

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

C/21029/2009

ACJC/93/2010

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

1ère Section

AUDIENCE DU JEUDI 4 FEVRIER 2010

Entre

H_____, domicilié _____, Vaud, recourant contre une ordonnance du Président du Tribunal de première instance de ce canton du 17 novembre 2009, comparant par Me Jean-Marc Reymond, avocat, rue de la Grotte 6, case postale 2480, 1002 Lausanne, en l'étude duquel il fait élection de domicile,

et

S_____**SA**, sise _____, Genève, intimée, comparant par Me John Iglehart, avocat, rue François-Bellot 16, case postale 269, 1211 Genève 12, en l'étude duquel elle fait élection de domicile.

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du 08.02.2010.

EN FAIT

- A.** S_____SA est une société anonyme avec siège à Genève dont le capital social de 180'000 fr. était divisé en 360 actions nominatives liées, à 500 fr. chacune, dont 158 étaient en mains de H_____.

Le 3 septembre 2009, l'assemblée générale extraordinaire de S_____SA a décidé d'augmenter le capital social à 305'000 fr. par l'émission de 250 nouvelles actions nominatives liées, d'une valeur nominale de 500 fr. chacune, à libérer entièrement en espèces. Cette décision a été prise par 202 voix sur 360, H_____ s'étant abstenu de voter au motif qu'il ne disposait pas des informations nécessaires au sujet du résultat actuel, des perspectives et de la stratégie de la société.

- B.** a) Le 29 septembre 2009, H_____ a déposé au Tribunal de première instance de Genève une requête de mesures provisionnelles et préprovisionnelles tendant à faire interdire au Registre du commerce d'inscrire l'augmentation de capital de S_____SA.

b) Le Tribunal a refusé l'ordonnance préprovisionnelle sollicitée.

c) Lors de l'audience du 2 novembre 2009, S_____SA s'est opposée à la requête et a exposé que sa survie dépendait de l'augmentation de son capital.

H_____ a indiqué ne pas avoir souscrit de nouvelles actions, pour des raisons financières, et vouloir de toute façon se désengager de S_____SA.

- C.** Par ordonnance du 17 novembre 2009, communiquée aux parties par plis du 18 novembre 2009 et reçue par H_____ le lendemain, le Tribunal de première instance a rejeté la requête.

- D.** a) Par acte expédié au greffe de la Cour le 30 novembre 2009, H_____ a formé recours contre cette ordonnance, dont il sollicite l'annulation en reprenant ses conclusions de première instance. Préalablement, il a sollicité l'effet suspensif pour son recours.

b) Le 2 décembre 2009, la Cour a accordé l'effet suspensif sollicité par H_____, dans le sens d'un blocage du Registre du commerce, selon l'art. 162 ORC.

c) Le _____ novembre 2009, l'augmentation de capital avait déjà été inscrite au journal du Registre du commerce de Genève, et le _____ décembre 2009, elle a été publiée dans la Feuille Officielle suisse du commerce (ci-après : FOOSC).

d) S_____SA conclut à la confirmation de l'ordonnance, dépens mis à charge de H_____, et à la condamnation de H_____ à une amende de procédure.

e) Lors de l'audience de plaidoiries du 14 janvier 2010, les parties ont persisté dans leurs conclusions. S _____ SA a relevé, notamment, que l'augmentation de capital a été inscrite au Registre du commerce.

EN DROIT

1. **1.1** La forme et le délai du recours sont respectés (art. 331 al. 2 LPC).

1.2 Par ailleurs, la recevabilité matérielle du recours est liée à l'existence d'un intérêt juridique actuel ou virtuel, soit la possibilité que la décision de la juridiction supérieure procure au recourant l'avantage de droit matériel qu'il recherche. L'intérêt juridique digne de protection doit exister tant à l'introduction du recours que jusqu'à l'issue de la procédure. Lorsque le recourant ne justifie pas d'un intérêt actuel au moment du dépôt, le recours doit être déclaré irrecevable. Lorsque, en revanche, l'intérêt juridique invoqué disparaît en cours de procédure, ceci doit amener la juridiction à le déclarer sans objet (SJ 1993 I 200).

1.3 L'augmentation du capital-actions d'une société anonyme est décidée par l'assemblée générale et doit être exécutée dans les trois mois par le conseil d'administration (art. 650 al. 1 CO). Au vu du rapport d'augmentation et, si nécessaire, de l'attestation de vérification, le conseil d'administration décide ensuite la modification des statuts et procède aux constatations prévues par l'art. 652g al. 1 CO. Enfin, il demande l'inscription au Registre du commerce de la modification des statuts ainsi que des constatations qu'il en a faites (art. 652h al. 1 CO).

L'inscription au Registre du commerce d'une augmentation ordinaire du capital-actions d'une société anonyme doit être requise dans les trois mois qui suivent la décision de l'assemblée générale et être accompagnées de diverses pièces justificatives (art. 46 al. 1, 2 ORC).

Tous les faits à inscrire au Registre du commerce sont portés au registre journalier (art. 8 al. 1 ORC). Le même jour ouvrable de l'inscription au registre journalier, l'office cantonal du registre du commerce transmet l'inscription, par la voie électronique, à l'OFRC (art. 31 ORC). Ce dernier transmet, par la voie électronique, les inscriptions qu'il a approuvées à la FOFC (art. 32 al. 4 ORC). Celle-ci publie les inscriptions dans les deux jours ouvrables suivant la transmission par l'OFRC (art. 35 al. 1 ORC).

Les inscriptions au registre journalier déploient leurs effets juridiques une fois approuvées par l'OFRC, avec effet rétroactif au moment de l'inscription au registre journalier (art. 34 ORC). Elles sont reportées dans le registre principal le jour de leur publication dans la FOFC (art. 9 al. 1 ORC).

1.4 En l'espèce, l'augmentation de capital a été inscrite au journal du Registre du commerce de Genève le _____ novembre 2009, et le _____ décembre 2009, elle a été publiée dans la FOOSC. L'OFRC avait donc déjà approuvé l'inscription le _____ novembre 2009 ou le _____ décembre 2009, de sorte qu'en date du _____ décembre 2009, plus rien ne pouvait faire obstacle aux effets de l'inscription, avec effet rétroactif au _____ novembre 2009.

Il s'ensuit qu'au moment où la Cour a accordé l'effet suspensif au présent recours, l'inscription litigieuse avait déjà eu lieu et déployait déjà ses effets, avec effet rétroactif au _____ novembre 2009.

Expédié le 30 novembre 2009, le recours est ainsi devenu sans objet.

2. 2.1 Lorsqu'un recours est ou devient sans objet, la partie qui fait recours doit en principe supporter les frais et les dépens y relatifs, sauf si cette circonstance n'est que la conséquence inévitable d'un fait dont le recourant ne répond pas; il est alors juste que les dépens soient supportés par la partie qui a provoqué ce fait, ou que ceux-ci soient compensés si cela est la conséquence d'un fait extérieur, dont aucune partie ne répond (BERTOSSA/GAILLARD/GUYET/SCHMIDT, Commentaire de la loi de procédure civile genevoise, n. 6 ad art. 176 LPC).

2.2 Toute décision prise par l'Assemblée générale est exécutoire dès son adoption, nonobstant l'introduction d'une action en annulation. Le Conseil d'administration est donc tenu de l'exécuter en application de l'art. 716a al. 1 ch. 6 CO, sauf à engager sa responsabilité (art. 754 al. 1 CO). Dès lors, celui-ci peut mettre les actionnaires contestataires devant le fait accompli, quand bien même ils obtiendraient par la suite gain de cause dans le cadre de la procédure judiciaire. Il appartient donc aux actionnaires contestataires, cas échéant, de demander immédiatement des mesures provisionnelles tendant à faire interdire l'exécution de la décision (MONTAVON, Droit suisse de la SA, 3^{ème} éd., p. 543-544).

2.3 En l'espèce, on ne peut donc pas reprocher à l'intimée, agissant par son conseil d'administration, d'avoir sollicité l'inscription de l'augmentation de son capital-actions au Registre du commerce, alors que la présente procédure était déjà en cours, et l'inscription effective est à considérer comme un fait extérieur, dont aucune partie ne répond. Par conséquent, il se justifie de compenser les dépens (art. 176 al. 3 LPC).

3. Rien n'indique que le recourant aurait agi de manière téméraire, en déposant le présent recours, de sorte qu'il n'y a pas lieu de le condamner au paiement d'une amende de procédure (art. 40 lit. c LPC a contrario).

4. Sous réserve de certaines exceptions non réalisées en l'espèce, les mesures provisionnelles au sens des art. 320 ss LPC doivent être validées dans un certain délai par l'introduction d'une action sur le fond (art. 330 LPC) et ne valent que

pour la durée de cette procédure. La décision sur une telle requête constitue une décision incidente au sens de l'art. 93 LTF (arrêt du Tribunal fédéral 5A_747/2008 du 27 avril 2009, consid. 1.1).

Le recours au Tribunal fédéral est ouvert, à condition que la décision incidente puisse causer un préjudice irréparable (art. 93 al. 1 let. a LTF). Un préjudice ne peut être qualifié d'irréparable au sens de l'art. 93 al. 1 let. a LTF que s'il cause un inconvénient de nature juridique; des conséquences de nature purement économique n'entrent pas en ligne de compte (arrêt du Tribunal fédéral 4A_317/2008 du 11 août 2008, consid. 1, niant a priori un dommage irréparable en cas d'inscription d'un administrateur au registre du commerce, jusqu'à droit connu sur l'action en contestation de la décision de nomination prise lors de l'assemblée générale; arrêt du Tribunal fédéral 5A_636/2009 du 13 novembre 2009, consid. 1.1.1, niant un dommage irréparable en cas d'une inscription provisoire au registre foncier qui limitait temporairement le droit de disposer d'un immeuble).

La valeur litigieuse étant supérieure à 30'000 fr. (art. 74 al. 1 let. b LTF), la présente décision est susceptible, le cas échéant, d'un recours en matière civile (art. 72 al. 1 let. a LTF). S'agissant de mesures provisionnelles, seule peut être invoquée la violation de droits constitutionnels (art. 98 LTF; ATF 133 III 589).

* * * * *

**PAR CES MOTIFS,
LA COUR :**

Constate que le recours interjeté le 30 novembre 2009 par H_____ contre l'ordonnance OTPI/846/2009 rendue le 17 novembre 2009 par le Tribunal de première instance dans la cause C/21029/2009-20 SP est devenu sans objet.

Compense les dépens du recours.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Siégeant :

Monsieur Daniel DEVAUD, président; Monsieur Jean RUFFIEUX et Madame Florence KRAUSKOPF, juges; Madame Fatina SCHAERER, greffier.

Le président :

Daniel DEVAUD

Le greffier :

Fatina SCHAERER

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 présent arrêt est rendu sur mesures provisionnelles, de sorte que les motifs de recours sont limités (art. 98 LTF).

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.