



POUVOIR JUDICIAIRE

C/25679/2018-CS

DAS/28/2019

DECISION

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre de surveillance

DU LUNDI 28 JANVIER 2019

Recours (C/25679/2018-CS) formé en date du 8 novembre 2018 par **Monsieur A_____ en sa qualité d'administrateur de la Société B_____ SA**, p.a. PONCET TURRETTINI AMAUDRUZ & NEYROUD, avocats, rue de Hesse 8-10, 1204 Genève, comparant en personne.

* * * * *

Décision communiquée par plis recommandés du greffier
du **4 février 2019** à :

- **B_____ SA**
Monsieur A_____, administrateur
Rue _____ Genève.
 - **REGISTRE DU COMMERCE**
Case postale 3597, 1211 Genève 3.
 - **DEPARTEMENT FEDERAL DE JUSTICE ET POLICE**
Office fédéral de la justice, 3003 Berne.
-

EN FAIT

A. a) B_____ SA (ci-après : B_____), avec siège à Genève, au capital-actions de 2'500'000 fr. entièrement libéré, constitué de 2'500 actions de 1'000 fr. chacune, nominatives, a pour but, pour son compte ou pour le compte de tiers, toutes opérations mobilières et immobilières, financières, commerciales ou autres, portant notamment sur l'administration, l'acquisition et la vente de participations à toutes entreprises, sur la représentation et la gestion, dans le sens le plus large, de droits ou intérêts de tiers, en qualité notamment de *trustee*, de fiduciaire ou d'administrateur, et ce, tant en Suisse qu'à l'étranger; la société ne fera pas appel au public pour obtenir des dépôts de fonds et ne traitera aucune opération dans le canton de Genève.

Son administrateur, avec signature individuelle, est A_____ et son organe de révision C_____ SA (ci-après : C_____).

b) Le 29 mai 2018, le Département de la sécurité et de l'économie, soit pour lui le Registre du commerce, a informé le Tribunal civil du fait que B_____ présentait des carences dans l'organisation impérativement prescrite par la loi, à savoir l'absence d'un réviseur agréé au sens des art. 727 ss CO. Il convenait dès lors de fixer un délai à la société pour rétablir la situation légale ou de nommer les organes faisant défaut.

Il ressort du dossier que le Tribunal civil a ouvert une procédure C/1_____/2018, actuellement suspendue jusqu'à droit jugé par la Chambre de céans dans la procédure pendante devant elle.

c) Par réquisition du 3 septembre 2018, B_____, représentée par son administrateur, a requis l'inscription d'un *opting-out*, en fournissant, comme pièce justificative, le procès-verbal de la séance du conseil d'administration du 3 septembre 2018, selon lequel il était pris acte de la démission de C_____, il était constaté que B_____ n'était pas soumise au contrôle ordinaire selon l'art. 727 CO, il était constaté qu'elle n'avait aucun employé et que les conditions de l'art. 727a al. 3 CO étaient remplies; il était décidé de renoncer au contrôle restreint conformément aux statuts et de faire radier l'organe de révision démissionnaire du Registre du commerce. Ledit procès-verbal était signé par l'administrateur unique de B_____ et la secrétaire.

d) Il ressort des pièces versées à la procédure que le Registre du commerce a sollicité de B_____ la production du procès-verbal de l'assemblée générale ayant décidé à l'unanimité de renoncer au contrôle restreint et lui a rappelé les pièces justificatives qui devaient être produites à l'appui de sa requête, conformément à l'art. 62 ORC.

e) Le 17 septembre 2018, B_____ a adressé au Registre du commerce un document intitulé "Renonciation au contrôle restreint annuel (*opting-out*)", ainsi que son bilan au 31 décembre 2016 et ses comptes de résultats du 1^{er} janvier au 31 décembre 2016.

f) Par courrier électronique du 21 septembre 2018, l'administrateur de B_____ informait le Registre du commerce de ce que l'assemblée générale n'avait pas pu se tenir, raison pour laquelle il avait procédé à une consultation des actionnaires, prévue à l'art. 727a al. 3 CO.

g) Le 28 septembre 2018, B_____ a requis une nouvelle fois l'inscription d'un *opting-out*, produisant les pièces figurant déjà à la procédure.

B. Par décision du 5 octobre 2018, le Registre du commerce a refusé de donner suite à la réquisition d'inscription du 28 septembre 2018 (chiffre I du dispositif) et a invité B_____ à lui remettre les pièces justificatives adéquates (ch. II).

En substance, le Registre du commerce a retenu que n'étant pas en possession de la décision unanime des actionnaires de renoncer au contrôle restreint et des comptes 2017 de B_____, il ne pouvait donner une suite favorable à la requête d'inscription.

C. a) Le 8 novembre 2018, B_____, soit pour elle son administrateur unique, a formé recours contre la décision du 5 octobre 2018, concluant à son annulation et à ce qu'il soit ordonné au Registre du commerce de donner suite à sa réquisition du 28 septembre 2018, le Registre du commerce devant être débouté de toutes autres conclusions et les frais judiciaires mis à la charge de l'Etat.

B_____ a exposé que la décision d'*opting-out* avait été prise par voie de circulation, conformément à l'art. 727a al. 3 CO, ce que confirmait le procès-verbal de la séance du conseil d'administration du 3 septembre 2018. Par ailleurs, l'art. 62 ORC requérait une déclaration d'*opting-out* indiquant notamment que l'ensemble des actionnaires avait consenti à renoncer au contrôle restreint. Or, cette déclaration avait été jointe à la réquisition litigieuse et l'art. 62 ORC ne faisait qu'énumérer une liste exemplative des documents déterminants, parmi lesquels figuraient le procès-verbal d'assemblée générale et les déclarations de renonciation des actionnaires. Lesdits documents n'étaient pas déterminants en l'espèce, l'art. 727a al. 3 CO prévoyant que la renonciation pouvait résulter de l'absence d'opposition des actionnaires consultés par voie de circulation. Pour le surplus, il résultait des comptes 2016 produits que B_____ n'avait aucun employé, de sorte que les comptes 2017 n'étaient pas susceptibles d'apporter d'autres éléments pertinents.

b) Le Registre du commerce a transmis ses observations à la Cour de justice le 11 janvier 2019. Il a allégué que le bilan au 31 décembre 2016 produit par

B_____ ne correspondait pas à son dernier bilan annuel, puisqu'elle avait dû établir un bilan au 31 décembre 2017. En ce qui concernait la décision des actionnaires, aucun procès-verbal d'assemblée générale ni autre moyen de preuve n'avait été produit. Le Registre du commerce a conclu à la confirmation de la décision attaquée.

c) Les parties ont été informées par avis du 14 janvier 2019 de ce que la cause était mise en délibération.

EN DROIT

1. **1.1** Les décisions du Registre du commerce peuvent faire l'objet d'un recours auprès de l'autorité de surveillance dudit registre, qui, dans le canton de Genève, est la Chambre de surveillance de la Cour de justice (art. 4 al. 3 et 165 al. 1 et 4 ORC; 126 al. 1 let. d LOJ). Ont qualité pour recourir les personnes et les entités juridiques dont la réquisition a été rejetée ou qui sont directement visées par une inscription d'office (art. 165 al. 3 ORC).

Le recours doit être formé par écrit et contenir la désignation de la décision attaquée, l'exposé des motifs, l'indication des moyens de preuve et les conclusions du recourant (art. art. 64 et 65 LPA). Les pièces dont dispose celui-ci doivent être jointes. L'autorité est liée par les conclusions des parties (art. 69 al. 1 LPA).

Le délai de recours est de trente jours et court dès le lendemain de la notification de la décision (art. 62 al. 3 LPA; art 17 al. 1 LPA).

1.2 En l'espèce, le recours a été formé dans le délai et selon la forme prescrits, par l'entité dont la réquisition a été rejetée.

Il est dès lors recevable.

2. **2.1.1** Lorsque les conditions d'un contrôle ordinaire ne sont pas remplies, la société soumet ses comptes annuels au contrôle restreint d'un organe de révision (art. 727a al. 1 CO). Moyennant le consentement de l'ensemble des actionnaires, la société peut renoncer au contrôle restreint lorsque son effectif ne dépasse pas dix emplois à plein temps en moyenne annuelle (art. 727a al. 2 CO). Le conseil d'administration peut requérir par écrit le consentement des actionnaires. Il peut fixer un délai de réponse de 20 jours au moins et leur indiquer qu'un défaut de réponse équivaut à un consentement (art. 727a al. 3 CO).

La renonciation à tout contrôle et donc à la nomination d'un organe de révision est appelée "*opting-out*".

La loi requiert le consentement de tous les actionnaires pour que la société puisse échapper au contrôle restreint. Il est donc nécessaire que chacun des actionnaires de la société adhère à cette décision. En d'autres termes, l'unanimité est requise, et

ce sans égard au droit de vote attribué aux actions (...). S'agissant de la forme du consentement, celui-ci peut résulter d'une décision de l'assemblée générale, pour autant que tout le capital social soit présent ou représenté (assemblée universelle, art. 701 CO). Le consentement peut également être exprimé individuellement par chacun des actionnaires par une décision prise par voie de circulation (art. 727a al. 3 CO). Le consentement peut enfin être donné tacitement. La loi instaure d'ailleurs à l'art. 727a al. 3 CO une présomption d'accord dès lors que le conseil d'administration interpelle les actionnaires individuellement et par écrit. Sous réserve qu'un délai de réponse de vingt jours au moins leur soit concédé, le conseil peut en effet alors leur indiquer qu'à défaut de réponse il sera (irréfragablement) présumé qu'ils acceptent de renoncer au contrôle restreint (...). Le conseil d'administration cherchera cependant en principe à obtenir un vote écrit, qui sera annexé à la réquisition d'inscription de l'*opting-out* au Registre du commerce. En présence d'actions nominatives, les actionnaires doivent être informés du délai de réponse de vingt jours (art. 696 al. 2 CO par analogie) au moyen d'une notification directe à l'adresse mentionnée dans le registre des actionnaires (art. 686 al. 1 CO). S'agissant des actions au porteur, les actionnaires doivent être informés au moyen d'une publication dans la FO SC et dans la forme prévue par les statuts (art. 626 ch. 7) (CR CO II, PETER/GENEQUAND/CAVADINI, ad art. 727a CO n. 3, 9 ss).

2.1.2 L'inscription au registre du commerce repose sur une réquisition, sous réserve de l'inscription fondée sur un jugement ou une décision d'un tribunal ou d'une autorité et de l'inscription d'office. Les faits à inscrire doivent être accompagnés des pièces justificatives nécessaires (art. 15 al. 1 et 2 ORC).

Avant de procéder à une inscription, l'office du Registre du commerce examine si les conditions prévues par la loi et l'ordonnance sont remplies. Il vérifie en particulier si la réquisition et les pièces justificatives ont le contenu exigé par la loi et l'ordonnance et ne contredisent pas de dispositions impératives (art. 28 ORC).

Toute société anonyme qui ne procède pas à un contrôle ordinaire ni à un contrôle restreint doit joindre à la réquisition d'inscription au Registre du commerce de la renonciation au contrôle une déclaration selon laquelle: elle ne remplit pas les conditions pour être soumise à un contrôle ordinaire, son effectif ne dépasse pas dix emplois à plein temps en moyenne annuelle, l'ensemble des actionnaires ont consenti à renoncer au contrôle restreint (art. 62 al. 1 ORC). La déclaration doit être signée par au moins un membre du conseil d'administration. Une copie des documents actuels déterminants, tels que les comptes de pertes et profits, les bilans, les rapports annuels, les déclarations de renonciation des actionnaires et le procès-verbal de l'assemblée générale, lui est jointe (art. 62 al. 2 ORC).

2.2 Dans le cas d'espèce, B_____ a requis auprès du Registre du commerce l'inscription de la renonciation au contrôle restreint par requête du 4 septembre 2018, réitérée le 28 septembre 2018.

Il appartenait par conséquent à B_____ de fournir au Registre du commerce tous les éléments utiles afin que celui-ci puisse vérifier, conformément à l'art. 28 ORC, que les conditions légales applicables étaient remplies.

Selon l'art.727a al. 2 CO, la renonciation au contrôle restreint est de la compétence des actionnaires de la société, cette décision devant être prise à l'unanimité. La tenue d'une assemblée générale des actionnaires n'est toutefois pas indispensable, puisque le consentement peut également être exprimé individuellement par chacun des actionnaires par une décision prise par voie de circulation (art. 727a al. 3 CO). Selon B_____, tel a été le cas et elle a constaté, dans le procès-verbal de la séance du conseil d'administration du 3 septembre 2018, que les conditions de l'art. 727a al. 3 CO étaient remplies.

Contrairement à ce qu'invoque B_____, une telle mention ne saurait toutefois suffire.

Il lui appartenait en effet, compte tenu de la teneur des art. 727a al. 3 CO et 62 al. 2 ORC, de démontrer que les actionnaires avaient accepté à l'unanimité, soit formellement soit tacitement, de renoncer au contrôle restreint. B_____ ayant affirmé avoir procédé conformément à l'art. 727a al. 3 CO, elle aurait dû être en mesure de produire une copie de tout document utile attestant du fait que les actionnaires avaient effectivement été consultés et que tous s'étaient prononcés en faveur de l'*opting-out*. Toutefois et en dépit des relances du Registre du commerce, B_____ n'a jamais fourni la preuve de l'accord formel ou tacite des actionnaires, ni même de leur interpellation, de sorte que c'est à juste titre que le Registre du commerce a refusé de donner suite à sa requête.

Au vu de ce qui précède, il n'est pas nécessaire de déterminer si B_____ aurait, de surcroît, dû produire ses comptes pour l'exercice 2017.

Infondé, le recours sera rejeté.

3. L'émolument de décision de 1'000 fr. (art. 14 let. b de l'Ordonnance sur les émoluments en matière de registre du commerce) sera mis à la charge de la partie recourante, qui succombe et partiellement compensé avec l'avance de frais en 500 fr. versée, qui reste acquise à l'Etat. B_____ sera en conséquence condamnée à payer le solde, soit 500 fr., à l'Etat de Genève, pour lui les Services financiers du Pouvoir judiciaire.

* * * * *

**PAR CES MOTIFS,
La Chambre de surveillance :**

A la forme :

Déclare recevable le recours formé par B_____ SA contre la décision rendue le 5 octobre 2018 par le Département de l'emploi et de la santé, soit pour lui le Registre du commerce.

Au fond :

Le rejette.

Arrête l'émolument de décision à 1'000 fr., le met à la charge de B_____ SA et le compense partiellement avec l'avance de frais versée, qui reste acquise à l'Etat de Genève.

Condamne en conséquence B_____ SA à verser la somme de 500 fr. à l'Etat de Genève, soit pour lui les Services financiers du Pouvoir judiciaire.

Siégeant :

Monsieur Cédric-Laurent MICHEL, président; Mesdames Paola CAMPOMAGNANI et Ursula ZEHETBAUER GHAVAMI, juges; Madame Jessica QUINODOZ, greffière.

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), la présente décision peut être portée 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.