

MÉMOIRE DE RECOURS

Adressé à la 1^{re} Cour de droit civil du Tribunal fédéral

Formé par

BICARBONATE SA (Adresse, Commune),

Recourante

Représentée par LEX SALIS [5631], étude d'avocats,

L'opposant à

SAUMURE PARTNERS SA (Adresse, 1880 Bex),

Intimée

Représentée par SALARIUM AVOCATS, étude d'avocats.

Contre

L'arrêt du Tribunal cantonal du canton de Vaud du 2 octobre 2025

Équipe n°5631

(Langue maternelle : français)

Swiss Moot Court 2025-2026

Par pli recommandé

Tribunal fédéral

1^{re} Cour de droit civil

29 avenue du Tribunal fédéral

1005 Lausanne

[Lieu], le 31 octobre 2025

**Concerne : recours en matière civile contre l'arrêt du Tribunal cantonal du canton de Vaud
du 2 octobre 2025**

Monsieur le Président,

Mesdames et Messieurs les Juges,

Nous avons l'honneur de vous adresser le présent recours en matière civile en notre qualité de représentant de BICARBONATE SA (ci-après : la recourante), sise à [lieu du siège], à l'encontre du jugement du Tribunal cantonal du canton de Vaud du 2 octobre 2025, dans la cause l'opposant à SAUMURE PARTNERS SA (ci-après : l'intimée), sise à Bex (VD).

Recevez par la présente, Monsieur le Président, Mesdames et Messieurs les Juges, l'expression de notre plus haute considération.

[Signature]

LEX SALIS [5631], étude d'avocats

TABLE DES MATIÈRES

TABLE DES MATIÈRES	II
CONCLUSIONS.....	1
EXPOSÉ DES MOTIFS	2
I. Recevabilité	2
II. Au fond.....	3
A. En fait.....	3
B. En droit	4
1. De la nullité de toutes les décisions de l'assemblée générale.....	4
1.1 De l'action en nullité.....	4
1.1.1 De la qualité pour agir, de la qualité pour défendre et du délai.....	4
1.1.2 De la convocation tardive comme motif de nullité.....	5
a) De la convocation tardive comme vice formel.....	5
b) De la gravité du vice formel et de sa conséquence durable.....	7
c) De la convocation tardive comme atteinte aux droits fondamentaux des actionnaires en violation d'une norme impérative	9
1.2 Conclusion sur la nullité de toutes les décisions de l'assemblée générale	9
2. De la nullité de la décision concernant l'introduction de la marge de fluctuation	10
2.1 De l'action en nullité.....	10
2.1.1 De la qualité pour agir, de la qualité pour défendre et du délai.....	10
2.1.2 De la non prise en compte de la proposition de report de la recourante (vice formel grave)	10
a) Du vice formel portant atteinte aux droits fondamentaux des actionnaires en violation d'une norme impérative.....	10
b) Gravité du vice et sa conséquence durable.....	11
2.1.3 Du vice du consentement comme motif de nullité (vice matériel grave).....	12
a) Du vice du consentement dans les décisions de l'assemblée générale.....	12
b) Du dol (art. 28 CO) comme vice matériel grave, durable portant sur des droits fondamentaux violant une norme impérative.....	13
2.2 Conclusion sur la nullité de la décision introduisant la marge de fluctuation	16
3. De l'examen spécial.....	16
3.1 Des conditions préalables à l'exercice de l'art. 697d CO.....	16
3.2 Des conditions de l'art. 697d al. 1 CO.....	17
a) Du refus de l'assemblée générale	17
b) Du délai pour agir	17
c) De la qualité pour agir de la recourante.....	17

3.3	Des conditions de l'art. 697d al. 2 et 3 CO	17
3.4	De l'arbitraire (9 Cst) (violation du droit par l'autorité inférieure)	18

BIBLIOGRAPHIE..... i

I. Ouvrages doctrinaux i

II. Travaux préparatoires..... ii

CONCLUSIONS

BICARBONATE SA (ci-après : la recourante) conclut à ce qu'il

Plaise au Tribunal fédéral

A la forme :

Déclarer le présent recours recevable.

A titre de mesures provisionnelles :

Interdire au conseil d'administration de SAUMURE PARTNERS SA d'utiliser le solde du capital de la marge de fluctuation.

Au fond :

Principalement :

- 1) Admettre le présent recours ;
- 2) Réformer le jugement du Tribunal cantonal du canton de Vaud en constatant la nullité de toutes les décisions de l'assemblée générale du 7 juin 2024 ;
- 3) Condamner SAUMURE PARTNERS SA aux frais judiciaires et aux dépens ;
- 4) Débouter SAUMURE PARTNERS SA de toutes autres ou contraires conclusions.

Subsidiairement :

- 1) Admettre le présent recours ;
- 2) Réformer le jugement du Tribunal cantonal du canton de Vaud en constatant la nullité de la décision relative à l'introduction de la marge de fluctuation du capital de l'assemblée générale du 7 juin 2024.
- 3) Ordonner un examen spécial en lien avec les faits mentionnés dans la missive du 10 février 2024 ;
- 4) Condamner SAUMURE PARTNERS SA aux frais judiciaires et aux dépens ;
- 5) Débouter SAUMURE PARTNERS SA de toutes autres ou contraires conclusions.

EXPOSÉ DES MOTIFS

I. Recevabilité

- 1 Conformément à l'art. 40 de la Loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (LTF)¹, LEX SALIS [5631] représentant BICARBONATE SA, a été mandaté par cette dernière pour défendre ses intérêts dans le présent litige².
- 2 Le Tribunal cantonal du canton de Vaud est une autorité cantonale de dernière instance au sens de l'art. 75 al. 1 LTF. L'arrêt auquel fait suite le présent recours est une décision finale au sens de l'art. 90 LTF. Ayant été rendu en matière civile, le Tribunal fédéral est compétent conformément à l'art. 72 al. 1 LTF.
- 3 Dans les affaires pécuniaires, le recours est recevable si la valeur litigieuse est d'au moins CHF 30'000.- (art. 74 al. 1 let. b LTF). Si les conclusions ne tendent pas au paiement d'une somme d'argent déterminée, le Tribunal fédéral fixe la valeur litigieuse selon son appréciation (art. 51 al. 2 LTF)³. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, l'action en nullité d'une décision sociale est un droit de nature pécuniaire pour autant que son fondement repose sur un droit de nature patrimonial et que la demande vise un but économique⁴. Selon la jurisprudence constante du Tribunal fédéral, dans les affaires concernant l'annulation ou la nullité d'une décision sociale (art. 706 et 706b CO), la valeur litigieuse repose sur l'intérêt de la société au maintien des décisions contestées et non pas sur l'intérêt personnel de l'actionnaire demandeur⁵. Les litiges concernant les droits aux renseignements (art. 697 ss CO) ne sont pas des droits patrimoniaux, mais concernent les intérêts patrimoniaux des actionnaires⁶.

En l'espèce, l'intérêt de l'intimée à maintenir l'introduction d'une marge de fluctuation et la suppression du droit de souscription préférentiel peut être évalué selon le montant de l'augmentation de capital effectuée par son conseil d'administration. Il s'élève à CHF 200'000.-. La demande de mise en œuvre d'un examen spécial par la recourante a pour but de lever les doutes sur de potentiels abus de rémunération de la part du conseil d'administration, ces rémunérations s'élevant à plusieurs dizaines de milliers de francs au moins. Par conséquent, la valeur litigieuse minimale est atteinte.

¹ RS 173.110.

² Cf. Procuration annexée au présent recours.

³ ATF 133 III 368, consid. 1.3.2 ; ATF 107 II 179, JdT 1981 I 375, consid. 1.

⁴ Arrêt du Tribunal fédéral 4A_630/2012 du 19 mars 2013, consid. 1.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 4A_529/2017 du 21 février 2018, consid. 1.1.2.

⁵ Arrêt du Tribunal fédéral 4P_344/2006 du 27 février 2007, consid. 5.1 ; ATF 75 II 149, consid. 1 ; ATF 92 II 243, consid. 1b ; ATF 107 II 179, consid. 1.

⁶ Arrêt du Tribunal fédéral 4A_499/2024 du 21 août 2025, consid. 1.1 ; ATF 120 II 393, JdT 1995 I 571, consid. 2.

- 4 En vertu de l'art. 76 al. 1 LTF, a qualité pour former recours en matière civile quiconque a pris part à la procédure devant l'autorité précédente (let. a), s'il est particulièrement touché par la décision attaquée et s'il a un intérêt digne de protection à son annulation ou à sa modification (let. b). BICARBONATE SA a pris part à la procédure devant le Tribunal cantonal du canton de Vaud. Ayant perdu son droit de souscription préférentiel en tant qu'actionnaire de SAUMURE PARTNERS SA, ayant vu son capital être dilué, et s'étant vu refuser sa demande d'examen spécial, la recourante est particulièrement touchée par cette décision. De sorte que, elle a un intérêt digne de protection à ce qu'une telle décision soit annulée ou modifiée en sa faveur.
- 5 Toute conclusion nouvelle est irrecevable (art. 99 al. 2 LTF). Cependant, l'interdiction du formalisme excessif commande de ne pas se montrer trop strict dans la formulation des conclusions si, à la lecture du mémoire, on comprend ce que souhaite le recourant⁷. De plus, si le juge est lié par les conclusions des parties, encore faut-il préciser qu'il peut être amené à statuer sur la base de conclusions implicites⁸. Partant, la conclusion relative à « la nullité de l'assemblée générale » doit être comprise comme « la nullité de toutes les décisions prises à l'occasion de l'assemblée générale ».
- 6 La décision de la Cour cantonale a été rendue le 2 octobre 2025 et notifiée le même jour. Le délai court dès le lendemain (art. 44 al. 1 LTF) et expire le premier jour ouvrable suivant le dernier jour du délai si celui-ci est un samedi, un dimanche ou un jour férié (art. 45 al. 1 LTF). Déposé le 31 octobre 2025 dans les termes prescrits par l'art. 42 LTF, le présent mémoire est interjeté en temps utile (art. 100 al. 1 LTF).
- 7 Le juge instructeur peut, d'office ou sur requête d'une partie, ordonner les mesures provisionnelles nécessaires au maintien de l'état de fait ou à la sauvegarde d'intérêts menacés (art. 104 LTF). Ainsi, pour sauvegarder les intérêts de la société menacés par le comportement dolosif du conseil d'administration (motifs exposés ci-après), la recourante demande à la Cour de céans d'interdire à ce dernier d'utiliser le capital restant dans la limite de la marge de fluctuation jusqu'à jugement.

II. Au fond

A. En fait

- 8 La recourante renvoie aux faits tels qu'établis par l'instance précédente conformément à l'art. 105 al. 1 LTF.

⁷ ATF 149 III 224, consid. 5.2.2.

⁸ Arrêt du Tribunal fédéral 4A_428/2018 du 29 août 2019, consid. 4.2.1 *in fine* et référence.

B. En droit

1. De la nullité de toutes les décisions de l'assemblée générale

1.1 De l'action en nullité

9 La loi énumère plusieurs motifs de nullité de décisions de l'assemblée générale d'une société anonyme à l'art. 706b CO. Cette liste n'est pas exhaustive⁹. En effet, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, des vices formels graves, tout autant que des vices matériels graves, peuvent conduire à la nullité¹⁰. Savoir si la décision tombe sous le coup de l'annulabilité (cf. art. 706 CO) ou de la nullité (cf. art. 706b CO) est discuté. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral et la doctrine majoritaire¹¹, il faut remplir plusieurs critères pour qualifier une délibération nulle. Comme le résume parfaitement BURRUS, « l'atteinte doit être : (i) grave, (ii) durable, (iii) porter sur des droits fondamentaux (iv) protégés par une règle impérative »¹².

10 Tout d'abord, la recourante examinera si elle peut agir contre l'intimée, et ce dans les délais légaux (1.1.1), et dans un deuxième temps si un vice relatif à la convocation tardive par le conseil d'administration entraîner la nullité de toutes les décisions de l'assemblée générale. La recourante démontrera ci-dessous que la convocation tardive constitue un vice formel grave, durable et qu'elle porte atteinte aux droits fondamentaux des actionnaires en violation d'une norme impérative (1.1.2).

1.1.1 De la qualité pour agir, de la qualité pour défendre et du délai

11 Conformément à l'art. 706b CO, les décisions de l'assemblée générale peuvent être constatées nulles. La nullité des décisions doit être constatée d'office par le juge¹³. En tout temps, toute personne ayant un intérêt digne de protection peut former, contre la société, une action en constatation de la nullité des décisions de l'assemblée générale de cette dernière¹⁴. Selon la jurisprudence, le fait que la modification demandée ait des effets positifs sur la situation juridique du demandeur suffit¹⁵.

12 En l'espèce, la recourante demande au Tribunal fédéral de constater la nullité de la décision relative à l'introduction de la marge de fluctuation du capital adoptée lors de l'assemblée générale du 7 juin 2024. Étant actionnaire de la société avec un droit de vote et ayant participé à ladite assemblée, la recourante a un intérêt digne de protection puisque la constatation de la nullité de toutes les décisions

⁹ ATF 137 III 460, JdT 2012 II 178, consid. 3.3.2.

¹⁰ Arrêt du Tribunal fédéral 4A_133/2024 du 2 mai 2025, consid. 4.2 ; arrêt du Tribunal fédéral 4A_197/2008 du 24 juin 2008, consid. 2.1.

¹¹ ATF 133 III 77, consid. 5 ; ATF 115 II 46, JdT 1990 I 374, consid. 3b ; BÖCKLI (2009), § 13 N 266 ; BSK OR II-WERNLI, art. 714 CO N 10 ; HOMBURGER, N 346.

¹² BURRUS, N 536.

¹³ ATF 147 III 126, JdT 2021 II 180, consid. 3.3.4.2, ATF 137 III 503, consid. 4.1.

¹⁴ ATF 147 III 126, consid. 3.3.4.2 ; ATF 137 III 460, JdT 2012 II 178, consid. 3.3.2 ; ATF 115 II 468, JdT 1990 I 374, consid. 3b ; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER, § 16 N 372.

¹⁵ Arrêt du Tribunal fédéral 4A_630/2012 du 19 mars 2013, consid. 3.1 ; Arrêt du Tribunal fédéral 4A_404/2011 du 7 novembre 2011, consid. 5.1 ; ATF 133 III 453, consid. 7 ; ATF 122 III 279, consid. 3a.

aura des effets positifs sur la situation de celle-ci en raison de la non-dilution de son capital-actions. Elle a par conséquent qualité pour agir tandis que l'intimée a qualité pour défendre.

1.1.2 De la convocation tardive comme motif de nullité

- 13 En premier lieu, il s'agira de démontrer que la convocation tardive constitue un vice formel (a) puis en quoi ce vice formel est grave ainsi que durable (b) et porte atteinte aux droits fondamentaux des actionnaires en violation d'une norme impérative (c).

a) De la convocation tardive comme vice formel

- 14 Il y a vice formel lorsque les prescriptions relatives à la procédure d'adoption des décisions sont méconnues¹⁶. En vertu de l'art. 699a al. 1 CO, « [a]u moins [vingt] jours avant l'assemblée générale, le rapport de gestion et les rapports de révision sont rendus accessibles aux actionnaires ». Le bilan (art. 959 et 959a CO), le compte de résultat (art. 959b CO) et l'annexe (art. 959c CO) composent les comptes annuels individuels que contient le rapport de gestion (art. 958 al. 2 CO). De la même manière que l'art. 699a al. 1 CO, l'art. 700 al. 1 CO dispose que « [l]e conseil d'administration communique aux actionnaires la convocation à l'assemblée générale au moins [vingt] jours avant la date à laquelle elle doit avoir lieu ». L'art. 700 al. 1 CO étant une disposition semi-impérative, le délai de vingt jours peut être augmenté mais pas être réduit par les statuts¹⁷. « Les art. 699, 699a, 699b et 700 forment un tout, qui va de la communication du rapport de gestion à la convocation de l'assemblée générale »¹⁸. Ainsi, il convient de les interpréter conjointement. Cela vaut donc également pour le délai de l'art. 699a al. 1 CO¹⁹.

La méthode de calcul du délai de vingt jours est controversée en doctrine et n'a pas été tranchée par le Tribunal fédéral²⁰. Pour certains auteurs, le délai court dès le jour de l'envoi postal ; ce dernier ainsi que le jour de l'assemblée générale ne sont pas pris en compte dans le calcul des vingt jours²¹. Pour d'autres, le calcul doit se faire selon le principe de la réception : le délai est respecté si les actionnaires ont effectivement pu prendre connaissance de la convocation vingt jours avant la date de l'assemblée, le jour de cette dernière n'étant pas pris en compte²². Selon SCHOTT, le retard est à la charge de la société, même s'il ne lui est pas imputable²³ ; ce qui est compréhensible puisque la *ratio legis* de l'art. 700 al. 1 CO est de protéger les actionnaires²⁴. En effet, comme le soulignent à

¹⁶ BURRUS, N 180.

¹⁷ CR CO II-PETER/BIRCHLER, art. 700 N 5 ; BÖCKLI, 2022, § 8 N 138 ; BSK OR II-DUBS/TRUFFER, art. 700 N 7 ; ZK-TANNER, art. 700 N 11 ; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 23 N 40.

¹⁸ FF 2017 353, 497.

¹⁹ CR CO II-PETER/BIRCHLER, art. 699a N 42 et références citées.

²⁰ EISENRING, OR Kommentar, art. 700 N 2.

²¹ BSK OR II-DUBS/TRUFFER, art. 700 N 7 ; NOBEL, p. 25.

²² CR CO II-PETER/BIRCHLER, art. 700 N 5 ; BÖCKLI, 2022, § 8 N 141 ; ZK-TANNER, art. 700 N 8 ; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 23 N 42 ; SCHOTT, § 9 N 40.

²³ SCHOTT, § 9 N 41.

²⁴ VON DER CRONE, N 992.

juste titre FORSTMOSER, MEIER-HAYOZ et NOBEL, les vingt jours prévus par la loi doivent permettre à l'actionnaire de se préparer de manière adéquate²⁵. Pour trancher cette question, il convient d'employer la pratique du Tribunal fédéral consistant à prendre en considération toutes les circonstances du cas d'espèce. Selon la recourante, en cas de décisions importantes (cf. art. 704 CO) qui touchent aux intérêts pécuniaires des actionnaires, ainsi que pour celles touchant leurs droits sociaux, l'on ne pourrait tolérer un délai de réflexion inférieur à vingt jours, car ces décisions ont des conséquences qui ne doivent pas être prises à la légère.

Par ailleurs, l'Assemblée fédérale, considérant vingt jours comme trop peu, avait proposé de porter ce délai à trente jours pour l'assemblée générale ordinaire²⁶. Cette proposition a été refusée au motif qu'un délai de trente jours compliquerait l'organisation du conseil d'administration et serait une gêne pour sa marge de manœuvre²⁷, mais en aucun cas au motif que cela serait inutile. Il est également intéressant de remarquer que le droit de l'association, le délai de convocation se calcule sur la base de la date de réception de la convocation par les membres, et non sur la date d'envoi de la convocation²⁸. Partant, le délai de l'art. 700 CO étant déjà court, il serait choquant de considérer comme valable une convocation à une assemblée générale, reçue moins de vingt jours avant sa tenue, alors même que celle-ci porte sur des décisions importantes affectant les intérêts pécuniaires et les droits sociaux des actionnaires, plus particulièrement des actionnaires minoritaires, au seul motif que l'envoi postal aurait été effectué au moins vingt jours avant la date de l'assemblée.

- 15 En l'espèce, le rapport de gestion et le rapport de révision ont été joints à la convocation de l'assemblée générale du 7 juin 2024. Celle-ci a été communiquée par le conseil d'administration de l'intimée moyennant une lettre adressée le 16 mai 2024 aux actionnaires de la société. La recourante la reçoit le 21 mai 2024. Conformément au courant doctrinal qui retient le principe de l'expédition, la communication a été faite dans les délais, soit vingt-et-un jour avant ladite assemblée. Cependant, si l'on suit l'autre courant doctrinal, qui retient le principe de la réception, la recourante a été notifiée seize jours avant ladite assemblée, soit moins de vingt jours avant cette dernière. Partant, nous devons nous intéresser aux circonstances du cas d'espèce pour évaluer la pertinence ou l'inopportunité du principe de réception.

Les décisions ayant été prises lors de l'assemblée générale litigieuse concernaient, respectivement, l'introduction d'une marge de fluctuation de capital ainsi que la permission au conseil d'administration de limiter ou supprimer le droit de souscription préférentiel des actionnaires sous certaines conditions et un examen spécial. La première – qui est la seule à apparaître sur l'ordre du

²⁵ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 23 N 42

²⁶ Avant-projet droit de la SA 2014 ; FF 2017 353, 501.

²⁷ Rapport consultation droit de la SA 2014, p. 17.

²⁸ WYNNE/GILLIÉRON, N 351; cf. art. 64 al. 3 CC.

jour joint à la convocation – est considérée comme une décision importante aux yeux de la loi (art. 704 al. 1 ch. 4 et 5 CO). Comme on l’a vu, le délai de vingt jours étant déjà relativement court, il serait déraisonnable d’attendre des actionnaires qu’ils puissent réfléchir avec suffisamment de temps sur une décision aussi importante s’ils sont notifiés seulement seize jours avant l’assemblée générale.

L’intimée est une société anonyme dotée d’un capital social de CHF 1'000'000.-. De ce fait, la documentation annexée à la convocation est nécessairement volumineuse, sa lecture et sa compréhension requièrent un temps considérable. En outre, la possibilité d’introduire une marge de fluctuation du capital constitue une nouveauté législative entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2023. Il s’agit également d’une mesure nouvelle pour l’intimée, celle-ci n’ayant encore jamais eu recours à un tel mécanisme. La lecture et l’analyse des documents transmis par le conseil d’administration requièrent un délai raisonnable afin de permettre aux actionnaires d’évaluer les implications et les conséquences de leurs décisions. Dès lors, il est légitime de considérer qu’un actionnaire moyen doit disposer d’un délai d’au moins vingt jours pour se former une opinion éclairée et exercer son droit de vote en connaissance de cause. C’est d’ailleurs ce que la recourante a mentionné à plusieurs reprises : une première fois dans le courrier du 30 mai 2024 signé par Madame ESTOPPEY, puis une seconde fois lors de l’assemblée générale du 7 juin 2024. Ces deux mentions prouvent que certains actionnaires pouvaient légitimement avoir besoin de davantage de temps.

- 16 Partant, il y a lieu de retenir le principe de la réception et de qualifier la convocation reçue le 21 mai 2024 par la recourante comme tardive, dès lors qu’elle n’a pas été effectivement informée de la tenue de l’assemblée générale et transmis les documents nécessaires vingt jours avant celle-ci (art. 699a al. 1 et 700 al. 1 CO). La convocation doit ainsi être qualifiée de vice formel.

b) De la gravité du vice formel et de sa conséquence durable

- 17 Bien qu’un arrêt du Tribunal fédéral datant de 2021 affirme qu’il faudrait des « motifs impérieux » pour reconnaître la nullité d’une décision²⁹, cet arrêt est critiquable sur plusieurs points. D’une part, ce critère paraît excessivement restrictif, comme le souligne à juste titre ROUILLER³⁰. D’autre part, cette formulation est peu heureuse puisqu’elle n’est pas cohérente avec la jurisprudence récente du Tribunal fédéral. Un arrêt de 2014 énonçait qu’« [u]ne clause statutaire qui prévoirait, pour pallier une éventuelle situation de blocage au sein de l’actionnariat, une réélection automatique des administrateurs serait contraire au droit inaliénable de l’assemblée générale de nommer les membres du conseil d’administration (cf. art. 698 al. 2 ch. 2 CO), et donc nulle (cf. art. 706b ch. 3 CO) »³¹. On ne voit pas en quoi cette clause menacerait un intérêt public. Cet arrêt a été repris par un arrêt publié

²⁹ ATF 147 III 126, JdT 2021 II 180, consid. 3.3.4.1.

³⁰ ROUILLER, N 1755.

³¹ ATF 140 III 349, regeste.

du Tribunal fédéral datant de 2021 et postérieur au premier³². Par conséquent, afin de rester en cohérence avec la jurisprudence, il n'y a pas lieu de se pencher sur la condition des « motifs impérieux ».

- 18 La nullité des décisions de l'assemblée générale s'apprécie selon la gravité du vice formel³³. Pour qu'un vice formel soit suffisamment grave pour entraîner la nullité d'une décision, il faut au moins que l'absence de ce vice et un déroulement correct de la procédure aient pour conséquence un résultat différent pour ladite décision³⁴. Dès lors, un lien de causalité entre le vice invoqué et le contenu de la décision doit être établi³⁵. Cependant, dans un arrêt publié, le Tribunal fédéral avait admis que ce lien de causalité n'était pas nécessaire dans le cas d'un « vice de procédure fondamental en présence duquel une exigence de causalité serait déplacée »³⁶. VON DER CRONE estime qu'une convocation tardive entraîne la nullité des décisions de l'assemblée générale si le délai de vingt jours doit remplir son objectif, à savoir la protection des actionnaires³⁷. Dans la même logique, BÖCKLI considère que deux jours peuvent être supportables, mais qu'un retard de plus de deux jours doit être considéré comme important et donc rendre toutes les décisions nulles³⁸. Concernant le fardeau de la preuve, c'est en principe à la demanderesse de prouver ce qu'elle allègue (art. 8 CC). Cependant, selon la doctrine majoritaire, en relation avec l'absence d'influence d'une éventuelle violation de la loi sur la décision litigieuse, c'est la défenderesse qui supporte le fardeau de la preuve (art. 691 al. 3 CO par analogie)³⁹.
- 19 En l'espèce, la convocation ayant été notifiée à la recourante tardivement – soit seize jours avant la tenue de l'assemblée générale – elle est constitutive d'un vice formel (cf. *supra* 1.1.2 a). Le retard équivaut à quatre jours, soit 20 % du délai légal : un retard important, alors que le délai complet a pour but de protéger les actionnaires, qui risquent une dilution de leur capital au travers de l'introduction de la marge de fluctuation, une perte du droit de souscription préférentiel, ainsi que pour la recourante, la perte de son droit aux renseignements. Quatre jours supplémentaires auraient permis à la recourante de mieux se préparer en prenant le temps de lire et d'analyser les rapports joints à la convocation de telle sorte et à pouvoir mieux prévenir les autres actionnaires de l'objectif de l'intimée – qui on le verra, ne cherchait en réalité que le pouvoir et n'agissait pas dans l'intérêt de la société – et partant, les convaincre de rejeter l'introduction de ladite marge ainsi que de mettre en

³² ATF 148 III 69, JdT 2022 II 226, consid. 3.2.

³³ BURRUS, N 180 ; ATF 137 III 460, consid. 3.3.2 ; ATF 115 II 468, JdT 1990 I 374, consid. 3b.

³⁴ Arrêt du Tribunal fédéral 4A_141/2020 du 4 septembre 2020, consid. 3.2 ; TF, 4A_197/2008, 24.06.2008, consid. 2.3.

³⁵ TF, 4A_141/2020, 04.09.2020, consid. 3.2.

³⁶ ATF 137 III 460, JdT 2012 II 178, consid. 3.3.2.

³⁷ VON DER CRONE, N 992.

³⁸ BÖCKLI, 2009, N 89.

³⁹ CHENAUX/PHILIPPIN/BLANC, N 2319 ; VON DER CRONE, N 1206 ; ZK-TANNER, art. 706 N 209 s. ; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 25 N 74.

place un examen spécial. Quatre jours supplémentaires auraient également pu permettre aux actionnaires de mieux évaluer les risques inhérents à l'introduction de la marge de fluctuation qui, de par sa nouveauté, n'a pas encore donné lieu à jurisprudence. Étant un vice de procédure fondamental grave puisqu'il a eu une incidence sur l'issue des deux votes et puisqu'il a empêché les actionnaires d'avoir le temps suffisant pour réfléchir et se prononcer sur une décision importante qui touche aux intérêts pécuniaires de tous les actionnaires, la convocation tardive à l'assemblée générale du 7 juin 2024 doit avoir pour conséquence la nullité de toutes les décisions de ladite assemblée.

- 20 Concernant l'effet durable de ce vice, il doit être admis, car les décisions en question lèsent de manière durable et irréparable la participation sociale de la recourante en raison de la dilution de son capital-actions et de sa perte du droit de souscription préférentiel.

c) De la convocation tardive comme atteinte aux droits fondamentaux des actionnaires en violation d'une norme impérative

- 21 Il n'est nullement contesté que les délais légaux des art. 699a al. 1 et 700 al. 1 CO sont de nature impérative en ce sens que le délai de convocation – respectivement celui de rendre accessibles les rapports de gestion et de révision – ne saurait être inférieur à vingt jours⁴⁰. Ces deux normes sont des droits fondamentaux, car elles visent à protéger les actionnaires, en leur laissant assez de temps pour se préparer à l'assemblée générale et voter de manière libre et éclairée.
- 22 En l'espèce, les délais n'ont pas été respectés (cf. *supra* 1.1.2 a). Par conséquent, des normes impératives ont été violées, ce qui entraîne de plein droit la nullité de toutes les décisions de l'assemblée générale y afférentes.

1.2 Conclusion sur la nullité de toutes les décisions de l'assemblée générale

- 23 Considérant que le Tribunal doit se fier aux critères qu'il a développé de jurisprudence constante pour prononcer la nullité des décisions d'une assemblée générale, à savoir un vice formel ou matériel grave, durable, portant sur des droits fondamentaux protégés par une règle impérative ; considérant que la convocation à l'assemblée générale du 7 juin 2024 du conseil d'administration de l'intimée est tardive ; considérant que cette convocation tardive constitue un vice formel grave durable ; et considérant que cette convocation tardive viole les articles 699a al. 1 et 700 al. 1 CO qui sont des normes impératives du droit portant sur des droits fondamentaux des actionnaires, ladite convocation tardive engendre, de plein droit, la nullité de toutes les décisions adoptées lors de l'assemblée générale du 7 juin 2024 pour les différents motifs exposés (*supra* 1.1.2).

⁴⁰ CR CO II-PETER/BIRCHLER, art. 700 N 5 ; BÖCKLI, 2022, § 8 N 138 ; BSK OR II-DUBS/TRUFFER, art. 700 N 7 ; ZK-TANNER, art. 700 N 11 ; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 23 N 40 ; CR CO II-PETER/BIRCHLER, art. 699a N 42 et références citées.

24 Considérant tout ce qui vient d'être énoncé, la recourante demande au Tribunal fédéral de réformer le jugement du Tribunal cantonal du canton de Vaud en constatant la nullité de toutes les décisions de l'assemblée générale du 7 juin 2024 puisque ce dernier a violé le droit fédéral.

2. De la nullité de la décision concernant l'introduction de la marge de fluctuation

25 A titre subsidiaire, et si par impossible la Cour de céans venait à débouter la recourante sur sa conclusion principale, à savoir la constatation de la nullité de toutes les décisions de l'assemblée générale, la recourante demande à la Cour de céans de constater la nullité de la décision de l'assemblée générale du 7 juin 2024 introduisant la marge de fluctuation pour les motifs développés ci-dessous.

2.1 De l'action en nullité

26 Nous renvoyons à ce qui a déjà été explicité pour les conditions de la nullité (cf. *supra* 1.1). L'analyse se fera en trois temps. Premièrement, il s'agira d'analyser si la recourante peut agir contre l'intimée et si elle l'a fait dans les délais (2.1.1). Deuxièmement, il s'agira d'analyser le vice formel grave que constitue la non-considération de la proposition de la recourante (2.1.2). Troisièmement, il s'agira d'analyser le vice matériel grave que constitue le vice du consentement des actionnaires (2.1.3).

2.1.1 De la qualité pour agir, de la qualité pour défendre et du délai

27 Il est fait renvoi aux considérations ci-dessus concernant les qualités pour agir, pour défendre et le délai pour l'art. 706b CO (cf. *supra* 1.1.1). La recourante a donc qualité pour agir et l'intimée qualité pour défendre (cf. *supra* 1.1.1 *mutatis mutandis*).

2.1.2 De la non prise en compte de la proposition de report de la recourante (vice formel grave)

28 En premier lieu, il s'agira de montrer en quoi ce refus constitue un vice formel qui porte atteinte aux droits fondamentaux des actionnaires en violation d'une norme impérative (a). Ensuite, nous analyserons sa gravité et sa conséquence durable (b).

a) Du vice formel portant atteinte aux droits fondamentaux des actionnaires en violation d'une norme impérative

29 Selon l'art. 699b al. 1 ch. 2 et al. 2 CO, les actionnaires d'une société non cotée peuvent, s'ils détiennent au moins 5% du capital-actions, demander l'inscription, dans la convocation à l'assemblée générale, de propositions concernant les objets portés à l'ordre du jour. Ils peuvent joindre une motivation à leur proposition (al. 2). A teneur de l'art. 699b al. 5, lors de l'assemblée générale, tout actionnaire peut formuler des propositions concernant les objets portés à l'ordre du jour. Selon certains auteurs, si les actionnaires souhaitent émettre des propositions avant l'assemblée générale, ils peuvent les communiquer par écrit. Dans ce cas, le conseil d'administration est tenu de soumettre

au vote la proposition écrite présentée en vue de l'assemblée générale, pour autant que les conditions des articles 699b al. 1 et 2 CO soient remplies⁴¹. Selon d'autres auteurs, le président de l'assemblée générale n'est pas tenu de communiquer cette proposition faite par écrit, mais l'actionnaire en question peut exercer ce droit et imposer l'examen de sa proposition s'il exerce le droit de proposition de manière spontanée lors de l'assemblée générale⁴². Pour émettre une proposition sur un ordre du jour, aucune forme n'est requise de par la loi de manière expresse⁴³. Ces dispositions sont de nature impérative et protègent les droits des actionnaires⁴⁴.

- 30 En l'espèce, la recourante a envoyé au conseil d'administration le 30 mai 2024 un courrier comportant plusieurs propositions, notamment celle de reporter le vote concernant l'introduction de la marge de fluctuation. De plus, la recourante a réitéré cette demande le 7 juin 2024 à l'assemblée générale. Bien qu'elle n'ait pas fait de demande formelle ce jour-ci, il sied de considérer sa prise de parole comme une proposition de voter sur le report du vote. En effet, le conseil d'administration savait et avait lu une semaine avant l'assemblée générale le courrier du 30 mai. Par conséquent, il aurait dû, de bonne foi (art. 2 al. 1 CC), proposer le report du vote. Cette non-considération constitue dès lors un vice formel qui porte sur un droit fondamental des actionnaires en violation d'une norme impérative puisqu'elle protège les droits des actionnaires (le droit de proposition, cf. art. 699b al. 5 CO).
- 31 La procédure relative à l'adoption de la marge de fluctuation n'ayant pas été respectée en raison de la non-considération des propositions de la recourante, notamment le report du vote, il y a lieu de déclarer que la décision est entachée d'un vice formel portant sur des droits fondamentaux des actionnaires protégés par une norme impérative.

b) Gravité du vice et sa conséquence durable

- 32 Pour rappel, une décision est entachée d'un vice formel lorsque les prescriptions relatives à la procédure d'adoption des décisions sont méconnues, la nullité s'appréciant selon la gravité du vice⁴⁵. Pour qu'un vice formel soit suffisamment grave pour entraîner la nullité d'une décision, il faut au moins que l'absence de ce vice et un déroulement correct de la procédure aient pour conséquence un résultat différent pour ladite décision⁴⁶. Dès lors, un lien de causalité entre le vice invoqué et le contenu de la décision doit être établi⁴⁷. Cependant, dans un arrêt publié, le Tribunal fédéral avait

⁴¹ SCHENKER/SCHENKER, p. 211 et 212.

⁴² BSK OR II-DUBS/TRUFFER, art. 699b N 47.

⁴³ CR CO II-PETER/BIRCHLER, art. 699b N 16 ; BSK OR II-DUBS/TRUFFER, art. 699b N 20.

⁴⁴ CR CO II-PETER/BIRCHLER, art. 699b N 14.

⁴⁵ BURRUS, N 180.

⁴⁶ Arrêt du Tribunal fédéral 4A_141/2020 du 4 septembre 2020, consid. 3.2 ; TF, 4A_197/2008, 24.06.2008, consid. 2.3.

⁴⁷ TF, 4A_141/2020, 04.09.2020, consid. 3.2.

admis que ce lien de causalité n'était pas nécessaire dans le cas d'un « vice de procédure fondamental en présence duquel une exigence de causalité serait déplacée »⁴⁸.

- 33 En l'espèce, malgré le renversement du fardeau de la preuve (cf. *supra* 1.1.2 b ; art. 691 al. 3 CO par analogie), il est vraisemblable que la proposition de la recourante de reporter le vote aurait modifié la décision finale. Les soupçons de rémunérations abusives du conseil d'administration, restés sans réponse, intéressaient directement les actionnaires, qui auraient eu tout intérêt à reporter le vote pour obtenir des explications. La décision concernait en outre une question importante au sens de l'art. 704 al. 1 ch. 5 CO, nécessitant réflexion en raison de ses effets potentiellement définitifs, notamment la dilution du capital-actions. Dès lors, le vice formel entre dans un lien de causalité avec la décision adoptée : celle-ci n'aurait pas été prise si le vote avait été reporté.
- 34 En conclusion, les propositions de la recourante, notamment celle sur le report du vote concernant l'introduction de la marge de fluctuation n'ayant pas été prise en compte lors de l'assemblée du 7 juin 2024, il sied donc de déclarer la nullité de la décision puisque celle-ci est victime d'un vice formel suffisamment grave.

2.1.3 Du vice du consentement comme motif de nullité (vice matériel grave)

- 35 Dans un premier temps, il s'agira de montrer comment les règles sur les vices du consentement sont applicables aux prises de décisions de l'assemblée générale d'une société anonyme (a). Dans un second temps, la recourante démontrera en quoi le conseil d'administration a vicié de manière dolosive le consentement des actionnaires et en quoi ce vice constitue un vice matériel grave au regard des critères de la jurisprudence (b).

a) Du vice du consentement dans les décisions de l'assemblée générale

- 36 Visant tous les deux à protéger les actionnaires, les art. 706 et 706b CO doivent être interprétés conjointement⁴⁹. La doctrine majoritaire tend à dire, à juste titre, que la nullité au sens de l'art. 706b CO – respectivement, l'annulation au sens de l'art. 706 CO – ne vise pas uniquement les normes du Code des obligations, mais également les dispositions concernant les personnes morales ainsi que les principes généraux du droit⁵⁰. Cela inclut donc les dispositions relatives au droit commun des contrats⁵¹. Partant, faute de disposition spéciale du droit des sociétés de capitaux concernant les vices du consentement, il est possible de faire un détour par les art. 20 ss CO et les dispositions relatives aux vices du consentement (art. 23 ss CO). Ce mécanisme est confirmé par la jurisprudence du Tribunal fédéral qui a déjà admis que l'on pouvait sans difficulté permettre à un acte d'être attaqué

⁴⁸ ATF 137 III 460, JdT 2012 II 178, consid. 3.3.2.

⁴⁹ CR CO II-PETER/BIRCHLER, art. 706 N 1 et art. 706b N 1.

⁵⁰ BURRUS, N 127 ; CR CO II-PETER/CAVADINI, art. 706 N 23 ; BSK OR II-DUBS/TRUFFER, art. 706 N 10 ; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, § 16 N 297 ; VON BÜREN/STOFFEL/WEBER, N 1163.

⁵¹ BURRUS N 211 ; CR CO II-PETER/CAVADINI, art. 706 N 23 ; JUNG, p. 188 *mutatis mutandis*.

pour vice du consentement en vertu des art. 23 ss CO, à condition que l'acte en question soit de nature contractuelle⁵².

- 37 En l'espèce, l'adoption de la marge de fluctuation lors de l'assemblée générale du 7 juin 2024 est une modification contractuelle, le contrat social étant en l'occurrence les statuts. Les articles de la partie générale du Code des obligations concernant les vices du consentement (art. 23 ss CO) sont donc applicables.

b) Du dol (art. 28 CO) comme vice matériel grave, durable portant sur des droits fondamentaux violant une norme impérative

- 38 Selon l'art. 31 CO, « le contrat entaché d'erreur ou de dol, ou conclu sous l'empire d'une crainte fondée, est tenu pour ratifié lorsque la partie qu'il n'oblige point a laissé s'écouler une année sans déclarer à l'autre sa résolution de ne pas le maintenir, ou sans répéter ce qu'elle a payé » (al. 1). Le délai coure « dès que l'erreur ou le dol a été découvert, ou dès que la crainte s'est dissipée » (al. 2).
- 39 Cependant, il n'y a pas lieu de s'intéresser à ce délai puisque la qualité pour agir s'effectue selon le fondement de l'action en nullité et non son motif. La qualité pour agir et le délai dans lequel l'action en nullité (art. 706b CO) peut être intentée ont déjà été analysés (cf. *supra* 2.1.1).
- 40 Selon l'art. 28 al. 1 CO, « [l]a partie induite à contracter par le dol de l'autre n'est pas obligée, même si son erreur n'est pas essentielle ». Selon TERCIER et PICHONNAZ, cette disposition vise la situation dans laquelle « [l]'auteur s'est trompé sur des faits qui ont servi à former sa volonté, mais son erreur a été intentionnellement provoquée par l'autre partie, éventuellement par un tiers au su de celle-ci »⁵³. Cela suppose l'accomplissement de deux conditions : d'une part l'existence d'une erreur et d'autre part l'existence d'une tromperie.⁵⁴ La victime doit avoir conclu le contrat en raison de la tromperie, cette dernière étant la cause de la conclusion du contrat⁵⁵. L'erreur ne doit pas forcément être essentielle (art. 28 al. 1 *in fine* CO). La victime peut s'être trompée sur les éléments qui ont fondé sa volonté, une erreur sur les motifs peut donc suffire⁵⁶. L'auteur du dol doit tromper sa victime intentionnellement, le dol éventuel étant suffisant⁵⁷. La tromperie peut s'effectuer par une affirmation inexacte ou par le silence relatif à un fait que l'auteur avait le devoir de révéler ; devoir de renseigner qui peut découler de la loi, du contrat ou de la bonne foi⁵⁸. Au travers de nombreuses dispositions, la loi exige du conseil d'administration plusieurs devoirs d'information, listés ci-dessous :

⁵² ATF 80 I 385, consid. 3.

⁵³ TERCIER/PICHONNAZ, N 883.

⁵⁴ ATF 136 III 528, JdT 2014 II 439, consid. 3.4.2 ; TERCIER/PICHONNAZ, N 885.

⁵⁵ ATF 132 II 161, consid. 4.1 ; ATF 106 II 346, JdT 1982 I 77, consid. 4b.

⁵⁶ TERCIER/PICHONNAZ, N 886.

⁵⁷ Arrêt du Tribunal fédéral 4A_437/2020 du 29 décembre 2020, consid. 4.1 ; ATF 136 III 528, consid. 3.4.2 ; ATF 132 II 161, consid. 4.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 4A_286/2018 du 5 décembre 2018, consid. 3.1.

⁵⁸ TF, 4A_437/2020, consid. 4.1 ; ATF 132 II 161, consid. 4.1 ; 116 II 431, consid. 3a.

Au sens de l'art. 697 al. 1 CO, « [l]ors de l'assemblée générale, tout actionnaire peut demander des renseignements au conseil d'administration sur les affaires de la société et à l'organe de révision sur l'exécution et le résultat de sa vérification ». Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral et la doctrine majoritaire, dans le cadre des demandes au conseil d'administration, la notion d'« affaires de la société » doit être comprise dans un sens large⁵⁹. Étant précisé que, en cas de fusion, les documents touchant la préparation de l'opération font partie intégrante des dossiers de l'une et l'autre société⁶⁰. Le conseil d'administration est tenu de fournir des renseignements dans les quatre mois (art. 697 al. 3 CO) et en cas de refus doit motiver sa décision par écrit (art. 697 al. 4 *in fine* CO). Ces normes sont de droit impératif puis qu'elles concernent des droits fondamentaux des actionnaires, le droit au renseignement⁶¹.

Selon l'art. 652e ch. 4 CO sur renvoi de l'art. 653u al. 5 CO, dans le cadre de l'augmentation du capital, « [l]e conseil d'administration rend compte dans un rapport écrit [...] de l'application de la décision de l'application de l'assemblée générale, en particulier quant à la limitation ou à la suppression du droit de souscription préférentiel et quant au sort des droits de souscription préférentiels non exercés ou supprimés ». La motivation de la décision du conseil d'administration de supprimer le droit de souscription préférentiel devrait répondre à des exigences strictes et celui-ci doit aussi démontrer concrètement que les droits de souscription préférentiels supprimés ont été attribués conformément à la décision de l'assemblée générale, notamment les bénéficiaires de l'attribution⁶². Ces normes sont de droit impératif puis qu'elles protègent des droits fondamentaux des actionnaires, le droit au renseignement⁶³.

- 41 En l'espèce, la tromperie du conseil d'administration se manifeste sous plusieurs formes. Premièrement, il a manqué par omission à son devoir de transparence (art. 697 al. 1 CO) en refusant de communiquer la méthode de calcul de l'acquisition de SALLY AND PEPE SARL, malgré l'obligation d'en informer les actionnaires dans les quatre mois dès le 7 juin 2024 (art. 697 al. 3 et 4 *in fine* CO). Deuxièmement, le conseil a prétendu à une forte concurrence avec CASSEROLBAND SA, en oubliant de préciser que Madame CHERIX en est presque l'actionnaire majoritaire en détenant 40 % de celle-ci et est l'actionnaire unique de SALLY AND PEPE SARL, créant un conflit d'intérêts crasse destiné à tromper les actionnaires par un faux sentiment d'urgence. Troisièmement, en affirmant agir « dans l'intérêt de la société » et en évaluant SALLY AND PEPE SARL à CHF 200'000.-, le conseil d'administration a cependant sciemment surestimé la valeur pour se réserver le surplus des actions nouvellement émises. Ce plan, monté à tout le moins par dol éventuel – dès lors que le conseil

⁵⁹ ATF 109 47 II, consid. 2, JdT 1984 I 52 ; CR CO II-TRIGO TRINDADE, art. 697 N 37 et références citées.

⁶⁰ ATF 109 II 47, JdT 1984 I 52, consid. 3a.

⁶¹ CR CO II-TRIGO TRINDADE, art. 697 N 14.

⁶² CR CO II-TRIGO TRINDADE, art. 652e N 6 et références citées ; ATF 121 III 219, JdT 1996 I 162, consid. 4a.

⁶³ Cf. CR CO II-TRIGO TRINDADE, art. 652e N 2.

d'administration envisage et accepte que les actionnaires soient trompés – se concrétise dans l'omission du conseil d'administration de mentionner dans le rapport d'augmentation de capital que la moitié des actions émises a été conservée par ce dernier, alors qu'il devait le faire (art. 652e ch. 4 cum 653u al. 5 CO). Ce comportement égoïste, permis par la suppression du droit de souscription préférentiel, a octroyé 10'000 actions nouvellement émises au conseil d'administration au détriment de tous les actionnaires. En raison de ces tromperies, les membres de l'assemblée générale ont été victimes d'une erreur sur les motifs. En effet, contrairement à ce que le conseil d'administration indiquait dans sa note explicative jointe dans le courrier de convocation du 16 mai 2024, l'introduction de la marge de fluctuation et la suppression du droit de souscription préférentiel des actionnaires n'a pas été dans le but d'acquérir en urgence SALLY AND PEPE SARL, mais au contraire de permettre au conseil d'administration d'acquérir 10'000 actions indues. Les actionnaires étaient aussi dans l'erreur concernant la valeur de la société acquise avec la moitié des actions nouvellement émises correspondant à la moitié du capital augmenté.

- 42 Pour toutes ces raisons, il y a lieu d'admettre que les actionnaires présents lors de l'assemblée générale du 7 juin 2024 ont été victimes d'une erreur sur les motifs en raison d'une tromperie du conseil d'administration. Cette situation constitue un dol au sens de l'art. 28 CO.
- 43 Selon la jurisprudence constante du Tribunal fédéral, les vices du consentement fondent un cas de nullité relative⁶⁴. L'art. 20 al. 2 CO peut s'appliquer par analogie (nullité partielle) lorsque l'on peut admettre que le contrat n'aurait pas été conclu dans les mêmes termes si les parties avaient connaissance du vice⁶⁵.
- 44 En l'espèce, si les actionnaires avaient été informés de l'erreur dans laquelle ils se trouvaient en raison d'une tromperie du conseil d'administration sur l'ensemble des points mentionnés ci-dessus, on peut légitimement considérer, sans hésitation, qu'ils n'auraient ni adopté la marge de fluctuation, qui laissait un pouvoir d'appréciation aussi étendu au conseil d'administration, ni pris cette décision en sachant qu'il n'y avait en réalité aucune urgence. Il est en effet facile d'imaginer qu'un actionnaire, découvrant que le conseil d'administration lui a caché ou déformé la vérité ainsi que ses intentions réelles, éprouverait une certaine réserve ou ressentiment à accepter sa proposition. On peut aisément concevoir que l'assemblée générale aurait expressément interdit que le conseil d'administration bénéficie d'une priorité par rapport à elle dans l'acquisition d'actions nouvellement émises.
- 45 En conséquence, si le vice avait été connu, l'assemblée générale n'aurait pas accepté la modification du contrat social. La décision doit dès lors être frappée de nullité.

⁶⁴ ATF 137 III 243, consid. 4.4.3 et 4.4.7 ; Arrêt du Tribunal fédéral 4A_335/2018 du 09 mai 2019, consid. 5.2.1 ; ATF 132 III 242, JdT 2006 I 49 ; ATF 114 II 131, JdT 1988 I 508, consid. 2b et 3b.

⁶⁵ ATF 135 III 537, consid. 2.1 ; ATF 130 III 49, consid. 3.2 ; ATF 123 III 292, JdT 1998 I 586.

2.2 Conclusion sur la nullité de la décision introduisant la marge de fluctuation

- 46 En conclusion, la non-considération de la proposition de report de la recourante constitue un vice formel grave durable qui porte sur un droit fondamental des actionnaires, soit le droit de proposition, et qui repose sur une norme impérative (art. 699b CO). De plus, victime d'un dol du conseil d'administration, l'assemblée générale n'aurait pas accepté la clause statutaire introduisant la marge de fluctuation du capital et la possibilité de suppression du droit de souscription préférentiel. Partant, la décision de l'assemblée générale du 7 juin 2024 introduisant la marge de fluctuation du capital est entachée d'un vice du consentement et est par conséquent nulle de plein droit.
- 47 Pour tous les motifs exposés, la recourante demande au Tribunal fédéral de réformer le jugement du Tribunal cantonal du canton de Vaud en constatant la nullité de la décision de l'assemblée générale du 7 juin 2024 introduisant la marge de fluctuation puisque ce dernier a violé le droit fédéral.

3. De l'examen spécial

3.1 Des conditions préalables à l'exercice de l'art. 697d CO

- 48 Le droit de demander au tribunal d'ordonner un examen spécial (*Sonderuntersuchung*) au sens de l'art. 697d CO découle directement du droit aux renseignements des actionnaires des articles 697 à 697c CO. Ainsi, selon l'art. 697 al. 2 CO dans les sociétés non cotées en bourse, des actionnaires représentant au moins 10% du capital-actions peuvent demander par écrit des renseignements au conseil d'administration sur les affaires de la société. Le conseil d'administration est alors tenu de répondre dans les 4 mois (al. 3), tout refus de fournir les renseignements demandés devant être motivé par écrit. L'art. 697b CO précise que si les actionnaires se sont vu refuser les renseignements, ces derniers peuvent, dans un délai de 30 jours, demander au tribunal d'ordonner à la société de fournir les renseignements. Il n'est néanmoins pas nécessaire d'utiliser l'accès au juge pour demander au tribunal d'ordonner un examen spécial au sens de 697d CO : il suffit que le droit aux renseignements ait été exercé, et ce en vain, auprès des organes de la société⁶⁶. Ainsi, si les actionnaires qui se sont vu refuser les renseignements demandés réitèrent leur demande à l'assemblée générale (art. 697c CO) en demandant de faire examiner par des experts indépendants des faits déterminés et essuient un refus (vote à la majorité), le droit subsidiaire de l'examen spécial au sens de l'art. 697d CO est ouvert.
- 49 En l'espèce, Monsieur MAMIN, en qualité de président du conseil d'administration de la recourante a valablement demandé des renseignements par écrit dans son courrier du 10 février 2024, BICARBONATE SA ayant à cette date 10% du capital-actions. Monsieur RABOUD a répondu, par écrit, et par la négative, dans son courrier du 4 juin 2024. Lors de l'assemblée générale du 7 juin 2024, Madame ESTOPPEY, qui représentait alors valablement BICARBONATE SA, a réitéré les demandes

⁶⁶ ROUILLER, N 2282 ad n. 3066 ; Arrêt du Tribunal fédéral 4A_648/2011 du 04 avril 2012, consid. 3.1.

formulées dans le courrier du 10 février, en demandant un vote qui aboutit à un rejet de l'examen spécial à 77% des voix. La voie d'un droit à l'examen spécial au sens de l'art. 697d CO est ouverte.

3.2 Des conditions de l'art. 697d al. 1 CO

a) Du refus de l'assemblée générale

50 (Cf. *supra* 3.1. *in fine*)

b) Du délai pour agir

51 Les actionnaires qui souhaitent demander au tribunal d'ordonner un examen spécial doivent le faire dans les trois mois (délai de péremption) qui suivent le refus de l'assemblée générale⁶⁷. L'assemblée générale ayant refusé l'examen spécial le 7 juin 2024, la recourante a agi dans les délais en introduisant action devant le tribunal d'arrondissement du canton de Vaud le 18 août 2024.

c) De la qualité pour agir de la recourante

52 Au sens de l'art. 697d al. 1 ch. 2 CO, la qualité pour agir pour demander un examen spécial doit être de 10% du capital-actions dans les sociétés non cotées en bourse.

53 La décision de l'assemblée générale introduisant la marge de fluctuation du capital étant nulle (cf. *supra* 2.2), la recourante a qualité pour agir au moment du dépôt du recours puisqu'elle possède 10% du capital-actions de l'intimée qui s'élève à CHF 1'000'000.-.

3.3 Des conditions de l'art. 697d al. 2 et 3 CO

54 Selon l'art. 697d al. 2 CO, la requête d'examen spécial doit porter sur des objets débattus durant l'assemblée générale ou sur une question ayant déjà fait l'objet d'une demande de renseignements et dont la réponse est nécessaire à l'exercice des droits de l'actionnaire, par exemple une action en responsabilité contre le conseil d'administration (art. 754 al. 1 et 756 al. 1 CO), et ne doit pas être purement exploratoire⁶⁸. Le requérant doit rendre vraisemblable que des organes ont violé la loi ou les statuts et que cette violation est de nature à porter préjudice à la société ou aux actionnaires (art. 697d al. 3 CO). Le nouveau droit est ainsi plus favorable aux actionnaires minoritaires qui ne peuvent que très difficilement prouver un dommage effectif et son montant. Le risque d'un dommage actuel ou futur suffit⁶⁹. Le demandeur doit apporter des indices suffisants pour rendre le risque du dommage vraisemblable sans qu'il n'ait besoin d'apporter une preuve stricte⁷⁰. La violation peut résider par exemple dans la violation de normes impératives ou dispositives du droit de la société anonyme par

⁶⁷ ROUILLER, N 2286.

⁶⁸ TF 4A_648/2011, 04.04.2012, consid. 3.1.; ATF 123 III 261, consid. 4a ; Arrêt du Tribunal fédéral 4A_215/2010, du 27 juillet 2010, consid. 3.1.2.

⁶⁹ SCHENKER/SCHENKER, p. 195.

⁷⁰ ATF 140 III 610, consid. 4.1 ; ATF 120 II 393, JdT 1995 I 571, consid. 4c ; Arrêt du Tribunal fédéral 4A_180/2017 du 31 octobre 2017, consid. 5.2.3 ; SCHENKER/SCHENKER, p. 193.

les membres du conseil d'administration⁷¹. Il suffit que le comportement en question soit de nature à entraîner un dommage⁷². Selon l'art. 717 al. 1 CO, les membres du conseil d'administration exercent leurs attributions avec toute la diligence nécessaire et veillent fidèlement aux intérêts de la société. En cas de conflit d'intérêts, ils adoptent les mesures qui s'imposent afin de préserver les intérêts de la société (art. 717a al. 2 CO).

55 En l'espèce, la lettre du 10 février 2024 constitue une demande de renseignements sur des faits déterminés, à savoir une rémunération suspecte du conseil d'administration de plusieurs dizaines de milliers de francs pour s'octroyer des avantages indus (appartement, voiture, garde-robe, montres de luxe). Un simple relevé bancaire aurait suffi à prouver le contraire, mais la demande a essuyé un refus agressif de Monsieur RABOUD le 4 juin 2024. La demande a été réitérée dans les mêmes termes lors de l'assemblée générale. Il est impossible pour la recourante de déterminer le montant exact de ces rémunérations au vu du manque de moyens à disposition mais ces faits sont propres à léser possiblement de manière conséquente les intérêts pécuniaires de la société et des actionnaires. Dans le contexte général, il est vraisemblable, dans une mesure confinant à la certitude, que le conseil d'administration a violé plusieurs dispositions légales et statutaires : simulation de concurrence avec CASSEROLBAND SA pour l'acquisition de SALLY AND PEPE SARL, grave conflit d'intérêts de Madame CHERIX, connu de Monsieur ROUGE, sans information aux actionnaires. Madame CHERIX, à la fois associée unique de SALLY AND PEPE SARL et détentrice de 40% de l'autre société, contrôlait l'opération : aucune réelle compétition n'existait. Le contrat de fusion devant être approuvé par les organes dirigeants des deux sociétés (art. 12 et 18 de la Loi fédérale du 3 octobre 2003 sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine [LFus])⁷³, elle disposait en pratique d'un droit de veto. Le conseil a donc violé ses devoirs de diligence (art. 717 s. CO), causant un préjudice d'une part aux actionnaires, par la dilution de leurs actions au profit des membres du conseil et d'autre part à la société, en raison des rémunérations indues.

56 Toutes les conditions étant données, l'examen spécial doit être ordonné afin que les actionnaires puissent sauvegarder leurs intérêts pécuniaires et ceux de la société.

3.4 De l'arbitraire (9 Cst) (violation du droit par l'autorité inférieure)

57 Si par impossible, la Cour de céans venait à rejeter la demande de constatation de la nullité de l'introduction de la marge de fluctuation du capital, il n'en demeure pas moins que l'instance inférieure, a, en rejetant la demande d'examen spécial pour défaut de légitimation (seuil des 10% manquant au moment du dépôt de la demande), violé le droit fédéral en versant dans l'arbitraire.

⁷¹ CR CO II-KARAMETAXAS/PEDRAZZINI, art. 697d N 9 et 10 ; voir aussi art. 754 al. 1 CO.

⁷² VON DER CRONE, N 848.

⁷³ RS 221.301.

L'arbitraire, prohibé par l'art. 9 Cst., ne résulte pas du seul fait qu'une autre solution serait concevable, voire préférable. Le Tribunal fédéral ne s'écarte de la solution retenue par l'autorité cantonale de dernière instance que si la décision entreprise apparaît insoutenable, en contradiction manifeste avec la situation effective, adoptée sans motifs objectifs ou en violation d'un droit certain. Il ne suffit pas que les motifs de la décision soient insoutenables ; encore faut-il que celle-ci soit arbitraire dans son résultat. La partie recourante doit alors expliquer, sur la base de la subsumption opérée dans le cas concret, en quoi la décision attaquée méconnaît gravement une norme ou un principe juridique clair et indiscuté, ou encore heurte de manière choquante le sentiment de la justice et de l'équité⁷⁴.

- 58 La recourante ne conteste pas que le quorum des 10% doit être atteint pour avoir qualité pour agir, mais conteste néanmoins, dans le cas d'espèce, le moment déterminant. A ce jour, la jurisprudence de la Cour de céans exige que ce seuil soit conservé au moins jusqu'à la nomination de l'expert⁷⁵. Cependant, les cas à traiter portaient sur la perte de la qualité pour agir des actionnaires minoritaires en raison du seuil minimum faisaient suite au retrait de l'action de l'un des actionnaires.

La configuration de la situation effective est tout à fait différente. La recourante a tout essayé pour sauvegarder son droit aux renseignements. Le manque de transparence du conseil d'administration avant et pendant l'assemblée générale quant au conflit d'intérêt de Madame CHERIX et quant à la méthode d'évaluation de la valeur de la société SALLY AND PEPE SARL ne fait que confirmer que l'intimée a abusé de son droit et sciemment privé la recourante d'un droit qu'elle a fait valoir de façon régulière (missive du 10 février 2024, courrier du 30 mai 2024, demande formelle de vote sur l'examen spécial lors de l'assemblée générale), en utilisant la marge de fluctuation doublée de la possibilité de supprimer le droit de souscription préférentiel pour ce faire.

- 59 A cet égard, il sied de rappeler qu'hormis les articles portant sur la fluctuation du capital introduits pour la célérité des affaires et qui laissent désormais plus de marge de manœuvre au conseil d'administration, au détriment de l'organe suprême, la *ratio legis* du nouveau droit de la SA a aussi été, en contrepartie, de favoriser la protection des actionnaires minoritaires par exemple dans leur droit aux renseignements (pour l'examen spécial, l'introduction d'un quorum à 5% du capital-actions pour les sociétés cotées⁷⁶, et la nécessité de rendre vraisemblable uniquement le risque d'un préjudice pour la société et non plus un préjudice effectif (art. 697b al. 2 aCO)⁷⁷.

Dans le cas d'espèce, en ignorant les conséquences des modifications législatives et en fixant le moment déterminant du quorum soit au moment de l'introduction de la demande, soit à la nomination de l'expert, l'autorité inférieure a vidé le droit au renseignement des actionnaires minoritaires de sa

⁷⁴ TF 4A_499/2024, 21.08.2025, consid. 4.1.2.

⁷⁵ TF 4A_648/2011, 04.04.2012, consid. 3.1.; ATF 133 III 380, consid. 3.4.

⁷⁶ SCHENKER/SCHENKER, p. 191.

⁷⁷ Cf. *supra* 3.3.

substance. Notre affaire ne concerne pas le retrait de l'action d'un actionnaire en cours de procédure, mais à trait à l'introduction d'une marge de fluctuation litigieuse dont l'usage subséquent par le conseil d'administration viole le droit des actionnaires minoritaires. Le moment déterminant pour apprécier la qualité pour agir de celui-ci doit être celui de l'assemblée générale, avant le vote sur la marge de fluctuation. En l'espèce, les 10% étaient donnés lors de l'assemblée générale, avant le vote sur la marge auquel la recourante s'est fermement opposée, et ce à juste titre. Marge qui on le rappelle aurait été rejetée si l'assemblée générale n'avait pas été victime d'un vice du consentement.

60 Deux autres hypothèses s'imposent pour clarifier le propos. Après l'assemblée générale et l'inscription de la marge de fluctuation au registre du commerce, la recourante a encore qualité pour agir. Cependant, elle ne peut prévoir quand le conseil d'administration augmentera effectivement le capital. Soit elle agit après cette augmentation, ignorant qu'elle a perdu sa qualité pour agir, et est par la suite déboutée ; soit, par chance, elle agit avant. L'intimée reçoit copie de la demande de la recourante et le conseil d'administration procède alors à l'augmentation de capital pendant la procédure, prétextant bonne foi, urgence des affaires, etc., alors qu'il abuse en réalité de son droit pour se soustraire à l'examen spécial qui plane sur lui depuis des mois comme une épée de Damoclès. La recourante perd sa qualité pour agir avant que le tribunal ne puisse désigner un contrôleur spécial. Pourtant, son intérêt juridique demeure inchangé, s'accroît même au vu du comportement dolosif du conseil d'administration, et cependant elle est déchue de son droit. On pourrait multiplier les situations dans lesquelles les actionnaires minoritaires perdent ainsi de façon imprévisible et/ou abusive le droit à l'examen spécial, alors qu'ils cherchent pourtant à protéger les intérêts de la société face à un conseil d'administration qui manque à ses devoirs.

61 En conclusion, la décision de l'autorité inférieure est d'abord insoutenable dans ses motifs : rejet contraire au droit de la constatation de nullité de la décision introduisant la marge de fluctuation et l'augmentation subséquente du capital qui conduit au rejet de l'examen spécial et fixation arbitraire du moment déterminant du quorum. La décision du tribunal inférieur est tout aussi insoutenable dans son résultat : le fait que la recourante perde le quorum contre sa volonté dans le cadre d'une décision de l'assemblée générale entachée de dol et portée en justice heurte de manière choquante le sentiment de justice et d'équité. La qualité pour agir doit ainsi être accordée à la recourante.

62 Pour tous les motifs évoqués ci-dessus, la recourante persiste dans les conclusions prises en tête du présent mémoire de recours.

Pour BICARBONATE SA
LEX SALIS [5631], étude d'avocats

BIBLIOGRAPHIE

I. Ouvrages doctrinaux

- BÖCKLI Peter, Schweizer Aktienrecht, 4e éd., Zurich (Schulthess) 2009.
- BÖCKLI Peter, Schweizer Aktienrecht, 5e éd., Zurich, Genève (Schulthess) 2022.
- BURRUS Laure, La contestation des décisions des organes sociaux des sociétés de capitaux en droit français et en droit suisse, thèse Fribourg, Bâle (Helbing Lichtenhahn) 2023.
- CHENAUX Jean-Luc/PHILIPPIN Edgar/BLANC Mathieu, Droit suisse de la société anonyme, Berne (Stämpfli) 2025.
- FORSTMOSER Peter/MEIER-HAYOZ Arthur/NOBEL Peter, Schweizerisches Aktienrecht, Berne (Stämpfli) 1996.
- HANDSCHIN Lukas (édit.), Zürcher Kommentar, Die Aktiengesellschaft, Generalversammlung und Verwaltungsrat. Mängel in der Organisation (Art. 698-726 und 731b OR), 3e éd., Zurich (Schulthess) 2018 (cité : ZK-AUTEUR).
- HOMBURGER Eric, Zürcher Kommentar, Die Verwaltungsrat (Art. 707-726), 2e éd., Zurich (Schulthess) 1997.
- JUNG Peter, Die mangelhafte Beschlussfassung in der Personengesellschaft, *in* Entwicklungen im Gesellschaftsrecht [KUNZ Peter/ARTER Oliver/JÖRG Florian, édit.], Berne (Stämpfli) 2015.
- KREN KOSTKIEWICZ Jolanta/WOLF Stephan/AMSTUTZ Marc/FANKHAUSER Roland (édit.), OR Kommentar, Schweizerisches Obligationenrecht, 4e éd., Zurich (Orell Füssli) 2022 (cité : AUTEUR, OR Kommentar).
- MEIER-HAYOZ Arthur/FORSTMOSER Peter, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 13e éd., Berne (Stämpfli) 2023.
- NOBEL Peter, Formelle Aspekte der Generalversammlung, *in* Rechtsfragen um die Generalversammlung [DRUEY Jean Nicolas/FORSTMOSER Peter, édit.], Zurich (Schulthess) 1997.
- ROUILLER Nicolas, Droit des sociétés, Berne (Stämpfli) 2024.
- SCHENKER Urs/SCHENKER Oliver, Praxisleitfaden zum revidierten Aktienrecht, Berne (Stämpfli) 2023.
- SCHOTT Bertrand, Aktienrechtliche Anfechtbarkeit und Nichtigkeit von Generalversammlungsbeschlüssen wegen Verfahrensmängeln, Zurich (Dike Verlag) 2009.
- TERCIER Pierre/PICHONNAZ Pascal, Le droit des obligations, 7e éd., Genève, Zurich (Schulthess) 2024.
- TERCIER Pierre/TRIGO TRINDADE Rita/CANAPA Damiano (édit.), Commentaire romand, Code des obligations II, 3e éd., Bâle (Helbing Lichtenhahn) 2024 (cité : CR CO II-AUTEUR).
- THÉVENOZ Luc/WERRO Franz (édit.), Commentaire romand, Code des obligations I, 3e éd., Bâle (Helbing Lichtenhahn) 2021 (cité : CR CO I-AUTEUR).

VON BÜREN Roland/STOFFEL Walter/WEBER Rolf, Grundriss des Aktienrechts, 3e éd., Zurich (Schulthess) 2011.

VON DER CRONE Hans Caspar, Aktienrecht, 2e éd., Berne (Stämpfli) 2020.

WATTER Rolf/VOGT Hans-Ueli (édit.), Basler Kommentar, Obligationenrecht II, Art. 530-964 OR, 6e éd., Bâle (Helbing Lichtenhahn) 2023 (cité : BSK OR II-AUTEUR).

WYNNE Julie/GILLIÉRON Hubert Orso, L'association, Genève, Zurich (Schulthess) 2023.

II. Travaux préparatoires

ASSEMBLÉE GÉNÉRALE, Avant-projet concernant la modification du Code des obligations (droit de la société anonyme), accessible sur <https://www.bj.admin.ch/bj/fr/home/wirtschaft/gesetzgebung/archiv/aktienrechtsrevision14.html> (cité : Avant-projet droit de la SA 2014).

CONSEIL FÉDÉRAL, Message concernant la modification du Code des obligations (droit de la société anonyme), du 23 novembre 2016, FF 2017 353.

OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE, Rapport relatif aux résultats de la consultation sur l'avant-projet du 28 novembre 2014 de modification du code des obligations (droit la société anonyme), du 17 septembre 2015, accessible sur <https://www.newsd.admin.ch/newsd/message/attachments/80561.pdf> (18.10.2025) (cité : Rapport consultation droit de la SA 2014).