



POUVOIR JUDICIAIRE

C/28659/2019-CS

DAS/99/2020

DECISION

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre de surveillance

DU LUNDI 15 JUIN 2020

Recours (C/28659/2019-CS) formé en date du 18 décembre 2019 par **Monsieur A_____**, domicilié rue _____, _____ Genève, comparant par Me Vincent SPIRA, avocat, en l'Etude duquel il élit domicile.

* * * * *

Décision communiquée par plis recommandés du greffier
du **24 juin 2020** à :

- **Monsieur A_____**
c/o Me Vincent SPIRA, avocat
Rue de Candolle 28, 1205 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, ayant son siège à Genève, a pour but l'achat, la vente, la construction et l'exploitation d'immeubles ainsi que le placement et la gestion de biens mobiliers et immobiliers.

Cette société a été créée en 2008 avec pour administrateurs C_____ et A_____.

Le capital-actions de B_____ SA est constitué de 100'000 actions au porteur d'une valeur nominale de 1 fr. chacune et était initialement détenu à 50% par D_____ SA et à 50% par E_____ SA, alors elle-même détenue par A_____.

- b.** Entre la fondation de B_____ SA en 2008 et l'année 2016, aucune assemblée générale n'a été tenue.

- c.** En 2016, les relations entre les actionnaires se sont dégradées.

- d.** Une assemblée générale extraordinaire de B_____ SA s'est tenue le 13 mai 2016, en l'absence de D_____ SA.

Les actionnaires présents étaient, selon ce qui ressort des pièces produites, F_____, avec un certificat d'actions de la société représentant 33'333 actions, G_____ avec une action, et H_____ avec un certificat d'actions représentant 33'333 actions, ce qui représentait un total de 66'667 actions.

Lors de cette assemblée, A_____ a démissionné de ses fonctions d'administrateur et de président du conseil d'administration et le mandat d'administrateur conféré à C_____ a été révoqué. G_____ a alors été nommé administrateur unique.

- e.** Les pouvoirs d'administrateurs de A_____ et C_____ ont été radiés du Registre du commerce au profit de G_____ par inscription publiée dans la Feuille officielle suisse du commerce (FOSC) du _____ 2016.

- f.** Par jugement du 3 septembre 2018, le Tribunal de première instance a constaté que les décisions prises lors de l'assemblée générale extraordinaire du 13 mai 2016 étaient nulles, au motif que ladite assemblée générale n'avait pas été valablement convoquée et a, en conséquence, ordonné au préposé au Registre du commerce de radier les modifications portées au registre journalier et publiées le _____ 2016.

Ce jugement a été confirmé par arrêt de la Cour de justice du 16 avril 2019.

- g.** Le 23 août 2019, l'inscription de G_____ en qualité d'administrateur a été radiée du Registre du commerce et l'inscription antérieure rétablie, A_____ étant à nouveau administrateur-président et C_____ administrateur.

h. Le 27 septembre 2019, C_____ a requis du Registre du commerce la radiation des pouvoirs de A_____ en produisant, à titre de pièce justificative, le procès-verbal de l'assemblée extraordinaire du 13 mai 2016.

i. Faisant suite à cette requête, le préposé au Registre du commerce a radié A_____ par inscription publiée dans la FOSC le _____ 2019.

j. Par courrier du 17 octobre 2019, I_____ a refusé de renseigner A_____ sur les comptes bancaires détenus par B_____ SA et de donner suite à ses instructions en raison du fait qu'il n'avait plus le pouvoir de représenter la société à teneur de l'extrait du Registre du commerce.

k. Par courrier du 22 octobre 2019 adressé au préposé au Registre du commerce, A_____ a requis sa réinscription en qualité d'administrateur-président de B_____ SA. Il a rappelé que les décisions prises lors de l'assemblée générale du 13 mai 2016 avaient été déclarées nulles par jugement du Tribunal du 3 septembre 2018 (confirmé par arrêt de la Cour de justice), sa radiation étant contraire audit jugement.

l. Par décision du 15 novembre 2019, le préposé au Registre du commerce a refusé de réinscrire A_____ en tant que président du conseil d'administration de la société B_____ SA.

Il a considéré que la démission de A_____ communiquée lors de l'assemblée du 13 mai 2016 demeurait valable nonobstant les décisions judiciaires rendues, dans la mesure où un administrateur et un actionnaire au moins en avaient eu connaissance. Cette démission ne pouvait dès lors être considérée comme caduque. D'autre part, se fondant notamment sur l'art. 20 des statuts de la société qui prévoit que le conseil d'administration est élu par l'assemblée générale pour la période s'écoulant jusqu'à la prochaine assemblée ordinaire, le préposé a retenu qu'en l'absence d'assemblée générale valablement tenue depuis le 13 mai 2016, il était vraisemblable que le mandat confié à A_____ était arrivé à son terme, faute de renouvellement.

B. a. Par recours déposé au greffe de la Cour le 18 décembre 2019, A_____ conclut à l'annulation de la décision rendue le 15 novembre 2019.

A titre provisionnel et au fond, il a sollicité sa réinscription en qualité de d'administrateur et de président du conseil d'administration de la société B_____ SA, avec suite de frais et dépens.

b. La Cour de céans a rejeté la requête de mesures provisionnelles et a réservé le sort des frais à la décision finale.

c. Par observations du 2 mars 2020, le Registre du commerce a conclu au rejet du recours et à la confirmation de la décision attaquée, sous suite de frais.

d. Les parties ont été informées de ce que la cause était gardée à juger par avis du greffe de la Cour du 3 mars 2020.

EN DROIT

- 1.** **1.1** Les décisions du Registre du commerce peuvent faire l'objet d'un recours dans le délai de trente jours qui suivent la notification de la décision (art. 165 al. 1 et 4 ORC), 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. 165 al. 2 ORC; 126 al. 1 let. d LOJ).

Ont qualité pour recourir les personnes et identités juridiques dont la réquisition a été rejetée ou qui sont directement visées par une inscription d'office (art. 165 al. 3 ORC).

1.2 Lorsqu'elle fonctionne comme autorité de surveillance du Registre du commerce, la Cour est réputée juridiction administrative et applique la loi de procédure administrative genevoise (art. 1 et 6 al. 1 let. e LAP; E 5 10).

1.3 En l'espèce, le recours contre la décision du 15 novembre 2019 a été formé dans le délai et selon la forme prescrits (art. 64 et 65 LPA), par la personne dont la réquisition a été rejetée.

Il est dès lors recevable.

- 2.** Le recourant fait grief au Registre du commerce d'avoir refusé sa réinscription, considérant à tort que sa démission demeurerait valable.

2.1 Selon les art. 937 et 938b al. 1 CO, lorsque des personnes inscrites au registre du commerce en tant qu'organe cessent l'exercice de leurs fonctions, la personne morale concernée requiert sans retard leur radiation.

2.1.1 Le mandat d'un organe prend impérativement fin dans tous les cas par une décision valable; en conséquence, aussi bien la personne qui démissionne que les tiers ont un intérêt à ce que l'inscription dans le Registre du commerce soit modifiée sans délai (FF 2002 2949, p. 3035 ad. art. 938b P-CO).

La manifestation de volonté qui met un terme aux fonctions du démissionnaire produit ses effets dès qu'elle est parvenue dans la sphère de puissance de son destinataire (VIANIN, in Commentaire romand CO II, 2017, n. 2 ad art. 938b CO).

La démission d'un administrateur doit en principe être adressée à l'assemblée générale, la doctrine dominante et la pratique admettant toutefois une telle communication au président du conseil d'administration (FORTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, Schweizerisches Aktienrecht, 1996 § 27 n°44), à l'actionnaire unique ou à tous les actionnaires au cas où ils sont connus (ECKERT, in Basler

Kommentar OR II, 2016, n. 4 ad art. 938b CO; cf aussi DAS/242/2008 du 21 octobre 2008 consid. 2.2).

2.1.2 Le juge doit constater d'office et en tout temps la nullité des décisions de l'assemblée générale (ATF 137 III 305 consid. 4.1; 100 II 384 consid. 1; arrêts du Tribunal fédéral 4A_364/2017 du 28 février 2018 consid. 7.2.2; 4A_10/2012 du 2 octobre 2012 consid. 4).

Une décision nulle est opposable *erga omnes* (ATF 138 III 204 consid. 4.2 et les références citées) et ne déploie en principe aucun effet (PETER/CAVADINI, in Commentaire romand CO II, 2017, n. 5 ad art. 706b CO).

2.1.3 Aux termes des art. 940 al. 1 CO et 28 al. 1 ORC (art. 21 aORC), le préposé au registre du commerce doit vérifier si les conditions légales requises pour l'inscription sont remplies. Ces dispositions n'excluent pas une vérification portant sur le bien-fondé de l'inscription requise. Le principe fondamental est que l'inscription doit être conforme à la loi (ATF 132 III 668 consid. 3.1; 121 III 368 consid. 2).

Selon la jurisprudence, le préposé vérifie d'abord les conditions formelles posées par le droit en matière de registre du commerce, soit la portée des normes qui régissent immédiatement la tenue du registre. Il jouit à cet égard d'un plein pouvoir d'examen. Il vérifie aussi, mais avec un pouvoir limité, les conditions matérielles, soit l'interprétation des règles, de droit civil ou de droit public, qui fondent la conformité de la réalité constatée avec la loi et dont le respect constitue donc la condition indirecte de l'inscription. Dans ce cadre, il se borne à vérifier le respect des dispositions impératives de la loi qui sont édictées dans l'intérêt public ou en vue de la protection de tiers. Il doit renvoyer à agir devant le juge civil les justiciables qui invoquent des prescriptions de droit dispositif ou concernant uniquement des intérêts privés. Comme la délimitation entre les unes et les autres peut s'avérer difficile, l'inscription ne sera refusée que s'il est manifeste et indiscutable qu'elle est contraire au droit; elle ne devra en revanche pas l'être si elle repose sur une interprétation plausible de la loi, dont l'appréciation doit être laissée en définitive au juge civil (ATF 132 III 668 consid. 3.1; 125 III 18 consid. 3b; 121 III 368 consid. 2 et les références citées).

2.2 En l'espèce, le recourant a fait part de sa démission lors de l'assemblée générale extraordinaire du 13 mai 2016. Or, l'ensemble des décisions prises lors de cette assemblée ont été déclarées nulles par le Tribunal, respectivement la Cour de justice dans leurs décisions des 3 septembre 2018 et 16 avril 2019. Dans le cadre de leur examen, les juridictions précitées avaient du reste connaissance et ont tenu compte de la manifestation de volonté du recourant quant à sa démission, ce fait ressortant expressément de leurs exposés en fait. Par conséquent, c'est en toute connaissance de cause que les instances judiciaires ont ordonné le rétablissement de la situation antérieure, soit la réinscription du recourant comme

administrateur-président. Le Registre du commerce s'est d'ailleurs conformé à ces décisions en procédant à la réinscription du recourant avant de le radier à nouveau, à la requête du second administrateur, sur la base du même procès-verbal de l'assemblée extraordinaire, dont la nullité avait pourtant été constatée.

En retenant que la démission du recourant demeurait valable nonobstant les décisions judiciaires précitées, le Registre du commerce s'est livré à une interprétation des règles de droit civil excédant son pouvoir d'examen, étant rappelé qu'il dispose d'un pouvoir limité s'agissant des conditions matérielles. Dans la mesure où le Registre du commerce doit à cet égard vérifier uniquement les normes impératives de la loi destinées à sauvegarder l'intérêt public ou la protection de tiers, il ne lui revenait pas de se prononcer sur la validité matérielle de la démission du recourant, cette question revenant au juge civil. Son pouvoir d'examen devait en conséquence se limiter à déterminer si l'inscription requise n'apparaissait pas manifestement et indiscutablement contraire au droit.

Contrairement à l'avis du Registre du commerce, on ne saurait retenir avec suffisamment de certitude - sous l'angle du pouvoir de cognition restreint qui est le sien - que la démission du recourant prise lors de l'assemblée générale du 13 mai 2016 demeure valable, compte tenu de la nullité de ladite assemblée. De plus, il ressort des pièces du dossier que sa démission s'inscrivait dans le cadre d'une opération tendant également à la révocation du second mandat d'administrateur dans le but d'instaurer un nouvel administrateur unique, ce qui ne s'est finalement pas réalisé. Dans ces circonstances, on ne peut tenir pour certain que la démission du recourant subsiste à elle seule, à l'exclusion des autres décisions qui lui sont étroitement liées.

Le dossier ne contient par ailleurs pas d'autre décision de démission émanant du recourant. La réquisition de réinscription du 22 octobre 2019 de ce dernier, de même que les courriers de l'actionnaire D_____ SA ou encore les décisions judiciaires des 3 septembre 2018 et 16 avril 2019 invoqués par le Registre du commerce se réfèrent uniquement à celle formulée lors de l'assemblée du 13 mai 2016. Le fait qu'elle ait été portée à la connaissance du conseil d'administration ou des actionnaires n'y change rien, puisqu'il n'est pas exclu qu'elle soit dépourvue d'effets juridiques.

Au vu de ce qui précède, la requête du recourant tendant à sa réinscription en tant qu'administrateur-président de la société B_____ SA ne paraît pas manifestement contraire au droit. Le Registre du commerce ne pouvait dès lors refuser de donner suite à cette requête en se fondant sur sa propre interprétation des règles de droit civil relatives à la validité de la démission communiquée lors de l'assemblée du 13 mai 2016.

Le recours s'avère ainsi bien fondé sur ce point.

3. Le recourant reproche au Registre du commerce d'avoir considéré que son mandat d'administrateur était en tout état de cause arrivé à son terme, faute de renouvellement.

3.1 En vertu de l'art. 698 al. 2 ch. 2 CO, l'assemblée générale nomme les membres du conseil d'administration.

Aux termes de l'art. 699 al. 2 CO, l'assemblée générale ordinaire a lieu chaque année dans les six mois qui suivent la clôture de l'exercice. Cette norme est de nature relativement impérative (ATF 107 II 246 consid. 1) et a pour but de protéger les actionnaires (et participants). Il en résulte que le délai concerné peut être raccourci statutairement, mais pas prolongé. Il s'agit toutefois d'un simple délai d'ordre, en ce sens que sa violation ne comporte, en tant que telle, aucune sanction, si ce n'est des cas de responsabilité (PETER/CAVADINI, op. cit, n. 19 ad art. 699 CO; DUBS/TRUFER, in Basler Kommentar, 2016, OR II, n. 22 ad art. 699 CO et les références citées).

Les membres du conseil d'administration sont élus pour trois ans, sauf disposition contraire des statuts. La durée des fonctions ne peut cependant excéder six ans (art. 710 al. 1 CO).

L'art. 20 des statuts de la société B_____ SA prévoit que la société est administrée par un conseil d'administration composé d'un ou de plusieurs membres, actionnaires ou non, et nommés par l'assemblée générale ordinaire pour la période s'écoulant jusqu'à la prochaine assemblée générale.

Il existe une controverse doctrinale lorsque la réélection des membres du conseil d'administration (dont la durée du mandat a expiré) n'a pas été soumise à l'assemblée générale, celle-ci n'ayant pas été convoquée ou la question ne lui ayant pas été présentée. Certains auteurs considèrent qu'il y a renouvellement tacite si l'administrateur continue d'exercer son mandat et qu'il est toléré par l'assemblée générale (HARI, Clause statutaire de réélection tacite des membres du conseil d'administration : interprétation et conséquences [carence dans l'organisation], in REPRAX 2/2014 p. 4 ss; MÜLLER/LIPP/PLÜSS, Der Verwaltungsrat, Ein Handbuch für Theorie und Praxis, 4^{ème} éd., 2014, p. 55; WERNLI/RIZZI, in Basler Kommentar OR II, 2016, n. 3a ad art. 710 CO). Pour d'autres auteurs, il ne peut y avoir qu'un renouvellement tacite unique, ensuite de quoi les membres du conseil d'administration doivent être traités comme un organe de fait (BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht: 4^{ème} éd., 2009, § 13, n. 58; TRAUTMANN/VON DER CRONE, Organisationsmängel und Pattsituationen in der Aktiengesellschaft, in Revue suisse de droit des affaires et du marché financier, SZW 2012 461, p. 465).

Bien que les divergences doctrinales quant à l'admissibilité d'une prolongation tacite du mandat d'administrateur aient été relevées dans la jurisprudence fédérale,

cette question n'a semble-t-il pas été tranchée (ATF 140 III 349 consid. 2.5; cf. arrêt du Tribunal fédéral 4A_507/2014 et 4D_73/2014 du 15 avril 2015 consid. 5.1).

3.2 En l'espèce, le recourant est administrateur de la société B_____ SA depuis sa création en 2008. Depuis lors, aucune assemblée générale ne s'est tenue, à l'exception de l'assemblée extraordinaire du 13 mai 2016, dont la nullité a été constatée. Il a néanmoins continué d'exercer sa fonction d'administrateur et de président du conseil d'administration, sans que cela ne soit remis en cause avant le présent litige, et est demeuré inscrit comme tel au Registre du commerce. Il en va de même en ce qui concerne le second administrateur, C_____.

Il sied de relever, à titre liminaire, que la présente situation diffère du cas de figure faisant l'objet de la décision DAS/148/08 du 3 juillet 2008 citée par le Registre du commerce, dans lequel l'assemblée générale s'était expressément prononcée sur la réélection du conseil d'administration sans que celui-ci n'obtienne les voix nécessaires à sa réélection, mettant ainsi fin à son mandat.

La question qui se pose en l'espèce est celle du renouvellement tacite du mandat de l'administrateur en l'absence de toute décision de l'assemblée générale, laquelle fait l'objet d'une controverse doctrinale laissée indécise par le Tribunal fédéral. Il s'agit d'une condition matérielle sur laquelle là encore le Registre du commerce dispose d'un pouvoir d'appréciation restreint. Il ne revenait ainsi pas à cette autorité de trancher cette question, mais d'examiner si l'inscription requise par le recourant apparaissait manifestement et indiscutablement contraire au droit.

Dans la mesure où la question du renouvellement tacite du mandat d'administrateur demeure ouverte et que la position du recourant s'appuie sur plusieurs avis partagés par la doctrine, il y a lieu d'admettre qu'elle repose sur une interprétation plausible de la loi. De plus, la solution retenue par le Registre du commerce, selon laquelle seul le mandat du recourant aurait pris fin faute de renouvellement, réserve un sort différent au second administrateur sans justification apparente. En effet, de deux choses l'une: soit l'on considère que le mandat d'administrateur du recourant a pris fin faute de renouvellement, auquel cas il devrait en aller de même concernant celui du second administrateur qui n'a pas non plus été renouvelé et le préposé au Registre du commerce aurait dû engager la procédure d'office prévue à l'art. 152 ORC en vue de prononcer une éventuelle révocation de l'ensemble des organes de représentation; soit l'on considère que les mandats ont été prolongés tacitement et dans ce cas, la requête du recourant se révèle bien fondée. En revanche, on ne saurait maintenir l'un des deux administrateurs dans ses fonctions, à l'exclusion de l'autre.

Il s'ensuit que la requête du recourant n'apparaît pas manifestement contraire au droit sur ce point également. Le Registre du commerce ne pouvait dès lors refuser d'y donner suite.

4. Le recours sera par conséquent admis et la décision querellée annulée. Il sera ordonné au Registre du commerce de procéder à l'inscription du recourant en qualité d'administrateur-président de la société B_____ SA.
5. Vu le sort du recours, les frais, en 700 fr., seront laissés à la charge de l'Etat. L'avance de frais versée par le recourant lui sera dès lors restituée.

Il n'y a pas lieu d'allouer au recourant une indemnité à titre de dépens, les art. 13 et 14 de l'Ordonnance sur les émoluments en matière de registre du commerce étant seuls déterminants (cf. ATF 124 III 259 consid. 4).

* * * * *

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

A la forme :

Déclare recevable le recours formé le 18 décembre 2019 par A_____ contre la décision rendue le 15 novembre 2019 par le préposé du registre du commerce.

Au fond :

Annule la décision entreprise.

Cela fait:

Ordonne au Registre du commerce de procéder à l'inscription de A_____ en qualité d'administrateur-président de la société B_____ SA.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Sur les frais :

Arrête les frais de la procédure à 700 fr. et les laisse à la charge de l'Etat.

Invite en conséquence les Services financiers du Pouvoir judiciaire à restituer à A_____ son avance de frais en 700 fr.

Dit qu'il n'y pas lieu à l'allocation de dépens.

Siégeant :

Monsieur Cédric-Laurent MICHEL, président; Mesdames Paola CAMPOMAGNANI et Jocelyne DEVILLE-CHAVANNE, juges; Madame Carmen FRAGA, 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.