



*Direction de la Recherche  
et Documentation*

## **NOTE DE RECHERCHE**

**Droits des anciens dirigeants d'une société mise en liquidation d'engager des actions en justice au nom de ladite société**

[...]

- Objet:
- Examen des législations ou jurisprudences nationales régissant le cas dans lequel les anciens dirigeants d'une société en liquidation conservent la faculté d'introduire, au nom de cette société, une action en justice, alors même qu'un liquidateur a été nommé pour administrer et gérer la société pendant toute la durée de la procédure de mise en liquidation.
  - Étude du droit de contester, au nom de la société, les actes administratifs qui étaient à l'origine de la mise en liquidation de cette société, incombant uniquement au liquidateur ou pouvant être reconnu aux anciens dirigeants de celle-ci.
  - Examen des conditions requises pour que ces anciens dirigeants puissent introduire une action en justice.

[...]

*Février 2019*

[...]



## PLAN

Synthèse.....	p.	1
Droit allemand.....	p.	11
Droit espagnol.....	p.	18
Droit estonien.....	p.	37
Droit français.....	p.	44
Droit irlandais.....	p.	55
Droit polonais.....	p.	58
Droit suédois.....	p.	68



## SYNTHÈSE

### I. INTRODUCTION

1. L'objet de la présente note de recherche est de présenter de quelle manière les droits nationaux<sup>1</sup> procèdent au partage des compétences entre les anciens dirigeants d'une société mise en liquidation, d'une part, et le liquidateur d'autre part, par rapport à la question de savoir qui d'entre eux dispose de la capacité d'ester en justice au nom de ladite société.
2. La note vise à apporter des réponses aux trois questions suivantes:
  - (1) Les législations ou jurisprudences nationales régissent-elles le cas dans lequel les anciens dirigeants d'une société en liquidation conservent la faculté d'introduire, au nom de cette société, une action en justice, alors même qu'un liquidateur a été nommé pour administrer et gérer la société pendant toute la durée de la procédure de mise en liquidation?
  - (2) Le droit de contester, au nom de la société, les actes administratifs qui étaient à l'origine de la mise en liquidation de cette société, appartient-il uniquement au liquidateur ou peut-il être reconnu aux anciens dirigeants de celle-ci?
  - (3) Quelles conditions sont requises pour que ces anciens dirigeants puissent introduire une action en justice?
3. Aux fins de cette note, il convient d'analyser les situations de conflit entre les liquidateurs externes et les anciens dirigeants d'une société. Ces dernières peuvent avoir leur origine, notamment, soit dans l'ouverture d'une procédure de faillite ou portant sur des entreprises en difficulté soit dans l'ouverture d'une procédure de liquidation ordinaire. La liquidation à l'amiable est également prise en considération, là où cela s'avère pertinent. Au vu de la constellation factuelle et juridique en cause dans le litige au principal, il semble également utile de présenter certains régimes spéciaux concernant le secteur bancaire et celui des assurances.

---

<sup>1</sup> Sont examinés les droits allemand, espagnol, estonien, français, irlandais, polonais et suédois.

4. La présente synthèse examine donc les questions soulevées dans le contexte de la liquidation ordinaire (partie II.), des régimes portant sur les entreprises en difficulté financière ou en faillite (partie III.) et des régimes spéciaux concernant les secteurs bancaire et des assurances (partie IV.)

## II. LA LIQUIDATION ORDINAIRE

5. La liquidation ordinaire entraînant la nomination de liquidateurs externes peut être déclenchée pour différentes raisons. Tel est le cas, par exemple, lorsque les associés ou une partie des associés la demandent en raison d'un conflit d'intérêts (**Allemagne, France, Suède et Pologne**), ou, à l'égard d'une société solvable, notamment lorsque celle-ci a atteint ses objectifs (**Irlande**), à la suite d'une décision administrative (**Allemagne et Suède**) ou à la suite d'une décision judiciaire (**France, Irlande, Suède et Pologne**). En **Espagne**, dans le cadre de la liquidation ordinaire, sous réserve de certaines exceptions, notamment dans le cadre des régimes spéciaux concernant le secteur bancaire, le droit national ne prévoit pas la nomination d'un liquidateur externe.
6. En principe, à la suite de la mise en liquidation de la société, la capacité d'ester en justice revient au liquidateur. Tel est le cas dans tous les États membres sous analyse.
7. Le droit **allemand** prévoit, en général, que les liquidateurs sont autorisés à engager la société à l'égard des tiers et à la représenter en justice. Il en va ainsi également en droit **polonais**, lequel prévoit que les liquidateurs ont le droit de gérer les affaires de la société et de la représenter. Cette solution s'applique mutatis mutandis en droit **suédois**, à l'égard notamment des sociétés anonymes. Ici, le liquidateur se substitue au conseil d'administration et au directeur général. En conséquence, ces deux derniers perdent la capacité d'ester en justice au nom de la société. En droit **estonien**, étant donné que le mandat de la direction expire avec l'ouverture de la procédure de liquidation, les anciens dirigeants d'une personne morale mise en liquidation ne conservent pas la capacité d'ester en

justice au nom de ladite personne morale. En **France**, le liquidateur a seul la qualité pour agir en justice au nom de la société devant toutes les juridictions et y exercer les voies de recours pertinentes. En **Irlande**, bien que le droit national prévoit la possibilité pour les directeurs de continuer à exercer leurs pouvoirs sous réserve de l'autorisation expresse du liquidateur, le pouvoir de former un recours ou de défendre les actions en justice, au nom de la société en liquidation, incombe seul au liquidateur.

8. Dans certains de ces systèmes juridiques, les anciens dirigeants conservent toutefois le droit d'introduire un recours contre la décision de mise en liquidation. On retrouve cette situation dans cinq États membres (**Pologne, Suède, Irlande, France et Estonie**).
9. Ainsi, en droits **polonais** et **suédois**, même si le liquidateur remplace la direction, il ne lui revient pas de représenter la société en cas de recours introduit contre la décision sur la mise en liquidation forcée de la société. Dans ces ordres juridiques, les anciens dirigeants conservent le droit de représenter la société tant que la décision de mise en liquidation n'est pas devenue définitive. Selon la jurisprudence **irlandaise**, les directeurs conservent certains pouvoirs résiduels tels que le droit de retenir les services d'un avocat pour contester l'ordonnance de mise en liquidation. En **France**, dans le cas où les anciens dirigeants n'auraient pas été nommés en qualité de liquidateur, ils perdent alors leur capacité à ester en justice au nom de la société. Il semblerait qu'ils conservent toutefois un intérêt à agir contre les ordonnances du président du tribunal de commerce en application des règles de droit commun.<sup>2</sup> En **Estonie**, le directoire en tant qu'organe de la société est habilité à contester l'ordonnance judiciaire de liquidation.
10. Notons que, dans certains ordres juridiques, les anciens dirigeants gardent également la compétence pour contester, au nom de la société, la décision

---

2 L'article 32 du code de procédure civile prévoit que l'action est ouverte à tous ceux qui ont un intérêt légitime au succès ou au rejet d'une prétention, sous réserve des cas dans lesquels la loi attribue le droit d'agir aux seules personnes qu'elle qualifie pour élever ou combattre une prétention, ou pour défendre un intérêt déterminé.

ordonnant la nomination d'un liquidateur externe. Il en va ainsi en **France**, en **Pologne** et, pour les sociétés à responsabilité limitée, en **Allemagne**. Dans le même esprit, en **Irlande**, la décision de mise en liquidation appelée «*petition for winding up*» intervient avant la mise en place du liquidateur par ordonnance de la Haute Cour («*winding up order*») et les anciens dirigeants sont, tel que décrit plus haut, habilités à attaquer ce premier acte. Il en va de même en **Suède** et en **Estonie**, où les décisions de mettre la société en liquidation et de nommer le liquidateur ne forment qu'une seule décision.

11. Dans certains États membres, le droit du liquidateur d'ester en justice peut s'étendre, au-delà de l'ouverture de la liquidation, à des procès initiés par les anciens dirigeants (**Allemagne, Estonie, Pologne, France, Irlande et Suède**).
12. En effet, d'après la jurisprudence administrative **allemande**, le pouvoir du liquidateur de représenter la société mise en liquidation peut s'étendre à un litige relatif à une demande visant l'obtention d'une autorisation administrative introduite avant l'ouverture de la procédure de liquidation. De même, les droits **estonien, polonais, français et suédois** peuvent être interprétés en ce sens que le liquidateur représente la société également dans les éventuelles actions en justice commencées par l'ancienne direction au nom de la société. En **Irlande**, le droit du liquidateur d'ester en justice s'étend, en principe, aussi aux litiges commencés avant l'ouverture de la procédure de liquidation.<sup>3</sup>

### **III. PROCÉDURES RELATIVES AUX ENTREPRISES EN DIFFICULTÉ OU EN FAILLITE**

13. Au vu des particularités d'une liquidation portant sur une société en difficulté financière ou en faillite, il convient de présenter ce cas de figure séparément. Dans

<sup>3</sup> Toutefois, il convient de signaler que, en règle générale, tout contentieux pendant contre la société qui est mise en liquidation est suspendue en vertu de la section 678 de la loi irlandaise relative aux sociétés de 2014, sous réserve de l'autorisation de la Haute Cour. Les procédures pendantes devant le Tribunal de l'égalité font exception à cette règle statutaire.

ce cadre, les droits nationaux visent notamment à créer des conditions pour satisfaire les créanciers de la société. La réponse à la question de savoir si la société en difficulté financière ou en faillite doit être représentée par les anciens dirigeants ou par le liquidateur judiciaire implique généralement de déterminer au préalable si le litige en cause porte sur la masse de faillite ou non. Relevons, toutefois, d'emblée qu'en **France** et en **Irlande**, il n'existe pas de régime de faillite proprement dit. En **France**, il existe deux régimes distincts entre la liquidation amiable et la liquidation judiciaire, qui correspond aux situations de faillites.

14. En règle générale, les liquidateurs sont habilités à ester en justice concernant les litiges portant sur la masse de faillite. Par conséquent, les anciens dirigeants retiennent la capacité d'ester en justice dans le cadre des litiges ne portant pas sur la masse de faillite. Cette règle semble s'appliquer dans tous les États membres sous analyse.
15. En droits **allemand, espagnol et polonais**, le liquidateur est habilité à ester en justice concernant les litiges portant sur la masse de faillite. L'objet du litige doit être susceptible de faire partie juridiquement de la masse de faillite. En droit **suédois**, la société en faillite ne contrôle pas les biens qui relèvent de la masse de faillite et elle n'est pas habilitée à souscrire des engagements susceptibles d'être opposés à la masse de la faillite. Par conséquent, les représentants de la société en faillite perdent normalement leur pouvoir d'ester en justice au nom de cette dernière. Par contre, ils restent représentants de l'entité légale ressortant de l'ouverture de la procédure de faillite, c'est-à-dire la société en faillite. En droit **français**, s'agissant de l'exercice de droits non compris dans la mission du liquidateur, les dirigeants d'une société en liquidation conservent la faculté d'introduire une action en justice. En droit **irlandais**, une fois que la société est mise en liquidation, c'est le liquidateur qui mène toute action au nom de la société.

16. En droits **estonien** et **suédois**, une exception à la règle énoncée ci-dessus s'applique dans le cas suivant. Au regard de procédures portant sur la masse de faillite commencées avant la déclaration de la faillite, le liquidateur judiciaire peut prendre part dans ce litige en tant que partie (pas de pluralité des parties). Toutefois, si le liquidateur renonce à participer au litige, l'entité débitrice peut y prendre part.
17. En tout état de cause, dans tous les États membres sous analyse, la capacité d'attaquer la décision d'ouverture de la procédure relative à l'entreprise en difficulté ou de faillite revient, en principe, aux entités débitrices, représentées par les anciens dirigeants.
18. Dans ce contexte, la loi **irlandaise** ne prévoit pas expressément qui peut attaquer une demande de mise en liquidation. Selon la jurisprudence, les anciens directeurs peuvent contester une telle pétition.

#### **IV. LES RÉGIMES SPÉCIAUX DANS LES SECTEURS BANCAIRE ET DES ASSURANCES**

19. Dans le cadre de la présente note de recherche, il convient de se pencher également en particulier sur les régimes spéciaux concernant les secteurs bancaire et des assurances.
20. Dans ce contexte, il doit être souligné que la décision de liquidation n'est pas nécessairement une conséquence automatique de la décision administrative de retirer la licence.
21. En **Allemagne** et **Pologne**, elle peut nécessiter une décision administrative de liquidation. Notons également que, en **Suède**, l'autorité chargée de l'enregistrement des sociétés peut être tenue de mettre une société d'assurances en liquidation lorsque l'agrément permettant de mener l'activité en question est

arrivé à échéance ou a été retiré. Par contre, en **Estonie** et en **France**, la décision de liquidation ressort d'une décision judiciaire.

22. Dans le cadre des régimes spéciaux relatifs aux établissements bancaires ou aux entreprises d'assurances, dans tous les États membres sous analyse, la capacité d'ester en justice revient, en règle générale, aux liquidateurs.
23. En vertu du **droit allemand**, dans le cadre d'un recours contre une décision de retrait de licence bancaire, la faculté d'introduire ledit recours revient à l'établissement de crédit, représenté, en principe, par le directoire pour les personnes morales ou par les associés pour les sociétés de personnes. Par contre, dès que la liquidation, suite au retrait de la licence, prend effet, les règles générales ressortant du code du commerce et des lois relatives aux différentes formes des sociétés s'appliquent. Le droit **espagnol** dispose que les administrateurs spéciaux désignés par la Banque d'Espagne ont le pouvoir de révoquer les mandats conférés par les organes de l'établissement du crédit, ce qui pourrait être interprété en ce sens que le droit d'ester en justice revient aux administrateurs spéciaux. En droit **français**, les régimes applicables aux entreprises bancaires et aux établissements de crédit sont fortement similaires. Le liquidateur a un pouvoir circonscrit à des missions spécifiques, à savoir la vérification des créances, ainsi que de l'inventaire des actifs directement liés aux passifs. Parallèlement, le tribunal désigne lors du jugement d'ouverture de la liquidation un liquidateur chargé de l'inventaire des autres actifs et des opérations de liquidation. En **Irlande** et en **Estonie**, le liquidateur retient en accord avec les règles générales sur la liquidation la capacité d'ester en justice. En **Suède**, les régimes spéciaux relatifs aux banques et aux assurances ne prévoient non plus de règles différentes par rapport au régime général. Le liquidateur va être seul habilité à ester en justice au nom de la société en liquidation. En **Pologne**, lors de la mise en liquidation d'un établissement de crédit, le liquidateur dispose de toutes les compétences qui auraient normalement été reconnues aux organes de la banque. Il a notamment le droit de représenter la banque en liquidation dans le cadre et en dehors de procédures juridictionnelles.

24. Trois catégories d'États membres<sup>4</sup> peuvent être distinguées concernant la question de savoir à qui revient la capacité d'introduire un recours contre l'acte administratif à l'origine de la mise en liquidation.
25. En **Allemagne**, un recours contre les actes administratifs à l'origine de la mise en liquidation ne fait pas l'objet d'un régime particulier, mais relève des dispositions générales (voir point 29 de la contribution allemande). En l'absence d'une prise de position nette de la jurisprudence récente, tout porte à croire que la capacité d'attaquer la décision administrative de retrait de la licence reviendrait au liquidateur en accord avec les règles générales.
26. La situation est différente en **France**, **Estonie** et **Pologne**. En **France**, il semblerait que les dirigeants conservent l'exercice des droits non patrimoniaux et donc le pouvoir de représentation pour l'exercice des droits de l'établissement de crédit à l'égard du retrait de la licence bancaire. Dans le système **estonien**, la Banque centrale européenne, étant la seule institution habilitée à retirer une licence bancaire selon le règlement n° 1024/2013 du Conseil, le droit administratif national n'est pas considéré à s'appliquer à ce cas de figure. En **Pologne**, compte tenu de l'expiration des mandats des membres du directoire au jour de la prise en fonction du liquidateur, le droit national prévoit explicitement que la capacité d'introduire un recours contre la décision de retirer l'agrément bancaire revient au conseil de surveillance de la banque. Une solution similaire est retenue dans le cas d'une liquidation dans le secteur des assurances.
27. Aucune jurisprudence **suédoise**, **irlandaise** ou **espagnole** n'a été décelée permettant de répondre explicitement à la question de savoir si les anciens dirigeants pourraient avoir le droit de contester, au nom de la société, les actes administratifs qui étaient à l'origine de la mise en liquidation de cette société. Notons qu'en **Irlande**, selon la loi sur la Banque centrale de 1942 (*Central Bank Act 1942*), toute «personne concernée» peut attaquer la décision administrative de retrait de la licence. Une telle personne («*affected person*») est définie comme

---

<sup>4</sup> (1) Allemagne, (2) France, Estonie et Pologne, (3) Suède, Irlande et Espagne.

une personne dont les intérêts sont directement ou indirectement concernés par une décision contestable de la Banque centrale (section 57G). Le retrait de licence constitue une telle décision attaquable. Dès lors, la capacité de contester ladite décision dépend de l'intérêt pour agir et qualité à agir et non pas du rôle qu'exerce cette personne.

## V. CONCLUSION

28. Tous les droits nationaux sous analyse prévoient, de manière générale, le principe selon lequel, à la suite de l'ouverture d'une procédure de liquidation, la capacité d'ester en justice, au nom de la société, revient au liquidateur.
29. Cependant, dans certaines situations, une règle dérogatoire s'applique, et ce notamment lorsque le recours vise à attaquer la décision de mise en liquidation (**France, Irlande, Pologne, Suède et Estonie**) ou de nomination d'un liquidateur externe (**Allemagne, France, Pologne et Irlande**).<sup>5</sup>
30. Dans le cadre des régimes portant sur les entreprises en difficulté financière ou en faillite, l'ensemble des droits nationaux étudiés prévoient que le liquidateur judiciaire est habilité à ester en justice au nom de la société en liquidation.<sup>6</sup>
31. S'agissant toutefois de litiges ne portant pas sur la masse de la faillite ou les droits patrimoniaux, les anciens dirigeants peuvent conserver la capacité d'ester en justice. Il en va de même concernant le recours contre la décision d'ouverture de la procédure de faillite ou portant sur des entreprises en difficulté.
32. Dans le cadre des régimes spéciaux relatifs aux établissements bancaires ou aux entreprises d'assurances, en **Allemagne, Espagne, France, Irlande, Pologne,**

5 Notons qu'en Suède et en Estonie, les décisions de mettre la société en liquidation et de nommer le liquidateur ne forment qu'une seule décision.

6 Notons qu'en droit suédois, le liquidateur est habilité à ester en justice au nom de la masse de la faillite, car la société en faillite continue à exister à côté de la masse, cette dernière constituant en soi une entité juridique.

**Estonie** et **Suède**, la capacité d’ester en justice revient, en règle générale, aux liquidateurs.

33. En **Allemagne**, dans le cadre des régimes spéciaux, un recours contre les actes administratifs à l’origine de la mise en liquidation semble pouvoir relever, de la capacité du liquidateur..
34. Par contre, en **France**, il semble que les anciens dirigeants d’un établissement bancaire conservent l’exercice des droits de recours contre le retrait de la licence bancaire. Une solution particulière est établie en **Pologne**, où le pouvoir d’ester en justice peut être attribué non pas aux anciens dirigeants ou au liquidateur mais au conseil de surveillance d’un établissement de crédit. En **Estonie**, vu que la Banque centrale européenne est considérée être la seule institution habilitée à retirer une licence bancaire, la question du droit de représentation dans le recours contre le retrait de la licence fait l’objet d’un débat dans la doctrine.
35. Aucune jurisprudence **suédoise**, **irlandaise** ou **espagnole** n’a pu être identifiée permettant de répondre explicitement à la question.

[...]

## DROIT ALLEMAND

### I. INTRODUCTION

1. À titre liminaire, il convient de souligner que le droit allemand ne connaît pas de réponse uniforme à la question de savoir dans quelle mesure les anciens dirigeants d'une société mise en liquidation conservent le pouvoir d'ester en justice au nom de cette dernière. Les règles concernant les procédures de liquidation sont dispersées notamment, d'une part, dans le code du commerce (HGB) et les lois spécifiques relatives aux sociétés particulières, par exemple la loi sur les sociétés anonymes (AktG), et d'autre part, dans la loi sur l'insolvabilité (InsO).
2. Des règles spéciales existent à l'égard des établissements de crédit. Pour différentes raisons, l'Office fédéral du contrôle du crédit («*Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht*») est habilité, dans certains cas, à retirer la licence d'un établissement de crédit et à introduire une demande de liquidation auprès du tribunal compétent.
3. La liquidation d'une société peut être due à des raisons de différente nature. Elle peut être, par exemple, inhérente à une procédure d'insolvabilité. Dans ce cadre, l'administrateur judiciaire sera, en règle générale, une personne extérieure à la société. Par contre, dans le cadre de la liquidation ordinaire, ce sont souvent les associés ou les directeurs de la société qui vont être nommés en tant que liquidateurs.
4. Cette analyse présente tout d'abord les conditions de nomination ainsi que les pouvoirs de représentation de l'administrateur en justice lorsqu'une procédure d'insolvabilité a été ouverte (partie II.). Ensuite, sont examinées les conditions de nomination des liquidateurs ainsi que les compétences de ces derniers d'ester en justice dans le cadre d'une liquidation ordinaire (partie III.). Enfin, le cas spécifique du retrait d'une licence d'un établissement de crédit est présenté (partie IV.).

### II. PROCÉDURE D'INSOLVABILITÉ

#### A. RÉGIME GÉNÉRAL

5. Lorsque le débiteur perd le pouvoir de disposer de la masse de l'insolvabilité, il perd en même temps le pouvoir d'ester en justice à l'égard de litiges concernant cette dernière.<sup>1</sup> En vertu de l'article 240 du code de procédure civile (ci-après le «ZPO»), les litiges en cours sont suspendus, tant qu'ils concernent la masse d'insolvabilité, et sont repris conformément aux règles régissant la procédure d'insolvabilité.

<sup>1</sup> Voir l'article 80, paragraphe 1, de la loi sur l'insolvabilité (InsO).

6. L'article 85 de la loi relative à l'insolvabilité complète l'article 240 ZPO. Il dispose que le pouvoir d'ester en justice dans le cadre de procès en cours concernant la masse de l'insolvabilité revient à l'administrateur judiciaire, afin d'éviter toute possibilité d'influence de la part du débiteur.<sup>2</sup>
7. Si l'administrateur judiciaire décide de reprendre le litige en cours en tant que partie, il doit accepter l'état du litige tel qu'il a été géré par le débiteur jusqu'à ce point. Comme la procédure d'insolvabilité a pour effet que le pouvoir d'ester en justice est transféré à l'administrateur judiciaire, celui-ci a la possibilité de retirer le recours même s'il n'a pas repris le litige en cours en tant que partie.<sup>3</sup>
8. La capacité d'ester en justice concerne les litiges portant sur la masse d'insolvabilité. L'objet du litige doit être susceptible de faire partie juridiquement de la masse d'insolvabilité. Un lien économique avec la masse d'insolvabilité n'est pas suffisant.<sup>4</sup>
9. Les litiges ne concernant pas les aspects patrimoniaux, par exemple la révocation des membres du comité de direction, ne relèvent pas du champ d'application de l'article 240 ZPO.<sup>5</sup> Dans ces cas, la capacité d'ester en justice n'est pas attribuée à l'administrateur judiciaire mais reste détenue par le débiteur.
10. En outre, le débiteur a le pouvoir d'introduire un recours contre la décision d'ouverture de la procédure d'insolvabilité en vertu de l'article 34, paragraphe 2, de la loi sur l'insolvabilité (InsO). Le fait que le débiteur perd le pouvoir de disposer de la masse de l'insolvabilité n'affecte pas son intérêt à agir.<sup>6</sup>
11. Selon la jurisprudence de la Cour fédérale de justice («*Bundesgerichtshof*»), pour les personnes morales, le recours peut être introduit par les organes habilités à faire la demande d'ouverture de la procédure d'insolvabilité. À cet égard, la Cour fédérale de justice a jugé qu'un commanditaire restait capable d'introduire un recours alors qu'un liquidateur avait déjà été nommé dans le cadre d'un retrait d'une autorisation d'activité par l'Office fédéral du contrôle du crédit. En première instance, le tribunal régional avait estimé que le liquidateur était seul compétent pour ester en justice étant donné qu'il s'était vu attribuer les compétences d'un directeur de la société en liquidation. Cependant, la Cour de justice fédérale a estimé qu'à la lumière du droit fondamental à une protection juridictionnelle effective consacré à l'article 19, paragraphe 4, de la loi fondamentale (*Grundgesetz*), le commanditaire devait retenir la possibilité de

<sup>2</sup> Karsten Schmidt, Commentaire de la loi sur l'insolvabilité (InsO), article 85, points 2 à 5.

<sup>3</sup> Andres/Leithaus, Commentaire de la loi sur l'insolvabilité (InsO), article 85, point 3; Voir l'ordonnance du tribunal supérieur régional du 10 octobre 2011, 4W 36/11, ZInsO 2013, p. 295.

<sup>4</sup> Commentaire du code de procédure civile, Münchner Kommentar, article 240, point 17.

<sup>5</sup> Commentaire du code de procédure civile, Münchner Kommentar, article 240, point 21.

<sup>6</sup> Commentaire de la loi sur l'insolvabilité, Münchner Kommentar, article 34, point 55.

recours contre la décision d'ouverture de la procédure d'insolvabilité. Cette possibilité ne pouvait pas être restreinte sans base légale.<sup>7</sup>

#### B. RÉGIME SPÉCIAL

12. Des règles spéciales s'appliquent dans le cadre de l'insolvabilité d'un établissement de crédit. En vertu de l'article 46b, paragraphe 1, de la loi sur le secteur du crédit (KWG), les directeurs sont tenus d'en informer immédiatement l'Office fédéral du contrôle du crédit. La demande d'ouverture de la procédure d'insolvabilité peut être introduite uniquement par ce dernier.
13. Selon la jurisprudence de la Cour fédérale de justice, même dans le cadre de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité en vertu de l'article 46b de ladite loi, les organes de l'entité débitrice retiennent la compétence d'attaquer en justice la décision d'ouverture de la procédure d'insolvabilité.<sup>8</sup> La Cour fédérale de justice souligne dans ce contexte le droit fondamental du débiteur à une protection juridictionnelle effective consacré à l'article 19, paragraphe 4, de la loi fondamentale.

### III. LIQUIDATION ORDINAIRE

14. La liquidation d'une entreprise vise à régler les affaires courantes, recouvrer les créances impayées et répartir les actifs financiers.
15. Le processus concret de la liquidation diffère selon le type de société concerné. Pour la société de droit civil («*Gesellschaft bürgerlichen Rechts*»), la liquidation incombe en principe à tous les associés.<sup>9</sup> Pour la société en nom collectif (*Offene Handelsgesellschaft*), les associés deviennent automatiquement les liquidateurs. Dans certains cas, ils peuvent demander la nomination judiciaire de liquidateurs.<sup>10</sup> Pour la société à responsabilité limitée (*Gesellschaft mit beschränkter Haftung*, GmbHG), la liquidation incombe aux directeurs, à moins que les statuts de la société n'en disposent autrement.<sup>11</sup> Pour la société anonyme, la liquidation incombe aux membres du directoire. D'autres personnes peuvent être nommées en tant que liquidateurs conformément aux statuts ou sur décision de l'assemblée

<sup>7</sup> Voir l'ordonnance de la Cour fédérale de justice (BGH) du 13 juin 2006, IX ZB 262/05, point 14.

<sup>8</sup> Voir l'ordonnance de la Cour fédérale de justice (BGH) du 13 juin 2006, IX ZB 262/05, point 14.

<sup>9</sup> Voir l'article 730, paragraphe 2, du code civil (BGB).

<sup>10</sup> Voir l'article 146, paragraphe 2, du code du commerce (HGB).

<sup>11</sup> Voir l'article 66 de la loi sur la société à responsabilité limitée (GmbHG).

générale.<sup>12</sup> Pour la société coopérative (*Genossenschaft*), la liquidation est prise en charge par le directoire, à moins que les statuts n'en disposent autrement.<sup>13</sup>

16. Dans certaines circonstances, par exemple lors d'un risque de conflit d'intérêt, les associés d'une société à responsabilité limitée peuvent introduire une demande pour faire nommer un liquidateur judiciaire externe.<sup>14</sup> Les directeurs et les associés de ladite société peuvent introduire un recours contre la décision de nomination.<sup>15</sup> De même, le tribunal compétent peut nommer un liquidateur judiciaire pour la société anonyme<sup>16</sup>, pour la société en nom collectif<sup>17</sup> et la société coopérative.<sup>18</sup>
17. Selon la jurisprudence et la doctrine majoritaire, le pouvoir de représentation du liquidateur de la société à responsabilité limitée n'est pas limité par les fins de la liquidation.<sup>19</sup> Les liquidateurs sont autorisés à engager la société à l'égard des tiers et à la représenter en justice.<sup>20</sup>
18. Ce pouvoir de représentation s'étend par exemple à un litige relatif à une demande visant à l'obtention d'une autorisation administrative introduite avant la mise à liquidation.<sup>21</sup> Selon la jurisprudence de la Cour fédérale de justice, le pouvoir de représentation englobe notamment le pouvoir de représenter la société à responsabilité limitée dans un litige, par lequel un associé a demandé de conclure à l'invalidité de la décision de dissolution.<sup>22</sup> La Cour fédérale de justice souligne que la représentation en justice par le directeur créerait un risque de conflit d'intérêt, puisqu'il pourrait avoir un intérêt à ce que la décision de dissolution soit déclarée invalide.
19. L'article 62 de la loi sur la société à responsabilité limitée (GmbHG) prévoit qu'une société qui compromet consciemment l'intérêt public par des décisions

<sup>12</sup> Voir l'article 265, paragraphes 1 et 2, de la loi sur les sociétés anonymes (AktG).

<sup>13</sup> Voir l'article 83, paragraphe 1, de la loi sur les sociétés coopératives (GenG).

<sup>14</sup> Voir l'article 66, paragraphe 2, de la loi sur la société à responsabilité limitée (GmbHG).

<sup>15</sup> Commentaire sur la loi sur la société à responsabilité limitée (GmbHG), Beck-Online Kommentar, § 66, point 14.

<sup>16</sup> Voir l'article 264, paragraphe 3, de la loi sur les sociétés anonymes (AktG).

<sup>17</sup> Voir l'article 146, paragraphe 2, du code du commerce (HGB).

<sup>18</sup> Voir l'article 83, paragraphe 3, de la loi sur les sociétés coopératives (GenG).

<sup>19</sup> Commentaire sur la loi sur la société à responsabilité limitée (GmbHG), Michalski, § 70, point 3.

<sup>20</sup> Voir l'article 70 de la loi sur la société à responsabilité limitée (GmbHG).

<sup>21</sup> Voir l'arrêt de la Cour administrative de Lüneburg du 6 mars 1998, L 4554/96 et 7 L 4622/96.

<sup>22</sup> Voir l'arrêt de la Cour fédérale de justice (Bundesgerichtshof) du 14 décembre 1961, n° II ZR 97/59 (KG).

illégalles prises par les associés ou par les activités illégales de ses directeurs, peut être dissolue par décision administrative. Dans ce cadre, la société et ses associés ont un intérêt à agir contre l'acte administratif de dissolution. Les liquidateurs représentent la société en justice. Étant donné que la liquidation n'affecte pas le directeur dans ses droits subjectifs tant qu'il n'est pas aussi associé, il n'a pas d'intérêt à agir.<sup>23</sup>

20. Pour la société anonyme, le pouvoir de représentation du liquidateur n'est pas limité par les fins de la liquidation. Le législateur n'a pas prévu de telle limite pour garantir la sécurité juridique.<sup>24</sup> Le liquidateur d'une société coopérative n'est pas non plus restreint dans son pouvoir de représentation par rapport aux fins de la liquidation.<sup>25</sup>
21. Pour la société en nom collectif, l'article 149 du code du commerce (HGB) prévoit que le liquidateur a le pouvoir de représentation dans le cadre de ses activités («*in seinem Geschäftskreis*»). Ainsi, si le contractant savait ou aurait dû savoir que le liquidateur agissait objectivement en dehors du cadre de ses activités, la société n'est pas liée par les actes du liquidateur.<sup>26</sup>
22. Cependant le pouvoir de représentation du liquidateur est limité par les principes relatifs à l'abus de celle-ci. Un acte effectué par le liquidateur est notamment considéré nul s'il constitue une violation objective des obligations du liquidateur (notamment, s'il est contraire aux fins de la liquidation) et que l'autre partie le savait ou devait le savoir.<sup>27</sup>

#### **IV. RÉGIME PARTICULIER CONCERNANT LE SECTEUR FINANCIER**

23. Selon la loi sur le secteur du crédit (KWG), l'Office fédéral du contrôle du crédit peut retirer la licence d'un établissement de crédit dans certaines circonstances, par exemple, lors de violations soutenues contre les lois sur le blanchiment d'argent.<sup>28</sup> L'Office est tenu de retirer la licence d'un établissement de crédit lors d'une ouverture de procédure d'insolvabilité ou lors d'une mise en liquidation.<sup>29</sup>
24. Si l'Office fédéral du contrôle du crédit retire la licence d'un établissement de crédit, il peut ordonner, en vertu de l'article 38, paragraphe 1, de la loi sur le

<sup>23</sup> Commentaire sur la loi sur la société à responsabilité limitée (GmbHG), Michalski, § 62, point 30.

<sup>24</sup> Commentaire de la loi sur les sociétés anonymes (AktG), § 269, point 2.

<sup>25</sup> Commentaire de la loi sur les sociétés coopératives (GenG) Henssler/Strohn, § 89, point 1.

<sup>26</sup> Voir l'arrêt de la Cour fédérale de justice du 1<sup>er</sup> décembre 1983, III ZR 149/82.

<sup>27</sup> Voir l'arrêt du tribunal supérieur régional de Cologne du 22 décembre 2014, 11 U 113/02.

<sup>28</sup> Voir l'article 35, paragraphe 2, de la loi sur le secteur du crédit (KWG).

<sup>29</sup> Voir l'article 35, paragraphe 2a, de la loi sur le secteur du crédit (KWG).

secteur du crédit (KWG), à l'égard des personnes morales et des sociétés commerciales de personnes, la liquidation dudit établissement.

25. Sur la demande de l'Office, le tribunal nomme le liquidateur, si d'autres personnes ne peuvent assurer une liquidation ordonnée.<sup>30</sup> La demande peut être introduite également dans le cas où l'établissement a, lui-même, engagé la procédure de la liquidation.<sup>31</sup>
26. Le liquidateur nommé par l'Office a en principe le même statut qu'un liquidateur nommé par les organes ou les associés d'une société. Il est considéré en tant que directeur de l'établissement de crédit.<sup>32</sup>
27. La décision de liquidation prise par l'Office a le même effet qu'une décision prise par la société elle-même.<sup>33</sup> Elle a pour but de liquider l'ensemble de la société et elle remplace les décisions des associés ou organes de la société.<sup>34</sup>
28. Le retrait de la licence est susceptible d'être attaqué par voie de recours devant les tribunaux administratifs.<sup>35</sup> La faculté d'introduire ledit recours revient à l'établissement de crédit, représenté, en principe, par le directoire pour les personnes morales ou par les associés pour les sociétés de personnes.<sup>36</sup>
29. En revanche, dans le cadre d'une liquidation suite au retrait de la licence, le pouvoir de représentation se détermine en conformité avec les règles générales ressortant du code du commerce (HGB), des lois régissant les différentes formes de société et, le cas échéant, des dispositions des statuts de la société.<sup>37</sup> La jurisprudence récente est pourtant muette sur la question de savoir si, en application de ces règles, ce pouvoir revient à l'administrateur en justice ou au liquidateur.

## V. CONCLUSION

<sup>30</sup> Voir l'article 38, paragraphe 2, de la loi sur le secteur du crédit (KWG).

<sup>31</sup> Commentaire sur la loi sur la société à responsabilité limitée (GmbHG), Michalski, § 66, point 50.

<sup>32</sup> Commentaire sur le KWG, Boos/Fischer/Schulte-Mattler, article 38 point 21.

<sup>33</sup> Voir, à l'égard de la société à responsabilité limitée, l'arrêt de la Cour fédérale de justice, du 15 mai 2018, II ZR 99/17, point 19.

<sup>34</sup> Commentaire sur le KWG, Boos/Fischer/Schulte-Mattler, article 38 point 12; voir l'arrêt de la Cour fédérale de justice du 24 juillet 2018, II ZR 103/17, point 24.

<sup>35</sup> Commentaire sur le KWG, Boos/Fischer/Schulte-Mattler, article 35, point 65.

<sup>36</sup> Commentaire sur le KWG, Boos/Fischer/Schulte-Mattler, article 35, point 66.

<sup>37</sup> Commentaire sur le KWG, Boos/Fischer/Schulte-Mattler, article 38, point 12; concernant l'application des règles générales, voir l'arrêt de la Cour fédérale de justice du 24 juillet 2018, II ZR 103/17, point 24.

30. Dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité, lorsque le débiteur perd le pouvoir de disposer de la masse de l'insolvabilité, il perd en même temps le pouvoir pour ester en justice à l'égard de litiges concernant cette dernière. Le pouvoir d'ester en justice dans le cadre de procès en cours concernant la masse de l'insolvabilité revient à l'administrateur judiciaire.
31. Dans le cadre d'une liquidation ordinaire, le liquidateur peut être nommé parmi les directeurs ou associés de la société en question selon les règles spécifiques régissant les différentes formes de sociétés. Dans certaines circonstances, le tribunal compétent peut nommer une personne tierce en tant que liquidateur. Les dirigeants d'une société en liquidation ordinaire ne conservent pas, en principe, le pouvoir d'ester en justice au nom de la société. Ce pouvoir revient au liquidateur.
32. Le pouvoir de représentation du liquidateur, n'est, tout au moins pour certaines sociétés, pas limité par les fins de la liquidation, mais par les principes relatifs à l'abus de celui-ci.
33. Les mêmes règles s'appliquent à l'égard du droit d'attaquer, au nom d'un établissement de crédit, le retrait d'une licence par l'Office fédéral du contrôle du crédit.

[...]

## DROIT ESPAGNOL

### I. INTRODUCTION

1. La présente contribution porte sur la réglementation espagnole et la jurisprudence y afférente en ce qui concerne les situations dans lesquelles la liquidation entraîne la nomination d'un liquidateur judiciaire qui est censé remplacer, au moins certains et au moins en partie, les dirigeants de la société de capitaux et les associés de sociétés de personnes (ci-après les «anciens dirigeants») dans l'exercice des compétences leur incombant. À cet égard, le droit espagnol fait une distinction entre les compétences conférées au liquidateur en fonction du type de société ainsi que des raisons de la liquidation.
2. À titre liminaire, il mérite d'être signalé que le droit espagnol connaît plusieurs types de sociétés de droit privé. À cet égard, il y a lieu de distinguer les sociétés de personnes et les sociétés de capitaux. En premier lieu, les sociétés de personnes sont régies par le code civil<sup>1</sup>. Nonobstant, dans les cas où les sociétés de personnes sont constituées sous la forme des sociétés reconnues par le code de commerce<sup>2</sup>, celui-ci s'y applique également. Les sociétés reconnues par celui-ci sont la société en nom collectif et la société en commandite simple<sup>3</sup>. En deuxième lieu, en ce qui concerne les sociétés de capitaux, le décret royal législatif 1/2010, du 2 juillet 2010, portant approbation de la loi des sociétés de capitaux (ci-après la «loi des sociétés de capitaux») distingue trois types, à savoir la société anonyme, la société à responsabilité limitée et la société en commandite par action.
3. Le droit espagnol connaît également les sociétés coopératives. Certes, la loi 27/1999, du 16 juillet 1999, sur les sociétés coopératives (ci-après la «loi sur les sociétés coopératives») prévoit l'organisation, le fonctionnement ainsi qu'une classification de celles-ci. Cependant, certains types de sociétés coopératives, telles que les sociétés coopératives d'assurance et les sociétés coopératives de crédit, sont régies par d'autres textes, à savoir la loi 20/2015, du 14 juillet 2015, visant l'organisation, la supervision et la solvabilité des entités d'assurance et de réassurance (ci-après la «loi sur les entités d'assurance»), ainsi que la loi 13/1989, du 25 mai 1989, sur les sociétés coopératives de crédit (ci-après la «loi sur les sociétés coopératives de crédit»).
4. Par ailleurs, il convient de signaler que la loi sur les entités d'assurance prévoit un régime spécial pour les entreprises d'assurance, qui peuvent revêtir la forme d'une société anonyme, d'une société d'assurance mutuelle, d'une caisse d'assurance mutuelle sociale ou d'une société coopérative<sup>4</sup>. Pendant la procédure de

<sup>1</sup> Décret royal, du 24 juillet 1889, portant approbation du code civil.

<sup>2</sup> Décret royal, du 22 août 1885, portant approbation du code de commerce.

<sup>3</sup> Article 1670 du code civil.

<sup>4</sup> Article 7 du décret royal législatif 6/2004, du 29 octobre 2004, portant approbation de la loi sur l'organisation et la supervision des assurances privées.

liquidation et lors de la nomination des liquidateurs, celles-ci sont non seulement régies par ladite loi, mais également par les dispositions prévues par la loi des sociétés de capitaux et la loi sur les sociétés coopératives, en fonction du type de société.

5. Dans le cas des établissements de crédit<sup>5</sup>, celles-ci peuvent être constituées sous la forme d'une société anonyme ou d'une société coopérative de crédit. Cependant, le fonctionnement et la dissolution desdites entités se font sous réserve des réglementations financières<sup>6</sup> et des dispositions contenues dans la loi 22/2003, du 9 juillet 2003, sur les faillites (ci-après la «loi sur les faillites»)<sup>7</sup>. De plus, dans le cadre de la mise en liquidation, ce régime est également complété par des dispositions de nature procédurale et administrative<sup>8</sup>.
6. De façon générale, la procédure de faillite est régie par la loi sur les faillites. Cependant, dans les cas de procédures de faillite des établissements de crédit ou entités similaires, les procédures spéciales prévues par des législations spécifiques seront appliquées à la faillite, sauf en ce qui concerne les procédures liées à la composition, à la nomination et au fonctionnement du liquidateur judiciaire, qui sont régies par la loi sur les faillites<sup>9</sup>.
7. Enfin, s'agissant des établissements de crédit en faillite, ils peuvent être soumis à la surveillance de la Banque d'Espagne (Banco de España), qui est l'autorité nationale compétente dans le secteur bancaire, en fonction de l'intérêt public. Cette prérogative d'intervention de l'État est consacrée par l'article 128 de la Constitution espagnole, et régie par la loi 10/2014, du 26 juin 2014, sur l'organisation, la surveillance et la solvabilité des entités de crédit (ci-après la «loi sur les entités de crédit»).

<sup>5</sup> Les banques, les caisses d'épargne et les sociétés coopératives de crédit sont considérées en tant qu'entités de crédit. Voir l'article 1er de la loi sur les entités de crédit.

<sup>6</sup> Loi sur les entités de crédit; décret royal 84/2015, du 13 février 2015, relatif à l'application de la loi sur les entités de crédit; loi 11/2015, du 18 juin 2015, relative à la récupération et la résolution des établissements de crédit et des entreprises de services d'investissement (ci-après la «loi sur la récupération et la résolution des établissements de crédit»); loi 6/2005 sur l'assainissement et la liquidation des établissements de crédit (ci-après la «loi sur l'assainissement»); décret royal 1012/2015, du 6 novembre 2015, relatif à l'application de la loi sur la récupération et la résolution des établissements de crédit; et décret-loi royal 4/2016, du 2 décembre 2016, portant les mesures urgentes en matière financière.

<sup>7</sup> Loi 22/2003, du 9 juillet 2003, sur les faillites (modifiée par la loi 38/2011, du 10 octobre 2011, sur la réforme de la loi 22/2003 du 9 juillet sur la faillite et par la loi 9/2015, du 25 mai 2015, sur les mesures urgentes en matière de faillite).

<sup>8</sup> Loi 30/1992, du 26 novembre 1992, sur le régime juridique des administrations publiques et la procédure administrative commune.

<sup>9</sup> Deuxième disposition supplémentaire, intitulée «Régime spécial applicable aux établissements de crédit, aux sociétés de services d'investissement et aux entités d'assurance» de la loi sur les faillites.

## II. DROIT NATIONAL

### A. LIQUIDATION DITE ORDINAIRE DES SOCIÉTÉS

8. Les sociétés commerciales et les sociétés coopératives sont soumises à des règles distinctes de liquidation en fonction du type de société. Au cours de la procédure de liquidation, les dispositions de caractère spécifiques peuvent également être appliquées<sup>10</sup>.

#### 1. SOCIÉTÉS COMMERCIALES

##### a) POUVOIRS CONFÉRÉS AUX ANCIENS DIRIGEANTS

9. Tout d'abord, l'article 374 de la loi des sociétés de capitaux énonce que, s'agissant d'une liquidation résultant d'une décision de l'assemblée des actionnaires ou d'une décision rendue par une autorité, dès l'ouverture de la phase de liquidation, les anciens dirigeants cesseront d'exercer leurs fonctions en tant qu'administrateurs de la société, ce qui entraîne la perte de leur pouvoir de représentation. Il n'en demeure pas moins que ceux-ci pourront être désignés comme liquidateurs, soit en l'absence des dispositions statutaires concernant la nomination des liquidateurs, soit lorsque l'assemblée des actionnaires n'en dispose pas différemment<sup>11</sup>.
10. Par ailleurs, s'agissant des sociétés en commandite simple et des sociétés en nom collectif, le code de commerce ne prévoit aucune disposition concernant les pouvoirs des administrateurs. Ainsi, lors de la dissolution de la société, ceux-ci se voient déchés de leurs fonctions. Néanmoins, s'il n'y pas d'objection des associés, ceux qui ont assuré l'administration du capital peuvent devenir liquidateurs. Dans le cas contraire, l'assemblée des actionnaires sera convoquée afin de prendre une décision en ce qui concerne la nomination des liquidateurs (internes ou externes)<sup>12</sup>.

##### a) POUVOIRS CONFÉRÉS AUX LIQUIDATEURS<sup>13</sup>

11. En vertu de l'article 379 de la loi des sociétés de capitaux, le pouvoir de représentation échoit à chaque liquidateur nommé, quelle qu'en soit la nature de leur nomination, sauf disposition contraire prévue par les statuts. La

<sup>10</sup> Articles 371, paragraphe 3, de la loi des sociétés de capitaux et 175, paragraphe 1, de la loi sur les entités d'assurance.

<sup>11</sup> Article 376, paragraphe 1, de la loi des sociétés de capitaux.

<sup>12</sup> Article 229 du code de commerce.

<sup>13</sup> Selon la Cour suprême (Tribunal Supremo), les liquidateurs sont l'organe en charge de la gestion et représentation de la société en dissolution, et ceux-ci occupent une position similaire à celles des administrateurs pendant la période active de la société. Voir arrêt de la Cour suprême, du 12 juin 1989, EDJ 5939.

représentation des liquidateurs s'étend à toutes les opérations nécessaires pour la liquidation de la société. Il convient de souligner que, selon le paragraphe 3 dudit article, les liquidateurs peuvent comparaître devant les tribunaux en représentation de la société.

12. Il en est de même pour les sociétés en commandite simple et les sociétés en nom collectif.

## 2. SOCIÉTÉS COOPÉRATIVES

13. Les sociétés coopératives peuvent se voir dissoutes soit de manière volontaire (à la suite d'une décision de l'assemblée des actionnaires) soit de façon forcée (par exemple dans le cas d'inactivité des organes administratifs, de réduction du capital ou à la suite de la fusion de la société)<sup>14</sup>.
14. Selon l'article 71 de la loi sur les sociétés coopératives, dès l'ouverture de la procédure de liquidation, l'assemblée des actionnaires continue à tenir des réunions, le cas échéant, ordinaires ou extraordinaires. En outre, en ce qui concerne le conseil d'administration, celui-ci préserve ses pouvoirs de représentation ou de gestion de la société, jusqu'à la nomination d'un liquidateur, afin d'éviter des préjudices découlant de l'inactivité de celle-ci.
15. S'agissant de la nomination des liquidateurs, ceux-ci seront désignés en vertu des dispositions prévues par le statut de la société. À défaut, l'assemblée des actionnaires peut les nommer en respectant certaines limitations, mais ils doivent nécessairement être choisis parmi les sociétaires. Cependant, deux mois après l'ouverture de la phase de liquidation, la juridiction de première instance aura la faculté de les nommer sur demande du conseil d'administration ou d'un des sociétaires. Dans ce cas, les liquidateurs nommés peuvent être personnes externes (non-sociétaires).
16. L'article 73 de la loi sur les sociétés coopératives énumère les fonctions du liquidateur, à savoir, celles de caractère patrimonial et de représentation. Notamment, en ce qui concerne la faculté de représentation, le liquidateur exerce ladite faculté pendant la procédure judiciaire et en dehors de celle-ci pour l'accomplissement des fonctions qui lui sont confiées.
17. Il convient de mentionner qu'il existe la possibilité de nommer un superviseur (interne ou externe) afin de contrôler la procédure de liquidation, notamment, en ce qui concerne le contrôle des comptes et du patrimoine de la société. À cet égard, les sociétaires peuvent demander la nomination de celui-ci auprès de la juridiction de première instance si la demande est appuyée par au moins 20% des sociétaires<sup>15</sup>.

<sup>14</sup> Article 70 de la loi sur les sociétés coopératives.

<sup>15</sup> Article 72 de la loi sur les sociétés coopératives.

### 3. SOCIÉTÉS ACTIVES DANS LE SECTEUR FINANCIER

18. En ce qui concerne les établissements de crédit, l'article 77 de la loi sur les entités de crédit prévoit que, si un établissement de crédit décide sa dissolution et sa liquidation de manière volontaire, il doit en informer la Banque d'Espagne, qui fixe alors les conditions pour la liquidation dans un délai de trois mois dès le dépôt de la demande y afférente. Cette disposition s'applique également dans le cas des sociétés coopératives de crédit en vertu de la loi sur les sociétés coopératives de crédit<sup>16</sup>.
19. Par ailleurs, s'agissant des entreprises d'assurance, une procédure de liquidation générale est prévue par la loi sur les entités d'assurance. À titre supplétif, s'appliquera néanmoins la réglementation correspondante en fonction du type de société en ce qui concerne la nomination et les facultés des liquidateurs. En ce sens, en premier lieu, la loi des sociétés de capitaux s'applique aux entités revêtant la forme d'une société anonyme, d'une société d'assurance mutuelle ou d'une caisse d'assurance mutuelle sociale, et en deuxième lieu, les entités constituées sous la forme d'une société coopérative d'assurances sont régies par les dispositions de la loi sur les sociétés coopératives<sup>17</sup>.
20. Cependant, au cas où le ministère de l'Économie (ministerio de Economía) ou l'autorité compétente de la Communauté autonome délègue la liquidation des entreprises d'assurances au Consortium de compensation d'assurances (Consortio de compensación de seguros, ci-après le «Consortium»), qui est une entité commerciale publique liée au ministère de l'Économie, celui-ci assume le statut de «liquidateur» desdites entités, quelle que soit la nature de leur constitution<sup>18</sup>. Dans ce contexte, l'article 14 du statut du Consortium de compensation d'assurances<sup>19</sup> énumère les hypothèses où le Consortium devient liquidateur, tels que le fait que la dissolution de l'entité d'assurances ait été effectuée de façon administrative, le manque de nomination des liquidateurs dans les 15 jours suivant la date de la dissolution de l'entité d'assurance, ou à la demande de l'entreprise d'assurances.
21. Le Consortium se substitue donc à tous les organes de l'entreprise. En conséquence, il n'y aura pas lieu de tenir d'assemblées ordinaires ou extraordinaires des actionnaires. Toutefois, les recours administratifs introduits par l'entreprise d'assurance contre les actes de surveillance du ministère de l'Économie, datant d'avant la prise en charge par le Consortium, peuvent être poursuivis par les anciens administrateurs en leur propre nom<sup>20</sup>. À cet égard,

<sup>16</sup> Article 12, intitulé «Discipline et supervision», de la loi sur les sociétés coopératives de crédit.

<sup>17</sup> Article 175, paragraphe 1, de la loi sur les entités d'assurance.

<sup>18</sup> Article 183 de la loi sur les entités d'assurance.

<sup>19</sup> Décret royal législatif 7/2004, du 29 octobre 2004, portant approbation du statut du Consortium de compensation d'assurances.

<sup>20</sup> Voir, par analogie, l'article 54, paragraphe 3, de la loi sur les faillites.

ceux-ci devront comparaître devant l'organe administratif ou juridictionnel dans un délai d'un mois à compter de la publication au «Journal officiel de l'État» de la mise en liquidation à charge du Consortium<sup>21</sup>.

## B. LIQUIDATION DES SOCIÉTÉS ET DES ÉTABLISSEMENTS DE CRÉDIT EN FAILLITE

### 1. LA PROCÉDURE GÉNÉRALE DE FAILLITE<sup>22</sup>

22. En Espagne, la loi sur les faillites établit la procédure à suivre dans les cas de faillite. En vertu de l'article 1<sup>er</sup> de cette loi, la faillite est la seule procédure applicable tant au débiteur civil qu'au commerçant, qu'il s'agisse d'une personne physique ou morale. Seuls sont exclus de la faillite les entités ou organismes qui font partie de l'administration publique de l'État. Il mérite d'être souligné que la condition objective ou la situation économique, dans laquelle le débiteur doit se trouver pour pouvoir être déclaré en faillite, est l'insolvabilité, qui s'entend non pas comme une situation de déséquilibre patrimonial mais plutôt comme l'impossibilité de faire face régulièrement à son passif exigible.
23. Cette procédure se déroule en quatre phases, à savoir: la déclaration de la faillite et l'ouverture de la procédure, le concordat, la liquidation ainsi que la décision fondée sur la qualification de la faillite.
24. En vertu de l'article 3 de la loi sur les faillites, l'ouverture de la procédure de faillite peut être demandée par le débiteur, ses créanciers ou les associés qui répondent personnellement des dettes de la société débitrice. Lorsqu'elle est demandée par le débiteur, on parle de faillite volontaire (*concurso voluntario de acreedores*) et lorsqu'elle est demandée par les autres personnes légitimes, il s'agit d'une faillite dite nécessaire (*concurso necesario de acreedores*)<sup>23</sup>.
25. À cet égard, s'agissant des anciens administrateurs de la société, leurs pouvoirs seront limités ou, le cas échéant, ils seront remplacés par un liquidateur judiciaire, qui se chargera des fonctions tant de nature procédurale que d'administration.

#### a) POUVOIRS DES ANCIENS DIRIGEANTS

26. Au cours de la procédure de faillite, les organes de la société débitrice, telle que l'assemblée des actionnaires, vont continuer à fonctionner, sans préjudice des effets résultant de la limitation ou de la suspension de leurs facultés d'administration ou de dispositions patrimoniales<sup>24</sup>. Par rapport aux anciens

<sup>21</sup> Article 184, paragraphe 1, de la loi sur les entités d'assurance.

<sup>22</sup> Cette procédure s'applique également aux entreprises d'assurances en faillite, en vertu de l'article 168 de la loi sur les entités d'assurance.

<sup>23</sup> Article 22 de la loi sur les faillites.

<sup>24</sup> Article 48, point 1, de la loi sur les faillites.

dirigeants ou liquidateurs de la société, conformément à l'article 48, paragraphe 3, de la loi sur les faillites, ils conserveront leurs facultés de représentation de la société devant des organes judiciaires en ce qui concerne la procédure de faillite.

27. Avant la déclaration de la faillite, selon l'article 18 de la loi sur les faillites, le débiteur a le droit d'attaquer, au nom de la société, les actes administratifs qui étaient à l'origine de la faillite. Ainsi, le débiteur pourrait invoquer son opposition à la procédure sur la base de l'inexistence de l'insolvabilité, ce qui entraînerait l'obligation pour le débiteur de prouver sa solvabilité.
28. Dès la déclaration de la faillite et une fois la procédure de faillite engagée, bien que le débiteur, ou toute personne qui fait valoir un intérêt légitime, n'ait pas comparu avant l'ouverture de la procédure, il aura la possibilité d'introduire un recours contre l'ordonnance de déclaration de faillite<sup>25</sup>.
29. Par ailleurs, s'agissant de la faillite volontaire, les anciens dirigeants de la société conserveront leurs facultés d'administration et de disposition patrimoniales, mais celles-ci seront soumises au contrôle du liquidateur judiciaire. En ce sens, s'agissant des actions à caractère personnel, bien que le débiteur ait le droit d'ester en justice, il doit obtenir l'octroi du liquidateur judiciaire pour former des demandes ou recours lorsque le litige peut affecter son patrimoine<sup>26</sup>.
30. En revanche, dans le cas de la faillite dite nécessaire, étant donné que les administrateurs seront remplacés par un liquidateur judiciaire, ils ne pourront plus exercer lesdites facultés<sup>27</sup>. Dans le cas des mandats ou des procurations relatifs à l'administration de la société qui existent, au moment de la déclaration de faillite, ceux-ci seront également affectés par la suspension des facultés d'administration et de disposition patrimoniales<sup>28</sup>. Par ailleurs, le débiteur conserve son droit d'ester en justice, mais les demandes ou les recours introduits par celui-ci doivent être autorisés par le liquidateur judiciaire. Il mérite d'être souligné que, dans les cas où le liquidateur judiciaire estime nécessaire de former une demande et le débiteur refuse d'agir, le juge en charge de la faillite peut autoriser le liquidateur à former cette demande<sup>29</sup>.

---

25 Article 20, point 3, de la loi sur les faillites.

26 Article 54, point 1, de la loi sur les faillites.

27 Article 40, points 1 et 2, de la loi sur les faillites.

28 Article 48, point 3, paragraphe 2, de la loi sur les faillites.

29 Article 54, point 2, de la loi sur les faillites.

31. En outre, dans la phase dite de la «qualification» de la procédure de faillite, qui vise à examiner les raisons invoquées pour déclencher la faillite, une appréciation similaire relative aux facultés des anciens administrateurs peut également être envisagée selon qu'il s'agit d'une déclaration de faillite soit *nécessaire* (concurso fortuito) soit *fautive* (concurso culpable)<sup>30</sup>.
32. Notons qu'à cet égard, une faillite peut être considérée comme *fautive* lorsque la génération ou l'aggravation de l'insolvabilité est imputable à une négligence ou à une faute grave commise par le débiteur ou par les administrateurs/liquidateurs. Ceci entraînera l'incapacité temporaire des anciens dirigeants ou des liquidateurs pour réaliser des actes de commerce et d'administration des biens d'autrui, ainsi que la perte des droits sur la masse en faillite, en application de l'article 172 de la loi sur les faillites. Une telle situation peut également entraîner une sanction pécuniaire frappant les administrateurs, qui étaient en fonctions au cours des deux dernières années antérieures à la déclaration de faillite, tel que le paiement total ou partiel des créances de la faillite non réglées par la liquidation<sup>31</sup>.
33. En cas de concordat<sup>32</sup>, si le liquidateur judiciaire l'a demandé, la décision qualifiant la faillite peut exceptionnellement autoriser les anciens administrateurs à continuer à exercer leurs fonctions en tant qu'administrateurs<sup>33</sup>.
34. Dans la phase de liquidation, qui pourra être ouverte à la demande expresse du débiteur ou des créanciers lorsque le concordat n'a pas prospéré, la loi sur les faillites prévoit, dans tous les cas, que les anciens dirigeants de la société débitrice seront remplacés par un liquidateur judiciaire dans l'exercice de leurs facultés d'administration et de disposition du patrimoine. Ils peuvent néanmoins continuer à représenter la société au cours de ladite procédure ainsi qu'aux litiges dont ils sont partie<sup>34</sup>.
35. En vertu de l'article 54, paragraphe 3, de la loi sur les faillites, le débiteur pourra séparément comparaître et se défendre contre les décisions que le liquidateur judiciaire aura demandées dans le cadre de la faillite.

---

30 Article 163 de la loi sur les faillites.

31 Article 172, point 2, paragraphe 3, de la loi sur les faillites.

32 Selon l'article 124, point 1, sous a), de la loi sur les faillites, la solution alternative à la liquidation est celle d'un concordat entre le débiteur et ses créanciers ordinaires, qui consiste en une remise qui ne peut pas, selon le cas, excéder 50% ou 60% des actifs.

33 L'article 172, point 2, paragraphe 2, de la loi sur les faillites constitue une exception au régime de cessation automatique et substitution des anciens administrateurs ou liquidateurs de la personne morale prévu par l'article 173 de ladite loi.

34 Article 145, point 3, de la loi sur les faillites.

## b) FONCTIONS DU LIQUIDATEUR JUDICIAIRE

36. L'article 26 de la loi sur les faillites énonce que, une fois la procédure de faillite engagée, le juge devra nommer un liquidateur judiciaire, qui aura à sa charge les fonctions des anciens administrateurs. À cet égard, l'article 33 de ladite loi classe les diverses fonctions conférées au liquidateur judiciaire en quatre groupes, à savoir, les fonctions à caractère procédural, les fonctions propres au débiteur ou aux organes d'administration, les fonctions en matière de travail ainsi que celles concernant le rapport et l'évaluation.
37. Notamment, s'agissant des fonctions à caractère procédural, le liquidateur judiciaire aura, entre autres:
- la capacité d'agir contre l'actionnaire ou les actionnaires qui sont personnellement responsables des dettes précédant la déclaration de faillite.
  - la capacité d'agir contre les administrateurs de la société ou les liquidateurs de la société en matière de responsabilité.
  - la capacité d'intenter un recours.
  - la capacité de se substituer au débiteur dans les procédures judiciaires en cours.
38. En outre, en ce qui concerne les fonctions propres au débiteur ou aux organes d'administration, le liquidateur judiciaire aura la faculté d'exercer les fonctions suivantes:
- réaliser des actes qu'il estime indispensables afin de garantir la viabilité de la société ou les besoins de trésorerie au cours de la procédure.
  - assister aux sessions de l'assemblée des associés de la société débitrice.
  - donner son accord pour l'introduction des demandes ou des recours lorsque l'objet en cause peut affecter le patrimoine du débiteur, excepté en ce qui concerne les actions personnelles<sup>35</sup>.
39. Plus précisément, dans le cas de la faillite dite nécessaire, le liquidateur judiciaire remplacera les administrateurs dans leurs facultés d'administration et de disposition du patrimoine, en application de l'article 40, paragraphe 2, de la loi sur les faillites. Ces facultés consistent en l'adoption de mesures nécessaires pour la continuité des activités d'entreprise ou professionnelles de la société ainsi que la demande au juge de procéder à la résiliation des contrats synallagmatiques en attente d'exécution dans l'intérêt de la procédure.

---

<sup>35</sup> Par exemple, celles concernant la responsabilité des anciens dirigeants par rapport à la procédure de faillite (voir les articles 25, paragraphe 1, 48 bis, paragraphe 1 et 48 ter, paragraphe 1, de la loi sur les faillites); ou celles concernant les actions avant ladite procédure (voir les articles 50 et 51 de la loi sur les faillites).

40. Enfin, s'agissant de la faillite volontaire, le liquidateur judiciaire pourra accorder avec le débiteur l'autorisation pour l'introduction des demandes ou des recours lorsque l'objet en cause peut affecter le patrimoine.

## 2. PROCÉDURE SPÉCIALE DES ÉTABLISSEMENTS DE CRÉDIT.

41. Il convient de préciser que, en Espagne, l'assainissement et la liquidation des établissements de crédit est régie par des plusieurs dispositions financières, telles que la loi sur les entités de crédit, la loi sur l'assainissement, ainsi que la loi sur la récupération et la résolution des établissements de crédit. Cependant, bien que la procédure des établissements de crédit soit établie par ladite réglementation, elle devra être précisée tel que prévu par la loi sur les faillites en ce qui concerne la compétence du liquidateur judiciaire.
42. En ce qui concerne la procédure de faillite, le juge devra notifier son ouverture à la Banque d'Espagne<sup>36</sup>, qui aura tant le pouvoir de surveillance sur l'établissement de crédit que le pouvoir de remplacer provisoirement l'organe de l'administration. L'article 70 de la loi sur les entités de crédit prévoit que les établissements de crédit peuvent être soumis à la surveillance de la Banque d'Espagne ou leur organe d'administration peut être remplacé lorsque se produisent, entre autres, les situations suivantes:
- il existe des soupçons sérieux sur la situation réelle de l'établissement de crédit, qui peut compromettre la stabilité, la liquidité ou la solvabilité de celui-ci;
  - une participation significative dans un établissement de crédit est acquise sans informer la Banque d'Espagne, en application de l'article 17 de la loi sur les entités de crédit;
  - il existe des motifs fondés et reconnus permettant de considérer que l'influence exercée par les personnes en charge peut nuire à la situation financière de l'établissement de crédit.
43. Par ailleurs, en vertu de l'article 27 de la loi sur les faillites, le juge nommera un liquidateur judiciaire, qui devra être sélectionné parmi les candidats proposés par le Fonds de restructuration des banques espagnoles (Fondo de reestructuración ordenada bancaria, ci-après le «FROB»)<sup>37</sup>. À cet égard, s'agissant des personnes revêtant le statut de liquidateur judiciaire, l'article 28, sous b) et d), de ladite loi établit un régime d'incompatibilités et interdictions en ce qui concerne la nomination de ceux-ci. En particulier, ne peut être nommée liquidateur toute

<sup>36</sup> Article 13, point 1, paragraphe 2, ainsi que l'article 20, point 5, de la loi sur les faillites. L

<sup>37</sup> Il s'agit d'un fonds de restructuration du secteur bancaire espagnol, créé par le gouvernement espagnol en juin 2009. Il est financé par l'État à 75% et par le secteur financier à 25%. Ce fonds a pour objectif de gérer les procédures de liquidation des établissements en phase d'exécution. Le régime juridique du FROB est précisé dans la loi sur la récupération et la résolution des établissements de crédit.

personne ayant rendu des services professionnels au débiteur ou à des personnes spécifiquement liées à lui au cours des trois dernières années, y compris ceux qui, au cours de cette période auraient partagé avec lui l'exercice d'activités professionnelles de même nature ou de nature différente. Cette interdiction touche également ceux qui sont particulièrement liés à quelqu'un qui a fourni tout type de services professionnels au débiteur ou à des personnes spécialement liées à celui-ci, au cours des trois dernières années. Par conséquent, les anciens dirigeants ne sauront être nommés liquidateurs judiciaires pour mener à bien la procédure de liquidation.

44. Par ailleurs, l'article 22 de la loi sur la récupération et la résolution des établissements de crédit prévoit que, après l'ouverture de la phase préventive afin de qualifier l'entité de crédit d'«insolvable» (entidad inviable)<sup>38</sup>, le FROB procédera au remplacement des organes d'administration, directeurs généraux ou similaires et ensuite désignera un administrateur spécial – l'équivalent du liquidateur judiciaire dans la procédure ordinaire d'insolvabilité des sociétés –, qui exercera les pouvoirs et facultés objet du remplacement y compris les informations périodiques en ce qui concerne l'exercice de ses fonctions. À cet égard, l'administrateur spécial désigné se voit attribuer tous les pouvoirs et facultés qui, légalement ou statutairement, correspondaient au conseil d'administration ou à l'assemblée générale de l'établissement, tel que la gestion de la masse en faillite.
45. Toutefois, dans certains cas, le FROB peut s'abstenir d'effectuer un tel remplacement, compte tenu de la structure de l'actionnariat ou de l'organe d'administration au moment de l'ouverture de phase préventive, pourvu que son maintien soit nécessaire afin de garantir le succès de ladite procédure, et en particulier lorsque le FROB est en mesure de contrôler l'organe de d'administration de l'établissement en vertu des droits politiques dont il dispose.

a) LES FONCTIONS DU LIQUIDATEUR JUDICIAIRE  
(ADMINISTRATEUR SPÉCIAL)

46. Dans le cadre de la procédure de liquidation d'un établissement de crédit, les articles 71 à 75 de la loi sur les entités de crédit, lus en combinaison avec l'article 22 de la loi sur la récupération et la résolution des établissements de crédit,

<sup>38</sup> L'article 20 de la loi sur la récupération et la résolution des établissements de crédit prévoit les cas où une entité de crédit peut être considérée en tant qu'une entité de crédit insolvable (en faillite). En ce sens, une entité de crédit devient insolvable, si celle se trouvant, le cas échéant, dans une des hypothèses suivantes: a) l'entité ne garantit pas les exigences de solvabilité pour le maintien de la licence bancaire; b) les passifs de l'entité sont supérieures à ses actifs, ou il est prévisible que de tels passifs de l'entité augmentent dans l'avenir; c) l'entité ne peut pas ponctuellement exécuter ses obligations; ou l'entité nécessite une aide financière publique extraordinaire.

portent sur la surveillance et le remplacement de l'organe d'administration, des directeurs généraux ou de ceux y assimilés<sup>39</sup>.

47. D'emblée, les mesures de surveillance ou de remplacement de l'organe d'administration du l'établissement de crédit seront octroyées par la Banque d'Espagne, qui devra notifier l'adoption desdites mesures au ministère de l'Économie et au FROB<sup>40</sup>.
48. Cependant, l'accord desdites mesures sera adopté après avoir entendu l'établissement de crédit. En vertu de l'article 73, point 1, de la loi sur les entités de crédit, cet accord, d'une part, désignera la personne qui doit exercer des fonctions de surveillance ou agir en tant qu'administrateur provisoire, et d'autre part, il déterminera si ladite surveillance entraînera le remplacement de son organe d'administration.
49. En cas de surveillance de la Banque d'Espagne, dès la date de publication dudit accord au «Journal officiel de l'État», les actes et les conventions adoptés par tous les organes de l'établissement de crédit nécessiteront, pour leur validité, l'autorisation expresse des administrateurs désignés. Font exception à cette règle les actions ou les recours introduits par l'établissement de crédit par rapport aux mesures de surveillance ou à la gestion des administrateurs désignés, en application de l'article 74, paragraphe 1, de loi sur les entités de crédit.
50. En ce qui concerne les administrateurs désignés, ceux-ci ont la faculté de révoquer les mandats ou les procurations ayant été délégués par l'organe de l'administration avant la publication de l'accord de surveillance. Dans le cas de l'adoption de ladite mesure, les administrateurs peuvent exiger la restitution des documents constatant les procurations, ainsi qu'encourager l'inscription de la révocation des anciens dirigeants aux registres publics<sup>41</sup>.
51. En outre, en cas de remplacement des organes de l'administration, les administrateurs provisoires désignés pourront être considérés comme administrateurs spéciaux. À cet égard, ceux-ci auront la même faculté de surveillance que dans la situation précédente, en ce qui concerne les actes ou les conventions adoptés par l'assemblée générale de l'établissement de crédit.

<sup>39</sup> Selon l'article 22, point 4, de la loi sur la récupération et la résolution des établissements de crédit, le remplacement des organes de l'administration peut être considéré comme une mesure de résolution visant la réalisation fructueuse de la liquidation. Cette mesure a un caractère provisoire sur une période n'excédant pas un an, laquelle peut être prorogée en fonction des besoins de la procédure de liquidation.

<sup>40</sup> Le FROB a la charge de la procédure de remplacement de l'organe d'administration. Il désignera un liquidateur judiciaire, qui exercera les fonctions et les pouvoirs propres à cette condition sous leur contrôle.

<sup>41</sup> Article 74, paragraphe 2, de la loi sur les entités de crédit.

52. Il mérite d'être souligné que le remplacement des organes de l'administration peut être également envisagé comme une sanction à caractère provisoire avant l'ouverture de la procédure de liquidation, dans la mesure où, en raison du nombre de personnes affectées par la suspension ou révocation des anciens dirigeants, cela s'avère nécessaire pour assurer la continuité de l'administration et la direction de l'établissement de crédit<sup>42</sup>.
53. En ce sens, l'article 113 de la loi sur les entités de crédit prévoit que les décisions de la Banque d'Espagne mettant fin à la procédure de sanction sont susceptibles d'un recours hiérarchique auprès du ministre de l'Économie, en application des articles 114 et 115 de la loi 30/1992 sur le régime juridique des administrations publiques et la procédure administrative commune.

b) LA LIQUIDATION ET LE RETRAIT DE LA LICENCE BANCAIRE

54. En ce qui concerne la liquidation de ces entités, tant l'article 17 de la loi sur l'assainissement que l'article 8 de la loi sur les entités de crédit énoncent que la décision judiciaire d'ouverture de la phase de liquidation entraîne le retrait de la licence bancaire de l'établissement de crédit, ce qui comporte la dissolution de la société ou de la personne juridique débitrice.
55. Néanmoins, bien qu'il existe une décision de la Banque d'Espagne pour le retrait de la licence bancaire, le liquidateur judiciaire pourra continuer à exercer toutes les activités nécessaires pour la liquidation de l'établissement de crédit, en vertu des conditions préalablement octroyées par la Banque d'Espagne<sup>43</sup>.
56. Il convient de mentionner que l'article 2, paragraphe 2, de la loi 13/1994, du 1er juin 1994, sur l'autonomie de la Banque d'Espagne établit la possibilité d'attaquer ladite décision du retrait de licence bancaire devant le ministère de l'Économie en introduisant un recours hiérarchique.
57. Dans ce contexte, bien que la représentation légale incombe, en principe, à l'administrateur spécial (externe) nommé par le FROB car les organes d'administration ont été remplacés et leur mandat révoqué, eu égard notamment à l'article 74, paragraphe 1, de la loi sur les entités de crédit, s'appliquant par analogie au cas d'espèce, les anciens dirigeants disposent du droit d'intenter une action contre ladite décision<sup>44</sup>. Il convient cependant de rappeler que la portée de la révocation des mandats, en particulier celui en faveur des avocats de l'établissement en liquidation, n'a fait l'objet d'aucune précision jusqu'à présent.
58. S'agissant des décisions de la Banque centrale européenne (ci-après la «BCE»), toute personne physique ou morale peut demander le réexamen d'une décision

<sup>42</sup> Article 106 de la loi sur les entités de crédit.

<sup>43</sup> Article 8, paragraphe 6, de la loi sur les entités de crédit.

<sup>44</sup> Article 78, paragraphe 2, de la loi sur les entités de crédit.

prise par la BCE, dont elle est destinataire ou qui la concerne directement et individuellement, en application de l'article 24 du règlement (UE) n° 1024/2013<sup>45</sup>.

### III. JURISPRUDENCE

A. LA DÉCISION DE RÉVOCATION DE LICENCE BANCAIRE POUR DES RAISONS DISTINCTES DE LA PROCÉDURE DE LIQUIDATION ET LA CAPACITÉ JURIDIQUE ACTIVE DES ÉTABLISSEMENTS DE CRÉDIT.

59. Les quatre arrêts suivants de la Cour suprême ne concernent pas la révocation de licence bancaire dans le contexte d'une procédure de liquidation. Il est possible de conclure que s'agissant des cas de révocation de la licence bancaire pour d'autres circonstances distinctes de la procédure de liquidation, les institutions espagnoles, telles que la Banque d'Espagne et les juridictions administratives, reconnaissent la capacité active d'agir en justice des dirigeants des établissements de crédit afin de contester une décision de révocation de licence bancaire<sup>46</sup>.
60. En premier lieu, la Cour suprême<sup>47</sup> a été saisie d'un pourvoi en cassation introduit par le représentant légal d'une entité de crédit contre la décision du conseil de direction de la Banque d'Espagne, qui avait confirmé la décision du ministère de l'Économie accordant la révocation de la licence bancaire de ladite entité. Notamment, l'entité de crédit affirmait que la juridiction de première instance l'a empêchée d'exercer son «droit constitutionnel de défense» afin de compléter le dossier administratif de sanction et de se défendre contre les mesures prises par la Banque d'Espagne.
61. En second lieu, dans l'arrêt 7085/2011 du 8 novembre 2011, la Cour suprême a examiné un recours en cassation introduit par un établissement de crédit contre l'arrêt de la Cour centrale (Audiencia Nacional) concernant la décision du conseil de direction de la Banque d'Espagne sur la révocation de la licence bancaire de ladite entité, étant donné que celle-ci avait interrompu l'exercice de l'activité pendant plus de 12 mois. La Cour a confirmé le rejet du recours intenté en première instance par le dirigeant car celui-ci l'avait introduit de manière tardive.

<sup>45</sup> Règlement (UE) n° 1024/2013 confiant à la Banque centrale européenne des missions spécifiques ayant trait aux politiques en matière de surveillance prudentielle des établissements de crédit.

<sup>46</sup> Cette capacité d'ester en justice en faveur des dirigeants est également reconnue par les juridictions espagnoles dans le cadre de la procédure d'assainissement des entités de crédit en ce qui concerne l'introduction des recours contre la gestion de l'administration du FROB et la surveillance de la Banque d'Espagne. Voir, par exemple, arrêt de la Cour suprême 939/2016, du 4 mars 2016 ; arrêt de la Cour centrale 4308/2017, du 25 octobre 2017; et arrêt de la Cour centrale 1647/2016, du 20 avril 2016.

<sup>47</sup> Arrêt de la Cour suprême 3/2014, du 14 janvier 2014, chambre du contentieux-administratif.

62. En troisième lieu, dans l'arrêt 2571/2010 du 27 mai 2010, la Cour suprême s'est prononcée sur les effets de la révocation de la licence et la déchéance des dirigeants d'un établissement bancaire. La Cour a signalé que l'intérêt public doit prévaloir et l'exécution des sanctions, telles que la révocation de la licence et la déchéance des dirigeants de l'établissement, être maintenue sans préjudice du fait que, si les demandes de l'établissement aboutissent, les dommages éventuels causés par la cessation de leur activité seraient dans tous les cas réparables.
63. En quatrième lieu, l'arrêt de la Cour suprême 3361/1999 du 14 mai 1999 concerne l'introduction d'un recours en contentieux administratif par l'entité bancaire concernant, entre autres raisons, le retrait de licence bancaire. Il convient de souligner que ce jugement est intervenu avant la mise en œuvre de la procédure spéciale du FROB ainsi que des réglementations européennes transposées en la matière en l'espèce.

B. L'ASSAINISSEMENT DES ENTITÉS D'ASSURANCES ET LA TUTELLE JUDICIAIRE EFFECTIVE

64. La Cour constitutionnelle espagnole (Tribunal Constitucional) s'est prononcée sur la constitutionnalité de l'article 32 de la loi 33/1984 sur l'organisation des entreprises d'assurance privées (devenu l'article 182 de la loi sur les entités d'assurance), qui prévoit une suspension des actions individuelles des créanciers dès la décision de la liquidation de l'entité, ainsi que de l'article 4, paragraphe 6, du décret-loi royal sur les mesures de assainissement des entreprises d'assurance, à la lumière du droit à une protection juridictionnelle effective. Elle a jugé que lesdites dispositions visent le principe *par conditio creditorum*, qui consiste en des conditions égales pour les créanciers, notamment en faveur des personnes n'ayant pas reçu des informations pour comparaître devant des tribunaux, et n'ayant pas bénéficié des actions des liquidateurs sociaux, tel que le versement des crédits reconnus aux créanciers sociaux en respectant leur position préférentielle. En effet, le législateur, et non l'administration de l'État, a établi une clause de suspension des actions individuelles des créanciers, laquelle a une durée temporelle maximale. La suspension des actions n'est donc maintenue que jusqu'au moment où le crédit est restitué, ou en tout état de cause, jusqu'à un an après que la décision judiciaire est devenue définitive. Cette juridiction a conclu que ces dispositions ne violent pas les droits consacrés par la Constitution espagnole, tel que le droit à une protection juridictionnelle effective<sup>48</sup>.

C. NULLITÉ DE LA PROCÉDURE EN RAISON DE L'ABSENCE D'AUTORISATION DU LIQUIDATEUR JUDICIAIRE

65. La cour provinciale de Saragosse (Audiencia Provincial de Zaragoza) s'est prononcée sur la capacité d'agir en justice d'une personne morale en faillite volontaire concernant l'introduction d'un recours en appel sans l'autorisation du liquidateur judiciaire. Bien que la loi sur les faillites prévoit que, dans le cas où la

<sup>48</sup> Arrêt de la Cour constitutionnelle 4/1988, du 21 janvier 1988.

société est supervisée par un liquidateur judiciaire, le débiteur conservera la capacité d'agir en justice, plus précisément pour les procédures en cours à la date de la déclaration de faillite, cette capacité est limitée lorsque la matière litigieuse peut affecter le patrimoine de celui-ci<sup>49</sup>, tel que l'impératif du contrôle qui incombe au liquidateur judiciaire<sup>50</sup>. Dans ce contexte, le juge a affirmé que «[...] la Chambre n'est pas en mesure d'évaluer la conformité de l'appel au regard des intérêts de la procédure de faillite, cet examen, ainsi que le caractère raisonnable ou déraisonnable de l'appel et ses perspectives d'accroissement du patrimoine du débiteur est réservé au liquidateur judiciaire [...]». Le juge a ainsi estimé qu'une telle absence d'autorisation a pour conséquence un manque de pouvoir d'ester en justice du débiteur, et il a donc conclu à la nullité de la procédure<sup>51</sup>.

66. Dans le même sens, la cour provinciale de Madrid (Audiencia Provincial de Madrid) a déclaré irrecevable, dans un cas similaire, un appel formé sans autorisation du liquidateur judiciaire dont la décision faisant l'objet de l'appel a été rendue avant la déclaration de faillite du débiteur. La cour provinciale a déclaré que la non-observation de cette obligation comporte, non seulement l'irrecevabilité de l'appel en question, mais également son rejet<sup>52</sup>. À cet égard, ladite juridiction nationale a fait référence à une jurisprudence constante de la Cour suprême (Tribunal Supremo)<sup>53</sup>.
67. Or, il mérite d'être souligné qu'il existe une divergence au sein de la jurisprudence espagnole concernant l'interprétation de certaines dispositions de la loi sur les faillites. Ainsi, dans un autre arrêt rendu par la cour provinciale de Madrid<sup>54</sup> visant également la capacité d'agir d'un débiteur dans le cas d'une procédure pendante au moment de la déclaration de la faillite, le juge considère que, en vertu de l'article 54, point 2, de ladite loi, l'accord du liquidateur

<sup>49</sup> Articles 51, point 3 et 54, point 2, de la loi sur les faillites.

<sup>50</sup> Le jugement précise la portée de l'exigence d'autorisation comme suit: «[...] Par conséquent, la disposition concerne non seulement les nouvelles procédures, mais également les nouvelles instances d'une procédure précédente, soit avant la déclaration de faillite, soit après l'autorisation du liquidateur judiciaire: à l'égard de cette dernière hypothèse, l'accord du liquidateur judiciaire serait nécessaire même si celui-ci avait initialement autorisé la demande. La deuxième instance ou les degrés de juridiction ultérieurs impliquent le risque d'un nouveau coût économique, qui, en tant que crédit de faillite, nécessite une pondération de la part du liquidateur judiciaire. [...] Il peut en être conclu que le débiteur ne peut pas faire appel sans l'autorisation du liquidateur judiciaire».

<sup>51</sup> Arrêt 425/2009 de la cour provinciale de Saragosse, du 9 septembre 2009.

<sup>52</sup> Arrêt de la cour provinciale de Madrid, du 24 février 2011.

<sup>53</sup> Voir, entre autres, les arrêts de la Cour suprême: du 8 novembre 2000, EDJ 2000/38836; du 12 décembre 2000, EDJ 2000/49728; du 6 février 2001, EDJ 2001/439; du 20 mars 2001, EDJ 2001/2330; du 22 décembre 2001, EDJ 2001/53921; du 10 mai 2002, EDJ 2002/13118; du 31 mai 2002, EDJ 2002/19690; du 22 novembre 2002, EDJ 2002/51313; du 23 décembre 2002, EDJ 2002/55393; du 5 juin 2003, EDJ 2003/29640; du 9 juin 2003, EDJ 2003/29652, du 22 septembre 2003, EDJ 2003/97834; du 27 novembre 2003, EDJ 2003/152441; du 17 mars 2004, EDJ 2004/10574; du 18 avril 2005, EDJ 2005/55137 et du 13 mai 2005, EDJ 2005/71463.

<sup>54</sup> Arrêt de la cour provinciale de Madrid, du 22 septembre 2014.

judiciaire est seulement requis lors de procédures déclaratoires qui ont été engagées après l'ordonnance de déclaration de faillite mais pas pour celles en cours à ce moment-là<sup>55</sup>.

D. SUR LES EFFETS DE LA PROCÉDURE DE FAILLITE AUX ORGANES DE LA SOCIÉTÉ DÉBITRICE

68. Dans un arrêt de la cour provinciale de Madrid, du 26 octobre 2012<sup>56</sup>, cette juridiction nationale a interprété, pour la première fois, le régime de suspension relatif au fonctionnement des organes de la société<sup>57</sup>.
69. La cour provinciale a jugé que la convocation à l'assemblée générale, en soi, est un acte d'administration à caractère neutre, qui ne saurait être entaché de nullité puisqu'il s'agit d'un acte d'administration de nature organique, se limitant à permettre le fonctionnement interne de la société et sans aucune implication patrimoniale *per se*.<sup>58</sup> La cour provinciale a ainsi affirmé que «*[...] la conservation des organes de la société n'est pas un maintien purement nominatif: lorsqu'il envisage la faculté des liquidateurs judiciaires d'assister aux réunions, le législateur suppose que, tant que la phase de liquidation n'a pas lieu, les réunions de ces organes puissent continuer [...] afin de poursuivre le type d'activité que le droit des sociétés leur confie [...]*»<sup>59</sup>. La cour provinciale a également remarqué que «*[...] l'ingérence des organes de l'administration doit être retenue, en tout cas et nécessairement, au moment de sa liquidation et dans la mesure où un éventuel désaccord avec le liquidateur judiciaire déterminera inexorablement le manque d'efficacité pratique [...]*».
70. De plus, cette juridiction a estimé que les partenaires d'une société en faillite peuvent avoir un intérêt légitime pour l'adoption des accords qu'ils estiment pertinents au cours de ladite procédure. En effet, même si de tels accords ne prospèrent pas, ils peuvent mettre en évidence la bonne volonté de la société, ce qui pourrait s'avérer essentiel dans la procédure, par exemple, en cas de demande en responsabilité contre le liquidateur judiciaire.

<sup>55</sup> L'arrêt du 25 janvier 2013 de la cour provinciale de Madrid, section 13, réitère ladite interprétation de l'article 51 de la loi sur les faillites.

<sup>56</sup> Arrêt de la cour provinciale de Madrid, du 26 octobre 2012.

<sup>57</sup> La cour provinciale dispense les parties des dépenses judiciaires, au motif qu'il n'existait pas de jurisprudence préalable sur l'interprétation de cette disposition de la loi sur les faillites, qui selon elle donne lieu à de sérieux doutes juridiques.

<sup>58</sup> Voir arrêt de la cour provinciale de Madrid, du 13 juin 2010.

<sup>59</sup> Voir arrêt de la cour provinciale de Madrid de 2009, qui se lit comme suit: «*[la loi sur les faillites assure] le développement normal et le maintien des fonctions sociales des organes de représentation, à l'exception des cas de cessation en phase de liquidation, et sans que la limite des facultés d'administration et dispositions du patrimoine, puissent donner l'impression que toutes les fonctions d'administration doivent être remplacées par le liquidateur judiciaire, hors, la loi ne l'a pas expressément prévu.*»

71. Dans le même sens, dans un arrêt du 24 avril 2012, la Cour suprême a déclaré que la faculté de présider une réunion de l'assemblée générale des actionnaires ne dépend pas de la volonté du liquidateur judiciaire, qui a seulement un droit d'assistance et un droit d'être entendu.
72. Enfin, dans un autre arrêt du 13 juillet 2010<sup>60</sup>, la cour provinciale de Madrid a signalé que dans le cas où un accord de l'organe d'administration occasionne des dépenses éventuelles, qui sont susceptibles de causer un préjudice patrimonial à la société, le liquidateur pourra entraver la conclusion d'un tel accord, pourvu que les dépenses ne soient pas autrement couvertes, sous réserve de l'article 48, point 1, de la loi sur les faillites.

#### IV. CONCLUSION

73. En ce qui concerne la capacité d'agir des anciens dirigeants d'une entité en liquidation, le droit espagnol considère trois situations, en fonction de la nature de la procédure de liquidation en cause.
74. En premier lieu, dans le cadre de la procédure de liquidation ordinaire des sociétés, la capacité d'agir des anciens dirigeants demeure inaltérée puisque ceux-ci deviennent les liquidateurs. La seule exception à cette règle se présente dans le contexte des entreprises d'assurance lorsque les dirigeants n'ont pas nommé un liquidateur dans le délai prévu, le ministère de l'Économie nomme donc un liquidateur externe, dont la portée de ses facultés est assimilée à celle des dirigeants des entreprises en difficulté.
75. En deuxième lieu, dans le contexte de la liquidation des sociétés en faillite, de sorte que les facultés des anciens dirigeants sont restreintes en ce qui concerne les actes ayant une influence directe ou indirecte sur la masse de biens de la faillite. En ce sens, la jurisprudence a eu l'occasion de préciser que les anciens dirigeants continuent à représenter la société pendant la procédure de faillite, et que ceux-ci conservent leur capacité d'agir avec les limitations à caractère patrimonial mentionnées.
76. En troisième lieu, la capacité d'agir des anciens dirigeants d'un établissement financier en liquidation à la suite d'un retrait de la licence bancaire, requiert une interprétation des lois financières, étant donné que celles-ci ne contiennent pas de dispositions explicites sur ce cas particulier, et que la jurisprudence espagnole n'est pas évidente à cet égard. Compte tenu du remplacement automatique des anciens dirigeants par des liquidateurs désignés par le FROB, ainsi que de la révocation des mandats préalablement constitués par ceux-ci, la question se pose de savoir à qui échoit la compétence pour former un recours pour contester les actes administratifs qui étaient à l'origine dudit retrait de licence.

---

<sup>60</sup> Arrêt de la cour provinciale de Madrid, section 28, 13 juillet 2010.

77. Or, eu égard aux articles 74 et 78 de la loi sur les entités de crédit, les anciens dirigeants conservent leurs facultés pour contester des actions en justice contre les mesures de surveillance de l'établissement et les actes des liquidateurs désignés. Ainsi, il y a tout lieu de penser que la capacité d'ester en justice de l'établissement financier, par analogie à la liquidation d'une société commerciale, est, en quelque sorte, préservée indépendamment de la surveillance administrative de la Banque d'Espagne. Suivant cette logique, vu que l'établissement de crédit conserve sa capacité d'ester en justice, toute personne directement et individuellement affectée par la mesure concernée conserverait donc le droit d'attaquer le retrait de la licence, notamment à la lumière du droit de contester les décisions de la BCE, qui confirment les réglementations financières espagnoles transposées du droit de l'Union. Cependant, la jurisprudence espagnole ne répond pas explicitement à la question de savoir si les anciens dirigeants pourraient avoir le droit de contester, au nom de la société, les actes administratifs qui étaient à l'origine de la mise en liquidation de cette société.

[...] <sup>61</sup>

---

<sup>61</sup> [...].

## DROIT ESTONIEN

### I. INTRODUCTION

1. La présente contribution à la note de recherche porte sur les situations dans lesquelles la liquidation d'une personne morale entraîne la nomination d'un liquidateur externe qui remplace les dirigeants de la société dans l'exercice des compétences leur incombant. Il y a lieu de souligner que la liquidation d'une société n'exige pas toujours qu'un liquidateur externe soit nommé. Ainsi, aux fins de cette contribution, le droit de représentation légale pendant la phase de liquidation n'est pas analysé dans le cas de dissolution volontaire de la personne morale concernée. Néanmoins, dans certains cas, quelques particularités seront soulignées.
2. En droit estonien, une **personne morale** constitue, selon l'article 24 du code civil général (*tsiviilseadustiku üldosa seadus*, ci-après le "TsÜS"),<sup>1</sup> une entité juridique, fondée en vertu de la loi, de droit privé ou public. Selon l'article 25, paragraphe 1, du TsÜS, la notion "personne morale de droit privé"<sup>2</sup> désigne une personne morale fondée sur des intérêts privés conformément à la loi concernant ce type de personnes morales.
3. En vertu de l'article 31, paragraphes 1 et 2, du TsÜS, les **organes** d'une personne morale de droit privé sont l'assemblée générale (*üldkoosolek*) et la direction (*juhatus*), sauf disposition contraire de la loi. La direction est l'**organe directeur** d'une personne morale de droit privé, et, si la loi prévoit l'existence d'un conseil de surveillance (*nõukogu*), ce conseil est également un organe directeur. L'article 34, paragraphe 1, du TsÜS prévoit que la direction, ou l'organe remplaçant la direction, est considérée comme **représentant légal** de la personne morale dans les relations avec d'autres personnes, sauf disposition contraire de la loi.

### II. DISSOLUTION ET LIQUIDATION DE LA PERSONNE MORALE

4. Le droit civil estonien distingue la **dissolution** (*lõpetamine*) et la procédure de **liquidation** (*likvideerimine*) d'une personne morale. La dissolution, dans son sens large, comprend les questions juridiques liées au remplacement des objectifs statutaires de la personne morale par l'objectif de sa liquidation en tant qu'entité juridique, ainsi que les possibilités de la poursuite de ses activités. Le fait que la

<sup>1</sup> Code civil général (*tsiviilseadustiku üldosa seadus*). – RT I 2002, 35, 216; RT I, 20.04.2017, 1. Disponible également en anglais sous le lien suivant: <https://www.riigiteataja.ee/en/eli/509012018002/consolide>.

<sup>2</sup> Les personnes morales de droit privé estoniennes incluent la société en nom collectif (*täisühing*), la société en commandite simple (*usaldusühing*), la société à responsabilité limitée (*osaiühing*), la société anonyme (*aktsiaselts*), la société coopérative (*tulundusühistu*), la fondation (*sihtasutus*), l'organisation à but non lucratif (*mittetulundusühing*), la société religieuse (*usuline ühendus*), le syndicat (*ametiiühing*), l'association de propriétaires d'un immeuble (*korteriühistu*).

décision de dissolution, [qui peut avoir plusieurs bases juridiques différentes, produise des effets](#) ne signifie pas la dissolution de la personne morale en tant qu'entité juridique ni la cessation automatique de ses activités.<sup>3</sup>

5. La liquidation suit la prise d'effet de la décision de dissolution de la personne morale. Les articles 39 et 40 du TsÜS énumèrent plusieurs bases de **dissolution volontaire** et de **dissolution obligatoire** (*sundlõpetamine*). La dissolution obligatoire est toujours susceptible d'un contrôle juridictionnel. Parmi les cas de dissolution obligatoire d'une personne morale, il existe une liste ouverte de bases juridiques, prévues par les lois, mais la juridiction peut également décider de la dissolution obligatoire de sa propre initiative.
6. En vertu de l'article 41, paragraphe 1, du TsÜS, la personne morale est **liquidée lors de sa dissolution**, sauf disposition contraire de la loi. Dans le cadre de la procédure de faillite, la liquidation de la personne morale se déroule conformément aux dispositions régissant la procédure de faillite (voir ci-après la partie IV.).
7. La **liquidation** constitue une procédure qui régit les **activités exercées pour la cessation d'activité** de la personne morale, notamment la vente de ses biens, la satisfaction des créanciers, la répartition de l'actif restant et la suppression de la personne morale du registre. La liquidation présuppose que l'actif de la personne morale est suffisant pour satisfaire les créanciers. Dans le cas contraire, les membres de l'organe directeur sont tenus d'introduire une demande d'ouverture d'une procédure de faillite.<sup>4</sup>
8. En vertu de l'article 45, paragraphe 1, du TsÜS, une fois les créances des créanciers d'une personne morale de droit privé satisfaites, l'argent de la personne morale déposé, la sûreté requise constituée et les avoirs restants répartis entre les ayants droit, les liquidateurs soumettent une demande de suppression de la personne morale du registre. Selon le paragraphe 2 du même article, **lors de la suppression du registre**, la personne morale de droit privé est **dissoute**.

### III. DÉSIGNATION ET DROIT DE REPRÉSENTATION DU LIQUIDATEUR

9. Conformément à l'article 41, paragraphe 2, du TsÜS, la liquidation est organisée par les **liquidateurs** (*likvideerijad*). Dans le cas où la dissolution de la personne morale a lieu à la suite d'une décision volontaire de ses fondateurs, en général, les membres de la direction où l'organe remplaçant la direction deviennent liquidateurs, sauf décision contraire, et ils n'ont pas à être nommés ou élus séparément. Dans le cas d'une **dissolution obligatoire**, les liquidateurs sont nommés par décision judiciaire. Il y a lieu de souligner qu'en vertu de ce

<sup>3</sup> Varul, P., *et al.* Tsiviilseadustiku üldosa seadus. Kommenteeritud väljaanne. Tallinn, 2019, p. 160.

<sup>4</sup> *Ibid.*, p. 169.

paragraphe, **le mandat de la direction ou de l'organe remplaçant la direction expire au début de la liquidation**. Selon le paragraphe 5 du même article, pendant la liquidation, la **personne morale est représentée par les liquidateurs** qui peuvent la représenter dans l'exécution de toutes ses transactions.

10. Selon l'article 41, paragraphe 3, du TsÜS, les liquidateurs ont les **droits et les devoirs** de la direction ou de l'organe remplaçant la direction **qui ne sont pas contraires à l'objectif de la liquidation**. Ce principe constitue une restriction à une relation interne et ne restreint pas le droit de représentation des liquidateurs à l'égard des tiers. La capacité juridique de la personne morale n'est pas limitée par cette disposition. Entre autres, les actions visant à atteindre les objectifs de longue portée, la poursuite des activités économiques et la planification des investissements à long terme de la personne morale sont contraires à la finalité de cet objectif de liquidation.<sup>5</sup>
11. Selon l'article 475, paragraphe 12<sup>1</sup>, du code de procédure civile (tsiviilkohtumenetluse seadustik, ci-après le "TsMS")<sup>6</sup>, la dissolution obligatoire constitue une **procédure gracieuse**. En vertu de l'article 629, paragraphes 1 à 4, du TsMS, la juridiction engage la dissolution obligatoire à la suite d'une demande de la personne ou de l'agence ayant le droit d'introduire une telle demande, ou de sa propre initiative. Dans la mesure du possible, la juridiction **entend les membres des organes directeurs** de la personne morale avant la dissolution obligatoire. Dans le cadre d'une ordonnance de dissolution obligatoire, la juridiction nomme également les liquidateurs. L'ordonnance de dissolution obligatoire **deviendra exécutoire** à compter de son entrée en vigueur. Ainsi, les pouvoirs du liquidateur s'appliqueront dès l'entrée en vigueur de l'ordonnance.
12. En vertu de l'article 629, paragraphe 5, du TsMS, l'ordonnance de dissolution obligatoire est également **susceptible d'un recours** du demandeur et de la personne morale. Le délai pour la formation du recours est de quinze jours. Dans certains cas, ladite ordonnance est **exécutoire immédiatement**, notamment dans le cas d'une dissolution obligatoire d'un **établissement de crédit**, d'un établissement de paiement ou d'un établissement de monnaie électronique, ainsi que d'une institution d'assurance. Dans ces cas, la procédure de recours ne suspend pas les activités du liquidateur.<sup>7</sup> Étant donné que la personne morale participe à la procédure par représentation de son organe directeur, cet organe directeur peut former le recours. Bien que les parties à la procédure puissent également inclure les associés de la société, les actionnaires, le fondateur de la fondation, mais également les membres de l'organe directeur pris

<sup>5</sup> Ibid, p. 173 et 174.

<sup>6</sup> Code de procédure civile (tsiviilkohtumenetluse seadustik). – RT I 2005, 26, 197; RT I, 07.12.2018, 2. Disponible également en anglais sous le lien suivant: <https://www.riigiteataja.ee/en/eli/514122018001/consolide>.

<sup>7</sup> Kõve, V., et al, Tsiviilkohtumenetluse seadustik III. Kommenteeritud väljaanne. Tallinn, 2018, p. 988.

personnellement, le paragraphe 5 limite les parties ayant le droit d'introduire le recours.<sup>8</sup>

13. Si la dissolution est volontaire, les liquidateurs sont généralement nommés par l'organe directeur de la personne morale, et il est possible, en vertu de l'article 41, paragraphe 6, du TsÜS, de les révoquer de la même manière que les membres de la direction. De plus, selon le paragraphe 7 du même article, **à la demande d'une personne intéressée, la juridiction peut révoquer un liquidateur pour une raison justifiée, quel que soit le fondement de la liquidation de la personne morale.** Dans ce cas, la juridiction nomme un nouveau liquidateur.

#### IV. DISSOLUTION ET LIQUIDATION DANS LA PROCÉDURE DE FAILLITE

14. Selon la deuxième phrase de l'article 41, paragraphe 1, du TsÜS, dans le cadre d'une procédure de faillite, la liquidation de la personne morale se déroule conformément aux dispositions régissant la procédure de faillite. Cette dernière est régie par la loi sur la faillite (*pankrotiseadus*, ci-après la "PankrS")<sup>9</sup>.
15. Si la liquidation d'une personne morale a lieu dans le cadre d'une procédure de faillite, cette liquidation est opérée par le **syndic de la faillite**. Dans le cadre de la PankrS, la liquidation consiste, en particulier, d'une part, en la complétude de la procédure de faillite par le syndic de la faillite après le partage des fonds obtenus, tirés de la vente de biens de la personne morale en faillite entre les créanciers, et, d'autre part, en l'organisation de la suppression de la personne morale du registre.<sup>10</sup> Selon la première phrase de l'article 31, paragraphe 5, du PankrS, la juridiction doit déclarer faillite par une ordonnance (ordonnance de faillite). Il peut être utile de noter qu'en vertu de l'article 32 de la même loi, le débiteur en faillite et le créancier peuvent **former un recours contre l'ordonnance de faillite** dans un délai de quinze jours, mais **le syndic n'est pas autorisé de former ledit recours au nom du débiteur en faillite et de représenter le débiteur en faillite au cours de l'examen du recours.**
16. En vertu de l'article 124, paragraphe 3, de la PankrS, dans la procédure de faillite d'une personne morale, le syndic a les mêmes droits que la direction ou l'organe remplaçant la direction de la personne morale, qui ne sont pas contraires aux objectifs de la procédure de faillite et il est responsable comme un membre de l'organe dirigeant. De plus, en vertu de l'article 35, paragraphe 1, point 2, de la même loi, le droit d'être partie à la procédure judiciaire concernant la masse de

<sup>8</sup> *Ibid*, p. 983.

<sup>9</sup> Loi sur la faillite (*pankrotiseadus*). – RT I 2003, 17, 95; RT I, 31.05.2018, 30. Disponible également en anglais sous le lien suivant: <https://www.riigiteataja.ee/en/eli/521062018001/consolide>.

<sup>10</sup> Varul, P., et al. *Tsiviilseadustiku üldosa seadus*. Kommenteeritud väljaanne. Tallinn, 2019, p. 170.

l'insolvabilité est transmis au syndic par la déclaration de faillite de la personne morale.

17. Cela n'implique pas toujours la privation des droits des anciens dirigeants et il ne saurait être exclu que ceux-ci puissent préserver leur droit d'être partie à la procédure judiciaire. Par exemple, selon l'article 41, paragraphe 1, de la PankrS, si le débiteur en faillite fait partie d'une procédure judiciaire concernant la masse de faillite commencée avant la déclaration de faillite, le syndic peut participer à la procédure en tant que débiteur en faillite. **Si le syndic a connaissance de l'existence de cette procédure judiciaire, mais n'y participe pas, le débiteur en faillite peut continuer à être partie à la procédure.**
18. Cette exception n'implique pas le droit des anciens dirigeants d'une personne morale d'engager de nouvelles actions en justice. Néanmoins, dans certains cas particuliers, les juridictions estoniennes ont décidé que la PankrS n'exclut pas, par exemple, le droit d'un membre de la direction d'un débiteur en faillite de contester l'ordonnance par laquelle il a été condamné à payer les frais et indemnités du syndic.<sup>11</sup>

## V. ÉTABLISSEMENTS DE CRÉDIT

19. Dans quelques domaines, la révocation de l'autorisation par une décision administrative d'une institution administrative n'a aucun lien direct avec la dissolution de la personne morale, et cette personne morale peut former un recours contre ladite décision administrative devant un tribunal administratif. Néanmoins, il y a des domaines où l'institution administrative doit faire une suggestion à la juridiction d'engager la procédure de liquidation obligatoire après que l'autorité administrative a révoqué la licence (il s'agit, par exemple, d'institutions d'assurance, d'établissements de monnaie électronique, etc.) C'est également le cas pour les établissements de crédit.
20. Le chapitre 11 de la loi sur les établissements de crédit (*krediiasutuste seadus*, ci-après le "KAS")<sup>12</sup> régit la dissolution d'un établissement de crédit. L'article 116, paragraphes 1 à 3, énumère les trois types de dissolution: premièrement, la dissolution **volontaire**, deuxièmement, la dissolution **obligatoire** qui a lieu à l'initiative de l'autorité de surveillance financière, sur la base d'une ordonnance judiciaire, et troisièmement, la dissolution **en cas d'insolvabilité** en vertu de la loi sur la faillite.

<sup>11</sup> Ordonnance de la Cour suprême d'Estonie du 10 décembre 2008, n° 3-2-1-112-08, point 11. Disponible sous le lien suivant: <https://www.riigikohus.ee/et/lahendid?asjaNr=3-2-1-112-08>.

<sup>12</sup> Loi sur les établissements de crédit (*krediiasutuste seadus*). – RT I 1999, 23, 349; RT I, 22.05.2018, 1. Disponible également en anglais sous le lien suivant: <https://www.riigiteataja.ee/en/eli/523052018002/consolide>.

21. Conformément à l'article 118, paragraphe 1, de la KAS, l'établissement de crédit est **dissout par une ordonnance judiciaire** sur la base d'une pétition de l'autorité de surveillance financière si l'autorisation de l'établissement de crédit a été révoquée par la même autorité. Cette autorisation étant révoquée par la Banque centrale européenne (ci-après la "BCE") et non par l'autorité nationale, la juridiction nationale n'est pas compétente pour statuer sur la révocation de ladite autorisation.
22. À toutes fins utiles, il convient de signaler que l'autorisation d'un établissement de crédit a été révoquée pour la dernière fois en Estonie en 1999, suivie, le 26 mars 2018, d'une décision de la BCE concernant le retrait de l'agrément bancaire de Versobank AS (en liquidation)<sup>13</sup> et, le 27 mars 2018, d'une ordonnance de Harju maakohus (tribunal de première instance de Harju) par laquelle la procédure de liquidation a été ouverte contre Versobank et des liquidateurs ont été désignés.<sup>14</sup> Étant donné que les délais de procédure sont assez courts, les activités du liquidateur commencent immédiatement (voir le point 12 de la contribution), et en même temps, le mandat de la direction ou de l'organe remplaçant la direction expire au début de la liquidation, ce n'est pas tout à fait clair qui peut représenter l'établissement de crédit recours contre la décision administrative révoquant son autorisation. Ainsi, la question du droit de représentation légale devant la Cour de justice de l'Union européenne a été soulevée dans la doctrine estonienne concernant le cercle des personnes ayant le droit de former un recours contre une telle décision de la BCE. Il ne saurait être exclu que si les liquidateurs, les syndics ou la direction, qui a conservé son statut d'établissement de crédit auquel l'agrément bancaire est retiré, ne sont pas autorisés à former un recours contre la décision de la BCE, les actionnaires de l'établissement de crédit pourraient avoir ce droit.<sup>15</sup>

## VI. CONCLUSION

23. En règle générale, le mandat de la direction ou de l'organe remplaçant la direction de la personne morale expire avec le début de la liquidation et la nomination des liquidateurs, et les anciens dirigeants d'une personne morale en liquidation ne conservent pas la faculté de représenter la personne morale ou d'introduire, au nom de celle-ci, des actions en justice. Néanmoins, il existe quelques exceptions: l'ordonnance de dissolution obligatoire d'une personne morale est susceptible d'un contrôle juridictionnel et la personne morale, par son organe directeur, peut contester ladite ordonnance pendant le délai prévu par la réglementation nationale.

<sup>13</sup> [...]

<sup>14</sup> Tammer, S., *Krediiasutuse tegevusloa kehtetuks tunnistamine ja sellega seonduvad praktilised tähelepanekud*. – *Juridica* 5/2018, p. 338.

<sup>15</sup> *Ibid*, p. 346.

De plus, dans le cadre de la procédure de faillite, la direction d'une personne morale peut préserver son droit de représentation dans une procédure judiciaire qui a commencé avant la déclaration de faillite.

[...]

## DROIT FRANÇAIS

### I. INTRODUCTION

1. La procédure de liquidation judiciaire est destinée à mettre fin à l'activité de l'entreprise ou à réaliser le patrimoine du débiteur par une cession globale ou séparée de ses droits et de ses biens<sup>1</sup>. S'agissant des conditions d'ouverture d'une telle procédure, il convient d'observer qu'elle est ouverte au débiteur en cessation des paiements et dont le redressement est manifestement impossible<sup>2</sup>.
2. Elle peut être prononcée par le tribunal soit au moment du jugement d'ouverture lorsque les difficultés du débiteur sont à un stade trop avancé, on parlera alors de liquidation judiciaire immédiate, soit à tout moment de la période d'observation, si au cours d'une procédure de sauvegarde ou d'un redressement judiciaire, il apparaît qu'aucune mesure de redressement n'est envisageable ou si l'activité a cessé. Le représentant légal de la personne morale débitrice doit être entendu avant le jugement d'ouverture de liquidation<sup>3</sup>.
3. Lors du jugement d'ouverture, le tribunal désigne un juge-commissaire ainsi qu'un mandataire judiciaire en qualité de liquidateur. Le ministère public peut proposer lui-même un liquidateur à la désignation du tribunal, proposition ne pouvant être rejetée que par un jugement spécialement motivé<sup>4</sup>. Lorsque la liquidation judiciaire est prononcée pendant la période d'observation d'une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire, le jugement met fin à cette période et le mandataire judiciaire préalablement désigné est, en principe, nommé liquidateur<sup>5</sup>.
4. En droit français, le prononcé de la liquidation judiciaire n'entraîne pas la perte de la personnalité morale de la société qui subsiste, pour les besoins de la liquidation, jusqu'à la publication de la clôture de celle-ci<sup>6</sup>. En outre, depuis l'ordonnance du 12 mars 2014<sup>7</sup>, la dissolution de la société est également repoussée au jour de la clôture de la liquidation judiciaire<sup>8</sup>.

<sup>1</sup> Article L. 640-1, deuxième alinéa, du code de commerce.

<sup>2</sup> Article L. 640-1, premier alinéa, du code de commerce.

<sup>3</sup> Article L. 641-1, I, deuxième alinéa du code de commerce. Pour la mise en liquidation d'une société anonyme, son directeur général devra être entendu: Cass. com., 12 juillet 1993, n° 91-18.786.

<sup>4</sup> Article L. 641-1, II°, du code de commerce.

<sup>5</sup> Article L. 641-1, III°, du code de commerce.

<sup>6</sup> Article 1844-8 du code civil.

<sup>7</sup> Ordonnance n° 2014-326 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives.

<sup>8</sup> Article 1844-7, 7°, du code civil.

5. Cette note de recherche a pour objectif de mettre en lumière les effets de la mise en liquidation judiciaire d'une société sur la capacité de ses dirigeants à ester en justice. La liquidation judiciaire doit tout d'abord être distinguée de la liquidation amiable (partie II.). Il conviendra ensuite d'observer que, si la liquidation judiciaire entraîne le dessaisissement du débiteur au profit du liquidateur, la société en liquidation conserve certains droits propres lui permettant d'intenter seule des actions en justice (partie III.), représentée par ses dirigeants (partie IV.). Plus spécifiquement, la société représentée par ses dirigeants dispose de certaines voies de recours pour contester les décisions relatives à la procédure de liquidation (partie V.).

## **II. DISTINCTION ENTRE LIQUIDATION AMIABLE ET LIQUIDATION JUDICIAIRE**

6. La liquidation judiciaire doit être distinguée de la liquidation amiable ou liquidation au sens du droit des sociétés qui intervient à la suite de la dissolution de la société<sup>9</sup>.
7. La liquidation amiable peut résulter de diverses causes entraînant la cessation de l'activité de l'entreprise (arrivée du terme, réalisation ou extinction de l'objet social, dissolution anticipée par les associés, etc.). Elle résulte d'une décision prise soit par les associés, soit par le président du tribunal de commerce statuant en référé<sup>10</sup>. Lorsque la décision est prise par les associés – on parle alors de liquidation conventionnelle –, la liquidation s'ouvre dans les conditions prévues par les statuts et est organisée par les associés<sup>11</sup>. Il n'y a pas de décision de mise en liquidation à proprement parler puisque celle-ci est une conséquence automatique de la dissolution. La liquidation dite légale est celle ordonnée par le président du tribunal de commerce à la demande d'une partie des associés ou des créanciers sociaux<sup>12</sup>. Elle est régie par les articles L. 237-17 et suivants du code de commerce, qui s'appliquent à titre supplétif à la liquidation conventionnelle à défaut de clauses statutaires.
8. Dans le cadre de la liquidation amiable, la désignation d'un liquidateur est obligatoire. Toutefois, à la différence de la liquidation judiciaire, le choix du liquidateur est en principe libre et, en cas de dissolution volontaire, la nomination d'un ou plusieurs liquidateurs sera décidée par les associés<sup>13</sup>. Le liquidateur

<sup>9</sup> Article L. 237-2, premier alinéa, du code de commerce.

<sup>10</sup> Article R. 237-10 du code de commerce.

<sup>11</sup> Article L. 237-1 du code de commerce.

<sup>12</sup> Article L. 237-14, II, du code de commerce.

<sup>13</sup> Article L. 237-18 du code de commerce.

nommé sera en général le dirigeant déjà en place. Rien ne s'oppose cependant à ce que le liquidateur soit externe à la société, un liquidateur de profession peut notamment être nommé. Si toutefois les associés ne parviennent pas à nommer un liquidateur, celui-ci peut être désigné par décision de justice à la demande de tout intéressé<sup>14</sup>. Dans le cas où la dissolution est prononcée par décision de justice, cette décision désigne un ou plusieurs liquidateurs<sup>15</sup>. Tout intéressé a la faculté de former opposition à l'encontre de la décision de nomination du liquidateur, le tribunal de commerce pourra alors désigner un autre liquidateur<sup>16</sup>.

9. Le liquidateur amiable se substitue, pour toute la période de liquidation, aux organes de direction de la société et exerce donc l'intégralité de leurs pouvoirs de gestion et de représentation<sup>17</sup>. Il a seul qualité pour agir en justice au nom de la société devant toutes les juridictions, et y exercer les voies de recours<sup>18</sup>. Toutefois, la Cour de cassation ne lui reconnaît pas un statut de gérant de la société, empêchant ainsi les associés d'exercer une action *ut singuli*<sup>19</sup> à son encontre<sup>20</sup>. Le liquidateur amiable a notamment pour mission de convoquer l'assemblée des associés, qui subsiste donc pour les besoins de la liquidation. Elle doit statuer sur les comptes annuels et autoriser le liquidateur à poursuivre ses opérations<sup>21</sup>. Le liquidateur est révoqué et remplacé selon les formes prévues pour sa nomination<sup>22</sup>. Lorsqu'il a été nommé par décision de justice, il semblerait que tout intéressé puisse demander la révocation du liquidateur non diligent au président du tribunal de commerce<sup>23</sup>.
10. S'agissant des anciens dirigeants, ils sont remplacés par le liquidateur amiable dans toutes leurs prérogatives de gestion et de représentation de la société. Dans le cas où ils n'auraient pas été nommés en qualité de liquidateur, ils perdent alors leur capacité à ester en justice au nom de la société. Il semblerait que les associés

<sup>14</sup> Article L. 237-19 du code de commerce.

<sup>15</sup> Article L. 237-20 du code de commerce.

<sup>16</sup> Article R. 237-12 du code de commerce.

<sup>17</sup> Article L. 237-24 du code de commerce.

<sup>18</sup> Cass. com., 19 janvier 1993, n° 91-10.534.

<sup>19</sup> L'action *ut singuli* est une action ouverte aux associés leur permettant de poursuivre les gérants en réparation du préjudice subi par la société. Elle est prévue à l'article L. 223-22, troisième alinéa, du code de commerce.

<sup>20</sup> Cass. com., 6 décembre 2017, n° 16-21.005.

<sup>21</sup> Articles L. 237-23 et L. 237-25 du code de commerce.

<sup>22</sup> Article L. 237-22 du code de commerce.

<sup>23</sup> Articles L. 237-23 et R. 237-15 du code de commerce.

conservent toutefois un intérêt à agir contre les ordonnances du président du tribunal de commerce en application des règles de droit commun<sup>24</sup>.

11. Dans le cadre de la présente note de recherche, il convient de préciser que le retrait d'agrément d'un établissement de crédit ou d'une entreprise d'assurance entraîne l'ouverture de la liquidation judiciaire et non d'une liquidation amiable ou légale.

### **III. EFFETS DE LA LIQUIDATION JUDICIAIRE SUR LE DROIT DU DÉBITEUR À AGIR EN JUSTICE**

12. Le jugement qui ouvre ou prononce la liquidation judiciaire emporte de plein droit, à partir de sa date, dessaisissement pour le débiteur de l'administration et de la disposition de ses biens tant que la liquidation judiciaire n'est pas clôturée. Il en résulte que les droits et actions du débiteur concernant son patrimoine sont exercés pendant toute la durée de la liquidation judiciaire par le liquidateur<sup>25</sup>. Ce dernier a pour mission de procéder aux opérations de liquidation ainsi que de représenter les créanciers et le débiteur dans la mesure de dessaisissement.
13. La portée du dessaisissement, quant aux biens du débiteur, se double d'un dessaisissement quant aux actions en justice<sup>26</sup>. Toutefois, le dessaisissement n'opérera, au profit du liquidateur, que pour les actions ayant une nature patrimoniale.
14. Dans les situations où le débiteur ne peut pas agir en justice en raison du caractère patrimonial de l'action, il n'est pas davantage recevable à exercer des voies de recours sur des décisions de nature patrimoniale. S'il exerce seul une voie de recours après l'ouverture de la procédure collective, la régularisation par le liquidateur doit intervenir dans le délai de la voie de recours<sup>27</sup>.
15. Le débiteur est également irrecevable à exercer des actions en responsabilité contre des tiers<sup>28</sup>. La Cour de cassation considérait que cette privation du droit de mettre en œuvre des actions à caractère patrimonial n'était pas contraire à l'article 6 § 1 de la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (ci-après la «convention EDH») dès lors que la possibilité de

<sup>24</sup> Article 31 du code de procédure civile.

<sup>25</sup> Article L. 641-9, I, premier alinéa, du code de commerce.

<sup>26</sup> Par exemple, il revient au liquidateur de présenter une requête en injonction de payer (Cass. com., 14 décembre 2010, n° 10-10.792) ou d'intenter une action en contrefaçon (Cass. com., 11 mars 2008, n° 06-19.616).

<sup>27</sup> Cass. com., 10 décembre 2003, n° 00-19.230.

<sup>28</sup> Cass. com., 18 septembre 2012, n° 11-17.546.

mettre en œuvre de telles actions est confiée au liquidateur. Elle a cependant été contrainte, suite à une condamnation par la Cour européenne des droits de l'homme (ci-après la «Cour EDH») <sup>29</sup>, de modifier sa position afin de permettre au débiteur d'agir contre l'État en réparation du préjudice subi du fait de la durée de sa procédure collective <sup>30</sup>.

16. En outre, le dessaisissement n'est pas absolu mais concerne exclusivement les actions ayant un caractère patrimonial. Le liquidateur n'est donc pas le représentant exclusif du débiteur. La représentation qu'il exerce est limitée aux enjeux patrimoniaux de la procédure collective. Il revient au débiteur d'accomplir les actes et d'exercer les droits et actions qui ne sont pas compris dans la mission du liquidateur <sup>31</sup>.
17. Ces actes, droits et actions ne relevant pas de la mission du liquidateur correspondent aux droits propres du débiteur. Il a été affirmé qu'«un droit propre à agir est reconnu au débiteur, chaque fois qu'à défaut de l'affirmer, ses intérêts ne pourraient être pris en compte dans la procédure» <sup>32</sup>. Les droits propres visent les hypothèses où le livre VI du code de commerce, intitulé «Des difficultés des entreprises», ouvre une action, un recours ou même seulement une prétention, comme celle d'être entendu, au débiteur. La jurisprudence a pu elle-même reconnaître au débiteur un droit propre en dehors de tout texte, dès lors que l'action ou le recours en question est en rapport direct avec le déroulement de la procédure <sup>33</sup>. Les droits propres sont donc ceux qui permettent au débiteur de faire valoir son point de vue sur le déroulement de la procédure collective.
18. Pour toutes les actions n'ayant pas de nature patrimoniale et, notamment, les actions relatives au déroulement de la procédure de liquidation, le débiteur peut agir seul, sans intervention du liquidateur. Il convient alors de déterminer si la société en liquidation peut être représentée par ses dirigeants dans l'exercice de ces droits et actions non compris dans la mission du liquidateur.

<sup>29</sup> Arrêt de la Cour EDH, du 22 septembre 2011, Tetu c. France, n° 60983/09, ECLI:CE:ECHR:2011:0922JUD006098309. Dans cette affaire, la loi française ne permettait pas au débiteur en liquidation judiciaire d'engager la responsabilité de l'État en raison de la durée excessive de la procédure de liquidation. Le requérant en état de liquidation judiciaire depuis 20 ans ne disposant pas d'un recours effectif pour obtenir réparation de ce grief, la Cour EDH a condamné la France pour violation de l'article 13 combiné avec l'article 6 § 1 de la convention.

<sup>30</sup> Cass. com., 16 décembre 2014, n° 13-19.402.

<sup>31</sup> Article L. 641-9, I, troisième alinéa, du code de commerce.

<sup>32</sup> Saint-Alary-Houin, C., *Droit des entreprises en difficulté*, Montchrestien, 9<sup>e</sup> éd., n° 1120.

<sup>33</sup> Il a par exemple été reconnu au débiteur la possibilité de demander la clôture de la liquidation judiciaire: Cass. com., 5 mars 2002, n° 98-22.646.

#### IV. REPRÉSENTATION DE LA SOCIÉTÉ EN LIQUIDATION PAR SES DIRIGEANTS

19. Le droit pour les dirigeants d'une société en liquidation d'introduire une action en justice a été considérablement étendu par la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005<sup>34</sup>. Il conviendra de souligner les limites de la législation antérieure à cette loi et notamment sa contrariété avec l'article 6 § 1 de la convention EDH (partie A.) avant de présenter la législation actuellement en vigueur (partie B.).
- A. LIMITES DE LÉGISLATION ANTÉRIEURE À LA LOI DE SAUVEGARDE DES ENTREPRISES
20. Sous l'empire de la législation antérieure<sup>35</sup>, le prononcé de la liquidation judiciaire emportait dissolution de la personne morale<sup>36</sup>. Il en résultait la privation d'organe de représentation et l'impossibilité pour la personne morale d'être représentée en justice pour assurer la défense de ses droits propres<sup>37</sup>. L'appel de la décision prononçant la liquidation judiciaire ou arrêtant le plan de cession était donc irrecevable. Il en était de même du pourvoi formé contre l'arrêt de la cour d'appel confirmant la liquidation judiciaire<sup>38</sup>. L'unique possibilité pour les anciens dirigeants d'interjeter appel était de nommer un mandataire *ad hoc*. Toutefois, cette nomination devait intervenir dans le délai d'appel de dix jours qui courait à compter de la notification à l'ancien dirigeant. Cette solution jurisprudentielle a été condamnée par la Cour EDH sur le fondement de l'article 6 § 1 de la convention EDH<sup>39</sup>.
21. Le législateur n'a toutefois pas attendu la condamnation de la Cour EDH pour modifier sa législation et adopter la loi du 26 juillet 2005 dite de «sauvegarde des entreprises». Les limites de l'ancienne législation s'agissant des difficultés rencontrées par le débiteur pour exercer ses droits ressortent clairement des

<sup>34</sup> Loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises.

<sup>35</sup> Loi n° 85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises.

<sup>36</sup> Article 1844-7, 7°, du code civil, version en vigueur jusqu'au 1<sup>er</sup> juillet 2014.

<sup>37</sup> Cass. com., 16 mars 1999, n° 96-19.078.

<sup>38</sup> Cass. com., 7 janvier 2003, n° 97-15.580.

<sup>39</sup> Arrêt de la Cour EDH du 8 mars 2007, Arma c. France, n° 23241/04, ECLI:CE:ECHR:2007:0308JUD002324104. 1. Dans cette affaire, la société, représentée par son ancienne dirigeante, avait fait appel de la décision prononçant la liquidation judiciaire. La cour d'appel a déclaré l'appel irrecevable au motif que le dirigeant d'une personne morale dissoute est privé de ses pouvoirs de représentation et que l'appel aurait dû être interjeté par un mandataire *ad hoc*. L'ancienne dirigeante a alors saisi la Cour EDH en son nom propre. Après avoir constaté que la désignation d'un mandataire devait intervenir dans le délai d'appel de dix jours, la Cour a estimé que la requérante a vu son droit d'accès à un tribunal limité de manière excessive et a conclu à la violation de l'article 6 § 1 de la convention EDH.

travaux préparatoires<sup>40</sup>. Ils soulignent notamment les difficultés rencontrées dans la pratique, où, en cas de liquidation judiciaire immédiate, si le liquidateur effectue une assignation en report de la date de la cessation des paiements, il se retrouve à la fois demandeur et défendeur devant le tribunal, puisqu'il représente la société débitrice. Face à cette situation, la jurisprudence avait dû préciser que dans ce cas, la société devait être représentée par un mandataire *ad hoc*. Toutefois, la désignation de ce mandataire posait des difficultés techniques, notamment en raison des courts délais d'appel.

22. La loi de sauvegarde des entreprises a mis en place un système plus simple et plus respectueux des droits du débiteur.

B. REPRÉSENTATION DU DÉBITEUR PAR SES DIRIGEANTS SOUS L'EMPIRE DE LA LÉGISLATION ACTUELLE

23. La loi de sauvegarde des entreprises conserve le principe du dessaisissement. Toutefois, s'agissant de l'exercice par le débiteur des droits non compris dans la mission du liquidateur, elle introduit des modifications substantielles relatives à la représentation du débiteur. En effet, elle prévoit le maintien des dirigeants de la société mise en liquidation. Dans sa version adoptée par la loi de sauvegarde des entreprises, l'article L. 641-9, II, du code de commerce dispose en son premier alinéa que «lorsque le débiteur est une personne morale, les dirigeants sociaux en fonction lors du prononcé du jugement de liquidation judiciaire le demeurent, sauf disposition contraire des statuts ou décision de l'assemblée générale». Le concept d'anciens dirigeants d'une société en liquidation est donc à écarter dans le droit français actuel puisque les dirigeants demeurent par principe. Ce n'est qu'en cas de nécessité, notamment d'inaction des dirigeants, qu'un mandataire pourra être désigné en leur lieu et place par ordonnance du président du tribunal sur requête de tout intéressé, du liquidateur ou du ministère public<sup>41</sup>.
24. Ce principe de maintien des dirigeants a été renforcé par l'ordonnance du 12 mars 2014. En effet, l'article 1844-7, 7°, du code civil a été modifié et dispose que la société prend fin «par l'effet d'un jugement ordonnant la clôture de la liquidation judiciaire pour insuffisance d'actif». En repoussant la dissolution de la société débitrice à la clôture de la liquidation judiciaire, il va désormais de soi que les dirigeants d'une société non dissoute restent en place pendant la procédure de liquidation.

<sup>40</sup> Commentaire de l'article 116 du projet de loi (n° 1596) de sauvegarde des entreprises figurant dans le rapport n° 2095 de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, présenté à l'Assemblée nationale le 11 février 2005.

<sup>41</sup> Article L. 641-9, II, premier alinéa, du code de commerce.

25. Dorénavant, les dirigeants peuvent représenter la société en liquidation dans l'exercice de ses droits propres. Ils sont également habilités à exercer certaines voies de recours relatives à la procédure de liquidation.

## V. VOIES DE RECOURS

26. Les dirigeants, en tant que représentants du débiteur personne morale, peuvent exercer des voies de recours contre le jugement prononçant l'ouverture de la liquidation judiciaire ou la liquidation judiciaire au cours de la période d'observation (partie A.) mais pas contre les décisions de nomination des organes de la procédure (partie B.). Les dirigeants d'un établissement de crédit peuvent également exercer un recours contre la décision de retrait d'agrément entraînant la liquidation (partie C.).

### A. VOIES DE RECOURS CONTRE LA DÉCISION PRONONÇANT LA LIQUIDATION JUDICIAIRE

27. Les décisions statuant sur l'ouverture de la liquidation judiciaire sont susceptibles d'appel ou de pourvoi en cassation de la part du débiteur, du créancier poursuivant, du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel et du ministère public<sup>42</sup>. S'agissant des décisions statuant sur le prononcé de la liquidation judiciaire au cours d'une période d'observation, elles peuvent faire l'objet d'un recours de la part du débiteur, de l'administrateur, du mandataire judiciaire, du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel et du ministère public<sup>43</sup>. Le débiteur est donc habilité à exercer un recours contre le jugement prononçant la liquidation judiciaire.
28. Lorsque le débiteur est une personne morale, en raison du principe de maintien des dirigeants pendant la procédure de liquidation, l'appel peut être formé par ses dirigeants.

### B. VOIES DE RECOURS CONTRE LES DÉCISIONS DE NOMINATION DES ORGANES DE LA PROCÉDURE

29. Les décisions qui mettent en place les organes de la procédure, notamment le liquidateur, ne sont pas de véritables décisions contentieuses, il s'agit plutôt de décisions relatives à l'administration de la justice. Aussi, les jugements ou ordonnances relatifs à la nomination ou au remplacement de l'administrateur, du mandataire judiciaire, du commissaire à l'exécution du plan, du liquidateur, des contrôleurs, du ou des experts ne sont susceptibles que d'un appel de la part du

<sup>42</sup> Article L. 661-1, I, 2°, du code de commerce.

<sup>43</sup> Article L. 661-1, I, 5°, du code de commerce.

ministère public<sup>44</sup>. Les jugements ou ordonnances nommant ou remplaçant le juge-commissaire ne sont quant à eux susceptibles d'aucune voie de recours<sup>45</sup>. Le débiteur ne peut donc pas contester la nomination du liquidateur.

### C. VOIES DE RECOURS CONTRE LES ACTES ADMINISTRATIFS À L'ORIGINE DE LA LIQUIDATION

30. Étant donné que les dirigeants sont maintenus et conservent la possibilité de représenter la société dans l'exercice de ses droits propres pendant la durée de la procédure de liquidation, rien ne semble s'opposer à ce qu'ils puissent contester, au nom de leur société, les actes administratifs à l'origine de la liquidation.
31. Dans le cadre de la présente note de recherche, il conviendra d'étudier les particularités de la liquidation des établissements de crédit et des entreprises d'assurances et tout particulièrement, les cas où cette liquidation résulte d'un retrait d'agrément.

#### 1. LE RETRAIT D'AGRÉMENT DES ÉTABLISSEMENTS DE CRÉDIT

32. Le retrait de l'agrément de l'établissement de crédit peut être prononcé par la Banque centrale européenne (ci-après la «BCE») ou par l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (ci-après l'«ACPR»)<sup>46</sup>. Il entraîne alors la liquidation judiciaire de la personne morale.
33. Le retrait total d'agrément ou la radiation prononcée par l'ACPR peut s'accompagner de la nomination d'un liquidateur<sup>47</sup>. Il est précisé que tous les pouvoirs d'administration, de direction et de représentation de la personne morale lui sont transférés<sup>48</sup>. Ce liquidateur, dont la nomination est optionnelle, est distinct du liquidateur judiciaire. Ainsi, si l'ACPR choisit de nommer un liquidateur, il semblerait qu'il reviendrait à ce dernier d'exercer les droits propres de l'établissement de crédit pendant la procédure de liquidation. En revanche, en l'absence d'une telle nomination, les représentants statutaires conserveraient leur pouvoir de direction, d'administration et de représentation<sup>49</sup>.

<sup>44</sup> Article L. 661-6, I, 1°, du code de commerce.

<sup>45</sup> Article L. 661-4 du code de commerce.

<sup>46</sup> Article L. 511-15 du code monétaire et financier.

<sup>47</sup> Articles L. 612-39, 7°, premier alinéa, et L. 612-40, I, 5°, premier alinéa, du code monétaire et financier.

<sup>48</sup> Articles L. 613-24, premier alinéa, du code monétaire et financier.

<sup>49</sup> Voir, par analogie, Cass. com., 25 avril 2001, n° 96-22.035. Cette jurisprudence interprète l'article 46 de la loi n° 84-46 du 24 janvier 1984 relative à l'activité et au contrôle des établissements de crédit, dans sa rédaction antérieure à la loi n° 94-679 du 8 août 1994 portant diverses dispositions d'ordre économique et financier. Il n'a pas été possible d'identifier de la jurisprudence plus récente.

34. Au moment de la décision de retrait d'agrément, la nomination d'un liquidateur à qui sont transférés tous les pouvoirs de représentation de la personne morale est optionnelle. En revanche, au moment de l'ouverture ou du prononcé d'une procédure de liquidation judiciaire à l'égard d'un établissement de crédit, la nomination, par l'ACPR, d'un liquidateur devient obligatoire. Toutefois, ses pouvoirs sont relativement restreints puisque limités à la réalisation de l'inventaire des actifs, aux opérations de liquidation et aux licenciements<sup>50</sup>. Le liquidateur judiciaire voit alors son rôle réduit mais cette nomination n'a de conséquences que sur les aspects patrimoniaux. Les dirigeants conserveraient donc leur pouvoir de représentation pour l'exercice des droits propres de l'établissement de crédit<sup>51</sup>.

## 2. LE RETRAIT D'AGRÉMENT DES ENTREPRISES D'ASSURANCES

35. Le régime applicable aux entreprises d'assurance est fortement similaire à celui des établissements de crédit. Le retrait d'agrément est également prononcé par l'ACPR. Il entraîne la dissolution de l'entreprise, si celle-ci a son siège social en France, ou la liquidation du bilan spécial de ses opérations en France, si elle a son siège social à l'étranger<sup>52</sup>. La liquidation judiciaire est alors ouverte à la requête de l'ACPR et est régie, sous réserve de dispositions spécifiques aux entreprises d'assurance, par les dispositions du code de commerce relative à la liquidation judiciaire des entreprises en difficulté. La principale spécificité de la liquidation des entreprises d'assurance réside dans l'obligation pour l'ACPR de désigner un liquidateur. À l'instar du liquidateur bancaire, ce liquidateur a un pouvoir circonscrit à des missions spécifiques, à savoir la vérification des créances, ainsi que de l'inventaire des actifs directement liés aux passifs. Parallèlement, le tribunal désigne lors du jugement d'ouverture de la liquidation judiciaire un liquidateur chargé de l'inventaire des autres actifs et des opérations de liquidation. Il semblerait donc que les dirigeants conservent l'exercice des droits non patrimoniaux.

## 3. LES VOIES DE RECOURS CONTRE LES DÉCISIONS DE RETRAIT D'AGRÉMENT

36. S'agissant des décisions de retrait d'agrément, elles sont susceptibles de recours. Si le retrait d'agrément a été décidé par la BCE, le recours doit être introduit devant le Tribunal de l'Union européenne. Pour les décisions émanant de l'ACPR, un recours pour excès de pouvoir est possible devant le Conseil d'État<sup>53</sup>. La décision par laquelle l'ACPR tire les conséquences de ce retrait en fixant la date d'entrée en liquidation et en nommant un liquidateur peut également faire l'objet

<sup>50</sup> Article L. 613-29 du code monétaire et financier.

<sup>51</sup> Cette conclusion résulte d'une interprétation stricte des articles du code monétaire et financier. Il n'a pas été possible d'identifier de la jurisprudence la confirmant ou l'infirmant.

<sup>52</sup> Article L. 326-1 du code des assurances.

<sup>53</sup> Conseil d'État, 9 novembre 1990, n° 77964.

d'un recours pour excès de pouvoir<sup>54</sup> mais ce recours ne pourra pas remettre en cause le bien-fondé de la décision de retrait d'agrément devenue définitive<sup>55</sup>. Rien ne semble s'opposer à ce que ces recours soient exercés par les dirigeants des établissements de crédit ou des entreprises d'assurance, en tant que représentants de ceux-ci. En outre, leur capacité de représentation ne sera pas annihilée par l'ouverture ou le prononcé de la liquidation judiciaire.

## VI. CONCLUSION

37. En droit français, les dirigeants d'une société en liquidation conservent la faculté d'introduire, au nom de cette société, une action en justice, alors même qu'un liquidateur a été nommé pour administrer et gérer la société pendant toute la durée de la procédure de liquidation. Toutefois, s'agissant des établissements de crédit s'étant vu retirer leur agrément, la représentation de la société peut être confiée à un liquidateur – distinct du liquidateur judiciaire – au détriment des dirigeants.
38. S'agissant des conditions pour introduire une action en justice, la capacité des dirigeants à ester en justice, en tant que représentants légaux de la société en liquidation, est limitée à l'exercice des droits propres, qui incluent les actions se rapportant au déroulement de la procédure de liquidation. En outre, l'action doit être introduite au nom de la société.
39. Enfin, il semblerait que les voies de recours contre les actes administratifs à l'origine de la liquidation puissent être qualifiées de droits propres et, par conséquent, soient ouvertes aux dirigeants de la société en liquidation.

[...]

---

<sup>54</sup> Conseil d'État, 21 mars 2001, n° 207877.

<sup>55</sup> Conseil d'État, 17 mai 2002, n° 225462.

## DROIT IRLANDAIS

1. La présente note a pour objet d'examiner la question de savoir si, en droit irlandais, les anciens dirigeants d'une société en liquidation conservent un intérêt et un droit à engager, au nom de la société, des actions en justice indépendamment de la volonté du liquidateur.<sup>1</sup>
2. D'emblée, il convient de signaler que la dissolution d'une société est régie par la partie 11 (à savoir les sections 559 à 724) de la *Companies Act 2014* (ci-après la «loi relative aux sociétés de 2014»), qui par sa section 563, dans une large mesure, harmonise les modalités applicables à toutes les formes de liquidation.<sup>2</sup> La procédure applicable est énoncée dans les règles de dissolution (*Winding Up Rules*).<sup>3</sup>
3. En règle générale, la nomination d'un liquidateur éteint tous les pouvoirs des directeurs de la société.<sup>4</sup> Selon une jurisprudence constante (mais antérieure à la loi de 2014), le conseil d'administration devient *functus officio* dès la désignation d'un liquidateur qui assume tous les pouvoirs des anciens directeurs.<sup>5</sup>
4. Toutefois, la loi relative aux sociétés de 2014 prévoit la possibilité pour les directeurs de continuer à exercer leurs pouvoirs sous réserve de l'autorisation

<sup>1</sup> La présente contribution n'expose pas la situation juridique relative aux procédures de séquestre (*receivership*) ou de sauvetage (*examinership*) des sociétés.

<sup>2</sup> La section 563 énonce: "*The provisions of this Part [11] relating to winding up apply, unless the contrary appears, to the winding up of the company in either of the modes mentioned in section 561.*" La section 561 opère une distinction entre la liquidation forcée/ordonnée par la Haute Cour (*High Court*) et la liquidation volontaire. Dans le cadre de cette dernière, la *members' voluntary winding up* (liquidation volontaire par les membres de la société) a été conçue pour les sociétés solvables et les actionnaires peuvent donc influencer l'exercice par le liquidateur de ses pouvoirs. En revanche, dans le cadre de la *creditors' voluntary winding up* (liquidation volontaire par les créanciers de la société), les créanciers dirigent la procédure.

<sup>3</sup> Ordonnance n° 74 des *Rules of the Superior Courts*, adoptée sur la base de la section 564, paragraphe 4, de la loi sur les sociétés de 2014 et publiée dans *SI n° 255/2015 – Rules of the Superior Courts (Companies Act 2014) 2015*.

<sup>4</sup> Voir, sur la situation juridique d'une société en liquidation, l'arrêt de Ms. Justice Baker dans *Re Lance Homes Ltd & The Companies Act; Lee Towers Management Company Ltd v Lance Investments Ltd (In Liquidation)* [2018] IEHC 444, points 20 à 31.

<sup>5</sup> *In Re Swedex Windows and Others* [2010] IEHC 237 où Ms. Justice Finlay Geoghegan s'est appuyée sur l'autorité anglaise *In Re Union Accident Insurance Co Ltd* [1972] 1 All E.R. 1105 en constatant: "*It is well settled case law that the effect of the appointment of an official liquidator by the Court is that the board of directors of a company become functus officio and its powers are assumed by the liquidator.*" Voir, plus généralement, sur les devoirs et pouvoirs du liquidateur, *Re Lance Homes Ltd & The Companies Act; Lee Towers Management Company Ltd v Lance Investments Ltd (In Liquidation)* [2018] IEHC 444, points 29 à 33, et 85.

expresse du liquidateur.<sup>6</sup> Néanmoins, cet exercice continu des pouvoirs ne leur confère aucune priorité ni à leurs actes par rapport aux actes du liquidateur.<sup>7</sup> En effet, si les directeurs exercent des compétences transférées au liquidateur en vertu de la section 627, sans son autorisation, ces actes sont considérés comme nuls et nonavenus.<sup>8</sup> Le pouvoir de former un recours ou de défendre les actions en justice, au nom de la société en liquidation, incombe au liquidateur seul.<sup>9</sup>

5. Selon la jurisprudence, les directeurs conservent certains pouvoirs résiduels tels que le droit de retenir les services d'un avocat pour contester la demande de mise en liquidation ou, le cas échéant, l'ordonnance de mise en liquidation. Il convient de préciser que même si ce constat est basé sur une jurisprudence relative à la nomination d'un liquidateur provisoire – dont les pouvoirs sont, par leur nature, plus restreints que ceux d'un liquidateur officiel – les juridictions irlandaises ont accepté que les directeurs d'une société puissent

<sup>6</sup> La section 677, paragraphe 3, prévoit: "*On the appointment of a liquidator, other than a provisional liquidator, all the powers of the directors of the company shall cease, except so far as – a) in the case of a winding up by the court or a creditors' voluntary winding up, the committee of inspection or, if there is no such committee, the creditors, sanction (in either case, with the approval of the liquidator) the continuance of those powers, or b) in the case of a members' voluntary winding up, the members in general meeting sanction the continuance of those powers.*" Voir, sur l'application de cette section, l'arrêt *Lobar Ltd* [2018] IECA 129 dans lequel la Cour d'appel s'est interrogée sur l'existence même d'un *locus standi* pour un directeur de contester, au nom de la société, la mise en liquidation d'une société insolvable alors que la liquidation avait commencé (mais a été suspendue) et que le recours de ce directeur n'a été sanctionné ni par les créanciers ni par le liquidateur de cette société.

<sup>7</sup> La section 677, paragraphe 4, prévoit: "*The continuance of the directors' powers by virtue of a sanction under subsection (3) shall not, in any case, [...] operate to give precedence to any decision or act of the directors made or done during the course of the winding up over that made or done by the liquidator in respect of the matter concerned and, without prejudice to the foregoing, no decision or act made or done by the directors in respect of a matter falling within section 627 shall be valid unless made or done with the prior consent of the liquidator[...].*"

<sup>8</sup> Ces pouvoirs comprennent notamment la conduite des affaires, le paiement des créanciers, la prise en charge des dettes, l'exécution de certains actes, ainsi que la garde et le contrôle de biens appartenant à la société en liquidation. Voir l'arrêt de la Haute Cour en *Irish Asphalt Ltd & Companies Act 2014* [2017] IEHC 524: "*[s]ection 602(1) and (2) provides that any disposition of company property made after the commencement of the winding up, done without the sanction of the liquidator [or a director who has retained power to do so under s. 677(3) of the 2014 (which does not apply in this petition)] shall be void unless the Court otherwise orders.*"

<sup>9</sup> La section 627, paragraphe 1, sous a) et b), prévoit parmi les pouvoirs du liquidateur: "*Power to – a) bring any action or legal proceeding in the name and on behalf of the company; b) defend any action or legal proceeding in the name and on behalf of the company.*"

contester la demande de placer la société en liquidation.<sup>10</sup> À titre d'exemple, la Cour suprême a accepté d'entendre le recours introduit par l'ancien directeur au nom de la société dont la liquidation a été ordonnée sur demande des autorités fiscales.<sup>11</sup>

6. Il convient de signaler que, pour le secteur bancaire, les règles découlant de la loi relative aux sociétés sont modifiées par la partie 7 (à savoir les sections 75 à 90) de la *Central Bank and Credit Institutions (Resolution) Act 2011* [loi relative à la Banque centrale et aux institutions de crédit (résolution) de 2011] qui est entrée en vigueur le 28 octobre 2011. La nomination du liquidateur d'une banque, d'une institution ou d'une coopérative de crédit est régie par cette loi et doit dès lors être approuvée par la Banque centrale. Les devoirs incombant au liquidateur en vertu de ladite loi s'ajoutent à ceux imposés par la loi relative aux sociétés (section 80, paragraphe 4) dont notamment le devoir d'assurer les paiements aux déposants protégés et de parvenir au meilleur résultat possible pour les créanciers.
7. Il découle de ce qui précède que les anciens dirigeants d'une société mise en liquidation ne conservent normalement aucune autre possibilité d'introduire, au nom de la société, une action en justice, alors qu'un liquidateur a été nommé pour administrer et gérer ladite société.<sup>12</sup> Ces anciens dirigeants n'exercent plus leurs pouvoirs, sauf avec l'approbation dudit liquidateur.

[...]

<sup>10</sup> Voir la jurisprudence citée à la note de bas de page n° 5 qui concerne la situation des directeurs lors de la désignation d'un liquidateur provisoire, ainsi que, plus généralement, *The Law of Company Insolvency (3rd ed)* par Forde, Kennedy et Simms (2015), paragraphes 8-78 à 8-81: "When a winding up petition is presented, the directors can authorise the company to oppose it. It would appear that the liquidation not alone deprives the directors of their powers but, in consequence, they cease to hold their offices [...] Notwithstanding the appointment of a provisional liquidator, the directors have some residual powers, for instance, to instruct solicitors and counsel to oppose the petition, and to appeal against a winding up order where one was made."

<sup>11</sup> *Tweedswood Ltd & ors v. Revenue Commissioners* [2017] IESC 81. Si cet arrêt a été rendu sous l'empire de l'ancienne loi relative aux sociétés de 1963, il découle de cette jurisprudence qu'il incombe à la société en cause de démontrer, sur la base de preuves claires et précises, un motif indu ou un abus de droit de la part du demandeur de la liquidation. La situation donnant lieu à cet arrêt était plutôt exceptionnelle en ce que le recours est intervenu neuf ans après l'émission des ordonnances de mise en liquidation. Voir également les arrêts *Re Bula Ltd* [1990] 1 I.R. 440 et, plus récemment, *Ecolgacy Limited & Companies Act* [2018] IEHC 380, ainsi que *Company and Insolvency Law* dans le *Annual Review of Irish Law* 2017, 1(1), p. 49 à 71.

<sup>12</sup> Voir, en ce sens, *Panshire Ltd (In Liquidation) and Another v Mark Kilkenny and Others* [2015] IEHC 272, notamment aux points 79 à 81 où Haughton J a écarté le recours des directeurs introduit à l'encontre de la nomination du liquidateur (au motif de défaut de notification formelle auprès des créanciers) en raison du fait que ce liquidateur avait exercé ses fonctions pendant plus de trois ans, les directeurs ayant connaissance de ce fait.

## DROIT POLONAIS

### I. INTRODUCTION

1. L'ordre juridique polonais ne connaît pas de réponse univoque à la question de savoir si les anciens dirigeants d'une société en liquidation ont la faculté d'introduire au nom de cette société une action en justice, en dépit de l'ouverture d'une procédure de liquidation. En effet, la réponse sera différente en fonction notamment du type de société, du secteur dans lequel elle est active et des raisons de sa liquidation.
2. À cet égard, il convient de signaler que l'ordre juridique polonais reconnaît plusieurs types de sociétés de droit privé. Il convient notamment de distinguer la société de droit civil (*spółka cywilna*), régie par le code civil du 23 avril 1964 (ci-après le «CC»)<sup>1</sup>, et les sociétés commerciales, régies par le code des sociétés commerciales du 15 septembre 2000 (ci-après le «CSC»)<sup>2</sup>.
3. De surcroît, l'ordre juridique polonais connaît également les sociétés coopératives (*spółdzielnie*). Celles-ci sont considérées comme des organismes différents des sociétés. Les sociétés coopératives ne sont notamment pas régies par le CSC mais par d'autres lois, à savoir par la loi sur les sociétés coopératives<sup>3</sup> et par d'autres lois particulières régissant l'organisation et le fonctionnement de certains types de sociétés coopératives, dont notamment la loi du 7 décembre 2000 sur le fonctionnement des banques coopératives, leurs associations et les banques d'association<sup>4</sup> ou la loi du 5 novembre 2009 sur les caisses coopératives épargne-crédit<sup>5</sup>.
4. Quant au CSC, celui-ci connaît deux types de sociétés, à savoir les sociétés de personnes (*spółki osobowe*) et les sociétés de capitaux (*spółki kapitałowe*). S'agissant des premières, ce sont, en substance, les associés eux-mêmes qui dirigent les affaires de la société et répondent, au moins certains d'entre eux, de manière illimitée des obligations de la société sur l'ensemble de leur patrimoine. En revanche, les affaires des sociétés de capitaux sont menées par leurs organes, dont notamment le directoire (*zarząd*). Leurs associés (dont les actionnaires pour les sociétés anonymes) ne répondent pas des obligations de la société<sup>6</sup>. Alors que

<sup>1</sup> Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1025, z późn. zm.).

<sup>2</sup> Ustawa z dnia 15 września 2000 r. – Kodeks spółek handlowych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1577, z późn. zm.).

<sup>3</sup> Ustawa z dnia 16 września 1982 r. – Prawo spółdzielcze (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1285.).

<sup>4</sup> Ustawa z dnia 7 grudnia 2000 r. o funkcjonowaniu banków spółdzielczych, ich zrzeszaniu się i bankach zrzeszających (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 613).

<sup>5</sup> Ustawa z dnia 5 listopada 2009 r. o spółdzielczych kasach oszczędnościowo-kredytowych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 2065, z późn. zm.).

<sup>6</sup> Articles 151, paragraphe 4, et 301, paragraphe 5, CSC.

les sociétés de capitaux ont la qualité de personne morale au sens propre du terme, tel n'est pas le cas des sociétés de personnes<sup>7</sup>.

5. Parmi les sociétés de personnes, le CSC distingue: la société en nom collectif (*spółka jawna*), la société civile professionnelle (*spółka partnerska*), la société en commandite simple (*spółka komandytowa*) et la société en commandite par action (*spółka komandytowo-akcyjna*). Les sociétés commerciales sont: la société à responsabilité limitée (*spółka z ograniczoną odpowiedzialnością*, ci-après la «SARL») et la société anonyme (*spółka akcyjna*, ci-après la «SA»).
6. En principe, en droit polonais, la liquidation d'une société ou d'une société coopérative n'exige pas toujours qu'un liquidateur externe soit nommé. À son défaut, le problème faisant l'objet de la note de recherche ne se pose pas. Ainsi, la présente contribution portera sur les situations dans lesquelles la liquidation entraîne la nomination d'un liquidateur externe qui est censé remplacer, au moins certains et/ou au moins en partie, les dirigeants de la société de capitaux, de la société coopérative et les associés de sociétés de personnes (ci-après les «anciens dirigeants») dans l'exercice des compétences leur incombant.

## II. LIQUIDATION DES SOCIÉTÉS ET DES SOCIÉTÉS COOPÉRATIVES IMPLIQUANT LA NOMINATION D'UN LIQUIDATEUR EXTERNE

7. La liquidation d'une société ou d'une société coopérative impliquant la nomination d'un liquidateur externe peut être due à des raisons de différente nature. Il semble utile de présenter, dans un premier temps, la liquidation ordinaire telle que prévue par les dispositions du CSC (partie A.), dans un deuxième temps, la liquidation inhérente à la faillite (*upadłość*)<sup>8</sup> (partie B.), et, dans un troisième temps, les liquidations selon les dispositions particulières applicables à certaines sociétés (partie C.).

<sup>7</sup> Tout en n'ayant pas la qualité de personne morale, la société de personne, conformément à l'article 8, paragraphe 1, CSC, peut en son nom propre acquérir des droits, notamment la propriété de biens immobiliers et d'autres droits réels, contracter des obligations, ainsi qu'ester en justice.

<sup>8</sup> Depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2016, il y a lieu de parler de coexistence parallèle en droit polonais de deux régimes de procédures collectives: l'ancien régime, applicable aux procédures en cours entamées avant 2016; et le nouveau régime, applicable aux procédures entamées à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2016. Alors que l'ancien régime prévoyait deux types de faillites, à savoir la faillite entraînant la liquidation (*upadłość obejmująca likwidację*) et la faillite comprenant une option de concordat (*upadłość z możliwością zawarcia układu*), le nouveau régime ne connaît qu'une seule faillite (*upadłość*), qui a la nature d'une procédure de liquidation. Bien que seul le nouveau régime fasse l'objet de la présente contribution, il convient de souligner que, en ce qui concerne la problématique faisant l'objet de la note de recherche, les solutions caractérisant l'ancien régime étaient en substance les mêmes que celles du nouveau régime.

## A. LIQUIDATION ORDINAIRE

8. Le CC ne prévoyant pas la situation dans laquelle la liquidation de la société de droit civil pourrait entraîner la nomination d'un liquidateur externe, le problème faisant l'objet de la présente contribution est susceptible de se poser seulement en cas de liquidation de sociétés commerciales et de sociétés coopératives.

### 1. SELON LE CSC

9. Qu'il s'agisse d'une liquidation résultant d'une décision des associés ou d'une décision rendue par une autorité, le CSC prévoit comme règle générale que ce sont les dirigeants d'une société commerciale qui deviennent ses liquidateurs.<sup>9</sup> Le CSC contient néanmoins plusieurs dispositions selon lesquelles la liquidation d'une société entraîne la désignation du liquidateur externe.
10. À cet égard, la juridiction compétente peut, pour des motifs sérieux, à la demande d'un associé d'une société de personnes ou d'une autre personne y ayant un intérêt juridique, nommer seulement certains des associés en tant que liquidateurs, ou bien encore d'autres personnes.<sup>10</sup> La juridiction compétente peut également nommer les liquidateurs d'une société commerciale au cas où sa dissolution<sup>11</sup> ou liquidation<sup>12</sup> a été décidée par une juridiction.<sup>13</sup>
11. Cette décision, ainsi que la décision sur la liquidation d'une société rendue par une autorité compétente, ne produisent pas d'effets avant qu'elles n'acquièrent l'autorité de la chose jugée.<sup>14</sup> Cela veut dire que les anciens dirigeants gardent la compétence pour contester, au nom de la société, cette décision et, le cas échéant, les décisions à son origine.<sup>15</sup>

<sup>9</sup> Voir les articles 70, paragraphe 1, CSC (applicable à toutes les sociétés de personnes), 276, paragraphe 1, CSC (applicable à la SARL), et 463, paragraphe 1, CSC (applicable à la SA).

<sup>10</sup> Article 71, paragraphe 1, CSC (applicable à toutes les sociétés de personnes).

<sup>11</sup> Formulation utilisée à l'article concernant la SARL.

<sup>12</sup> Formulation utilisée à l'article concernant la SA.

<sup>13</sup> Articles 276, paragraphe 3, CSC (applicable à la SARL), et 463, paragraphe 3, CSC (applicable à la SA).

<sup>14</sup> En principe, selon les règles de la procédure civile polonaise, le jugement acquiert l'autorité de chose jugée au plus tard au jour du prononcé de l'arrêt rendu en appel (articles 363, paragraphe 1, et 398(1), paragraphe 1, du code de procédure civile). Ainsi, le cas échéant, le pourvoi en cassation est formé contre l'arrêt ayant acquis l'autorité de chose jugée.

<sup>15</sup> À cet égard, notons que dans une affaire, la Cour suprême saisie d'un pourvoi en cassation introduit par une société contre la décision de nomination des liquidateurs (décision ayant déjà acquis l'autorité de la chose jugée le jour du prononcé de l'arrêt de la cour d'appel), a jugé que le retrait, par les liquidateurs, du pourvoi en cassation introduit par la société était inadmissible. En effet, dans cette situation, vu qu'il s'agissait d'un différend entre la société et les liquidateurs, la société ne pouvait être représentée par les liquidateurs (article 210, paragraphe 1, CSC lu en combinaison avec l'article 280 CSC) (arrêt de la Cour suprême du 10 avril 2008 rendu dans l'affaire IV CSK 20/08).

12. Une fois la décision sur la nomination des liquidateurs ayant acquis l'autorité de la chose jugée, dans les limites de leurs compétences<sup>16</sup>, les liquidateurs ont le droit de gérer les affaires de la société et de la représenter.<sup>17</sup> Dans les sociétés de capitaux, trouvent à s'appliquer aux liquidateurs les dispositions relatives aux membres du directoire.<sup>18</sup>
13. Or, cela n'implique pas la privation automatique des droits des anciens dirigeants. À cet égard, le CSC, tout en prévoyant comme règle générale que l'ouverture de la liquidation entraîne l'expiration du pouvoir commercial («*prokura*»)<sup>19</sup>, ne contient aucune disposition analogue concernant les droits des anciens dirigeants de la société en liquidation.
14. Dans ce contexte, il convient de noter que dans les sociétés de personnes, les anciens dirigeants au sens du terme adopté dans cette contribution sont également des associés de la société. La nomination des liquidateurs ne peut pas les priver de leurs droits dont ils disposent en tant qu'associés.<sup>20</sup> Le problème est ainsi plus pertinent dans le cas des sociétés commerciales où c'est le directoire, et non les associés, qui dirige les affaires de la société.
15. Ainsi, se pose la question du statut des anciens dirigeants à la suite de l'ouverture de la liquidation d'une société et de la nomination des liquidateurs. Faute de disposition régissant ce problème expressément, la question fait l'objet de controverses dans la doctrine.<sup>21</sup> En tout état de cause, en l'absence de dispositions prévoyant expressément l'expiration des mandats des anciens dirigeants, il ne saurait être exclu que ceux-ci puissent contester certaines décisions concernant la société en liquidation malgré la nomination du liquidateur.
16. Cette dernière interprétation trouve sa confirmation dans une décision de la Cour suprême. Celle-ci, dans l'ordonnance du 20 octobre 2011<sup>22</sup>, a constaté que la

<sup>16</sup> À cet égard, conformément aux articles 77, paragraphe 1, CSC (applicable à toutes les sociétés de personnes), 282, paragraphe 1, CSC (applicable à la SARL), et 468, paragraphe 1, CSC (applicable à la SA), les liquidateurs doivent notamment mettre un terme aux affaires de la société en cours, recouvrer les créances, satisfaire aux obligations de la société et liquider ses actifs; de nouvelles affaires ne peuvent être initiées que dans le cas où ceci est indispensable pour clôturer les affaires en cours.

<sup>17</sup> Articles 78, paragraphe 1, CSC (applicable à toutes les sociétés de personnes), 283, paragraphe 1, CSC (applicable à la SARL), et 469, paragraphe 1, CSC (applicable à la SA).

<sup>18</sup> Articles 280 CSC (applicable à la SARL) et 466 CSC (applicable à la SA).

<sup>19</sup> Articles 79, paragraphe 1, CSC (applicable à toutes les sociétés de personnes), 284, paragraphe 1, CSC (applicable à la SARL), et 470, paragraphe 1, CSC (applicable à la SA). Le terme polonais «*prokura*» est équivalent, en substance, au terme de «*Prokura*» de droit allemand, signifiant un type de mandat spécial dont la portée est déterminée par la loi [notamment par l'article 109(1) CC].

<sup>20</sup> Voir, à cet égard, Witosz, A., *Rozwiązanie i likwidacja spółek handlowych*. Lexis Nexis 2011, p. 89.

<sup>21</sup> Pour la présentation de différents avis sur ce sujet, voir Witosz, A., *op. cit.*, p. 91 à 97.

<sup>22</sup> Affaire IV KK 129/11, OSNKW 2011/12/108.

SARL en liquidation agissant dans une procédure pénale au côté du procureur en tant qu'accusateur auxiliaire (*oskarżyciel posiłkowy*) devait être représentée par le membre du directoire, celui-ci ayant conservé les compétences de représenter la société pour les matières ne relevant pas de la liquidation de la société.<sup>23</sup>

## 2. SELON LA LOI SUR LES SOCIÉTÉS COOPÉRATIVES

17. Les solutions retenues à l'égard des sociétés coopératives ne sont pas trop différentes de celles présentées ci-dessus pour les sociétés commerciales. Les anciens dirigeants sont censés être liquidateurs de la société coopérative en premier lieu.<sup>24</sup> La nomination des liquidateurs ne produit d'effets qu'une fois la décision en cause devenue définitive.
18. Dans certaines situations, l'Association de révision (*Związek Rewizyjny*) à laquelle appartient, le cas échéant, une société coopérative, peut ordonner sa liquidation.<sup>25</sup> Cette décision est susceptible d'un recours formé par la société coopérative, représentée par ses anciens dirigeants, le liquidateur n'étant nommé qu'une fois la décision sur la liquidation devenue définitive.<sup>26</sup>

### B. FAILLITE

19. La liquidation d'une société ou d'une société coopérative est inhérente à la procédure de faillite, régie actuellement par la loi du 28 février 2003 sur la faillite<sup>27</sup>. Elle est menée par un syndic de la masse de faillite qui peut être considéré également, compte tenu de ses fonctions, comme son liquidateur.
20. En ce qui concerne la situation des organes d'une société à la suite de l'ouverture de la faillite, il convient de distinguer deux régimes: le régime général, applicable à la plupart de sociétés (partie 1.) et le régime spécial, applicable aux banques et aux caisses coopératives épargne-crédit (partie 2.).

<sup>23</sup> En ce qui concerne les juridictions administratives, celles-ci semblent plutôt pencher vers l'interprétation selon laquelle le directoire cesse d'exercer ses fonctions à la suite de l'ouverture de la liquidation d'une société commerciale. Toutefois, elles contestent le droit des liquidateurs d'agir au nom des sociétés en liquidation dans les affaires ne relevant pas de leurs compétences, soit n'étant pas liées directement à la liquidation. Parmi les décisions les plus récentes voir, à cet égard, notamment: l'arrêt du tribunal administratif de Varsovie du 17 janvier 2017, I SA/Wa 1454/16, LEX n° 2248108 et l'arrêt de la Cour suprême administrative du 1<sup>er</sup> mars 2017, I OSK 1059/15, LEX n° 2277806.

<sup>24</sup> Article 118, paragraphe 1, de la loi sur les sociétés coopératives.

<sup>25</sup> Article 114, paragraphe 1, de la loi sur les sociétés coopératives.

<sup>26</sup> Article 114, paragraphe 2, de la loi sur les sociétés coopératives.

<sup>27</sup> Ustawa z dnia 28 lutego 2003 r. - Prawo upadłościowe (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 2344, z późn. zm.).

## 1. RÉGIME GÉNÉRAL

21. Parmi les sociétés et les sociétés coopératives de droit polonais privé, seules les sociétés commerciales et les sociétés coopératives peuvent faire l'objet d'une procédure de faillite<sup>28</sup>, et cela, en ce qui concerne les sociétés de personnes, à condition qu'elles soient entrepreneurs (*przedsiębiorcy*) au sens de l'article 43[1] CC.<sup>29 30</sup>
22. Selon la loi sur la faillite, l'ouverture d'une faillite entraîne la nomination d'un syndic.<sup>31</sup> L'ordonnance d'ouverture de cette procédure produisant ses effets et étant exécutoire le jour de son prononcé<sup>32</sup>, se pose la question des compétences des anciens dirigeants, pour former, au nom de la société ou de la société coopérative, des recours visant l'annulation de cette ordonnance ou d'autres décisions à l'origine de celle-ci.
23. À cet égard, deux cas de figures doivent être distingués.
24. Premièrement, en ce qui concerne le patrimoine ne relevant pas de la masse de faillite<sup>33</sup>, les anciens dirigeants demeurent habilités à représenter la société ou la société coopérative en faillite. Il ne saurait dès lors être exclu qu'ils introduisent des recours contre certains actes administratifs concernant la société en faillite même après l'ouverture de la faillite.<sup>34</sup>
25. Deuxièmement, en ce qui concerne la masse de faillite, il est certes vrai que les anciens dirigeants perdent le droit de gestion de la société ou de la société coopérative dès le jour du prononcé de la faillite<sup>35</sup>. Toutefois, ils demeurent

<sup>28</sup> Pour les sociétés de droit civil, ce sont les associés qui peuvent faire l'objet d'une procédure de faillite, non pas la société. Voir à cet égard: l'ordonnance de la Cour suprême du 16 octobre 2008, III CZP 97/08, LEX n° 471063; arrêt de la Cour suprême du 6 novembre 2002, III CZP 67/02, OSNC 2003/7-8, pos. 102 ; arrêt du tribunal administratif de Varsovie du 26 novembre 2010, VIII SA/Wa 616/10, LEX n° 760374).

<sup>29</sup> Article 5 de la loi sur la faillite.

<sup>30</sup> L'article 43[1] CC définit l'entrepreneur comme une personne exerçant en son nom une activité économique ou professionnelle.

<sup>31</sup> Article 51, paragraphe 1, point 6, de la loi sur la faillite.

<sup>32</sup> Article 51, paragraphe 2, de la loi sur la faillite.

<sup>33</sup> Les exclusions de la masse de faillite sont prévues aux articles 63 à 67a de la loi sur la faillite. Il peut s'agir notamment des biens exclus de la masse de faillite en vertu d'une résolution de l'assemblée de créanciers (article 63, paragraphe 2, de la loi sur la faillite).

<sup>34</sup> Chrapoński, D., *Art. 144*. [dans:] *Prawo upadłościowe. Komentarz*. Wolters Kluwer Polska, 2017.

<sup>35</sup> Article 51, paragraphe 2, de la loi sur la faillite lu en combinaison avec les articles 75, paragraphe 1, et 144, paragraphe 1, de ladite loi.

habilités à introduire, au nom de la société ou de la société coopérative, un recours contre l'ordonnance d'ouverture de cette procédure<sup>36</sup>.

## 2. RÉGIME SPÉCIAL

26. À titre d'exception, l'ouverture de la faillite d'une banque<sup>37</sup> ou d'une caisse coopérative épargne-crédit<sup>38</sup> entraîne la dissolution de ses organes.<sup>39</sup> Dans cette situation, la banque ou la caisse coopérative épargne-crédit est représentée dans la procédure de faillite par un curateur, désigné dans l'ordonnance d'ouverture de la faillite, indépendamment de la nomination du syndic.<sup>40</sup> C'est ainsi le curateur de la banque en faillite ou de la caisse en faillite qui serait en droit de former en leur nom des recours, pour autant qu'un tel droit appartienne aux anciens dirigeants de ces organismes.

### C. DISPOSITIONS PARTICULIÈRES APPLICABLES AUX SOCIÉTÉS ACTIVES DANS LE SECTEUR FINANCIER

27. Certaines lois particulières contiennent des dispositions particulières prévoyant la liquidation forcée d'une société et l'expiration immédiate des mandats des anciens dirigeants.

#### 1. LOI BANCAIRE

28. La loi bancaire du 29 août 1997<sup>41</sup> prévoit dans son article 147, paragraphe 1, une compétence spéciale pour la commission de supervision financière (*Komisja Nadzoru Finansowego*, ci-après la «KNF») de retirer l'agrément relatif à la constitution de la banque et ordonner sa liquidation lorsque la perte de la banque dépasse 50% de ses fonds propres. Ladite disposition est applicable tant aux banques étant des sociétés anonymes qu'aux banques étant des sociétés coopératives.
29. Dans cette situation, la gestion de la banque en liquidation est transférée au liquidateur nommé par la KNF. Celui-ci dispose de toutes les compétences des

<sup>36</sup> Malmuk-Cieplak, A., *Art. 54*. [dans:] *Prawo upadłościowe. Komentarz*. Wolters Kluwer Polska, 2017. n° 1 et 2.

<sup>37</sup> La loi bancaire reconnaît trois formes juridiques pour mener une activité bancaire: banque d'État, banque étant une société anonyme et banque étant une société coopérative.

<sup>38</sup> *Spółdzielcza Kasa Oszczędnościowo-Kredytowa*.

<sup>39</sup> Articles 433 et 441a, paragraphe 4, de la loi sur la faillite.

<sup>40</sup> Article 429, paragraphe 3, de la loi sur la faillite. Voir également Mozdzeń, M., *Art. 429*. [dans:] *Prawo upadłościowe. Komentarz*. Wolters Kluwer Polska, 2017. n° 1, ainsi que l'ordonnance de la Cour suprême du 30 novembre 2017, IV CSK 46/17, LEX nr 2416283.

<sup>41</sup> Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 2187, z późn. zm.).

organes de la banque. Il a notamment le droit de représenter la banque en liquidation dans et en dehors de procédures juridictionnelles.<sup>42</sup>

30. Conformément à l'article 153, paragraphe 2, de la loi bancaire, au jour de la prise, par le liquidateur, de la gestion de la banque en liquidation, le directoire de la banque est dissolu et les mandats de ses membres expirent de plein droit. En ce qui concerne le conseil de surveillance (*rada nadzorcza*), ses compétences sont, sans préjudice de l'article 147, paragraphe 3, de la loi bancaire, suspendues.
31. Ledit article 147, paragraphe 3, de la loi bancaire présente un intérêt particulier du point de vue de la présente note. En effet, celui-ci prévoit qu'il est possible de former un recours contre la décision de la KNF rendue en vertu de l'article 147, paragraphe 1, de la loi bancaire, ce recours n'ayant pas d'effet suspensif quant à l'exécution de la décision. Compte tenu de l'expiration des mandats des membres du directoire, ledit recours peut être formé, conformément à cette disposition, par le conseil de surveillance de la banque.

## 2. LOI SUR LES CAISSES COOPÉRATIVES ÉPARGNE-CRÉDIT

32. Les caisses coopératives épargne-crédit de droit polonais sont les établissements semi-bancaires soumis au contrôle de la KNF. Dans certaines situations, la KNF peut ordonner la liquidation d'une telle caisse<sup>43</sup>.
33. Dans la décision de liquidation, la KNF nomme le liquidateur et détermine la date de liquidation.<sup>44</sup> À la date ainsi fixée, le directoire de la caisse est dissolu, les mandats de ses membres expirent et la gestion de la caisse passe au liquidateur.<sup>45</sup> Bien qu'immédiatement exécutoire, la décision de liquidation est susceptible d'un recours qui peut être introduit par le conseil de surveillance de la caisse,<sup>46</sup> bien que les compétences de celui-ci soient en principe suspendues.<sup>47</sup>

## 3. D'AUTRES LOIS

34. Une solution juridique analogue à celle présentée ci-dessus peut être relevée dans d'autres lois régissant l'activité économique du secteur financier et des assurances. Cependant, elle n'est pas prévue pour les cas de liquidation forcée mais pour une étape antérieure, à savoir celle de l'introduction par les organes de contrôle de l'administration judiciaire (*zarząd komisaryczny*) portant sur une entreprise. Dans l'hypothèse où une liquidation devrait se produire subséquemment, le problème faisant l'objet de la note de recherche ne se pose

<sup>42</sup> Article 153, paragraphe 1, de la loi bancaire.

<sup>43</sup> Article 74c, paragraphe 4, de la loi sur les caisses coopératives épargne-crédit.

<sup>44</sup> Article 74c, paragraphe 7, de la loi sur les caisses coopératives épargne-crédit.

<sup>45</sup> Article 74d de la loi sur les caisses coopératives épargne-crédit.

<sup>46</sup> Article 74c, paragraphe 8, de la loi sur les caisses coopératives épargne-crédit.

<sup>47</sup> Article 74d de la loi sur les caisses coopératives épargne-crédit.

plus, les anciens dirigeants ayant déjà été privés des droits de représenter la société à l'occasion de l'introduction de l'administration judiciaire.

35. À cet égard, la loi du 11 septembre 2015 sur l'activité d'assurance et de réassurance<sup>48</sup> prévoit pour l'organe de contrôle, en l'occurrence la KNF, dans l'hypothèse où il y aurait un risque d'insolvabilité d'un assureur ou d'un réassureur, le pouvoir de soumettre l'entreprise concernée à une administration judiciaire.<sup>49</sup> La décision concernée de l'organe de contrôle est exécutoire le jour de son prononcé.<sup>50</sup> Elle est néanmoins susceptible d'un recours qui peut être introduit par le conseil de surveillance de la société.<sup>51</sup> Faute de disposition particulière prévoyant cette dernière possibilité, l'introduction d'un recours par l'assureur ou le réassureur ne serait pas possible dans la mesure où la décision sur l'introduction de l'administration judiciaire entraîne l'expiration des mandats du directoire de l'entreprise concernée, ainsi que du pouvoir commercial, et la suspension d'autres organes, sans préjudice du droit susmentionné de contester la décision de l'organe de contrôle par le conseil de surveillance.<sup>52</sup>
36. Certes, la loi du 11 septembre 2015 sur l'activité d'assurance et de réassurance prévoit également la possibilité d'ordonner la liquidation d'une entreprise d'assurance ou de réassurance.<sup>53</sup> La décision concernée est par ailleurs immédiatement exécutoire<sup>54</sup> et ne doit pas être précédée d'administration judiciaire. Toutefois, les dispositions de la loi en cause régissant la liquidation forcée ne prévoient ni l'expiration des mandats des membres du directoire ni de restrictions quant à la possibilité d'introduire un recours contre la décision sur la liquidation forcée. À cet égard, sans préjudice des dispositions particulières présentées ci-dessus, la liquidation d'une entreprise d'assurance ou de réassurance sera régie par les dispositions du CSC applicables à la société anonyme.<sup>55</sup>
37. Une formule analogue à celle adoptée dans la loi sur l'activité d'assurance et de réassurance peut être relevée dans la loi du 29 juillet 2005 sur la négociation

<sup>48</sup> Ustawa z dnia 11 września 2015 r. o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 999 z późn. zm.).

<sup>49</sup> Article 316, paragraphes 1 à 3, de la loi sur l'activité d'assurance et de réassurance.

<sup>50</sup> Article 316, paragraphe 4, de la loi sur l'activité d'assurance et de réassurance.

<sup>51</sup> Article 316, paragraphe 5, de ladite loi. Plus précisément, le conseil a le droit de demander le réexamen de la décision de l'organe de contrôle et, en cas de décision confirmant la décision, introduire un recours devant la cour administrative.

<sup>52</sup> Article 316, paragraphe 7, de la loi sur l'activité d'assurance et de réassurance.

<sup>53</sup> Article 322, paragraphe 1, de la loi sur l'activité d'assurance et de réassurance.

<sup>54</sup> Article 322, paragraphe 2, de la loi sur l'activité d'assurance et de réassurance.

<sup>55</sup> Pinior, P., *Art. 318*. [dans:] *Ustawa o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej. Komentarz*. Wolters Kluwer, 2017, n° 4.

d'instruments financiers<sup>56</sup> à l'égard des courtiers en bourse<sup>57</sup>, en ce qui concerne l'administration judiciaire, cette loi ne contenant néanmoins pas de dispositions particulières sur la liquidation forcée.

### III. CONCLUSION

38. En règle générale, dans l'ordre juridique polonais, la liquidation d'une société ou d'une société coopérative impliquant la désignation d'un liquidateur par une autorité compétente n'entraîne pas la privation automatique et immédiate des anciens dirigeants du droit de contester, au nom de la société, la décision constituant la raison de la liquidation. En effet, en principe, les décisions concernées sont susceptibles de recours pouvant être introduits par les anciens dirigeants, étant donné qu'elles ne produisent pas d'effets immédiats. Il en va de même pour la faillite, même si, dans ce cas, la décision sur l'ouverture d'une procédure de faillite produit ses effets immédiatement.
39. Une exception importante à la règle générale peut être relevée dans la loi bancaire et dans la loi sur les caisses coopératives épargne-crédit. En effet, ces lois, tout en disposant que la décision de la commission de supervision financière sur la liquidation forcée d'une banque ou d'une caisse coopérative épargne-crédit produit ses effets immédiatement et entraîne l'expiration des mandats de membres du directoire, prévoient la possibilité visant à assurer le droit de l'entreprise concernée de contester la décision de sa liquidation. En effet, à titre d'exception, un tel recours au nom de la société peut être introduit par le conseil de surveillance de la banque ou de la caisse coopérative épargne-crédit.

[...]

---

<sup>56</sup> Ustawa z dnia 29 lipca 2005 r. o obrocie instrumentami finansowymi (t.j. Dz. U. z 2016 r., poz. 1636, z późn. zm.).

<sup>57</sup> L'article 110zf de la loi du 29 juillet 2005 sur la négociation d'instruments financiers prévoit la possibilité d'instaurer l'administration judiciaire qui entraîne l'expiration des mandats des membres du directoire ainsi que le droit du conseil de surveillance notamment de former un recours contre la décision en cause devant la juridiction administrative.

## DROIT SUÉDOIS

### I. INTRODUCTION

1. La présente contribution vise à examiner les conditions de l'habilitation pour représenter une société en liquidation, et plus précisément en liquidation forcée.

### II. LE CADRE JURIDIQUE

2. Le droit suédois connaît, en principe, trois catégories de personnes morales susceptibles de faire l'objet d'une liquidation. La première catégorie comprend les sociétés de capitaux desquelles relèvent les sociétés anonymes ("aktiebolag").<sup>1</sup> La deuxième catégorie regroupe les sociétés de personnes et, plus précisément, les sociétés en nom collectif ("handelsbolag"), dont notamment les sociétés en commandite simple, ("kommanditbolag"), ainsi que les sociétés en participation ("enkla bolag"), auxquelles s'ajoutent les sociétés coopératives ("ekonomiska föreningar").<sup>2</sup> Enfin, la troisième catégorie, celle des fondations ("stiftelser"),<sup>3</sup> vise des entités reposant sur un patrimoine qui a été irrévocablement séparé et affecté à un but spécifique. À la différence des deux premières catégories, la fondation n'a ni participants ni membres.
3. Outre ces formes de sociétés ou d'entités, il convient de mentionner quelques formules spécifiques de celles-ci, à savoir celles afférentes aux activités d'assurance et aux activités bancaires. Celles-ci sont aujourd'hui menées sous forme de sociétés anonymes régies par l'ABL<sup>4</sup> ou sous forme de sociétés

<sup>1</sup> Voir l'aktiebolagslag (2005:551), [loi (2005:551) (ci-après l'"ABL")]. De cette catégorie de sociétés relèvent également les europabolag, voir lag (2004:575) om europabolag [loi (2004:575) sur les sociétés européennes].

<sup>2</sup> Voir la lag (2018:672) om ekonomiska föreningar [loi (2018:672) sur les associations à caractère économique/sociétés coopératives, ci-après la "LEF"]. Cette loi est complétée par le förordning (2018:759) om ekonomiska föreningar [règlement (2018:759) sur les associations coopératives] dont les articles 20 à 27 du chapitre 2 sont consacrés à la liquidation de la société coopérative. De plus, figurent dans cette catégorie les sociétés coopératives européennes établies par le règlement (CE) n° 1435/2003 du Conseil du 22 juillet 2003 relatif au statut de la société coopérative européenne (SEC) (JO L 207, p. 1). Ce règlement a été complété par des dispositions de droit national dans la lag (2006:595) om europakooperativ [loi (2006:595) sur la société coopérative européenne].

<sup>3</sup> Voir la Stiftelselag (1994:1220) [loi (1994:1220) sur les fondations].

<sup>4</sup> À cet égard, les dispositions générales prévues par l'ABL sont complétées par des dispositions spéciales dans la lag (2010:2043) om försäkringsrörelse [loi (2010:2043) relative aux activités de l'assurance, ci-après la "loi (2010:2043)"], et la lag (2004:297) om bank och finansieringsrörelse [loi (2004:297) relative aux activités bancaire et de financement, ci-après la "loi (2004:297)"]. Contient également de telles dispositions spéciales, la sparbankslag (1987:619) [loi (1987:619) sur les caisses d'épargne, ci-après la "loi (1987:619)"], ainsi que la lag (1995:1570) om medlemsbanker [loi (1995:1570) relative aux banques de membres, ci-après la "loi (1995:1570)"].

coopératives régies par les dispositions générales de la LEF. Or, en parallèle à ces réglementations de portée générale, le droit suédois prévoit des dispositions spéciales qui s'appliquent à ces activités spécifiques.

4. Toutes les entités ci-dessus énumérées, à l'exception des sociétés en participation, constituent des personnes morales en droit suédois. Pour l'ensemble de ces entités, le droit suédois prévoit des règles de liquidation<sup>5</sup> volontaire. En revanche, la liquidation forcée ne s'applique que pour les sociétés anonymes et les sociétés coopératives.<sup>6</sup>
5. S'agissant des catégories pouvant être mises en liquidation forcée, celle-ci s'impose dans différentes situations. Tout d'abord, l'ABL<sup>7</sup> prévoit à son chapitre 25 notamment que, dans certaines situations, le Bolagsverket (Office suédois d'enregistrement des sociétés) ou, le cas échéant, une juridiction civile, est obligé de mettre la société en liquidation. Ainsi, l'article 11 dudit chapitre impose au Bolagsverket de décider que la société soit mise en liquidation lorsque celle-ci ne remplit pas certaines formalités prévues par la loi, et l'article 12 dudit chapitre prévoit que la juridiction civile doit décider de mettre la société en liquidation dès lors que les statuts de la société l'imposent. L'article 17 du chapitre 25 de l'ABL exige la mise en liquidation par ladite juridiction en cas de certains manquements en matière de comptabilité identifiés par la loi. Il convient de noter que, dans les trois cas de figure susvisés, la décision de mise en liquidation entre immédiatement en vigueur. Dans ces situations, les articles 24 et 25 du chapitre 25 de l'ABL prévoient que le Bolagsverket ou la juridiction civile doit enjoindre la société, ainsi que les actionnaires et les créanciers, à présenter leurs observations quant à la liquidation.

<sup>5</sup> En l'absence de législation écrite pour les associations à but non lucratif, il n'existe pas de règles concernant la liquidation forcée à leur égard, voir Hemström, C., *Organisationernas rättsliga ställning*, Norstedts juridik, 8<sup>ème</sup> édition, 2011, p. 140.

<sup>6</sup> À titre d'exemple, les fondations ne sont pas susceptibles de faire l'objet d'une liquidation forcée, voir prop 1993/94:9. p. 80; Ds 2003:24, p. 49. Une particularité distinguant les fondations des autres entités examinées dans la présente contribution est celle de la réinstallation de l'ancien conseil d'administration en cas d'annulation d'une décision de liquidation, qui ainsi se substitue au liquidateur, voir l'article 15 du chapitre 7 de la loi (1994:1220) sur les fondations. En ce qui concerne les autres entités examinées ici, une telle annulation implique généralement que l'assemblée générale nommera un nouveau conseil d'administration, voir, à titre d'exemple, l'article 46 du chapitre 25 de la loi (2005:551) sur les sociétés anonymes, l'article 44 du chapitre 17 de la LEF et l'article 18 du chapitre 14 de la försäkringsrörelselag (1982:1713) [loi (1982:1713) relative aux activités des entreprises d'assurance].

<sup>7</sup> Articles 10 à 47 du chapitre 25 de l'ABL. Les règles concernant la liquidation des sociétés anonymes sont complétées par des dispositions dans le aktiebolagsförordning (2005:559) [règlement (2005:559) sur les sociétés anonymes], voir les articles 43 à 52 du chapitre 1 dudit règlement. Il convient de noter que la législation régissant les sociétés coopératives correspond en principe aux dispositions de l'ABL quant à la liquidation, et que, pour cette raison, la présente contribution n'abordera les règles prévues pour les sociétés coopératives que dans le cas où celles-ci présentent des solutions différentes par rapport aux dispositions de l'ABL.

6. En vertu de l'article 30 du chapitre 25 de l'ABL, le liquidateur se substitue au conseil d'administration et au directeur général de la société.<sup>8</sup> Par conséquent, ces deux derniers organes perdent leur habilitation pour représenter la société.<sup>9</sup> Dans le cas où c'est l'assemblée générale qui a pris la décision de liquidation, le conseil d'administration et, le cas échéant, le directeur général de la société conservent leurs fonctions jusqu'au moment où le liquidateur est nommé.
7. En outre, en ce qui concerne les activités bancaires et financières ainsi que les activités d'assurances, il existe des règles spéciales, complétant les dispositions de l'ABL. Ainsi, en vertu de l'article 45 du chapitre 11 de la loi (2010:2043), le Bolagsverket est obligé de mettre une société d'assurances en liquidation lorsque l'agrément permettant de mener l'activité en question est arrivé à échéance ou a été retiré. La décision de la mise en liquidation est prise dès que possible et au plus tard le jour suivant la présentation par le Finansinspektionen (l'Autorité de surveillance financière) de la demande de mise en liquidation. La décision en question s'applique immédiatement. En vertu de l'article 6 du chapitre 21 de la loi (2010:2043), la décision de mise en liquidation est susceptible de recours endéans les trois semaines suivant ladite décision. Des règles identiques s'appliquent aux activités bancaires et financières en vertu des articles 31 et 33 du chapitre 10, ainsi que de l'article 1<sup>er</sup> du chapitre 17 de la loi (2004:297), et aux banques de membres, en vertu des articles 4, 4bis et 21 du chapitre 9 de la loi (1995:1570). Cette loi précise à l'article 7, deuxième alinéa, du chapitre 9, que le Finansinspektionen désigne sans retard les liquidateurs qui remplacent le conseil d'administration de la société concernée.
8. Aux fins de la présente note de recherche, l'examen sera concentré sur les entités les plus importantes d'un point de vue économique et social, à savoir les sociétés anonymes et les sociétés coopératives. À cet égard, il convient de noter que les sociétés coopératives jouent un rôle important en Suède, aussi bien en tant que forme organisationnelle pour des activités centrales dans la société, qu'en tant que forme juridique utilisée pour des activités économiques importantes.<sup>10</sup>

---

<sup>8</sup> En vertu de l'article 4 du chapitre 8 de l'ABL, le conseil d'administration est responsable pour l'organisation de la société et l'administration de ses affaires. En revanche, il ressort de l'article 29 du chapitre 8 de ladite loi, que le directeur général de la société est chargé de la gestion courante de la société.

<sup>9</sup> La Cour suprême a jugé que la signification et la notification d'un acte aux membres du conseil d'administration d'une société, mais non pas au liquidateur ne suffit pas, voir NJA 1912 s. 147 och NJA 1925 s. 263. En outre, une personne mandatée par le conseil d'administration avant la mise en liquidation de la société n'est plus habilitée à représenter la société en vertu de ce mandat, sauf dans le cas où le liquidateur approuve le mandat en question a posteriori, voir l'arrêt rendu par la Cour suprême dans l'affaire NJA 2012 s. 328.

<sup>10</sup> En 2017, près de 17 000 sociétés coopératives (les coopératives de logement incluses) étaient enregistrées auprès du Bolagsverket. Disponible sous le lien suivant: <https://bolagsverket.se/be/sok/etjanster/statistik/statistik-1.3538>.

### III. HABILITATION POUR REPRÉSENTER UNE SOCIÉTÉ EN LIQUIDATION

#### A. INTRODUCTION D'UNE ACTION EN JUSTICE PAR UNE PERSONNE MORALE

9. Afin qu'une personne morale puisse ester en justice, elle doit être représentée par une personne ayant un pouvoir de représentation, par exemple par l'organe de direction ou le signataire autorisé.<sup>11</sup> À cet égard, une personne physique a la compétence de représenter une personne morale dans la mesure où elle dispose de l'habilitation nécessaire, ce qui est le cas notamment lorsque ladite personne relève d'un tel organe de direction de la personne morale.<sup>12</sup>

#### B. INTRODUCTION D'UNE ACTION EN JUSTICE PAR LES ANCIENS DIRIGEANTS D'UNE SOCIÉTÉ EN LIQUIDATION

10. Les sociétés en participation et les sociétés en nom collectif sont mises en liquidation s'il existe une condition déclenchant la liquidation.<sup>13</sup> Les associés peuvent eux-mêmes prendre en charge la liquidation, sans désigner un liquidateur, et ils représentent ensemble la société en liquidation.<sup>14</sup> Il convient de rappeler que la liquidation forcée au sens propre du terme n'existe pas pour ces sociétés.<sup>15</sup> Par conséquent, celles-ci ne seront pas traitées dans le texte suivant, qui, comme déjà indiqué ci-dessus, se concentrera sur les règles relatives à la liquidation forcée des sociétés anonymes et des sociétés coopératives respectivement.
11. Les sociétés anonymes sont susceptibles d'être mises en liquidation volontaire à la suite d'une décision de l'assemblée générale des actionnaires et une société coopérative à la suite d'une décision de l'assemblée générale des membres.<sup>16</sup> En outre, ces sociétés peuvent également faire l'objet d'une mise en liquidation

<sup>11</sup> Voir les articles 35 à 37 du chapitre 8 de l'ABL, Andersson, S., Svante, J., Skog, R., *Aktiebolagslagen: en kommentar*, Nordstedts Juridik, 2018, 8 kap. 35 §; Hellners, T., Malmqvist, B., *Förvaltningslagen*, Nordstedts Juridik, 2010, 3<sup>ème</sup> édition, 22 §.

<sup>12</sup> Ekelöf, P., Edelstam, H., Pauli, M., *Rättegång – andra häftet*, Nordstedts Juridik, 9<sup>ème</sup> édition, 2015, p. 108 et Hellners, T., Malmqvist, B., 22 §, voir note en bas de page 4, p. 10.

<sup>13</sup> Par exemple, en cas de société en nom collectif lorsque le numéro des associés s'est réduit à un seul associé, et cette situation a persisté au cours d'au moins six mois, voir l'article 28 du chapitre 2 de l'ABL.

<sup>14</sup> Article 31 du chapitre 2, et article 7 du chapitre 4 de la lag (1980:1102) om handelsbolag och enkla bolag [loi (1980:1102) sur les sociétés en nom collectif et les sociétés en participation, ci-après la "loi (1980:1102)"]. Toutefois, il est possible sous certaines conditions qu'un liquidateur soit nommé, voir principalement l'article 37 du chapitre 2 et l'article 7 du chapitre 4 de la loi (1980:1102).

<sup>15</sup> Voir Nial, H., et Hemström, C., *Om handelsbolag och enkla bolag*, Nordstedts juridik, 4<sup>ème</sup> édition, 2008, p. 249.

<sup>16</sup> Article 1er du chapitre 25 de l'ABL et article 1er du chapitre 17 de la LEF.

forcée en vertu d'une décision du Bolagsverket (Office suédois d'enregistrement des sociétés) ou, le cas échéant, à la suite d'une décision judiciaire.<sup>17</sup>

12. La liquidation volontaire entre en vigueur immédiatement ou à la date décidée par l'assemblée générale. Une liquidation forcée, ou une liquidation volontaire dans la mesure où les conditions pour une liquidation forcée sont également réunies, est immédiatement applicable, avant même que la décision ne soit devenue définitive, et même si un recours a été introduit contre ladite décision.<sup>18</sup> Un ou plusieurs liquidateurs sont nommés au moment où la décision de mise en liquidation forcée est prise.<sup>19</sup>
13. La société en liquidation continue d'être investie de la personnalité morale au cours de la procédure de liquidation. Par contre, la direction de la société (le conseil d'administration et le directeur général) est remplacée par le liquidateur qui représente la société dès sa nomination et prend toutes les décisions qui auparavant étaient prises par la direction. Ainsi, il semble que le liquidateur représente la société également dans les éventuelles actions en justice intentées par l'ancienne direction au nom de la société.<sup>20</sup> À la suite de la nomination du liquidateur, le pouvoir de la direction de représenter la société ou de mandater un représentant cesse d'exister.<sup>21</sup> À cet égard, il convient de rappeler que dans la mesure où l'ancienne direction a émis des mandats, ces derniers expirent dès lors que la société entre en liquidation et que le liquidateur est nommé. Toutefois, comme mentionné précédemment, le liquidateur peut confirmer ces mandats a posteriori.<sup>22</sup>
14. Une décision prise par le Bolagsverket de mettre une société en liquidation forcée peut être contestée au moyen d'un recours judiciaire.<sup>23</sup> En effet, toutes les décisions prises par une autorité publique sont susceptibles de faire l'objet d'un recours administratif dans la mesure où aucune loi spécifique n'en dispose autrement.<sup>24</sup> De surcroît, les autorités publiques doivent, dans certains cas,

<sup>17</sup> Chapitre 25 de l'ABL et chapitre 17 de la LEF.

<sup>18</sup> Articles 11, 12 et 17 du chapitre 25 de l'ABL et articles 10, 13 et 19 du chapitre 17 de la LEF. Voir également les arrêts de la Cour suprême dans les affaires NJA 2000 s. 488 et NJA 1992 s. 518.

<sup>19</sup> Article 28 du chapitre 25 de l'ABL et article 23 du chapitre 17 de la LEF. Le nom du liquidateur ou des liquidateurs est enregistré par le Bolagsverket. Ci-après, par «liquidateur» est également considéré plusieurs liquidateurs.

<sup>20</sup> Article 30 du chapitre 25 de l'ABL et article 26 du chapitre 17 de la LEF, l'arrêt de la Cour suprême dans l'affaire NJA 1992 s. 518 et Skog, R., *Rodhes Aktiebolagsrätt*, Norstedts Juridik, 2015, 23<sup>ème</sup> édition, p. 276.

<sup>21</sup> Article 30 du chapitre 25 de l'ABL, et article 26 du chapitre 17 de la LEF. Voir Andersson e.a., 25 kap. 30 §, voir note en bas de page 4, p. 10.

<sup>22</sup> Arrêt de la Cour suprême dans l'affaire NJA 2012 s. 328.

<sup>23</sup> Article 3 du chapitre 31 de l'ABL et article 3 du chapitre 23 de la LEF.

<sup>24</sup> Articles 4 et 40 du Förvaltningslagen (2017:900) [loi (2017:900) loi sur la gestion administrative, ci-après la "FL"].

réexaminer et modifier leurs décisions.<sup>25</sup> Une décision de mise en liquidation prise par une juridiction peut être contestée au moyen d'un recours devant une cour d'appel, à condition qu'une autorisation d'appel soit accordée.<sup>26</sup>

15. Or, même si le liquidateur remplace la direction, il est considéré que le liquidateur ne représente pas la société dans le cas d'un recours introduit contre la décision de mise en liquidation forcée de ladite société.<sup>27</sup> Même si la question ne semble pas avoir été explicitement traitée par la jurisprudence, il semble que les anciens dirigeants aient le droit de représenter la société dans un recours relatif à la *décision de mise en liquidation de ladite société* avant que ladite décision ne soit devenue définitive.<sup>28</sup> Il peut être ajouté que les litiges quant au fond des affaires concernant la mise en liquidation sont très rares en Suède.<sup>29</sup>
16. S'agissant ensuite des décisions prises par le liquidateur, il n'est pas possible pour les anciens dirigeants de les contester.<sup>30</sup> Toutefois, le Bolagsverket, le liquidateur, un associé ou un tiers dont le droit dépend de la liquidation, peut solliciter la révocation du liquidateur. Le liquidateur est révoqué s'il n'est pas considéré apte ou s'il existe d'autres motifs pour sa révocation. Le liquidateur peut être révoqué également sur sa demande sous condition qu'il existe des motifs pour ceci.<sup>31</sup>
17. Il n'a pas été possible d'identifier une jurisprudence qui réponde explicitement à la question de savoir si les anciens dirigeants d'une société ont le droit de contester, au nom de celle-ci, les actes administratifs qui sous-tendent sa mise en liquidation. Il convient de rappeler que, selon l'ABL et la LEF, la compétence de la direction pour représenter la société cesse d'exister au moment où elle est

<sup>25</sup> Article 38 de la FL. Voir aussi les articles 36, 37 et 39 de la FL.

<sup>26</sup> Article 39 de la lag (1996:242) om domstolsärenden [loi (1996:242) relative aux actes administratifs judiciaires].

<sup>27</sup> Lehrberg, B., *Aktiebolagsrätt*, Iusté, 1<sup>ère</sup> édition, 2016, p. 403.

<sup>28</sup> Voir par exemple les arrêts de la Cour suprême dans les affaires NJA 2000 s. 488 et NJA 2002

s. 112. Selon Sandström, T., *Svensk aktiebolagsrätt*, Norstedts Juridik, 2015, 5<sup>ème</sup> édition, p. 394, il pourrait aussi être envisageable qu'un associé introduise un recours contre la décision de mise en liquidation forcée.

<sup>29</sup> Voir les travaux préparatoires prop. 1993/94:43 p. 19. Il convient de rappeler qu'en vertu de l'ABL et de la LEF, les personnes concernées par la liquidation doivent souvent être consultées avant la mise en liquidation de la société.

<sup>30</sup> Voir NJA 2011 s. 774. Dans le cas où une société a été mise en liquidation et où, ensuite, le liquidateur a présenté une demande de mise en faillite de ladite société, les anciens dirigeants n'ont pas été considérés comme ayant le droit de contester, au nom de la société, la décision sur la mise en faillite, voir NJA 1988 s. 727. Dans NJA 2000 s. 488, la Cour suprême a dit pour droit que les anciens dirigeants auraient le droit de contester une décision sur la mise en faillite uniquement si cette décision est entachée de tant d'erreurs importantes qu'elle doit être considérée comme étant nulle.

<sup>31</sup> Article 29 du chapitre 25 de l'ABL et article 25 du chapitre 17 de la LEF. Voir également l'arrêt de la Cour suprême dans l'affaire NJA 2011 s. 774.

remplacée par le liquidateur.<sup>32</sup> Toutefois, il ne ressort pas clairement de la jurisprudence si l'appréciation du droit de recours doit être fondée sur les faits au moment où le recours est introduit ou si elle doit être fondée sur les faits au moment où l'affaire fait l'objet d'un examen.<sup>33</sup>

18. Il convient de noter que pour toutes les décisions prises par les autorités publiques suédoises, la loi applicable est la FL sauf disposition contraire prévue dans une loi spéciale.<sup>34</sup> Ainsi, la FL s'applique tant à une décision de mise en liquidation forcée prise par le Bolagsverket qu'à d'autres actes administratifs des autres autorités publiques, y compris les actes administratifs sous-tendant la mise en liquidation d'une société.<sup>35</sup>
19. En vertu de l'article 42 de la FL, qui doit être interprété au sens large,<sup>36</sup> toute personne affectée par un acte administratif individuel peut former un recours contre celui-ci s'il lui fait grief. Dans certains cas, même une personne qui n'est pas le destinataire d'un acte administratif peut être concernée par ledit acte et donc avoir le droit de le contester par voie juridictionnelle. Il est donc à noter que dans ce cas, la personne concernée introduit le recours en son nom propre et non pas au nom de la société destinataire de l'acte administratif.<sup>37</sup> Il ressort de la jurisprudence, qu'il est nécessaire, en principe, que l'acte administratif en question ait des effets sur ladite personne et que l'intérêt de la personne concernée doit en principe être reconnu par l'ordre juridique.<sup>38</sup> Cependant, le droit d'exercer un recours peut s'imposer également pour d'autres motifs, par exemple par un "intérêt notable" de pouvoir introduire un recours.<sup>39</sup> Les associés d'une société n'ont normalement pas un tel droit de recours.<sup>40</sup> Cependant, la Cour suprême administrative a dit pour droit, dans une affaire concernant l'approbation de la nomination d'une personne en tant que membre de la direction d'une société de gestion de fonds, que même si l'acte administratif a été dirigé envers la société, la

<sup>32</sup> Cependant, selon la doctrine, il pourrait être envisagé que l'ancienne direction d'une société en liquidation devrait avoir la possibilité d'introduire une action en justice au nom de la société même dans certains autres cas que celui d'une décision sur la mise en liquidation forcée. Cependant, il n'est pas spécifié de quelles situations il pourrait s'agir, voir Lehrberg, p. 403, voir note en bas de page 6, p. 25.

<sup>33</sup> De la jurisprudence existe pour les deux perceptions, voir Hellners, T., Malmqvist, B., 22 §, voir note en bas de page 4, p. 10 et, à titre d'exemple, l'arrêt de la Cour suprême administrative dans l'affaire HFD 2012:24.

<sup>34</sup> Articles 1 et 4 de la FL.

<sup>35</sup> Articles 1 et 4 de la FL, et prop. 1993/94:43 p. 19 f.

<sup>36</sup> Prop. 2016/17:180 p. 333 et Bull, T., *Rättighetskyddet i Högsta förvaltningsdomstolen*, Svensk Juristtidning, 2017, p. 229.

<sup>37</sup> Voir, par exemple, l'arrêt de la Cour suprême administrative dans l'affaire HFD 2013 ref. 74.

<sup>38</sup> Voir prop. 2016/17:180 p. 261 f. et SOU 2010:29 p. 645 f.

<sup>39</sup> Voir, à titre d'exemple, l'arrêt de la Cour suprême administrative dans l'affaire HFD 2013 ref. 74.

<sup>40</sup> Hellners, T., Malmqvist, B., 22 §, voir note en bas de page 4, p. 10.

personne n'ayant pas pu être nommée en tant que membre de la direction à cause dudit acte administratif, avait le droit d'attaquer ledit acte administratif.<sup>41</sup>

### C. FAILLITE

20. Dans un souci de complétude, la présente contribution abordera brièvement les conditions lors d'une faillite en ce qui concerne les questions soulevées ci-dessus. Dans ce cadre, il convient d'ores et déjà de constater que la liquidation et la procédure de faillite relèvent de deux systèmes distincts, qui mènent, normalement, tous les deux à la dissolution de la société en question. La faillite est la procédure de dissolution pour une société insolvable.<sup>42</sup> Lorsqu'une société a été mise en faillite, il existe deux entités; la société en faillite et la masse de faillite. Ainsi, contrairement à la liquidation, la société en faillite continue d'être représentée par les mêmes dirigeants qu'avant la mise en faillite.<sup>43</sup> La société en faillite ne contrôle pas les biens qui relèvent de la masse de faillite et elle n'est pas habilitée à souscrire des engagements susceptibles d'être opposés à la masse de la faillite.<sup>44</sup> La société, toujours représentée par ces dirigeants, peut introduire un recours contre la décision de sa mise en faillite.<sup>45</sup> Dans la plupart des autres cas, la société en faillite n'a pas le droit d'introduire une action en justice. Exceptionnellement, dans l'hypothèse où la société en faillite a le droit d'introduire une action en justice, elle est représentée, comme expliqué ci-dessus, par ses dirigeants. Si une action en justice, relative aux biens relevant de la masse de faillite, a été commencée par la société en faillite déjà avant sa mise en faillite, la masse de faillite a la possibilité de se substituer à la société en faillite dans ladite action. Toutefois, dans le cas où elle décide de ne le pas faire, lesdits biens sont considérés comme ne relevant pas de la masse de faillite, et la société en faillite a le droit de continuer à prendre part dans l'action en justice qu'elle a commencée.<sup>46</sup>
21. Le bilan de la faillite démontre normalement un déficit, impliquant que la société cesse d'exister en tant que personne morale. Toutefois, dans le cas où il y a un excédent ou un accord entre les créanciers, la société en faillite doit être mise en liquidation.<sup>47</sup> Dans le cas où il y a assez d'excédent, et si certaines autres conditions sont remplies, l'assemblée générale peut décider de poursuivre

<sup>41</sup> Arrêt de la Cour suprême administrative dans l'affaire HFD 2013 ref. 74.

<sup>42</sup> Voir notamment Sandström, p. 385, voir note en bas de page 6, p. 26.

<sup>43</sup> Article 49 du chapitre 25 de l'ABL et article 12 du chapitre 18 de la LEF.

<sup>44</sup> Article 1er du chapitre 3 de la Konkurslagen (1987:672) [loi (1987:672) sur la faillite, ci-après la "KL"].

<sup>45</sup> Article 1er du chapitre 49 du Rättegångsbalken (code de procédure civile et pénale).

<sup>46</sup> Article 9 du chapitre 3 de la KL et Heuman, L., *Specialprocess – Utsökning och konkurs*, Norstedts Juridik, 2014, 7<sup>ème</sup> édition, p. 220 à 222 et 229.

<sup>47</sup> Sandström, p. 390 f., voir note en bas de page 6 p. 26, article 51 du chapitre 25 de l'ABL et article 32 du chapitre 17 de la LEF.

l'activité de la société.<sup>48</sup> Une société en faillite peut être mise en liquidation également lorsqu'il n'y a pas d'excédent, mais que la société en faillite elle-même a des biens ne relevant pas de la masse de la faillite.<sup>49</sup>

22. Inversement, une société en liquidation peut également être mise en faillite dans le cas où le liquidateur constate que la société est insolvable.<sup>50</sup> La décision de demander la mise en faillite d'une société en liquidation est prise par le liquidateur.<sup>51</sup> Dès lors, les anciens dirigeants ayant été remplacés par le liquidateur ne sont plus habilités à introduire un recours contre la décision de mise en faillite. Comme déjà expliqué ci-dessus, une décision de mise en liquidation forcée entre en vigueur immédiatement avant d'être devenue définitive, aussi bien dans le cas où un recours a été introduit contre ladite décision. Une annulation de la décision de mise en liquidation forcée grâce à un recours n'a pas d'incidence sur les décisions prises par le liquidateur pendant le temps entre sa nomination et l'annulation de la décision sur liquidation. Une exception auxdits principes peut être faite uniquement lorsque la décision de mise en liquidation forcée est entachée d'erreurs manifestes tellement importantes que la décision de mise en liquidation est à considérer comme nulle.<sup>52</sup>

#### IV. CONCLUSION

23. Le droit suédois connaît principalement trois catégories d'entités pouvant faire l'objet d'une liquidation. Parmi ces entités, seules les sociétés anonymes et les sociétés coopératives sont susceptibles de faire l'objet d'une liquidation forcée.
24. Dans le cas d'une telle liquidation forcée, la compétence de la direction de la société concernée pour représenter celle-ci ou pour émettre des mandats cesse d'exister au moment de la mise en liquidation. Les mandats émis par l'ancienne direction deviennent caducs sauf si le liquidateur les confirme a posteriori. Ainsi, en principe, les anciens dirigeants n'ont plus la faculté d'introduire, au nom de la société, une action en justice. Cependant, il semble qu'il soit possible pour les anciens dirigeants d'introduire, au nom de la société, un recours contre la décision de mise en liquidation forcée avant que ladite décision ne soit devenue définitive.

<sup>48</sup> Article 45 du chapitre 25 de l'ABL et article 43 du chapitre 17 de la LEF.

<sup>49</sup> Ceci est possible grâce à l'existence de deux sujets de droit dans les cas de faillite; la société en faillite, représentée par les dirigeants, et la masse de faillite, représentée par le syndic.

<sup>50</sup> Sandström p. 394, voir note en bas de page 6, p. 26 et l'arrêt de la Cour suprême dans l'affaire NJA 2000 s. 488.

<sup>51</sup> Le liquidateur ayant remplacé la direction, voir ci-dessus les paragraphes 13 et 16.

<sup>52</sup> Voir pour ce raisonnement les arrêts de la Cour suprême dans les affaires NJA 1988 s. 727, NJA 2000 s. 488 et NJA 1992 s. 518.

25. Il n'a pas été possible d'identifier une jurisprudence qui répondrait explicitement à la question de savoir si les anciens dirigeants pourraient avoir le droit de contester, au nom de la société, les actes administratifs qui étaient à l'origine de la mise en liquidation de cette société. Toutefois, il peut être noté que, selon le droit suédois, dans certains cas même une personne contre qui l'acte administratif n'est pas dirigé peut contester cet acte, dans la mesure où celui-ci a des effets également pour ladite personne et que son intérêt est reconnu par l'ordre juridique. Par ailleurs, un acte administratif peut également être attaqué pour d'autres motifs, notamment lorsqu'une personne a un "intérêt notable" de pouvoir contester ledit acte administratif. Il est donc à noter que dans lesdits cas, la personne concernée introduit le recours en son nom propre et non pas au nom de la société.

[...]