 octobre 2011 pour les exercices 2012 à 2019.

Le 19 novembre 2020, le contrôleur spécial désigné a indiqué à l'autorité précédente que des travaux complémentaires étaient nécessaires pour terminer son travail ainsi que les services d'un ingénieur indépendant.

Le 19 février 2021, le juge de district a imparti à Y _____ SA un délai au 22 mars 2021 pour fournir une avance de frais complémentaire de 21'260 francs.

La cause a été suspendue le 10 mars 2021.

Le 21 novembre 2022, les membres du conseil d'administration de Y _____ SA ont informé le tribunal de première instance du fait qu'ils "renon[çaient] à poursuivre la procédure engagée et au travail complémentaire demandé par la fiduciaire C _____ SA", précisant qu'une décision de l'assemblée générale extraordinaire aurait lieu "pour entériner [la] décision de renonciation au contrôle spécial".

Par décision du 23 novembre 2022, le juge de district a pris acte du retrait de la requête déposée par Y _____ SA, a rayé du rôle la cause et a mis à la charge de celle-ci les frais judiciaires, fixés à 13'762 fr. (incluant les "débours expertise" ou "rémunération de l'expert", par 13'462 fr. 50).

Le 5 décembre 2022, X _____ a interjeté appel contre cette décision.

Par arrêt du 5 février 2024 (TCV C1 22 286), le Tribunal cantonal a accueilli l'appel et renvoyé la cause au premier juge pour reprise de la procédure. Il a admis la qualité pour recourir de X _____, aux motifs qu'il avait été entendu dans la procédure de première instance, à laquelle il avait ainsi pris part, qu'il avait valablement proposé le contrôle spécial et qu'il disposait du droit de disposer des informations nécessaires à l'exercice de ses droits. Sur le fond, il a considéré qu'aucun des cas permettant un retrait du contrôle spécial n'était réalisé. En effet, il n'existait pas de décision de l'assemblée générale prise à l'unanimité portant sur le retrait du contrôle. Par ailleurs, X _____, qui souhaitait voir un contrôleur nommé, n'avait pas demandé au juge de révoquer le contrôleur spécial. L'autorité a analysé la cause au regard de l'ancien droit de la société anonyme (soit celui précédant la révision entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2023).

B. Par ordonnance du 8 mars 2024, le juge de district a imparti à Y _____ SA un délai échéant le 8 avril 2024 pour effectuer une avance de 24'500 fr. destinée à couvrir les frais du contrôle spécial. Il a précisé que, en l'absence d'un tel versement, l'avance serait requise de l'autre partie, à défaut de quoi la preuve ne serait pas administrée, conformément à l'article 102 CPC.

Par ordonnance du 11 avril 2024, le juge de district, considérant que Y _____ SA n'avait pas effectué l'avance, a imparti à X _____ un délai échéant le 10 mai 2024 pour verser le montant de 24'500 fr., en indiquant que, à défaut, il serait mis fin au contrôle spécial.

C. Contre cette ordonnance, X _____ a interjeté recours, le 19 avril 2024, formulant les conclusions suivantes :

A titre préliminaire,

- 5.1 Suspendre le caractère exécutoire de la décision du 11 avril 2024 ;
- 5.2 Ordonner l'effet suspensif au présent recours ;

A titre principal,

- 5.3 Le recours est admis ;
- 5.4 La décision du 11 avril 2024 est annulée en ce sens que M. X _____ n'a pas à procéder à l'avance de frais de CHF 24'500.00 ;
- 5.5 La cause C2 20 281 est immédiatement reprise par le Tribunal de B _____ pour mener à terme le contrôle spécial, la question des frais étant renvoyée à fin de cause ;

Subsidiairement,

5.6 Le recours est admis ;

5.7 La décision du 11 avril 2024 est annulée et la cause renvoyée à l'autorité précédente pour nouvelle décision dans le sens des considérants.

En tout état de cause,

5.8 Sous suite de frais et dépens.

Par ordonnance du 22 avril 2024, le président de la chambre civile a accordé l'effet suspensif au recours à titre superprovisionnel.

Le 23 avril 2024, le juge de district a transmis son dossier, sans se déterminer sur le recours.

Au terme de sa détermination du 3 mai 2024, Y _____ SA a conclu au rejet du recours, sous suite de frais et dépens.

Le 16 mai 2024, le recourant a répliqué spontanément.

Considérant en droit

1.

1.1 Les décisions relatives aux avances de frais et aux sûretés peuvent faire l'objet d'un recours (art. 103 CPC). Ces décisions sont des ordonnances d'instruction, si bien que le recours est soumis au délai de dix jours prévu par l'article 321 al. 2 CPC (ATF 140 III 159 consid. 4.2; RVJ 2013 p. 198 consid. 1; TAPPY, Commentaire romand, 2019, n. 4 et 11 ad art. 103 CPC).

La compétence du juge unique de la chambre civile pour connaître du présent recours découle de l'article 5 al. 2 let. c de la loi d'application du code de procédure civile suisse (LACPC; RS/VS 270.1), étant entendu que la fixation du montant de l'avance est soumise à la procédure sommaire, au moins par analogie (TAPPY, n. 11 ad art. 103 CPC).

1.2 Suivant l'article 320 CPC, le recours est recevable pour violation du droit (let. a) et constatation manifestement inexacte des faits (let. b).

La "violation du droit" doit s'entendre largement. Il importe peu que l'erreur commise par la première instance relève du droit de procédure ou du droit matériel. Une violation du droit peut consister en particulier en une application erronée de la procédure civile elle-même ou du droit privé fédéral et de ses ordonnances d'exécution (Message du 28 juin 2006 relatif au code de procédure civile suisse [CPC], *in* FF 2006 p. 6979 et 6984).

L'autorité de recours dispose d'un plein pouvoir de cognition pour examiner les griefs relevant de la violation du droit - fédéral, cantonal ou étranger - par le juge de première instance (FREIBURGHHAUS/AFHELDT, *in* Sutter-Somm et al. [édit.], *Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung*, 2016, n. 3 ss ad art. 320 CPC). Son examen se limite toutefois aux seuls moyens invoqués (HOHL, *Procédure civile*, T. II, 2^{ème} éd., Berne 2010, n. 2514 et 3024). Il incombe de plus au recourant, sous peine d'irrecevabilité, de discuter les motifs de la décision entreprise et d'indiquer précisément en quoi il estime que l'autorité précédente a méconnu le droit (ATF 133 II 249 consid. 1.4.2; 133 IV 286 consid. 1.4; HOHL, *op. cit.*, n. 2514 et 3024).

L'autorité de recours ne censure en revanche la constatation des faits que si ceux-ci ont été établis de manière arbitraire (art. 9 Cst. féd.; FREIBURGHHAUS/AFHELDT, n. 5 ad art. 320 CPC).

1.3 Selon l'article 326 al. 1 CPC, les conclusions, les allégations de fait et les preuves nouvelles sont irrecevables. Partant, seules les pièces qui figuraient au dossier de première instance peuvent être prises en compte. Il n'y a pas lieu, par ailleurs, de procéder à l'interrogatoire des parties requis par le recourant, déjà au motif qu'il n'est pas nécessaire au regard des considérations qui suivent.

2.

2.1 Le recourant soutient que, "sur le plan procédural", les avances de frais ne sont pas obligatoires, mais qu'il revient du tribunal de déterminer s'il entend l'exiger du demandeur, respectivement de la partie qui requiert un moyen de preuve. Il poursuit que, "[S]ur le plan matériel", le législateur a expressément prévu la répartition des coûts à l'article 697h^{bis} al. 1 CO, en mentionnant de manière impérative que tous les frais du contrôle spécial sont à la charge de la société. Ce n'est que dans des cas particuliers - non réalisés en l'espèce - que l'article 697h al. 2 CO trouvera application.

Le recourant estime qu'il serait contraire au droit fédéral et arbitraire de permettre à Y _____ SA de mettre fin unilatéralement au contrôle spécial qu'elle avait accepté en assemblée générale, à la suite de la requête y relative qu'il avait émise.

Il entend que la décision querellée soit annulée et que le contrôle spécial soit mené jusqu'à son terme, en contraignant la société à verser les frais, soit par avance, soit par mise à sa charge en fin de cause, le CPC indiquant que le juge "peut", et non qu'il "doit" demander des avances de frais.

2.2 L'intimée fait valoir que, lors de l'assemblée du 9 avril 2021, les actionnaires représentant le 100 % du capital-actions auraient conclu, à l'unanimité, que l'utilité de compléter le contrôle spécial s'avérait nulle. Par ailleurs, X _____ n'aurait jamais restitué les documents ni fourni les informations relatifs aux feuilles d'heures de son bureau D _____ SA sur lesquelles il souhaite que le complément au contrôle spécial se fonde. Elle en déduit que le complément est manifestement dénué de pertinence et estime ne pas avoir à supporter des coûts inutiles.

3. Avant tout examen, il convient d'admettre la qualité pour recourir du recourant, celui-ci étant directement visé par la décision attaquée.

4. Le droit de la société anonyme a été révisé par la loi fédérale du 19 juin 2020 entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2023. Cette révision s'accompagnait de dispositions transitoires. L'article 1 al. 1 de ces dispositions transitoires prévoit que les articles 1 à 4 du Titre final du Code civil suisse sont applicables à la modification du 19 juin 2020 sous réserve de dispositions spéciales.

Aucune disposition spécifique au sens de l'article 1 al. 1 des dispositions transitoires n'est applicable. Le principe général de la non-rétroactivité des lois prévu par l'article 1 du Titre final du Code civil suisse est donc valable dans le cas présent. C'est ainsi les articles 697a ss aCO qu'il convient d'appliquer (cf. consid. 1.1 de l'arrêt du 5 février 2024 en la cause TCV C1 22 286).

5.

5.1 En vertu de l'article 697g aCO, si le juge agrée la requête tendant à désigner un contrôleur spécial, il met l'avance et les frais à la charge de la société. Si des circonstances particulières le justifient, il peut mettre tout ou partie des frais à la charge des requérants (al. 1). Si l'assemblée générale a consenti au contrôle spécial, la société en supporte les frais (al. 2).

L'obligation de fournir l'avance incombe uniquement à la société. Ce n'est qu'au moment de statuer définitivement sur les frais que ceux-ci peuvent être mis le cas échéant à la charge des requérants. Cette exception n'est pas applicable lorsque la mise en œuvre

du contrôle spécial a été décidée par l'assemblée (arrêt du Tribunal fédéral 4C.190/2005 du 6 septembre 2006 consid. 4.1).

Si la société ne fournit pas l'avance destinée à couvrir les coûts du contrôle, il ne peut être exigé des actionnaires requérants qu'ils y pallient. Ceux-ci doivent être en droit, afin d'éviter que le contrôle ne soit pas mis en œuvre pour ce motif, de demander l'exécution forcée du jugement condamnant la société à se soumettre au contrôle spécial (*Leistungsurteil*), qui emporte également l'obligation de fournir l'avance (WEBER, Commentaire bâlois, 2016, n. 3 ad art. 697g aCO ; voir ég. WEBER/BAISCH, Commentaire bâlois, 2024, n. 3 ad art. 697h^{bis} CO ; BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 2022, § 14, no 80, p. 2114 [voir ég. l'édition précédente de cet ouvrage, 2009, § 16, no. 86, p. 2281] ; PAULI, Le droit au contrôle spécial dans la société anonyme, 2004, p. 186 sv., selon laquelle, si le jugement est opposable à tous les actionnaires, il est possible que n'importe quel actionnaire puisse demander l'exécution du jugement).

5.2 Il suit des considérations qui précèdent que le premier juge ne pouvait requérir de X _____ qu'il fournisse l'avance en lieu et place de la société sous peine qu'il soit mis fin au contrôle spécial. On ne se trouve pas en présence d'un moyen de preuve, de sorte que l'article 102 al. 2 CPC - selon lequel si l'avance n'est pas fournie par une partie, elle peut l'être par l'autre partie, faute de quoi, les preuves ne sont pas administrées - ne trouve pas application. L'ordonnance entreprise doit, partant, être purement et simplement annulée.

En revanche, la conclusion du recours tendant à ce que la "cause C2 20 281 [soit] immédiatement reprise par le Tribunal de B _____ pour mener à terme le contrôle spécial, la question des frais étant renvoyée à fin de cause" ne peut être accueillie. Le contrôle ne saurait être poursuivi sans que l'avance ne soit effectuée par la société et, partant, que le contrôleur ne soit provisionné. A défaut de versement volontaire, l'avance pourra être recouvrée par le biais d'une exécution forcée.

6. Vu ce qui précède, le recours est partiellement admis et l'ordonnance du 11 avril 2024 est annulée.

Compte tenu de cette issue, les frais judiciaires de la procédure de recours sont répartis entre les parties par moitié (art. 106 al. 2 CPC). Compte tenu de l'ampleur de la cause, ainsi que des principes de la couverture des frais et de l'équivalence des prestations (art. 13 LTar), ces frais, qui se limitent à l'émolument forfaitaire de décision (art. 95 al. 2 let. b CPC), sont arrêtés à 600 fr. (art. 13 et 18 LTar), et prélevés sur l'avance effectuée par le recourant, à charge pour l'intimée de lui rembourser 300 francs.

Chaque partie conserve par ailleurs ses frais d'intervention en justice (art. 106 al. 2 CPC).

Par ces motifs,

Prononce

1. Le recours est partiellement admis.
2. L'ordonnance du 11 avril 2024 est annulée.
3. Les frais de la procédure de recours, par 600 fr., sont mis à la charge de X _____ et de Y _____ SA à concurrence de la moitié chacun.
4. Y _____ SA versera à X _____ un montant de 300 fr. à titre de remboursement d'avance.
5. Il n'est pas alloué de dépens.

Sion, le 12 septembre 2024