

A2 125/01

## II<sup>e</sup> COUR D'APPEL

22 mai 2002

---

La Cour, vu le recours interjeté le 13 décembre 2001 par

**X SA**, recourante,

contre le jugement de faillite rendu le 3 décembre 2001 par le Président du Tribunal civil  
\_\_\_\_\_;

[société anonyme; organe de révision]

---

vu le dossier de la cause d'où il ressort ce qui suit :

**A.-** Par lettre du 16 mai 2001, le préposé-substitut du registre du commerce du district \_\_\_\_ a invité la société X SA à procéder, par décision de l'assemblée générale, à la nomination d'un organe de révision et d'en requérir l'inscription jusqu'au 30 juin 2001. La société X SA n'ayant donné aucune suite à cette lettre, le préposé du registre du commerce a transmis la cause au Président du Tribunal civil \_\_\_\_ pour qu'il désigne un organe de révision à cette société.

Le 24 août 2001, le Président du Tribunal civil \_\_\_\_ a imparti à X SA un délai de 30 jours pour régulariser elle-même sa situation en élisant un organe de révision et le faisant inscrire au registre du commerce, ou alors pour lui faire connaître ses objections ou remarques sur cette requête et lui faire parvenir copie des comptes annuels du dernier exercice, du dernier rapport de révision établi et du procès-verbal de la dernière assemblée générale.

Sans réponse de X SA, le Président du tribunal lui a imparti, le 2 novembre 2001, un délai péremptoire au 27 novembre 2001 pour verser non seulement l'avance des frais judiciaires, mais également l'avance des frais de révision par Fr. 5'000. Il a fait remarquer que la société ne pouvait être dispensée de ce versement que si elle faisait régulièrement inscrire au registre du commerce, avant la date susmentionnée, un réviseur lui ayant donné son accord. Le Président du tribunal a en outre attiré l'attention de la société sur le fait que, selon la jurisprudence, si l'avance n'était pas faite à temps, respectivement si l'inscription du réviseur au registre du commerce n'était pas faite, la société devrait être mise en faillite.

**B.-** Le 3 décembre 2001, le Président du Tribunal civil \_\_\_\_ a prononcé la faillite de la société X SA et a chargé l'Office cantonal des faillites de procéder à la liquidation de ses biens.

**C.-** Le 13 décembre 2001, la société X SA a interjeté un recours en appel contre le jugement de faillite. Elle demande implicitement l'annulation du jugement attaqué. L'administrateur de X SA a indiqué qu'il pensait avoir effectué toutes les démarches nécessaires en vue de l'inscription de l'organe de révision au registre du commerce.

Le 14 décembre 2001, Y, en sa qualité d'organe de révision de X SA, a également adressé un mémoire à la Cour de céans par lequel elle demande l'annulation du jugement du 3 décembre 2001.

Par lettre du 23 avril 2002, le préposé-substitut du Registre du commerce \_\_\_\_ a fait savoir qu'aucun document original n'était parvenu au registre du commerce de la part de X SA pour requérir l'inscription d'un organe de révision.

**considérant :**

**1.-** Aux termes de l'art. 291 al. 1 CPC, seules les parties peuvent appeler du jugement. En l'occurrence, Y n'avait manifestement pas qualité de partie devant le Président du tribunal de sorte que son mémoire du 14 décembre 2001 ne saurait être pris en considération.

**2.-** Le jugement attaqué ayant été notifié à la société X SA le 5 décembre 2001, son recours interjeté le 13 décembre 2001 l'a été dans le délai légal de dix jours (art. 174 al. 1 LP).

**3.-** Pour prononcer la faillite de la société X SA, le Président du tribunal s'est basé sur l'art. 641 ch. 10 CO qui exige que soit inscrit au registre du commerce le nom ou la raison sociale des réviseurs des sociétés anonymes, avec les indications prescrites, tout en constatant que X SA n'avait donné aucune suite à son courrier du 2 novembre 2001 (RSDA 2000, p. 287 et les références citées).

Contrairement à l'ancien droit, le nouveau droit de la société anonyme prévoit impérativement que la société anonyme doit disposer d'un organe de révision; une société anonyme ne peut être fondée ou maintenue sans avoir d'organe de révision; l'organe de révision doit être inscrit au registre du commerce (art. 626 ch. 6, 629 al. 1, 641 ch. 10 CO; P. BÖCKLI, *Schweizer Aktienrecht*, 2<sup>ème</sup> éd., Zurich 1996, n. 1840; V. KUNZ, *Der Minderheitenschutz im schweizerischen Aktienrecht*, Berne 2001, n. 46 ad § 1). L'inscription, de nature déclarative, permet à tout intéressé de s'assurer qu'un organe de révision a bien été nommé et est toujours en fonction. La transparence qui en résulte sert l'intérêt public (P. MONTAVON, *Droit suisse de la SA*, T. III, Lausanne 1997, p. 165). La réquisition d'inscription de l'organe de révision émane en principe du conseil d'administration (art. 640 al. 2 CO). Elle doit être signée par le président du conseil d'administration ou son remplaçant ainsi que par le secrétaire ou un second membre du conseil d'administration (art. 22 al. 2 ORC). Des pièces justificatives sont exigées pour l'inscription. Selon l'art. 640 al. 3 ch. 3 CO, un document constatant la nomination de l'organe de révision doit être joint à la réquisition d'inscription. Le procès-verbal de l'assemblée générale doit être produit en original, sous forme de copie légalisée ou d'extrait légalisé (art. 28 al. 2 et 3 ORC) comme preuve de l'élection. La lettre d'acceptation est une pièce justificative nécessaire (art. 78 al. 1 let. c ORC; cf. MONTAVON, op. cit. p. 166).

Selon l'art. 727f al. 1 CO, lorsque le préposé au registre du commerce apprend que la société n'a pas d'organe de révision, il lui fixe un délai pour régulariser la situation. Si la société n'obtempère pas dans le délai imparti, l'art. 727f al. 2 CO dispose que le juge désigne, à la requête du préposé au registre du commerce et après une procédure de sommation, un organe de révision pour l'exercice annuel. Dans la pratique, l'on admet que le juge peut alors demander à la société concernée d'effectuer une avance des frais de révision (RVJ 1999 p. 311 [312]; RSJ 1997 p. 161).

La loi ne prévoit aucune sanction au refus de la société de fournir cette avance. Certes, l'art. 625 al. 2 CO prévoit que la société qui ne possède pas les organes prescrits peut être dissoute; le juge ne peut toutefois recourir à cette mesure que sur requête d'un actionnaire ou d'un créancier, mais pas du préposé au registre du commerce (FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, n. 120 ad § 55; A. SIEGWART, Zürcher Kommentar, n. 33 ss ad art. 625), de sorte qu'une application directe de cette disposition n'entre pas en ligne de compte. Il faut donc admettre l'existence d'une lacune de la loi dans le cas où l'avance n'est pas faite et où aucun actionnaire ou créancier ne se manifeste (RSJ 1997 p. 161; RVJ 1999 p. 312; ZR 1995 p. 133, 1996 p. 123).

**4.-** A défaut d'une disposition légale applicable, le juge prononce selon le droit coutumier et, à défaut d'une coutume, selon les règles qu'il établirait s'il avait à faire acte de législateur (art. 1<sup>er</sup> al. 2 CC). A cet effet, il doit d'abord chercher à formuler une règle de droit, c'est-à-dire une norme de décision abstraite, susceptible de s'appliquer à une généralité de cas. Pour cela, il doit se laisser guider par des critères objectifs et ne pas statuer en s'inspirant simplement de l'équité. Le sens de l'art. 1 al. 2 CC est évidemment que la règle que le juge établit s'intègre dans l'édifice juridique existant. Le juge ne jouit pas de la même liberté que le législateur (H. DESCHENAUX, Le titre préliminaire du code civil, Traité de droit civil suisse, tome II I, Fribourg 1969, p. 101 et 104; cf. à ce sujet notamment aussi ATF 125 III 425).

a) Pour combler la lacune de la loi, une partie de la jurisprudence récente se détermine en faveur d'une solution consistant à procéder par l'ouverture de la faillite. Selon cette jurisprudence le non-paiement de la provision demandée crée la présomption de surendettement ou au moins d'absence de capacité financière suffisante. Ce motif de faillite n'est pas en contradiction avec l'esprit de la loi sur la poursuite pour dettes et faillite. En effet, la liquidation par faillite de la succession répudiée par les héritiers, régie par l'art. 193 al. 1 ch. 1 LP en relation avec le ch. 2, se fonde également sur la présomption de surendettement. De même, toujours selon cette jurisprudence, reconnaître l'absence de capacité financière comme motif de faillite se justifie car il n'y a aucun intérêt à maintenir des sociétés sans organe de révision qui n'ont ni moyens financiers ni obligation en cours. Par ailleurs, les défenseurs de cette solution estiment que celle-ci est la seule à pouvoir garantir les intérêts des créanciers (BJM 1999 p. 259 ss ;RSDA 2000 p. 287; ZR 1995 p. 132 ss).

Cette solution doit être rejetée pour les motifs évoqués par le Tribunal cantonal valaisan dans son arrêt du 5 novembre 1998 (RVJ 1999 p. 312, c. 2b al. 3). En effet, l'art. 192 LP énumère exhaustivement les cas de faillite sans poursuite préalable des sociétés de capitaux et des sociétés coopératives. A cet égard, la faillite d'une société anonyme peut d'abord être prononcée dans l'hypothèse prévue à l'art. 725a CO. La condition formelle à l'ouverture de la faillite, selon les art. 725 ss CO, est un avis de surendettement au juge compétent du siège de la société (P. MONTAVON, Droit suisse de la SA, T. II, éd. 1997, p. 462; H. WÜSTINER, Commentaire bâlois, n. 2 ad art. 725a CO). Indépendamment de l'art. 192 LP, la faillite sans poursuite préalable d'une société anonyme peut également

être requise conformément à l'art. 190 al. 1 ch. 2 LP, la "suspension des paiements" étant souvent une manifestation extérieure de l'insolvabilité proprement dite (P.-R. GILLIERON, Poursuite pour dette, faillite et concordat, 3<sup>e</sup> éd., Lausanne 1993, p. 270). La non-désignation de l'organe de révision ainsi que le non-paiement de l'avance demandée ne créent qu'une présomption de surendettement (BJM 1999 p. 259 [263]) et non pas une preuve basée sur des faits concrets conformément aux art. 725a, 729b al. 2 et 743 al. 2 CO. Par conséquent, s'il n'y a jamais eu avis de surendettement de la part du conseil d'administration de la société ou d'un créancier, ni suspension des paiements, le juge ne peut pas prononcer la faillite de la société.

b) Aux termes de l'art. 2 des dispositions finales de la loi fédérale du 4 octobre 1991 sur la révision du droit des sociétés anonymes, les sociétés anonymes inscrites au registre du commerce lors de l'entrée en vigueur de la loi, et qui ne seraient pas conformes aux règles de celle-ci, sont tenues d'adapter leurs statuts aux exigences de la législation nouvelle dans un délai de cinq ans (al. 1); les sociétés qui, malgré une sommation, n'adaptent pas leurs statuts, dans les cinq ans, aux dispositions sur le capital minimum, le montant minimum de libération ou les bons de participation et de jouissance sont dissoutes par le juge à la requête du préposé au registre du commerce (al. 2).

Lorsque le nombre des actionnaires tombe au-dessous de trois ou que la société ne possède pas les organes prescrits, le juge peut, à la requête d'un actionnaire ou d'un créancier, prononcer la dissolution de la société (art. 625 al. 2 CO).

Selon les dispositions légales applicables, le juge doit prononcer la dissolution d'une société qui ne respecte pas ses obligations. La lacune constatée de la loi doit être comblée en s'inspirant de cette règle. Du rapprochement de ces deux dispositions, il résulte que le juge doit pouvoir prononcer la dissolution d'une société qui ne possède pas ou plus d'organe de révision aussi sur requête du préposé au registre du commerce en sa qualité de représentant des créanciers et des tiers. Cette solution correspond par ailleurs à celle adoptée dans d'autres cantons (cf. RSJ 1997, p. 161 s.; RVJ 1999 p. 311 ss; ZR 1996 p. 122 ss).

c) En l'espèce, le recours doit être admis et la faillite prononcée est annulée. La cause est renvoyée au Président du tribunal civil \_\_\_\_\_. Constatant qu'il n'a pas été en mesure de désigner un organe de révision à la société X SA, qui n'a pas requis elle-même l'inscription d'un réviseur au registre du commerce et qui n'a pas non plus effectué l'avance des frais de révision, le président invitera le préposé au registre du commerce à compléter ses conclusions et à requérir, cas échéant, la dissolution de la société.

**5.-** Les frais de la procédure sont mis à la charge de l'Etat (art. 52 let. b et 61 OELP).

**arrête :**

1. Le recours est admis. Partant, le jugement de faillite rendu le 3 décembre 2001 par le Président du tribunal civil \_\_\_\_ est annulé.
2. La cause est renvoyée au Président du tribunal civil \_\_\_\_ dans le sens des considérants.
3. Les frais de la procédure, fixés à 500 francs (émolument global), sont mis à la charge de l'Etat.

Fribourg, le 22 mai 2002