



POUVOIR JUDICIAIRE

C/15012/2022-CS

DAS/241/2022

DECISION

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre de surveillance

DU MARDI 22 NOVEMBRE 2022

Recours (C/15012/2022-CS) formé en date du 5 août 2022 par la **Société** A_____ **Sàrl**, ayant son siège social au _____ (Genève), comparant par Me B_____, avocat, en l'Etude duquel elle élit domicile.

* * * * *

Décision communiquée par plis recommandés du greffier
du **24 novembre 2022** à :

- **A_____ Sàrl**
c/o Me B_____, avocat
_____, _____ [FR].
 - **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. La société A_____ Sàrl est inscrite au Registre du commerce de Genève depuis le _____ 2020 (n. réf. 1_____/2020; n. IDE CHE-2_____). Elle est active dans _____.

C_____ est associé gérant président avec signature individuelle, D_____ et E_____ sont associés gérants avec signature individuelle et F_____ est gérante avec signature individuelle, celle-ci depuis le _____ juillet 2021 (inscription au journal), la publication dans la FOOSC étant intervenue le _____ juillet 2021 [soit trois jours plus tard].

Le Registre du commerce indique en l'état actuel un capital social de 20'000 fr., divisé en 200 parts de 100 fr. chacune.

Les trois associés gérants détiennent respectivement 68, 66 et 66 parts sociales.

b. Le 17 mai 2022, par devant B_____, avocat et notaire à G_____ [FR], s'est tenue une assemblée générale extraordinaire des associés de A_____ Sàrl.

Les trois associés étaient représentés par le dénommé H_____, employé de l'Etude B_____, conformément à trois procurations émises par lesdits associés, dont les signatures ont été légalisées par le notaire, selon ce qui figure sur le procès-verbal.

Lors de cette assemblée générale extraordinaire, il a été décidé, à l'unanimité, d'augmenter le capital social de A_____ Sàrl de 1'000 fr. et d'émettre à cet effet 10 nouvelles parts sociales d'une valeur de 100 fr. chacune.

c. Le même jour a également été tenue une séance intitulée, selon le procès-verbal de Me B_____, «séance de l'organe de gestion d'une société à responsabilité limitée». Lors de ladite séance, au cours de laquelle C_____, D_____ et E_____ étaient également représentés par H_____, il a été procédé à l'exécution de l'augmentation du capital social de A_____ Sàrl, l'article 4 des statuts de la société ayant été modifié; il mentionne désormais un capital social de 21'000 fr., divisé en 210 parts sociales de 100 fr. chacune.

d. Par attestation du 21 avril 2022 mentionnant une «augmentation de capital», [la banque] I_____, agissant en qualité d'office de consignation, a attesté avoir reçu, pour le compte de la société A_____ Sàrl, un montant de 1'000 fr.

e. Par réquisition reçue par le Registre du commerce le 18 mai 2022, A_____ Sàrl a requis l'inscription de l'augmentation de son capital social, avec la mention de ce que les trois associés étaient désormais détenteurs de 70 parts sociales chacun. La réquisition d'inscription mentionnait également un droit de

préemption statutaire sur les parts sociales des associés, ainsi que l'interdiction statutaire des associés de faire concurrence et le devoir statutaire de fidélité des associés, les inscriptions demeurant inchangées pour le surplus. La signature figurant au bas de ce document est difficilement lisible.

f. Par courrier du même jour, le Registre du commerce a informé B_____, notaire, de ce qu'il tenait en suspens la réquisition relative à A_____ Sàrl. Cette décision était motivée par le fait que, selon ce qui ressortait «du procès-verbal de la gérance», aucun des gérants de la société n'avait été présent, un tiers les ayant représentés. Or, les constatations et modifications statutaires nécessaires en cas d'augmentation du capital relevaient des compétences inaliénables et intransmissibles de la gérance (art. 781 al. 2 et 5 ch. 5 CO), à qui il incombait d'exécuter les décisions de l'assemblée des associés notamment (art. 810 al. 2 ch. 6 CO), la représentation par un tiers étant exclue. Le Registre du commerce a par ailleurs requis la production d'une attestation notariale LFAIE. L'acte authentique relatif aux constatations des gérants et à la modification des statuts devait en outre établir qu'il n'existait pas d'autres apports en nature, reprises de biens, compensations de créances et avantages particuliers que ceux mentionnés dans les pièces justificatives. Enfin, les nom et prénom du signataire de la réquisition devaient être indiqués.

g. Une assemblée générale extraordinaire des associés de A_____ Sàrl a été tenue une nouvelle fois le 3 juin 2022 par devant B_____, notaire. Les trois associés étaient à nouveau représentés par H_____, conformément à trois procurations.

Lors de cette assemblée, il a été décidé à l'unanimité d'introduire un al. 5 à l'art. 29 des statuts, dont la teneur est la suivante: "*Chaque gérant peut se faire représenter par un autre gérant ou un tiers dans le cadre de l'exercice de ses fonctions de gérant, en particulier lors des assemblées de l'organe de gestion. Le représentant doit faire preuve de ses pouvoirs par écrit.*".

h. Le même jour a également été tenue une séance intitulée, selon le procès-verbal de Me B_____, «séance de l'organe de gestion d'une société à responsabilité limitée». Les trois associés gérants étaient représentés par H_____.

Les trois procurations émises par C_____, D_____ et E_____ précisent que la procuration est donnée au personnel de l'Etude B_____, avec droit de substitution et pouvoir de double représentation, pour les représenter et agir en leur nom, en leur qualité de gérants de la société (art. 29 statuts), afin d'exécuter la décision d'augmentation du capital social de 20'000 fr. à 21'000 fr., soit une augmentation de 1'000 fr. et obtenir son inscription au registre du commerce.

Selon le procès-verbal de cette séance, il a ainsi été constaté que les dix nouvelles parts sociales, d'une valeur nominative de 100 fr. chacune, avaient toutes été

valablement souscrites et que les apports promis d'un montant total de 1'000 fr. correspondaient au prix total d'émission. Il était également constaté qu'un apport de 1'000 fr. était déposé auprès de [la banque] I_____, à la disposition exclusive de la société et que les apports avaient été effectués conformément aux exigences légales et statutaires, ainsi qu'à la décision de l'assemblée des associés. Le procès-verbal mentionne en outre le fait que l'organe de gestion a décidé à l'unanimité de modifier l'article 4 des statuts, afin de tenir compte de l'augmentation du capital social. Le procès-verbal contient enfin une mention relative à l'inexistence d'apports en nature et de reprises de biens.

i. A une date indéterminée, quoiqu'il en soit postérieurement au 3 juin 2022, A_____ Sàrl, soit pour elle l'associé gérant D_____, a adressé au Registre du commerce une réquisition d'inscription portant sur l'augmentation du capital social.

j. Par courrier du 8 juin 2022, le Registre du commerce a informé B_____, notaire, qu'il tenait toujours en suspens la réquisition relative à la société A_____ Sàrl, au motif qu'il ressortait du «procès-verbal de la gérance» qu'aucun des gérants de la société n'avait été présent et qu'ils avaient été représentés. Or, les constatations et modifications statutaires nécessaires en cas d'augmentation du capital relevaient des compétences inaliénables et intransmissibles de la gérance, la représentation par un tiers étant exclue.

k. Par courrier du 24 juin 2022 adressé au Registre du commerce de Genève, B_____, notaire, a contesté l'avis exprimé dans le pli du 8 juin 2022.

Il a soutenu, en substance, que l'assemblée des gérants de A_____ Sàrl pouvait valablement se faire représenter par un tiers, dans la mesure où les statuts (art. 29 al. 5) le prévoyaient. Par ailleurs, l'interdiction de la représentation pour la simple exécution d'une augmentation de capital dont la décision pouvait être prise entièrement par représentation de l'assemblée générale, qui décidait souverainement, était «*incongrue*».

B. Par décision du 15 juillet 2022, le Registre du commerce a refusé la réquisition en vue d'inscription de l'augmentation du capital social de A_____ Sàrl, l'émolument de décision étant arrêté à 600 fr.

En substance, il a considéré qu'il ressortait «des procès-verbaux de la gérance» des 17 mai et 3 juin 2022 relatifs à l'exécution de l'augmentation du capital social qu'aucun des gérants de la société n'était présent et qu'un tiers comparant les représentait. Or, l'exécution de l'augmentation du capital social relevait des attributions inaliénables et intransmissibles de la gérance, ces attributions ne pouvant être déléguées à des tiers. Dès lors, les décisions «du conseil des gérants» des 17 mai et 3 juin 2022 ne déployaient aucun effet, de sorte que l'inscription requise devait être refusée.

-
- C. a. Le 5 août 2022, A_____ Sàrl, représentée par B_____, en sa qualité d'avocat, a formé recours contre la décision du Registre du commerce du 15 juillet 2022, concluant principalement à son annulation et partant à ce qu'il soit ordonné au Registre du commerce de procéder à l'inscription de l'augmentation de son capital social. Subsidiairement, elle a conclu à ce que la décision entreprise soit annulée et la cause renvoyée à l'autorité intimée pour nouvelle décision dans le sens des considérants, avec suite de frais judiciaires et dépens à la charge de l'Etat, une équitable indemnité devant lui être allouée.

La recourante fait grief au Registre du commerce de ne pas avoir tenu compte de la possibilité pour les gérants, prévue par l'art. 29 al. 5 de ses statuts, de se faire représenter par un tiers, en l'espèce sur la base de procurations qui permettraient la représentation dans le cadre de l'exécution de la décision prise par l'assemblée générale des associés.

- b. Par réponse expédiée le 12 août 2022 au greffe de la Cour de justice, le Registre du commerce a conclu au rejet du recours de A_____ Sàrl, sous suite de frais judiciaires et dépens.

En substance, le Registre du commerce a soutenu que les constatations et modifications statutaires nécessaires en cas d'augmentation du capital social relevaient des compétences inaliénables et intransmissibles de la gérance, de sorte que la décision d'exécution de l'augmentation du capital-social prise par délégation demeurerait nulle, même si une base statutaire avait été introduite.

- c. Par avis du 15 août 2022 du greffe de la Cour de justice, les parties ont été informées de ce que la cause était mise en délibération.

EN DROIT

1. 1.1 Depuis le 1^{er} janvier 2021, le nouveau droit du registre du commerce s'applique (RO 2020 957, FF 2015 3255).

L'art. 942 al. 1 CO stipule que les décisions dudit office du registre du commerce peuvent faire l'objet d'un recours dans les trente jours qui suivent leur notification, chaque canton devant désigner un tribunal supérieur comme instance unique de recours (art. 942 al. 2 CO).

A Genève, la Cour de justice, en tant que tribunal supérieur du canton, reste l'autorité unique de recours (art. 942 al. 2 CO nouveau, art. 152 LaCC);

Le recours doit être formé par écrit, contenir la désignation de la décision attaquée, exposer des motifs, l'indication des moyens de preuve et les conclusions du recourant (art. 64 et 65 LPA). L'autorité est liée par les conclusions des parties (art. 69 al. 1 LPA).

En l'espèce, le recours a été formé devant l'autorité compétente, dans le délai utile et selon la forme prescrite par la loi; il est dès lors recevable.

- 2. 2.1.1** 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).

Le préposé 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 peut s'avérer difficile, l'inscription ne sera refusée que s'il est manifeste qu'elle est contraire au droit, mais pas si elle repose sur une interprétation plausible de la loi – c'est alors le juge civil qui tranchera (ATF 121 III 368, 125 III 18, 132 III 668).

2.1.2 La société à responsabilité limitée est une société de capitaux à caractère personnel que forment une ou plusieurs personnes ou sociétés commerciales. Son capital social est fixé dans les statuts. Ses dettes ne sont garanties que par l'actif social (art. 772 al. 1 CO).

Les associés exercent collectivement la gestion de la société. Les statuts peuvent régler la gestion de manière différente (art. 809 al. 1 CO).

L'assemblée des associés est l'organe suprême de la société (art. 804 al. 1 CO).

L'assemblée des associés est convoquée par les gérants et, au besoin, par l'organe de révision (art. 805 al. 1 CO). Pour le surplus, les dispositions du droit de la société anonyme relatives à l'assemblée générale s'appliquent par analogie en ce qui concerne notamment la représentation des associés (art. 805 al. 5 ch. 8 CO). L'art. 805 al. 5 ch. 8 CO renvoie en particulier à l'art. 689b CO, lequel prévoit que quiconque exerce des droits sociaux en qualité de représentant est tenu de suivre les instructions du représenté.

L'assemblée des associés peut décider d'augmenter le capital social (art. 781 al. 1 CO). A ce stade, la décision d'augmentation prise par l'assemblée des associés n'est pas déposée au registre du commerce. A cette première étape, cette décision n'emporte pas non plus modification des statuts. Le procès-verbal de cette assemblée sera une pièce justificative annexée à la réquisition d'inscription

déposée par les gérants en fin de processus d'augmentation (CHAPPUIS/JACCARD, CR, CO II, 2^{ème} éd., ad art. 781 n. 17).

2.1.3 L'exécution de la décision incombe aux gérants (art. 781 al. 2 CO).

L'inscription de l'augmentation du capital social au registre du commerce doit être requise dans les trois mois qui suivent la décision de l'assemblée des associés; à défaut, la décision est caduque (art. 781 al. 4 CO). Pour le surplus, les dispositions du droit de la société anonyme relatives à l'augmentation ordinaire du capital-actions s'appliquent par analogie notamment à la modification des statuts et aux constatations des gérants (art. 781 al. 5 ch. 5 CO). Cette disposition renvoie à l'art. 652g CO, selon laquelle, notamment, la décision et les constatations doivent faire l'objet d'un acte authentique (al. 2).

Les gérants sont tenus par les contours de la décision des associés, notamment si des montants maximaux et/ou minimaux ont été décidés. Leur principale mission consiste à mener à bien la souscription des parts sociales et à assurer une libération effective des montants souscrits. En outre, il leur incombe de déposer la demande d'inscription au registre du commerce dans le délai prescrit de trois mois (CHAPPUIS/JACCARD, op. cit., ad art. 781 n. 23 et 24).

Selon l'art. 810 al. 2 ch. 6 CO, les attributions des gérants consistant à préparer l'assemblée des associés et exécuter ses décisions sont intransmissibles et inaliénables. Cette terminologie dénote le caractère absolu de ces attributions: elles ne peuvent être ni déléguées (à l'assemblée des associés ou à certains gérants ou encore à des tiers), ni retirées (par l'assemblée des associés). Si la société a plusieurs gérants, ces attributions leur reviennent conjointement (CHAPPUIS, op. cit., ad art. 810 n. 15).

Dans un arrêt DAS/146/02 du 25 mars 2002, la Cour de céans, en sa qualité à l'époque d'Autorité de surveillance du Registre du commerce, a considéré que la délibération du conseil d'administration d'une société anonyme, lors de laquelle un seul administrateur (sur trois) avait été présent, violait l'art. 716b CO, dont il ressortait que les fonctions du conseil d'administration étaient inaliénables et intransmissibles, la représentation d'un administrateur par un autre étant incompatible avec la nature de sa tâche. La Cour avait en outre relevé que si un actionnaire disposait de la faculté de se faire représenter à l'assemblée générale, les administrateurs ne jouissaient pas entre eux de la même faculté.

2.2 En l'espèce et conformément à l'art. 781 al. 1 CO, l'assemblée des associés était compétente pour décider d'augmenter le capital social. L'art. 805 al. 5 ch. 8 CO autorisant les associés à se faire représenter lors des assemblées, la décision d'augmenter le capital social de 20'000 fr. à 21'000 fr. prise le 17 mai 2022 est conforme à la loi.

La mise à exécution de cette augmentation de capital était ensuite de la compétence des gérants. Or, le Code des obligations ne contient, pour les gérants, aucune disposition similaire à l'art. 805 al. 5 ch. 8 CO, de sorte que la possibilité qu'ils puissent se faire représenter par un tiers, pendant la phase d'exécution de l'augmentation de capital, n'est pas donnée. Le fait que la loi ait expressément prévu, pour les associés, la possibilité de se faire représenter dans le cadre de l'assemblée des associés et qu'elle ne l'ait pas prévue pour certaines tâches des gérants, dont celle visée par la présente procédure, permet de retenir qu'il ne s'agit pas d'une lacune, mais d'une volonté clairement exprimée d'exclure une telle représentation pour les gérants.

Quoiqu'il en soit s'agissant de la question de la représentation des gérants évoquée ci-dessus, il ressort en outre de l'extrait du Registre du commerce que la société recourante compte un quatrième gérant, soit F_____. Or, si la société a plusieurs gérants, les attributions qui leur sont dévolues leur reviennent conjointement. Il découle de ce qui précède que F_____ aurait également dû prendre part à l'exécution de l'augmentation de capital, ce qui n'a pas été le cas puisqu'elle n'a participé ni à la séance de l'organe de gestion des 17 mai, ni à celle du 3 juin 2022 et qu'elle n'y était pas davantage représentée.

Il résulte dès lors de ce qui précède que la décision du Registre du commerce de refuser l'inscription de l'augmentation de capital est fondée et doit être confirmée.

3. L'émolument de décision, arrêté à 1'000 fr., sera mis à la charge de la recourante, qui succombe (art. 87 LPA) et qui sera condamnée à le verser à l'Etat de Genève, soit pour lui les Services financiers du Pouvoir judiciaire.

* * * * *

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

A la forme :

Déclare recevable le recours formé par A_____ Sàrl contre la décision rendue le 15 juillet 2022 par le Registre du commerce.

Au fond :

Le rejette et confirme la décision attaquée.

Sur les frais :

Condamne A_____ Sàrl à verser à l'Etat de Genève, soit pour lui les Services financiers du Pouvoir judiciaire, un émolument de décision de 1'000 fr.

Siégeant :

Monsieur Cédric-Laurent MICHEL, président; Madame Paola CAMPOMAGNANI et Madame Ursula ZEHETBAUER GHAVAMI, 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.