

CHAMBRE DES RECOURS CIVILE

Arrêt du 25 juin 2013

Présidence de M. CREUX, président
Juges : MM. Giroud et Colelough
Greffière : Mme Bertholet

Art. 29 al. 2 Cst; 98, 106 et 107 CPC; 105 al. 3 et 106 LFus

Statuant à huis clos sur le recours interjeté par **A.** _____
SÀRL, à Zoug, contre la décision rendue le 30 avril 2013 par la Chambre
patrimoniale cantonale dans la cause divisant la recourante d'avec
I. _____ **SA**, à Lausanne, la Chambre des recours civile du Tribunal
cantonal voit :

En fait :

A. Par décision du 30 avril 2013, la Chambre patrimoniale cantonale a imparti à A._____ Sàrl un délai au 30 mai 2013 pour faire au greffe le dépôt de 9'500 fr. à titre d'avance de frais pour la procédure engagée.

B. Par acte du 13 mai 2013, A._____ Sàrl a recouru contre la décision précitée en concluant, principalement, à son annulation et à ce qu'il soit dit qu'aucune avance de frais ne saurait être exigée dans cette procédure, subsidiairement, à ce qu'il soit dit qu'aucune avance de frais ne saurait être exigée dans cette procédure et à ce qu'I._____ SA soit condamnée au paiement de toute avance de frais qui serait ordonnée dans cette procédure et, en tout état, à ce qu'I._____ SA soit déboutée de toute autre ou contraire conclusion et à ce qu'elle soit condamnée en tous les frais judiciaires et dépens de première instance et de recours. La recourante a produit un onglet de pièces sous bordereau et requis que l'effet suspensif soit accordé à son recours.

Par lettre du 21 mai 2013, I._____ SA s'est déterminée spontanément sur la requête d'effet suspensif formée par la recourante.

Par décision du même jour, le Président de la Cour de céans a accordé l'effet suspensif au recours.

Dans sa réponse du 20 juin 2013, I._____ SA a conclu, avec suite de frais et dépens, au rejet du recours. Elle a produit un onglet de pièces sous bordereau.

C. La Chambre des recours civile fait sien dans son entier l'état de fait de la décision, complété par les pièces du dossier, dont il ressort notamment ce qui suit :

1. La demanderesse A. _____ Sàrl, dont le siège est à Zoug, a pour but la détention et la gestion de participations ainsi que la conduite d'investissements; elle peut prendre des participations dans des entreprises de même type ou de type similaire, reprendre de telles entreprises, acquérir, gérer et aliéner des biens immobiliers.

La défenderesse I. _____ SA, dont le siège est à Lausanne, a pour but l'acquisition, l'administration et la gestion de participations à des sociétés commerciales, financières, industrielles ou autres, notamment dans le domaine de la communication.

La demanderesse est actionnaire minoritaire de la défenderesse.

La société I. _____ Holding SA, dont le siège est à Lausanne, a été inscrite au registre du commerce le 7 mai 2012. Elle a pour but l'acquisition, l'administration et la gestion de participations à des sociétés commerciales, financières, industrielles ou autres, notamment dans le domaine de l'édition, de la presse, des médias et de l'Internet.

2. Le 15 mai 2012, I. _____ SA et I. _____ Holding SA ont conclu un contrat de fusion prévoyant l'absorption de celle-là par celle-ci par voie de fusion au sens des art. 3 ss LFus (loi fédérale sur la fusion, la scission, la transformation et le transfert de patrimoine du 3 octobre 2003, RS 221.301).

Le chiffre 4 de ce contrat, intitulé "dédommagement (art. 8 al. 2 LFus)", prévoyait que les actionnaires minoritaires d'I. _____ SA, recevraient, non pas des actions d'I. _____ Holding SA, mais exclusivement un dédommagement en espèces au sens de l'art. 8 al. 2 LFus.

Lors de l'assemblée générale extraordinaire du 28 juin 2012, au siège de la société à Lausanne, les actionnaires d'I. _____ SA ont

approuvé le contrat de fusion du 15 mai 2012 par 2'371'044 voix pour et 68'694 voix contre.

Par avis du 3 juillet 2012, l'Office du registre du commerce du canton de Vaud a informé la défenderesse du blocage du registre concernant l'inscription de la fusion, une opposition au sens de l'art. 162 ORC (ordonnance sur le registre du commerce du 17 octobre 2007, RS 221.411) ayant été formée.

3. Le 28 août 2012, A._____ Sàrl a adressé deux requêtes de conciliation au Juge délégué de la Chambre patrimoniale cantonale, la première tendant à l'annulation de la décision de fusion du 28 juin 2012 (art. 106 LFus) et la seconde tendant à la fixation d'une soulte adéquate (art. 105 LFus).

Lors de l'audience de conciliation du 9 octobre 2012, le Juge délégué de la Chambre patrimoniale cantonale a suspendu l'action en fixation d'une soulte adéquate jusqu'à droit définitivement connu sur l'action en annulation de la décision de fusion. A l'issue de l'audience, une autorisation de procéder a été délivrée à la requérante dans la cause en annulation de la décision de fusion.

Par demande du 9 janvier 2013, A._____ Sàrl a conclu, principalement, à ce que la décision de fusion du 28 juin 2012 entre I._____ SA et I._____ Holding SA soit annulée et à ce que les éventuelles mesures nécessaires soient ordonnées, subsidiairement, à ce qu'elle soit acheminée à prouver par toutes voies de droit les faits allégués dans les écritures et, en tout état de cause, à ce qu'I._____ SA soit condamnée en tous les frais et dépens de l'instance et à ce qu'elle soit déboutée de toute autre ou contraire conclusion. En droit, la demanderesse a notamment exposé qu'en tant que son action tendait à l'annulation d'une décision de fusion entraînant l'exclusion des actionnaires minoritaires, il convenait d'appliquer par analogie l'art. 105 al. 3 LFus à la question de la répartition des frais et de mettre l'intégralité de ceux-ci à la charge de la société. La demanderesse a précisé qu'une

telle solution s'imposait également en vertu de l'art. 107 al. 1 let. b et f CPC (Code de procédure civile du 19 décembre 2008, RS 272) et requis qu'aucune avance de frais ne soit exigée d'elle.

Par lettre du 21 janvier 2013, l. _____ SA s'est déterminée spontanément sur la question de l'avance de frais et a conclu à ce que toute avance de frais soit mise à la charge de la demanderesse conformément à l'art. 98 CPC.

En droit :

1. a) Les décisions relatives aux avances de frais peuvent faire l'objet d'un recours au sens de l'art. 319 let. b ch. 1 CPC, dès lors que la loi le prévoit expressément (art. 103 CPC).

b) Les décisions qui fixent les avances de frais au sens de l'art. 103 CPC comptent parmi les "ordonnances d'instruction" visées par l'art. 319 let. b CPC (Jeandin, CPC commenté, Bâle 2011, n. 14 ad art. 319 CPC). Le recours, écrit et motivé, doit par conséquent être introduit dans les dix jours à compter de la notification de la décision motivée auprès de l'instance de recours (art. 321 al. 1 et 2 CPC), soit, en l'occurrence, la Chambre des recours civile (art. 73 al. 1 LOJV [loi d'organisation judiciaire du 12 décembre 1979, RSV 173.01]).

c) Formé en temps utile, par une partie qui y a un intérêt digne de protection (art. 59 al. 2 let. a CPC), le présent recours est recevable à la forme.

2. a) Le recours est recevable pour violation du droit et constatation manifestement inexacte des faits (art. 320 CPC).

L'autorité de recours dispose d'un plein pouvoir d'examen s'agissant de la violation du droit (Spühler, Basler Kommentar, Bâle 2010, n. 12 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., Berne 2010, n. 2508, p. 452).

S'agissant de la constatation manifestement inexacte des faits, comme pour l'art. 97 al. 1 LTF (loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005, RS 173.110), ce grief ne permet que de corriger une erreur évidente, la notion se recoupant en définitive avec l'appréciation arbitraire des

preuves (Corboz, Commentaire de la LTF, Berne 2009, n. 19 ad art. 97 LTF). Les constatations de fait et l'appréciation des preuves sont arbitraires lorsqu'elles sont évidemment fausses, contredisent d'une manière choquante le sentiment de la justice et de l'équité, reposent sur une inadvertance manifeste ou un abus du pouvoir d'appréciation, par exemple si l'autorité s'est laissée guider par des considérations aberrantes ou a refusé de tenir compte de faits ou de preuves manifestement décisifs. Une constatation de fait n'est donc pas arbitraire pour la seule raison que la version retenue par le juge ne coïncide pas avec celle du recourant. Encore faut-il que l'appréciation des preuves soit manifestement insoutenable, en contradiction flagrante avec la situation effective, qu'elle repose sur une inadvertance manifeste, ou encore qu'elle heurte de façon grossière le sentiment de la justice et de l'équité (ATF 129 I 8 c. 2.1).

b) Aux termes de l'art. 326 al. 1 CPC, les conclusions, les allégations de faits et les preuves nouvelles sont irrecevables.

Les pièces produites qui n'ont pas déjà été versées au dossier de première instance sont par conséquent irrecevables.

c) Aux termes de l'art. 325 al. 1 CPC, le recours ne suspend en principe pas la force jugée et le caractère exécutoire de la décision attaquée. L'instance de recours peut suspendre son caractère exécutoire (art. 325 al. 2 CPC); elle dispose d'un large pouvoir d'appréciation (Jeandin, op. cit., n. 6 ad art. 325 CPC).

Compte tenu des moyens invoqués et du fait qu'en l'espèce, l'avance de frais est contestée dans son principe et non dans sa quotité, la présente autorité a considéré qu'il y avait lieu d'accorder l'effet suspensif au recours.

3. a) La recourante se plaint d'une violation de l'art. 29 al. 2 Cst (Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, RS 101). Elle soutient que la décision attaquée viole son droit d'être entendue

en raison d'un défaut de motivation. Elle relève qu'elle a développé dans sa demande au fond une argumentation selon laquelle, compte tenu de la nature de son action fondée sur la LFus et visant à vérifier la légalité d'une fusion entraînant l'exclusion des actionnaires minoritaires, l'intégralité des frais de justice ainsi que les avances de frais et les éventuelles sûretés devraient être supportées par la société intimée – défenderesse au fond – et non par les actionnaires qui contestent la décision de fusion. Elle observe également que, de son côté, l'intimée s'est déterminée sur ses arguments qu'elle conteste. Dans ces circonstances, et dès lors qu'il s'agit d'une question controversée, l'autorité de première instance ne pouvait mettre à sa charge une avance de frais sans la moindre motivation.

b) La jurisprudence a déduit du droit d'être entendu garanti par l'art. 29 al. 2 Cst l'obligation pour les autorités de motiver leurs décisions (ATF 129 I 232 c. 3.2). En tant que garantie de procédure de rang constitutionnel, l'obligation faite à l'autorité de motiver sa décision doit notamment permettre à celui qui est touché de la comprendre et de l'attaquer utilement, s'il y a lieu (ibidem). Il y a violation du droit d'être entendu si l'autorité ne satisfait pas à son devoir minimum d'examiner et de traiter les faits, moyens de preuve et griefs invoqués par les parties qui paraissent pertinents (ATF 130 II 530 c. 4.3).

c) En l'espèce, il est vrai que la décision entreprise ne contient aucune motivation. Cependant, on peut aisément déduire du résultat auquel elle aboutit le raisonnement tenu par l'autorité qui l'a prise. Les parties à la procédure ont eu la faculté, dont elles ont fait usage, de développer chacune une argumentation claire et sans équivoque et la décision en cause prend à l'évidence en considération les arguments de chaque partie et tranche de telle manière qu'il n'est pas possible d'en ignorer les motifs.

Quoi qu'il en soit, compte tenu du pouvoir d'examen de la Cour de céans et du fait que la recourante a eu l'occasion de répéter, dans son recours, les arguments qu'elle plaidait en première instance, une

éventuelle violation du droit d'être entendu serait en toute hypothèse réparée dans le cadre de la présente procédure.

Au vu de ce qui précède, la recourante ne saurait se prévaloir d'une violation de son droit d'être entendue.

4. a) La recourante invoque une violation des art. 106 et 105 al. 3 LFus ainsi que des art. 98 et 107 CPC. En substance, elle soutient qu'au vu de l'action intentée, soit une action en annulation d'une décision de fusion dédommagement (fusion squeeze-out), fondée sur l'art. 106 LFus, la Chambre patrimoniale cantonale aurait dû faire une application analogique de l'art. 105 al. 3 LFus, qui concerne l'action en fixation d'une soulte adéquate, et mettre les frais de la procédure à la charge de la société intimée. La recourante expose qu'avant l'entrée en vigueur du CPC, la doctrine réglait la question de la répartition des frais en matière d'action en annulation d'une décision de fusion en appliquant par analogie les art. 706a al. 3 et 756 al. 2 aCO (Code des obligations du 30 mars 1911, RS 220), qui prévoyaient dans certains cas une libre répartition des frais, et précise que ces deux dispositions ont été abrogées, la répartition des frais en équité étant désormais ancrée à l'art. 107 CPC. La recourante considère qu'une répartition en équité des frais, qui réduit le risque lié aux coûts du procès et permet ainsi aux petits actionnaires d'exercer leurs droits, doit être approuvée s'agissant d'une contestation de fusion "classique" n'entraînant pas une exclusion des actionnaires. Dans le cas particulier d'une contestation de fusion dédommagement, qui implique une protection accrue des actionnaires, elle estime qu'une répartition en équité des frais se justifie également, mais qu'elle devrait s'effacer au profit de la répartition des frais telle que prévue par l'art. 105 al. 3 LFus.

b) La question soulevée par la recourante est celle de savoir quelles sont les règles applicables à l'avance de frais dans une action en annulation d'une décision de fusion au sens de l'art. 106 LFus dans l'hypothèse particulière d'une fusion dédommagement.

Le Code de procédure civile règle les frais (frais judiciaires et dépens) aux art. 95 ss CPC. L'art. 98 CPC traite de l'avance de frais judiciaires et les art. 106 et 107 CPC de la répartition des frais à l'issue de la procédure. Compte tenu de l'objet du recours, à savoir le principe même d'une avance de frais, seul l'art. 98 CPC entre en considération. A teneur de cette disposition, le tribunal peut exiger du demandeur une avance à concurrence de la totalité des frais judiciaires présumés. Il en résulte que seul le demandeur est astreint à payer une avance de frais. Le CPC ne permet pas d'exiger une avance de frais de la part du défendeur (Tappy, CPC commenté, Bâle 2011, n. 11 ad art. 98 CPC). S'agissant de l'art. 107 CPC, invoqué par la recourante, qui permet de déroger à la règle générale attribuant les frais à la charge de la partie qui succombe au profit d'une répartition des frais et dépens selon la libre appréciation du juge, on rappelle que son application n'intervient qu'à l'issue de la procédure au fond (Tappy, op. cit., n. 14 et 27 ad art. 107 CPC). Cette disposition ne lui est donc d'aucun secours.

Il s'ensuit que l'avance de frais exigée de la recourante par la Chambre patrimoniale cantonale est conforme aux règles générales du CPC.

c) Il reste à examiner si la loi sur la fusion autorise une dérogation à la réglementation du CPC.

A titre liminaire, on relève que la LFus ne contient pas de disposition sur l'avance de frais judiciaires. Il en résulte que l'art. 98 CPC s'applique sans réserve aux actions en matière de fusion et, par conséquent, à celle intentée par la recourante, de sorte que, sous cet angle déjà, la solution de l'autorité de première instance doit être confirmée.

S'agissant de la répartition des frais, l'art. 106 LFus ne soumet pas l'action en annulation d'une décision de fusion à une règle spéciale. En revanche, l'art. 105 LFus, applicable à l'action en fixation d'une soule adéquate, prévoit à son alinéa 3 que les frais de 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.

La recourante soutient qu'il faudrait distinguer entre, d'une part, une contestation de fusion ordinaire, n'entraînant pas la sortie des actionnaires minoritaires, à laquelle les dispositions du CPC (en particulier l'art. 107 CPC) seraient applicables et, d'autre part, une action en annulation d'une décision de fusion dédommagement, à laquelle il faudrait appliquer par analogie la règle particulière de l'art. 105 al. 3 LFus.

Ni la loi, comme on vient de le relever, ni la doctrine, ni la jurisprudence ne prévoient une telle application par analogie. Au contraire, la doctrine estime qu'il n'y a pas lieu d'appliquer l'art. 105 al. 3 LFus par analogie s'agissant de l'action fondée sur l'art. 106 LFus (Vogel/Heiz/Behnisch/Sieber, *FusG Kommentar*, 2^e éd., Zurich 2012, n. 16 ad art. 106 LFus; Amstutz/Mabillard, *Fusionsgesetz (FusG) Kommentar*, Bâle 2008, n. 8 ad art. 107 LFus; Meier-Dieterle, in Vischer, *Zürcher Kommentar zum Fusionsgesetz*, 2^e éd., Zurich 2012, n. 37 ad art. 106 LFus). La recourante admet d'ailleurs elle-même que les auteurs qui ont évoqué cette possibilité l'ont refusée. Selon ceux-ci, la question de la répartition des frais à l'issue de la procédure dans l'action fondée sur l'art. 106 LFus est, en l'absence d'une base légale contraire, régie par la disposition générale de l'art. 107 CPC.

Quant à la jurisprudence citée dans le recours (ATF 135 III 603, JT 2011 II 380; ATF 137 III 577, JT 2012 II 392), l'intimée a raison de relever qu'elle a été rendue exclusivement en matière d'action en fixation d'une soule adéquate selon l'art. 105 LFus et qu'elle ne porte pas sur les actions en annulation de décision de fusion.

Au regard de ce qui précède, rien ne justifie une répartition des frais différente selon que l'action en annulation porte sur une fusion ordinaire ou, comme en l'espèce, sur une fusion dédommagement. Cette dernière est une institution consacrée par la loi sur la fusion, à savoir l'art. 8 al. 2 LFus, pour laquelle le législateur a prévu un certain nombre de

règles spéciales, par exemple l'art. 18 al. 5 LFus, qui subordonne la validité d'une décision de fusion dédommagement à la condition qu'elle ait recueilli l'approbation de 90% au moins des associés de la société transférante qui disposent d'un droit de vote, ou l'art. 105 LFus, qui permet aux associés d'exiger du juge qu'il fixe une soulte adéquate, en mettant les frais d'une telle procédure à la charge de la société reprenante. Il y a par conséquent lieu d'admettre que c'est en connaissance de cause qu'il a été renoncé, dans le cadre d'une action en annulation de décision de fusion, à une règle spécifique de répartition en matière de fusion dédommagement.

Ainsi, en l'absence de disposition spéciale prévue par la LFus, ce sont les règles générales du CPC qui s'appliquent, l'avance de frais litigieuse ne devant être examinée qu'au regard de l'art. 98 CPC.

Partant, le moyen de la recourante doit être rejeté.

5. a) En définitive, le recours doit être rejeté et la décision attaquée confirmée.

b) Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 400 fr. (art. 69 al. 1 TFJC [tarif des frais judiciaires civils du 28 septembre 2010, RSV 270.11.5]), sont mis à la charge de la recourante qui succombe (art. 106 al. 1 CPC).

c) La recourante versera à l'intimée, qui a agi par l'intermédiaire d'un avocat, la somme de 1'200 fr. à titre de dépens de deuxième instance (art. 8 al. 1 TDC [tarif des dépens en matière civile du 23 novembre 2010]).

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

- I.** Le recours est rejeté.
- II.** La décision est confirmée.
- III.** Les frais de deuxième instance, arrêtés à 400 fr. (quatre cents francs), sont mis à la charge de la recourante.
- IV.** La recourante A. _____ Sàrl doit à l'intimée I. _____ SA la somme de 1'200 fr. (mille deux cents francs) à titre de dépens de deuxième instance.
- V.** L'arrêt motivé est exécutoire.

Le président :

La greffière :

Du 26 juin 2013

Le dispositif de l'arrêt qui précède est communiqué par écrit aux intéressés.

La greffière :

Du

L'arrêt qui précède, dont la rédaction a été approuvée à huis clos, est notifié en expédition complète, par l'envoi de photocopies, à :

- Me Jean-Marc Reymond (pour A. _____ Sàrl),
- Me Phidias Ferrari (pour I. _____ SA).

La Chambre des recours civile considère que la valeur litigieuse est de 9'500 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 :

- la Chambre patrimoniale cantonale.

La greffière :