

# FR\_GERICHTE 101 2017 366 vom 5. Februar 2018

FR Kantonsgericht, 2018-02-05, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/fr\\_gerichte\\_101\\_2017\\_366](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/fr_gerichte_101_2017_366)

FR: FR\_GERICHTE 101 2017 366 du 5 février 2018

IT: FR\_GERICHTE 101 2017 366 del 5 febbraio 2018

## Regeste

Arrêt de la Ie Cour d'appel civil du Tribunal cantonal | Gesellschaftsrecht

## Erwägungen

### E. 1.1

L'appel est recevable notamment contre les décisions finales de première instance dans les causes non patrimoniales et, dans les causes patrimoniales, si la valeur litigieuse au dernier état des conclusions est supérieure à CHF 10'000.- (art. 308 al. 1 let. a et al. 2 CPC). Un différend est de nature pécuniaire si le fondement de la prétention litigieuse repose sur un droit de nature patrimoniale et si la demande poursuit en définitive un but économique; un tel but est non seulement réalisé quand la demande tend au versement d'une somme d'argent, mais également quand la décision produit des effets économiques ou peut être chiffrée (ATF 142 III 145 consid. 6.1; arrêts TF 4A\_350/2011 du 13 octobre 2011 consid. 1.1.1 non publié in ATF 137 III 503; 4A\_507/2014 du 15 avril 2015 consid. 2.1.2). Le Tribunal fédéral a jugé que les actions en contestation des décisions prises par l'assemblée générale d'une société anonyme étaient de nature pécuniaire (ATF 135 III 578 consid. 6.3; 107 II 179 consid. 1; arrêt TF 4A\_338/2012 du 30 août 2012 consid. 1.3) et que pour déterminer la valeur litigieuse, il convenait de prendre en compte l'intérêt de la société à cette annulation, et non l'intérêt personnel du demandeur, puisque la décision la prononçant produit effet à l'égard de tous les actionnaires en vertu de l'art. 706 al. 5 CO (arrêt TF 4C.47/2006 du 30 mai 2006 consid. 1.2). A défaut des renseignements nécessaires à une évaluation concrète, il se justifie de présumer que cette valeur se trouve dans un ordre d'importance correspondant au moins au montant du capital social (arrêt TF 4A\_708/2014 du 2 juin 2015 consid. 1). L'art. 808c CO renvoyant aux règles de la société anonyme s'agissant de la contestation des décisions de l'assemblée des associés d'une société à responsabilité limitée, ces règles doivent également s'appliquer. En l'espèce, aucun élément au dossier ne permettant d'évaluer les coûts d'un contrôle restreint ou de ses éventuelles autres conséquences pécuniaires pour la société, il y a lieu de retenir que la valeur litigieuse correspond au moins au montant du capital social, soit CHF 20'000.-.

### E. 1.2

Le délai d'appel en procédure sommaire – qui s'applique à la procédure en cas clair (art. 248 let. b et 257 CPC) – est de 10 jours (art. 314 al. 1 CPC). En l'espèce, la décision attaquée a été notifiée aux appelants le 8 novembre 2017. Déposé le lundi 20 novembre 2017, l'appel a dès lors été interjeté en temps utile.

### E. 1.3

L'action formatrice prévue par l'art. 706 CO tend à l'annulation rétroactive de la décision de l'assemblée des associés et celui qui l'intente doit posséder un intérêt juridique personnel à

l'annulation de la décision litigieuse, en ce sens que la constatation ou la modification demandée doit lui être utile, en ayant des effets positifs sur sa situation juridique (ATF 133 III 453 consid. 7; 122 III 279 consid. 3a / JdT 1998 I 605; arrêt TF 4A\_630/2012 du 19 mars 2013 consid. 3.1). Le Tribunal fédéral retient cependant une définition large d'un tel intérêt et considère comme suffisante, sauf abus de droit, l'intention de préserver les intérêts de la société. Il n'en demeure pas moins nécessaire, dans ce cas également, que la situation juridique de l'actionnaire demandeur soit effectivement modifiée par un jugement qui admettrait son action (arrêt TF 4A\_630/2012 du 19 mars 2013 consid. 3.1 et les réf. citées). La procédure judiciaire n'est en effet pas à disposition pour trancher des questions juridiques abstraites sans effet sur des rapports de droit concrets. Cela vaut en principe tant pour les actions en constatation, en exécution ou formatrices. Par conséquent, lorsqu'il y a concurrence d'actions, il convient de s'en tenir au principe de subsidiarité

Tribunal cantonal TC Page 4 de 8 et ainsi d'intenter celle qui peut le plus efficacement procurer au demandeur l'avantage qu'il recherche (ATF 122 III 279 consid. 3a / JdT 1998 I 605). En l'espèce, l'annulation de la décision de l'assemblée générale des associés du 27 juin 2017 par la Cour de céans ouvrirait aux appelants la voie leur permettant d'exiger la convocation d'une assemblée des associés pour procéder à la nomination de l'organe de révision (cf. ATF 133 III 453 consid. 7.3). En effet, selon l'art. 15 al. 3 des statuts de la société, "un ou plusieurs associés représentant ensemble au moins 10 pour-cent du capital social peuvent aussi requérir la convocation d'une assemblée des associés" et les appelants possèdent, à eux trois, 47 parts sociales, soit 23,5% du total. Les appelants auraient pu obtenir un résultat similaire par la voie de l'action en carence de l'organisation de la société selon l'art. 731b CO, grâce à laquelle un associé peut requérir du juge qu'il prenne les mesures nécessaires pour remédier à la carence. Ces mesures peuvent notamment être les suivantes: fixer un délai à la société pour rétablir la situation légale sous peine de dissolution, nommer l'organe qui fait défaut ou un commissaire, ou encore prononcer la dissolution de la société et en ordonner la liquidation. Néanmoins, force est de constater que le but des appelants, qui consiste à obtenir la nomination d'un organe de révision afin qu'il entreprenne un contrôle restreint des comptes, peut être atteint par les deux voies, sans que l'on puisse d'emblée affirmer que l'une soit plus efficace que l'autre. S'agissant des conclusions subsidiaires des appelants tendant à la constatation de la nullité d'une décision de l'assemblée des associés (art. 706b CO), une telle action peut être formée en tout temps contre la société et par toute personne qui justifie d'un intérêt digne de protection (ATF 115 II 468 consid. 3b; arrêt TF 4A\_516/2016 du 28 août 2017 consid. 6). L'intérêt des appelants à la constatation de la nullité étant identique à celui de l'annulation de la décision, leur conclusion en constatation de la nullité de la décision est également recevable.

#### **E. 1.4**

Dûment motivé, doté de conclusions et interjeté par des associés de l'intimée (art. 706 al. 1 CO), l'appel est recevable. Par conséquent, la requête d'effet suspensif formulée dans l'hypothèse où la Cour de céans devait admettre que la procédure du recours est applicable est sans objet.

#### **E. 1.5**

La cognition de la Cour d'appel est pleine et entière, en fait comme en droit (art. 310 CPC) et l'instance d'appel peut confirmer la décision attaquée, statuer à nouveau ou renvoyer la cause à la première instance (art. 318 al. 1 CPC).

## **E. 1.6**

La Cour peut statuer sans débats, tous les éléments nécessaires figurant au dossier (art. 316 al. 1 CPC).

## **E. 2.1**

La procédure de protection dans les cas clairs prévue par l'art. 257 CPC permet à la partie demanderesse d'obtenir rapidement une décision ayant l'autorité de la chose jugée et la force exécutoire, lorsque la situation de fait et de droit n'est pas équivoque. Cette procédure n'est ainsi recevable que lorsque l'état de fait n'est pas litigieux ou est susceptible d'être immédiatement prouvé (art. 257 al. 1 let. a CPC) et que la situation juridique est claire (art. 257 al. 1 let. b CPC). Selon la jurisprudence, l'état de fait n'est pas litigieux lorsqu'il n'est pas contesté par le défendeur; il est susceptible d'être immédiatement prouvé lorsque les faits peuvent être établis sans retard et sans trop de frais. En règle générale, la preuve est rapportée par la production de titres, conformément à l'art. 254 al. 1 CPC. La preuve n'est pas facilitée: le demandeur doit ainsi apporter la preuve certaine ("voller Beweis") des faits justifiant sa prétention; la simple vraisemblance ("Glaubhaftmachen") ne suffit pas. Si le défendeur fait valoir des objections et exceptions motivées

Tribunal cantonal TC Page 5 de 8 et concluantes ("substanziert und schlüssig"), qui ne peuvent être écartées immédiatement et qui sont de nature à ébranler la conviction du juge, la procédure du cas clair est par conséquent irrecevable. La situation juridique est claire lorsque l'application de la norme au cas concret s'impose de façon évidente au regard du texte légal ou sur la base d'une doctrine et d'une jurisprudence éprouvées. En règle générale, la situation juridique n'est pas claire si l'application d'une norme nécessite l'exercice d'un certain pouvoir d'appréciation de la part du juge ou que celui-ci doit rendre une décision en équité, en tenant compte des circonstances concrètes du cas d'espèce (ATF 141 III 23 consid. 3.2).

## **E. 2.2**

Le Président du Tribunal a retenu qu'en l'espèce ces conditions n'étaient pas remplies au motif, d'une part, que l'intimée opposait à la réinstauration d'un contrôle restreint l'art. 10.2 des statuts de la société, selon lesquels les associés s'abstiennent de tout ce qui pourrait porter préjudice aux intérêts de la société, et qu'elle alléguait qu'au vu de sa mauvaise situation financière, le coût d'un contrôle restreint pouvait mettre en péril la pérennité de la société. D'autre part, le Président du Tribunal a estimé que la situation juridique n'était pas forcément claire, puisque les parties n'étaient pas d'accord sur la question de savoir si le contrôle restreint devait porter sur l'exercice comptable écoulé ou sur le suivant.

## **E. 2.3**

Les appelants y opposent, en substance, que le texte de l'art. 727a al. 4 CO est clair, que l'argument selon lequel la situation financière de l'intimée s'opposerait à l'instauration d'un contrôle restreint n'est pas déterminant au vu des conditions d'application de cet article, reprises à l'art. 30 al. 3 des statuts de la société, conditions que les appelants ont en l'espèce respectées, que l'ordre du jour de l'assemblée des associés du 27 juin 2017 avait été modifié en conséquence par les associés gérants et que tant les conditions de l'art. 706 CO que de l'art. 257 CPC sont remplies. Par conséquent, c'est selon eux à tort que le Président du Tribunal a considéré que leur requête était irrecevable.

## **E. 2.4.1**

Selon l'art. 727a al. 2 et 4 CO, qui s'applique par analogie aux sociétés à responsabilité limitée (art. 818 al. 1 CO), moyennant le consentement de l'ensemble des associés, la société peut renoncer ("opting-out") au contrôle restreint lorsque son effectif ne dépasse pas dix emplois à plein temps en moyenne annuelle (al. 2); lorsque les associés ont renoncé au contrôle restreint, comme c'est le cas en l'espèce, cette renonciation est également valable les années qui suivent, chaque associé ayant le droit d'exiger un contrôle restreint au plus tard dix jours avant l'assemblée des associés, cette dernière devant alors élire l'organe de révision (al. 4). La nomination et la révocation des membres de l'organe de révision et le réviseur des comptes de groupe sont, selon l'art. 804 al. 2 ch. 3 CO, des droits intransmissibles de l'assemblée des associés. Les statuts de la société reproduisent quant à eux l'art. 727a al. 4 CO en y ajoutant néanmoins certains éléments. Ainsi, l'art. 30 al. 3 des statuts de la société prévoit que "lorsque les associés ont renoncé au contrôle restreint, cette renonciation est également valable les années qui suivent. Chaque associé a toutefois le droit d'exiger un contrôle restreint et l'élection d'un organe de révision au plus tard 10 jours avant l'assemblée des associés. Dans ce cas, l'assemblée des associés ne peut prendre les décisions conformément à l'art. 14 al. 2 ch. 4 et 5 qu'une fois que le rapport de révision est disponible". L'art. 14 al. 2 ch. 4 et 5 des statuts de la société se réfère quant à lui aux attributions de l'assemblée des associés qui a, selon cet article, le droit intransmissible "d'approuver le rapport annuel (et les comptes de groupe) [ch. 4] [ainsi que] d'approuver les comptes annuels et de déterminer l'emploi du bénéfice résultant du bilan, ainsi que de fixer les dividendes [ch. 5]". La révocation de la renonciation à un contrôle intervenue à la demande d'un associé a pour finalité d'obliger l'assemblée des associés à nommer un organe de révision (CR CO-II PETER/

Tribunal cantonal TC Page 6 de 8 GENEQUAND/CAVADINI, 2e éd. 2017, art. 727a n. 20; BSK OR-II MAIZAR/WATTER, 5e éd. 2016, art. 727a n. 41; BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4e éd. 2009, p. 2181 n. 536). Il s'agit d'un droit individuel dont l'exercice ne peut être retiré ou rendu plus difficile par les statuts (BSK OR-II MAIZAR/WATTER, art. 727a n. 40 ; BÖCKLI, p. 2180 n. 536). Dès lors qu'un seul associé réclame la réinstauration du contrôle restreint, l'unanimité nécessaire pour y renoncer fait défaut, de sorte que le contrôle restreint est automatiquement réinstauré (BSK OR-II MAIZAR/WATTER, art. 727a n. 39; ROUILLER ET AL., La société anonyme suisse, 2e éd. 2017, p. 419 n. 524). En d'autres termes, l'assemblée des associés n'a pas à voter sur le principe de la réinstauration d'un contrôle restreint mais doit directement procéder à l'élection d'un organe de révision.

#### **E. 2.4.2**

Selon l'art. 706 al. 1 CO, les décisions de l'assemblée générale qui violent la loi ou les statuts sont annulables. Les principaux cas d'annulation sont énumérés à l'art. 706 al. 2 CO et il s'agit essentiellement, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, des décisions qui violent les dispositions protégeant les droits des actionnaires, le principe de la proportionnalité et, en particulier, le principe selon lequel un droit doit être exercé avec ménagement, comme par exemple l'adoption de dispositions statutaires limitant les possibilités d'influence des actionnaires minoritaires, qui ne sont pas justifiées par le but de la société ou dont le but pourrait être aussi bien atteint par des moyens moins incisifs (ATF 143 III 120 consid. 4.3 et les réf. citées; arrêt TF 4A\_516/2016 du 28 août 2017 consid. 6). Sont nulles les décisions affectées de vices graves. L'énumération des cas de décisions nulles figurant à l'art. 706b CO n'est pas exhaustive. En particulier, des vices formels graves et manifestes dans la prise des décisions peuvent entraîner la nullité de celles-ci (ATF 137

III 460 consid. 3.3.2). Toutefois, même dans ces cas, le vice de procédure formel ne peut entraîner la nullité des décisions que si un déroulement correct de la procédure aurait abouti à des décisions différentes (arrêt TF 4A\_516/2016 du 28 août 2017 consid. 6 et la réf. citée). La nullité d'une décision ne doit être admise qu'avec retenue (ATF 143 III 120 consid. 4.3; 115 II 468 consid. 3b), mais le juge doit la relever d'office (ATF 137 III 503 consid. 4.1).

### **E. 2.4.3**

En l'espèce, les appelants, tous trois associés de l'intimée et par conséquent titulaires du droit d'exiger le contrôle restreint, ont présenté leur demande dans le délai tant légal (art. 727a al. 4 CO) que statutaire (art. 30 al. 3) de 10 jours, puisque la société a reçu leur courrier le 9 juin 2017, soit 18 jours avant la tenue de l'assemblée des associés le 27 juin 2017. Il en découle que l'assemblée des associés n'avait d'autre choix que de nommer un organe de révision, toutes les conditions étant remplies et l'unanimité nécessaire pour la renonciation à un contrôle restreint n'existant plus. En particulier, l'art. 10 al. 2 des statuts de la société, invoqué par l'intimée et intitulé "Devoir de fidélité et interdiction de faire concurrence", selon lequel "[l]es associés s'abstiennent de tout ce qui porte préjudice aux intérêts de la société. Ils ne peuvent en particulier gérer des affaires qui leur procureraient un avantage particulier et qui seraient préjudiciables au but de la société", dont la pertinence paraît in casu à elle seule déjà des plus douteuses, ne permet pas de limiter le droit d'exiger le contrôle restreint qui découle de l'art. 727a al. 4 CO, ce droit ne pouvant pas être restreint par des dispositions statutaires. Il est ainsi évident que la décision refusant d'instaurer un contrôle restreint, prise lors de l'assemblée générale des associés du 27 juin 2017, n'aurait jamais dû faire l'objet d'un vote de cette assemblée. La décision qui est néanmoins intervenue a pour conséquence de supprimer un droit des associés garanti par une disposition impérative de la loi (art. 706b CO), de sorte que le premier juge pouvait et devait constater sa nullité.

### **E. 2.5**

Par ailleurs, contrairement à ce que retient la décision attaquée, le fait que le contrôle restreint doit en l'occurrence porter déjà sur les comptes de l'année écoulée lorsqu'il est exigé

Tribunal cantonal TC Page 7 de 8 dans le délai de l'art. 727a al. 4 CO est également clair. D'une part, de nombreux auteurs sont d'avis que cela découle déjà de l'art. 727a al. 4 CO lui-même, bien que son texte ne le précise pas expressément (BSK OR-II MAIZAR/WATTER, art. 727a n. 42; ROUILLER ET AL., p. 419 n. 524; CR CO-II PETER/GENEQUAND/CAVADINI, art. 727a n. 20; BÖCKLI, p. 2181 n. 536). Une autre solution, soit l'instauration d'un contrôle restreint uniquement à partir de l'exercice comptable suivant, aurait en effet pour conséquence qu'un opting-out perdrait son attractivité, puisqu'en cas de problèmes soudains et inattendus, les comptes de l'année écoulée ne pourraient plus faire l'objet d'un contrôle (BSK OR-II MAIZAR/WATTER, art. 727a n. 42). Même si, comme le prétend l'intimée et le retient la décision attaquée, il devait tout de même subsister un doute quant à l'interprétation de cette disposition légale, tant les statuts de la société que les circonstances du cas concret suffisent à écarter toute incertitude dans la présente situation. En effet, en premier lieu, l'art. 30 al. 3 des statuts de la société, en relation avec l'art. 14 al. 2 ch. 4 et 5, prévoit de manière évidente que si un associé exige un contrôle restreint, l'assemblée des associés ne peut approuver les comptes avant que le rapport de révision ne soit disponible. A cela s'ajoute en second lieu que, lors de l'assemblée

des associés du 27 juin 2017, l'ordre du jour, qui prévoyait un chiffre 2 relatif à la présentation des comptes, a été supprimé, et des points concernant l'institution d'un contrôle restreint et l'élection d'un organe de révision ont été ajoutés (ch. 3 et 4 du procès-verbal). Cela suffit à écarter tout doute quant au fait que le contrôle restreint porte bien sur les comptes de l'année écoulée.

### **E. 3**

L'appel doit ainsi être admis et la décision querellée modifiée en ce sens qu'il est constaté que la décision de l'assemblée générale des associés du 27 juin 2017 portant sur le refus d'instituer un contrôle restreint est nulle.

### **E. 4**

Les frais de la procédure d'appel doivent être mis à la charge de l'intimée, qui succombe entièrement (art. 106 al. 1 CPC).

#### **E. 4.1**

Ils comprennent notamment les frais judiciaires dus à l'Etat, fixés à CHF 500.-, qui seront prélevés sur l'avance versée par les appelants, ceux-ci pouvant obtenir le remboursement de ce montant de la part de l'intimée (art. 111 al. 1 et 2 CPC).

#### **E. 4.2**

Vu la nature, la difficulté et l'ampleur de la procédure, le travail nécessaire de l'avocat, l'intérêt et la situation économique des parties, les dépens des appelants pour l'instance d'appel sont fixés globalement à CHF 1'500.-, débours compris, mais TVA en sus par CHF 120.- (cf. art. 105 al. 2 et 96 CPC; art. 64 al. 1 let. e et 63 al. 2 RJ).

### **E. 5**

Selon l'art. 318 al. 3 CPC, le juge d'appel qui statue à nouveau doit se prononcer sur les frais de la procédure de première instance. En l'espèce, les appelants requièrent que des dépens fixés globalement à CHF 2'000.- leur soient alloués pour la procédure de première instance et que les frais judiciaires, fixés à CHF 500.-, leur soient remboursés.

#### **E. 5.1**

Compte tenu de l'issue de l'appel, il se justifie de mettre les frais judiciaires de la procédure de première instance, fixés à CHF 500.-, à la charge de l'intimée (art. 106 al. 1 CPC), les appelants pouvant obtenir le remboursement de cette somme de la part de l'intimée (art. 111 al. 1 et 2 CPC).

#### **E. 5.2**

Vu la nature, la difficulté et l'ampleur de la procédure, le travail nécessaire de l'avocat, l'intérêt et la situation économique des parties, les dépens des appelants pour la première instance sont fixés globalement à CHF 1'700.-, débours compris, mais TVA en sus par CHF 136.-.

Tribunal cantonal TC Page 8 de 8 la Cour arrête: I. La requête d'effet suspensif est sans objet. II. L'appel est admis. Partant, la décision du Président du Tribunal civil de l'arrondissement de la Veveyse du

### **E. 10**

octobre 2017 est modifiée pour prendre la teneur suivante: I. Il est constaté que la décision de l'assemblée générale des associés du 27 juin 2017 portant sur le refus d'instituer un contrôle restreint est nulle. II. Les frais sont mis à la charge de D. \_\_\_\_\_ Sàrl. III. Les dépens de A. \_\_\_\_\_, B. \_\_\_\_\_ et C. \_\_\_\_\_ sont fixés globalement à CHF 1'836.-, TVA par CHF 136.- comprise. IV. Les frais judiciaires sont fixés à CHF 500.-. Ils sont prélevés sur l'avance effectuée par A. \_\_\_\_\_, B. \_\_\_\_\_ et C. \_\_\_\_\_, lesquels ont droit au remboursement de ce montant par D. \_\_\_\_\_ Sàrl. III. Les frais de la procédure d'appel sont mis à la charge de D. \_\_\_\_\_ Sàrl. Les frais judiciaires sont fixés à CHF 500.-. Ils sont prélevés sur l'avance effectuée par A. \_\_\_\_\_, B. \_\_\_\_\_ et C. \_\_\_\_\_, lesquels ont droit au remboursement de ce montant par D. \_\_\_\_\_ Sàrl. Les dépens de A. \_\_\_\_\_, B. \_\_\_\_\_ et C. \_\_\_\_\_ sont fixés à CHF 1'620.-, TVA par CHF 120.- comprise. IV. Notification. Le Tribunal fédéral connaît, comme juridiction ordinaire de recours, des recours en matière civile; la qualité et les autres conditions pour interjeter recours sont déterminées par les art. 72 à 77 et 90 ss de la loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF). Il connaît également des recours constitutionnels subsidiaires; la qualité et les autres conditions pour interjeter recours sont déterminées par les art. 113 à 119 et 90 ss LTF. Dans les deux cas, le recours motivé doit être déposé devant le Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14, dans les trente jours qui suivent sa notification. Si une partie forme un recours ordinaire et un recours constitutionnel, elle doit déposer les deux recours dans un seul mémoire. Fribourg, le 5 février 2018/ghe/fwa Le Président La Greffière

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.