

BGer 4A_23/2014 vom 8. Juli 2014

Bundesgericht, 2014-07-08, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_4A_23_2014

FR: TF 4A_23/2014 du 8 juillet 2014

IT: TF 4A_23/2014 del 8 luglio 2014

Erwägungen

E. 1

Interjeté en temps utile (art. 100 al. 1 LTF) contre une décision finale (art. 90 LTF), rendue sur recours pour déni de justice, en application de l' art. 165 al. 1 ORC , par le tribunal supérieur du canton de Genève (art. 75 LTF), dans une affaire dont la valeur litigieuse de 30'000 fr. est atteinte (art. 74 al. 1 let. b LTF), le recours en matière civile est recevable en vertu de l'art. 72 al. 2 let. b ch. 2 LTF.

L'état de fait de l'arrêt attaqué a été complété d'office à l'aide des arrêts du Tribunal fédéral et des arrêts cantonaux déjà rendus entre les parties (art. 105 al. 2 LTF).

E. 2

Le Tribunal fédéral examine d'office la capacité d'être partie (Parteifähigkeit), la capacité d'ester en justice (Prozessfähigkeit) et la capacité de procéder (Prozessführungsbefugnis) des parties à la procédure. Si l'une ou l'autre fait défaut au recourant, le Tribunal fédéral ne peut entrer en matière et statuer sur le fond (arrêt 4A_163/2014 du 16 juin 2014 consid. 2 et les références).

E. 2.1

Avant d'examiner si le requérant est autorisé à requérir sa radiation, il s'impose de rappeler les principes applicables à l'immatriculation et à la radiation d'une entreprise individuelle.

E. 2.1.1

La personne physique titulaire (ou l'exploitant ou le chef) d'une entreprise individuelle (Einzelunternehmen ou Einzelfirma), qui exerce une activité économique indépendante en vue d'un revenu régulier (art. 2 let. b ORC), est tenue de requérir son inscription - qui est une immatriculation - au registre du commerce (art. 934 al. 1 CO) si elle l'exploite en la forme commerciale et qu'elle obtient, sur une période d'une année, une recette brute de 100'000 fr. au moins (chiffre d'affaires annuel; art. 36 al. 1 ORC). L'entreprise individuelle préexiste à son inscription au registre du commerce: sa création ne dépend pas de l'inscription et, par conséquent, son immatriculation n'est pas constitutive (VIANIN, L'inscription au registre du commerce et ses effets, 2000, [ci-après: L'inscription], p. 223 et 246). Elle a toutefois l'obligation - de droit public - de se faire immatriculer (art. 934 al. 1 CO). Comme unité de production, l'entreprise individuelle a une existence réelle; son immatriculation ne constitue que la preuve de son existence et en crée l'apparence (VIANIN, L'inscription, p. 247). La personne physique exploitant l'entreprise individuelle répond sur tout son patrimoine (VIANIN, L'inscription, p. 225).

L'inscription au registre du commerce a pour conséquence que la personne physique titulaire (" le chef ") de la raison individuelle est assujettie à la poursuite par voie de faillite (art. 39 al. 1 ch. 1 LP ; VIANIN, L'inscription, p. 301). L'inscription formelle au registre

du commerce est décisive à cet égard: il ne suffit pas que la personne ait la qualité d'exploitant, mais il faut qu'elle soit inscrite au registre du commerce. Par conséquent, si une personne exploite une entreprise individuelle commerciale sans être inscrite, le créancier qui veut la poursuivre par voie de faillite doit provoquer son inscription au registre du commerce (art. 152 ORC ; VIANIN, L'inscription, p. 304). Inversement, si le titulaire est resté inscrit au registre du commerce malgré la cessation de son activité, il reste soumis à la poursuite par voie de faillite; l'autorité de poursuite n'a pas à examiner si l'inscription est justifiée ou non (ATF 120 III 4 consid. 4 p. 6) et le poursuivi n'est pas admis à démontrer que l'inscription est erronée (VIANIN, L'inscription, p. 301 et 304). Le critère formel de l'inscription est décisif; il importe peu que l'inscription eût dû être supprimée.

E. 2.1.2

Lorsque le titulaire de l'entreprise individuelle met un terme à son activité (ou la cède à une autre personne ou à une autre entité juridique), il doit requérir sa radiation au registre du commerce (art. 938 al. 1 CO et 39 al. 1 ORC). Cette radiation doit être opérée au terme de la liquidation (Vianin, Commentaire romand, Code des obligations, vol. II, 2008, n° 7 ad art. 938-938a CO).

En vertu de l' art. 40 al. 1 LP , même s'il a été radié au registre du commerce, le titulaire de l'entreprise individuelle demeure sujet à la poursuite par voie de faillite durant les six mois qui suivent la publication de sa radiation dans la Feuille officielle suisse du commerce (ci-après: FOSC). Cette disposition a pour but d'éviter que la personne inscrite puisse, dans le courant d'une procédure de poursuite déjà engagée, se soustraire à la faillite en se faisant radier (ATF 135 III 14 consid. 3 p. 15; Vianin, L'inscription, p. 305).

E. 2.1.3

En cas de faillite de l'exploitant de l'entreprise individuelle, l'office du Registre du commerce procède d'office aux inscriptions [cf. Titre 5 ORC, art. 152 ss ORC], sur communication du juge (art. 176 al. 1 LP et art. 158 ORC). Lorsque le juge lui communique la déclaration de faillite (art. 176 al. 1 ch. 1 LP ; art. 158 al. 1 let. a ORC), l'office inscrit que la faillite a été ouverte (art. 159 al. 1 let. a ORC), ainsi que la date et le moment de la déclaration de faillite (art. 159 al. 1 let. b ORC). Lorsque le juge l'informe qu'il a accordé l'effet suspensif au recours (art. 176 al. 1 ch. 4 LP ; 158 al. 1 let. b ORC), l'office inscrit que l'effet suspensif a été accordé au recours et la date de la décision (art. 159 al. 2 let. a et b ORC). Toutes ces modifications sont publiées dans la FOSC (art. 931 al. 1 CO et 35 al. 1 ORC; quant au texte de l'effet suspensif à publier, cf. Rüetschi, in Handelsregisterverordnung, Siffert et al. [éd.], Berne 2013, n° 6 ad art. 159 ORC).

Lorsque le juge clôture la faillite de l'exploitant de l'entreprise individuelle (art. 268 al. 2 LP), il le communique au registre du commerce (art. 176 al. 1 ch. 3 LP ; art. 158 al. 1 let. f ORC), lequel procède d'office à la radiation de l'entreprise (art. 159 al. 5 let. b ORC). Quand la faillite a été suspendue, puis clôturée faute d'actif suffisant pour procéder à la liquidation sommaire (art. 230 al. 1 et 2 LP), l'office ne procède à la radiation de l'entreprise individuelle que si celle-ci a cessé ses activités (art. 159 al. 5 let. a ORC); l'office des faillites doit lui communiquer la cessation de l'activité et, s'il n'est pas en mesure de le faire, l'office du registre du commerce doit s'adresser directement à l'exploitant de l'entreprise et le sommer de se déterminer (Küng, Berner Kommentar, 2001, n° 25 ad art. 939 CO). Ces modifications sont également publiées dans la FOSC (Rüetschi, op. cit., n°s

15 et 10 ad art. 159 ORC).

Lorsque la radiation est intervenue à la suite de la clôture de la faillite, l' art. 40 al. 1 LP ne s'applique pas, car alors le risque que l'exploitant ne se fasse radier pour échapper à la faillite n'existe plus (ATF 135 III 14 consid. 3 p. 15; Acocella, in Basler Kommentar, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, vol. I, 2e éd. 2010, n° 9 ad art. 40 LP ; Vianin, L'inscription, p. 305).

E. 2.2

A ce stade, il sied de vérifier si le titulaire de l'entreprise individuelle a encore le droit de requérir sa radiation - au motif qu'il en a cessé l'exploitation - une fois que sa faillite a été ouverte.

Dès que sa faillite est ouverte, le titulaire de l'entreprise individuelle perd le pouvoir de disposer (Verfügungsmacht) de ses actifs et passifs, qui appartiennent désormais à la masse (art. 204 al. 1 LP ; ATF 121 III 28 consid. 3 et l'arrêt cité). L'office des faillites (cas échéant, une administration spéciale; cf. art. 237 al. 2 LP) est chargé des intérêts de la masse et procède à sa liquidation (art. 240, 1e phrase, LP); il représente la masse en justice (Prozessführungsbefugnis; art. 240, 2e phrase, LP). Il décide de la continuation ou non de l'exploitation (Küng, op. cit., n° 14 ad art. 939 CO). L'ouverture de la faillite est inscrite au registre du commerce, et l'effet suspensif d'un éventuel recours contre le prononcé de faillite (art. 174 al. 2 et 3 LP en relation avec les art. 325 CPC et 309 let. b ch. 6 CPC, ainsi qu'avec les art. 190 LP et 194 LP), l'y est également (cf. consid. 2.1.3 ci-dessus). La portée de l'effet suspensif dépend de la décision rendue par l'autorité de recours (cf., à propos de l'effet suspensif accordé par le Tribunal fédéral à un recours en matière civile, arrêt 5A_3/2009 du 13 février 2009 consid. 2, in SJ 2010 I p. 34).

Conformément à l' art. 207 al. 1 et 2 LP , le failli ne peut pas non plus continuer les procès civils et les procédures administratives pendants, le pouvoir de le faire passant à l'administration de la masse (Prozessführungsbefugnis).

Le failli perd également le pouvoir de requérir la radiation de son entreprise individuelle au registre du commerce puisque cet acte aurait pour conséquence de soustraire ses actifs à la mainmise générale de ses créanciers, dont ceux-ci bénéficient du fait de l'ouverture de la faillite. D'ailleurs, au vu de la jurisprudence relative à l' art. 40 LP , ou bien la faillite n'est pas encore en force et l' art. 40 LP s'applique, avec cet effet que l'exploitant demeure soumis à la poursuite par voie de faillite pendant six mois (à compter de la publication de la radiation dans la FOOSC), le but de cette disposition étant d'éviter que le débiteur puisse, dans le courant d'une procédure de poursuite déjà engagée, se soustraire à la faillite en se faisant radier, ou bien la faillite est en force et l' art. 40 LP ne s'applique pas, car les créanciers auront été désintéressés dans la procédure de faillite (cf. consid. 2.1.2 et 2.1.3 ci-dessus). Il en découle qu'une fois la faillite en force, la radiation de l'entreprise individuelle ne peut avoir lieu qu'après la clôture de la faillite prononcée par le juge, respectivement en cas de clôture de la faillite pour défaut d'actif (art. 230 LP) si, de surcroît, l'entreprise individuelle a cessé ses activités.

E. 2.3

En l'espèce, il y a lieu tout d'abord de constater que le recourant est en faillite en vertu du jugement du Tribunal de première instance du 12 mars 2012, à compter dudit jour à 14h. 35. En effet, comme l'a retenu la Chambre de surveillance, la Cour de justice, en tant que juge

de la faillite, n'a jamais accordé l'effet suspensif au recours que l'exploitant a interjeté contre l'ouverture de sa faillite par le Tribunal de première instance, dès l'instant où, en statuant sur le fond par arrêt du 26 avril 2013, la cour cantonale a considéré que la requête d'effet suspensif était devenue sans objet. Le recourant n'a pas requis l'effet suspensif à l'appui de son recours en matière civile liquidé par l'arrêt 5A_423/2013 du 17 septembre 2013, qu'au demeurant le Tribunal fédéral n'accorde en principe que pour la force exécutoire (cf. consid. 2.2). A la suite de l'admission de son recours pour violation du droit d'être entendu et de l'annulation de l'arrêt du 26 avril 2013, la cause a été replacée dans l'état où elle se trouvait immédiatement avant l'arrêt annulé, soit à la date du 25 avril 2013; cette conséquence découle de l'articulation des voies de recours, de sorte qu'aucune demande d'interprétation ne pouvait être admise (arrêt 5G_1/2014 du 14 mars 2014), contrairement à ce que semble croire le recourant. Dès lors, à cette date, le prononcé de faillite était en force de chose jugée, avec effet au 12 mars 2012 à 14h. 35, aucun effet suspensif n'ayant été accordé. La Cour de justice, statuant à nouveau sur recours contre le prononcé de faillite, est arrivée à la même conclusion dans son arrêt du 14 mars 2014, ce qui l'a conduite à refuser la suspension de la procédure. De son côté, le recourant n'allègue pas qu'un effet suspensif aurait été inscrit au registre du commerce conformément à l' art. 159 al. 2 let. a et b ORC . Le recourant déduit à tort, de la circonstance que la Cour de justice n'a jamais refusé l'octroi de l'effet suspensif, qu'il ne serait pas en faillite.

Ensuite, puisque le 30 septembre 2013, date où le recourant a requis la radiation de son inscription au registre du commerce, ce dernier était déjà en faillite (depuis le 12 mars 2012 à 14h. 35), il n'avait pas la faculté de procéder (Prozessführungsbefugnis) pour former une telle réquisition. Il s'ensuit que les présents recours au Tribunal fédéral sont également irrecevables pour ce motif.

A supposer que le recourant ait déposé, comme il le prétend, une première requête de radiation le 16 octobre 2012 - fait qui ne ressort pas de l'arrêt cantonal -, ses recours devraient également être déclarés irrecevables, dès lors que sa faillite était en force depuis le 12 mars 2012 à 14h. 35.

Le fait que le recourant serait, comme il l'affirme, partie à un procès civil et ne serait donc pas considéré par les autorités genevoises comme étant en faillite, n'y change rien. Il en va de même du fait qu'il se serait vu notifier un commandement de payer pour une créance antérieure au 12 mars 2012.

Enfin, c'est à tort que le recourant croit que, même en faillite, sa réquisition de radiation devrait être accueillie car elle n'a " pas pour effet d'influer sur [l'état de la masse], mais (remet) en cause l'existence même de la masse ". En effet, dès lors que la radiation de son entreprise aurait pour conséquence de soustraire ses actifs à la mainmise générale de ses créanciers, il n'a pas la capacité pour procéder à la réquisition de cet acte. A cet égard, le fait que le recourant allègue ne disposer " d'aucune espèce de fortune " et qu'il ne résulterait de sa radiation aucun préjudice pour ses créanciers est sans pertinence.

E. 3

Les deux recours interjetés sont donc irrecevables. Vu la solution adoptée, on peut se dispenser d'examiner si la Chambre de surveillance aurait violé le droit d'être entendu du recourant, en ne lui donnant pas la possibilité de se prononcer sur l'application de l' art. 207 LP avant de rejeter son recours.

Les recours étant d'emblée dénués de chances de succès, la requête d'assistance judiciaire du recourant doit être rejetée (art. 64 al. 1 LTF) et les frais de la procédure doivent être mis à sa charge (art. 66 al. 1 LTF). Il n'y a pas lieu d'allouer de dépens (art. 68 al. 3 LTF).

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