

COUR D'APPEL CIVILE

Arrêt du 28 juin 2023

Composition : Mme CRITTIN DAYEN, présidente
M. Perrot et Mme Cherpillod, juges
Greffière : Mme Barghouth

* * * * *

Art. 731b et 939 CO

Statuant sur l'appel interjeté par **Z.**_____, à [...], contre le jugement rendu le 23 septembre 2022 par le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de la Broye et du Nord vaudois dans la cause concernant l'appelante, la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal considère :

En fait :

A. Par jugement du 23 septembre 2022, dont les considérants écrits ont été adressés aux parties le 7 novembre 2022, le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de la Broye et du Nord vaudois (ci-après : le premier juge ou le président) a admis la requête formée le 18 février 2022 par l'Office du registre du commerce du canton de Vaud (ci-après : l'office) à l'encontre de Z._____, (I), a constaté les carences de Z._____, qui n'avait plus d'organe de révision (II), a prononcé la dissolution de cette société avec effet au 23 septembre 2022 à 9 heures (III), a ordonné sa liquidation par l'Office des faillites de l'arrondissement de la Broye et du Nord vaudois selon les dispositions légales applicables à la faillite (IV), a arrêté les frais judiciaires à 300 fr. à la charge de Z._____ (V) et a déclaré la décision immédiatement exécutoire (VI).

En droit, le premier juge a constaté que Z._____ n'avait plus d'organe de révision, ce qui était constitutif d'une carence dans son organisation. Il a relevé que malgré l'invitation, puis la sommation, de l'office, la société n'avait pas régularisé sa situation. Z._____ n'avait pas non plus remédié à la carence dans le cadre de la procédure ouverte après transmission du dossier au président, nonobstant cinq prolongations du délai pour se déterminer sur la requête de l'office. Le premier juge a considéré qu'au vu des circonstances, il apparaissait vain de fixer un nouveau délai à la société ou de procéder à la nomination d'un nouvel organe de révision. Selon le président, la seule mesure envisageable était ainsi la dissolution de Z._____.

B. Par acte du 18 novembre 2022, Z._____ (ci-après : l'appelante) a interjeté appel contre ce jugement en concluant, avec suite de frais et dépens, à sa réforme en ce sens qu'un délai lui soit imparti pour désigner un organe de révision (modification du chiffre III du dispositif), qu'à défaut d'exécution un organe ou un commissaire soit désigné pour un

délai de trois mois (modification du chiffre IV du dispositif), et que les chiffres V et VI du dispositif soient supprimés. Subsidiairement, elle a conclu à l'annulation du jugement et au renvoi de la cause à l'autorité précédente pour nouvelle décision.

Par courrier du 21 février 2023, l'appelante et l'office ont été informés que la cause était gardée à juger.

C. La Cour d'appel civile retient les faits pertinents suivants, sur la base du jugement complété par les pièces du dossier :

1. L'appelante est une société anonyme inscrite au registre du commerce depuis le [...] 1975. Elle a son siège à [...]. Son but est la réalisation de travaux de construction et de rénovation et toutes les activités liées à cette profession.

A.F. _____ est inscrit en qualité d'administrateur unique de cette société depuis le [...] 2021. Il est détenu provisoirement à la prison du Bois-Mermet, à Lausanne, depuis le mois de septembre 2021.

2. a) Par courrier du 30 septembre 2021, l'office a informé l'appelante du fait que son organe de révision avait requis sa radiation, demande à laquelle il avait été donné suite. L'office a ainsi constaté que l'appelante n'avait plus d'organe de révision et a imparti à cette dernière un délai de trente jours pour régulariser la situation et requérir les inscriptions nécessaires.

b) L'inscription de l'organe de révision de l'appelante au registre du commerce a été radiée avec effet au 1^{er} octobre 2021.

c) Par courrier du 6 décembre 2021, l'office a sommé l'appelante de remédier aux carences dans son organisation en lui faisant parvenir les réquisitions idoines ou de prouver qu'il n'existait aucune

carence, ce dans un délai de trente jours dès réception dudit courrier, et l'a informée qu'à défaut, l'affaire serait transmise au tribunal compétent.

3. a) Le 18 février 2022, l'appelante n'ayant pas rétabli la situation légale dans le délai imparti, l'office a informé le premier juge des carences dans l'organisation de l'appelante et lui a transmis les pièces du dossier pour suites utiles.

b) Invitée à se déterminer sur la « *requête* » déposée le 18 février 2022 par l'office, l'appelante n'a pas procédé dans le délai imparti. Celui-ci a été prolongé à cinq reprises, la dernière fois jusqu'au 1^{er} septembre 2022, le président ayant refusé une sixième prolongation par décision du 6 septembre 2022.

c) Par courrier du 13 septembre 2022, l'office a indiqué au président n'avoir reçu aucun document permettant de rétablir la situation légale de l'appelante.

En droit :

1.

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

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.

2.

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 doive 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).

2.2

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.).

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.

3.

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.

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^{er} 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 imparti, 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^{ème} 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).

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^{er} 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.

4.

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.

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).

Par ces motifs,
la Cour d'appel civile
prononce :

- I.** L'appel est partiellement admis.
- II.** Le jugement est annulé.
- III.** La cause est renvoyée au Président du Tribunal civil de l'arrondissement de la Broye et du Nord vaudois pour qu'il procède dans le sens des considérants.
- IV.** Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 1'500 fr. (mille cinq cents francs), sont mis à la charge de l'appelante Z._____ à hauteur de 1'125 fr. (mille cent vingt-cinq francs) et laissés à la charge de l'Etat pour le surplus.
- V.** L'arrêt, rendu sans dépens, est exécutoire.

La présidente :

La greffière :

Du

Le présent arrêt, dont la rédaction a été approuvée à huis clos, est notifié à :

- Me Manuela Ryter Godel (pour Z. _____) ;
- M. le Préposé du Registre du commerce du canton de Vaud,

et communiqué, par l'envoi de photocopies, à :

- M. le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de la Broye et du Nord vaudois.

La Cour d'appel civile considère que la valeur litigieuse est supérieure à 30'000 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), le 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).

La greffière :