

## **BGE 60 I 35**

Bundesgericht (BGE), 1934-01-01, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge\\_60\\_I\\_35](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_60_I_35)

FR: ATF 60 I 35

IT: DTF 60 I 35

### **Volltext**

34 Verwaltungs. und Disziplin&rrechtspflege. zu verneinen, und macht sie diesem hievon in der Form Mitteilung, dass sie seinen Antrag abweist, so erhält er damit noch keine sachliche Legitimation zur Weiter- ziehung der Angelegenheit auf dem Wege der verwaltungs- gerichtlichen Beschwerde. Diese Befugnis kann ihm logischerweise nicht zustehen, da ihm doch die primäre Voraussetzung dazu, nämlich das Recht, bei den Verwaltungsbehörden Anträge zu stellen, also die Postulations~ fähigkeit im Sinne der Prozessrechtswissenschaft, fehlt. Die Legitimation zur Sache ist vielmehr dann und nur dann vorhanden, wenn der vom Beschwerdeführer be- hauptete Verstoss gegen das öffentliche Recht - und damit auch der einen solchen verneinende Entscheid einer Verwaltungsbehörde - gleichzeitig einen unrechtmässigen Eingriff in seine subjektive Rechtssphäre bedeutet. Unter dieser Vorausset:lung steht ihm die Befugnis zu, Anträge an die Verwaltungsbehörde zu stellen, und wenn diese ihn abweist, an das Verwaltungsgericht zu gelangen mit dem Begehren um Schutz für sein subjektives Recht. Diese Befugnis steht ihm gemäss Art. 9 VDG sogar dann zu, wenn er an dem angefochtenen Entscheid nicht einmal als Partei beteiligt war; es genügt, dass er durch den Entscheid in der erwähnten Weise unmittelbar betroffen wird (KmcHHoFER, S. 33 f.). \_ Im vorliegenden Fall behauptet die Beschwerdeführerin nun aber selber gar nicht, dass sie durch die beanstandete Firmenbildung in ihren subjektiven Rechten verletzt werde, und in Wirklichkeit liegt eine solche Verletzung auch nicht vor. Der Grund, der die Beschwerdeführerin zu ihrem Vorgehen veranlasst, ist das rein wirtschaftliche Interesse des einen Konkurrenten gegenüber dem andern, das zur Begründung eines subjektiven Rechtes niemals ausreicht. Ist die Beschwerdeführerin aber der Auffassung, die in Frage stehende Firmenbildung verstosse nicht nur gegen die öffentliche Ordnung, sondern verletze auch ihre eigenen Firmenrechte oder stelle einen Verstoss gegen Registersachen. N0 7. 35 die Lauterkeit des Wettbewerbes dar, indem die Aktien~ gesellschaft ihr durch unwahre Angaben in ihrer Firma die Kundschaft abspenstig mache oder zu machen suche, so kann sie sich dagegen auf dem Wege der privatrecht- lichen Klage zur Wehr setzen (Art. 30 VO betr. das Handelsregister). Denn was sie dann in erster Linie anstrebt, ist der Schutz ihrer privaten Interessen, bei denen die öffentliche Ordnung nur insoweit im Spiele ist, als sich indirekt aus ihren Normen auch etwas für diese privaten Interessen ableiten lässt. Mit der privatrechtlichen Klage kann die Beschwerdeführerin aber selbstverständlich ausschliesslich gegen den Inhaber der beanstandeten Firma, nicht jedoch auch gegen die Behörde vorgehen, die sich unter dem Gesichtspunkt des öffentlichen Inter- esses nicht zum Einschreiten veranlasst gesehen hat. Die Beschwerde ist daher wegen Fehlens der Legitima- tion der Firma J. Senn zur Sache materiell abzuweisen, ohne dass etwa das Bundesgericht, da es ja nicht eid- genössische Aufsichtsbehörde über das Handelsregister ist, von Amteswegen auf die Prüfung der Frage einzutreten hätte, ob die beanstandete Firmenbildung gegen den Grundsatz der Firmenwahrheit verstosse. Demnach erkennt das

Bundesgericht : Die Beschwerde wird abgewiesen. 7. Arret cis la Ire Saction civils ciu 13 mars 1934 dans la cause Departement fecieral cie Justtce et Police contre Tribunal cantonal vaudois et Baniue cis Montrea.x S. A. Le concordat par abandon de l'actif n'entraîne pas Ja disparition immediate de Ja societ.e Celle-ci reste inscrit.e au registre du commerce avec l'annotation que son concordat a et6 homo- logue et qu'elle est en etat de liquidation sous la direction des liquidateurs designes par l'autorite (changement de juris- prudence). A. - Le 26 juillet 1932, le President du Tribunal de Vevey accorda a la Banque de Montreux S. A. un sursis

36 Verwaltungs- und Disziplinarrechtspflegc. concordataire de deux mois, prolonge de deux nouveaux mois a partir du 1 er septembre 1932. Pendant cette periode, le commissaire au sursis a fait examiner la situation finan- ciere de la banque par la S. A. fiduciaire suisse a Geneve. Cet examen revela que le bilan au 25 juillet 1932 accusait un excédent d'actif de 1 130 121 fr. apres deduction d'un amortissement de 5 000 000 fr. Le commissaire estime que les evaluations de la Fiduciaire sont tres prudentes et que l'on peut compter sur l'excédent prévu, a la condition que la banque continue son activite ou que 180 liquidation de ses biens s'opere avec une lenteur suffisante. Le 22 octobre 1932, l'assemblee generale extraordinaire des actionnaires de la Societe autorisa le conseil d'adminis- tration a proposer un eoncordat aux ereaneiers de la banque. Elle previt en' ~utre la reorganisation de l'etablis- sement financier par la reduction du capital social, par l'emission d'actions privilegiees et par diverses modifi- cations des statuts; la dissolution de la SocieM ne fut pas envisagee. Le 3 novembre 1932, le Conseil d'administration pro- posa aux creanciers un coneordat par abandon de l'actif social. Les creanciers aeeepterent cette proposition. L'aete de concordat renferme les elauses suivantes : « I. La Banque de Montreux fait a ses ereaneiers abandon total de son aetif. Les interets creanciers eesseront de eourir des le 31 decembre 1932. « IH. La Commission de liquidation aura pleins pouvoirs pour représenter la Masse eoncordataire de la Banque de Montreux m-a-vis des tiers par la signature collective de deux de ses membres. Elle aura les eompetences les plus . etendues et notamment les attributions prevues aux art. 666 et sv. CO. Elle est notamment autorisee aceder tout ou partie des actifs a un ou plusieurs etablissements finan- ciers existants ou a creer. « IV. Si le produit net de la liquidation exOOde la somme due aux creaneiers arretee au 31 deembre 1932, le surplus sera reparti sucesivement comme suit : a) aux ereanciers, Registel'S&chen. N° 7. ·37 a ooncurrence d'un int6ret simple calcule a 3 % l'an, et b) le solde, aux actionnaires. » Le 13 decembre 1932, le President du Tribunal de Vevey homologua le concordat et confia son execution a une eom- mission de liquidation de sept membres. Le prononce pre- sidentiel dispose sous eh. III : ({ La commission de liqui- dation ... adressera au debut de chaque annee, a l'autoriM d'homologation, pour la premiere fois le 15 janvier 1934, un rapport sommaire sur la marche de la liquidation de l'actif abandonne, ainsi qu'un rapport final une fois ter- minees les operations de liquidation et de reparation des deniers })). Le 10 janvier 1933, la SocieM demanda au prepose au registre du commerce de Vevey : lo de se bornerpour le moment a inscrire la liquidation de la societ6 par voie de concordat par abandon d'aetif, la radiation de la raison sociale ne devant avoir lieu qu'une fois la liquidation ter- minee; 20 subsidiairement, de surseoir a la radiation jusqu'a droit connu sur le recours a interjeter en cas de rejet des conelusions principales. Leprepose prit l'avis du Departement federal de Justice et Police et repondit a la banque le 14 janvier 1933 : « qu'il refusait d'inscrire la liquidation de 180 societ6 par voie de concordat par abandon d'aetif et qu'il procederait d'office a la radiation de la raison sociale si aueun recours n'etait adresse dans Ies dix jours a l'autorite cantonale de sur- veillance ».

B. - Le 24 janvier 1933, le conseil d'administration, le syndicat des actionnaires et la commission de liquidation concordataire recoururent à l'autorité cantonale de surveillance du registre du commerce en lui demandant d'ordonner au préposé de ne pas radier immédiatement la Société, mais d'inscrire sa liquidation par voie de concordat par abandon de l'actif. Les moyens invoqués par le conseil d'administration et le syndicat concordataire sont en résumé les suivants : 10 La loi suisse ne prévoit pas le concordat par abandon

38 Verwaltungs- und Disziplinarrechtspflege. de l'actif, et la jurisprudence lui applique d'une manière générale, par voie d'analogie, les dispositions de la LP régissant la procédure de faillite. Cette jurisprudence a conduit le Tribunal fédéral à voir dans ce genre de concordat, au même titre que la faillite, une cause réglée de dissolution de la société anonyme (arrêt Crédit de Lausanne S. A., du 23 septembre 1930, RO 1930 I p. 288). Toutefois, aucun de ses arrêts n'a dit qu'il fallait appliquer au concordat par abandon d'actif toutes les règles de la faillite. Au contraire, dans chaque cas particulier, il a examiné si l'analogie existant entre ces deux institutions était suffisante pour justifier une telle application. Il a même relevé que si certaines dispositions du droit de faillite étaient applicables au concordat par abandon d'actif, il ne s'ensuivait nullement qu'elles le fussent toutes (arrêt Banque populaire suisse, du 21 décembre 1916, RO 1916 In p. 455). 2° La situation de la société recourante présente certaines particularités qu'il importe de souligner. Dans l'arrêt du Crédit de Lausanne S. A., le Tribunal fédéral a considéré comme décisif le fait que la liquidation concordataire ne laissait espérer aucun excédent en faveur des actionnaires et que, des 10 millions, toute activité ultérieure de la société paraissait exclue. — En l'espèce, au contraire, la demande de concordat a été motivée, exclusivement, par des embarras de trésorerie momentanés, provenant de la crise survenue dans l'industrie hôtelière. L'actif actuel de la banque est supérieur au passif et tout porte à croire qu'après le paiement intégral des créanciers, les actionnaires recevront un reliquat de 90 :tr. environ par action. La ratio legis invoquée par l'arrêt précité s'oppose donc nettement, en l'espèce, à ce qu'une radiation d'office ait lieu. 3° Une semblable mesure aurait d'ailleurs des conséquences pratiques extrêmement fâcheuses : a) Elle entraînerait tout d'abord la disparition d'un élément de l'actif : la raison sociale, connue et estimée de Registersachen. No 7. 39 puis plus de soixante ans. Si la société vient à être radiée, son nom court le risque d'être pris par un autre établissement financier, alors que, dans le cas contraire, les liquidateurs concordataires pourront en tirer parti, au profit des créanciers et des actionnaires, en le cédant à un acheteur éventuel. b) Il importe, en second lieu, que les actionnaires puissent faire valoir leurs droits à l'égard de la commission de liquidation, tant au cours de la réalisation elle-même qu'au moment où il s'agira de toucher l'excédent qui leur revient en vertu du concordat. Ce résultat ne peut être obtenu s'il y a radiation, la disparition de la société entraînant celle de la liquidation d'actionnaire. Le syndicat ne réunit pas tous les actionnaires et sa vocation pour agir au nom de ceux qui n'en font pas partie peut être contestée. Il est, en effet, évidemment, c'est à la banque elle-même, soit à son conseil d'administration, qu'il appartient de représenter les actionnaires et de prendre les mesures nécessaires à la protection de leurs droits éventuels. Pour cela, il est indispensable que la société subsiste et puisse agir comme telle en justice. c) On peut se demander, enfin, en cas de radiation immédiate, si la liquidation pour agir de la commission de liquidation ne pourra pas être contestée dans les procès ouverts par la société ou contre elle avant l'homologation du concordat. Il y a là une source de difficultés pratiques, que les concordats de la Banque de Genève et de la Banque Brupbacher & Cie viennent précisément de mettre en lumière. 40 Il existe, au point de vue juridique, une différence essentielle entre le concordat par abandon

d'actif et la faillite. En cas de faillite, la dissolution de la société anonyme a lieu en vertu d'une disposition expresse de la loi. Au contraire, le concordat pro Ode d'un acte d'initiative du débiteur. C'est donc en principe à ce dernier qu'il appartient de fixer, d'entente avec ses créanciers, les conséquences juridiques que son acte doit comporter.

40 Verwaltungs. \md. Disziplinarrechtspflege. En dépit de son appellation, le concordat par abandon de l'actif n'équivaut pas à un transfert de propriété. Les créanciers ne peuvent qu'un mandat de liquider, le débiteur conservant, jusqu'à la réalisation, la propriété de l'actif abandonné. Dans ces conditions, la société anonyme doit nécessairement conserver une existence propre jusqu'à la fin de la liquidation. A ce moment seulement, et autant qu'il ne subsiste aucun excédent en faveur des actionnaires, la radiation pourra avoir lieu, l'existence d'une société anonyme sans actif étant inconcevable. Dans le cas contraire, la société pourra poursuivre son activité avec un capital réduit, à moins que les actionnaires ne décident la dissolution, conformément à l'art. 664 ch. 2 CO. Entre temps, la société doit rester inscrite au registre du commerce, en tant que société en liquidation. La commission de liquidation a conclu dans le même sens ... O. - Le 31 janvier 1933, le Tribunal cantonal vaudois a ordonné au préposé de suspendre la radiation de la Banque de Montreux. Et, par jugement des 13 et 20 juin 1933, le Tribunal a prononcé: « Le recours de la Banque de Montreux S. A. est admis en ce sens que : « 1° Le préposé au registre du commerce du district de Vevey est invité à ne pas procéder à la radiation d'office de la Banque de Montreux S. A. » 2° La Banque de Montreux S. A. est invitée à requérir, dans les dix jours de la présente décision, l'inscription au registre du commerce du district de Vevey de son concordat par abandon total de l'actif, avec l'indication de la date de l'homologation et des membres de la commission chargée de l'exécution du concordat. » 3° Au cas où l'inscription prévue sous ch. 2 ne serait pas requise, le préposé au registre du commerce du district de Vevey est invité à engager, vis-à-vis de la Banque de Montreux S. A., afin de faire opérer ladite inscription, Registersachen. No 7. 41 La procédure de sommation de l'art. 25 du règlement du 6 mai 1890. » 4° L'inscription du concordat par abandon total d'actif subsistera jusqu'à la clôture de la liquidation concordataire et sera radiée, dans les dix jours de cette clôture; à la requête de la Banque de Montreux S. A. » 5° Au cas où la radiation prévue sous ch. 4 ne serait pas requise, le préposé au registre du commerce du district de Vevey engagera vis-à-vis de la Banque de Montreux S. A., afin de faire opérer ladite radiation, la procédure de sommation de l'art. 25 du règlement du 6 mai 1890. » 6° La présente décision, rendue sans frais, sera communiquée par écrit dans son dispositif au préposé au registre du commerce du district de Vevey, au Département fédéral de Justice et Police, à la Banque de Montreux S. A., à la Commission de liquidation concordataire et au Syndicat des actionnaires de la Banque de Montreux S. A. avec avis du droit de recours à exercer dans le délai de trente jours. » 7° La présente décision sera exécutoire cinq jours après sa notification, sauf recours déposé contre elle dans les cinq jours. » D. - Le 20 octobre 1933, le Département fédéral de Justice et Police a formé contre ce jugement un recours de droit administratif auprès du Tribunal fédéral. 11 Lui demande de maintenir sa jurisprudence inaugurée par l'arrêt *Credit de Lausanne* et, en conséquence, d'annuler le prononcé d'attaque, le préposé au registre du commerce étant invité à radier d'office la raison sociale « Banque de Montreux S. A. » Le 16 novembre, le Département a complété son recours. Il expose en résumé que de nombreux préposés se sont conformés à la jurisprudence de l'arrêt *Credit de Lausanne* et ont procédé à la radiation des entreprises qui avaient fait l'abandon de leur actif aux créanciers. La sécurité du droit requiert le maintien des principes posés. Le concordat par abandon de l'actif est une

institution

42 Verwaltungs- und Disziplinarrechtspflege. créée par la pratique en marge de la loi. Ce genre de liquidation officielle présente avec la faillite des analogies telles qu'il y a lieu d'appliquer les dispositions des lois et règlements relatives à la faillite. La Commission de liquidation concordataire a un pouvoir de droit public qui lui permet de prendre d'office toutes les mesures voulues sans qu'il soit nécessaire de l'inscrire au registre du commerce. De lege lata l'art. 28, ch. 1, du règlement sur le registre du commerce exige la radiation de la raison sociale; en revanche, de lege ferenda, on peut envisager une autre solution aussi bien pour la faillite que pour le concordat par abandon de l'actif: on maintiendrait l'inscription jusqu'après la liquidation au lieu de procéder à la radiation déjà au moment de la communication du- prononcé de faillite Oll de l'homologation du concordat. E. - La Commission de liquidation de la Banque de Montreux a conclu au rejet du recours. De même, le Conseil d'administration et le Syndicat d'actionnaires ... Considérant en droit : Aux termes de l'art. 28 n° 1 du règlement du 6 mai 1890 sur le registre du commerce, la radiation de la raison sociale a lieu d'office aussitôt que le preposé a connaissance officiellement de la mise en faillite de la société qui en est titulaire. Cette prescription s'applique-t-elle à la société qui, pour se libérer de ses dettes, a passé avec ses créanciers un concordat en leur abandonnant tout son actif ~ Autrement dit, doit-on assimiler, dans le cadre de l'art. 28, à la faillite prévue et réglée par la loi le concordat par abandon d'actif, institution née de la pratique, en marge de la loi qui ne l'organise point, en sorte que le soin en incombe au juge d'après le principe consacré par l'art. 1er ce ? (cf. RO 56 III p. 100). L'arrêt Credit de Lausanne du 23 septembre 1930 (RO 56 I p. 288) a résolu cette question affirmativement par des motifs auxquels on se réfère et qui, fondés essentiellement sur la considération que la société anonyme Registersachen.No 7. 43 étant une pure association de capitaux sans existence en dehors de celle des biens sociaux, sa radiation aussitôt que le concordat par abandon total de l'actif a été homologué se justifie, sans inscription de ce concordat, parce que: a) la société, n'ayant plus de patrimoine, n'existe plus et ne peut plus avoir aucune activité ; b) on liquide les biens abandonnés aux créanciers et non ceux de la société, qui n'y a plus aucun droit ; c) la liquidation se fait par un organe de droit public soumis au contrôle de l'autorité et représentant la masse des créanciers, non par un organe social soumis au contrôle de la société et représentant celle-ci. D'un nouvel examen de la situation de fait et de droit créée par le genre spécial de concordat dont il s'agit ne permet pas de maintenir la solution par trop rigoureuse de l'arrêt de 1930, quelle que soit la valeur de ses motifs juridiques et de son raisonnement logique. En vérité, le concordat par abandon d'actif présente avec la faillite de très grandes analogies, et d'une manière générale l'assimilation de ces deux institutions quant à leurs effets se justifie par des arguments dont la force reste entière et que le Tribunal fédéral a développés dans toute une série d'arrêts. Le principe de l'assimilation a été énoncé - la Cour civile le rappelle - en ce qui concerne notamment l'application analogique des règles relatives à la compensation (art. 213 et 214 LP ; RO 40 III p. 300 ; 41 m p. 140, 50 II p. 524, 50 II p. 245 et 51 III p. 87), à la situation juridique de la masse et des liquidateurs concordataires (art. 240 et 241 LP ; RO 41 III p. 165 et 42 III p. 455), au contrôle des autorités de surveillance (art. 17 à 19, 241 LP RO 42 III p. 455 et 48 III p. 181), à la collocation des créances (art. 244 et sv. LP ; RO 42 III p. 455, 48 III p. 215, 51 III p. H8 et 55 IU p. 35) et aux restrictions apportées au droit de disposition du débiteur sur les biens compris dans l'actif abandonné (art. 204 LP ; RO 42 III p. 461, 49 III p. 59 et 56 UI p. 91).

Verwaltungs- und Disziplinarrechtspflege. Mais l'assimilation n'a jamais été complète et plusieurs arrêts - la Cour civile le relève également - ont fait ressortir. Au cours des dernières années les différences qui existent entre les deux modes d'exécution forcée. Le Tribunal fédéral a refusé l'action révocatoire au liquidateur de la masse concordataire et aux créanciers pris individuellement (art. 285 ch. 2 LP ; RO 57 III p. 64). Il a de même refusé au liquidateur les actions en responsabilité contre les organes de la société (art. 673 CO, RO 48 III p. 71). Il a restreint l'application analogique de l'art. 204 LP (incapacité du débiteur de disposer de ses biens) en réservant les droits acquis par des tiers de bonne foi avant la publication officielle du sursis concordataire (RO 56 III p. 91 et 100). Il a décidé sous certaines conditions que les créances garanties par gage échues au moment de l'homologation sont réalisées en dehors du concordat, à la requisition du créancier gagiste, et non par les soins des liquidateurs du concordat (art. 198, 305 al. 2 et 311 LP; RO 49 III p. 57, 53 III p. 80). Tout récemment, dans un cas analogue à celui de la présente espèce, la Ire Section civile du Tribunal fédéral a admis, pour des motifs d'opportunité et en réservant la question de principe, qu'une société en commandite qui avait conclu un concordat par abandon de son actif restait inscrite au registre du commerce en tant que société en liquidation (arrêt Brupbacher & Cie, du 4 avril 1933) et la Chambre des poursuites et des faillites du Tribunal fédéral a approuvé cette manière de voir le 24 novembre 1933 dans une cause Morandini & Cie, société en nom collectif 1, La Chambre a considéré que, malgré le concordat, la société subsistait pour les besoins de la liquidation et qu'il devait en particulier en être ainsi pour la société anonyme, puisque la question de la propriété des biens du débiteur serait sans cela pour ainsi dire insoluble. Ces deux derniers arrêts, le Tribunal cantonal le 1<sup>er</sup> RO 59 III p. 269. R<sup>g</sup>istersachen. Cio 7. marque avec raison, n'auraient pu être rendus si, quels que fussent les inconvénients d'une radiation d'office, les art. 664 n° 3 CO et 28 n° 1 du règlement devaient nécessairement s'appliquer au concordat par abandon de l'actif en raison même de sa nature intrinsèque. Cette nécessité n'existe pas et ce sont précisément les inconvénients pratiques de la radiation immédiate, la rigueur inutile de cette mesure extrême qui justifient l'adoption d'un système permettant au concordat par abandon d'actif de jouer un rôle plus conforme à son but, qui est d'introduire une procédure moins incisive et plus souple que celle de la faillite, d'éviter certains effets inévitables de cette liquidation forcée et de sauvegarder dans la mesure du possible non seulement les intérêts des créanciers mais aussi ceux du débiteur. (Cf. RO 59 III p. 236.) A la différence de la faillite, le concordat, que ce soit d'ailleurs le concordat ordinaire ou le concordat par abandon d'actif, prend sa source dans un acte volontaire du débiteur qui transige avec ses créanciers aux fins de se libérer définitivement de ses dettes et de pouvoir, le cas échéant, reprendre son activité sans avoir à craindre d'être aussitôt dépouillé du capital reconstitué. La radiation immédiate rend cette continuation éventuelle impossible et se justifie difficilement, même en cas de faillite. En effet, aux termes de l'art. 176 LP, non seulement la déclaration de faillite est communiquée au préposé au registre du commerce aussitôt qu'elle est devenue exécutoire, mais la clôture et la révocation de la faillite lui sont également communiquées. Cette dernière prescription n'aurait aucun sens si la mise en faillite entraînait nécessairement la disparition immédiate et complète de la société anonyme sans même la laisser subsister dans une mesure restreinte jusqu'à la fin de la liquidation. La Cour cantonale observe avec raison que la faillite de la société anonyme ne provoque pas d'emblée sa dissolution, dans toutes les législations. En France, par exemple,

46 Verwaltungs- und Disziplinarrechtspflege. seule la clôture de la liquidation amiable - de plein droit ou judiciairement, la question est controversée - la fin de la société (cf. PIC, Faillite des sociétés, p. 72 à 81 et 191 ; THALER, Traité élémentaire n° 434 ; PERCEROU, Des faillites II nos 1645, 1646 et 1713 ; ARTHUYS, Traité des sociétés II p. 748 et 755). Et même en Allemagne, en Italie et en Suisse où la loi fait de la faillite une cause de dissolution de la société anonyme, celle-ci peut obtenir un concordat après sa mise en faillite et conserver à cet effet ses organes de direction, qui ne sont donc pas révoqués ipso facto (cf. Pro, op. cit. p. 168 et 170 ; PERCEROU, op. cit. II n° 1645 n° 2 ; JAEGER, art. 293 n° 1 a ; PASOHOUD, Le concordat préventif de la faillite, p. 197 à 200 ; KOHLER, Lehrbuch, p. 314 à 316 ; Leitfaden p. 277 ; VIVANTE, Trattato II p. 729). Le maintien d'une vie restreinte de la société en faillite pendant la durée de la liquidation permet aussi à ses organes de rester à la disposition de l'administration de la masse, en vue, entre autres fins, de la révocation de la faillite. Si cette éventualité se réalise, la société devrait pouvoir continuer ses affaires sous la même raison sociale. Or la radiation immédiate, ordonnée par l'art. 28 du règlement, peut avoir pour conséquence d'empêcher cette reprise d'activité, puisqu'une autre société aurait le droit de choisir précisément la raison radiée. Ces considérations, qui montrent les inconvénients de la prescription réglementaire pour la faillite, valent à plus forte raison pour le concordat, fut-il conclu par abandon de l'actif, dont le but est d'éviter dans la mesure du possible les rigueurs de la faillite, soit en particulier de ne point mettre obstacle à ce que la société, après avoir cédé son actif, ouvre son exploitation sur une nouvelle base financière mais sous la même raison sociale, ce qui ne fait du tort à personne. Or, on vient de le remarquer, la radiation immédiate risque d'empêcher cette reprise des affaires, puisqu'un tiers pourrait s'emparer de la raison sociale entre temps ... Il n'y a notamment aucun motif de hâter cette radiation RegisterRachen. Xo 7. 47 lorsque, comme cela est le cas en l'espèce, la liquidation laissera vraisemblablement un excédent d'actif, la raison sociale paraissant même avoir une certaine valeur en soi. Le maintien de l'inscription jusqu'après la liquidation se justifie du reste encore par d'autres motifs. En règle générale, le concordat par abandon de l'actif ne fait pas passer la propriété du patrimoine immobilier et mobilier aux créanciers (au sujet des différentes variétés d'abandon, cf. RATHGEB op. cit. p. 174 et sv.). Le débiteur cède seulement son droit de disposition aux liquidateurs et par eux indirectement aux créanciers en faveur de qui la liquidation doit intervenir. La cession n'a lieu que dans la mesure nécessaire à cette liquidation. Cette opération en cas de concordat avec abandon d'actif n'est d'ailleurs pas identique à la liquidation en cas de faillite. Le créancier gagiste reste en dehors du concordat, autant que la valeur du gage couvre effectivement la créance. Les liquidateurs ne peuvent procéder à la liquidation des droits de gage en se bornant à renvoyer le créancier au produit de la réalisation du gage, et ils ne sont pas en droit de réaliser eux-mêmes le gage, à moins que le résultat de l'opération ne couvre intégralement la créance, soit par paiement au comptant, soit par reprise de dette (RO 53 TII p. 80 ; cf. RATHGEB, Le concordat par abandon d'actif, p. 119 et sv.). Toutefois, lorsqu'un tiers consent à reprendre toute la dette (non échue), le créancier gagiste n'est pas tenu de le considérer comme nouveau débiteur, et ce refus peut faire échouer la réalisation faite par les soins des liquidateurs. Dans aucun cas on n'admet que les objets servant de gage deviennent des biens sans maître. Après comme avant l'homologation du concordat, ils appartiennent au débiteur et demeurent sa propriété jusqu'au moment de leur alienation dans la poursuite en réalisation de gage, ce qui exige l'existence de la société anonyme pendant ce laps de temps. En outre, on l'a vu, les actions en responsabilité contre les organes de la société (art. 673 CO, RO 48 III p.71) ne rentrent

48 Verwaltungs- und Disziplinarrechtspflege. pas dans la masse concordataire, mais continuent d'appartenir à la société dont elles présupposent ainsi l'existence. Il en est de même pour les droits que l'acte de concordat a exceptés de l'abandon des biens constituant le patrimoine social. En outre, tandis que la liquidation en cas de faillite se fonde sur un ordre de l'autorité qui intervient dans des conditions nettement fixées par la loi, lorsque la continuation de l'entreprise paraît exclue, elle s'opère dans le concordat par abandon de l'actif en vertu d'un accord conclu par le débiteur avec une majorité de créanciers, l'autorité n'intervenant que pour imposer cette décision à la minorité ou pour protéger celle-ci contre des abus et pour assurer de la sorte un traitement égal à tous les créanciers. Cette base différente permet de s'inspirer de l'art. 665 CO et de dire que, la liquidation concordataire par abandon de l'actif reposant sur une décision de dissolution volontaire de la société, elle doit être annoncée au préposé au registre du commerce pour être inscrite. Il est sans importance quant au fond que l'art. 665 prévoit la réquisition par l'administration de la société, alors que dans le cas du concordat par abandon de l'actif ce sont les liquidateurs désignés par l'autorité qui doivent agir. Il est également indifférent que la liquidation et la répartition soient faites par des tiers étrangers à la société et non par les soins de son administration. Il est au surplus dans l'intérêt des créanciers que la radiation soit différée jusqu'à la clôture de la liquidation, le préposé se bornant pour le moment à inscrire, comme la Cour civile l'a prescrit, le concordat en indiquant la date de son homologation et les membres chargés de l'exécuter. D'une façon générale, la liquidation sera facilitée par le fait que les liquidateurs pourront établir par l'inscription au registre du commerce que ce sont eux qui représentent désormais la société. Les créanciers gagistes notamment sauront envers qui ils doivent faire valoir leurs droits de gage. Quant aux tiers, ils n'ont pas intérêt à la radiation immédiate; il leur suffit de savoir que la société n'est plus représentée par son ancienne administration et se trouve en état de liquidation sous la direction des liquidateurs nommés par le Président du Tribunal de Vevey, auxquels il appartiendra de sauvegarder aussi bien les intérêts des créanciers que ceux de la société et des actionnaires. Par ces motifs, le Tribunal a rejeté le recours.

8. Urteil der I. Zivilabteilung vom 27. März 1934 i. S. Gebrüder Dskar und Pius Bürgi gegen Eidgen. Amt für das Handelsregister. Handeisregisteramttrag. Keine materielle Rechtskraft der negativen Verwaltungsverfügung: Auch gegen eine spätere abweisende Verfügung der Handelsregisterbehörde kann die verwaltungsrechtliche Beschwerde ergriffen werden, die gegen die frühere Abweisung eines Gesuches desselben Inhalts unterlassen worden war.

Firma der Kollektivgesellschaft: Es genügt, wenn der Name eines Gesellschafters mit einem das Gesellschaftsverhältnis andeutenden Zusatz in der Firma erscheint; die Anzahl der Gesellschafter muss nicht ersichtlich sein. Der Zusatz «Gebrüder» lässt bereits auf ein Gesellschaftsverhältnis schliessen, so dass kein weiterer Zusatz bedarf.

Art. 869 OR. VO II Art. 1. A. - Die vier Brüder Stephan, Eduard, Joseph und Emil Bürgi in Zeihen (Aargau) bildeten zusammen eine Kollektivgesellschaft zum Betriebe einer Waldsamen-Klenganstalt und Samenhandlung, die unter der Firma «Gebrüder Bürgi» im Handelsregister eingetragen war. Im Laufe des Jahres 1933 starben die beiden Gesellschafter Eduard und Joseph, und der Gesellschafter Emil trat aus dem Geschäft aus. Der noch verbleibende Teilhaber Stephan gründete hierauf zusammen mit seinen beiden Neffen Oskar und Pius Bürgi, den Söhnen des AS 60 1- 1934