



POUVOIR JUDICIAIRE

C/6822/2018-CS

DAS/127/2018

DECISION

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre de surveillance

DU JEUDI 24 MAI 2018

Recours (C/6822/2018-CS) formé en date du 26 mars 2018 par A_____ SA, sise _____, comparant par Me Thomas Goossens, avocat, rue Jacques-Balmat 5, case postale 5839, 1211 Genève 11, en l'Etude duquel elle élit domicile.

* * * * *

Décision communiquée par plis recommandés du greffier
du **20 juin 2018** à :

- **A_____ SA**
c/o Me Thomas Goossens, avocat
5, rue Jacques-Balmat, c.p. 5839, 1211 Genève 1

 - **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_____ SA a été inscrite au Registre du commerce le 29 octobre 2009 avec siège à Genève, à l'adresse _____, et a pour but la conception, réalisation et développement de projets de _____. Son capital nominal est de 100'000 fr. libéré à hauteur de 50'000 fr. et composé de 100 actions de 1'000 fr. au porteur. L'administrateur unique de la société, avec signature individuelle, est B_____, de _____, à Genève.

Suite à une poursuite diligentée par l'Administration fiscale cantonale pour les impôts cantonaux 2014, un procès-verbal de saisie a été dressé par l'Office des poursuites le 19 juin 2017 et un acte de défaut de biens délivré au créancier sur la base des déclarations de l'administrateur de la société, dont il ressortait que celle-ci ne possédait ni bien immobilier, ni bien mobilier, ni créance envers les tiers, ni compte bancaire ou CCP, ni stock, ni personnel, ni locaux, ni véhicule, l'administrateur ayant déclaré en outre que la société n'avait jamais été en activité.

A la demande de l'Administration fiscale cantonale, le Registre du commerce a entamé la procédure de radiation d'office.

En date du 5 décembre 2017, le Registre du commerce a adressé une sommation à l'adresse du siège de la société, retournée à l'expéditeur, avec la mention "destinataire introuvable à l'adresse indiquée". Le Registre du commerce a, dès lors, fait publier la triple sommation prévue par la loi dans la FOOSC en date des _____, _____ et _____ 2018 aux termes de laquelle l'administration et les créanciers étaient sommés de lui communiquer leur intérêt motivé au maintien de l'inscription, faute de quoi la société serait radiée d'office. Personne ne s'étant manifesté, la société a été radiée le 13 mars 2018.

- B. a. Par recours déposé au greffe de la Cour le 26 mars 2018, A_____ SA a conclu à l'annulation de la décision de radiation du 16 mars 2018 et à ce qu'il soit ordonné au Registre du commerce de la réinscrire audit registre, subsidiairement à ce que la cause soit renvoyée au Registre du commerce pour nouvelle décision. Préalablement, elle sollicite la constatation de l'effet suspensif à son recours, respectivement demande à ce que celui-ci soit accordé, le Registre du commerce devant être invité à réinscrire en tout état la société jusqu'à droit jugé sur le recours.
- b. Par observations du 6 avril 2018, le Registre du commerce a conclu au rejet du recours et à la confirmation de la décision attaquée sous suite de frais. Il expose que les conditions à la radiation étaient réalisées lorsque celle-ci a été prononcée et qu'il a respecté la procédure pour y parvenir.

c. En date des 12 et 13 avril 2018, la recourante a informé la Cour du fait que la radiation avait pris effet et a sollicité sur mesure superprovisionnelle qu'elle ordonne sa réinscription jusqu'à droit jugé sur le recours.

d. Par décision du 13 avril 2018, la Chambre de Surveillance a ordonné, à titre superprovisionnelle, la réinscription au Registre du commerce de la société, jusqu'à droit jugé sur le recours.

e. Par réplique, déposée le 20 avril 2018 au greffe de la Cour, la recourante a contesté que les conditions à sa radiation aient été réalisées et persisté dans ses conclusions.

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 dans un délai de 30 jours suivant la notification de la décision (art. 4 al. 3 et 165 al. 1, 2 et 4 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 Se pose la question de savoir, dans la mesure où, dans le cadre d'une radiation d'office au sens de l'art. 155 ORC, l'ORC ne prévoit pas le prononcé d'une décision formelle, à partir de quel instant court le délai de recours. Se pose également la question de savoir si le recours déposé contre une radiation d'office opérée par le Registre du commerce peut se fonder sur l'art. 165 ORC dans la mesure où, selon son al. 3, ont qualité pour agir les personnes et les entités juridiques dont la *réquisition* a été rejetée ou qui sont directement visées par une *inscription* d'office.

Ces questions pourront rester indécises dans le cas présent, dans la mesure où la Cour a admis qu'un recours était ouvert contre les décisions de radiation d'office qui doivent être considérées comme des "inscriptions d'office" au sens des articles 4 al. 3 et 165 al. 1 et 3 ORC (cf. notamment DAS/207/2014, DAS/166/2017) et que les principes généraux du droit conduisent à admettre que la décision de radiation est une décision sujette à recours, indépendamment de la forme qu'elle prend.

1.3 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).

1.4 En l'espèce, le recours contre la décision prise par le Registre du commerce le 13 mars 2018 et publié dans la FO SC le _____ mars 2018, déposé le 26 mars 2018 au greffe de la Cour, est recevable (art. 62, 64 et 65 LPA).

- 2. 2.1** Selon l'art. 938a al. 1 CO, lorsqu'une société n'exerce plus d'activité et n'a plus d'actif réalisable, le préposé au Registre du commerce peut la radier dudit registre après une triple sommation publique demeurée sans résultat.

Conformément à l'art. 155 ORC, la procédure débute par la sommation de l'office du Registre du commerce aux personnes chargées de requérir l'inscription, de requérir la radiation ou de lui communiquer les motifs du maintien de l'inscription dans les 30 jours. Cette sommation intervient au moyen d'une lettre recommandée (al. 1). A défaut du dépôt d'une réquisition de radiation ou de la communication de motif de maintien dans ce délai, l'Office du Registre du commerce procède par publication dans la FO SC à une triple sommation aux associés et aux créanciers de faire valoir par écrit dans les 30 jours un intérêt au maintien de l'inscription (al. 2). Si personne ne se manifeste dans les 30 jours après la publication de la dernière sommation, l'office du Registre du commerce radie l'entité juridique (al. 3).

La radiation de la société conformément à l'art. 938a CO suppose que celle-ci n'exerce plus d'activité et n'a plus d'actif réalisable, les deux conditions étant cumulatives (Message du Conseil Fédéral du 19 décembre 2001 concernant la révision du Code des Obligations, FF 2002 p. 29, 459 et ss, p. 30, 35; VOGEL, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht 2007 n. 3 art. 938a OR; ECKERT, Basler Kommentar OR-II, 2016, n. 3 ad art. 938a CO; VIANIN, CR-CO II, 2017 n. 13 ad art. 938, 938a CO).

La disposition de 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'actif (GWELESSIANI, Praxiskommentar zur Handelsregisterverordnung, 3 Aufl. 2016 ad art. 155 n. 541; VIANIN op. cit., ibidem).

L'autorité se fonde sur les circonstances existantes au moment de la sommation (ATF 91 I 139 consid. 1).

Enfin, la jurisprudence a eu l'occasion de rappeler que la procédure de l'art. 155 ORC est une procédure indépendante comprenant ses propres délais et conditions, de sorte que les règles de l'art. 154 ORC relatives aux possibilités de régularisation avant mesures prises d'office par le Registre ne sont pas applicables (arrêts du Tribunal fédéral 4A_336/2016 consid. 3.3 et 4A_338/2016 consid. 3.3).

2.2 Dans le cas d'espèce, personne ne conteste que l'Office du Registre du commerce a respecté la procédure décrite ci-dessus.

La recourante soutient toutefois que les conditions légales de sa radiation n'étaient pas réalisées dans la mesure où elle indique avoir encore eu des actifs et une activité. Or, il ressort de la procédure et notamment des faits relevés plus haut, que c'est sur la base d'un acte de défaut de biens délivré à l'Administration fiscale cantonale le 19 juin 2017, que le Registre du commerce a supposé que la société n'exerçait plus d'activité et n'avait plus d'actif réalisable. Cette supposition était confortée par le fait que l'administrateur unique de la recourante lui-même avait déclaré aux huissiers de l'Office des poursuites procédant à la saisie, que la société n'avait jamais été en activité, qu'elle ne disposait ni de bien mobilier, ni immobilier, ni d'aucune créance envers des tiers, ni de compte bancaire, ni de stock, ni de personnel, ni de locaux, ni de véhicule. La supposition du Registre du commerce a été encore confirmée par le fait que la première sommation à l'administration de requérir la radiation ou de lui communiquer les motifs d'un maintien de l'inscription, a été retournée à l'Office avec la mention "inconnu à cette adresse", soit l'adresse du siège de la société figurant au Registre.

Par conséquent, les conditions à la radiation d'office prononcée par le Registre du commerce (formelles et matérielles) étaient toutes réalisées au moment de la décision, de sorte que cette décision doit être confirmée, le recours étant rejeté sous suite de frais.

- 3.** Ceux-ci sont arrêtés à 500 fr. (art. 10 du règlement sur les frais, émoluments et indemnités en procédure administrative; E 5 10.03) et compensés avec l'avance de frais versés qui reste acquise à l'Etat.

* * * * *

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

A la forme :

Déclare recevable le recours déposé le 26 mars 2018 par A_____ SA contre la décision du 16 mars 2018 prise par le Registre du commerce dans la cause C/6822/2018.

Au fond :

Le rejette.

Sur les frais :

Arrête les frais de la procédure de recours à 500 fr., les met à la charge de la recourante et les compense en totalité avec l'avance de frais versée qui reste acquise à l'Etat.

Siégeant :

Monsieur Cédric-Laurent MICHEL, président; Mesdames Paola CAMPOMAGNANI et Jocelyne DEVILLE-CHAVANNE, juges; Madame Maïté VALENTE, 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), 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.