



5A_665/2021

Arrêt du 28 janvier 2022

Ile Cour de droit civil

Composition

MM. et Mme les Juges fédéraux Herrmann, Président, Escher et Bovey.
Greffière : Mme Ahtari.

Participants à la procédure

A. _____ SA,
représentée par Me Gérald Page, avocat,
recourante,

contre

Office cantonal des faillites de l'Etat de Fribourg, avenue Beauregard 13, 1700 Fribourg,

B. _____ AG,
représentée par Me Alain Dubuis, avocat,

Objet

consultation du dossier, dissolution d'une SA selon les règles de la faillite (art. 731b CO), plainte 17 LP

recours contre l'arrêt de la Chambre des poursuites et faillites du Tribunal cantonal de l'Etat de Fribourg du 9 août 2021 (105 2021 48 et 49).

Faits :

A.

A.a. Par décision du 31 mai 2016, prenant acte d'une situation conflictuelle entre les actionnaires et le liquidateur qu'il avait précédemment nommé, le Président du Tribunal de l'arrondissement de la Veveyse a prononcé la dissolution de la société C. _____ SA et a confié la liquidation des biens à l'Office cantonal des faillites du canton de Fribourg (ci-après: office), qui l'a traitée en la forme sommaire.

A.b. Le tableau de distribution déposé le 31 juillet 2018 a permis le désintéressement de l'ensemble des créances admises à l'état de collocation, ce qui a laissé apparaître un excédent de liquidation de 2'155'128 fr. 91, à répartir entre les actionnaires de la société dissoute.

A.c. Sur la base des différents documents en mains de l'office, celui-ci est arrivé à la conclusion que les actionnaires de C. _____ SA en liquidation étaient la société A. _____ SA et la société D. _____ AG - ou, cas échéant, E. _____, lequel détiendrait les actions de celle-ci à titre de fiduciaire -, qui détiendraient, chacune à parts égales, 50 % du capital-actions de la société dissoute. Toutefois, A. _____ SA a indiqué à l'office que l'excédent de liquidation devait revenir en intégralité à D. _____ AG dans la mesure où elle-même avait bénéficié de versements anticipés de dividendes en 2011. Pour sa part, D. _____ AG a fait savoir à l'office qu'elle avait cédé ses actions à B. _____ AG en date du 27 avril 2016, si bien que celle-ci détiendrait désormais la moitié du capital-actions de la société dissoute. Elle en déduisait que l'excédent de liquidation devrait revenir dans son intégralité à B. _____ AG. A. _____ SA a contesté cette affirmation.

A.d. Retenant qu'il subsistait une incertitude quant aux actionnaires de la société dissoute, l'office a mandaté la fiduciaire F. _____ SA, en date du 8 juillet 2019, afin, notamment, de déterminer avec certitude qui détenait le capital-actions de la société dissoute. Il ressort du rapport rendu le 11 janvier 2021 par F. _____ SA que celle-ci n'avait pas été en mesure de déterminer qui étaient les actionnaires de la société dissoute, en l'absence de la liste prévue à l'art. 697I CO. Dans les recommandations de son rapport, elle proposait d'impartir un délai aux parties impliquées pour produire une liste actualisée des détenteurs d'actions au porteur et des ayants droit économiques annoncés à C. _____ SA en liquidation, conformément à l'art. 697I CO. Elle préconisait également d'exiger des intéressées, dans le même délai, la production d'une attestation que cette liste existait déjà au 31 décembre 2015, sans quoi les droits sociaux ne pourraient pas être exercés et les droits patrimoniaux seraient éteints, si bien que l'excédent de liquidation devrait, cas échéant, être versé à la caisse des dépôts et consignations.

A.e.

A.e.a. En date du 26 janvier 2021, l'office a adressé un courrier à B. _____ AG en ce sens, tout en l'avertissant qu'en cas de défaut de production des deux documents susmentionnés dans un délai échéant le 28 février 2021, l'excédent de liquidation ne pourrait pas lui être versé, comme elle le demandait.

A.e.b. B. _____ AG a formé une plainte contre cette mesure. En substance, elle a requis qu'il soit pris acte de ce qu'elle est l'actionnaire de C. _____ SA en liquidation à hauteur de 50 % du capital-actions et qu'ordre soit donné à l'office de procéder au versement de l'intégralité de l'excédent de liquidation en sa faveur.

Par arrêt du 9 avril 2021, définitif et exécutoire, la Chambre des poursuites et faillites du Tribunal cantonal de l'État de Fribourg (ci-après: chambre) a admis la plainte. Elle a retenu qu'on pouvait certes admettre que B. _____ AG s'était conformée à son obligation d'annoncer, à tout le moins au 13 septembre 2018, date à laquelle elle avait annoncé à l'office qu'elle détenait 50% des actions au porteur de C. _____ SA en liquidation, mais que, en revanche, les informations qu'elle avait fournies à l'office pour respecter son obligation de renseigner étaient lacunaires. Toutefois, elle a jugé que l'obligation de tenir la liste prévue à l'art. 697I CO n'existait pas au moment de la dissolution de la société C. _____ SA en liquidation, si bien que son absence ne saurait lui être imputée à faute. Elle a dès lors considéré que, en l'état actuel des choses, la seule façon d'établir qui étaient les actionnaires de C. _____ SA en liquidation était d'exiger d'eux la production des actions originales ou d'une copie certifiée conforme de ces dernières. Elle a donc renvoyé la cause à l'office afin qu'il invite les actionnaires de C. _____ SA en liquidation à se légitimer au moyen de la production des actions originales ou d'une copie certifiée conforme de ces dernières et, cas échéant, d'un document attestant de la validité de la transmission des actions conformément à la convention d'actionnaires du 9 mai 2006, à défaut de quoi l'office serait autorisé à procéder à la consignation de l'excédent de liquidation, conformément aux art. 24 LP et 18 OAOF.

A.e.c. Le 29 avril 2021, l'office a adressé un courrier en ce sens à B. _____ AG et A. _____ SA, leur impartissant un délai de 20 jours pour produire les documents précités. Celles-ci ont, tour à tour, donné suite à cette demande par courriers des 18 et 20 mai 2021.

B.

B.a.

B.a.a. Par décision du 28 mai 2021, l'office a considéré que A. _____ SA et B. _____ AG lui avaient transmis leur certification d'actions au porteur de C. _____ SA et que B. _____ AG lui avait aussi transmis les copies de ses déclarations d'impôts pour les années 2016 à 2019, ainsi que ses bilans et comptes de pertes et profits audités concernant les exercices comptables 2018 et 2019. Sur la base de ces documents, il a retenu que les actionnaires de C. _____ SA en liquidation étaient A. _____ SA et B. _____ AG.

L'office a alors établi un nouveau décompte de répartition de l'excédent de liquidation dont il ressortait qu'au final A. _____ SA devait s'acquitter avec effet immédiat d'une somme de 7'147 fr. 68 sur le compte de l'office et que, après versement de ce solde, un montant de 1'666'986 fr. 14 pourrait être remis à B. _____ AG. L'office a ajouté qu'il demeurerait toutefois en suspens l'éventuel impôt anticipé à prélever sur cet excédent en faveur de l'Administration fédérale des contributions et qu'il allait interpellier ce service afin de déterminer si des prêts ou dividendes anticipés de 1'245'187 fr. 50 versés en faveur de D. _____ AG et de A. _____ SA de 3'647'903 fr. 38 étaient soumis au paiement de l'impôt anticipé, de sorte qu'il pourrait procéder au versement de l'excédent à qui de droit après la détermination des éléments précités.

B.a.b. Par courriel du 2 juin 2021 adressé au Préposé de l'office (ci-après: préposé), le conseil de A. _____ SA a sollicité que l'ensemble des pièces produites le 18 mai 2021 par B. _____ AG lui soient transmises électroniquement par retour de courriel.

Par courriel de réponse du 4 juin 2021, le préposé a rappelé que B. _____ AG avait produit une certification d'actions au porteur originale, des copies de ses déclarations d'impôts des années 2016 à 2019, et ses bilans de pertes et profits audités des exercices comptables 2018 et 2019. Il a ensuite refusé de transmettre une copie des pièces en question par courriel, mais a informé le conseil de A. _____ SA qu'il

avait néanmoins la possibilité de les consulter dans les locaux de l'office sur rendez-vous pris préalablement.

B.b.

B.b.a. Par mémoire du 10 juin 2021, A. _____ SA a formé une plainte contre la décision de l'office du 28 mai 2021 auprès de la chambre. Préalablement au fond, elle a conclu à ce qu'ordre soit donné à l'office de lui transmettre une copie de l'ensemble des pièces transmises par " les cités " (c'est-à-dire " B. _____ AG/D. _____ AG et/ou Monsieur E. _____ "), dont l'office avait fait mention dans son courrier du 28 mai 2021, respectivement qu'il soit ordonné à D. _____ AG de produire une copie certifiée de ses bilans audités pour les exercices 2014 à 2017, montrant sa participation dans la société C. _____ SA en liquidation, à ce que, cela fait, un bref délai soit fixé aux parties pour se déterminer après avoir pris connaissance de l'ensemble des pièces précitées, et, enfin, à ce qu'interdiction soit faite à l'office de procéder à une quelconque distribution de l'excédent de liquidation jusqu'à droit connu sur le respect du droit de préemption figurant dans la convention d'actionnaires du 9 mai 2006. Au fond, la plaignante a conclu à l'annulation de la mesure attaquée, avec suite de frais et dépens, toute autre ou conclusion contraire devant être rejetée.

B.b.b. Par arrêt du 9 août 2021, la chambre a rejeté la plainte, dans la mesure où elle était recevable, et confirmé la mesure rendue le 28 mai 2021 par l'office.

C.

Par acte posté le 20 août 2021, A. _____ SA interjette un recours en matière civile contre cet arrêt. Elle conclut préalablement à ce qu'il soit ordonné à l'office de verser à la procédure les copies des pièces transmises par B. _____ AG, dont l'office a fait mention dans son " courrier/décision du 28 mai 2021 ", et de demander la production par D. _____ AG de ses bilans et comptes révisés des exercices de 2014 à 2017, montrant à son actif la détention des actions de C. _____ SA et la comptabilisation de la cession desdites actions à B. _____ AG au prix de 50'000 fr., puis, cela fait, à ce qu'un bref délai lui soit fixé pour se déterminer après avoir pris connaissance des pièces susvisées. Au fond, elle conclut à la réforme de l'arrêt attaqué, en ce sens que la décision du 28 mai 2021 de l'office est annulée et à ce qu'ordre soit donné à dit office de ne procéder à la distribution du bénéfice de liquidation que sur le compte de la caisse de dépôts et consignations prévue par la loi. En substance, elle se plaint de la violation de l'art. 8a LP en ce qu'il garantit son droit d'être entendu, d'arbitraire (art. 9 Cst.) dans l'établissement des faits et de la violation des art. 697j, 697l et 697m CO.

Invités à répondre, l'autorité de surveillance et l'office ont renoncé à présenter des observations. Quant à B. _____ AG, elle a, par acte posté le 25 novembre 2021, conclu au rejet du recours. La recourante et B. _____ AG ont maintenu leurs conclusions dans l'échange d'écritures qui a suivi.

D.

Par ordonnance du 10 septembre 2021, la requête d'effet suspensif assortissant le recours, traitée en tant que requête de mesures provisionnelles, a été admise aux fins de maintenir les choses en l'état, en l'occurrence de suspendre la répartition de l'excédent de liquidation jusqu'à droit jugé sur le présent recours.

Considérant en droit :

1.

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

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

2.

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

violation de droits fondamentaux que si un tel grief a été expressément invoqué et motivé de façon claire et détaillée par le recourant (" principe d'allégation ", art. 106 al. 2 LTF; **ATF 142 II 369** consid. 2.1; **142 III 364** consid. 2.4).

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

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

3.

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

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

4.

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

5.

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

5.1.

5.1.1. Selon l'art. 731b al. 1 CO, lorsque l'organisation d'une société anonyme présente certaines carences, un actionnaire ou un créancier peut requérir du tribunal de prendre les mesures nécessaires.

Le tribunal peut notamment prononcer la dissolution de la société et ordonner sa liquidation selon les dispositions applicables à la faillite (art. 731b al. 1bis ch. 3 CO). L'ordonnance de dissolution fondée sur l'art. 731b al. 1bis ch. 3 CO donne ainsi en principe lieu à une procédure ordinaire de faillite. Toutefois, la procédure de faillite ne se déroule pas en raison d'une faillite, mais bien en exécution d'une décision judiciaire de dissolution. L'art. 731b CO ne consacre pas un nouveau cas de faillite (arrêt 5A_235/2007 du 14 novembre 2007 consid. 4.3; cf. aussi LORANDI, Konkursverfahren über Handelsgesellschaften ohne Konkursöffnung - Gedanken zu Art. 731b OR, in PJA 2008 p. 1378 ss [1381 s.; cité: PJA 2008]; SCHÖNBÄCHLER, Die Organisationsklage nach Art. 731b OR, 2013, p. 267 ss). Il n'y a ainsi pas de

déclaration de faillite, prononcée par le juge de la faillite, qui pourrait notamment être révoquée en application de l'art. 195 LP (**ATF 141 III 43** consid. 2.3.2; cf. aussi LORANDI, Konkursverfahren über Handelsgesellschaften zufolge Organisationsmangel (Art. 731b OR), *in* BLSchK 2012 p. 41 ss [p. 48 ss]; SCHÖNBÄCHLER, *op. cit.*, p. 280). La décision de dissolution est seulement assimilable fonctionnellement à un prononcé de faillite (CHENAUX/HÄNNI, Carence dans l'organisation de la société: étude des aspects matériels et procéduraux de l'art. 731b CO, *in* JdT II 2013, p. 97 ss [p. 112]; LORANDI, PJA 2008, p. 1386 et 1389; SCHÖNBÄCHLER, *op. cit.*, p. 271).

Le but poursuivi par le législateur est un système organisé dans lequel la société est liquidée sous le contrôle de l'autorité étatique, sans toutefois appliquer toutes les dispositions de la LP car la justification de celles-ci réside principalement dans le fait que la société est surendettée ou insolvable (causes ordinaires de la faillite). Or, ces circonstances ne sont pas nécessairement réalisées dans les hypothèses visées par l'art. 731b CO (PETER/CAVADINI-BIRCHLER, Art. 731b CO: Un état des lieux, *in* Mélanges à la mémoire de Bernard Corboz, 2019, p. 197 ss [p. 211 n° 43]). Les règles de la faillite ne s'appliquent dès lors que par analogie (**ATF 141 III 43** consid. 2.5.1; Message concernant la révision du code des obligations (Droit de la société à responsabilité limitée; adaptation des droits de la société anonyme, de la société coopérative, du registre du commerce et des raisons de commerce) du 19 décembre 2001, FF 2001 p. 2949 ss, n° 2.2.3 ad art. 731b (nouveau); LORANDI, PJA 2008, p. 1390; la question de savoir si seuls les art. 221 ss LP s'appliquent est controversée, sans qu'il y ait lieu de la trancher: cf. à ce sujet SCHÖNBÄCHLER, *op. cit.*, p. 286 ss). Les organes de direction et d'administration de la société qui présentent une carence organisationnelle ne doivent en effet pas pouvoir se voir conférer la qualité de liquidateurs, pour des motifs tendant à la protection des créanciers. Etant donné qu'on ne saurait toutefois exiger d'un office des faillites qu'il se substitue intégralement aux organes, le législateur a renvoyé aux règles de la LP, qui prévoit une procédure de liquidation expéditive (HARI, Carences dans l'organisation d'une société (art. 731b CO) et liquidation forcée en application des règles du droit de la faillite, *in* GesKR 2015 p. 272 ss [274 s.]).

5.1.2. L'office des faillites est compétent pour mettre en oeuvre la procédure de faillite, sous la surveillance de l'autorité de surveillance (CHENAUX/HÄNNI, *op. cit.*, p. 113; HARI, *op. cit.*, 275; PETER/CAVADINI, *in* Commentaire romand, CO II, 2ème éd., 2017, n° 24 ad art. 731b CO; SCHÖNBÄCHLER, *op. cit.*, p. 263, 278 ss et 283 s.). Cette compétence résulte du fait que les règles sur la faillite sont applicables par analogie et que, selon la LP, la procédure de la faillite est conduite par l'office des faillites (art. 221 ss LP). Lorsque la faillite est mise en oeuvre selon la procédure ordinaire de faillite, les créanciers peuvent aussi nommer une administration spéciale de la faillite et/ou une commission de surveillance (art. 237 et 253 LP; BERGER/RÜETSCHI/ZIHLER, Die Behebung von Organisationsmängeln - handelsregisterrechtliche und zivilprozessuale Aspekte, *in* Reprax 2012/1 p. 1 ss [20]; LORANDI, PJA 2008, p. 1390; SCHÖNBÄCHLER, *op. cit.*, p. 284; cf. toutefois: PETER/CAVADINI-BIRCHLER, *op. cit.*, p. 211). Bien qu'il ait prononcé la dissolution de la société, il n'y a pas d'attraction de compétence à l'endroit du juge civil. Le juge de la faillite reste compétent pour toute décision au cours de la procédure de faillite que lui attribue la loi, sauf la révocation de la faillite étant donné que celle-ci n'a jamais été ouverte. C'est notamment à lui qu'il revient de prononcer la clôture après avoir constaté que la liquidation est terminée (art. 268 al. 2 LP; LORANDI, PJA 2008, p. 1390; SCHÖNBÄCHLER, *op. cit.*, p. 284 s.; d'un autre avis: PETER/CAVADINI-BIRCHLER, *op. cit.*, p. 212, qui estime que " le liquidateur " doit établir un rapport final et le soumettre au juge civil qui prononcera la clôture de la liquidation). L'office publie la clôture (art. 268 al. 1 LP).

5.1.3. Si la procédure de liquidation se solde par un excédent d'actifs, l'office doit utiliser celui-ci pour couvrir les intérêts des créances des créanciers colloqués qui ont couru depuis le début de la procédure (**ATF 129 III 559** consid. 3.3; arrêt 5A_324/2015 du 21 août 2015 consid. 4.2.2 et les références, publié *in* SJ 2016 I p. 13; LORANDI, Organisationsmängel von Gesellschaften mit tückischen Folgen - Kleine Ursache mit grosser Wirkung, *in* ECS 2009 p. 89 ss [p. 90; cité: Organisationsmängel]; IDEM, PJA 2008, p. 1392; SCHÖNBÄCHLER, *op. cit.*, p. 294 s.). S'il existe encore un excédent, celui-ci doit, comme pour toute autre faillite, être restitué au débiteur, soit aux organes de la société, qui récupèrent le droit de disposer de ce patrimoine. Sauf disposition contraire des statuts, l'excédent doit être réparti entre les associés (actionnaires ou autres selon le type d'entité concernée et de titres émis). Cette compétence incombe aux organes au terme de la procédure de faillite, et non à l'office des faillites, faute de base légale (CHENAUX/HÄNNI, *op. cit.*, p. 113; LORANDI, Organisationsmängel, p. 90; IDEM, PJA 2008, p. 1393; PETER/CAVADINI-BIRCHLER, *op. cit.*, p. 212; IDEM, *op. cit.*, n° 26 ad art. 731b CO; SCHÖNBÄCHLER, *op. cit.*, p. 295). A défaut d'organes, l'office doit consigner l'excédent à la caisse des dépôts et consignations (art. 9, 24 et 264 al. 3 LP par analogie; sur cette obligation en général, cf. **ATF 142 III 425** consid. 3.1).

5.2. En l'espèce, il n'appartenait pas à l'office de répartir l'excédent de liquidation entre les actionnaires de la société dissoute, et encore moins d'instruire les faits et de statuer sur la composition de l'actionnariat. L'office devait remettre cet excédent à l'organe compétent pour procéder à la répartition ou, à défaut, consigner cet excédent à la caisse des dépôts et consignations. En omettant d'ordonner à l'office d'agir ainsi, l'autorité de surveillance a violé les règles sur la faillite, ce qui a mené à une prolongation de la procédure. L'état de fait de l'arrêt attaqué ne permettant d'établir ni l'existence ni la compétence d'un organe à qui l'excédent peut être remis - dès lors notamment qu'on ignore la carence ayant donné lieu à la dissolution -, il revient de renvoyer la cause à l'autorité de surveillance à cette fin. Il suit de là que le recours doit être admis sur cette conclusion. Les autres griefs de la recourante, de même que la réponse à ceux-ci de la société participante à la procédure, sont pour le reste sans objet. En

particulier, le grief de la violation de l'art. 8a LP est sans pertinence, étant donné que l'office n'avait aucune instruction à mener en la matière.

6.

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

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce :

1.

Le recours est admis. L'arrêt attaqué est annulé et la cause renvoyée à l'autorité de surveillance pour instruction et nouvelle décision au sens des considérants,

2.

Les frais judiciaires, arrêtés à 1'500 fr., sont mis à la charge de B. _____ AG.

3.

Une indemnité de 2'500 fr., à payer à la recourante à titre de dépens, est mise solidairement à la charge de B. _____ AG et de l'État de Fribourg.

4.

Le présent arrêt est communiqué à la recourante, à l'Office cantonal des faillites de l'Etat de Fribourg, à la Chambre des poursuites et faillites du Tribunal cantonal de l'Etat de Fribourg et à B. _____ AG.

Lausanne, le 28 janvier 2022

Au nom de la IIe Cour de droit civil
du Tribunal fédéral suisse

Le Président : Herrmann

La Greffière : Ahtari