



TRIBUNAL CANTONAL

CS21.039674  
25/2021/JMN

## **COUR CIVILE**

---

Jugement rendu par le juge délégué dans la cause divisant P.\_\_\_\_\_, à [...], d'avec Z.\_\_\_\_\_, à [...].

Du 23 novembre 2021

---

Présidence de M. MEYLAN, juge délégué

Greffier : Mme Bron

\*\*\*\*\*

Statuant à huis clos, le juge délégué de la Cour civile considère

:

### **En fait:**

**1. a)** La requérante P.\_\_\_\_\_ (ci-après la requérante) est une société anonyme inscrite au registre du commerce du canton de Vaud depuis le 30 juin 2017. Elle peut être valablement représentée par [...] et [...], qui sont administrateurs, tout comme K.\_\_\_\_\_.

La requérante a son siège social dans la commune de [...]. Elle a pour but le développement et la commercialisation de programmes informatiques, d'applications ou d'interfaces, en particulier dans le domaine de la gestion d'assurances sociales.

Elle est une société commune détenue à parts égales par les institutions suivantes : (i) [...] ([...]) ; (ii) [...], [...] ; (iii) [...] et (iv) [...]. Les

quatre institutions sont des caisses de compensation au sens de la LAVS et des autres législations en matière d'assurances sociales.

**b)** L'intimée Z. \_\_\_\_\_ (ci-après l'intimée) est une société anonyme inscrite au registre du commerce du canton de Vaud depuis le 9 janvier 2017. Son siège se trouve à [...]. Son but est la mise à disposition et la maintenance d'une plateforme informatique de gestion des assurances sociales, la gestion de projets dans ce domaine et la prestation de tous services y relatifs.

Son capital-actions se monte 100'000 fr., soit 4'000 actions nominatives de 10 fr. de type A, privilégiées quant aux dividendes, et 6'000 actions nominatives de 10 fr. de type B, privilégiées quant aux dividendes de liquidation. La requérante est propriétaire des 4'000 actions « A », soit de 40% de la valeur nominale totale du capital-actions (40'000 fr. sur un total de 100'000 fr.) ainsi que de 40% des droits de vote à l'assemblée générale (4'000 actions sur un total de 10'000 actions), et la société [...] est propriétaire des 6'000 actions « B », soit de 60% de la valeur nominale totale du capital-actions (60'000 fr. sur un total de 100'000 fr.) ainsi que de 60% des droits de vote à l'assemblée générale (6'000 actions sur un total de 10'000 actions).

Au jour du dépôt de la requête, le conseil d'administration de l'intimée se composait de [...] et de [...]. [...], ancien administrateur, a cessé ses activités pour l'intimée depuis le mois de juillet 2020 - date depuis laquelle il n'a plus été convoqué aux conseils d'administration qui se tenaient une fois par année - et ne s'est pas représenté comme administrateur de la société lors de l'assemblée générale du mois de juin 2021.

**c)** La société [...] est une société anonyme inscrite au registre du commerce du canton de Vaud qui a son siège à [...], à la même adresse que l'intimée. Elle est une des entités composant le groupe [...], actif dans

les solutions et services informatiques, qui se compose de plusieurs sociétés en Suisse et à l'étranger.

[...] et [...] sont respectivement *Chief Executive Officer*, inscrit au registre du commerce comme administrateur-président, et *Chief Operating Officer*, inscrit comme administrateur.

**2.** Au 26 septembre 2017, date de la modification des statuts de l'intimée, ceux-ci comprenaient notamment les articles suivants :

« (...)

**Article 12. Attributions**

L'assemblée générale des actionnaires a le droit intransmissible :

1. d'adopter ou de modifier les statuts,
2. de nommer et révoquer les membres du conseil d'administration et l'organe de révision,
3. d'approuver le rapport annuel et les comptes consolidés,
4. d'approuver les comptes annuels et de déterminer l'emploi du bénéfice résultant du bilan, en particulier de fixer le dividende et les tantièmes,
5. de donner décharge aux membres du conseil d'administration,
6. de prendre toutes les décisions qui lui sont réservées par la loi ou les statuts.

(...)

**Article 22. Composition**

La société est administrée par un conseil d'administration composé d'un ou plusieurs membres, nommés par l'assemblée générale.

Les détenteurs des actions privilégiées de type « A » d'une part et les détenteurs des actions privilégiées de type « B » d'autre part ont chacun le droit d'élire au moins un représentant au conseil d'administration.

(...)

**Article 27. Pouvoirs**

Le conseil d'administration a les pouvoirs les plus étendus pour la gestion de la société et représente la société à l'égard des tiers. Il peut prendre des décisions sur toutes les affaires qui ne sont pas attribuées à l'assemblée générale ou aux autres organes sociaux.

Il gère les affaires de la société dans la mesure où il n'en a pas délégué la gestion.

Il a les attributions intransmissibles et inaliénables suivantes :

1. exercer la haute direction de la société et établir les instructions nécessaires,
2. fixer l'organisation,
3. fixer les principes de la comptabilité et du contrôle financier ainsi que le plan financier pour autant que celui-ci soit nécessaire à la gestion de la société,
4. nommer et révoquer les personnes chargées de la gestion pour s'assurer notamment qu'elles observent la loi, les statuts, les règlements et les instructions données,
5. établir le rapport de gestion, préparer l'assemblée générale et exécuter ses décisions,
6. informer le juge en cas de surendettement.

En outre, il prend les décisions concernant l'appel ultérieur d'apports relatifs à des actions non entièrement libérées ainsi que les décisions relatives à la constatation d'augmentations de capital et aux modifications des statuts qui en résultent.

Il peut déléguer à certains de ses membres, pris individuellement ou groupés en comités, la charge de préparer et d'exécuter ses décisions ou de surveiller certaines affaires.

#### Article 28.      **Délégation de la gestion**

Le conseil d'administration peut déléguer tout ou partie de la gestion à un ou plusieurs de ses membres (délégués) ou à des tiers (directeurs) conformément au règlement d'organisation qu'il établit.

(...)

#### Article 33.      **Attributions**

En cas de contrôle ordinaire, l'organe de révision vérifie :

1. Si les comptes annuels, le cas échéant, les comptes consolidés sont conformes aux dispositions légales, aux statuts et au cadre de référence choisi.
2. Si la proposition du conseil d'administration à l'assemblée générale concernant l'emploi du bénéfice est conforme aux dispositions légales et aux statuts.
3. S'il existe un système de contrôle interne.

Il établit à l'intention du conseil d'administration un rapport détaillé conformément à l'article 728b, alinéa 1<sup>er</sup> du Code des Obligations.

Il établit à l'intention de l'assemblée générale, conformément à l'art. 728b, alinéa 2, du Code des Obligations, un rapport écrit sur le résultat de sa vérification et il recommande l'approbation des comptes annuels avec ou sans réserves ou leur refus.

Si l'organe de révision constate des violations de la loi ou des statuts ou d'un éventuel règlement d'organisation, il en avertit par écrit le conseil

d'administration. En cas de violation grave de la loi ou des statuts et en cas d'omission du conseil à prendre des mesures adéquates, après un avertissement écrit, l'organe de révision avertit l'assemblée générale.

En cas de surendettement manifeste, il avise le juge, si le conseil d'administration omet de le faire.

L'organe de révision, en cas de contrôle ordinaire, doit être présent à l'assemblée générale ordinaire sauf si celle-ci l'en dispense par une décision unanime.

En cas de contrôle restreint, l'organe de révision vérifie s'il existe des faits dont il résulte que :

1. les comptes annuels ne sont pas conformes aux dispositions légales et aux statuts ;
2. la proposition du Conseil d'administration à l'Assemblée générale concernant l'emploi du bénéfice n'est pas conforme aux dispositions légales et aux statuts.

Il établit à l'attention de l'Assemblée générale un rapport écrit qui résume le résultat de la révision conformément à l'article 729b du Code des Obligations.

(...)

#### Article 38.      **Privilège quant aux dividendes**

Lorsque l'assemblée générale décide de distribuer tout ou partie du bénéfice au bilan sous forme de dividendes, le versement interviendra selon les modalités suivantes :

- en premier lieu, la société effectuera un versement prioritaire (privilégié) aux détenteurs des actions privilégiées de type « A » à hauteur d'un montant de CHF 0.01 par action, et
- le solde du dividende décidé par l'assemblée générale sera versé en totalité aux détenteurs des actions privilégiées de type « B » proportionnellement au nombre d'actions détenues par chacun d'eux.

(...)

#### Article 40.      **Privilège de liquidation**

Le produit dégagé par la liquidation est réparti entre les actionnaires dans l'ordre de priorité qui suit :

- en premier lieu, la société effectuera un versement prioritaire (privilégié) aux détenteurs des actions privilégiées de type « B » correspondant à tous les investissements effectués par les détenteurs des actions privilégiées de type « B » qui excèdent le montant des investissements effectués par les détenteurs des actions privilégiées de type « A » plus les éventuels dividendes approuvés mais non encore versés en relation avec chaque action privilégiée de type « B », et

- le solde sera versé aux détenteurs des actions privilégiées de type « A » et aux détenteurs des actions privilégiées de type « B » proportionnellement à la valeur nominale de chaque action.

(...). »

**3.** Le 20 octobre 2017, par convention intitulée « Contrat Cadre de collaboration "[...]" », la requérante (désignée comme P. \_\_\_\_\_ dans le contrat) et l'intimée (désignée comme Z. \_\_\_\_\_ dans le contrat) ont posé les bases contractuelles d'un projet visant en substance au développement d'une plateforme informatique de gestion des besoins du premier pilier, basé sur une solution existante développée par la société [...] pour les besoins des deuxième et troisième piliers (produit « [...] » commercialisé par [...]).

Ce contrat prévoyait notamment ce qui suit :

« (...)

#### **PREAMBULE**

Depuis 2002, [...] (désignée ci-après comme [...]) a développé spécifiquement pour le compte de [...] une plate-forme informatique de gestion de la prévoyance couvrant les besoins des 2<sup>ème</sup> et 3<sup>ème</sup> piliers. Cette plate-forme est commercialisée par [...] sous la marque « [...] ».

En 2015, [...] (désignée ci-après comme [...]), [...] (désignée ci-après comme [...]) et [...] (désignée ci-après comme [...]) ont mandaté la société [...] afin d'analyser la faisabilité de l'intégration des besoins du 1<sup>er</sup> pilier des caisses de compensation cantonales, professionnelles et interprofessionnelles dans la plate-forme « [...] ».

Dans le cadre de l'étude de faisabilité ainsi effectuée, [...] a validé la faisabilité du concept, sous forme du document [Etude [...]]. [...], [...], [...] et [...], avec le concours de [...], ont alors décidé de réaliser la solution « [...]» (désignée ci-après comme [...]) couvrant les besoins du 1<sup>er</sup> pilier et intégrable dans la plate-forme « [...]».

Les Parties ont alors démarré ce projet de réalisation de la Solution (désigné ci-après comme Projet) au mois de juin 2016.

[...], [...] et [...] ont décidé de créer une nouvelle structure sous la forme juridique de société anonyme au nom de P. \_\_\_\_\_ afin de respecter les dispositions légales en lien avec les appels d'offres pour les marchés publics.

[...], pour sa part, a également décidé de créer une nouvelle filiale sous la forme juridique de société anonyme au nom de Z.\_\_\_\_\_.

En juillet 2017, [...] (désignée ci-après comme **[...]**) a décidé de rejoindre P.\_\_\_\_\_ en tant qu'Actionnaire investisseur de P.\_\_\_\_\_ et d'investir également dans le Projet.

(...)

## **1. LA SOLUTION ET LE PROJET**

### **1.1. La Solution**

La Solution est un nouveau système d'information couvrant les besoins du 1<sup>er</sup> pilier, qui s'intégrera dans la plate-forme « [...]».

(...)

### **1.2 Les relations entre les Parties**

1. P.\_\_\_\_\_ et Z.\_\_\_\_\_ investissent financièrement dans le Projet de développement de la Solution.
2. Z.\_\_\_\_\_, avec le support de P.\_\_\_\_\_, sera en charge de la commercialisation, du marketing, de la vente et distribution des licences, de l'intégration et de la maintenance de la Solution auprès des clients qui vont utiliser la Solution pour la gestion de leurs activités dans le domaine du 1<sup>er</sup> pilier (désignés ci-après comme **Clients Finaux**).
3. Le « [...]» assurera la représentation de P.\_\_\_\_\_ et de Z.\_\_\_\_\_ auprès des autorités de surveillance et de l'association [...] et favorisera leurs intérêts dans le cadre des activités à réaliser.
4. P.\_\_\_\_\_ devra assumer la gestion du « [...]» vis-à-vis des autorités de surveillance et de l'association [...] en sa qualité de coordinateur « métier » des organes d'exécution Clients Finaux de la Solution.  
  
Z.\_\_\_\_\_ sera impliqué sur les aspects techniques en sa qualité de coordinateur « informatique » des Clients Finaux de la Solution.
5. [...], [...], [...] et [...] (désignés ci-après comme **Actionnaires investisseurs de P.\_\_\_\_\_** et individuellement comme **Actionnaire investisseur de P.\_\_\_\_\_**) investissent financièrement dans le Projet au travers de P.\_\_\_\_\_ et utiliseront la Solution comme Clients Finaux.

### **1.3. Investissement de P.\_\_\_\_\_ dans Z.\_\_\_\_\_**

P.\_\_\_\_\_ souhaite investir dans le capital de Z.\_\_\_\_\_ à hauteur de 40%, mais ne souhaite pas bénéficier de ses éventuels dividendes.

P.\_\_\_\_\_ bénéficie dès lors d'une option pour acquérir à leur valeur nominale, \_\_\_\_\_ soit CHF 10.- chacune, les 4'000 actions de Z.\_\_\_\_\_ « privilégiées quant au dividende » dite de type A, soit une participation de CHF 40'000.-. Le privilège attaché aux actions dite de type A consiste à bénéficier d'un droit prioritaire au paiement d'un dividende d'au maximum un centime par action à l'exclusion de tout autre versement. (...)

Le solde du bénéfice disponible de Z.\_\_\_\_\_ sera réparti proportionnellement entre les détenteurs d'actions privilégiées quant au bénéfice de liquidation dite de type B et détenues par [...].

(...)

En qualité de détentrice d'actions privilégiées de type A de Z.\_\_\_\_\_, P.\_\_\_\_\_ aura droit à un siège au conseil d'administration de Z.\_\_\_\_\_. Inversement, Z.\_\_\_\_\_ bénéficiera également d'un siège consultatif au sein du conseil d'administration de P.\_\_\_\_\_.

(...)

#### **1.4. Le Projet**

P.\_\_\_\_\_ confie à Z.\_\_\_\_\_ la réalisation de l'intégration des besoins cœur \_\_\_\_\_ métier \_\_\_\_\_ du 1<sup>er</sup> pilier des caisses de compensation cantonales, professionnelles et interprofessionnelles dans la plate-forme « [...]».

Le Projet a pour but de développer la Solution.

(...)

#### **4.2. Obligations / Prestations de P.\_\_\_\_\_**

P.\_\_\_\_\_ s'engage à fournir, respectivement à faire en sorte que les Actionnaires investisseurs de P.\_\_\_\_\_ fournissent, tous les éléments nécessaires à la bonne marche de la collaboration, dans les délais utiles. En particulier :

- le financement défini à l'article 8 ;
- la mise en place d'une organisation interne concernant le Projet, selon l'article 6 ci-dessous ;
- la participation aux ateliers de spécifications des besoins et aux tests de la Solution ;
- la remise de tous les documents et informations nécessaires à Z.\_\_\_\_\_ pour exécuter ses obligations dans le cadre du Projet ;
- la vérification et l'acceptation des concepts, résultats et livraisons intermédiaires, rapports et autres documents, élaborés par Z.\_\_\_\_\_.

(...)

#### **5. PRESTATIONS EFFECTUEES PAR DES TIERS**

Z.\_\_\_\_\_ est autorisée à faire appel à des sous-traitants pour fournir des prestations contractuelles. Z.\_\_\_\_\_ reste responsable de la fourniture de ces prestations comme pour ses propres prestations.

(...)

## **6.2 Organes**

Pour assurer la bonne conduite du Projet, les Parties constitueront les organes suivants :

- **Comité de pilotage** ; et
- **Comité de coordination.**

## **6.3. Comité de pilotage**

(...)

Le rôle du Comité de pilotage est de fixer les objectifs et la stratégie, de contrôler l'avancement des travaux, et de valider les décisions du Comité de coordination.

Les principales attributions du Comité de pilotage sont :

- Décider des orientations stratégiques ;
- Planifier les principaux jalons du Projet ;
- Analyser les options proposées par le Comité de coordination ;
- Gérer les demandes de modifications importantes liées au projet ;
- Prononcer officiellement l'acceptation des livraisons de la Solution.

(...)

## **6.4. Décisions**

P.\_\_\_\_\_ est représentée au comité de pilotage par 4 de ses membres et possède 3 voix de vote. Z.\_\_\_\_\_ est représentée par 2 de ses membres et possède 1 voix de vote.

Le quorum est atteint lorsqu'au moins 2 représentants de P.\_\_\_\_\_ et 1 représentant de Z.\_\_\_\_\_ sont présents.

En cas d'égalité de voix, le vote de Z.\_\_\_\_\_ sera décisif.

(...)

## **6.5. Comité de coordination**

(...)

Le rôle du Comité de coordination est d'assurer le bon déroulement du Projet dans ses aspects concrets (affectation et suivi des tâches, suivi du respect de l'agenda des séances et de la planification, prises de décisions opérationnelles qui ne sont pas attribuées au Comité de pilotage) (...).

## **7. PLANIFICATION ET JALONS**

Z.\_\_\_\_\_ a entamé les travaux dès janvier 2016.

## 8. COUTS ET FINANCEMENTS

Tous les prix indiqués sont nets, hors taxes. Ils sont majorés de la TVA au taux légal en vigueur.

### 8.1 Financement du Projet

Le coût de développement total pour la réalisation de la Solution est fixé à un montant forfaitaire de CHF 27'000'000, sous réserve (i) d'une modification du périmètre défini dans les documents [Etude [...]] et [Cartographie [...]] et (ii) du respect par P.\_\_\_\_\_ de ses responsabilités dans le cadre du Projet. Le financement initial est assuré par les Parties sur la base de la répartition suivante :

<b>Parties</b>	<b>Montant</b>	<b>de</b>
P._____	CHF 18'000'000.-	
Z._____ (y compris paiement des droits de 9'000'000.- propriété de [...] SHARED)	CHF	
<b>Total du financement des prestations de Z._____</b>	<b>CHF</b>	
<b>27'000'000.-</b>		

### Prix de la licence d'utilisation et frais de développement

Les Parties conviennent d'un investissement de CHF 18 millions qui comprend la licence d'utilisation de la Solution en faveur de P.\_\_\_\_\_, avec le droit d'accorder des sous-licences uniquement aux Actionnaires investisseurs de P.\_\_\_\_\_. P.\_\_\_\_\_ s'engage à verser ce montant à Z.\_\_\_\_\_ au titre de frais de développement, selon le plan de paiement détaillé à l'article 8.4. Les montants payés par P.\_\_\_\_\_ à Z.\_\_\_\_\_ au titre de frais de développement seront entièrement portés en déduction du prix de la licence d'utilisation.

Afin de permettre la réalisation du Projet, Z.\_\_\_\_\_ s'engage à compléter le financement pour un montant maximum de CHF 9 millions. Ce financement sera progressivement amorti par la vente de licences subséquentes à de nouveaux clients, directement par Z.\_\_\_\_\_ ou au travers de P.\_\_\_\_\_.

### Ristourne sur le prix de la licence d'utilisation

P.\_\_\_\_\_ bénéficiera d'une ristourne sur le prix de sa licence, conditionnée par le succès commercial de la Solution (...).

(...)

### **Commission d'apporteur d'affaires**

Si P.\_\_\_\_\_ participe activement à l'acquisition de nouveaux clients qui acquerront des licences d'utilisation de la Solution, une commission d'apporteur d'affaire de 5% sera payée par Z.\_\_\_\_\_ à P.\_\_\_\_\_ lors de l'encaissement du prix des licences auprès des tiers concernés.

### **Valorisation du temps investi par P. \_\_\_\_\_**

P.\_\_\_\_\_ s'engage à mettre à disposition les ressources nécessaires à la réalisation du Projet, pendant toute sa durée. Ces ressources seront facturées par P.\_\_\_\_\_ à Z.\_\_\_\_\_ en fin de Projet, suite à la constatation formelle de l'acceptation finale par le Comité de pilotage, aux coûts forfaitaires de CHF 1.2 million pour toute la durée du Projet. L'exigibilité des montants facturés à ce titre par P.\_\_\_\_\_ est conditionnée à la réalisation par Z.\_\_\_\_\_ de revenus suffisants par la vente de licences d'utilisation de la Solution, selon les conditions précisées ci-dessus.

(...)

### **8.3. Maintenance**

(...)

Les services de maintenance de base de la Solution débiteront après la phase de garantie d'une année qui, quant à elle, aura démarré dès la première réception partielle de la Solution.

P.\_\_\_\_\_ s'engage à payer les frais annuels de maintenance de base qui sont fixés à un montant forfaitaire de CHF 1.91 millions par an dès la réception de la phase 2 de réalisation du Projet prononcée.

(...)

## **9. PROPRIETE INTELLECTUELLE, LICENCES ET ESCROW**

Tous les droits sur les résultats de travail accompli dans le cadre du Projet et sur la Solution (le code et la documentation, mais également le savoir-faire, les secrets d'affaire et toute autre forme de propriété intellectuelle), en particulier les droits d'auteur, reviennent exclusivement à Z.\_\_\_\_\_. Z.\_\_\_\_\_ va être et va rester propriétaire de tous les droits de propriété intellectuelle liés à la Solution, y compris toutes ses mises à jour / évolutions et de la documentation y relative et pourra en disposer librement, dans les limites des licences octroyées à P.\_\_\_\_\_. Aucun droit de propriété intellectuelle n'est cédé ou transféré à P.\_\_\_\_\_.

Z.\_\_\_\_\_ s'engage à accorder à P.\_\_\_\_\_ sur la Solution, y compris ses mises à jour et évolutions, et sur la documentation y relative une licence d'utilisation non-exclusive et non-cessible pour une durée indéterminée,

qui comprendra notamment le droit d'accorder des sous-licences aux Actionnaires investisseurs de P.\_\_\_\_\_. (...) )

Z.\_\_\_\_\_ s'engage à déposer les codes de la Solution, y compris de ses mises à jour et évolutions, ainsi que les informations nécessaires à l'utilisation et à la maintenance de ces codes, à l'Agence pour la Protection des Programmes (APP) à [...] ou un autre organisme similaire.

Les détails concernant l'accès de P.\_\_\_\_\_ aux éléments ainsi déposés feront l'objet d'un contrat de dépôt de logiciel (*Escrow Agreement*). (... ) ».

La requérante est ainsi un véhicule directement géré et contrôlé par les caisses, qui représente leurs intérêts auprès des tiers et des partenaires commerciaux, dont l'intimée. Elle a été constituée par les caisses pour fournir les prestations prévues dans le contrat-cadre en recourant aux ressources des caisses mais sans engagement de ressources propres. Elle ne compte qu'un seul employé, à savoir son directeur, inscrit au registre du commerce depuis le 23 février 2021, tout en pouvant recourir aux services d'un personnel dédié auprès des caisses qui a suivi l'évolution du projet. Par sa participation au sein des comités de pilotage et de coordination, ainsi que les autres interventions de ses représentants dans le cadre du processus, la requérante est directement et pleinement impliquée dans toute l'évolution du Projet et participe à la définition des paramètres de la Solution, à la planification et à l'organisation des tâches ainsi qu'au contrôle de l'avancement des travaux liés à la Solution. Elle a en tout temps une visibilité sur la gestion du projet.

Le contrat-cadre prévoyait que l'actionnariat au sein de l'intimée, soit les relations d'actionnaires entre la société [...](majoritaire) et la requérante (minoritaire), était régi par la loi et les statuts, sans convention d'actionnaires. En revanche, au moment de la création de la requérante, les caisses ont conclu une convention d'actionnaires afin de fixer les modalités de leurs relations en tant qu'actionnaires de la société.

Lors de la signature du contrat, des acomptes avaient déjà été versés par les actionnaires investisseurs *via* la requérante pour un

montant total de 4'512'962 fr. 95, le solde de 13'487'037 fr. 05 devant être versé selon un échéancier courant entre les mois de juin 2017 et décembre 2018. Quant à la réalisation du projet, elle devait se faire sur une durée globale de trente mois (entre 2016 et la fin de l'année 2018).

A la même date, les caisses se sont portées garantes, au sens de l'art. 111 CO, vis-à-vis de l'intimée pour les engagements de la requérante.

**4.** Au début de l'année 2021, la requérante a suspendu sa participation au projet.

Il y avait des blocages dans les rapports entre les parties, le principal problème résultant de la facturation par l'intimée dans le cadre modifié du périmètre du projet. En outre, les différents changements d'administrateurs au sein de la requérante ont entraîné des difficultés organisationnelles.

**5.** Le rapport de gestion de l'exercice 2020, remis aux actionnaires en début d'année 2021, relevait notamment ce qui suit :

« (...)

***Revue de l'année écoulée***

***En résumé***

Le résultat de l'année est une perte de l'ordre de CHF 0.6 million et une détérioration de la situation financière de Z.\_\_\_\_\_ qui reflètent le développement très insatisfaisant du partenariat avec P.\_\_\_\_\_ au cours de l'année et les blocages ainsi rencontrés au niveau du développement de la plateforme [...].

La société a pu bénéficier du support de son actionnaire majoritaire, le groupe [...], pour poursuivre le développement de la plateforme durant l'année 2020 en dépit des manquements du partenaire P.\_\_\_\_\_. Un préfinancement significatif de l'ordre de CHF 28.1 millions HT à fin avril 2021 a ainsi été fourni par [...], dont la prise en charge par les différentes parties sera un sujet très important pour l'année 2021.

## **Partenariat avec P.\_\_\_\_\_ (P.\_\_\_\_\_)**

En synthèse, le partenariat avec P.\_\_\_\_\_ n'a pas atteint les objectifs attendus :

1. La vision de la [...] [...] a divergé en cours de projet, P.\_\_\_\_\_ préférant *in fine* se limiter au composant [...] et intégrer des composants développés par [...]. Il s'agit là d'une approche contraire à une stratégie d'une suite logicielle parfaitement intégrée, soutenant des processus métiers de bout en bout (end to end) en partageant une même homogénéité de conception, telle que celle offerte par la plateforme logicielle développée par Z.\_\_\_\_\_.
2. Des investissements n'adressant pas les besoins :
  - i. Besoins financiers : à l'investissement initial sont venus s'ajouter des besoins non exprimés au lancement du programme (augmentation de la complexité et « change requests »), dont P.\_\_\_\_\_ n'a pas encore accepté de supporter le surcoût.
  - ii. Besoins humains : P.\_\_\_\_\_ devait accompagner Z.\_\_\_\_\_ de façon étroite dans le cadre de ses développements, la méthode choisie conjointement requérant un accompagnement de tous les jours. Dans les faits, il s'est avéré que P.\_\_\_\_\_ n'est pas en mesure d'offrir cette exigence.
3. Une démarche commerciale conjointe de laquelle P.\_\_\_\_\_ s'est retirée progressivement.
4. Une gouvernance et un fonctionnement entre P.\_\_\_\_\_ et Z.\_\_\_\_\_ qui n'ont jamais trouvé leur place :
  - i. Des contrats remis en cause régulièrement par P.\_\_\_\_\_ ;
  - ii. Des propositions de gouvernance non prises en compte par P.\_\_\_\_\_ et ce malgré la mise en place d'une task-force ;
  - iii. Des business cases contradictoires des sociétés actionnaires de P.\_\_\_\_\_ ; la position de P.\_\_\_\_\_ semble aujourd'hui se confondre avec le business case d'[...] sans que cela ne soit nécessairement la position des autres actionnaires de P.\_\_\_\_\_.

Plus particulièrement, l'activité 2020 de la Société a subi de plein fouet les errements de notre partenaire. P.\_\_\_\_\_ a vu durant l'exercice écoulé :

- *Encore un nouveau changement de Président du Conseil ; (...)*
- *Un changement majeur des membres du conseil d'administration (...)*
- *Un changement de Directeur de projet (...)*
- *Un abandon de sa raison d'être initiale (société au service de la prévoyance suisse) pour un positionnement minimaliste dans l'accompagnement métier au strict périmètre de l'AVS. Ainsi, P.\_\_\_\_\_ a abandonné de manière unilatérale son partenaire Z.\_\_\_\_\_, (...).*
- *Une vive querelle interne des différents actionnaires composant P.\_\_\_\_\_ (...)*
- *Un arrêt de la fonction administrative de P.\_\_\_\_\_ (...), P.\_\_\_\_\_ a pour ainsi dire cessé de fonctionner administrativement durant une*

bonne partie de 2020. Les conséquences pour Z.\_\_\_\_\_ ont été importantes avec notamment :

- Le non-paiement par P.\_\_\_\_\_ des factures ouvertes à fin 2019 et de celles émises en 2020,
- La non-signature des contrats de licences, maintenance et de distribution, les contrats préparés par Z.\_\_\_\_\_ étant restés en suspens depuis maintenant plus de 18 mois chez le partenaire. Le cadre de travail reste aujourd'hui encore le contrat-cadre de collaboration.

### **Démarche commerciale**

- L'inexistence de P.\_\_\_\_\_ en 2020 sur le plan commercial également a eu des conséquences graves pour Z.\_\_\_\_\_ qui n'est pas parvenue à décrocher le moindre nouveau lead durant l'année. La relation de P.\_\_\_\_\_ avec la plupart de ses clients-investisseurs a été très mauvaise, avec le désengagement opérationnel de la plupart de ces derniers ([...], [...], [...] notamment). P.\_\_\_\_\_ n'a pas été en mesure de proposer une offre de services avenante aux caisses de compensation souhaitant acquérir la solution [...]. Cette absence de gouvernance opérationnelle couplée à celle d'une gouvernance d'entreprise rend l'acquisition de nouveaux clients très délicate. (...)
- La Direction de projet de P.\_\_\_\_\_ n'a pas été en mesure de fédérer les sociétés actionnaires de P.\_\_\_\_\_ et ainsi de définir le périmètre fonctionnel de l'application [...]. Cela a conduit à une planification trop imprévisible des développements de la plateforme informatique. Ces retards dans la livraison du produit [...] consécutifs au non-respect grave des engagements de P.\_\_\_\_\_ (notamment devoir d'amener la connaissance métier dans le logiciel [...] en apportant les compétences indispensables) n'ont pas contribué à rassurer le marché, malgré le fait que ce logiciel remporte un franc succès lors de chacune des démonstrations effectuées.
- La demande de P.\_\_\_\_\_ d'aligner le développement de [...] au planning d'intégration de [...] a contraint Z.\_\_\_\_\_ d'accroître d'une année le retard dans le développement de [...] ainsi que le coût inhérent du projet. (...)
- Par ailleurs, les offres relatives aux évolutions expressément demandées par P.\_\_\_\_\_ ne sont toujours pas signées malgré le fait que les documents aient été envoyés de longue date au partenaire (...).

### **Développement logiciel et facturation/comptabilisation de celui-ci**

- Dans un contexte de collaboration des plus difficiles avec P.\_\_\_\_\_, le sous-traitant [...] a poursuivi le développement logiciel du module de base ([...]). La définition du scope ayant été mal estimée au démarrage du projet, Z.\_\_\_\_\_ a dû re-designer le périmètre fonctionnel de [...] et abandonner des choix techniques initialement validés par P.\_\_\_\_\_. [...] a financé les surcoûts liés à cette redéfinition et devra les facturer à Z.\_\_\_\_\_ en 2021. Le montant des prestations réalisées par [...] à Z.\_\_\_\_\_ et non encore facturées

s'élève

à

CHF 19 millions HT.

- De plus, l'évolution du module Billing & Payment (anciennement FEP) est proposée par Z.\_\_\_\_\_ à P.\_\_\_\_\_ pour un montant de CHF 3.2 millions (hors fonctionnalités dites « non-must »). Ce montant est aujourd'hui encore une fois financé par [...]. De plus, au-delà de ces CHF 3.2 millions, il reste encore CHF 8.2 millions HT de « change requests » (évolutions additionnelles) demandés par P.\_\_\_\_\_. Cette dernière somme devra être financée par [...] pour permettre à Z.\_\_\_\_\_ de disposer d'une plateforme répondant de manière exhaustive aux exigences de l'AVS (Caisses de compensation professionnelles et caisses de compensation cantonales).
- P.\_\_\_\_\_ a pris la décision unilatérale de ne pas valider le contenu métier de la solution [...] une fois développé. Ce manquement important de P.\_\_\_\_\_ a contraint dernièrement Z.\_\_\_\_\_ à devoir créer une équipe ad hoc d'experts métier, par recrutement externe principalement, ce qui a engendré un coût additionnel de CHF 1.5 millions HT pour le projet, une nouvelle fois financé par [...].
- Dans les comptes 2020, ces montants n'apparaissent pas encore ; en effet, Z.\_\_\_\_\_ prévoit de capitaliser ces factures en fin d'année 2021 selon accord passé entre Z.\_\_\_\_\_ et [...]. Toutefois, selon nos dernières informations, P.\_\_\_\_\_ n'a actuellement pas la volonté ni la capacité financière d'honorer des factures supplémentaires, ce qui impliquera des discussions délicates en 2021 sur les questions de prise en charge des frais supplémentaires.

Ainsi, le Groupe [...] au travers d[...] se retrouve avec une position de préfinancement du projet à hauteur de CHF 28.1 millions HT à fin avril 2021, du fait de l'incapacité du partenaire P.\_\_\_\_\_ à honorer ses engagements.

### **Perspectives 2021**

Les perspectives 2021 pour Z.\_\_\_\_\_ sont dépendantes de la capacité de P.\_\_\_\_\_ à pouvoir se redresser et honorer ses engagements tant financiers (paiement des factures et des évolutions) qu'opérationnels (mise à disposition du personnel pour spécifier et valider le projet).

Dans ce contexte, le sous-traitant [...] ne pourra plus retenir la facturation de ses prestations ouvertes, facturation qui sera réalisée durant le 2<sup>ème</sup> semestre en espérant que la situation de P.\_\_\_\_\_ s'éclaircisse. Z.\_\_\_\_\_ prévoit de capitaliser ces factures au bilan, car malgré les difficultés actuelles découlant de P.\_\_\_\_\_, le logiciel [...] est bien né et répond parfaitement aux enjeux de la prévoyance du premier pilier (AVS) pour les décennies à venir. La rentabilité de l'activité devrait ainsi se confirmer si P.\_\_\_\_\_ honore ses engagements. »

Le rapport de gestion de l'intimée comprenait notamment les comptes annuels et le rapport de révision de l'auditeur [...] du 10 mars 2021. Ce document relevait notamment ce qui suit :

« (...)

In our opinion, the financial statements for the year ended 31 December 2020 comply with Swiss law and the company's articles of incorporation.

(...)

We recommend that the financial statements submitted to you be approved.

Furthermore, we draw attention to the fact that Z.\_\_\_\_\_ is over-indebted as per article 725 paragraph 2 CO. Due to the fact that the company's creditors subordinated their claims amounting to CHF 362'600, the Board of Directors has refrained from notifying the court.

(...). »

S'agissant des comptes, le bilan au 31 décembre 2020 ne mentionne pas de montants correspondants aux prestations qui auraient été effectuées par [...] ou par une des sociétés du groupe [...] en faveur de l'intimée à hauteur de 19'000'000 fr. mais qui n'auraient pas encore été facturées, ni d'actifs immobilisés tels que des droits de propriété intellectuelle. L'annexe aux comptes annuels ne contient aucune information sur ces éléments. Le bilan présente en revanche un surendettement de 181'676 francs.

**6.** Par courrier du 20 mai 2021, la requérante a écrit ce qui suit à l'intimée :

« (...)

Nous avons bien reçu les comptes 2020 audités.

Le contenu du document soulève plusieurs questions :

1. Le contrat-cadre du 20 octobre 2017 entre P.\_\_\_\_\_ (P.\_\_\_\_\_) et Z.\_\_\_\_\_ prévoit que les droits de propriété intellectuelle reviennent exclusivement à Z.\_\_\_\_\_. Or, nous ne trouvons pas trace de cette propriété intellectuelle dans le bilan.
2. Toujours selon le contrat-cadre, P.\_\_\_\_\_ confie à Z.\_\_\_\_\_ la réalisation et l'intégration des besoins cœur métier du 1<sup>er</sup> pilier dans la plateforme « [...] ». Certes, Z.\_\_\_\_\_ est autorisée à faire appel à des sous-traitants pour fournir ses prestations, mais nous ne trouvons dans le compte d'exploitation aucune trace de frais de développement supérieurs au forfait conclu entre les parties au contrat-cadre.

3. Dans votre mail du 10 mai 2021, vous nous écrivez « Détermination par les caisses de leur contribution à l'écart budgétaire c'est-à-dire aux 19 millions prêtés par [...] à Z. \_\_\_\_\_ ». Or, nous ne trouvons pas trace de ce prêt dans le bilan.

Nous attendons des explications détaillées de votre part, ainsi que la confirmation de la date de la prochaine assemblée générale et son ordre du jour.

(...). »

**7.** Par courrier du 27 mai 2021, le conseil d'administration de l'intimée a convoqué les actionnaires de la société, soit la société [...] et la requérante, à l'assemblée générale ordinaire de la société pour le 17 juin 2021.

**8.** Le 10 juin 2021, l'intimée a répondu ce qui suit au courrier du 20 mai 2021 de la requérante :

« (...) »

Nous faisons suite à votre courrier du 20 mai 2021 et à la convocation en vue de l'assemblée générale ordinaire de Z. \_\_\_\_\_ du 17 juin 2021, à l'occasion de laquelle les diverses questions soulevées dans votre courrier pourront le cas échéant également être abordées.

Nous pouvons d'ores et déjà apporter les réponses suivantes à vos questions :

1. (...) Il est exact (...) que le bilan ne fait pas mention des droits de propriété intellectuelle, dans la mesure où il ne s'agit pas d'une information requise (notamment dans l'annexe) selon le Code des Obligations. L'absence de valorisation des droits de propriété intellectuelle au 31 décembre 2020 découle du principe de prudence adopté par la société dans la présentation de ses comptes, qui justifie pleinement, à tout le moins pendant la période de développement de la plateforme, de ne pas prendre le risque de présenter une situation financière qui pourrait le cas échéant être considérée comme artificiellement trop favorable avant que la plateforme ne soit pleinement opérationnelle et de nature à générer des redevances de licences auprès de tiers.
2. Votre observation est exacte. L'absence de « l'excédent » de frais de développement dans le compte d'exploitation 2020 découle du fait que l'actionnaire majoritaire et principal sous-traitant de Z. \_\_\_\_\_, à savoir [...], a accepté de surseoir à la facturation à Z. \_\_\_\_\_ de ses prestations complémentaires pour le développement de la plateforme, pendant la phase de développement excédant le cadre initialement prévu, pour éviter de surcharger massivement les comptes de charges

de Z. \_\_\_\_\_ tant que (i) Z. \_\_\_\_\_ ne génère pas de revenus au titre de la vente de licences et/ou d'autres prestations ou services à des clients tiers et que (ii) les contributions des différentes parties à la prise en charge des coûts complémentaires n'ont pas été formalisées. Cet effort très important d'[...] au titre de la facturation de ses services à Z. \_\_\_\_\_ en 2020 ne signifie évidemment pas, cependant, qu'[...] aurait renoncé à facturer ses prestations, le report de facturation ayant été consenti à bien plaisir pour soulager temporairement la situation financière de Z. \_\_\_\_\_ mais n'étant pas assimilable à une renonciation à facturer.

3. Il découle logiquement de la décision d'[...] de surseoir provisoirement à la facturation à Z. \_\_\_\_\_ de ses prestations (pendant la phase encore en cours de finalisation du développement de la plateforme [...]) que ces prestations ne se retrouvent au 31 décembre 2020 ni dans les comptes de charges (comme indiqué au chiffre 2 ci-dessus), ni au passif du bilan de Z. \_\_\_\_\_ (que ce soit sous la forme d'un prêt, d'un poste de régularisation ou à un autre titre). Cela étant, il ne fait pas de doute que c'est bien [...] qui a « avancé » le montant des coûts supplémentaires de développement en couvrant elle-même les salaires et autres frais de toutes les personnes engagées dans le projet (en supplément de l'enveloppe budgétaire initiale) et que ces coûts supplémentaires de développement de la plateforme [...] devront bien être couverts par les parties impliquées dans le projet, sous la forme des contributions à fixer des différentes caisses et d'...

Nous partons de l'idée que ces explications répondront à vos interrogations et permettront aux actionnaires d'approuver les comptes annuels 2020 de Z. \_\_\_\_\_ qui leur ont été présentés.

(...). »

**9.** L'assemblée générale s'est tenue le 17 juin 2021 dès 13h30 dans les locaux de la succursale [...] de la société [...], à [...]. K. \_\_\_\_\_, membre du conseil d'administration de la requérante, y est intervenu comme représentant de cette dernière.

Le procès-verbal de l'assemblée générale mentionne notamment ce qui suit :

« (...)

### **III Discussion**

#### **1. Approbation du rapport de gestion, ainsi que des comptes annuels de l'exercice se terminant le 31 décembre 2020**

(...)

K.\_\_\_\_\_ rappelle que P.\_\_\_\_\_ a fait parvenir à la Société trois questions en amont de l'assemblée générale, par courrier du 20 mai 2021, soit :

- Le contrat-cadre du 20 octobre 2017 entre P.\_\_\_\_\_ et Z.\_\_\_\_\_ prévoit que les droits de propriété intellectuelle reviennent exclusivement à Z.\_\_\_\_\_. Or, nous ne trouvons pas trace de cette propriété intellectuelle dans le bilan. Comment et où ces droits sont-ils comptabilisés ?
- Toujours selon le contrat-cadre, P.\_\_\_\_\_ confie à Z.\_\_\_\_\_ la réalisation et l'intégration des besoins cœur métier du 1<sup>er</sup> pilier dans la plateforme « [...]». Certes, Z.\_\_\_\_\_ est autorisée à faire appel à des sous-traitants pour fournir ses prestations, mais nous ne trouvons dans le compte d'exploitation aucune trace de frais de développement supérieurs au forfait conclu entre les parties au contrat-cadre. Comment cela s'explique-t-il ?
- Dans votre e-mail du 10 mai 2021, vous nous écrivez « Détermination par les caisses de leur contribution à l'écart budgétaire c'est-à-dire aux 19 millions prêtés par [...] à Z.\_\_\_\_\_ ». Or, nous ne trouvons pas trace de ce prêt dans le bilan. Comment cela s'explique-t-il ?

K.\_\_\_\_\_ estime que les réponses qu'il a reçues par écrit avant l'assemblée générale ne sont pas satisfaisantes. Il demande en particulier en quoi l'état d'avancement des travaux jouerait un rôle sur l'absence de valeur de la propriété intellectuelle, pourquoi l'absence de commercialisation du produit empêcherait qu'il soit valorisé et comment la société peut expliquer le fait que des frais de maintenance soient facturés sur un produit sans valeur d'après les remarques précédentes.

K.\_\_\_\_\_ sollicite l'avis de l'organe de révision sur ces questions.

Mme [...] explique qu'elle peut répondre à des questions relatives au processus de révision, mais que ces questions concernant le contenu des comptes ne relèvent pas de la compétence de l'organe de révision. Elle renvoie donc au conseil d'administration et/ou au directeur financier pour répondre aux questions de K.\_\_\_\_\_.

M. [...] renvoie aux réponses données dans le courrier du 10 juin 2021, et explique pour le surplus que l'absence de valorisation de la propriété intellectuelle dans le bilan relève d'une décision de prudence destinée à éviter de surestimer le bilan de la Société.

K.\_\_\_\_\_ s'étonne du fait que la prudence comptable appliquée au premier point n'ait à l'inverse pas été appliquée aux points deux et trois, puisque le montant conséquent « prêté » par [...], soit les CHF 19 millions mentionnés dans un email par M. [...], ne figure ni sous « Créanciers », ni sous « Contributions à fonds perdu ».

M. [...] explique que ces montants portent sur un travail encore en cours, et que les factures ne sont dès lors pas finales. Il explique également que

ces montants, s'ils avaient été facturés, auraient mis la Société en situation de surendettement.

En réponse à une demande de K. \_\_\_\_\_ de clarification de ce dernier point, M. [...] explique que l'approche n'a pas été adoptée pour éviter le surendettement, mais parce que les accords entre Z. \_\_\_\_\_ et [...] permettent de retenir les factures chez [...].

K. \_\_\_\_\_ relève que les accords entre Z. \_\_\_\_\_ et [...] ne prévoient certainement pas que les montants ne seront jamais facturés, et demande ainsi pourquoi, si ces prétentions existent aujourd'hui et s'il est d'ores et déjà connu qu' [...] les fera valoir un jour, les montants ne sont pas provisionnés.

M. [...] confirme qu' [...] n'a effectivement pas fait valoir ces factures, qui auraient surchargé le bilan de Z. \_\_\_\_\_, et rappelle que les accords entre Z. \_\_\_\_\_ et [...] permettent de facturer des travaux non encore finalisés seulement au moment de la finalisation du travail, de sorte qu'il n'y a pas de raison de provisionner les montants à ce stade.

K. \_\_\_\_\_ réitère qu'il n'est pas satisfait de la réponse et qu'il estime que la méthode adoptée n'est pas correcte.

Le Président prend note du constat de K. \_\_\_\_\_, qu'il ne partage pas.

K. \_\_\_\_\_ annonce que, faute de réponses satisfaisantes obtenues à ses questions, il demande que l'assemblée générale se prononce sur l'instauration d'un contrôle spécial.

Sur question du Président, Me [...] confirme que cette demande peut être traitée sans qu'elle soit à l'ordre du jour. En revanche, la question posée doit être précise et pouvoir faire l'objet d'un contrôle spécial. Il rappelle que le contrôle spécial doit porter sur une question de clarification de faits. En l'espèce, la demande de K. \_\_\_\_\_ semble porter sur un résultat qui ne lui convient pas, plutôt que sur des informations manquantes. En effet, ses questions, soit (i) pourquoi les droits de propriété intellectuelle ne sont-ils pas mentionnés au bilan et (ii) pourquoi les factures d' [...] ne sont-elles pas mentionnées au bilan, relèvent de l'interprétation de faits clairs, de sorte que même un tribunal refuserait probablement de mettre en place un contrôle spécial.

K. \_\_\_\_\_ est d'avis que les faits ne sont justement pas clairs, les explications données n'étant pas crédibles et n'expliquant pas les causes de la méthode employée.

Sur question du Président, Me [...] explique que dès lors que les questions à soumettre à un éventuel contrôle spécial sont clairement formulées, le conseil d'administration peut les soumettre au vote de l'assemblée générale. Il suggère cependant que, même si le Conseil d'administration accepte de soumettre la demande d'instauration d'un contrôle spécial sur ces questions au vote de l'assemblée générale, le Conseil d'administration le fasse en réservant néanmoins son appréciation quant à la question de savoir si ces questions devraient effectivement pouvoir faire l'objet d'un contrôle spécial.

Le Président soumet dès lors au vote – dans le but de laisser la possibilité à l'actionnaire minoritaire de s'exprimer et en réservant le droit du Conseil d'administration de déterminer si les questions peuvent faire l'objet d'un contrôle spécial – l'instauration d'un contrôle spécial sur les questions suivantes :

- (i) Pourquoi les droits de propriété intellectuelle ne sont-ils pas mentionnés au bilan ?
- (ii) Pourquoi les factures d'[...] ne sont-elles pas mentionnées au bilan ?

La proposition d'instaurer un contrôle spécial sur ces deux questions est rejetée avec 60% des voix « contre », 40% de votes « pour » et aucune abstention.

(...) ».

Il n'est pas établi que, lors des assemblées générales relatives aux exercices 2018 et 2019, le mode de fonctionnement de l'intimée, le principe comptable adopté par la société et les comptes aient été désapprouvés par le représentant de la requérante au sein du conseil d'administration auquel les comptes étaient remis avant les assemblées générales. La requérante avait, quant à elle, indiqué une valeur de 9'000'000 fr. au titre de « licence [...]» à l'actif de son bilan 2018, de 8'100'000 fr. à l'actif de son bilan 2019 et de 1 fr. à l'actif de son bilan 2020.

**10.** Au mois de juillet 2021, la société [...], mandatée par la [...], a rendu un rapport intitulé « Revue du projet [...], Revue de gouvernance et de gestion de projet » dont il ressort notamment ce qui suit :

« (...)

P.\_\_\_\_\_ (...) a décidé de geler le développement de la solution [...], initié en 2015, avec le partenaire Z.\_\_\_\_\_. Ce blocage fait suite à une demande de besoins d'évolution complémentaires évalués à hauteur de MCHF 13.1.

(...)

Malgré le blocage du projet par P.\_\_\_\_\_, le partenaire informatique Z.\_\_\_\_\_ a poursuivi le développement de la solution afin d'aboutir à une livraison et une mise en production, planifiée en juillet 2022, pour d'autres clients, non intégrés à P.\_\_\_\_\_.

Une reprise des activités de développement de la solution [...] avec P.\_\_\_\_\_ exige une revue de la gouvernance interne de la structure P.\_\_\_\_\_ et des modalités de fonctionnement précisées dans le contrat cadre de collaboration. En effet, la structure actuelle, le processus décisionnel et les modalités contractuelles ne sont pas adaptés au mode de fonctionnement nécessaire pour le développement d'une telle solution. En outre, des recommandations en matière de gestion de projet sont également préconisées afin de renforcer la maîtrise et le pilotage du projet.

(...)

Le développement de [...] se situe à 78% fin juin (...).

Nous relevons néanmoins, les risques majeurs d'écart avec le budget et la planification concernant principalement les besoins d'évolution complémentaires (...).

(...)

Nous recommandons que les caisses membres de P.\_\_\_\_\_ (...) revoient et changent éventuellement les représentants des caisses au conseil d'administration, afin que ce dernier soit doté de personnes disposant de compétences spécifiques en termes de surveillance de grands projets et de l'autorité nécessaire pour pouvoir prendre les décisions sans avoir à en référer à leur propre caisse.

(...)

(...) P.\_\_\_\_\_ a reçu 2 factures de maintenance de la part de Z.\_\_\_\_\_ qui ont toutes les deux fait l'objet d'une demande d'annulation :

- 20 décembre 2019 pour un montant de CHF 1'017'765.00, correspondant à 50% de la maintenance de la solution [...] et ;
- 17 décembre 2020 pour un montant de CHF 1'885'647.50, correspondant à 100% de la maintenance de la solution [...].

(...)

De notre point de vue, et selon le contrat cadre de collaboration, nous considérons que ces factures ne sont pas légitimes (...).

(...)

## **Constats et recommandations à court terme**

### Gouvernance

(...)

- P.\_\_\_\_\_ ne prend pas de décisions sans que les représentants des caisses (au sein de P.\_\_\_\_\_ ) ne réfèrent les décisions à l'interne de leur caisse. Cette latence dans le processus décisionnel de P.\_\_\_\_\_ est source de délais, de contradictions dans le temps, et parfois d'absence de décision.

(...)

- Aucun organe ne valide les spécifications fonctionnelles ou très tardivement, ce qui n'est pas en ligne avec les responsabilités des métiers dans le projet.

(...). »

**11.** Le 17 août 2021, la requérante a déposé une requête de conciliation dans le cadre d'une action en annulation d'une décision de l'assemblée générale (refus de l'élection de K.\_\_\_\_\_ au conseil d'administration de l'intimée) devant le Juge délégué de la Chambre patrimoniale cantonale vaudoise.

**12.** Le 9 septembre 2021, [...] a publié un communiqué de presse indiquant qu'elle confiait au Contrôle cantonal des finances un mandat d'audit relatif à la gouvernance et au suivi du projet [...].

Par courrier du 21 octobre 2021, [...] a écrit ce qui suit à l'intimée :

« (...)

Nous sommes en mesure de vous confirmer, à votre demande, que les dysfonctionnements identifiés par le Contrôle cantonal des finances et ayant fait l'objet d'une dénonciation au Ministère public ne concernent pas, à notre meilleure connaissance, des actions de Z.\_\_\_\_\_ dans le cadre du projet de développement du logiciel « [...]».

(...). »

Par courrier du 3 novembre 2021 adressé à [...], l'intimée a reproduit les questions posées par la requérante dans le cadre de la présente procédure et y a répondu comme suit, avec copie au conseil de la requérante :

« (...)

**Réponses aux questions posées par P.\_\_\_\_\_**

**a. Pourquoi les droits de propriété intellectuelle en lien avec le développement de la solution [...], selon les termes du Contrat Cadre de collaboration « [...]» ne sont-ils pas**

**comptabilisés au bilan de Z.\_\_\_\_\_ ? Le cas échéant, à combien doivent être valorisés ces droits ? (...)**

A titre liminaire, il sied de relever que P.\_\_\_\_\_ confond, délibérément ou non, la suite de logiciels « [...]» et le logiciel « [...]» dans ses questions a et b. Or, seul le dernier logiciel cité, à savoir [...], fait l'objet de la relation contractuelle entre Z.\_\_\_\_\_ et P.\_\_\_\_\_ régie par le Contrat Cadre de collaboration du 20 octobre 2017 (« **CCC** »).

S'agissant de la non-comptabilisation au bilan de Z.\_\_\_\_\_ des droits de propriété intellectuelle relatifs au logiciel [...], comme déjà expliqué à réitérées reprises à P.\_\_\_\_\_, le Conseil d'administration de Z.\_\_\_\_\_ a jugé qu'il n'était pas nécessaire ni opportun d'en activer la valeur au bilan, en se fondant sur le principe de prudence en matière comptable, et ce pour les principales raisons suivantes :

- le projet de développement du logiciel [...] n'est pas finalisé, en l'absence d'une solution commerciale raisonnable avec les partenaires de Z.\_\_\_\_\_ pour le financement de la finalisation du projet ;
- le logiciel [...] n'a pas été mis sur le marché dans sa totalité à ce jour, même si certaines composantes du logiciel fonctionnent déjà ;
- la non-comptabilisation au bilan n'a pas d'impact sur la propriété de Z.\_\_\_\_\_ sur le logiciel [...];
- le principe de prudence est un principe reconnu du droit comptable suisse (art. 958c CO).

Quant à la valorisation des droits de propriété intellectuelle, Z.\_\_\_\_\_ se garde justement de tenter de les estimer à ce stade, dans la perspective de prudence comptable évoquée. Il est toutefois clair que ces droits ont – ou, plus précisément, auront – une valeur potentiellement significative une fois que les accords nécessaires auront été mis en place pour permettre de finaliser le développement du logiciel [...].

**b. Quelles sont les mesures qui ont été prises par Z.\_\_\_\_\_ pour protéger les droits de propriété intellectuelle en lien avec le développement de la solution [...], selon les termes du Contrat Cadre de collaboration « [...]» du 20 octobre 2017 ? (...)**

Par l'application de la loi fédérale du 9 octobre 1992 sur le droit d'auteur et les droits voisins (« **LDA** ») qui confère à l'auteur un droit exclusif sur l'œuvre dès sa création, Z.\_\_\_\_\_ n'a pas besoin de prendre des mesures particulières pour protéger ses droits de propriété intellectuelle sur le logiciel [...].

(...)

Ainsi, [...] bénéficie de la protection accordée par le droit exclusif dont est titulaire Z.\_\_\_\_\_, sans qu'il soit nécessaire

d'entreprendre une quelconque autre formalité et même sans possibilité d'enregistrement dans un quelconque registre.

**c. Pourquoi des prestations de sous-traitance (déjà facturées ou à facturer) confiées par Z. \_\_\_\_\_ à et réalisées par la ou des société(s) du groupe [...] ne sont-elles pas comptabilisées au bilan de Z. \_\_\_\_\_, respectivement pourquoi ne font-elles pas l'objet d'une provision dans le bilan de Z. \_\_\_\_\_ ? (...)**

Avant tout, il sied de rappeler que P. \_\_\_\_\_ a donné son accord dans le CCC pour que la réalisation du logiciel [...] soit sous-traitée à [...]. P. \_\_\_\_\_ a par la suite suivi toute l'activité déployée par [...] et l'évolution du projet en participant aux Comités de Pilotage et de Coordination depuis 2017. P. \_\_\_\_\_ a également eu accès au bilan de Z. \_\_\_\_\_ au cours des assemblées générales organisées annuellement, et n'a jamais remis en cause jusqu'à ce jour la tenue de la comptabilité.

Sur le fond, le Conseil d'administration de Z. \_\_\_\_\_ n'a pas jugé nécessaire d'inscrire au bilan de la société une dette envers [...] au titre des travaux de développement accomplis par [...] dans la mesure où [...] a décidé de surseoir à la facturation de ses services de développement tant que les contributions des différentes parties à la prise en charge de ces coûts n'ont pas été clarifiées et formalisées dans le cadre des discussions pourtant initiées depuis plusieurs années par Z. \_\_\_\_\_ et [...] avec leurs partenaires P. \_\_\_\_\_ et [...].

Ce report de facturation accepté par [...] (pour l'aligner sur la facturation qui serait effectuée par Z. \_\_\_\_\_ auprès de ses propres clients) offre à Z. \_\_\_\_\_ une flexibilité accrue quant à l'inscription au bilan des factures et est propre à favoriser Z. \_\_\_\_\_ (et indirectement son actionnaire P. \_\_\_\_\_) durant la phase de développement du logiciel [...]. Le but visé par cette solution est en effet d'éviter que Z. \_\_\_\_\_ se trouve confrontée à des factures à honorer en faveur d'[...] sans avoir facturé elle-même ses clients.

Z. \_\_\_\_\_ comprend que P. \_\_\_\_\_ aurait apparemment souhaité que les prestations de développement d'[...] soient comptabilisées au bilan de Z. \_\_\_\_\_, le cas échéant sous la forme d'une provision, et en prend note. Cela dit, le Conseil d'administration de Z. \_\_\_\_\_ a pris une décision différente, qui ne lèse aucunement Z. \_\_\_\_\_ ou P. \_\_\_\_\_, et ne comprend pas en quoi un contrôle spécial, exclusivement destiné en droit suisse à clarifier des faits (et non à émettre des appréciations sur tel ou tel fait), présenterait la moindre utilité ou pertinence par rapport à cette question.

**d. Les prestations mentionnées sous ch. 5 let. c ci-dessus correspondent-elles à des prestations effectivement effectuées ? (...)**

L'ensemble des prestations réalisées par [...] en faveur de Z.\_\_\_\_\_ pour le développement d'[...] ont été effectivement réalisées et sont toutes justifiées par les *timesheets* des personnes actives sur le projet durant la période pertinente et les autres documents pertinents.

A cet égard, le Rapport [...] demandé par la [...] a situé à 78% à fin juin 2021 le taux de réalisation d'[...], ce qui démontre en tant que de besoin qu'[...] a effectivement fourni ses prestations dans le cadre du développement du projet.

Il s'ensuit qu'aucun élément figurant dans la relation entre Z.\_\_\_\_\_, [...] et P.\_\_\_\_\_ ne laisse envisager que des prestations fictives auraient été facturées par [...].

**e. Le montant des prestations mentionnées sous ch. 5 let. c ci-dessus est-il conforme au montant facturé pour des prestations similaires effectuées par des acteurs indépendants du marché ? Le cas échéant, quel montant des prestations mentionnées sous ch. 5 let. c ci-dessus doit être comptabilisé ? (...)**

De manière générale, les projets informatiques de ce type sont coûteux et connaissent souvent des retards ainsi que des augmentations de coûts par rapport au budget initialement prévu. Cela étant, dans le cas particulier, [...] n'ayant pas encore émis de factures pour toutes ses prestations de développement excédant le cadre initialement fixé dans le CCC, il n'est pas possible de répondre à la question posée.

En revanche, Z.\_\_\_\_\_ peut confirmer que le montant des prestations sera, une fois facturé, tout à fait conforme au montant qui serait facturé entre acteurs indépendants, dans la mesure où il se basera sur la multiplication d'un nombre d'heures de travail vérifiable dans les *timesheets* des employés concernés par des taux horaires transparents et validés entre les parties. Il n'existe ainsi pas de risque d'application d'une marge ou d'une prime indue qui pénaliserait Z.\_\_\_\_\_ par rapport à un client tiers du groupe [...]. Au contraire, les risques financiers considérables pris par [...] pour avancer dans le développement du projet [...] en dépit de l'absence d'accord formel avec P.\_\_\_\_\_ sur les modalités de prise en charge des coûts de développement supplémentaires démontrent que Z.\_\_\_\_\_ bénéficie d'un traitement largement plus favorable de la part d'[...] qu'un acteur indépendant du marché.

**f. En lien avec les prestations mentionnées sous ch. 5 let. c ci-dessus, quelle est la ou les société(s) du groupe [...] bénéficiaire des factures y relatives, actuelles et à intervenir ? (...)**

La société bénéficiaire des factures est [...].

**g. Quelles sont les mesures qui ont été prises - en lien avec les prestations mentionnées sous ch. 5 let. c ci-dessus - pour éviter les éventuels conflits d'intérêts entre (i) les intérêts de la ou des société(s) du groupe [...] ayant réalisé les prestations précitées et (ii) les intérêts de la société Z.\_\_\_\_\_, étant entendu que Z.\_\_\_\_\_ est détenue à 60% par [...] et à 40% par P.\_\_\_\_\_ ? (...)**

A titre liminaire, il convient de rappeler la genèse du projet [...] et le rôle respectif de chaque entité. Ce rappel de l'historique du projet permettra de simplifier la grille de lecture, et dissiper tout doute quant à d'éventuels conflits d'intérêts entre [...] et Z.\_\_\_\_\_.

Initialement, [...] et les Caisses ([...], [...], suivi par [...] et ensuite [...]) avaient décidé de créer conjointement en 2016 la société Z.\_\_\_\_\_ (...) afin de développer [...]. Pour des raisons indépendantes de la volonté d'[...], les Caisses ont abandonné l'idée de détenir directement des parts dans Z.\_\_\_\_\_, et ont créé P.\_\_\_\_\_ (dont elles sont actionnaires uniques), dont la raison d'être est de détenir les 40% dans Z.\_\_\_\_\_ et de représenter les intérêts des Caisses. Autrement dit, Z.\_\_\_\_\_ n'est pas une entité «[...]» comme le prétend Monsieur K.\_\_\_\_\_, mais représente aujourd'hui le véhicule commun de la collaboration entre [...] et les Caisses.

Dans ce contexte, les risques d'abus et de conflit d'intérêts demeurent marginaux, ce d'autant plus que les Caisses/P.\_\_\_\_\_ sont totalement intégrées au processus d'élaboration et de réalisation d'[...]. En particulier, les informations relatives à l'avancement du projet sont partagées dans le cadre des Comités de pilotage et de coordination, mis sur pied dans le cadre du CCC et composés majoritairement par des représentants des Caisses/P.\_\_\_\_\_. Ces comités ont pour objet de décider des orientations stratégiques, gérer les demandes de modifications importantes liées au projet et assurer le bon déroulement du projet [...] dans ses aspects concrets, notamment le suivi des tâches. Des séances de groupes de travail ont ainsi été régulièrement tenues entre les représentants d'[...], Z.\_\_\_\_\_ et P.\_\_\_\_\_, permettant ainsi à P.\_\_\_\_\_ d'avoir en tout temps une parfaite visibilité sur la gestion du projet.

En outre, par sa participation dans Z.\_\_\_\_\_, P.\_\_\_\_\_ a toujours été titulaire des droits d'information ainsi que des droits de veto pour les décisions nécessitant la majorité qualifiée propres à un actionnaire à 40%. Les Caisses/P.\_\_\_\_\_ ont ainsi pu participer aux assemblées générales organisées par Z.\_\_\_\_\_ annuellement depuis 2018, disposer d'un accès aux livres de la société (le bilan, le rapport de gestion ainsi que le compte de pertes et profits pour les exercices correspondants) et poser les questions jugées utiles lors des assemblées générales. D'ailleurs, avant le développement du contentieux entre Monsieur K.\_\_\_\_\_ et Z.\_\_\_\_\_, P.\_\_\_\_\_ n'a jamais remis en cause le mode de fonctionnement adopté par Z.\_\_\_\_\_ ni sa manière de

comptabiliser les droits de propriété intellectuelle sur le logiciel [...] ou la facturation des services de développement d'[...].

(...) ».

**13.**        **a)** Par requête du 17 septembre 2021, la requérante a pris, avec suite de frais et dépens, les conclusions suivantes :

« Préalablement

- I. Déclarer recevable la présente requête en contrôle spécial.
- II. Délivrer à la requérante P. \_\_\_\_\_ l'attestation de l'acte introductif d'instance.

Principalement

- III. Admettre la requête.
- IV. Nommer un ou plusieurs expert(s) indépendant(s), dont la/les personne(s) sera/seront définie(s) en cours d'instance, et le/les charger d'exécuter un contrôle spécial au sein de la citée Z. \_\_\_\_\_ concernant l'élucidation des faits suivants : (i) l'absence de comptabilisation des droits de propriété intellectuelle au bilan de la citée Z. \_\_\_\_\_ et (ii) l'absence de comptabilisation des factures correspondant aux prestations effectuées par une ou des société(s) du groupe [...] au bilan de la citée Z. \_\_\_\_\_.
- V. Charger le ou les expert(s) indépendant(s) de répondre aux questions suivantes :
  - a. Pourquoi les droits de propriété intellectuelle en lien avec le développement de la solution [...], selon les termes du Contrat Cadre de collaboration « [...] » ne sont-ils pas comptabilisés au bilan de Z. \_\_\_\_\_ ? Le cas échéant, à combien doivent être valorisés ces droits ?
  - b. Quelles sont les mesures qui ont été prises par Z. \_\_\_\_\_ pour protéger les droits de propriété intellectuelle en lien avec le développement de la solution [...], selon les termes du Contrat Cadre de collaboration « [...] » du 20 octobre 2017 ?
  - c. Pourquoi des prestations de sous-traitance (déjà facturées ou à facturer) confiées par Z. \_\_\_\_\_ à et réalisées par la ou des société(s) du groupe [...] ne sont-elles pas comptabilisées au bilan de Z. \_\_\_\_\_, respectivement pourquoi ne font-elles pas l'objet d'une provision dans le bilan de Z. \_\_\_\_\_ ?
  - d. Les prestations mentionnées sous ch. 5 let. c ci-dessus correspondent-elles à des prestations effectivement effectuées ?

- e. Le montant des prestations mentionnées sous ch. 5 let. c ci-dessus est-il conforme au montant facturé pour des prestations similaires effectuées par des acteurs indépendants du marché ? Le cas échéant, quel montant des prestations mentionnées sous ch. 5 let. c ci-dessus doit être comptabilisé ?
  - f. En lien avec les prestations mentionnées sous ch. 5 let. c ci-dessus, quelle est la ou les société(s) du groupe [...] bénéficiaire des factures y relatives, actuelles et à intervenir ?
  - g. Quelles sont les mesures qui ont été prises - en lien avec les prestations mentionnées sous ch. 5 let. c ci-dessus - pour éviter les éventuels conflits d'intérêts entre (i) les intérêts de la ou des société(s) du groupe [...] ayant réalisé les prestations précitées et (ii) les intérêts de la société Z.\_\_\_\_\_, étant entendu que Z.\_\_\_\_\_ est détenue à 60% par [...] et à 40% par P.\_\_\_\_\_ ?
- VI. Fixer le délai dans lequel le contrôle spécial devra être effectué par l'expert indépendant.
- VII. Fixer le délai dans lequel l'expert indépendant devra remettre son rapport au Juge délégué de la Cour civile du Tribunal cantonal du canton de Vaud.
- VIII. Réserver à la requérante P.\_\_\_\_\_ le droit de prendre position sur le rapport de l'expert indépendant et de poser des questions supplémentaires.
- IX. Mettre à charge de la citée Z.\_\_\_\_\_ toutes les avances et frais liés à l'exécution du contrôle spécial par l'expert indépendant.
- X. Avec suite de frais judiciaires et dépens. »

Par réponse du 10 novembre 2021, l'intimée a pris les conclusions suivantes :

« **I A la forme**

1. Déclarer recevable le présent mémoire de réponse.

**II Au fond**

Principalement

2. Débouter P.\_\_\_\_\_ de toutes ses conclusions.

Subsidiairement

3. Acheminer Z.\_\_\_\_\_ à prouver par toutes voies de droit les faits allégués dans la présente écriture.

En tout état

4. Condamner P. \_\_\_\_\_ en tous les frais judiciaires, y compris une équitable indemnité de dépens. »

**b)** Les parties et le témoin [...] ont été entendus lors de l'audience du 23 novembre 2021.

A cette occasion, la requérante a déposé la conclusion V complémentaire suivante :

« V. Charger le ou les expert(s) indépendant(s) de répondre aux questions suivantes :

- a. Pourquoi les droits de propriété intellectuelle en lien avec le développement de la solution [...], selon les termes du Contrat Cadre de collaboration « [...] » ne sont-ils pas comptabilisés au bilan de Z. \_\_\_\_\_ ? Le cas échéant, à combien doivent être valorisés ces droits ? Quel est l'état de développement du logiciel ? Y a-t-il des développements partiels terminés et/ou commercialisés ou utilisés ?
- b. Quelles sont les mesures qui ont été prises par Z. \_\_\_\_\_ pour protéger les droits de propriété intellectuelle en lien avec le développement de la solution [...], selon les termes du Contrat Cadre de collaboration « [...] » du 20 octobre 2017 ?
- c. Pourquoi des prestations de sous-traitance (déjà facturées ou à facturer) confiées par Z. \_\_\_\_\_ à et réalisées par la ou des société(s) du groupe [...] ne sont-elles pas comptabilisées au bilan de Z. \_\_\_\_\_, respectivement pourquoi ne font-elles pas l'objet d'une provision dans le bilan de Z. \_\_\_\_\_ ? Ont-ils été déposés auprès de l'agence pour la protection des programmes à Genève ? Dans l'affirmative, quand et avec quel contenu ? Des droits directs de P. \_\_\_\_\_ ont-ils été réservés auprès de l'agence précitée ?
- d. Les prestations mentionnées sous ch. 5 let. c ci-dessus correspondent-elles à des prestations effectivement effectuées ? De quelles prestations s'agit-il effectivement ? Quel est le fondement de ces prestations ? Y a-t-il des droits associés en faveur de [...] ? Sont-elles dans le cadre du budget et du programme initial ?
- e. Le montant des prestations mentionnées sous ch. 5 let. c ci-dessus est-il conforme au montant facturé pour des prestations similaires effectuées par des acteurs indépendants du marché ? Le cas échéant, quel montant des prestations mentionnées sous ch. 5 let. c ci-dessus doit être comptabilisé ?

- f. En lien avec les prestations mentionnées sous ch. 5 let. c ci-dessus, quelle est la ou les société(s) du groupe [...] bénéficiaire des factures y relatives, actuelles et à intervenir ?
- g. Quelles sont les mesures qui ont été prises - en lien avec les prestations mentionnées sous ch. 5 let. c ci-dessus - pour éviter les éventuels conflits d'intérêts entre (i) les intérêts de la ou des société(s) du groupe [...] ayant réalisé les prestations précitées et (ii) les intérêts de la société Z.\_\_\_\_\_, étant entendu que Z.\_\_\_\_\_ est détenue à 60% par [...] et à 40% par P.\_\_\_\_\_ ? »

### **En droit:**

**I. a)** L'intimée ayant son siège à [...], les tribunaux vaudois sont compétents pour connaître de la requête du 17 septembre 2021 (art. 10 al. 1 let. b CPC [Code de procédure civile du 19 décembre 2008 ; RS 272]).

**b)** En vertu de l'art. 5 al. 1 let. g CPC, le droit cantonal institue une juridiction compétente pour statuer en instance cantonale unique sur la désignation d'un contrôleur spécial en vertu de l'art. 697b CO (Code suisse des obligations du 30 mars 1911 ; RS 220).

Dans le canton de Vaud, l'instance cantonale unique est la Cour civile du Tribunal cantonal (art. 74 al. 3 LOJV, loi vaudoise d'organisation judiciaire du 12 décembre 1979 ; BLV 173.01). Celle-ci étant une autorité collégiale, le juge unique qu'elle désigne est compétent pour statuer sur les affaires soumises à la procédure sommaire (art. 43 al. 1 let. e CDPJ, Code de droit privé judiciaire vaudois du 12 janvier 2010 ; BLV 211.01), qui s'applique notamment à la désignation d'un contrôle spécial de la société anonyme (art. 250 let. c ch. 8 CPC).

Partant, le Juge délégué de la Cour civile est compétent pour statuer sur la requête du 17 septembre 2021.

**II.** La requérante entend obtenir l'instauration d'un contrôle spécial afin de savoir principalement pourquoi la propriété intellectuelle liée à la plateforme « [...]» et le montant des prestations commandées à [...] à hauteur de 19'000'000 fr. ne sont pas portés en compte par l'intimée. Elle admet avoir obtenu des réponses de la part de cette dernière aux questions qu'elle a posées à ce sujet par courrier du 20 mai 2021 et lors de l'assemblée générale du 17 juin 2021, mais elle considère que ces réponses sont insatisfaisantes, voire fausses et non plausibles.

**III. a)** Aux termes de l'art. 697a al. 1 CO, tout actionnaire peut proposer à l'assemblée générale l'institution d'un contrôle spécial afin d'élucider 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. Si l'assemblée générale ne donne pas suite à la proposition, des actionnaires représentant 10% au moins du capital-actions ou des actions d'une valeur nominale de deux millions de francs peuvent, dans les trois mois, demander au juge la désignation d'un contrôleur spécial (art. 697b al. 1 CO). Les requérants ont droit à la désignation d'un contrôleur spécial lorsqu'ils rendent vraisemblable que des fondateurs ou des organes ont violé la loi ou les statuts et qu'ils ont ainsi causé un préjudice à la société ou aux actionnaires (art. 697b al. 2 CO). En vertu de l'art. 656b al. 3 CO, en cas d'institution d'un contrôle spécial contre la volonté de l'assemblée générale, le montant du capital-participation doit être ajouté à celui du capital-actions.

Avant de s'adresser au juge, l'actionnaire doit ainsi proposer à l'assemblée générale l'institution d'un contrôle spécial. Il n'est pas nécessaire que ce point soit porté à l'ordre du jour (art. 700 al. 3 CO); le conseil d'administration a l'obligation de soumettre la proposition au vote de l'assemblée générale; s'il s'y refuse, son attitude équivaut à un refus de

l'assemblée générale elle-même et l'actionnaire pourra s'adresser au juge (ATF 138 III 252 consid. 3.1; ATF 133 III 133 consid. 3.2).

**b)** En l'espèce, lors de l'assemblée générale ordinaire du 17 juin 2021, la requérante a demandé qu'il soit répondu aux questions relatives à l'absence de valorisation des droits de propriété intellectuelle et à l'absence de comptabilisation de créances de la société [...] envers l'intimée alors qu'elles s'élèveraient à plusieurs millions de francs. La requérante avait déjà posé ces questions par courrier du 20 mai 2021 en vue de l'assemblée générale du 17 juin 2021. Il lui a alors été répondu, tant par courrier du 10 juin 2021 que lors de l'assemblée générale, que l'absence de valorisation des droits de propriété intellectuelle découlait du principe de prudence adopté par la société dans la présentation de ses comptes, qui justifiait de ne pas prendre le risque de présenter une situation financière pouvant le cas échéant être considérée comme artificiellement trop favorable avant que la plateforme ne soit pleinement opérationnelle et de nature à générer des redevances de licences auprès de tiers. S'agissant de l'absence de comptabilisation des prestations de la société [...], il lui a été répondu qu'elle découlait du fait que cette dernière avait accepté de surseoir à la facturation de ses prestations afin d'éviter de surcharger les comptes de charges de l'intimée tant que celle-ci ne générait pas de revenus au titre de la vente de licences et/ou d'autres prestations ou services à des clients tiers et que tant que les contributions des différentes parties à la prise en charge des coûts complémentaires n'avaient pas été formalisées. La requérante, insatisfaite par les réponses obtenues, a alors sollicité l'instauration d'un contrôle spécial. Soumise au vote de l'assemblée, cette demande a été rejetée.

**c)** La requérante détient 40 % du capital-actions de l'intimée. Elle a ouvert action avant l'échéance du délai de trois mois à compter de l'issue de l'assemblée générale du 17 juin 2021 lors de laquelle elle prétend ne pas avoir obtenu de réponses satisfaisantes à ses questions.

Les conditions de forme posées par l'art. 697b al. 1 CO sont ainsi réalisées, ce qui n'est par ailleurs pas contesté par l'intimée.

**IV. a)** Le droit à l'information est l'un des droits fondamentaux de l'actionnaire. Ce droit à l'information est composé de trois paliers : en premier lieu, la communication spontanée des rapports de gestion et de révision (art. 696 CO), puis le droit d'être renseigné sur les affaires de la société (art. 697 CO) et enfin, le droit de demander l'institution d'un contrôle spécial (art. 697a ss CO). De tels droits à l'information de l'actionnaire subsistent en cas d'insolvabilité et/ou de faillite ou de procédure concordataire. Outre les trois paliers susmentionnés, l'actionnaire est titulaire de deux autres droits aux renseignements, plus ponctuels cette fois-ci : le droit de consulter le procès-verbal de l'assemblée générale (art. 702 al. 3 CO), par exemple en vue d'une action en annulation, et le droit d'être informé par écrit au sujet de l'organisation de la gestion (art. 716b al. 2 CO). Cette dernière disposition permet de connaître précisément l'attribution des compétences au sein de la haute direction, et de savoir, le cas échéant, contre qui ouvrir une action en responsabilité (art. 754 CO). Le droit à l'information de l'actionnaire s'articule ainsi essentiellement autour de l'assemblée générale : l'actionnaire doit recevoir le rapport de gestion et révision au plus tard vingt jours avant la tenue de l'assemblée générale, et c'est seulement au cours de cette dernière qu'il est en droit de demander des renseignements sur les affaires de la société ou requérir l'institution d'un contrôle spécial. L'obtention rapide d'informations est donc hors de question. Cela peut se révéler malvenu pour l'investisseur, notamment lorsqu'il s'agit d'un investissement en capital-risque, où le facteur temps est déterminant. Le Tribunal fédéral a d'ailleurs pris certaines positions particulièrement favorables aux actionnaires, rendant plusieurs décisions et améliorant sensiblement la protection de leurs droits patrimoniaux et sociaux, en particulier les droits à l'information. La protection du sociétariat minoritaire est un principe fondamental du droit des sociétés qu'il n'est

pas criticable de garantir, même si cela peut se faire parfois au fort détriment de l'actionnaire majoritaire et qu'aucune base légale ne prévoit ce principe (DuPasquier, Le droit aux renseignements de l'investisseur, *in* REPRAX 1/2020, pp. 30 ss).

**b)** 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, afin de leur permettre de faire usage de leurs droits en toute connaissance de cause (ATF 138 III 252 consid. 3.1; ATF 133 III 180 consid. 3.4, JdT 2010 I 239, SJ 2007 p. 1193; ATF 123 III 261 consid. 2a, JdT 1999 I 27; ATF 120 II 393 consid. 4, JdT 1995 I 571 et les références citées).

Le contrôle spécial est subsidiaire en ce sens que l'actionnaire doit s'efforcer d'obtenir les informations qu'il souhaite en faisant valoir son droit aux renseignements et à la consultation des livres et de la correspondance, tel qu'il est prévu par l'art. 697 CO. Il doit donc tout d'abord formuler ses questions avec une certaine précision et les adresser au conseil d'administration lors de l'assemblée générale; les questions posées doivent correspondre, au moins dans les grandes lignes, à celles pour lesquelles le contrôle spécial est ensuite demandé; s'il n'obtient pas de réponse satisfaisante, l'actionnaire n'est pas obligé de s'adresser au juge selon la voie de l'art. 697 al. 4 CO et il peut choisir alternativement de demander un contrôle spécial (ATF 138 III 252 consid. 3.1; ATF 133 III 133 consid. 3.2, JdT 2007 I 296, SJ 2007 I 349 et les auteurs cités; ATF 123 III 261 consid. 3a ; CCiv CS18.041425 du 29 janvier 2019).

Pour que le juge institue un contrôle spécial au sens de l'art. 697b CO, il faut que le ou les requérants rendent vraisemblable que des fondateurs ou des organes ont violé la loi ou les statuts et qu'ils ont ainsi causé un préjudice à la société ou aux actionnaires (art. 697b al. 2 CO). Les faits à élucider doivent être nécessaires à l'exercice de droits des actionnaires : c'est notamment le cas s'ils sont pertinents pour

l'introduction d'une action en responsabilité ou pour l'exercice des droits sociaux. La violation des statuts ou de la loi ainsi que le dommage qu'il appartient au demandeur de rendre vraisemblables doivent être en relation avec les faits objets de la requête de contrôle spécial. Une preuve stricte n'est pas requise du demandeur, mais celui-ci ne peut pas se contenter de simples affirmations dépourvues d'un minimum d'ancrage concret. La motivation de la requête de contrôle spécial doit être dotée de chances de succès raisonnables (*einigermassen aussichtsreich*) ou apparaître au moins soutenable, sur la base d'un examen sommaire (Philippin, 1. Sociétés commerciales (sauf responsabilité des organes), *in* Not@lex 2014, pp. 132 ss).

Le manque d'information du requérant se manifeste ainsi : il doit présenter comme vraisemblable au juge ce qu'il ne peut généralement que supposer et qu'il ne sait précisément pas. Cette vraisemblance constitue cependant le point d'ancrage de la procédure de contrôle spécial et empêche l'abus procédurier (Von Büren/Stoffel/Weber, *Grundriss des Aktienrechts*, 3<sup>e</sup> éd. 2011, n. 945). Si le juge formule des exigences trop élevées à l'égard de la plausibilité d'un préjudice, le but et la finalité du contrôle spécial restent lettre morte ; si elles sont trop faibles, l'intention du législateur est contournée (Von der Crone, *Aktienrecht*, 2014, § 8 n. 133). Ainsi, en exigeant du demandeur qu'il rende vraisemblable une violation de la loi ou des statuts, le législateur a montré tout d'abord qu'il n'exigeait pas que l'actionnaire apporte déjà des preuves, ce qui réduirait excessivement les possibilités d'obtenir une telle mesure et paraîtrait même contradictoire, puisque le contrôle spécial tend précisément à fournir des preuves ; d'un autre côté, le législateur a indiqué, en exigeant qu'une vraisemblance soit établie, qu'il ne suffit pas que l'actionnaire ne fasse qu'affirmer ou soupçonner, sans aucun indice sérieux, pour entraîner une mesure aussi lourde que le contrôle spécial qui instaure un climat de méfiance à l'intérieur de la société (ATF 138 III 252 consid. 3.1 ; ATF 120 II 393 consid. 4c ; TF 4A\_215/2010 du 27 juillet 2010 consid. 3.1.3, rés. *in* SJ

2010 I 554)

Le contrôle spécial doit en outre répondre à un intérêt actuel et digne de protection; il ne peut donc pas porter sur des faits déjà connus. Il doit avoir pour objet des informations utiles pour permettre à l'actionnaire d'exercer ses droits, en particulier d'intenter une action en responsabilité contre les organes sociaux (ATF 138 III 252 consid. 3.1; ATF 123 III 261 consid. 4a). Le contrôle spécial doit tendre à établir des faits déterminés; il n'est pas admissible de demander un examen à des fins purement exploratoires dans l'espoir de découvrir des irrégularités dont le requérant ne sait rien (ATF 138 III 252 consid. 3.1 et les références citées). La limitation à l'examen des faits interdit au contrôle spécial de porter une appréciation sur les objets examinés. D'une part, cette limitation implique que le contrôleur ne peut pas définir la portée juridique de faits examinés. Notamment, il ne lui est pas possible de déterminer si des actes contraires à la loi ou aux statuts ont été commis. Afin de distinguer entre des questions de fait et de droit, il y a lieu de se référer à la distinction opérée en procédure civile. D'autre part, le contrôleur ne peut formuler des jugements de valeur. Il en découle qu'il ne peut pas émettre des hypothèses, sur des faits passés, actuels ou futurs, ou interpréter les questions posées par les actionnaires. De même, il ne saurait examiner l'opportunité de la gestion en général ou de certains actes des organes de la société. En pratique, il en découle par exemple que la comptabilité peut faire l'objet d'un contrôle spécial tant que ce dernier concerne des faits précis, alors qu'une vérification générale de toute la comptabilité n'est pas possible (Pedrazzini, Commentaire romand, Code des obligations II, 2<sup>ème</sup> éd., nn. 9-10 ad art. 697a CO). Le contrôle spécial ne peut pas non plus avoir pour but de procéder à un examen complet des comptes en se substituant à l'organe de révision (ATF 133 III 453 consid. 7.5). Ainsi, même s'il appartient aux actionnaires de décider dans quelle mesure ils sont satisfaits ou non des informations communiquées, l'on ne saurait conclure à l'existence d'un intérêt actuel et digne de protection si les faits devant faire l'objet d'un contrôle spécial

sont déjà connus grâce aux informations délivrées par le conseil d'administration. On reconnaîtra par contre l'existence d'un intérêt si le conseil d'administration a donné une réponse incomplète ou fautive lors de l'assemblée générale. Le requérant doit rendre vraisemblable que des doutes subsistent par rapport aux informations fournies par le conseil d'administration (TF 4A\_215/2010 du 27 juillet 2010 consid. 3.1.2).

Dans le cas où un contrôle spécial est institué, le juge charge un ou des experts indépendants de l'exécution du contrôle et définit l'objet de celui-ci dans les limites de la requête (art. 697c CO). Les fondateurs, les organes, les mandataires, les travailleurs, les curateurs et les liquidateurs sont tenus de renseigner le contrôleur spécial sur les faits importants, puis ce dernier entend la société sur le résultat du contrôle spécial (art. 697d CO). Il rend ensuite compte du résultat de son contrôle de manière détaillée, tout en sauvegardant le secret des affaires et présente son rapport au juge. Celui-ci transmet le rapport à la société qui, le cas échéant, lui indique les passages du rapport qui portent atteinte au secret des affaires ou à d'autres intérêts sociaux dignes de protection; il décide si ces passages doivent de ce fait être soustraits à la consultation des requérants. Le juge donne en outre l'occasion à la société et aux requérants de prendre position sur le rapport épuré et de poser des questions supplémentaires (art. 697e CO). Selon l'art. 697f CO, le conseil d'administration soumet le rapport et les prises de position à l'assemblée générale suivante. Tout actionnaire peut alors, dans l'année qui suit l'assemblée générale, exiger de la société un exemplaire du rapport et des prises de position. S'agissant des frais relatifs au contrôle spécial, si le juge agréé la requête tendant à désigner un contrôleur spécial, il met l'avance et les frais à la charge de la société; toutefois, si des circonstances particulières le justifient, il peut mettre tout ou partie des frais à la charge des requérants. Dans le cas où l'assemblée générale a consenti au contrôle spécial, la société en supporte les frais (art. 697g CO).

En définitive, pour que le tribunal ordonne un contrôle spécial, le requérant doit solliciter une information qui n'est pas contenue dans les rapports de gestion et/ou de révision, respectivement rendre vraisemblable qu'une information qui y serait mentionnée serait erronée ou incomplète et rendre vraisemblable que l'information n'est pas couverte par le secret d'affaires. Il doit en outre solliciter celle-ci avec suffisamment de précision pour exclure une action exploratoire. Enfin, il doit justifier d'un intérêt actuel et digne de protection à l'obtention de l'information, lequel se concrétise d'une part par le fait que l'information se révélerait nécessaire à l'exercice de ses droits d'actionnaire et d'autre part par l'exclusion d'une éventuelle volonté de nuire à la société.

**c) aa)** En l'espèce, deux des questions posées dans le cadre de la requête du 17 septembre 2021 correspondent aux questions posées lors de l'assemblée générale du 17 juin 2021 (la conclusion 5a. de la requête relative à la valorisation des droits de propriété intellectuelle correspond à la question 1 soumise à l'assemblée générale et la conclusion 5c. de la requête relative à la comptabilisation des prestations de la société sous-traitante correspond à la question 2 soumise à l'assemblée générale) et au sujet desquelles le contrôle spécial a alors été refusé. En revanche, les conclusions 5b. (relative aux mesures de protection des droits de propriété intellectuelle), 5d. (relative à l'existence des prestations effectuées par la société sous-traitante), 5e. (relative à la conformité des montants facturés pour des prestations similaires effectuées par des acteurs indépendants sur le marché), 5f. (relative au bénéficiaire des factures concernées par dites prestations) et 5g. (relative aux mesures prises afin d'éviter les éventuels conflits d'intérêts entre la société sous-traitante et l'intimée), dont certaines ont encore été complétées lors de l'audience du 23 novembre 2021, ne figuraient pas dans le courrier de la requérante du 20 mai 2021 et n'ont pas été soumises à l'assemblée générale du 17 juin 2021.

La requérante soutient qu'il faut avoir la réponse à ces

questions (conclusions 5b. et 5d. à 5g.) pour pouvoir répondre de manière appropriée aux deux questions de base (conclusions 5a. et 5c.). En effet, selon elle, l'absence de protection des droits de propriété intellectuelle implique que tout tiers pourrait librement les utiliser, ce qui influe sur la valeur de dite propriété intellectuelle ainsi que sur sa comptabilisation. Elle prétend également que l'existence de prestations effectivement réalisées influe sur le montant effectivement dû et sa comptabilisation. En outre, elle relève qu'au vu de la proximité entre l'intimée et la société sous-traitante, il faut savoir si les prestations en cause et leur montant sont conformes au marché et quelles mesures ont été prises pour prévenir et remédier à tout risque de conflits d'intérêts, ce qui permettrait de déterminer si des prestations inutiles ont été commandées ou surfacturées, et qui pourrait également avoir un impact sur la comptabilité de l'intimée.

Il apparaît toutefois que ces questions complémentaires excèdent la portée de la demande de renseignements et de la demande d'institution d'un contrôle spécial soumise à l'assemblée générale. On ne saurait considérer qu'elles correspondent, même dans les grandes lignes, aux questions précises posées lors de l'assemblée générale et pour lesquelles le contrôle spécial a été refusé. La requérante s'appuie bien plutôt sur les réponses données alors par l'intimée pour obtenir des informations supplémentaires par digression. Ces questions ne peuvent être introduites ici dans le cadre de la présente procédure et doivent dès lors être écartées. Seules les questions correspondant aux conclusions 5a. et 5c. de la requête seront donc examinées ci-dessous.

Avant de procéder à cette analyse, il convient de relever que l'intimée a quand même repris chacune des questions posées par la requérante au pied de sa requête du 17 septembre 2021 et y a répondu dans un courrier du 3 novembre 2021 adressé à [...], avec copie au conseil de la requérante. Cette dernière a donc obtenu des réponses à ces questions

complémentaires après le dépôt de la requête en instauration d'un contrôle spécial.

**bb)** Il convient d'examiner, pour les deux questions posées lors de l'assemblée générale du 17 juin 2021 et reprises dans les conclusions de la requête du 17 septembre 2021, si les conditions légales pour l'instauration d'un contrôle spécial sont réalisées.

Concernant la question relative à l'absence de valorisation des droits de propriété intellectuelle, la requérante considère que la réponse donnée (le principe de prudence aurait été appliqué par l'intimée dans la présentation de ses comptes afin de ne pas prendre le risque de présenter une situation financière comme artificiellement trop favorable avant que la plateforme ne soit pleinement opérationnelle et de nature à générer des redevances de licences auprès de tiers) est incomplète, insatisfaisante et fautive, puisqu'elle omettrait de prendre en considération le principe d'intégralité qui commande une présentation complète des comptes (art. 958c CO). Selon elle, ce principe implique que la propriété intellectuelle soit comptabilisée à l'actif (art. 959a al. 1 ch. 2 let. d CO) à un montant pouvant être estimé à 27'000'000 francs.

Concernant la question relative à l'absence de comptabilisation des créances de la société sous-traitante envers l'intimée, la requérante considère que la réponse donnée (la société sous-traitante a accepté de surseoir à la facturation de ses prestations afin d'éviter de surcharger les comptes de charges de l'intimée tant que celle-ci ne générerait pas de revenus au titre de la vente de licences et/ou d'autres prestations ou services à des clients tiers et tant que les contributions des différentes parties à la prise en charge des coûts complémentaires n'avaient pas été formalisées) est insatisfaisante, incomplète et fautive, puisque le principe d'intégralité commande que les biens et prestations déjà reçus soient inscrits dans les comptes même s'ils ne sont pas encore facturés. Selon elle, ce principe implique que ces

prestations soient comptabilisées dans les passifs de régularisation (art. 959a al. 2 ch. a let. d CO) à un montant de 19'000'000 francs.

Il apparaît que la raison de l'absence de ces éléments au bilan de l'intimée a été soumise à cette dernière, laquelle a justifié sa prise de position. D'après la requérante, cette justification est insatisfaisante, incomplète et fautive pour des motifs juridiques, puisque l'inscription de ces éléments devrait figurer dans les comptes selon les dispositions applicables du Code suisse des obligations.

Même s'il est possible de soumettre au contrôle spécial certains points de comptabilité précis tels que des listes de créanciers/débiteurs ou des montants de factures par exemple, il n'est en revanche pas envisageable de le faire procéder à une vérification générale de toute la comptabilité, ni de lui demander de se substituer à l'organe de révision - qui a en l'occurrence examiné les comptes sans émettre de réserve à ce sujet -, ni de lui demander de se prononcer sur la pertinence d'une décision de ne pas porter un élément au bilan. Cela reviendrait alors à lui demander de vérifier la conformité juridique de cette décision et d'en apprécier l'opportunité, alors que ce n'est pas son rôle. Il ne peut en effet pas définir la portée juridique de faits examinés, ni déterminer si des actes contraires à la loi ou aux statuts ont été commis par des organes de la société.

Les deux questions objet de la présente procédure sortent donc du champ du contrôle spécial. Compte tenu de l'absence de réalisation de cette conditions d'application des dispositions relatives à l'instauration d'un contrôle spécial, il n'y a pas lieu d'examiner les conditions de vraisemblance d'une violation légale ou statutaire et de l'existence d'un dommage.

En définitive, les conditions de mise en œuvre d'un contrôle spécial ne sont pas réunies. La requête du 17 septembre 2021 doit par

conséquent être rejetée.

**V. a)** En vertu de l'art. 106 al. 1 première phrase CPC, les frais, qui comprennent les frais judiciaires et les dépens (art. 95 al. 1 CPC) sont mis à la charge de la partie succombante.

Les dépens comprennent les débours nécessaires et le défraiement d'un représentant professionnel (art. 95 al. 3 let. a et b CPC). Les débours nécessaires, qui incluent notamment les frais de déplacement, de téléphone, de port et de copie sont estimés, sauf élément contraire, à 5% du défraiement du représentant professionnel et s'ajoutent à celui-ci (art. 19 TDC - tarif du 13 novembre 2010 des dépens en matière civile; BLV 270.11.6).

**b)** En l'espèce, les frais judiciaires, arrêtés à 3'100 fr. (art. 28, 87 et 88 TFJC - tarif des frais judiciaires en matière civile du 28 septembre 2010; BLV 270.11.5), doivent être mis à la charge de la requérante qui succombe. En outre, celle-ci versera des dépens à l'intimée, qu'il convient d'arrêter à 5'000 fr., débours en sus par 350 fr. (art. 3, 6 et 19 TDC).

\* \* \* \* \*

**Par ces motifs,  
le Juge délégué de la Cour civile,  
statuant à huis clos,  
prononce :**

- I.** Les conclusions prises par la requérante P. \_\_\_\_\_ dans sa requête déposée le 17 septembre 2021, sont rejetées.
- II.** Les frais de la procédure sont arrêtés à 3'100 fr. (trois mille cent francs) pour la requérante.

**III.** La requérante versera à l'intimée Z. \_\_\_\_\_ le montant de 5'350 fr. (cinq mille trois cent cinquante francs) à titre de dépens.

Le juge délégué :

J.-F. Meylan

La greffière :

M. Bron

Du

Le jugement qui précède, lu et approuvé à huis clos, est notifié, par l'envoi de photocopies, aux conseils des parties.

Le présent jugement peut faire l'objet d'un recours en matière civile devant le Tribunal fédéral au sens des art. 72 ss LTF et 90 ss LTF (loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral - RS 173.110), cas échéant d'un recours constitutionnel subsidiaire au sens des art. 113 ss LTF. Ces recours doivent être déposés devant le Tribunal fédéral dans les trente jours qui suivent la présente notification (art. 100 al. 1 LTF).

La greffière :

M. Bron