

## **BGE 148 III 194**

Bundesgericht (BGE), 2022-01-28, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge\\_BGE\\_148\\_III\\_194](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_BGE_148_III_194)

FR: ATF 148 III 194

IT: DTF 148 III 194

### **Regeste**

Regeste Art. 17 SchKG; Art. 731b OR; Rolle des Konkursamts bei Vorliegen eines Aktivenüberschusses nach Auflösung und Liquidation einer Aktiengesellschaft gemäss den Vorschriften über den Konkurs. Der Aktivenüberschuss, welcher nach Auflösung und Liquidation einer Aktiengesellschaft gemäss den Vorschriften über den Konkurs verbleibt, muss dem Schuldner herausgegeben werden, das heisst den Organen der Gesellschaft, welche das Verfügungsrecht über dieses Vermögen wiedererlangen. Die Aufteilung dieser Aktiven auf die daran Berechtigten obliegt am Schluss des Konkursverfahrens den Organen und nicht dem Konkursamt, dies mangels einer gesetzlichen Grundlage (E. 5).

Regeste Art. 17 LP; art. 731b CO; rôle de l'office des faillites en présence d'un excédent d'actifs suite à la dissolution et la liquidation d'une société anonyme selon les dispositions applicables à la faillite. L'excédent d'actifs qui existe suite à la dissolution et la liquidation d'une société anonyme selon les dispositions applicables à la faillite doit être restitué au débiteur, soit aux organes de la société, qui récupèrent le droit de disposer de ce patrimoine. La répartition de cet actif aux ayants droit incombe aux organes au terme de la procédure de faillite, et non à l'office des faillites, faute de base légale (consid. 5).

Regesto Art. 17 LEF; art. 731b CO; ruolo dell'ufficio dei fallimenti in presenza di un'eccedenza di attivi dopo lo scioglimento e la liquidazione di una società anonima secondo le prescrizioni applicabili al fallimento. L'eccedenza di attivi che esiste dopo lo scioglimento e la liquidazione di una società anonima secondo le prescrizioni applicabili al fallimento deve essere restituita al debitore, cioè agli organi della società, i quali recuperano il diritto di disporre di tale patrimonio. La ripartizione di tale attivo agli aventi diritto spetta agli organi alla fine della procedura di fallimento e non all'ufficio dei fallimenti, mancando la base legale (consid. 5).

### **Erwägungen**

#### **E. 5**

Contrairement à ce que l'autorité cantonale a retenu, la seule question qui se pose est celle du rôle de l'office en présence d'un excédent d'actifs suite à la dissolution et la liquidation d'une société anonyme selon les dispositions applicables à la faillite, cette application par le juge ayant statué sur cette question n'étant pas contestée. Sur ce point, l'art. 731b CO a fait l'objet d'une modification, entrée BGE 148 III 194 S. 197 en vigueur le 1<sup>er</sup> novembre 2019, depuis son application par le juge de première instance, le 31 mai 2016. La possibilité pour le juge de prononcer la dissolution de la société et ordonner sa liquidation selon les dispositions applicables à la faillite était prévue à l'ancien art. 731b al. 1 ch. 3 CO, alors qu'elle est maintenant conférée au "tribunal" et figure à l'alinéa 1 bis ch. 3 de cette norme. Le contenu de la règle demeurant inchangé, il sera uniquement fait mention de l'art. 731b

al. 1 bis ch. 3 CO .

### **E. 5.1.1**

Selon l' art. 731b al. 1 CO , lorsque l'organisation d'une société anonyme présente certaines carences, un actionnaire ou un créancier peut requérir du tribunal de prendre les mesures nécessaires. Le tribunal peut notamment prononcer la dissolution de la société et ordonner sa liquidation selon les dispositions applicables à la faillite ( art. 731b al. 1 bis ch. 3 CO ). L'ordonnance de dissolution fondée sur l' art. 731b al. 1 bis ch. 3 CO donne ainsi en principe lieu à une procédure ordinaire de faillite. Toutefois, la procédure de faillite ne se déroule pas en raison d'une faillite, mais bien en exécution d'une décision judiciaire de dissolution. L' art. 731b CO ne consacre pas un nouveau cas de faillite (arrêt 5A\_235/2007 du 14 novembre 2007 consid. 4.3; cf. aussi LORANDI, *Konkursverfahren über Handelsgesellschaften ohne Konkurseröffnung - Gedanken zu Art. 731b OR* , PJA 2008 p. 1378 ss, 1381 s. [ci-après: PJA 2008]; SCHÖNBÄCHLER, *Die Organisationsklage nach Art. 731b OR* , 2013, p. 267 ss). Il n'y a ainsi pas de déclaration de faillite, prononcée par le juge de la faillite, qui pourrait notamment être révoquée en application de l' art. 195 LP ( ATF 141 III 43 consid. 2.3.2; cf. aussi LORANDI, *Konkursverfahren über Handelsgesellschaften zufolge Organisationsmangel [ Art. 731b OR ]* , BLSchK 2012 p. 41 ss [p. 48 ss]; SCHÖNBÄCHLER, *op. cit.*, p. 280). La décision de dissolution est seulement assimilable fonctionnellement à un prononcé de faillite (CHENAUX/HÄNNI, *Carence dans l'organisation de la société: étude des aspects matériels et procédurux de l' art. 731b CO* , JdT II 2013 p. 97 ss [p. 112]; LORANDI, PJA 2008, *op. cit.*, p. 1386 et 1389; SCHÖNBÄCHLER, *op. cit.*, p. 271). Le but poursuivi par le législateur est un système organisé dans lequel la société est liquidée sous le contrôle de l'autorité étatique, sans toutefois appliquer toutes les dispositions de la LP car la justification de celles-ci réside principalement dans le fait que la société est BGE 148 III 194 S. 198 surendettée ou insolvable (causes ordinaires de la faillite). Or, ces circonstances ne sont pas nécessairement réalisées dans les hypothèses visées par l' art. 731b CO (PETER/CAVADINI-BIRCHLER, *Art. 731b CO : Un état des lieux*, in *Mélanges à la mémoire de Bernard Corboz*, 2019, p. 197 ss [p. 211 n. 43]). Les règles de la faillite ne s'appliquent dès lors que par analogie ( ATF 141 III 43 consid. 2.5.1; Message du 19 décembre 2001 concernant la révision du code des obligations [Droit de la société à responsabilité limitée; adaptation des droits de la société anonyme, de la société coopérative, du registre du commerce et des raisons de commerce], FF 2001 2949 ss ch. 2.2.3 ad art. 731b [nouveau]; LORANDI, PJA 2008, *op. cit.*, p. 1390; la question de savoir si seuls les art. 221 ss LP s'appliquent est controversée, sans qu'il y ait lieu de la trancher: cf. à ce sujet SCHÖNBÄCHLER, *op. cit.*, p. 286 ss). Les organes de direction et d'administration de la société qui présentent une carence organisationnelle ne doivent en effet pas pouvoir se voir conférer la qualité de liquidateurs, pour des motifs tendant à la protection des créanciers. Etant donné qu'on ne saurait toutefois exiger d'un office des faillites qu'il se substitue intégralement aux organes, le législateur a renvoyé aux règles de la LP, qui prévoit une procédure de liquidation expéditive (HARI, *Carences dans l'organisation d'une société [ art. 731b CO ]* et liquidation forcée en application des règles du droit de la faillite, GesKR 2015 p. 272 ss [p. 274 s.]).

### **E. 5.1.2**

L'office des faillites est compétent pour mettre en oeuvre la procédure de faillite, sous la surveillance de l'autorité de surveillance (CHENAUX/HÄNNI, *op. cit.*, p. 113; HARI, *op. cit.*, 275; PETER/CAVADINI, in *Commentaire romand, Code des obligations*, vol. II, 2 e

éd. 2017, n° 24 ad art. 731b CO ; SCHÖNBÄCHLER, op. cit., p. 263, 278 ss et 283 s.). Cette compétence résulte du fait que les règles sur la faillite sont applicables par analogie et que, selon la LP, la procédure de la faillite est conduite par l'office des faillites ( art. 221 ss LP ). Lorsque la faillite est mise en oeuvre selon la procédure ordinaire de faillite, les créanciers peuvent aussi nommer une administration spéciale de la faillite et/ou une commission de surveillance ( art. 237 et 253 LP ; BERGER/RÜETSCHI/ZIHLER, Die Behebung von Organisationsmängeln - handelsregisterrechtliche und zivilprozessuale Aspekte, Reprax 2012/1 p. 1 ss [p. 20]; LORANDI, PJA 2008, op. cit., p. 1390; SCHÖNBÄCHLER, op. cit., p. 284; cf. toutefois: PETER/CAVADINI-BIRCHLER, op. cit., p. 211). BGE 148 III 194 S. 199 Bien qu'il ait prononcé la dissolution de la société, il n'y a pas d'attraction de compétence à l'endroit du juge civil. Le juge de la faillite reste compétent pour toute décision au cours de la procédure de faillite que lui attribue la loi, sauf la révocation de la faillite étant donné que celle-ci n'a jamais été ouverte. C'est notamment à lui qu'il revient de prononcer la clôture après avoir constaté que la liquidation est terminée ( art. 268 al. 2 LP ; LORANDI, PJA 2008, op. cit., p. 1390; SCHÖNBÄCHLER, op. cit., p. 284 s.; d'un autre avis: PETER/CAVADINI-BIRCHLER, op. cit., p. 212, qui estiment que "le liquidateur" doit établir un rapport final et le soumettre au juge civil qui prononcera la clôture de la liquidation). L'office publie la clôture ( art. 268 al. 1 LP ).

### **E. 5.1.3**

Si la procédure de liquidation se solde par un excédent d'actifs, l'office doit utiliser celui-ci pour couvrir les intérêts des créances des créanciers colloqués qui ont couru depuis le début de la procédure ( ATF 129 III 559 consid. 3.3; arrêt 5A\_324/2015 du 21 août 2015 consid. 4.2.2 et les références, in SJ 2016 I p. 13; LORANDI, Organisationsmängel von Gesellschaften mit tückischen Folgen - Kleine Ursache mit grosser Wirkung, in L'expert comptable suisse [ECS] 2009 p. 89 ss [p. 90] [ci-après: Organisationsmängel]; idem , op. cit., PJA 2008, p. 1392; SCHÖNBÄCHLER, op. cit., p. 294 s.). S'il existe encore un excédent, celui-ci doit, comme pour toute autre faillite, être restitué au débiteur, soit aux organes de la société, qui récupèrent le droit de disposer de ce patrimoine. Sauf disposition contraire des statuts, l'excédent doit être réparti entre les associés (actionnaires ou autres selon le type d'entité concernée et de titres émis). Cette compétence incombe aux organes au terme de la procédure de faillite, et non à l'office des faillites, faute de base légale (CHENAUX/HÄNNI, op. cit., p. 113; LORANDI, Organisationsmängel, op. cit., p. 90; idem , PJA 2008, op. cit., p. 1393; PETER/CAVADINI-BIRCHLER, op. cit., p. 212; idem , op. cit., n° 26 ad art. 731b CO ; SCHÖNBÄCHLER, op. cit., p. 295). A défaut d'organes, l'office doit consigner l'excédent à la caisse des dépôts et consignations ( art. 9, 24 et 264 al. 3 LP par analogie; sur cette obligation en général, cf. ATF 142 III 425 consid. 3.1).

### **E. 5.2**

En l'espèce, il n'appartenait pas à l'office de répartir l'excédent de liquidation entre les actionnaires de la société dissoute, et encore moins d'instruire les faits et de statuer sur la composition de l'actionariat. L'office devait remettre cet excédent à l'organe compétent pour procéder à la répartition ou, à défaut, consigner cet excédent à la caisse des dépôts et consignations. En omettant d'ordonner à l'office BGE 148 III 194 S. 200 d'agir ainsi, l'autorité de surveillance a violé les règles sur la faillite, ce qui a mené à une prolongation de la procédure. L'état de fait de l'arrêt attaqué ne permettant d'établir ni l'existence ni la compétence d'un organe à qui l'excédent peut être remis - dès lors notamment qu'on ignore la carence ayant donné lieu à la dissolution -, il revient de renvoyer la cause à l'autorité de

surveillance à cette fin. Il suit de là que le recours doit être admis sur cette conclusion. Les autres griefs de la recourante, de même que la réponse à ceux-ci de la société participante à la procédure, sont pour le reste sans objet. En particulier, le grief de la violation de l' art. 8a LP est sans pertinence, étant donné que l'office n'avait aucune instruction à mener en la matière.

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