Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
4A 26/2007 /ech

Arrêt du 5 juin 2007
Ire Cour de droit civil

Composition
MM. et Mmes les Juges Corboz, Président,
Klett, Rottenberg Liatowitsch, Kolly et Kiss.
Greffier: M. Abrecht.

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

contre

Autorité de Surveillance du Registre du Commerce du canton de Genève, 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,

recours en matière civile contre la décision prise le
23 janvier 2007 par l'Autorité de Surveillance du Registre du Commerce du canton de Genève.

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 fr. 50. Le remboursement de 8 fr. 50 par titre devait s'effectuer par compensation de la créance globale des actionnaires à hauteur de 6'187'312 fr. 50, le solde de 3'693'937 fr. 50 étant versé en espèces.

B.
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 2005.

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 saisi le Tribunal de première instance du canton de Genève d'une action en annulation des décisions prises par l'assemblée générale du 23 juin 2005, dont celle portant sur la réduction du capital social (cause C/18555/2005).

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 2005. Aucun créancier ne s'est annoncé.

C.
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 des mesures provisionnelles, a procédé à l'inscription, qui a été publiée le 12 décembre 2005 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 s'opposer à l'inscription par la voie provisionnelle. Le 3 février 2006, le Préposé a répondu qu'il maintenait sa décision.

D.
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, pour le motif que le 27 janvier, puis le 3 février 2006, le Préposé avait offert aux recourants d'agir par la voie provisionnelle et d'obtenir dans un délai de 20 jours une ordonnance rétablissant la situation antérieure, opportunité que les recourants n'avaient pas mise à profit; or la décision par laquelle le préposé au registre du commerce invitait un opposant à déposer une requête provisionnelle avait un caractère préparatoire et ne pouvait être contestée par le biais d'un recours auprès de l'autorité de surveillance fondé sur l'art. 3 al. 3 ORC.

Saisi d'un recours de droit administratif interjeté par A._____ et l'Association, le Tribunal fédéral, par arrêt du 1er septembre 2006 (4A.11/2006), a annulé la décision du 23 mars 2006 et a renvoyé 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.

E.
Dans la cause C/18555/2005 mentionnée plus haut (cf. lettre B supra), le Tribunal de première instance du canton de Genève, par jugement du 13 avril 2006, a débouté les demandeurs de leur action en annulation des

décisions prises par l'assemblée générale de la SAJJGL du 23 juin 2005. Les demandeurs ont appelé de ce jugement et ont ensuite sollicité la suspension de l'instruction comme dépendant de la procédure (C/20225/2001) pendante portant sur l'annulation de la dissolution de la SAJJGL décidée par les actionnaires le 22 juin 2001. Par arrêt du 29 novembre 2006, la Cour de justice a accepté la requête de suspension.

F.
Statuant à nouveau le 23 janvier 2007, l'Autorité de surveillance a rejeté le recours interjeté contre les décisions rendues les 27 janvier et 3 février 2006 par le Préposé du registre du commerce.

G.
Agissant par la voie du recours en matière civile au Tribunal fédéral, A._____ et l'Association concluent avec suite de frais et dépens principalement à ce que la décision de l'Autorité de surveillance du 23 janvier 2007 soit réformée dans le sens de l'admission des conclusions qu'ils avaient prises devant cette autorité (cf. lettre D supra); à titre subsidiaire, ils concluent à l'annulation de cette décision et au renvoi de la cause à l'autorité cantonale pour nouvelle décision.

Les recourants ont en outre présenté une requête d'effet suspensif, que le Président de la Cour de céans, après avoir invité l'autorité cantonale à se déterminer sur le recours et sur la requête d'effet suspensif, a admise par ordonnance du 26 mars 2007.

Invité à déposer des déterminations sur le recours, l'Office fédéral du registre du commerce propose le rejet du recours.

Le Tribunal fédéral considère en droit:

1.
1.1 Comme la décision attaquée a été rendue après l'entrée en vigueur, le 1er janvier 2007 (RO 2006, 1242), de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral (LTF; RS 173.110), le recours est régi par le nouveau droit (art. 132 al. 1 LTF).

1.2 Le recours a été interjeté, dans le délai (art. 100 al. 1 LTF) et la forme (art. 42 LTF) prévus par la loi, par les parties qui ont succombé dans leurs conclusions prises devant l'autorité précédente et qui ont un intérêt juridique à l'annulation ou à la modification de la décision attaquée (art. 76 al. 1 LTF). Il est par ailleurs dirigé contre un jugement final (art. 90 LTF) qui est sujet au recours en matière civile (art. 72 al. 2 let. b ch. 2 LTF) et qui a été rendu par une autorité cantonale de dernière instance (art. 75 LTF).

1.3 Dans les affaires pécuniaires concernant d'autres matières que le droit du travail et le droit du bail à loyer, pour lesquelles le seuil est fixé à 15'000 fr. (art. 74 al. 1 let. a LTF), le recours en matière civile n'est recevable que si la valeur litigieuse s'élève au moins à 30'000 fr.
1.3.1 Sous réserve des exceptions prévues à l'art. 74 al. 2 LTF, cette exigence s'applique à toutes les affaires pécuniaires sujettes au recours en matière civile, y compris en ce qui concerne les décisions prises en application de normes de droit public dans des matières connexes au droit civil (art. 72 al. 2 let. b LTF). Cela vaut donc aussi pour les décisions qui, sous l'ancien droit, étaient sujettes au recours de droit administratif indépendamment de la valeur litigieuse, telles que celles rendues par les autorités cantonales de surveillance du registre du commerce (art. 97 et 98 let. g OJ, art. 5 ORC; ATF 121 III 368 consid. 1), qui ne peuvent désormais être attaquées par la voie du recours en matière civile que si la valeur litigieuse exigée par l'art. 74 al. 1 let. b LTF est atteinte, dans la mesure où il s'agit d'affaires pécuniaires (Hans Peter Walter, Neue Zivilrechtspflege, in Neue Bundesrechtspflege, 2007, p. 116).
1.3.2 Selon la jurisprudence relative à l'art. 46 OJ, l'action en annulation des décisions de l'assemblée générale (art. 706 et 706a CO), par laquelle il est notamment possible d'attaquer une décision de réduction du capital-actions (art. 732 CO), est pécuniaire (arrêt du Tribunal fédéral 4C.266/1992 du 25 novembre 1992, consid. 2 non publié à l'ATF 118 II 496; ATF107 II 179 consid. 1). La valeur déterminante est celle de l'intérêt de la société au maintien des décisions contestées, intérêt dont la valeur est en principe plus élevée que celle de

l'intérêt personnel de l'actionnaire demandeur (ATF 75 II 149 consid. 1; 92 II 243 consid. 1b).
1.3.3 Comme l'inscription au registre du commerce de la réduction du capital-actions a un effet constitutif (art. 647 al. 3 CO; Manfred Küng, Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 2e éd. 2002, n. 1 et 6 ad art. 734 CO; Wolfhart Bürgi, Zürcher Kommentar, vol. V/5b/2, 1969, n. 7 ad art. 734 CO; Guillaume Vianin, L'inscription au registre du commerce et ses effets, thèse Fribourg 2000, p. 268 s. et les références citées), il y a lieu de considérer que, lorsque le litige porte sur la radiation de cette inscription, la valeur litigieuse - que le Tribunal fédéral fixe selon son appréciation lorsque les conclusions ne tendent pas au paiement d'une somme d'argent déterminée (art. 51 al. 2 LTF) - est celle de l'intérêt de la société à l'inscription contestée. En l'espèce, comme l'a constaté l'autorité cantonale en application de l'art. 112 al. 1 let. d LTF, la valeur litigieuse est manifestement supérieure à 30'000 fr., compte tenu de la réduction du capital-actions à concurrence de 9'881'250 fr. (13'950'000 fr. - 4'068'750 fr.) objet de l'inscription contestée, si bien que le recours apparaît recevable de ce chef.

2.
2.1 Les recourants se plaignent de l'application erronée de l'art. 32 ORC et de la violation du principe de la bonne foi. Ils exposent que l'art. 32 ORC règle l'opposition de droit privé à une inscription au registre du commerce de manière différenciée selon que l'opposition est soulevée à l'encontre d'une inscription déjà opérée (al. 1) ou avant qu'une inscription ne soit opérée (al. 2), la voie des mesures provisionnelles n'étant envisageable que dans cette deuxième hypothèse. En l'espèce, la réduction du capital-actions de la SAJJGL a été inscrite au registre du commerce alors même que la validité de cette décision faisait l'objet d'une action en annulation pendante, qu'une opposition anticipée à cette inscription avait été valablement formée le 5 juillet 2005 et que le Préposé avait pris acte de cette opposition anticipée en annonçant qu'il procéderait selon l'art. 32 al. 2 ORC si une réquisition d'inscription devait lui être adressée. Les recourants font valoir que dans ces circonstances, le Préposé aurait violé l'art. 32 al. 2 ORC et les règles de la bonne foi en procédant à l'inscription litigieuse; il ne pouvait prétendre réparer après coup cette violation par l'invitation aux recourants d'agir par le biais de mesures
provisionnelles non prévues par le droit fédéral. Selon les recourants, dès lors que l'inscription publiée le 12 décembre 2005 consacrait une violation de l'art. 32 al. 2 ORC, elle devait être annulée par la voie administrative et les recourants invités à agir selon la voie prévue par l'art. 32 al. 2 ORC.
2.2
2.2.1 Sous le titre marginal « Opposition de droit privé à une inscription », l'art. 32 ORC dispose que si des tiers forment opposition à une inscription déjà opérée, en alléguant une violation de leurs droits, le préposé les renvoie au juge, à moins qu'ils n'invoquent des dispositions que les autorités du registre du commerce doivent appliquer d'office (al. 1); si une opposition de droit privé est formée contre une inscription non encore opérée, le préposé impartit à l'opposant un délai suffisant d'après la procédure cantonale pour obtenir du juge une ordonnance provisionnelle, et, si le juge n'interdit pas l'inscription dans ce délai, le préposé y procède pourvu que les autres conditions requises soient remplies (al. 2).
2.2.2 L'art. 32 ORC distingue selon que l'opposition est dirigée contre une inscription déjà opérée ou seulement à venir: lorsque l'inscription n'est pas encore opérée, le préposé doit, conformément à l'art. 32 al. 2 ORC, impartir à l'opposant un délai suffisant d'après la procédure cantonale pour obtenir du juge une ordonnance provisionnelle; lorsque l'inscription a déjà été opérée, le préposé doit, conformément à l'art. 32 al. 1 ORC, renvoyer l'opposant au juge, pour autant que les griefs qu'il soulève doivent être invoqués par la voie judiciaire civile (Vianin, op. cit., p. 162 s.; Thomas Schneider, Der Rechtsschutz in Handelsregistersachen und die Entscheidungskompetenz der Handelsregisterbehörden, thèse Zurich 1960, p. 131-135; Karl Rebsamen, Das Handelsregister, ein Handbuch für die Praxis, 2e éd. 1999, n. 71 s. p. 17 s.).
2.2.3 La décision du préposé de passer une inscription peut faire l'objet d'un recours administratif à l'autorité de surveillance (art. 3 al. 3 ORC; cf. Manfred Küng et al., Kommentar zur Handelsregister-Verordnung, 2e éd. 2002, n. 10 ad art. 3 ORC), dans le cadre duquel il ne peut être invoqué que la violation de dispositions que le préposé doit appliquer d'office (cf. art. 32 al. 1 in fine ORC), à savoir la violation de normes sur la tenue du registre - telles que les prescriptions de l'art. 32 ORC sur la procédure à suivre en cas d'opposition de droit privé (cf. ATF 81 I 394 consid. 3) - ou la violation indiscutable de normes impératives protégeant les tiers ou l'intérêt public (ATF 114 II 68 consid. 2; Vianin, op. cit., p. 160 s.; Schneider, op. cit., p. 124, 130 et 134).
2.2.4 L'art. 32 al. 2 ORC n'indique pas comment le préposé doit procéder lorsqu'il est saisi, comme en l'espèce,

d'une opposition préventive contre une inscription qui n'a pas encore été requise. Selon Rebsamen (op. cit., n. 71 p. 18), dans de nombreux offices du registre du commerce, en particulier dans les plus grands, le préposé impartit à l'opposant un délai pour obtenir du juge des mesures provisionnelles immédiatement après le dépôt de l'opposition, même lorsqu'il n'a encore été saisi d'aucune réquisition d'inscription. L'Office fédéral du registre du commerce expose dans ses déterminations sur le recours que plusieurs offices cantonaux du registre du commerce attendent en revanche que l'inscription litigieuse soit requise pour sommer alors l'opposant d'agir devant le juge civil.

Dans la doctrine, Rebsamen (loc. cit.) se contente, comme on l'a vu, d'évoquer la pratique des grands offices, sans se prononcer expressément. Quant à Schneider (op. cit., p. 134), il se borne à affirmer que le préposé doit fixer à l'opposant un délai en vue d'obtenir du juge une ordonnance provisionnelle immédiatement après avoir été saisi de l'opposition, mais il n'évoque pas l'hypothèse où aucune inscription n'a encore été requise.

À l'instar de l'autorité cantonale dans sa décision présentement entreprise, l'Office fédéral du registre du commerce considère qu'il est plus judicieux et plus conforme à l'art. 32 al. 2 ORC pour le préposé, saisi d'une opposition contre une inscription non encore requise, de se « décharger » immédiatement du dossier en fixant d'emblée à l'opposant un délai pour saisir le juge civil, seul compétent pour prononcer la mesure provisoire de suspension de la procédure d'inscription (cf. ATF 81 I 394 consid. 3; 97 II 185 consid. II.2 p. 190 s.). La question n'a toutefois pas à être tranchée ici, comme on le verra.
2.3
2.3.1 Dans le cas d'espèce, A._____ et l'Association ont recouru auprès de l'Autorité de surveillance contre le refus du Préposé de rapporter l'inscription opérée, en soutenant que celle-ci était affectée d'un vice juridique puisque, malgré leur opposition et contrairement aux assurances du Préposé, celui-ci ne leur avait jamais imparti de délai pour obtenir du juge une ordonnance provisionnelle (art. 32 al. 2 ORC). Ce faisant, les recourants exercent un moyen de droit administratif dirigé contre l'inscription opérée le 6 décembre 2005, en invoquant la violation de règles que les autorités du registre du commerce doivent appliquer d'office, ce qu'il leur est loisible de faire dans ce cadre (cf. consid. 2.2.3 supra).
2.3.2 Il n'est pas nécessaire de trancher la question de savoir si le Préposé, lorsque les recourants l'ont saisi le 5 juillet 2005 d'une opposition préventive contre l'inscription de la réduction du capital-actions décidée le 23 juin 2005 par l'assemblée générale de C._____, aurait dû impartir aussitôt aux recourants un délai pour obtenir du juge des mesures provisionnelles, ou plutôt attendre que l'inscription en question fût requise pour procéder alors selon l'art. 32 al. 2 ORC (cf. consid. 2.2.4 supra). En effet, il est incontestable qu'en prenant d'abord acte de l'opposition préventive tout en précisant qu'il procéderait selon l'art. 32 al. 2 ORC dans l'hypothèse où une réquisition viendrait à être déposée, puis en procédant à l'inscription, une fois que celle-ci eût été requise, sans avoir invité les recourants à agir par la voie des mesures provisionnelles, le Préposé a agi contrairement aux règles de la bonne foi (art. 9 Cst.; cf. ATF 129 I 161 consid. 4.1), comme l'autorité cantonale l'a reconnu à juste titre.

2.4 Toutefois, contrairement à ce que soutiennent les recourants, ce vice affectant la procédure d'inscription de la réduction du capital social ne justifie pas la radiation de cette inscription.
2.4.1 En effet, une telle radiation, opérée pour des motifs procéduraux et avant droit connu sur le motif matériel de l'opposition des recourants à l'inscription litigieuse - à savoir l'action en annulation des décisions prises par l'assemblée générale de la SAJJGL du 23 juin 2005 -, se heurterait à l'intérêt tant des tiers que des actionnaires au maintien de l'inscription. Comme le relève l'Office fédéral du registre du commerce dans ses déterminations sur le recours, la réinscription de l'ancien capital-actions aurait pour conséquence d'indiquer au registre du commerce un capital qui n'est en réalité pas libéré, trompant ainsi les tiers sur les fonds dont dispose réellement la société. Or l'intérêt des créanciers à pouvoir se fier à l'inscription est d'autant plus marqué que, en cas de réduction du capital-actions avec remboursement aux actionnaires, le patrimoine sur lequel la société répond de ses dettes se trouve diminué (cf. Peter Forstmoser/Arthur Meier-Hayoz/Peter Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, 1996, § 53 n. 225 note 68 p. 804). Quant aux actionnaires, une fois la réduction du capital social inscrite - et donc efficace nonobstant un vice qui affecterait la procédure de réduction de capital (cf. Forstmoser/Meier-Hayoz/
Nobel, op. cit., § 53 n. 238 et 251 p. 806 s.) -, ils doivent pouvoir être certains qu'ils peuvent disposer des fonds

restitués ensuite de la réduction du capital-actions, comme le relève également à juste titre l'Office fédéral du registre du commerce dans ses déterminations.
2.4.2 L'intérêt des recourants à obtenir à ce stade, pour des motifs formels, la radiation de l'inscription de la réduction du capital social doit ainsi céder le pas devant l'intérêt prépondérant des créanciers et des actionnaires au maintien de cette inscription. Il ne faut d'ailleurs pas perdre de vue, dans la pesée des intérêts en présence, que la Cour de justice devrait prochainement statuer sur l'action en annulation des décisions prises par l'assemblée générale de la SAJJGL du 23 juin 2005, qui constitue le motif matériel de l'opposition des recourants à l'inscription de la réduction du capital-actions, et que si les recourants devaient obtenir gain de cause sur le fond, cette inscription devra être rapportée (cf. ATF 116 II 713 consid. 4b; 97 II 185 consid. I.2 p. 189; Vianin, op. cit., p. 417; Schneider, op. cit., p. 309). En revanche, un rejet définitif de l'action en annulation en ce qui concerne la réduction du capital social décidée par l'assemblée générale du 23 juin 2005 viderait du même coup de sa substance l'opposition des recourants à l'inscription de cette réduction de capital.

3.
Il résulte de ce qui précède que le recours, mal fondé, doit être rejeté. Les recourants, qui succombent, supporteront les frais judiciaires, solidairement entre eux (art. 66 al. 1 et 5 LTF). Il n'y a pas lieu d'allouer de dépens (art. 68 al. 3 LTF).

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce:

1.
Le recours est rejeté.

2.
Un émolument judiciaire de 2'000 fr. est mis à la charge des recourants, solidairement entre eux.

3.
Le présent arrêt est communiqué en copie au mandataire des recourants et à l'Autorité de Surveillance du Registre du Commerce du canton de Genève ainsi qu'à l'Office fédéral du registre du commerce.
Lausanne, le 5 juin 2007
Au nom de la Ire Cour de droit civil
du Tribunal fédéral suisse
Le président: Le greffier: