



**POUVOIR JUDICIAIRE
GERICHTSBEHÖRDEN**

ETAT DE FRIBOURG
STAAT FREIBURG

**Tribunal cantonal TC
Kantonsgericht KG**

Rue des Augustins 3, case postale 1654, 1701 Fribourg

T +41 26 304 15 00
tribunalcantonal@fr.ch
www.fr.ch/tc

101 2018 305 - 306

Arrêt du 8 janvier 2019

1^e Cour d'appel civil

Composition

Président : Jérôme Delabays
Juges : Dina Beti, Sandra Wohlhauser
Greffière-rapporteuse : Cornelia Thalmann El Bachary

Parties

A. _____ AG EN LIQUIDATION, dénoncée et appelante,
représenté par Me Trevor J. Purdie, avocat

et

B. _____, appellant, représenté par Me Trevor J. Purdie, avocat

contre

**SERVICE DU REGISTRE DU COMMERCE, dénonciateur et
intimé**

Objet

Dissolution de la société (art. 731b al. 1 ch. 3 CO); restitution du
délai d'appel (art. 148 CPC)

Requête du 17 octobre 2018 et appel du même jour contre la
décision du Président du Tribunal civil de l'arrondissement de la
Sarine du 31 août 2018

considérant en fait

A. La société A. _____ AG (ci-après: la société) a été constituée le 31 octobre 1996. B. _____, domicilié à C. _____, en est l'actionnaire unique. Le 12 octobre 2010, D. _____ a été nommé administrateur de cette société.

Le 8 janvier 2018, le domiciliataire de A. _____ AG a informé le Service du registre de commerce du canton de Fribourg (ci-après: le service) de la révocation du mandat de domiciliation.

Par courrier du 9 mai 2018, la société E. _____ a informé le service qu'elle avait résilié son mandat d'organe de révision pour A. _____ AG, copie de la lettre de résiliation à l'appui. Le 4 juin 2018, le service a procédé à la radiation de l'organe de révision.

Par publication FOSC du 13 juin 2018, le service a imparti à A. _____ AG un délai de 30 jours pour régulariser la situation. L'intéressée n'ayant pas donné suite à cette sommation, le service l'a dénoncée par courrier du 19 juillet 2018 au Président du Tribunal civil de l'arrondissement de la Sarine (ci-après: le Président).

B. Par publication dans la Feuille officielle du canton de Fribourg du 27 juillet 2018, le Président a imparti à la société un délai expirant le 29 août 2018 pour faire inscrire au registre du commerce soit un organe de révision agréé inscrit auprès du registre de l'autorité fédérale de surveillance, soit la renonciation à celui-ci (opting-out). Le Président l'a avisée qu'à défaut de régularisation à l'échéance du délai, il serait procédé à sa dissolution et liquidation selon les dispositions applicables à la faillite.

A. _____ AG n'a pas donné suite à la sommation du Président. Ainsi, par décision du 31 août 2018, ce dernier a prononcé la dissolution de la société et sa mise en liquidation. Il a nommé l'Office cantonal des faillites liquidateur, avec charge de liquider la société selon les dispositions applicables à la faillite, et a donné ordre à la Préposée du service de procéder à la modification de l'inscription de la société. Enfin, il a mis les frais judiciaires à la charge de la société.

Cette décision a été notifiée à la société par publication dans la Feuille officielle du canton de Fribourg du 7 septembre 2018. Le 19 octobre 2018, le Président a informé le service du caractère définitif et exécutoire de la décision du 31 août 2018 dès le 18 septembre 2018.

C. Par mémoire du 17 octobre 2018, la société A. _____ AG en liquidation et B. _____ ont déposé une requête en restitution de délai ainsi qu'un appel à l'encontre de la décision du 31 août 2018. Ils concluent à la restitution du délai d'appel dès le 9 octobre 2018, de sorte que le délai arrive à échéance le 19 octobre 2018, et, sur le fond, à l'admission de l'appel, à l'annulation de la décision attaquée, à la réinscription de la société au registre du commerce et à ce qu'ordre soit donné au Préposé de réinscrire la société avec pour domicile F. _____ ainsi que G. _____ en qualité d'administrateur unique avec signature individuelle et la fiduciaire H. _____ SA en qualité d'organe de contrôle.

Sans prendre de conclusions formelles, le service s'est déterminé par courrier du 15 novembre 2018.

en droit

1.

1.1. L'appel est recevable contre les décisions finales et les décisions incidentes de première instance ainsi que contre les décisions de première instance sur les mesures provisionnelles, pour autant que, dans les causes patrimoniales, la valeur litigieuse au dernier état des conclusions soit supérieure à CHF 10'000.- (art. 308 al. 1 et 2 CPC).

En l'occurrence, la voie de l'appel est ouverte. La valeur litigieuse est supérieure à CHF 10'000.-; le capital nominal de la société dont la dissolution est requise s'élève à CHF 150'000.-, B. _____ étant par ailleurs actionnaire unique (cf. CHENAUX/HÄNNI, Carence dans l'organisation de la société: étude des aspects matériels et procéduraux de l'art. 731b CO *in* JdT 2013 II p. 97, 116).

1.2. Touchée directement par la décision attaquée, la société a manifestement qualité pour recourir. Il doit en aller de même pour l'actionnaire qui a la légitimation active selon l'art. 731b CO.

1.3. En procédure sommaire, applicable à la présente procédure (ATF 138 III 166), le délai de recours est de 10 jours (art. 314 al. 1 CPC).

En l'occurrence, la décision attaquée a été notifiée à la société par publication dans la Feuille officielle du canton de Fribourg le 7 septembre 2018. En vertu de l'art. 141 al. 2 CPC, c'est à cette date que la décision est réputée notifiée à la société. Le délai d'appel est ainsi arrivé à échéance le 17 septembre 2018. Déposé le 17 octobre 2018, l'appel est manifestement tardif.

1.3.1. Les appelants requièrent la restitution de ce délai. En substance, ils exposent que l'actionnaire a tenté en vain, depuis mi-2016, de contacter l'administrateur. Ce n'est que le 6 mars 2018 qu'il a réussi à le rencontrer et, par la même occasion, à récupérer les actions au porteur de la société. Par la suite, l'administrateur a de nouveau été inatteignable. Devant l'impossibilité d'avoir des nouvelles de sa société, l'actionnaire a pris rendez-vous avec son avocat pour le 12 octobre 2018. Le 9 octobre 2018, ce dernier l'a informé de la mise en liquidation de la société, fait que l'avocat avait découvert le jour-même lors du téléchargement de l'extrait du registre du commerce concernant la société en vue de la préparation du rendez-vous précité. Par la suite, l'actionnaire a pris connaissance de la décision attaquée et de la sommation après téléchargement des Feuilles officielles y relatives. Vu qu'il est domicilié à l'étranger, il n'avait pas pu en prendre connaissance auparavant.

Pour le service, il semble discutable de qualifier la faute des appelants de légère, dès lors que la société a été rappelée et sommée plusieurs fois, autant par son ancien domiciliataire pour des frais d'honoraires impayés que par lui-même et le tribunal de première instance pour ses carences dans l'organisation.

1.3.2. En vertu de l'art. 148 CPC, le tribunal peut accorder un délai supplémentaire [...] lorsque la partie défaillante en fait la requête et rend vraisemblable que le défaut ne lui est pas imputable ou n'est imputable qu'à une faute légère (al. 1). La requête est présentée dans les dix jours qui suivent celui où la cause du défaut a disparu (al. 2). Si une décision a été communiquée, la restitution ne peut être requise que dans les six mois qui suivent l'entrée en force de la décision (al. 3).

En l'occurrence, tant le délai de dix jours que celui des six mois peuvent être considérés comme respectés. Reste à examiner si les appelants rendent vraisemblable que le défaut ne leur est pas imputable ou n'est imputable qu'à une faute légère.

La faute légère vise tout comportement ou manquement qui, sans être acceptable ou excusable, n'est pas particulièrement répréhensible, tandis que la faute grave suppose la violation de règles de prudence vraiment élémentaires qui s'imposent impérieusement à toute personne raisonnable. Ce faisant, l'art. 148 al. 1 CPC est moins sévère que les art. 50 al. 1 LTF, 13 al. 1 PCF, 33 al. 4 LP et 94 al. 1 CPP, lesquels subordonnent la restitution à l'absence de toute faute. Il suffit que les conditions (matérielles) d'application de l'art. 148 CPC soient rendues vraisemblables par le requérant, qui supporte le fardeau de la preuve. La requête de restitution doit être motivée, c'est-à-dire indiquer l'empêchement, et accompagnée des moyens de preuve disponibles. Le tribunal appelé à se prononcer sur la requête de restitution dispose d'une marge d'appréciation (arrêt TF 5A_927/2015 du 22 décembre 2015 consid. 5.1).

Le degré de la faute de la partie défaillante s'évalue en fonction des règles de prudence. Il convient ainsi de répondre à la question de savoir si la partie défaillante n'avait pas pu éviter le défaut en faisant preuve de la prudence qu'on aurait pu attendre d'elle compte tenu des circonstances du cas d'espèce. En principe, l'inadvertance, l'oubli et d'autres motifs similaires tout comme la méconnaissance des règles de droit ne sauraient justifier une restitution (BSK-GOZZI, 3^e éd. 2017, art 148, n. 11). Si le Tribunal fédéral a ainsi retenu que le destinataire ne saurait invoquer le fait de ne pas avoir eu connaissance du texte de la publication édictale pour obtenir la restitution du délai en vertu de l'art. 50 al. 1 LTF (arrêt TF 4A_368/2012 du 17 juillet 2012), il ne s'est pas encore prononcé sur la question de savoir si la méconnaissance de la décision notifiée par cette voie lorsque son destinataire ignore la procédure à son encontre peut constituer une faute légère au sens de l'art. 148 CPC (cf. VON DER CRONE/REICHMUTH, Aktuelle Rechtsprechung zum Aktienrecht *in* SZW 2018 406, 422). Une partie de la doctrine qualifie la faute de légère lorsqu'un délai n'a pas été respecté parce que le défaillant n'a pas eu connaissance de la procédure, ni du délai notifié par voie édictale en raison de son absence (cf. BK-FREI, 2012, art. 148, n. 17). TAPPY (*in* Code de procédure civile commenté, 2011, art. 148, n. 15) est d'avis que la faute doit même être considérée comme légère lorsque la notification par voie édictale a eu lieu en raison de la négligence du défaillant d'élire un domicile de notification en Suisse dans le cas de l'art. 141 al. 1 let. c CPC. La pratique des juridictions cantonales est quant à elle assez favorable à la restitution des délais (CHENAUX/HÄNNI, p. 97, 118; VON DER CRONE/REICHMUTH, 406, 422, se référant à une décision du Bezirksgericht Frauenfeld du 14 octobre 2011 [Z2.2011.134] et à un arrêt du Handelsgericht St-Gall du 31 août 2011 [HG.2011.207-HGP]). Dans une ordonnance du 30 novembre 2011, le Handelsgericht du canton de Zurich a ainsi considéré qu'en raison des particularités liées à la procédure relative aux carences dans l'organisation des sociétés, notamment les connaissances juridiques notoirement insuffisantes de beaucoup d'organes, il convient de qualifier plus facilement la faute à l'origine du défaut de légère. Ainsi, l'inexpérience peut être qualifiée de faute légère lorsque des tiers ne sont pas lésés directement et lorsque des valeurs économiques ne doivent être anéanties sans nécessité (cf. TRAUTMANN/VON DER CRONE, Organisationsmängel und Pattsituationen in der Aktiengesellschaft *in* SZW 2012 461, 474).

1.3.3. A l'examen du dossier, on constate que ni la société, sans domicile à l'époque, ni l'actionnaire unique, domicilié à l'étranger, n'avaient connaissance de la procédure introduite par le service, des sommations ou encore de la décision querellée, de sorte que l'on ne saurait leur reprocher une faute telle qu'elle exclurait toute restitution du délai d'appel, ce d'autant que la situation ne semble léser aucun tiers. Dans ces circonstances bien particulières, il convient de faire droit à la requête des appelants et de restituer le délai pour faire appel.

1.4. En vertu 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 ou s'ils ne pouvaient être invoqués ou produits devant la première instance bien que la partie qui s'en prévaut ait fait preuve de la diligence requise.

2.

Les appelants allèguent que dans l'intervalle, soit le 12 octobre 2018, l'actionnaire a pris toutes les mesures pour régulariser la situation de sa société. Ils produisent ainsi le procès-verbal de l'assemblée générale extraordinaire des actionnaires du 12 octobre 2018, les déclarations d'acceptation des mandats d'administrateur, de réviseur et de domiciliation ainsi que la réquisition d'inscription au registre du commerce.

Il ressort en particulier du procès-verbal de l'assemblée générale extraordinaire que l'administrateur D. _____ est relevé de ses fonctions avec effet immédiat, que G. _____ est nommé administrateur et qu'il est autorisé à signer avec sa signature individuelle, que la société sera domiciliée dans F. _____, et que H. _____ SA est nommée organe de révision. La société a également produit les déclarations nécessaires des différents organes et du domiciliataire. Enfin, elle a d'ores et déjà requis le service de procéder aux inscriptions nécessaires. Ces faits et moyens de preuve sont postérieurs à la décision attaquée et constituent dès lors des *novas* recevables en appel. Il y a ainsi lieu d'admettre que les conditions d'une dissolution au sens de l'art. 731b CO ne sont plus remplies, de sorte que la décision querellée doit être annulée. La Préposée du service ayant dans l'intervalle procédé à la modification de l'inscription de la société au registre du commerce, il convient de lui donner l'ordre d'annuler cette modification.

Dans la mesure où les conclusions des appelants vont au-delà de ce qui précède, elles relèvent de la compétence du service et sont dès lors irrecevables en appel. Une réquisition d'inscription (de la révocation de l'ancien administrateur, du nouvel administrateur, de la nouvelle adresse de domiciliation et d'un organe de révision) a d'ailleurs été déposée le 17 octobre 2018 et le service a indiqué dans sa détermination du 15 novembre 2018 qu'il l'examinerait une fois que la Cour aura statué sur l'appel.

3.

3.1. Les frais causés inutilement sont mis à la charge de la personne qui les a engendrés (art. 108 CPC).

En omettant de doter la société des organes légalement prévus et d'un domicile, les appelants ont inutilement provoqué la présente procédure et causé les frais y relatifs. Par conséquent, les frais judiciaires pour l'appel, fixés à CHF 500.-, sont mis à leur charge. Les appelants en sont solidairement responsables (art. 106 al. 3 CPC).

3.2. Le service n'a pas droit à des dépens. Il n'en requiert pas, n'a pas été représenté par un avocat et a agi dans l'exercice de ses tâches légales (cf. BERGER/RÜETSCHI/ZIHLER, *Die Behebung von Organisationsmängeln – handelsregisterrechtliche und zivilprozessuale Aspekte in REPRAX 2012 1, 21 f.*).

3.3. Si l'instance d'appel statue à nouveau, elle se prononce sur les frais de la première instance (art. 318 al. 3 CPC). Malgré l'annulation de la décision attaquée, aucune autre solution ne s'impose s'agissant des frais de la première instance et ceci pour les mêmes motifs qu'évoqués ci-devant.

la Cour arrête :

- I. La requête en restitution de délai est admise.
Partant, le délai d'appel est restitué.
- II. L'appel est partiellement admis, dans la mesure de sa recevabilité.
Partant, la décision du Président du Tribunal civil de l'arrondissement de la Sarine du 31 août 2018 est annulée et ordre est donné à la Préposée du Service du registre du commerce du canton de Fribourg d'annuler la modification apportée à l'inscription de la société A. _____ AG.
- III. Les frais judiciaires de première instance, fixés à CHF 300.-, sont mis à la charge de A. _____ AG. Ils seront payés au Tribunal civil de la Sarine.
Les frais judiciaires de deuxième instance, fixés à CHF 500.-, sont mis à la charge de A. _____ AG et B. _____ solidairement. Ils sont compensés avec l'avance de frais de CHF 500.-.
- IV. Il n'est pas alloué de dépens au Service du registre du commerce du canton de Fribourg.
- V. Notification.

Cet arrêt peut faire l'objet d'un recours en matière civile au Tribunal fédéral dans les trente jours qui suivent sa notification. 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). L'acte de recours motivé doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14.

Fribourg, le 8 janvier 2019/cth

Le Président :

La Greffière-rapporteuse :