

Dusan Knezevic

Conséquences de la radiation d'une personne morale faillie du registre du commerce

ATF 146 III 441 du 19 août 2020



I. Faits

La faillite de la société D. SA a été prononcée le 23 avril 2013. L'Office des faillites compétent a cédé les prétentions en responsabilité de la masse en faillite à l'encontre des organes de la société aux créanciers cessionnaires B. SA et C. SA au sens de l'art. 260 LP. La procédure de faillite sommaire a été clôturée par jugement du 12 novembre 2014. Le 17 novembre 2014, D. SA a été radiée d'office du registre du commerce.

Ce n'est qu'après la radiation de D. SA, le 17 novembre 2015, que les deux créanciers cessionnaires, B. SA et C. SA, ont formé une action en responsabilité contre A., ancien administrateur de D. SA, auprès du Tribunal de district de Münchwilen. Par décision du 14/20 mars 2017, le Tribunal de district de Münchwilen a rejeté l'action pour défaut de légitimation active de B. SA et C. SA. Le 11 avril 2017 et le 18 avril 2017 respectivement, D. SA est réinscrite au registre du commerce en vue de sa liquidation.

Le 2 mai 2017, sur appel de B. SA et C. SA, la Cour suprême du canton de Thurgovie a annulé la décision du Tribunal de district de Münchwilen et a renvoyé l'affaire au Tribunal de district pour décision au fond. La Cour suprême du canton de Thurgovie a considéré la réinscription de D. SA comme un vrai *novum* rétablissant la légitimation active des créanciers cessionnaires, B. SA et C. SA. Le Tribunal de district de Münchwilen a, par la suite, condamné A. à verser un peu plus de CHF 800'000 à titre de dommages-intérêts. L'appel interjeté par A. a été jugé infondé par la Cour suprême du canton de Thurgovie.

Le Tribunal fédéral a rejeté le recours formé par A. contre les décisions de la Cour suprême du canton de Thurgovie.

II. Argumentation du Tribunal fédéral

Le recourant, A., s'est appuyé sur l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_384/2016 du 1^{er} février 2017 et a fait valoir que, suite à la radiation de D. SA du registre du commerce, le titulaire de la prétention en responsabilité, D. SA, n'existait plus et que les créanciers cessionnaires, B. SA et C. SA, ne bénéficiaient donc pas de la légitimation active, de sorte que leur prétention devait être rejetée comme infondée. Toutefois, le Tribunal fédéral n'a pas suivi son jugement antérieur, mais l'a corrigé en ce sens que la radiation de D. SA du registre du commerce n'a aucun effet sur la légitimation active des créanciers cessionnaires, en ce qui concerne les prétentions cédées au sens de l'art. 260 LP (cf. ATF 146 III 441, c. 2).

Le Tribunal fédéral rappelle tout d'abord que la question de savoir si la radiation d'une société anonyme au registre du commerce a effet constitutif est controversée dans la doctrine. Dans l'arrêt 4A_384/2016 du 1^{er} février 2017, le Tribunal fédéral a considéré que la personnalité juridique d'une société anonyme en liquidation cesse d'exister lors de sa radiation du registre du commerce. Ainsi, le titulaire de la prétention en responsabilité fait défaut et par conséquent, le créancier cessionnaire qui agit en tant que demandeur, en son propre nom, mais qui fait valoir une prétention de la masse en faillite (*Prozessstandschafter*) ne jouit pas de la légitimation active, raison pour laquelle son action doit être rejetée comme infondée. Le Tribunal fédéral considère qu'il ne faut pas partir du principe qu'il a voulu changer la jurisprudence avec son arrêt 4A_384/2016 du 1^{er} février 2017, car la question de savoir si les conditions nécessaires à un changement de jurisprudence étaient réunies n'a pas été examinée (cf. ATF 146 III 441 c. 2.3).

Ensuite, le Tribunal fédéral fait référence à sa jurisprudence publiée au Recueil officiel en relation avec la radiation de sociétés anonymes du registre du commerce, à savoir que dans la mesure où il reconnaît l'effet constitutif de la radiation, il n'en déduit pas qu'en l'absence de titulaire d'une prétention, ladite prétention cesserait d'exister. La

radiation d'une société anonyme du registre du commerce n'a donc aucun effet sur l'existence d'une prétention, mais seulement sur la cessation de la capacité de faire des actions juridiques (*am Rechtsverkehr teilzunehmen*) de la société anonyme radiée du registre du commerce (cf. ATF 146 III 441 c. 2.4).

Le Tribunal fédéral rappelle par la suite que la cession au sens de l'art. 260 LP est une institution *sui generis* du droit de la faillite et du droit de procédure, par laquelle est transférée la faculté de conduire le procès comme partie (*Prozessführungsbefugnis*), et non une cession au sens du droit civil. Les créanciers cessionnaires agissent en leur propre nom, pour leur propre compte et à leurs propres risques, mais ne deviennent pas titulaires de la prétention cédée. La masse en faillite n'est cependant pas partie à la procédure. Partant, il n'est pas nécessaire que la société

Il est regrettable que le Tribunal fédéral ait manqué l'occasion de prendre position sur l'effet de la radiation d'une personne morale du registre du commerce.

anonyme reste inscrite au registre du commerce pour que les créanciers cessionnaires puissent introduire une action et faire valoir une prétention de la masse en faillite (cf. ATF 146 III 441 c.2.5.1). Étant donné que le but poursuivi par l'art. 260 LP est d'aider la masse en faillite à obtenir des actifs, il ne serait pas compatible avec celui-ci que la faculté de conduire le procès comme partie des créanciers cessionnaires s'éteigne avec la radiation de la société anonyme du registre du commerce (cf. ATF 146 III 441 c. 2.5.3).

Le Tribunal fédéral a ensuite fait référence à l'art. 269 LP, disposition traitant de la procédure complémentaire (*Nachkonkurs*). La radiation d'une société anonyme du registre du commerce n'empêche pas une procédure complémentaire. En effet, une société anonyme qui a été radiée du registre du commerce ne doit pas être réinscrite aux fins de la réalisation et de la distribution ultérieure. Ce n'est que dans la mesure où la masse en faillite souhaite faire valoir activement ses prétentions dans la procédure complémentaire, à savoir transiger, introduire une poursuite, une action ou une procédure d'arbitrage, etc. qu'il est nécessaire que la société anonyme soit réinscrite au registre du commerce. Le législateur suppose également à l'art. 269 al. 3 LP que dans le cadre de la procédure complémentaire, qui ne nécessite pas de réinscription au registre du commerce, des prétentions peuvent être cédées au sens de l'art. 260 LP. Si une réinscription n'est pas nécessaire en cas de procédure

complémentaire, une cession qui avait déjà eu lieu avant la radiation de la société anonyme du registre du commerce ne peut pas être affectée par ladite radiation (cf. ATF 146 III 441 c. 2.5.4 et 2.5.5).

Le Tribunal fédéral a en outre estimé qu'il n'y avait aucun intérêt digne de protection à ce que la faculté de conduire le procès comme partie des créanciers cessionnaires cesse d'exister avec la radiation de la société anonyme du registre du commerce (cf. ATF 146 III 441 c. 2.6). Avec la cession au sens de l'art. 260 LP, le créancier cessionnaire devient formellement partie à la procédure (cf. ATF 146 III 441 c. 2.6.1). En outre, l'objection, selon laquelle une réinscription de la société anonyme au registre du commerce est nécessaire, s'avère être une simple chicane visant à éluder le paiement aux créanciers cessionnaires. Un tel comportement ne mérite aucune protection juridique (cf. ATF 146 III 441 c. 2.6.2).

Le Tribunal fédéral note que son arrêt 4A_384/2016 du 1^{er} février 2017 a entraîné une insécurité juridique quant au fait de savoir si une société anonyme radiée du registre du commerce devait y être réinscrite, afin que les créanciers cessionnaires puissent faire valoir les prétentions de la masse en faillite. Cela a, par conséquent, conduit à une accumulation de requêtes de réinscription de sociétés anonymes au registre du commerce (cf. ATF 146 III 441 c. 2.7).

Le Tribunal fédéral conclut que la radiation de la société anonyme du registre du commerce n'a aucun effet sur la possibilité de recouvrement d'une prétention cédée au sens de l'art. 260 LP et que la réinscription au registre du commerce n'est donc pas nécessaire (cf. ATF 146 III 441 c. 2.8).

III. Remarques¹

Le Tribunal fédéral présente en l'espèce quatre arguments différents, dont chacun conduit au résultat constaté, à savoir que la radiation d'une société anonyme² du registre du commerce n'a aucun effet sur la légitimation active des créanciers cessionnaires, en ce qui concerne les prétentions cédées au sens de l'art. 260 LP. Néanmoins, en examinant les

1 L'arrêt du Tribunal fédéral en question a également été commenté en allemand par Me Olivier Baum dans *Schweizerische Zeitschrift für Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht sowie Umstrukturierungen (GesKR)* 2021, 114 ss.

2 Par souci de lisibilité, dans la section III., référence sera faite uniquement aux sociétés anonymes. Toutes les remarques relatives aux sociétés anonymes valent *mutatis mutandis* pour les sociétés à responsabilité limitée.

différents arguments présentés par le Tribunal fédéral, il apparaît qu'aucun d'entre eux n'est véritablement convaincant.

A. Pertinence de la radiation d'une société anonyme du registre du commerce pour la procédure de faillite

Le Tribunal fédéral a examiné dans quelle mesure il est pertinent pour la procédure de faillite de savoir si une société a été radiée du registre du commerce respectivement si elle doit être réinscrite au registre du commerce. Il conclut à juste titre que la radiation du registre du commerce n'est pas pertinente à cet égard. Néanmoins, ce n'est en l'espèce pas la question décisive. Pour cette même raison, l'analogie avec la procédure complémentaire au sens de l'art. 269 LP s'avère également ne pas être pertinente.

B. Pertinence de la radiation d'une société anonyme du registre du commerce pour le recouvrement actif des prétentions de la masse en faillite

Le Tribunal fédéral concède lui-même que, dans la mesure où la masse en faillite souhaite faire valoir activement une prétention, notamment introduire une poursuite ou une action, il est nécessaire que la société anonyme soit réinscrite au registre du commerce (cf. ATF 146 III 441 c. 2.5.4). Si, en revanche, un créancier cessionnaire fait valoir activement une prétention de la masse en faillite, la société anonyme n'a pas à être réinscrite au registre du commerce (cf. ATF 146 III 441 c. 2.5.1). Or, ce traitement différencié est dépourvu de fondement, étant donné que les créanciers cessionnaires ne peuvent logiquement pas avoir plus de droits que la masse en faillite, unique titulaire³ de la prétention en question. Ils doivent par conséquent également réinscrire la société anonyme au registre du commerce, s'ils veulent faire valoir activement une prétention cédée au sens de l'art. 260 LP. En outre, les effets de droit matériel d'une radiation du registre du commerce sont les mêmes, indépendamment du fait que la prétention de la masse en faillite soit activement recouverte par la masse en faillite elle-même ou par les créanciers cessionnaires (cf. III.B.1. et III.B.3.).

1. Effet de la radiation d'une société anonyme du registre du commerce

Les sociétés anonymes acquièrent leur personnalité avec l'inscription au registre du commerce (cf. art. 643 CO), cette

inscription ayant effet constitutif⁴. En revanche, il existe une controverse doctrinale concernant l'effet constitutif⁵ ou déclaratif⁶ de la radiation d'une société anonyme du registre du commerce. En outre, la jurisprudence de notre Haute Cour est fluctuante^{7 8}.

Si la radiation d'une société anonyme du registre du commerce a effet constitutif, l'inscription de celle-ci est déterminante pour que la société anonyme cesse d'exister.⁹

Si la radiation d'une société anonyme du registre du commerce a effet déclaratif, la société anonyme cesse d'exister à partir du moment où la liquidation est effectivement terminée, ce qui peut être le cas avant ou après la radiation de la société anonyme du registre du commerce.¹⁰ En revanche, la radiation a pour effet que la société anonyme cesse d'avoir la capacité active et passive d'agir.¹¹

L'opinion soutenue par l'auteur de cette contribution est que la radiation d'une société anonyme du registre du commerce a un effet constitutif. Il semble évident que la sécurité juridique et la protection de tiers exigent que non seulement l'inscription d'une société au registre du commerce ait effet constitutif, mais également sa radiation.¹² Ainsi, l'existence juridique d'une société anonyme cesse avec sa radiation du registre du commerce. Ceci sous réserve de réinscription ultérieure au registre du commerce, par le biais duquel la société anonyme « renaît »¹³ de manière *ex nunc*. Dans ce contexte, il est à relever qu'une créance sans créancier¹⁴ ou sans débiteur est logiquement

4 BSK OR II-SCHENKER, dans: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), Obligationenrecht II, Basler Kommentar, 5. A., Basel 2016 (cit. BSK OR II-auteur), art. 643 N 1; KUKO OR-GRAHAM/SIEGENTHALER, art. 643 N 1, in: Heinrich Honsell (Hrsg.), Obligationenrecht, Kurzkommmentar, Basel 2014 (cit. KUKO OR-auteur).

5 Cf. parmi d'autres : CHK OR-BENEDICK, art. 746 N 5, dans: Vito Roberto/Hans Rudolf Trüeb (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personengesellschaften und Aktiengesellschaft, Vergütungsverordnung, 3. A., Zürich/Basel/Genève 2016; SHK HRegV-RÜETSCHLI, art. 164 N4, dans: Rino Siffert/Nicholas Turin (Hrsg.), Handelsregisterverordnung (HRegV), Stämpflis Handkommentar, Bern 2013; KUKO SchKG-NÄF, art. 268 N7, dans: Daniel Hunkeler (Hrsg.), Kurzkommmentar SchKG, 2. A., Basel 2014.

6 Cf. parmi d'autres : BSK OR II-STÄUBLI (n. 4), art. 746 N 1; KUKO OR-TREZZINI (n. 4), art. 746 N 1; CR CO II-RAYROUX, art. 746 N 1, dans: Pierre Tercier/Marc Amstutz (éd.), Code des obligations II, Commentaire romand, Basel 2008 (cit. CR CO-auteur).

7 Pour l'effet constitutif, cf. : ATF 132 III 731 c. 3.1; 117 III 39 c. 3b; 73 III 61 c. 1; TF, 4A_384/2016, 1.2.2017, c. 2.1.3.

8 Pour l'effet déclaratif, cf. : TF, 4A_231/2011, 20.9.2011, c. 2; 4A_5/2008, 22.5.2008, c. 1.4.

9 FRANCO LORANDI, Löschung einer Gesellschaft im Handelsregister nach Abschluss des Insolvenzverfahrens, AJP/PJA 2018, 728.

10 LORANDI (n. 9), AJP/PJA 2018, 728.

11 Cf. CR CO II-RAYROUX (n. 6), art. 746 N 6.

12 LORANDI (n. 9), AJP/PJA 2018, 728.

13 Cf. ATF 64 II 150 c. 1 – l'expression employée dans cet arrêt du Tribunal fédéral est « Wiederaufleben ».

14 Cf. ATF 73 III 61 c. 1.

3 ATF 139 III 391 c. 5.1; 132 III 342 c. 2.2.

inconcevable.¹⁵ Ce principe est à tel point fondamental et évident qu'il n'est mentionné nulle part de manière explicite dans le CO.

2. Conséquence de l'effet déclaratif de la radiation d'une société anonyme du registre du commerce pour le recouvrement actif des prétentions de la masse en faillite

Si la radiation d'une société anonyme du registre du commerce a un effet déclaratif, la société anonyme radiée ne cesse pas d'exister. Partant, la radiation n'a aucun effet sur l'existence d'une prétention de la société anonyme radiée respectivement de la masse en faillite, indépendamment du fait que la masse en faillite ou les créanciers cessionnaires fassent valoir activement ladite prétention, notamment en introduisant une poursuite ou une action.

3. Conséquence de l'effet constitutif de la radiation d'une société anonyme du registre du commerce pour le recouvrement actif des prétentions de la masse en faillite

Si la radiation d'une société anonyme du registre du commerce a un effet constitutif, *d'une part*, les prétentions de la masse en faillite cessent d'exister. Cela inclut également les prétentions cédées au sens de l'art. 260 LP, telles que les prétentions en responsabilité cédées. Ces prétentions ne sont pas immunisées contre le fait que le titulaire de la prétention, la société anonyme radiée respectivement la masse en faillite, cesse d'exister. L'action des créanciers cessionnaires serait donc à rejeter pour défaut de légitimation active. *D'autre part*, les créances admises à l'état de collocation (*Konkursforderungen*), y inclus celles des créanciers cessionnaires, cessent également d'exister, car une créance sans débiteur est inconcevable¹⁶. Cela a pour conséquence que la cession au sens de l'art. 260 LP cesse également d'exister en tant que droit accessoire des créances admises à l'état de collocation.¹⁷ Outre la légitimation active, les créanciers cessionnaires ne disposent pas non plus de la faculté de conduire le procès comme partie. Pour ce motif, l'action des créanciers cessionnaires serait donc irrecevable.

4. Solution proposée par le Tribunal fédéral

C'est avant tout une question de droit matériel que de savoir quel est l'effet de la radiation d'une société anonyme du registre du commerce (cf. III.B.1.). A la grande surprise, le Tribunal fédéral ne répond délibérément pas à cette question

Il est à déplorer que le Tribunal fédéral ait manqué l'occasion de confirmer une pratique zurichoise qui permet d'éviter toute incertitude.

cardinale. Le Tribunal fédéral se contente plutôt d'affirmer que dans la mesure où il reconnaît que la radiation d'une société anonyme du registre du commerce a un effet constitutif, cette dernière n'a aucun effet sur l'existence d'une prétention (de la société anonyme radiée), mais sur la cessation de la capacité à faire des actions juridiques de la société anonyme radiée (cf. ATF 146 III 441 c. 2.4). Et c'est bien là où le bât blesse : il est tout simplement inconcevable du point de vue du droit civil d'affirmer *d'une part* que la radiation d'une société anonyme du registre du commerce a un effet constitutif et *d'autre part* que la radiation n'a aucun effet sur l'existence d'une prétention (de la société anonyme radiée), mais sur la cessation de la capacité de faire des actes juridiques de la société anonyme radiée, puisque ce serait la conséquence même de l'effet déclaratif de la radiation (cf. III.B.1.).

En refusant de se déterminer de manière claire et explicite sur l'effet de la radiation d'une société anonyme du registre du commerce, le Tribunal fédéral se contredit et ne convainc pas quant aux conséquences de la radiation d'une société anonyme du registre du commerce en ce qui concerne les prétentions de la masse en faillite.

C. Défaut d'intérêt digne de protection à exiger la réinscription d'une société au registre du commerce

Le Tribunal fédéral affirme qu'il n'y a pas d'intérêt digne de protection à exiger une réinscription d'une société au registre du commerce pour faire valoir les prétentions cédées au sens de l'art. 260 LP (cf. ATF 146 III 441 c. 2.6). *D'une part*, la décision de notre Haute Cour a été imprégnée par l'interdiction de l'abus de droit. L'impression d'ensemble qui se dégage est que le recourant non seulement ne peut mais ne doit pas obtenir gain de cause en faisant valoir que la radiation du titulaire de la prétention en responsabilité du registre du commerce conduit au défaut de légitimation active des créanciers cessionnaires et par conséquent au rejet de leur action. *D'autre part*, la question de l'exigence de la réinscription au registre du commerce est, selon l'opinion soutenue par l'auteur de cette contribution, plutôt une question de capacité à être partie et non pas d'intérêt digne de protection.

¹⁵ LORANDI (n. 9), AJP/PJA 2018, 729.

¹⁶ LORANDI (n. 9), AJP/PJA 2018, 729.

¹⁷ Arrêt Tribunal Cantonal/SG, BZ.2003.7, 27.10.2014, c. II.2.b/aa.

D. Insécurité juridique et accumulation de requêtes de réinscription au registre du commerce

Le Tribunal fédéral affirme que son arrêt 4A_384/2016 du 1^{er} février 2017 a entraîné une insécurité juridique quant au fait de savoir si une société anonyme radiée du registre du commerce devait y être réinscrite, afin que les créanciers cessionnaires puissent faire valoir les prétentions de la masse en faillite. Cela a par conséquent conduit à une accumulation de requêtes de réinscription de sociétés anonymes au registre du commerce (cf. ATF 146 III 441 c. 2.7).

En raison de l'insécurité juridique décrite ci-dessus, la pratique suivante s'est établie dans certains cantons, notamment dans le canton de Zurich¹⁸: le Juge de la faillite clôture la faillite bien que des prétentions aient été cédées au sens de l'art. 260 LP et que, partant la liquidation des valeurs patrimoniales n'est pas encore achevée. En même temps, le Juge de la faillite avise l'Office du registre du commerce de ne procéder à la radiation de la société anonyme en question que sur avis ultérieur de l'Office des faillites compétent. En outre, le Juge de la faillite avise l'Office du registre du commerce d'inscrire sous la rubrique « Remarques » que l'inscription de la société anonyme en question au registre du commerce n'est maintenue que pour que les prétentions cédées puissent être activement recouvrées. Enfin, le Juge de la faillite avise l'Office de faillite de requérir la radiation de la société anonyme en question auprès de l'Office du registre du commerce, après que le recouvrement de la prétention cédée au sens de l'art. 260 LP ait été achevé ou après révocation de la décision de cession.

Selon l'opinion soutenue par l'auteur de cette contribution, cette pratique, en tout point conforme avec le droit civil, permet non seulement aux créanciers cessionnaires comme demandeurs mais aussi bien aux défendeurs d'éviter toute incertitude, due à la radiation du titulaire d'une prétention du registre du commerce, concernant la légitimité active et la faculté de conduire un procès comme partie des créanciers cessionnaires.

IV. Conclusion

Le point positif de l'ATF 146 III 441 est que le Tribunal fédéral parvient à un résultat satisfaisant pour les créanciers cessionnaires, à savoir que la radiation du titulaire d'une prétention du registre du commerce n'a aucun effet sur la légitimation active des créanciers cessionnaires. Néan-

moins, l'argumentation présentée par notre Haute Cour ne convainc pas et qui plus est, laisse perplexe.

En premier lieu, il est regrettable que le Tribunal fédéral ait manqué l'occasion de prendre position sur l'effet de la radiation d'une personne morale du registre du commerce.

En deuxième lieu, le Tribunal fédéral a créé un institut juridique, pourtant inconcevable du point de vue du droit civil, à savoir affirmer *d'une part* que la radiation d'une société anonyme du registre du commerce a un effet constitutif et *d'autre part* que la radiation n'a aucun effet sur l'existence d'une prétention (de la société anonyme radiée), mais sur la cessation de la capacité de faire des actions juridiques de la société anonyme radiée. Ainsi, le Tribunal fédéral se

Les créanciers cessionnaires sont dans tous les cas bien avisés de requérir la réinscription de la société anonyme radiée au registre du commerce.

contredit et ne convainc pas quant aux conséquences de la radiation d'une société anonyme du registre du commerce en ce qui concerne les prétentions de la masse en faillite.

En troisième lieu, il est à déplorer que le Tribunal fédéral ait manqué l'occasion de confirmer une pratique zurichoise très efficace et conforme en tout point avec le droit civil, concernant le sursis de la radiation et qui permet d'éviter toute incertitude, due à la radiation du titulaire d'une prétention du registre du commerce, concernant la légitimité active et la faculté de conduire un procès comme partie des créanciers cessionnaires.

Pour conclure, l'auteur de la présente contribution estime que les créanciers cessionnaires sont dans tous les cas bien avisés de requérir la réinscription de la société anonyme radiée au registre du commerce, afin d'éviter tout risque en cas d'un éventuel revirement de jurisprudence.

¹⁸ Arrêt Tribunal d'arrondissement/ZH, EK191109, 13.8.2019, c. 4–5.