

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

C/26712/2017

ACJC/1714/2018

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre civile

DU MERCREDI 5 DECEMBRE 2018

Entre

A _____ SA, sise _____, appelante d'un jugement rendu par la 22ème Chambre du Tribunal de première instance de ce canton le 19 juillet 2018, comparant par Me Cyril Aellen, avocat, rue du Rhône 61, case postale 3558, 1211 Genève 3, en l'étude duquel elle fait élection de domicile,

et

OFFICE DU REGISTRE DU COMMERCE, Mme B _____, _____, rue du Puits-Saint-Pierre 4, 1204 Genève, intimé, comparant en personne,

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du 20.12.2018.

EN FAIT

A. Par jugement JTPI/11373/18 du 19 juillet 2018, le Tribunal de première instance, statuant par voie de procédure sommaire, a donné acte à C_____ SA du retrait de son opposition à la radiation du Registre du commerce de Genève de A_____ SA formée le 6 novembre 2017 (ch. 1 du dispositif), ordonné la radiation de A_____ SA du Registre du commerce de Genève (ch. 2), arrêté les frais à 150 fr. et les a mis à la charge de A_____ SA (ch. 3), condamné cette société à payer à l'Etat de Genève, soit pour lui les Services financiers du Pouvoir judiciaire, la somme de 150 fr. à titre de frais judiciaires (ch. 4) et débouté les parties de toutes autres conclusions (ch. 5).

B. a. Par acte expédié au greffe de la Cour de justice le 2 août 2018, A_____ SA a appelé de ce jugement, dont elle sollicite l'annulation.

Elle a produit des pièces nouvelles, à savoir une ordonnance du Tribunal de police du 17 mai 2018 (pièce n. 7), un courrier adressé au Tribunal de première instance le 23 juillet 2018 et sa réponse du 24 juillet 2018 (pièces n. 11 et 12), ainsi qu'un courrier adressé au Registre du Commerce le 24 juillet 2018 (pièce n. 10).

b. Dans ses observations du 3 septembre 2018, le Registre du commerce a sollicité le rejet de l'appel.

c. Par acte du 20 septembre 2018, A_____ SA a persisté dans ses conclusions.

d. En l'absence de duplique, les parties ont été informées de ce que la cause était gardée à juger par pli du 12 octobre 2018.

C. Les faits pertinents suivants ressortent de la procédure.

a. A_____ SA, sise _____, à Genève, a été inscrite au Registre du commerce de Genève le _____ 1975.

b. Le 11 juillet 2017, l'Office des poursuites a délivré à l'Etat de Genève, soit pour lui l'Administration fiscale cantonale, un acte de défaut de biens à l'encontre de A_____ SA.

Ce document intégrait les déclarations de D_____, le fils de l'administrateur de A_____ SA, selon lequel cette société n'avait plus aucune activité depuis juillet 2012 et ne possédait notamment pas de biens mobiliers et immobiliers saisissables ou de locaux.

c. Le 4 août 2017, l'Administration fiscale cantonale a informé le Registre du commerce de l'insolvabilité de la société susvisée et lui a communiqué l'acte de défaut de biens.

d. Par courrier recommandé du 25 septembre 2017 envoyé à l'administrateur unique de A_____ SA, au siège de cette dernière, le Registre du commerce a

sommé la société de requérir dans un délai de trente jours sa radiation ou de lui communiquer par écrit les motifs qui justifieraient le maintien de son inscription.

e. Ce courrier, demeuré sans réponse, a été retourné à l'expéditeur avec la mention "non réclamé" à l'échéance du délai de garde.

f. Par publication dans la Feuille Officielle Suisse du Commerce des _____ 2017, le Registre du commerce a sommé tous les associés et créanciers de A_____ SA de lui communiquer par écrit dans un délai de 30 jours leur intérêt motivé au maintien de l'inscription, en les informant que si aucune opposition ne parvenait dans ce délai, la société serait radiée d'office et que, dans le cas contraire, l'affaire serait transmise au Tribunal pour décision.

g. Par courrier du 6 novembre 2017 adressé au Registre du commerce, C_____ SA a formé opposition à la radiation de A_____ SA, au motif qu'une procédure de poursuite était actuellement en cours à l'encontre de cette dernière et devait lui permettre de recouvrer les montants dont elle était créancière.

h. Par acte reçu au Tribunal de première instance le 17 novembre 2017, le Registre du commerce a principalement conclu, avec suite de frais, à ce que A_____ SA soit radiée.

i. Par courrier du 6 juin 2018, C_____ SA a informé le Tribunal avoir retiré sa poursuite, initiée le 13 octobre 2016 à l'encontre de A_____ SA, de sorte qu'elle ne s'opposait plus à sa radiation.

j. Par courrier adressé le 14 juin 2018 au Tribunal, A_____ SA s'est opposée à sa radiation au motif qu'elle avait désormais diversifié son activité et que, dans ce cadre, elle avait reçu un mandat le 13 juin 2018 qui prouvait qu'elle exerçait bien une activité.

k. Lors de l'audience du 18 juin 2018, le Tribunal a impartit un délai au 27 juin 2018 au Registre du commerce pour lui indiquer s'il maintenait sa requête en radiation, tout en précisant que la cause serait gardée à juger dès mi-juillet 2018.

Il ne ressort pas du procès-verbal de cette audience que A_____ SA aurait indiqué rencontrer des problèmes avec la réception de son courrier.

l. Dans ses déterminations du 28 juin 2018, le Registre du commerce a persisté dans ses conclusions.

m. Le 9 juillet 2018, A_____ SA a déposé au Tribunal une copie de son courrier du même jour adressé au Registre du commerce, par lequel elle lui transmettait une attestation de sa fiduciaire datée du 6 juillet 2018 selon laquelle A_____ SA avait réalisé un chiffre d'affaires de 35'000 fr. en 2017 et que celui de 2018 serait au moins équivalent.

n. Dans son jugement du 19 juillet 2018, reçu le 23 juillet 2018 par A_____ SA, le Tribunal a retenu que A_____ SA devait être radiée du Registre du commerce, dès lors que C_____ SA avait retiré son opposition. Celle formée par A_____ SA était tardive, et, en tout état, le Tribunal ne pouvait connaître que des oppositions d'actionnaires ou de créanciers.

o. A_____ SA a sollicité, par courriers des 23 et 24 juillet 2018 adressés au Tribunal, respectivement au Registre du commerce, que les déterminations de ce dernier lui soient communiquées.

Le Tribunal lui a transmis lesdites observations par pli du 24 juillet 2018.

EN DROIT

- 1. 1.1.** Les décisions finales sont susceptibles d'appel, lorsque l'affaire est de nature pécuniaire, si la valeur litigieuse au dernier état des conclusions devant le Tribunal atteint 10'000 fr. (art. 308 al. 1 let. a et al. 2 CPC).

En l'espèce, la cause portant sur la radiation d'une société anonyme, la valeur litigieuse est supérieure à 10'000 fr. eu égard à la valeur du capital-actions de ce type de société (art. 621 CO; ACJC/453/2011 du 31 mars 2011 consid. 2.1). La voie de l'appel est dès lors ouverte.

1.2. L'appel, écrit et motivé, est introduit auprès de l'instance d'appel dans les dix jours à compter de la notification de la décision motivée rendue en procédure sommaire (art. 130, 131, 311 al. 1 et 314 al. 1 CPC), applicable en l'espèce (art. 250 CPC; SIFFERT, Die Löschung von Amtes wegen bei Gesellschaften ohne Geschäftstätigkeit und ohne Aktiven, in REPRAX 2/2017, p. 92; BOHNET, Code de procédure civile commenté, BOHNET/HALDY/JEANDIN/SCHWEIZER/TAPPY [éd.], 2011, n. 5 ad art. 250 CPC).

Bien que le mémoire d'appel ait été adressé à la Chambre de surveillance, alors que la Chambre civile était compétente (art. 4 al. 1 CPC; art. 120 al. 1 let. a et 126 LOJ - E 2 05), le délai est réputé observé par application analogique de l'art. 48 al. 3 LTF, ledit mémoire étant parvenu en temps utile à l'autorité compétente (art. 143 al. 1 CPC; ATF 140 III 636 consid. 3.6).

1.3. L'appelante a produit des pièces nouvelles en appel.

1.3.1. L'art. 317 al. 1 CPC prévoit que les faits et moyens de preuve nouveaux sont admissibles en appel pour autant qu'ils soient invoqués ou produits sans retard (let. a) et qu'ils n'aient pas pu l'être en première instance, bien que la partie qui s'en prévaut ait fait preuve de la diligence requise (let. b).

Il appartient au plaideur qui entend se prévaloir en appel de moyens de preuve déjà existants lors de la fin des débats principaux de démontrer qu'il a fait preuve de la diligence requise, ce qui implique notamment d'exposer précisément les raisons pour lesquelles le moyen de preuve n'a pas pu être invoqué devant

l'autorité précédente (arrêts du Tribunal fédéral 5A_266/2015 du 24 juin 2015 consid. 3.2.2; 5A_445/2014 du 28 août 2014 consid. 2.1 et 5A_739/2012 du 17 mai 2013 consid. 9.2.2).

Les moyens de preuve nouveaux présentés tardivement doivent être déclarés irrecevables (JEANDIN, Code de procédure civile commenté, BOHNET/HALDY/JEANDIN/SCHWEIZER/TAPPY [éd.], 2011, n. 3 ad art. 317 CPC).

1.3.2. En l'espèce, l'appelante a produit une ordonnance du Tribunal de police datée du 17 mai 2018. La cause ayant été gardée à juger à compter du 16 juillet 2018, ce document a été établi avant la fin des débats principaux, l'appelante n'expliquant pas les raisons pour lesquelles il n'aurait pu être produit devant le Tribunal. Ce moyen de preuve, ainsi que les éléments de fait qu'il comporte, est donc irrecevable.

En revanche, les correspondances échangées avec le Tribunal de première instance les 23 et 24 juillet 2018 et avec le Registre du commerce le 24 juillet 2018 sont des vrais novas et ont été produites sans retard avec le mémoire d'appel. Ces pièces, ainsi que les éléments de fait qu'elles comportent, sont donc recevables.

1.4. Les maximes des débats (art. 55 al. 1 et 255 CPC a contrario) et de disposition s'appliquent (art. 58 al. 1 CPC).

S'agissant d'un appel, la Cour revoit la cause avec un plein pouvoir d'examen en fait et en droit (art. 310 CPC).

- 2.** L'appelante reproche au Tribunal d'avoir violé son droit d'être entendue et commis un déni de justice formel, en ne lui communiquant pas les déterminations du Registre du commerce du 28 juin 2018 et en ne discutant pas, dans la partie en droit, de sa reprise d'activité.

2.1. Le droit d'être entendu découlant de l'art. 29 al. 2 Cst. garantit notamment le droit pour une partie à un procès de prendre connaissance de toute argumentation présentée au Tribunal et de se déterminer à son propos, que celle-ci contienne ou non de nouveaux éléments de fait ou de droit, et qu'elle soit ou non concrètement susceptible d'influer sur le jugement à rendre (ATF 139 II 489 consid. 3.3; arrêt du Tribunal fédéral 5D_113/2017 du 19 juillet 2017 consid. 2.1). Ce droit à la réplique vaut pour toutes les procédures judiciaires, y compris pour les causes instruites en procédure sommaire (arrêts du Tribunal fédéral 4A_558/2016 du 3 février 2017 consid. 1 et 4 et 5A_614/2015 du 16 octobre 2015 consid. 3.1).

Est également déduit du droit d'être entendu le devoir pour le juge de motiver sa décision. Le juge n'a toutefois pas l'obligation d'exposer et de discuter tous les faits, moyens de preuve et griefs invoqués par les parties, mais peut au contraire se limiter à l'examen des questions décisives pour l'issue du litige. La motivation peut d'ailleurs être implicite et résulter des différents considérants de la décision.

En revanche, une autorité se rend coupable d'un déni de justice formel prohibé par l'art. 29 al. 2 Cst. si elle omet de se prononcer sur des griefs qui présentent une certaine pertinence ou de prendre en considération des allégués et arguments importants pour la décision à rendre (ATF 141 V 557 consid. 3.2.1; arrêt du Tribunal fédéral 5A_579/2017 du 13 septembre 2017 consid. 2.1).

La violation du droit d'être entendu peut être réparée lorsque la partie lésée a la possibilité de s'exprimer devant une autorité de recours jouissant d'un plein pouvoir d'examen en fait et en droit (art. 310 CPC). La réparation de la violation du droit d'être entendu doit toutefois rester l'exception et n'est admissible que dans l'hypothèse d'une atteinte aux droits procéduraux de la partie lésée qui n'est pas particulièrement grave. Si par contre l'atteinte est importante, il n'est en règle générale pas possible de remédier à la violation. Cela étant, une réparation de la violation du droit d'être entendu peut également se justifier, même en présence d'un vice grave, lorsque le renvoi constituerait une vaine formalité et aboutirait à un allongement inutile de la procédure (ATF 137 I 195 consid. 2.2 et 2.3.2; arrêt du Tribunal fédéral 5A_925/2015 du 4 mars 2016 consid. 2.3.3.2 non publié in ATF 142 III 195).

2.2. En l'espèce, dès lors que l'opposition de l'appelante à sa propre radiation était intervenue après l'échéance du délai que le Registre du commerce lui avait imparti et qu'elle était donc tardive, le Tribunal n'avait pas à traiter de la question de la reprise d'activité de l'appelante qui n'était pas décisive (cf. infra, consid. 4.2). Le Tribunal n'a dès lors pas commis de déni de justice en n'examinant pas les arguments de l'appelante à cet égard.

En transmettant à l'appelante les déterminations du Registre du commerce après que le jugement entrepris a été rendu, le Tribunal l'a privée de son droit de réplique, tel que prévu par les jurisprudences susmentionnées. Cela étant, dès lors que la Cour jouit d'un plein pouvoir d'examen en appel, que le contenu des déterminations du Registre du commerce du 28 juin 2018 et de sa réponse à l'appel est quasiment similaire, que l'appelante a pu se prononcer sur les points soulevés dans ces écritures en appel, ainsi que sur sa reprise d'activité, la violation du droit d'être entendue de l'appelante a été réparée. Ce d'autant que, la procédure sommaire se caractérisant par sa rapidité (HOHL, Procédure civile, Tome II, 2ème éd., 2010, n. 1521), un renvoi à l'autorité de première instance allongerait de manière inutile la procédure.

Par conséquent, ces griefs de l'appelante seront rejetés.

- 3.** L'appelante reproche au Tribunal d'avoir considéré que la procédure prévue à l'art. 155 ORC avait été respectée. Elle soutient qu'elle n'a jamais reçu le pli recommandé du Registre du commerce du 25 septembre 2017, exposant qu'il existait d'importants problèmes avec la réception des plis recommandés dans l'immeuble dans lequel elle a son siège.

3.1. Selon l'art. 155 ORC, lorsqu'une entité juridique n'exerce plus d'activités et n'a plus d'actifs réalisables, l'office du registre du commerce somme l'organe supérieur de direction ou d'administration de cette dernière de requérir la radiation ou de lui communiquer les motifs d'un maintien de l'inscription dans les 30 jours. Cette sommation est faite par lettre recommandée au domicile de l'entité juridique (al. 1 et al. 1bis). Lorsqu'aucune réquisition n'est déposée ni aucun motif de maintien de l'inscription communiqué dans le délai imparti, il procède à une triple sommation publique dans la Feuille officielle suisse du commerce, dans laquelle les associés et les créanciers sont sommés de faire valoir par écrit dans les 30 jours un intérêt motivé au maintien de l'inscription (al. 2). Lorsqu'un associé ou un créancier fait valoir un intérêt au maintien de l'inscription, l'office du registre du commerce transmet l'affaire au tribunal afin que celui-ci tranche (art. 938a al. 2 CO). Il n'est tenu d'accorder aucune avance de frais ni de supporter aucun frais de procédure (al. 4).

Un envoi recommandé est réputé notifié à la date à laquelle son destinataire le reçoit effectivement. Lorsque ce dernier ne peut pas être atteint et qu'une invitation à retirer l'envoi est déposée dans sa boîte aux lettres ou dans sa case postale, la date du retrait de l'envoi est déterminante; si le pli n'est pas retiré dans le délai de garde de sept jours, il est réputé avoir été communiqué le dernier jour de ce délai. La fiction de la notification à l'échéance du délai de garde suppose que l'avis de retrait a été déposé dans la boîte aux lettres du destinataire et qu'il soit arrivé par conséquent dans sa sphère privée. La jurisprudence établit une présomption de fait - réfragable - selon laquelle l'employé postal a correctement inséré l'avis de retrait dans la boîte à lettres ou la case postale du destinataire et que la date de ce dépôt, telle qu'elle figure sur la liste des notifications, est exacte. Le Tribunal fédéral a considéré que la présomption du dépôt régulier de l'avis de retrait était renversée dans un cas où des erreurs de distribution des avis de retrait dans les cases postales avaient eu lieu à plusieurs reprises au sein de l'office de poste en question (arrêt du Tribunal fédéral 5A_28/2015 du 22 mai 2015 consid. 3.1.2).

3.2. En l'espèce, la société possède une adresse officielle à Genève, où lui a notamment été notifié l'acte de défaut de biens de juillet 2017. Aucune pièce recevable ne permet de retenir qu'il existerait d'importants problèmes dans la distribution des courriers recommandés et elle ne l'avait pas allégué devant le Tribunal. Par conséquent, elle est réputée avoir été valablement atteinte par l'envoi du Registre du commerce du 25 septembre 2017 et les conditions légales d'une publication par voie édictale n'étaient pas remplies, puisqu'il ne s'agissait pas d'un cas où plus aucun destinataire n'aurait été atteignable.

La sommation prévue à l'art. 155 al. 1 ORC a ainsi été valablement notifiée à l'organe dirigeant de l'appelante et son grief y relatif tombe à faux.

-
4. L'appelante reproche au Tribunal d'avoir retenu qu'elle n'exerçait plus d'activités et n'avait plus d'actifs réalisables.

4.1. Selon l'art. 938a CO, lorsqu'une société n'exerce plus d'activités et n'a plus d'actifs réalisables, le préposé au Registre du commerce peut la radier dudit registre après une triple sommation publique demeurée sans résultat (al. 1). Lorsqu'un associé ou un actionnaire, ou encore un créancier fait valoir un intérêt au maintien de l'inscription, le juge tranche (al. 2). Le Conseil fédéral fixe les modalités (al. 3), lesquelles sont fixées à l'art. 155 ORC.

L'art. 155 ORC est en règle générale utilisée lorsque l'Office du Registre du commerce dispose d'un acte de défaut de biens, d'un extrait des poursuites ou d'une autre confirmation d'une autorité (par exemple administration fiscale) du fait que la société n'a plus d'actifs (GWELESSIANI, *Praxiskommentar zur Handelsregisterverordnung*, 3ème éd., 2016, n. 541 ad art. 155; VIANIN, *Commentaire Romand-CO II*, 2017, n. 13 ad art. 938, 938a CO).

La partie, qui a fait valoir un intérêt au maintien de l'inscription, peut en tout temps retirer son opposition. Dans un tel cas, la procédure doit être considérée comme terminée et la cause renvoyée au Registre du commerce pour radiation (SIFPERT, *op. cit.*, p. 92; RÜETSCHI, *Handelsregisterverordnung (HRegV) : Handelsregisterverordnung vom 17. Oktober 2007 (HRegV)*, 2013, n. 29 ad art. 155; SIFPERT/ZIHLER, *Handelsregisterrecht - Entwicklungen 2010, 2011*, p. 91).

4.2. En l'espèce, comme l'a retenu le Tribunal, l'appelante n'a pas formulé son opposition dans le délai qui lui a été imparti et l'on ne saurait admettre, qu'à l'occasion de l'opposition formée par l'un de ses créanciers, elle puisse pallier sa carence initiale.

C_____ SA ayant finalement retiré son opposition le 6 juin 2018, le Tribunal a considéré à bon droit cette procédure comme terminée, en l'absence de toute autre opposition valable, et ordonné la radiation de l'appelante sans entrer en matière sur les griefs soulevés par cette dernière.

Le Registre du commerce, fondé sur l'acte de défaut de biens du 11 juillet 2017 et les déclarations du fils de l'administrateur de l'appelante, pouvait ainsi considérer que la société n'exerçait plus d'activités et n'avait plus d'actifs réalisables et entamer la procédure de radiation des art. 938a CO et 155 ORC.

Par conséquent, ce grief de l'appelante sera rejeté.

5. L'appelante, qui succombe intégralement, sera condamnée aux frais d'appel (art. 106 al. 1 CPC), comprenant des frais judiciaires de 400 fr. (art. 26 et 35 RTFMC) couverts par l'avance de frais fournie, acquise à l'Etat (art. 111 al. 1 CPC).

* * * * *

**PAR CES MOTIFS,
La Chambre civile :**

A la forme :

Déclare recevable l'appel interjeté le 2 août 2018 par A_____ SA contre le jugement JTPI/11373/2018 rendu le 19 juillet 2018 par le Tribunal de première instance dans la cause C/26712/2017-22 SFC.

Au fond :

Confirme le jugement.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Sur les frais :

Arrête les frais judiciaires d'appel à 400 fr., les met à la charge de A_____ SA et dit qu'ils sont entièrement compensés avec l'avance de frais fournie par cette dernière, qui reste acquise à l'Etat.

Siégeant :

Madame Fabienne GEISINGER-MARIETHOZ, présidente; Monsieur Laurent RIEBEN et Madame Eleanor McGREGOR, juges; Madame Mélanie DE RESENDE PEREIRA, greffière.

La présidente :

Fabienne GEISINGER-MARIETHOZ

La greffière :

Mélanie DE RESENDE PEREIRA

Indication des voies de recours :

Conformément aux art. 72 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF; RS 173.110), le présent arrêt peut être porté dans les trente jours qui suivent sa notification avec expédition complète (art. 100 al. 1 LTF) par-devant le Tribunal fédéral par la voie du recours en matière civile.

Le recours doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14.

Valeur litigieuse des conclusions pécuniaires au sens de la LTF supérieure ou égale à 30'000 fr.