

BGer 5A_665/2021 vom 28. Januar 2022

Bundesgericht, 2022-01-28, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_5A_665_2021

FR: TF 5A_665/2021 du 28 janvier 2022

IT: TF 5A_665/2021 del 28 gennaio 2022

Erwägungen

E. 1

Le recours a été déposé dans le délai légal (art. 100 al. 2 let. a LTF) contre une décision finale (art. 90 LTF), rendue en matière de poursuite pour dettes et faillite (art. 72 al. 2 let. a LTF), par une autorité de surveillance statuant en dernière (unique) instance cantonale (art. 75 al. 1 LTF). Il est ouvert indépendamment de la valeur litigieuse (art. 74 al. 2 let. c LTF). La recourante, qui a succombé devant l'autorité cantonale et a un intérêt digne de protection à la modification de la décision entreprise, a qualité pour recourir (art. 76 al. 1 LTF).

Le recours en matière civile des art. 72 ss LTF est une voie de réforme (art. 107 al. 2 LTF). Sous peine de voir son recours frappé d'irrecevabilité, le recourant doit prendre des conclusions sur le fond du litige (ATF 137 II 313 consid. 1.3; 134 III 379 consid. 1.3; 133 III 489 consid. 3.1). Cela étant, sauf à tomber dans un formalisme excessif, les conclusions préalables de la recourante doivent être comprises comme des conclusions réformatoires de l'arrêt attaqué qui a rejeté ses conclusions préalables tendant à la production des pièces citées.

E. 2.1

Le recours en matière civile peut être formé pour violation du droit, tel qu'il est délimité par les art. 95 s. LTF. Le Tribunal fédéral applique le droit d'office (art. 106 al. 1 LTF). Cela étant, eu égard à l'exigence de motivation contenue à l' art. 42 al. 1 et 2 LTF , il n'examine en principe que les griefs soulevés (ATF 142 III 364 consid. 2.4 et les références). Le recourant doit par conséquent discuter les motifs de la décision entreprise et indiquer précisément en quoi il estime que l'autorité précédente a méconnu le droit (ATF 142 I 99 consid. 1.7.1; 142 III 364 consid. 2.4 et la référence). Le Tribunal fédéral ne connaît par ailleurs de la violation de droits fondamentaux que si un tel grief a été expressément invoqué et motivé de façon claire et détaillée par le recourant (" principe d'allégation ", art. 106 al. 2 LTF ; ATF 142 II 369 consid. 2.1; 142 III 364 consid. 2.4).

E. 2.2

Le Tribunal fédéral statue sur la base des faits établis par l'autorité précédente (art. 105 al. 1 LTF). Il ne peut s'en écarter que si ceux-ci ont été constatés de façon manifestement inexacte ou en violation du droit au sens de l' art. 95 LTF (art. 105 al. 2 LTF), et si la correction du vice est susceptible d'influer sur le sort de la cause (art. 97 al. 1 LTF). Le recourant qui soutient que les faits ont été établis d'une manière manifestement inexacte, c'est-à-dire arbitraire au sens de l' art. 9 Cst. (ATF 143 I 310 consid. 2.2 et la référence), doit satisfaire au principe d'allégation susmentionné (art. 106 al. 2 LTF ; cf. supra consid. 2.1). Une critique des faits qui ne satisfait pas à cette exigence est irrecevable (ATF 141 IV 249 consid. 1.3.1 et la référence).

En vertu de l' art. 105 al. 2 LTF , il peut toutefois compléter d'office les constatations de l'autorité précédente. Il a été fait application de cette norme, sur la base du dossier cantonal.

E. 3

S'agissant du droit à l'accès au dossier par la recourante, l'autorité de surveillance a considéré que les restrictions posées par le préposé à cet égard étaient proportionnées et justifiées, au motif que le dossier était volumineux et sensible et qu'il était dans l'intérêt des tiers à la non-divulgence de certaines pièces que la consultation s'effectue dans les locaux de l'office. Elle a retenu que cette restriction était la seule manière d'assurer que certaines pièces sensibles, telles que les bilans comptables ne soient pas divulguées inutilement au préjudice de B._____ AG notamment, qui avait d'ailleurs déclaré s'opposer à la divulgation de certaines pièces.

Sur le fond, l'autorité cantonale a jugé que la mesure querellée ne violait pas le droit fédéral, relevant au demeurant que la recourante ne le prétendait d'ailleurs pas elle-même puisqu'elle se plaignait uniquement de la violation de la convention d'actionnaires du 9 mai 2006. Elle a précisé que, dans son arrêt du 9 avril 2021, elle avait retenu que B._____ AG s'était conformée à son obligation d'annoncer au sens des art. 697i et 697j CO mais qu'elle avait néanmoins invité celle-ci à se légitimer au moyen de la production des actions originales ou d'une copie certifiée conforme de ces dernières. Or, B._____ AG s'était pleinement conformée à cette décision en produisant le certificat d'actions (au porteur) original émis par C._____ SA en liquidation. L'autorité cantonale a jugé que, dans ces circonstances, la question de savoir si la convention d'actionnaires du 9 mai 2006 avait ou non été respectée pouvait souffrir de demeurer indéterminée, dès lors que le transfert d'actions au porteur incorporées dans un papier-valeur se faisait par la remise du titre, sans qu'une cession de créance soit nécessaire. Elle a renvoyé la recourante à faire valoir ses arguments devant le juge civil compétent, pour autant que cela soit encore possible.

E. 4

La recourante se plaint tout d'abord de la violation de l' art. 8a al. 1 LP en tant que l'autorité de surveillance a considéré que les restrictions posées par l'office à l'accès au dossier étaient proportionnées et justifiées. Sur le fond, elle conclut à ce qu'ordre soit donné à l'office de verser l'excédent de liquidation sur le compte de la caisse des dépôts et consignations prévue par la loi. A l'appui de cette conclusion, elle se plaint d'arbitraire dans l'établissement des faits (art. 9 Cst.), de la violation des art. 697j, 697i et 697m CO , de même que de celle de la convention d'actionnaires de 2006. En substance, elle soutient que B._____ AG n'est pas devenue valablement actionnaire de la société en liquidation, de sorte que l'office ne pouvait pas procéder au versement de l'excédent de liquidation en sa faveur.

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 en vigueur le 1er 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'art. 731b al. 1 ch. 3 aCO, alors qu'elle est maintenant conférée au "

tribunal " et figure à l'alinéa 1bis ch. 3 de cette norme. Le contenu de la règle demeurant inchangé, il sera uniquement fait mention de l' art. 731b al. 1bis 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. 1bis ch. 3 CO). L'ordonnance de dissolution fondée sur l' art. 731b al. 1bis 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 Konkursöffnung - Gedanken zu Art. 731b OR ,

in PJA 2008 p. 1378 ss [1381 s.; cité: 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),

in BISchK 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 procéduraux de l' art. 731b CO ,

in JdT II 2013, p. 97 ss [p. 112]; LORANDI, PJA 2008, 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 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 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) du 19 décembre 2001, FF 2001 p. 2949 ss, n° 2.2.3 ad art. 731b (nouveau); LORANDI, PJA 2008, 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,

in GesKR 2015 p. 272 ss [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, CO II, 2ème 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,

in Reprax 2012/1 p. 1 ss [20]; LORANDI, PJA 2008, p. 1390; SCHÖNBÄCHLER,

op. cit. , p. 284; cf. toutefois: PETER/CAVADINI-BIRCHLER,

op. cit. , p. 211).

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, p. 1390; SCHÖNBÄCHLER,

op. cit. , p. 284 s.; d'un autre avis: PETER/CAVADINI-BIRCHLER,

op. cit. , p. 212, qui estime 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, publié

in SJ 2016 I p. 13; LORANDI, Organisationsmängel von Gesellschaften mit tückischen Folgen - Kleine Ursache mit grosser Wirkung,

in ECS 2009 p. 89 ss [p. 90; cité: Organisationsmängel]; IDEM, 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, p. 90; IDEM, PJA 2008, 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'actionnariat. 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 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.

E. 6

En définitive, le recours est admis. L'arrêt attaqué est annulé et la cause renvoyée à l'autorité de surveillance pour instruction et nouvelle décision au sens des considérants. Les frais judiciaires, arrêtés à 1'500 fr., sont mis à la charge de l'intimée, l'État de Fribourg ne pouvant en supporter (art. 66 al. 1 et 4 LTF); en revanche, les dépens, fixés à 2'500 fr., incombent à celle-ci et à l'État de Fribourg, solidairement entre eux (art. 68 al. 1, 2 et 4 LTF). L'autorité précédente ayant statué sans frais ni dépens, il n'y a pas lieu de lui renvoyer la cause sur ce point.

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