

## **BGE 135 III 370**

Bundesgericht (BGE), 2008-12-11, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge\\_135 III 370](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_135_III_370)

FR: ATF 135 III 370

IT: DTF 135 III 370

### **Regeste**

Regeste Art. 589 OR; Art. 40 SchKG; Anwendbarkeit von Art. 40 SchKG auf die Kollektivgesellschaft. Die Gläubiger einer Kollektivgesellschaft können gestützt auf Art. 40 SchKG die Fortsetzung der Betreuung auf dem Weg des Konkurses während sechs Monaten ab der Veröffentlichung ihrer Löschung im Handelsregister verlangen (E. 3.2).

### **Erwägungen**

#### **E. 3**

Aux termes de l' art. 40 LP , les personnes qui étaient inscrites au registre du commerce et qui en ont été rayées demeurent sujettes à la poursuite par voie de faillite durant les six mois qui suivent la publication de leur radiation dans la Feuille officielle suisse du commerce (al. 1); la poursuite se continue par voie de faillite lorsque, avant l'expiration de ce délai, le créancier a requis la continuation de la poursuite ou l'établissement du commandement de payer dans le cas d'une poursuite pour effets de change (al. 2).

#### **E. 3.1**

Selon la jurisprudence, l' art. 40 LP ne s'applique pas aux personnes morales pour lesquelles l'inscription au registre du commerce est constitutive et qui perdent leur personnalité juridique par leur radiation. La société commerciale ne doit toutefois pas être radiée avant la fin de sa liquidation et celle-ci n'est pas terminée tant que des tiers ont des prétentions contre la société; les créanciers peuvent donc obtenir la réinscription d'une société radiée s'ils rendent leur créance vraisemblable et établissent qu'ils ont un intérêt à la réinscription ( ATF 87 I 301 p. 303; 64 II 150 consid. 1 p. 151).

#### **E. 3.2**

L' art. 40 LP s'applique-t-il à la société en nom collectif, qui n'a pas la personnalité juridique ( ATF 134 III 643 consid. 5.1 p. 647; BGE 135 III 370 S. 372 VULLIÉTY, in Commentaire romand, Code des obligations, vol. II, 2008, n° 3 ad art. 552 CO )?

#### **E. 3.2.1**

L'inscription de la société en nom collectif au registre du commerce est obligatoire si celle-ci exerce une activité commerciale, mais elle n'est que déclarative ( art. 552 al. 1 et 2 et 553 CO ; ATF 134 III 643 consid. 5 p. 647 et les références). La radiation de la société en nom collectif du registre du commerce suppose qu'elle soit dissoute (art. 574 s. CO) et que sa liquidation soit terminée (art. 589 in initio CO). La radiation de la société ne doit donc être requise qu'après la fin de la liquidation, à savoir lorsque toutes les dettes ont été payées ou reprises et que tous les actifs sont partagés ( ATF 81 II 358 consid. 1 p. 361; STAEHELIN, in Basler Kommentar, Obligationenrecht, vol. II, 3 e éd. 2008, n° 1 ad art. 589 CO ). Selon la jurisprudence, la radiation n'a toutefois qu'un effet déclaratif; malgré sa

radiation, la société en nom collectif continue d'exister aussi longtemps que, dans les faits, la liquidation n'est pas terminée, à savoir tant qu'il subsiste un actif ou un passif social non partagé. Elle continue d'être partie en justice, nonobstant sa radiation, et de nouveaux procès peuvent être engagés pour ou contre elle ( ATF 81 II 358 consid. 1 p. 361; 59 II 53 consid. 1 p. 58, VULLIÉTY, op. cit., n os 5-6 ad art. 589 CO ).

### **E. 3.2.2**

Les auteurs admettent tous que la radiation de la société en nom collectif est déclarative et que celle-ci continue d'exister tant que sa liquidation n'est effectivement pas terminée. Ils ne semblent en revanche pas unanimes en ce qui concerne sa capacité à être poursuivie lorsqu'elle a été radiée. Certains semblent d'avis que l' art. 40 LP ne s'applique pas à la société en nom collectif radiée si celle-ci n'a plus de patrimoine social (RIGOT, in Commentaire romand, Poursuite et faillite, 2005, n° 3 ad art. 40 LP et les références; STAEHELIN, op. cit., n° 4 ad art. 589 CO ; JENT-SORENSEN, in Kurzkomentar zum Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz, 2009, n° 3 ad art. 40 LP ; cf. aussi l'arrêt de l'autorité de surveillance du canton de Bâle-Campagne, BLSchKG 2000 p. 175). D'autres semblent admettre, au contraire, que la société en nom collectif radiée demeure toujours sujette à la poursuite par voie de faillite pendant six mois à compter de sa radiation, conformément à l' art. 40 al. 1 LP (VULLIÉTY, op. cit., n° 6 et 8 ad art. 589 CO ; ACOCELLA, Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, vol. I, 1998, n° 7 ad art. 40 LP ; JAEGER, Commentaire de la loi fédérale sur la BGE 135 III 370 S. 373 poursuite pour dettes et la faillite, 1920, vol. I, n° 1 ad art. 40 LP ; JAEGER/KULL/KOTTMANN, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, vol. I, 4 e éd. 1997, n° 3 ad art. 40 LP ). En outre, dans la mesure où certains auteurs se réfèrent, expressément ou implicitement, à d'anciennes dispositions légales abrogées ou à d'anciens arrêts rendus en application de celles-ci, il existe une certaine confusion quant au point de départ du délai de six mois; pour certains, il s'agit du moment de la publication de la radiation de la société ( art. 40 al. 1 LP ), alors que, pour d'autres, il s'agit du moment de l'inscription de l'achèvement de la liquidation (JAEGER, op. cit., n° 1 ad art. 40 LP ; JAEGER/KULL/KOTTMANN, op. cit., n° 3 ad art. 40 LP ). Sous l'empire des dispositions actuelles du code des obligations et de l'ordonnance sur le registre du commerce, le délai ne peut toutefois courir que dès la publication de la radiation.

### **E. 3.2.3**

En vertu de l' art. 589 CO , seule la société liquidée doit être radiée: toutes les dettes doivent avoir été payées ou reprises et tous les actifs doivent avoir été partagés avant qu'il ne soit procédé à la radiation. Comme le relèvent JAEGER et ACOCELLA, la radiation de la société par suite de liquidation dépend toutefois de la volonté des liquidateurs et, contrairement à la liquidation opérée dans le cadre d'une procédure d'exécution forcée, les créanciers n'ont aucune garantie que la liquidation et par suite la radiation correspondent bien à la réalité (JAEGER, op. cit., n° 1 ad art. 40 LP ; ACOCELLA, op. cit., n° 7 ad art. 40 LP ). La possibilité pour les créanciers de requérir la continuation de la poursuite par voie de faillite pendant six mois à compter de la publication de la radiation, conformément à l' art. 40 LP , a pour but de leur permettre de se défendre efficacement contre une répartition frauduleuse du patrimoine social. Dès lors, si des tiers ont encore des prétentions contre la société radiée, celle-ci doit pouvoir être poursuivie pendant six mois encore. Le fait que le créancier ait le droit de poursuivre chaque associé personnellement pour une dette sociale dès que la société est dissoute ( art. 568 al. 3 CO ) ne saurait l'empêcher de continuer la

poursuite contre la société elle-même en vertu de l' art. 40 LP (JAEGER, op. cit, n° 1 ad art. 40 LP ). Le préposé à l'office des poursuites n'a donc pas à examiner si la radiation est justifiée ou non ( ATF 120 III 4 consid. 4 p. 6); il vérifie seulement si la société en nom collectif a été radiée il y a moins de six mois. BGE 135 III 370 S. 374

### **E. 3.3**

En l'espèce, la réquisition formée le 27 octobre 2008 par la recourante tendant à la continuation de la poursuite par voie de faillite est admissible puisqu'elle intervient dans les six mois dès la publication de la radiation, celle-ci datant du 6 octobre précédent.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.