

# VD\_FINDINFO HC / 2023 / 398 vom 28. Juni 2023

VD Tribunal cantonal, 2023-06-28, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd\\_findinfo\\_HC\\_\\_\\_2023\\_\\_\\_398](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_findinfo_HC___2023___398)

FR: VD\_FINDINFO HC / 2023 / 398 du 28 juin 2023

IT: VD\_FINDINFO HC / 2023 / 398 del 28 giugno 2023

## Regeste

ORGANISATION{EN GÉNÉRAL}, ORGANE DE RÉVISION, REGISTRE DU COMMERCE, DISSOLUTION DE LA SOCIÉTÉ, ADMISSION PARTIELLE, SOCIÉTÉ ANONYME | 731b al. 1 CO, 731b CO, 939 CO

## Erwägungen

### E. 1

let. a CPC [Code de procédure civile du 19 décembre 2010 ; RS 272]), dans les causes non patrimoniales ou dans les affaires patrimoniales dont la valeur litigieuse, au dernier état des conclusions devant l'autorité précédente, est de 10'000 fr. au moins (art. 308 al. 2 CPC). Si la décision a été rendue en procédure sommaire – ce qui est le cas, dans les affaires de droit des sociétés, du prononcé de la dissolution de la société et de sa liquidation selon les dispositions applicables à la faillite (art. 731b CO [Loi fédérale complétant le Code civil suisse (Livre cinquième : Droit des obligations) du 30 mars 1911 ; RS 220] ; art. 250 let. c ch. 15 CPC) –, le délai pour l'introduction de l'appel est de dix jours à compter de la notification de la décision motivée (art. 314 al. 1 CPC). L'appel, écrit et motivé, doit être introduit auprès de l'instance d'appel, soit en l'occurrence la Cour d'appel civile (art. 84 al. 1 LOJV [Loi d'organisation judiciaire du 12 septembre 1979 ; RS 173.01]).

#### E. 1.1

L'appel est recevable contre les décisions finales de première instance (art. 308 al.

#### E. 1.2

En l'espèce, le premier juge a prononcé la dissolution de l'appelante et sa liquidation selon les dispositions applicables à la faillite. Dans la mesure où le capital nominal de la société est de 50'000 fr., la valeur litigieuse excède le minimum légal de 10'000 fr., de sorte que la voie de l'appel est ouverte (ATF 138 III 166 consid. 1 ; TF 4A\_387/2020 du 17 septembre 2020 consid. 1.2.1 ; CACI 19 janvier 2023/25 consid. 1.2 ; CACI 28 mai 2021/247 consid. 1.2). Partant, formé en temps utile par une partie qui a un intérêt digne de protection (art. 59 al. 2 let. a CPC), l'appel est recevable.

#### E. 2.1

L'appel peut être formé pour violation du droit ainsi que pour constatation inexacte des faits (art. 310 CPC). L'autorité d'appel peut revoir l'ensemble du droit applicable, y compris les questions d'opportunité ou d'appréciation laissées par la loi à la décision du juge, et doit le cas échéant appliquer le droit d'office conformément au principe général de l'art. 57 CPC. Elle peut revoir librement l'appréciation des faits sur la base des preuves administrées en première instance (ATF 138 III 374 consid. 4.3.1 ; TF 5A\_340/2021 du 16 novembre 2021 consid. 5.3.1 ; TF 4A\_215/2017 du 15 janvier 2019 consid. 3.4). Sous réserve des vices

manifestes, l'application du droit d'office ne signifie pas que l'autorité d'appel doit étendre son examen à des moyens qui n'ont pas été soulevés dans l'acte d'appel. Elle doit se limiter aux griefs motivés contenus dans cet acte et dirigés contre la décision de première instance ; l'acte d'appel fixe en principe le cadre des griefs auxquels l'autorité d'appel doit répondre eu égard au principe d'application du droit d'office (ATF 147 III 176 consid. 4.2.1 et 4.2.2 ; TF 5A\_873/2021 du 4 mars 2022 consid. 4.2 applicable en appel).

### **E. 2.2.1**

Aux termes de l'art. 317 al. 1 CPC, les faits et moyens de preuve nouveaux ne sont pris en compte que s'ils sont invoqués ou produits sans retard (art. 317 al. 1 let. a CPC) et ne pouvaient pas être invoqués ou produits en première instance bien que la partie qui s'en prévaut ait fait preuve de la diligence requise (art. 317 al. 1 let. b CPC), ces deux conditions étant cumulatives (TF 5A\_451/2020 du 31 mars 2021 consid. 3.1.1 et réf. cit.).

### **E. 2.2.2**

En l'espèce, outre une pièce de forme, l'appelante a produit en appel trois nouvelles pièces qui sont postérieures au jugement entrepris et qui ont été invoquées sans retard, de sorte qu'elles sont recevables. Il en a été tenu compte dans la mesure de leur utilité.

### **E. 3.1**

L'appelante se plaint d'une violation du principe de proportionnalité dans l'application de l'art. 731b CO. Elle soutient qu'une solution aussi radicale que la dissolution de la société ne se justifiait pas et que le premier juge aurait dû, dans un premier temps, lui fixer un délai pour régulariser la situation et, en cas de défaut d'exécution, nommer provisoirement un organe de révision.

### **E. 3.2**

Les sociétés anonymes sont tenues de soumettre leurs comptes annuels au contrôle ordinaire (art. 727 CO) ou, le cas échéant, restreint (art. 727a CO), d'un organe de révision. A teneur de l'art. 727a al. 2 CO, moyennant le consentement de tous les actionnaires, la société peut renoncer au contrôle restreint lorsque son effectif ne dépasse pas dix emplois à plein temps en moyenne annuelle (« opting-out »). L'absence d'organe de révision constitue une carence dans l'organisation de la société au sens de l'art. 731b al. 1 ch. 1 CO (ATF 138 III 294 consid. 3.1.1 et 3.2). Aux termes de l'art. 939 CO, dans sa teneur modifiée en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2021, lorsque l'office du registre du commerce constate qu'une société commerciale inscrite au registre du commerce présente des carences dans l'organisation impérativement prescrite par la loi, il somme cette société d'y remédier et lui impartit un délai (al. 1) ; si elle ne remédie pas aux carences dans le délai impartit, l'office du registre du commerce transmet l'affaire au tribunal ; celui-ci prend les mesures nécessaires (al. 2). Selon le Message (Message du Conseil fédéral concernant la modification du code des obligations – Droit du registre du commerce – du 15 avril 2015 ; FF 2015 3255, p. 3286), l'office du registre du commerce a uniquement l'obligation de signaler les carences au tribunal ou à l'autorité de surveillance, afin que ces derniers puissent prendre les mesures qui s'imposent à l'égard de l'entité juridique. L'office du registre du commerce n'a pas la qualité de partie dans la procédure. L'art. 731b al. 1 bis CO contient un catalogue non exhaustif des mesures envisageables en cas de carence dans l'organisation de la société : le juge peut notamment fixer un délai pour rétablir la situation légale, sous peine de dissolution (ch. 1), nommer l'organe qui fait défaut ou un commissaire (ch. 2), ou encore prononcer la dissolution de la société et ordonner sa liquidation selon les

dispositions applicables à la faillite (ch. 3). Le juge dispose ainsi d'une liberté d'action suffisante, qui lui permet de prendre la mesure adéquate en fonction des circonstances concrètes. Le tribunal n'est pas lié par les conclusions des parties, la maxime d'office (art. 58 al. 2 CPC) étant applicable. La liberté du juge n'est toutefois pas illimitée, en ce sens qu'il doit respecter le principe de proportionnalité. La dissolution prévue au chiffre 3 de l'art. 731b al. 1bis CO constitue l'ultima ratio ; elle ne peut être prononcée que si les mesures moins sévères énoncées aux deux chiffres précédents – octroi d'un délai ou nomination de l'organe par le juge – s'avèrent inadéquates ou impropres à atteindre le but visé. Tel est par exemple le cas lorsque les décisions ne peuvent être notifiées ou lorsqu'une société ne prend purement et simplement pas position (ATF 147 III 537 consid. 3.1.1 ; ATF 142 III 629 consid. 2.3.1 ; ATF 138 III 407 consid. 2.4 ; ATF 138 III 294 consid. 3.1.4 ; TF 4A\_222/2022 du 19 août 2022). L'octroi d'un délai apparaît par ailleurs superflu lorsque l'office du registre du commerce a déjà imparti un délai à la société pour pallier la carence constatée (Henri Peter/Francesca Cavadini, in : Commentaire romand, Code des obligations II, 2<sup>ème</sup> éd., Bâle 2017, n. 11a ad art. 731b CO). Par conséquent, si l'organe de révision fait défaut et que la société ne rétablit pas la situation dans le délai fixé, le juge doit en principe opter pour la mesure plus clémente consistant à désigner l'organe manquant, plutôt qu'ordonner la dissolution (TF 4A\_354/2013 du 16 décembre 2013 consid. 2.1.4 ; TF 4A\_4/2013 du 13 mai 2013 consid. 3.2). Dans un tel cas, le tribunal détermine la durée pour laquelle la nomination est valable et astreint la société à supporter les frais ainsi qu'à verser une provision aux personnes nommées (art. 731b al. 2 CO).

### **E. 3.3**

En l'espèce, l'existence d'une carence dans l'organisation de l'appelante n'est pas contestée. En effet, son organe de révision a été radié au 1<sup>er</sup> octobre 2021, sans que l'appelante ne désigne un successeur, ou ne renonce au contrôle restreint. Il s'agit ainsi uniquement d'examiner si le premier juge a respecté le principe de proportionnalité en prononçant la dissolution de l'appelante, soit la mesure la plus incisive prévue par l'art. 731b CO. A cet égard, le président a considéré qu'au vu des circonstances, les autres mesures envisageables apparaissaient vaines. L'appelante n'avait pas remédié à la carence dans les délais fixés par l'office, ni durant la procédure devant l'autorité de première instance. Elle avait sollicité de nombreuses prolongations de délais, en se prévalant de démarches pour entreprendre une déclaration d'« opting-out », démarches dont l'effectivité apparaissait douteuse. Compte tenu du fait que l'administrateur unique de l'appelante se trouvait en détention depuis le mois de septembre 2021, la société semblait en outre sans activité depuis de nombreux mois. L'appréciation du président peut être confirmée concernant l'insuffisance de la première mesure proposée, soit la fixation d'un délai pour remédier à la carence. L'appelante ne peut en effet être suivie lorsqu'elle soutient qu'un nouveau délai devrait lui être imparti pour renoncer au contrôle restreint. Force est en effet de constater que l'appelante a été informée de la carence dès le 30 septembre 2021. Le 6 décembre 2021, elle a été sommée de remédier à cette irrégularité, soit de désigner un nouvel organe de révision ou de renoncer au contrôle restreint. L'appelante a invoqué dès le 31 mars 2022 qu'elle examinait la question d'un « opting-out », sans toutefois faire quoi que ce soit jusqu'à la décision entreprise, pas plus que jusqu'à ce jour. Le fait que son administrateur soit en détention préventive ne saurait suffire à justifier l'inaction de la société sur ce point, depuis bientôt deux ans. Dans ces circonstances, la fixation d'un nouveau délai apparaît superflue. En revanche, on ne saurait suivre le premier juge lorsqu'il soutient qu'il serait inutile de nommer l'organe faisant défaut. En effet, il ressort des

éléments au dossier que l'appelante reçoit les décisions qui lui sont notifiées et procède par l'intermédiaire de son avocate. Le fait que l'administrateur unique de l'appelante soit détenu ne fait dès lors pas obstacle à cette mesure. La dissolution de la société étant une ultima ratio, le président, lorsqu'il a constaté que l'appelante ne rectifiait pas le vice malgré la sommation de l'office, aurait par conséquent dû nommer lui-même l'organe de révision manquant. Au vu de ce qui précède, la décision entreprise doit être annulée et la cause renvoyée au premier juge pour nouvelle décision (art. 318 al. 1 let. c CPC). Il lui appartiendra de procéder aux démarches nécessaires à la désignation de l'organe de révision, à la fixation de la durée du mandat et à la détermination de la provision à verser, conformément à l'art. 731b al. 2 CO.

#### **E. 4.1**

En définitive, l'appel est partiellement admis, le jugement annulé et le dossier de la cause retourné au président pour procéder dans le sens des considérants. Ce qui précède n'impose pas une répartition différente des frais de première instance.

#### **E. 4.2**

L'appelante n'obtenant que partiellement gain de cause (cf. supra consid. 3.3), les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 1'500 fr. (art. 62 al. 1 TFJC [Tarif des frais judiciaires civils du 28 septembre 2010 ; BLV 270.11.5]), seront mis à sa charge à hauteur de trois quarts, soit 1'125 fr., le solde, par 375 fr., étant laissé à la charge de l'Etat (art. 106 al. 2 CPC), l'office n'étant pas partie à la procédure (Message, FF 2015 3255, p. 3286). Le solde de l'avance de frais effectuée par l'appelante sera restitué à celle-ci. Il n'y a pas lieu à l'allocation de dépens de deuxième instance, l'appelante étant l'unique partie à la procédure et l'Etat ne pouvant être astreint en procédure civile au versement de dépens (ATF 139 III 471 consid. 3.3 ; Message, FF 2015 3255, p. 3286).

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