

CHAMBRE DES RECOURS CIVILE

Arrêt du 30 novembre 2020

Composition : M. PELLET, président
Mmes Crittin Dayen et Courbat, juges
Greffière : Mme Juillerat Riedi

Art. 105 al. 3 LFus

Statuant à huis clos sur le recours interjeté par **E.**_____, à [...], défenderesse, contre la décision rendue le 22 septembre 2020 par la présidente de la Chambre patrimoniale cantonale dans la cause divisant la recourante d'avec **Z.**_____, **J.**_____ et **F.**_____, toutes à [...], demanderesses, la Chambre des recours civile du Tribunal cantonal considère :

En fait :

A. Par avis du 15 septembre 2020, la présidente de la Chambre patrimoniale cantonale a astreint la défenderesse E. _____ à effectuer, dans un délai fixé au 11 novembre 2020, un dépôt de 5'000 fr. à titre d'avance de frais pour la procédure qu'elle avait engagée.

Par avis du 22 septembre 2020, la présidente de la Chambre patrimoniale cantonale a astreint E. _____ à effectuer, dans un délai fixé au 11 novembre 2020, un dépôt de 5'000 fr. à titre d'avance de frais pour la procédure engagée par sa partie adverse, avec l'indication que cet avis annulait et remplaçait celui du 15 septembre 2020.

Ces deux décisions ont été signées par un gestionnaire de dossiers, « pour le greffier ».

En droit, la présidente s'est fondée sur l'art. 105 al. 3 LFus (loi fédérale sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine du 3 octobre 2003 ; RS 221.301) pour mettre l'avance de frais à la charge de la partie défenderesse.

B. Par acte du 28 septembre 2020, E. _____ a interjeté recours contre la décision du 22 septembre 2020, en concluant, en substance, principalement à ce que la nullité de celle-ci soit constatée et à ce que Z. _____, J. _____ et F. _____ (demanderesses) soient astreintes à déposer une avance de frais de 5'000 fr. dans un délai de 20 jours, subsidiairement à ce que la décision soit réformée en ce sens que Z. _____, J. _____ et F. _____ sont astreintes à déposer une avance de frais de 5'000 fr. dans un délai de 20 jours et encore plus subsidiairement à ce que la décision soit annulée et la cause renvoyée à l'autorité de première instance pour nouvelle décision dans le sens des considérants. Elle a requis l'octroi de l'effet suspensif à son recours.

Dans leur réponse du 19 octobre 2020, Z._____, J._____ et F._____ ont conclu au rejet du recours, avec suite de frais et dépens. Elles se sont remises à justice s'agissant de l'octroi de l'effet suspensif.

La recourante a déposé une réplique le 27 octobre 2020, dans laquelle elle a maintenu ses conclusions.

Par décision du 30 octobre 2020, la juge déléguée de la Cour de céans a rejeté la requête d'effet suspensif.

C. La Chambre des recours civile retient les faits suivants :

1. Par contrat de fusion du [...] conclu entre l'ancienne E._____ (société transférante) et A._____ (société reprenante), A._____ a repris les actifs et passifs de l'ancienne E._____ par la voie d'une fusion par absorption. Ce contrat prévoyait un *squeeze-out* des actionnaires minoritaires moyennant dédommagement de 70 fr. par action. Parmi ces actionnaires minoritaires figuraient Z._____, qui détenait alors 1'002'179 actions nominatives de l'ancienne E._____, J._____, qui en détenait 592'928 et F._____, qui en détenait 146'312.

Cette fusion a été entérinée par les assemblées générales de l'ancienne E._____ et d'A._____. La société reprenante A._____ a alors changé de raison sociale pour E._____.

2. Par requête de conciliation déposée le 1^{er} septembre 2020 auprès de la Chambre patrimoniale cantonale, Z._____, J._____ et F._____ ont notamment requis la fixation d'un dédommagement adéquat d'au moins 130 fr. par action. Elles se fondent sur l'art. 105 al. 1 LFus pour soutenir en substance que le montant du dédommagement offert serait injustifiable au regard de la situation financière réelle de l'ancienne E._____, tant en raison des erreurs effectuées dans le calcul de ce dédommagement que des graves conflits d'intérêts entachant l'ensemble du processus.

En droit :

1.

1.1 L'art. 319 let. b ch. 1 CPC (Code de procédure civile du 19 décembre 2008 ; RS 272) ouvre la voie du recours contre les décisions et ordonnances d'instruction de première instance pour lesquelles un recours est expressément prévu par la loi. Tel est le cas en l'espèce, l'art. 103 CPC ouvrant la voie du recours contre les décisions relatives aux avances de frais. Ces décisions comptant parmi les ordonnances d'instruction (Jeandin, Commentaire romand, Code de procédure civile [ci-après : CR-CPC], 2019 n. 14 ad art. 319 CPC), le délai de recours est de dix jours (art. 321 al. 2 CPC).

Le recours, écrit et motivé, doit être introduit auprès de l'instance de recours (art. 321 al. 1 CPC), soit auprès de la Chambre des recours civile (art. 73 al. 1 LOJV [loi d'organisation judiciaire du 12 décembre 1979 ; BLV 173.021]).

1.2 En l'espèce, dès lors que la décision entreprise impartit un délai à la défenderesse pour verser une avance de frais, celle-ci a un intérêt digne de protection à recourir (art. 59 al. 2 let. a CPC ; cf. CREC 4 décembre 2017/437 consid. 1.2). Son recours, écrit, motivé et interjeté en temps utile, est ainsi recevable.

2. Le recours est recevable pour violation du droit et constatation manifestement inexacte des faits (art. 320 CPC). S'agissant de la violation du droit, l'autorité de recours dispose d'un plein pouvoir d'examen (Spühler, Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3^e éd., 2017, n. 26 ad art. 319 CPC). Elle revoit librement les questions de droit soulevées par le recourant et peut substituer ses propres motifs à ceux de l'autorité précédente ou du recourant (Hohl, Procédure civile, tome II, 2^e éd. 2010, n. 2508 p. 452). Comme pour l'art. 97 al. 1 LTF (loi sur le

Tribunal fédéral du 17 juin 2005 ; RS 173.110), le grief de la constatation manifestement inexacte des faits ne permet que de corriger une erreur évidente, la notion se recoupant en définitive avec l'appréciation arbitraire des preuves (Corboz et al., Commentaire de la LTF, 2^e éd., 2014, n. 27 ad art. 97 LTF).

3.

3.1 La recourante soutient que l'avis entrepris serait nul, faisant valoir à cet égard que la possibilité pour le juge de déléguer certaines compétences, offerte par l'art. 95 al. 1 LOJV, n'autoriserait manifestement pas un greffier à décider seul d'une avance de frais. Elle relève également que la loi ne permettrait pas à une autorité d'annuler une décision qu'elle a rendue, de sorte que la nouvelle décision serait contraire aux principes de la légalité et de la bonne foi.

3.2 La délégation de certaines tâches à un greffier figure dans la LOJV, où il est prévu que certaines compétences de gestion peuvent être déléguées au greffier (art. 95 al. 1 LOJV ; pour le TF, art. 24 LTF; voir, Alain Wurzburger, in : Commentaire de la LTF 2009, n. 15 ad art. 24 LTF). En outre, une délégation de signature peut être octroyée à un gestionnaire de dossier par directive interne. A cela s'ajoute que ni la CEDH (Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 ; RS 0.101) ni les garanties constitutionnelles de procédure ne garantissent qu'un juge signe la décision (TF 4A_184/2017 du 16 mai 2017 consid. 1, 4A_20/2011 du 11 avril 2011 consid. 6, RSPC 2011 p. 317 note Tappy ; Colombini, Code de procédure civile, Condensé de la jurisprudence fédérale et vaudoise, Lausanne 2018, n. 3.1 ad art. 238 CPC).

3.3 S'agissant tant du principe que de la quotité de l'avance de frais, le greffier ainsi que le gestionnaire de dossiers agissent sur instruction du juge en charge du dossier, qui demeure compétent en la matière, ce qui exclut tout pouvoir décisionnel des prénommés. Ce constat permet de rejeter l'affirmation de la recourante, selon laquelle le magistrat

en charge du dossier n'aurait tout simplement pas participé à la décision litigieuse.

De toute manière, en accord avec la doctrine, il y a lieu de considérer que l'absence de signature valable ne justifie pas l'annulation de la décision, mais sa rectification (Tappy, CR-CPC, n. 16 ad art. 238). Il s'agit d'un vice de forme et le principe de la bonne foi impose aux parties de signaler immédiatement ce vice au tribunal afin qu'il le corrige (Tappy, *ibidem*). Or, rien de tel n'a été entrepris en l'espèce, puisqu'aucune demande allant dans ce sens n'a été adressée au premier juge. Il paraît abusif de s'en prévaloir dans le cadre de la procédure de recours seulement, dès lors que deux avis successifs portant les mêmes mentions ont été notifiés à la recourante, sans que celle-ci ne demande la rectification de la signature de ces avis, alors qu'elle aurait eu tout loisir de le faire.

Cette considération se justifie d'autant plus que la décision entreprise est une décision relative à l'avance de frais, qui est une ordonnance d'instruction sans contenu matériel qui génère, de par sa nature, des exigences moins élevées d'un point de vue formel (moindre formalisme ; Tappy, op. cit., n. 20 ad art. 239 CPC ; voir aussi TF 9C_511/2014 du 26 septembre 2014). A ceci s'ajoute que le CPC ne précise pas quelles sont les exigences formelles en ce qui concerne les demandes en matière d'avance de frais, sans que le Tribunal fédéral ne se soit encore prononcé directement sur cette question (TF 5A_327/327/2014 consid. 3.2).

Enfin et surtout, on ne voit pas en quoi le vice dénoncé serait à même de créer pour les parties un préjudice concret justifiant de constater la nullité de la décision, qui doit demeurer exceptionnelle (TF 4A_224/2017 du 27 juin 2017 consid. 2.3.2). En définitive, le vice de forme dénoncé est sans incidence sur la question à trancher, soit sur la validité de l'avance de frais. La recourante l'admet du reste elle-même à l'appui de sa réplique spontanée, puisqu'elle relève que la cause est en état d'être jugée,

l'autorité de recours pouvant décider de mettre l'avance de frais litigieuse à charge des intimés.

Quant à la critique de la recourante concernant l'annulation de la première décision, elle est également infondée. On doit en effet admettre qu'il s'agit en réalité d'une rectification d'office au sens de l'art. 334 al. 1 CPC, dès lors qu'elle est justifiée par une erreur de fait évidente et reconnaissable par la recourante. Elle est d'ailleurs sans conséquence sur la décision elle-même.

4.

4.1 La recourante se plaint également d'une violation de son droit d'être entendue, qui justifierait, selon elle, la production de pièces nouvelles en procédure de recours. Elle relève à cet égard qu'elle a été astreinte à verser une avance de frais pour une procédure qu'elle n'avait pas initiée et sans avoir été entendue, alors qu'elle aurait été en mesure de démontrer, dans le cadre de la procédure sommaire applicable en matière d'avance de frais et immédiatement par titres, que l'exception au principe de l'art. 105 al. 3 LFus était remplie en l'espèce.

4.2 Le droit d'être entendu est une garantie constitutionnelle (art. 29 al. 2 Cst. [Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 ; RS 101]) de nature formelle, dont la violation entraîne l'annulation de la décision attaquée, sans égard aux chances de succès du recours sur le fond (ATF 127 V 431 consid. 3d/aa). De manière générale, les parties doivent avoir l'occasion de se déterminer avant toute décision incidente, à tout le moins lorsque celle-ci est susceptible d'un recours immédiat (TF 5A_350/2013 du 8 juillet 2013 consid. 2.1.3, RSPC 2013 p. 367). Le vice découlant de la violation du droit d'être entendu ne peut être réparé devant la Chambre des recours civile (CREC 7 août 2012/259). La garantie d'un procès équitable, y compris celle du droit d'être entendu, n'exclut toutefois pas que des émoluments ou avances de frais soient exigés des plaideurs, ni que des délais soient fixés pour l'exécution de ces prestations pécuniaires, sous peine, en cas de retard, de refus d'entrer en matière sur les conclusions ou réquisitions présentées (TF 4D_69/2016 du 19 mai

2016, consi. 4.2.4 ; ATF 133 V 402 consid. 3.3 et ATF 124 I 322 consid. 4d p. 325).

4.3 En l'espèce, pour la fixation d'une avance de frais, la garantie du droit d'être entendu ne trouve pas application. Cela se justifie d'autant plus qu'il s'agit d'un versement qui est provisoire et qui ne préjuge pas du sort final des frais de la cause. Cela vaut également dans le cadre de l'art. 105 LFus, qui prévoit le principe d'une mise des frais à la charge de la défenderesse, puisqu'il est admis que seuls les éléments connus au moment de l'introduction de l'action doivent être pris en compte pour juger des circonstances particulières prévues à l'art. 105 al. 3 LFus et sur lesquelles on reviendra. Le premier juge n'avait ainsi pas à prendre en compte d'éventuels allégués de la défenderesse à ce sujet.

5.

5.1 Dans son recours, la recourante allègue des faits nouveaux, produit des preuves nouvelles et requiert la production de pièces.

5.2 Aux termes de l'art. 326 al. 1 CPC, les conclusions, les allégations de faits et les preuves nouvelles sont irrecevables. Le recours des art. 319ss CPC prohibe ainsi expressément la présentation de faits et de preuves nouveaux, mais ce principe est assorti de plusieurs exceptions (cf. sur cette question: Steiner, Die Beschwerde nach der schweizerischen Zivilprozessordnung, 2019, n. 546 ss, avec de nombreuses citations), dont aucune n'est réalisée en l'espèce.

5.3 Au regard de l'art. 326 al. 1 CPC, les allégations de faits et des preuves nouvelles offertes par la recourante sont irrecevables. Il ne se justifie donc pas non plus d'ordonner la production des pièces requises. En effet, comme on l'a vu, il n'y a pas lieu de considérer que l'intéressée n'a valablement pas été entendue devant le premier juge justifiant une exception à la disposition précitée.

6.

6.1 La recourante soutient ensuite que les intimées auraient acquis leurs actions avec un but spéculatif et devraient ainsi être qualifiées d'investisseuses opportunistes, dès lors qu'elles étaient au courant d'une éventuelle fusion *squeeze-out* au moment de cette acquisition. Or, la jurisprudence rendue en application de l'art. 105 LFus – en particulier l'ATF 135 III 603 – ne protégeant pas ce comportement, leur demande serait manifestement infondée.

6.2 L'art. 105 al. 1 LFus prévoit notamment que si, lors d'une fusion, d'une scission ou d'une transformation, les parts sociales ou les droits de sociétariat ne sont pas maintenus de manière adéquate ou si le dédommagement n'est pas adéquat, chaque associé peut exiger, dans le délai de deux mois à compter de la publication de la décision de fusion, de scission ou de transformation, que le juge fixe une soulte adéquate.

L'art. 105 al. 3 LFus a la teneur suivante : « Les frais de la procédure sont à la charge du sujet reprenant. Si des circonstances particulières le justifient, le juge peut mettre tout ou partie des frais à la charge du demandeur ». Cette règle est inspirée de la procédure de contrôle spécial de l'art. 697g al. 1 CO (Code des obligations du 30 mars 1911; RS 220) et a pour but d'éviter que les frais de la procédure dissuadent les actions des associés. Pour cette raison, le montant de l'avance de frais doit être supporté par la partie défenderesse (ATF 137 III 577 consid. 8.2 ; ATF 135 III 603, consid. 2.1.3, JdT 2011 II 380 ; Rashid Bahar, in: Commentaire LFus, Henry Peter/Rita Trigo Trindade [éd.], 2005, n. 38 ad art. 105 LFus ; voir aussi Dubs/Frehner, in: Basler Kommentar, 2015, n. 47 ad art. 105 LFus). Si l'on retenait la solution contraire, l'action en examen des parts sociales perdrait tout intérêt pratique pour les petits associés : la valeur litigieuse déterminant le montant des frais et de l'avance dépend de la soulte qui serait versée à tous les associés se trouvant dans la même situation, ce qui peut conduire à des montants disproportionnés par rapport à l'intérêt d'un associé déterminé (Bahar, op. cit., n. 38 ad art. 105 LFus). Ce n'est qu'en présence de circonstances particulières évidentes au moment de l'introduction de l'action qu'il peut être dérogé au principe de l'art. 105 al. 3 LFus au stade de l'avance de

frais (ATF 135 III 603 précité consid. 2.1.3). A cet égard, la doctrine cite le cas où le demandeur aurait dû se rendre compte que sa requête était manifestement infondée (Bahar, op. cit., n. 37 ad art. 105 LFus et les références citées). Une dérogation au principe général de l'art. 105 LFus est à la libre appréciation du juge (Kann-Vorschrift) tant sur le principe que sur la quotité des frais. Dans l'arrêt 135 III 603 cité par la recourante, le Tribunal fédéral a jugé que le principe de la mise des frais à la charge de la société reprenante (défenderesse) prévu à l'art. 105 al. 3 LFus ne s'appliquait pas lorsqu'un demandeur avait acheté ses actions pendant la procédure d'offre publique d'achat en toute connaissance du dédommagement prévu. Il a considéré que dans le cas qu'il avait à juger, le tribunal saisi, qui avait demandé une avance de frais au demandeur, n'avait pas violé le droit fédéral, dès lors qu'il apparaissait d'emblée que celui-ci avait acquis ses actions à un moment où il savait qu'il les perdrait dans le cadre subséquent d'une fusion avec dédommagement obligatoire et qu'il n'avait ainsi jamais été intéressé au sociétariat en tant que tel, mais seulement au dédommagement.

6.3 La lecture de l'écriture introductive d'action - soit la requête de conciliation fondée sur l'art. 105 LFus - ne laisse pas apparaître l'existence de circonstances évidentes particulières justifiant une dérogation à l'art. 105 al. 3 LFus, ce qui pourrait être le cas, comme on l'a vu plus haut, si les demanderesses avaient acquis leurs actions dans le seul but d'être dédommagées, au détriment du sociétariat. Or cette question n'est pas évidente en l'espèce et requiert une instruction de la cause. La recourante ne démontre pas le contraire, puisqu'elle prétend simplement qu'il lui était nécessaire de prendre position pour révéler l'existence de ces circonstances particulières, ce qui montre bien qu'elles n'étaient pas évidentes. On relèvera d'ailleurs que même si l'on admettait la recevabilité des allégués et pièces produites par les parties dans la présente procédure de recours, l'intention des intimées au moment de l'acquisition de leurs actions n'apparaissent pas de façon évidente, contrairement à celle des requérants dans l'arrêt 135 III 603.

Le principe général de l'art. 105 al. 3 LFus a ainsi été respecté ici, l'avance de frais ayant été mise à la charge de la défenderesse et recourante, afin de ne pas dissuader l'action des demanderesses et actionnaires minoritaires. Aucune des situations d'exceptions visées par la jurisprudence fédérale n'est réalisée en l'espèce.

7.

7.1 Au vu de ce qui précède, on ne décèle ainsi ni violation du droit d'être entendue de la recourante ni violation de l'art. 105 al. 3 LFus. Partant, il y a lieu de rejeter le recours et de confirmer la décision de première instance.

7.2 Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 200 fr. (art. 69 TFJC [tarif des frais judiciaires civils du 28 septembre 2010 ; BLV 270.11.5]), seront mis à la charge de la recourante, qui succombe (art. 106 al. 1 et 3 CPC).

7.3 Vu l'issue du litige, la recourante devra verser aux intimées, solidairement entre elles, la somme de 1'200 fr. à titre de dépens de deuxième instance (art. 3 et 8 al. 1 et 20 TDC [Tarif des dépens en matière civile du 23 novembre 2010 ; BLV 270.11.9]).

Par ces motifs,
la Chambre des recours civile du Tribunal cantonal,
p r o n o n c e :

- I. Le recours est rejeté.
- II. La décision est confirmée.
- III. Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 200 fr. (deux cents francs), sont mis à la charge de la recourante E._____.

IV. La recourante E._____, doit verser aux intimées Z._____, J._____ et F._____, solidairement entre elles, la somme de 1'200 fr. (mille deux cents francs) à titre de dépens de deuxième instance.

V. L'arrêt est exécutoire.

Le président :

La greffière :

Du

L'arrêt qui précède, dont la rédaction a été approuvée à huis clos, est notifié à :

- Mes Mathieu Blanc et Benoît Fischer (pour E._____)
- Me François Roux (pour Z._____, J._____ et F._____).

La Chambre des recours civile considère que la valeur litigieuse est inférieure à 30'000 de francs.

Le présent arrêt peut faire l'objet d'un recours en matière civile devant le Tribunal fédéral au sens des art. 72 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. Dans les affaires pécuniaires, le recours en matière civile n'est recevable que si la valeur litigieuse s'élève au moins à 15'000 fr. en matière de droit du travail et de droit du bail à loyer, à 30'000 fr. dans les autres cas, à moins que la contestation ne soulève une question juridique de principe (art. 74 LTF). Ces recours doivent être déposés devant le Tribunal fédéral dans les trente jours qui suivent la présente notification (art. 100 al. 1 LTF).

Cet arrêt est communiqué, par l'envoi de photocopies, à :

- Mme la Présidente de la Chambre patrimoniale cantonale.

La greffière :