Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
4A.11/2006 /ech

Arrêt du 1er septembre 2006
Ire Cour civile

Composition
MM. et Mme les Juges Corboz, président, Favre et Kiss.
Greffière: Mme Aubry Girardin.

Parties
A._____ et Association B._____,
recourants, tous les deux représentés par Me Nicolas Jeandin,

contre

Autorité de surveillance du registre du commerce, p.a. Cour de justice du canton de Genève, place du Bourg-de-Four 1, case postale 3108, 1211 Genève 3.

Objet
inscription au registre du commerce; rectification; décision attaquable

(recours de droit administratif contre la décision de l'Autorité cantonale genevoise de surveillance du registre du commerce du 23 mars 2006).

Faits:
A.
Le 23 juin 2005, lors de leur assemblée générale ordinaire, les actionnaires de la Société Anonyme C._____ (ci-après: C._____), qui a son siège à Genève, ont décidé, à la majorité de 985'543 voix contre 2'034, de réduire le capital de la société de 13'950'000 fr. à 4'068'750 fr., en application de l'art. 732 CO. La valeur nominale de chacune des 1'162'500 actions de la société a été ramenée de 12 fr. à 3,50 fr. Le remboursement de 8,50 fr. par titre devait s'effectuer par compensation de la créance globale des actionnaires à hauteur de 6'187'312,50 fr., le solde de 3'693'937,50 fr. étant versé en espèces.

Le 5 juillet 2005, le conseil de vingt-trois actionnaires minoritaires de la société, dont A._____ et l'Association B._____ (ci-après: l'Association), qui avaient refusé la réduction du capital, a fait savoir au Préposé du registre du commerce du canton de Genève (ci-après: le Préposé) que ses clients s'opposaient, en vertu de l'art. 32 ORC, à l'inscription de cette modification et qu'ils déposeraient prochainement une action en annulation de la décision prise par l'assemblée générale, en vertu de l'art. 706 CO, le délai prescrit à cet effet arrivant à échéance le 23 août suivant.

Le Préposé a répondu, par courrier du même jour, qu'il prenait acte de l'opposition qu'il tenait pour valable jusqu'au 5 juillet 2006, sous réserve d'une éventuelle prolongation au-delà de cette date. Il était précisé que, dans l'hypothèse où une réquisition serait déposée, les opposants se verraient impartir un délai de 20 jours pour obtenir une ordonnance provisionnelle suspendant la procédure d'inscription.

Le 23 août 2005, les actionnaires minoritaires ont ouvert une action au fond devant le Tribunal de première instance du canton de Genève, en annulation des décisions prises par l'assemblée générale du 23 juin 2005, dont celle portant sur la réduction du capital social.

Les administrateurs de C._____ ont, pour leur part, fait publier dans la Feuille officielle suisse du commerce (ci-après: la FOSC) les 2, 5 et 6 septembre 2005 la décision de réduction du capital social; les créanciers ont été invités à produire leurs prétentions jusqu'au 7 novembre suivant. Aucun créancier ne s'est annoncé.
Le 29 novembre 2005, les administrateurs ont requis l'inscription de la réduction du capital social au registre du commerce.

Le 6 décembre 2005, le Préposé, sans inviter les opposants à agir par la voie provisionnelle, a procédé à l'inscription, qui a été publiée six jours plus tard dans la FOSC.

Le 23 janvier 2006, l'avocat des opposants a demandé au Préposé d'ordonner "la suspension immédiate des opérations" et de procéder à la communication officielle prévue par l'art. 32 al. 2 ORC, afin qu'il puisse entreprendre valablement les démarches nécessaires. Questionné sur l'existence d'une action au fond, l'avocat a répondu, trois jours plus tard, que ses clients avaient ouvert une action en annulation de la décision de l'assemblée générale.

Le 27 janvier 2006, le Préposé, se fondant sur l'art. 32 ORC, a imparti aux opposants un délai de 20 jours pour obtenir du juge compétent qu'il rende une mesure provisionnelle ordonnant la rectification à titre provisoire des inscriptions au registre du commerce dans le sens d'un rétablissement de la situation dans l'état d'avant le 6 décembre 2005.

Le 2 février 2006, l'avocat a protesté, en rappelant l'assurance qui lui avait été donnée, au mois de juillet 2005, de se voir impartir un délai pour agir par la voie provisionnelle au moment du dépôt de la requête d'inscription. Le lendemain, le Préposé a répondu qu'il maintenait sa décision.
B.
Le 10 février 2006, les opposants, dont A._____ et l'Association, ont recouru auprès de l'Autorité cantonale de surveillance du registre du commerce (ci-après: l'Autorité de surveillance) contre les prononcés du Préposé des 27 janvier et 3 février 2006, en concluant à la radiation de l'inscription portée au registre du commerce le 6 décembre 2005 et à l'octroi d'un délai pour obtenir une ordonnance provisionnelle conformément à l'art. 32 al. 2 ORC.

Par décision du 23 mars 2006, l'Autorité de surveillance a déclaré le recours irrecevable.
C.
Contre cette décision, A._____ et l'Association interjettent un recours de droit administratif auprès du Tribunal fédéral. A la forme, ils concluent à ce que leur recours soit déclaré recevable en tant que recours de droit administratif, subsidiairement en tant que recours de droit public. Sur le fond, ils requièrent l'annulation de la décision du 23 mars 2006 et demandent au Tribunal fédéral, statuant à nouveau, de déclarer recevable le recours qu'ils ont interjeté contre les décisions du Préposé des 27 janvier et 3 février 2006, d'annuler ces dernières, d'ordonner la radiation de l'inscription parue dans la FOSC le 12 décembre 2005 de la réduction du capital-actions de C._____ et d'inviter le Registre du commerce à faire application de l'art. 32 al. 2 ORC, en leur impartissant un délai suffisant d'après la procédure cantonale pour obtenir du juge une ordonnance provisionnelle faisant interdiction au Registre du commerce de procéder à l'inscription précitée. A titre subsidiaire, ils concluent au renvoi de la cause à l'Autorité de surveillance, subsidiairement au Registre du commerce, pour nouvelle décision dans le sens des considérants.

Par ordonnance du 12 juin 2006, le Président de la Ire Cour civile du Tribunal fédéral a accordé l'effet suspensif au recours.

L'Autorité de surveillance s'est référée aux considérants de sa décision.

L'Office fédéral du registre du commerce a présenté des observations, en précisant qu'il ne se prononçait pas sur les questions procédurales, mais se limitait à l'examen des griefs de droit matériel soulevés par les recourants. Sous cet angle, il a conclu au rejet du recours, dans la mesure de sa recevabilité.

Le Tribunal fédéral considère en droit:
1.
Le présent recours est dirigé contre une décision rendue par l'Autorité cantonale de surveillance du registre du commerce, qui déclare irrecevable le recours interjeté par deux opposants à l'encontre de décisions du Préposé. Dans l'acte entrepris, les juges ont évoqué les questions juridiques de fond posées par le recours, mais ils ont estimé que celles-ci pouvaient demeurer sans réponse, dès lors que les décisions du Préposé attaquées avaient un caractère préparatoire et ne pouvaient être contestées par le biais d'un recours en vertu de l'art. 3 al. 3 de l'ordonnance du 7 juin 1937 sur le registre du commerce (RS 221.411; ci-après: ORC).
2.
Contre la décision de l'Autorité de surveillance, les recourants ont déclaré former un recours de droit administratif, subsidiairement un recours de droit public. Il convient donc d'examiner la recevabilité de la première voie de droit.
2.1 L'acte attaqué apparaît comme une décision au sens de l'art. 5 al. 1 let. c PA, prise par une autorité judiciaire cantonale statuant en dernière instance (art. 98a OJ; ATF 130 III 707 consid. 3.2), contre laquelle la voie du recours de droit administratif est en principe ouverte en regard des art. 97 al. 1 et 98 let. g OJ, ainsi que de l'art. 5 al. 1 ORC. La décision entreprise se fonde en outre sur du droit public fédéral (ATF 129 I 337 consid. 1.1 et les arrêts cités), en l'occurrence sur l'art. 3 al. 3 ORC.
2.2 Dans la mesure où l'Autorité de surveillance ne s'est pas prononcée sur le refus du Préposé de donner suite à la requête qui tendait à placer les actionnaires minoritaires dans la situation juridique qui aurait été la leur s'il avait été tenu compte de leur opposition formée en juillet 2005, les recourants sont atteints par la décision attaquée et ont un intérêt digne de protection à ce que celle-ci soit annulée ou modifiée (art. 103 let. a OJ; cf. ATF 131 II 361 consid. 1.2). La qualité pour recourir doit donc leur être reconnue.
2.3 Déposé en temps utile compte tenu des féries et dans les formes requises (cf. art. 34 al. 1 let. a, 106 et 108 OJ), le présent recours, envisagé dans son ensemble, paraît donc en principe recevable en tant que recours de droit administratif.

Partant, il n'y a pas lieu d'examiner sa recevabilité sous l'angle du recours de droit public, cette voie de droit n'ayant, comme l'ont relevé les recourants, qu'un caractère subsidiaire (cf. art. 84 al. 2 OJ).
3.
Selon l'art. 104 let. a OJ, le recours de droit administratif peut être formé pour violation du droit fédéral, y compris l'excès et l'abus du pouvoir d'appréciation (let. a). Le Tribunal fédéral revoit d'office l'application du droit fédéral, qui englobe notamment les droits constitutionnels des citoyens (ATF 132 II 188 consid. 2.1; 129 II 183 consid. 3.4 et les arrêts cités). Comme il n'est pas lié par les motifs invoqués par les parties (cf. art. 114 al. 1 in fine OJ), il peut admettre le recours pour d'autres raisons que celles avancées par le recourant ou, au contraire, confirmer l'arrêt attaqué pour d'autres motifs que ceux retenus par l'autorité intimée (ATF 130 III 707 consid. 3.1).

Lorsque le recours est dirigé comme en l'espèce contre la décision d'une autorité judiciaire, le Tribunal fédéral est lié par les faits constatés dans la décision entreprise, sauf s'ils sont manifestement inexacts ou incomplets, ou s'ils ont été établis au mépris de règles essentielles de procédure (art. 104 let. b et 105 al. 2 OJ). En outre, le Tribunal fédéral ne peut pas revoir l'opportunité de la décision entreprise, le droit fédéral ne prévoyant pas un tel examen (art. 104 let. c ch. 3 OJ) (ATF 130 I 312 consid. 1.2, III 707 consid. 3.2).
4.
Devant la Cour de céans, les recourants concluent non seulement à ce que leur recours auprès de l'Autorité de surveillance soit déclaré recevable, mais prennent également des conclusions au fond. Ce faisant, ils perdent de vue que l'objet du litige se définit en fonction de la décision attaquée (Moor, Droit administratif, vol. II, 2e éd. Berne 2002, N 5.4.2.1; Gygi, Bundesverwaltungsrechtpflege, 2e éd. Berne 1983, p. 127 s.). En l'occurrence, l'acte entrepris est une décision d'irrecevabilité fondée sur des motifs formels, les juges cantonaux ayant considéré que les décisions du Préposé portées devant eux avaient un caractère préparatoire. La Cour de céans ne peut donc revoir que le bien-fondé du refus de l'Autorité de surveillance d'entrer en matière sur le recours déposé auprès d'elle. Les conclusions des recourants qui tendent à l'annulation des décisions du Préposé des 27 janvier et 3 février 2006, à ce que la radiation de l'inscription soit ordonnée et qui demandent au Tribunal fédéral d'inviter le Registre du commerce à faire application de l'art. 32 al. 2 CO sont donc irrecevables (cf.

ATF 118 Ib 134 consid. 2 et 3 p. 136 s. confirmé in ATF 123 V 335).
5.
En ce qui concerne le refus de l'Autorité de surveillance d'entrer en matière, les recourants invoquent une violation de l'art. 3 al. 3 ORC, reprochant aux juges d'avoir retenu à tort que les décisions du Préposé attaquées n'avaient qu'un caractère préparatoire et ne pouvaient dès lors être contestées par le biais d'un recours.
5.1 Selon l'art. 3 al. 3 ORC, l'autorité cantonale de surveillance statue sur les recours dirigés contre les décisions du préposé ou en cas de négligence de celui-ci. Cette disposition ne comporte pas de limitation quant à la nature des décisions qui peuvent faire l'objet d'un recours auprès de l'autorité de surveillance. Sont visées toutes les décisions prises par le préposé qui concernent non seulement les inscriptions, les radiations, les rectifications ou le refus de porter une mention au registre, mais aussi d'autres décisions, notamment celles relatives à la fixation des émoluments (Küng/Meisterhans/Zenger/Bläsi/Nussbaum, Kommentar zur Handelsregister-Verordnung, 2e éd. Zurich 2002, N 10 ad art. 3 ORC; Schneider, Der Rechtsschutz in Handelsregistersachen und die Entscheidungskompetenz der Handelsregisterbehörden, thèse Zurich 1959, p. 41). La doctrine considère, par analogie avec l'ATF 101 Ib 441 consid. 1b p. 445, que lorsque le préposé, statuant sur une opposition à une inscription, se limite à renvoyer les opposants auprès du juge civil, comme le prévoit l'art. 32 ORC, il ne rend pas une décision au sens de l'art. 3 al. 3 ORC, de sorte qu'aucun recours à l'Autorité de surveillance n'est ouvert (Küng, Commentaire bernois,
N. 201 ad art. 929 CO; Küng/Meisterhans, Handbuch für das Handelsregister, vol. IV, Zurich 1995, p. 52 s.; Kuster, Die Einsprache nach Art. 32 Abs. 2 HRegV, Annuaire suisse du registre du commerce 1997, p. 105 ss, 113).
5.2 Il faut donc déterminer si l'Autorité de surveillance était en droit de considérer que les décisions du Préposé du 27 janvier et du 3 février 2006 ne pouvaient faire l'objet d'un recours au sens de l'art. 3 al. 3 ORC. Cet examen suppose de replacer ces décisions dans leur contexte. Le 5 juillet 2005, peu après que la réduction du capital-actions de C._____ a été votée, les actionnaires minoritaires ont déclaré au Préposé qu'ils s'opposaient à l'inscription de cette réduction au registre du commerce. Bien que le Préposé leur ait donné le jour même l'assurance de prendre acte de leur opposition durant une année, il a procédé à l'inscription de la réduction du capital-actions de la société au registre du commerce le 6 décembre 2005. L'ayant appris, l'avocat des opposants a demandé au Préposé, le 23 janvier 2006, de suspendre immédiatement les opérations et de procéder à la communication officielle prévue par l'art. 32 al. 2 ORC. Le 27 janvier 2006, le Préposé a imparti aux opposants un délai de 20 jours pour qu'ils obtiennent du juge une mesure provisionnelle ordonnant la rectification à titre provisoire des inscriptions au registre du commerce, dans le sens d'un rétablissement de la situation dans l'état d'avant le 6 décembre
2005. L'avocat ayant protesté contre ce mode de faire, le Préposé a indiqué, le 3 février 2006, qu'il maintenait sa décision, car il ne lui appartenait pas d'annuler l'inscription du 6 décembre 2005.
Ce déroulement des faits révèle que, les 27 janvier et 3 février 2006, le Préposé ne s'est pas limité à renvoyer les opposants auprès du juge civil. En effet, les actionnaires minoritaires dont l'opposition n'avait pas été prise en compte ont demandé au Préposé qu'il accomplisse les actes permettant le retour in statu quo ante, en supprimant l'inscription de la réduction du capital-actions opérée le 6 décembre 2005 sans tenir compte de leur opposition et en leur fixant un délai pour obtenir du juge qu'il empêche à titre provisionnel l'inscription litigieuse, conformément à l'art. 32 al. 2 ORC. Cette requête équivaut donc, comme l'a qualifiée à juste titre l'Office fédéral du registre du commerce, à une demande de rectification d'une inscription figurant au registre du commerce. En renvoyant les recourants devant le juge civil, le Préposé n'a pas donné suite à cette requête, refusant ainsi de placer les opposants dans la situation qui aurait été la leur s'il avait été tenu compte de leur opposition formée en juillet 2005. C'est du reste ce refus que les recourants ont contesté devant l'Autorité de surveillance.

Dans ces circonstances, l'Autorité de surveillance ne pouvait considérer les décisions du Préposé attaquées devant elle comme de simples décisions préparatoires, car, hormis le renvoi au juge civil, elles expriment le refus de donner suite à une requête visant à la rectification d'une inscription au registre. Or, le refus du préposé d'opérer une inscription (ou une rectification) fait typiquement partie des décisions contre lesquelles, en vertu de l'art. 3 al. 3 ORC, la voie du recours auprès de l'autorité de surveillance est ouverte (cf. Vianin, L'inscription au registre du commerce et ses effets, thèse Fribourg 2000, p. 159).

Il en découle que l'autorité intimée ne pouvait se retrancher derrière l'irrecevabilité du recours pour ne pas vérifier le bien-fondé des décisions prises par le Préposé les 27 janvier et 3 février 2006. En n'entrant pas en matière, au motif que les décisions précitées n'avaient qu'un caractère accessoire, l'Autorité de surveillance a violé l'art. 3 al. 3 ORC.

Le recours de droit administratif doit donc être admis dans la mesure où il est recevable et la décision d'irrecevabilité attaquée annulée.
5.3 Lorsque le Tribunal fédéral annule une décision pour violation du droit public fédéral (art. 104 let. a OJ), il peut soit statuer lui-même sur le fond, soit renvoyer l'affaire pour nouvelle décision à l'autorité inférieure; si celle-ci a tranché sur recours, il peut renvoyer l'affaire à l'autorité qui a statué en première instance (art. 114 al. 2 OJ). Le renvoi s'impose toutefois lorsque l'autorité ne s'est prononcée que sur la recevabilité sans examiner - même à titre subsidiaire - le fond du litige, car il n'appartient pas au Tribunal fédéral de se prononcer en première instance, notamment parce que cela priverait le justiciable d'un degré de juridiction (arrêt du Tribunal fédéral 1A.191/1998 du 11 octobre 1999 in SJ 2000 I p. 129 consid. 3; ATF 119 Ib 56 consid. 2c p. 60 et les arrêts cités). Tel est le cas en l'espèce, puisque les juges cantonaux ont évoqué les questions de fond, tout en les laissant ouvertes au motif que le recours était irrecevable. Il convient donc de renvoyer la cause à l'Autorité de surveillance, pour qu'elle traite du recours interjeté contre les décisions du Préposé des 27 janvier et 3 février 2006 (cf. ATF 127 II 264 consid. 2i in fine).
6.
Aucun frais judiciaire ne sera perçu (art. 156 al. 2 OJ). Le canton de Genève versera en revanche des dépens aux recourants, créanciers solidaires (art. 159 al. 1 et 5 OJ).

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce:
1.
Le recours est admis dans la mesure où il est recevable et la décision attaquée est annulée.
2.
La cause est renvoyée à l'Autorité de surveillance pour nouvelle décision dans le sens des considérants.
3.
Il ne sera pas perçu de frais.
4.
Le canton de Genève versera aux recourants, créanciers solidaires, une indemnité de 2'500 fr. à titre de dépens.
5.
Le présent arrêt est communiqué en copie au mandataire des recourants, à l'Autorité cantonale de surveillance du registre du commerce, ainsi qu'à l'Office fédéral du registre du commerce.
Lausanne, le 1er septembre 2006
Au nom de la Ire Cour civile
du Tribunal fédéral suisse
Le président: La greffière: