

VOLUME **214** JUIN 2022

Varia en droit de l'insolvabilité

Sous la direction de
Frédéric Georges et **Florence George**

CUP

Commission Université-Palais
Université de Liège



l'excusabilité et qu'ils réclament quand même des sommes au débiteur après la liquidation de la faillite».

La Cour épingle par ailleurs les différentes baisses du régime à savoir les conditions de malheur et de bonne foi issues de l'article 80, alinéa 2, de la L.F., la possibilité pour le tribunal de refuser l'excusabilité en cas de « circonstances graves spécialement motivées », la tierce-opposition ouverte aux créanciers contre le jugement d'excusabilité ainsi que l'absence d'extinction à proprement parler de la dette du failli.

35. Conclusions. Le nombre d'arrêts rendus tant sous l'empire de la loi du 8 août 1997 que du Code de droit économique démontre toute la richesse et le caractère évolutif de notre droit de l'insolvabilité. La nécessité d'adapter et faire évoluer ce dernier au gré des besoins de la pratique est en effet primordial. La crise sanitaire l'a encore clairement démontré. Le législateur ne cesse de remettre l'ouvrage sur le métier.

Il convient toutefois, comme le disait Montesquieu, de ne toucher aux lois que d'une main tremblante. Les nombreux projets de réforme à l'examen et les délais assignés pour leur adoption demeurent inquiétants. Puisse les rédacteurs des nombreux projets de réforme en cours y prêter une oreille attentive.

4

LA DISSOLUTION ET LA LIQUIDATION DÉFICITAIRE DES SOCIÉTÉS

Roman AYDOGDU

professeur à l'ULiège

maître de conférences à l'ULB.

avocat au barreau de Liège-Huy

Philippe MOINEAU

assistant à l'ULiège

avocat au barreau de Liège-Huy

Nicolas BRESSAUX

assistant à l'ULiège

avocat au barreau de Liège-Huy

Sommaire

Section 1	
Le régime de la dissolution et de la liquidation des sociétés dans le Code des sociétés et des associations	174
Section 2	
La faillite sur indices des sociétés en liquidation déficitaire	187
Section 3	
La dissolution judiciaire comme alternative à la faillite	206

1. Le régime légal de la dissolution et de la liquidation des sociétés¹ dotées de la personnalité juridique a connu une évolution paradoxale ces quinze dernières années : d'une part, il a été une des principales terres d'élection de l'intervention législative en droit des sociétés, de nombreuses réformes s'étant succédé pour multiplier les causes de dissolution judiciaire et accroître le contrôle judiciaire des liquidations ; d'autre part, les fondamentaux de la dissolution et de la liquidation sont restés stables et, avec eux, de zones d'ombre et de débats².

Nous consacrerons la présente contribution aux trois évolutions majeures intervenues ou en germe ces trois dernières années :

- le nouveau régime de la dissolution et de la liquidation des sociétés adopté lors de la réforme du droit des sociétés en 2019 (section 1) ;
- le bouleversement opéré en 2020 par la Cour de cassation dans la détermination des conditions de déclaration de faillite des sociétés en liquidation déficitaire (section 2) ;
- les initiatives législatives actuelles en vue de substituer la dissolution judiciaire à la faillite des sociétés sans actif (section 3).

Section 1

Le régime de la dissolution et de la liquidation des sociétés dans le Code des sociétés et des associations

2. Le projet de loi de réforme du droit des groupements³ poursuivait, pour l'essentiel, trois objectifs en matière de dissolution et de liquidation des sociétés⁴⁵ :

- réduire le nombre de dossiers traités par le tribunal de l'entreprise, en assouplissant le régime des liquidations non déficitaires et (ii) en élargissant le champ d'application de la procédure de la dissolution et de la clôture de la liquidation en un seul acte ;

1 Nous n'analyserons pas de manière systématique la dissolution/liquidation des groupements sans but lucratif (A.S.B.L., A.I.S.B.L. et fondations) ; la convergence de leurs régimes, tant en droit des groupements (à l'occasion de l'adoption du Code des sociétés et des associations) qu'en droit des entreprises en difficulté (à l'occasion de l'adoption du livre XX du Code de droit économique) autorise toutefois à indiquer, d'une manière générale, que les développements s'appliquent très largement aux groupements sans but lucratif.

2 Voy. R. ARNOGOU, « Actualités en matière de liquidation (déficitaire) », in N. THIRON (dir.), *Réorganisation judiciaire, faillite, liquidation déficitaire*, coll. CUP, vol. 120, Liège, Anthémis, 2010, pp. 7 et s.

3 Projet de loi introduisant le Code des sociétés et des associations et des dispositions diverses, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2017-2018, n° 54-3119/001 et 3119/002 ; sur les dispositions de ce projet en matière de dissolution et de liquidation, voy. E. DE BRIE, « Ontbinding en vereffening anno 2018 : soepel en rechszekeer », in *Le projet de Code des sociétés et associations*, Bruxelles, Larcier, 2018, pp. 345 et s.

4 *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2017-2018, n° 54-3119/001, p. 85.

5 Le nouveau régime pour les groupements sans but lucratif a fait l'objet d'une étude par J.-Ph. LEBEAU et D. GOR, « La dissolution et la liquidation des personnes morales », *R.D.C. - T.B.H.*, 2018, pp. 1153-1180.

- supprimer un certain nombre de lacunes ou imprécisions d'ordre technique ;
- apporter une solution à quelques questions fondamentales au sujet desquelles le législateur ne s'était pas prononcé jusqu'alors.

Les travaux parlementaires ont toutefois fait émerger des amendements⁶ qui ont considérablement amplifié la portée de la réforme, sur deux plans :

- le régime de la liquidation qui suit la dissolution judiciaire des sociétés « dormantes », institué par la loi du 17 mai 2017⁷, a été substantiellement simplifié et aligné sur le droit commun ;
- l'architecture du droit de la liquidation a été entièrement redessinée, dans un souci de logique et de cohérence qui n'avait jamais animé, jusqu'alors, les interventions ponctuelles antérieures, qui s'étaient sédimentées pour former un corpus manifestement dépourvu d'une vue d'ensemble.

Alors que le régime de la dissolution et de la liquidation des sociétés n'était pas au cœur de la réforme du droit des sociétés, avec ses objectifs de simplification et de flexibilité, il en sort peut-être, finalement, comme l'une des matières du Code des sociétés et des associations (« C.S.A. ») où le *Professorenecht*⁸ aura produit ses effets les plus vertueux.

Différentes études d'ensemble ont été consacrées à la réforme, auxquelles nous renvoyons le lecteur⁹.

Nous synthétisons ici le nouveau régime de la dissolution (A) et de la liquidation (B).

A. Le nouveau régime de la dissolution des sociétés

3. Par l'introduction d'un livre 2 commun à l'ensemble des personnes morales, le législateur a adopté une série de dispositions générales¹⁰ modernisées, qui clarifie le régime de dissolution des sociétés sans pour autant le modifier en profondeur.

L'article 2:70, alinéa 1^{er}, du C.S.A. conserve le triptyque suivant : dissolution volontaire (1), dissolution de plein droit (2) et dissolution judiciaire (3).

6 Voy. l'amendement n° 6 (*Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2017-2018, n° 54-3119/004, pp. 8-10) et les amendements n° 167 à 200 (*Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2017-2018, n° 54-3119/008, pp. 2-53).

7 Loi du 17 mai 2017 modifiant diverses lois en vue de compléter la procédure de dissolution judiciaire des sociétés, *M.B.*, 12 juin 2017.

8 Voy. N. THIRON, « Fait-il imaginer Sisyphe heureux ? », *J.T.*, 2018, p. 825.

9 Voy. not., outre l'étude précitée de Jean-Philippe Lebeau et Déborah Gol, R. ARNOGOU, « Le nouveau régime de dissolution et de liquidation des sociétés », in *Le nouveau droit des sociétés et des associations*, Limal, Anthémis, 2019, pp. 453-487.

10 La spécificité de chaque société est prise en compte par des dispositions propres dans les livres qui leur sont individuellement consacrés.

1. Dissolution volontaire

4. La dissolution volontaire est définie comme celle décidée par l'assemblée générale de la société (art. 2:70, al. 1^{er}, 1^o, C.S.A.).

5. La dissolution volontaire des S.R.L., S.C. et S.A. est décidée par l'assemblée générale moyennant le respect des formalités et des conditions de *quorum* et de majorité prévues par le C.S.A. (art. 2:71, § 1^{er}, C.S.A.).

À cet égard, il n'existe plus, dans le cadre de la nouvelle réglementation de la procédure de sonnette d'alarme prévue par le C.S.A. (art. 5:153, 6:119 et 7:228 C.S.A.), de possibilité de décider la dissolution avec le quart des voix émises à l'assemblée générale, ce qui était prévu dans le Code des sociétés aux articles 332, 431 et 633.

6. Inspiré par l'article 181, § 1^{er}, alinéa 2, du Code des sociétés, l'article 2:71, § 2, alinéa 1^{er}, du C.S.A. prévoit pour les S.R.L., S.C. et S.A. qu'un état résumant la situation active et passive de la société doit être joint au rapport de l'organe d'administration justifiant la proposition de dissolution.

Le § 2, alinéa 2, du même article ajoute que l'état doit être clôturé à une date ne remontant pas à plus de trois mois avant l'assemblée générale appelée à se prononcer sur la proposition de dissolution. Ce faisant, le législateur tranche le débat antérieur relatif à la date à partir de laquelle le délai de trois mois devait être calculé¹¹.

2. Dissolution de plein droit

7. L'article 2:72 du C.S.A. prévoit que les sociétés sont dissoutes de plein droit (i) à l'expiration du terme pour lequel elles ont été conclues ou (ii) par l'effet d'une condition résolutoire expresse prévue dans les statuts.

Sauf disposition statutaire contraire, les S.R.L., S.C. et S.A. sont constituées pour une durée indéterminée; lorsque la durée est déterminée, l'assemblée générale peut décider, dans les formes prescrites pour la modification des statuts, la prorogation pour une durée déterminée ou indéterminée (art. 5:157, al. 1^{er} et 2; 6:125, al. 1^{er} et 2; 7:230, al. 1^{er} et 2, C.S.A.).

3. Dissolution judiciaire

a) Les causes de dissolution judiciaire applicables à toutes les sociétés

8. Les sociétés peuvent être dissoutes judiciairement (i) pour cause de justes motifs (art. 2:73 C.S.A.), (ii) pour cause de non-dépôt des comptes annuels (art. 2:74, § 1^{er}, C.S.A.) et (iii) pour les causes introduites par la loi du 17 mai 2017 (art. 2:74, § 2, C.S.A.).

¹¹ M. LEMAL, *Manuel de la liquidation des sociétés commerciales*, Waterloo, Kluwer, 2013, n° 171, pp. 121-122.

9. La dissolution pour justes motifs connaît deux évolutions notables. D'une part, elle ressortit désormais au président du tribunal de l'entreprise du siège de la société, siégeant comme en référé (art. 2:73, al. 1^{er}, C.S.A.)¹². D'autre part, l'article 2:73, alinéa 1^{er}, du C.S.A. réserve l'action aux actionnaires, à l'exclusion de tiers intéressés, le débat qui persistait sur ce point étant ainsi tranché¹³.

10. Le C.S.A. ne modifie en rien le régime de la dissolution judiciaire pour non-dépôt des comptes annuels et les autres causes de dissolution introduites par la loi du 17 mai 2017. En revanche, les dispositions spécifiques qui régissaient, depuis la loi du 17 mai 2017, la liquidation qui suit une telle dissolution judiciaire sont abrogées, en vue d'aligner cette liquidation sur le droit commun¹⁴.

b) Les causes de dissolution judiciaire applicables à certaines sociétés

11. Outre ces causes générales de dissolution judiciaire, la réglementation propre à certaines formes de sociétés prévoit des causes complémentaires de dissolution.

Si l'action en dissolution pour perte du capital social est maintenue pour les S.A. à l'article 7:229 du C.S.A., cette action disparaît pour les S.R.L. et S.C., dans le sillage de la suppression du capital¹⁵.

Par ailleurs, le C.S.A. règle désormais la problématique de la diminution du nombre d'actionnaires en dessous de trois pour les S.C., la solution étant auparavant controversée¹⁶. L'article 6:126 du C.S.A. dispose que si au cours de son existence, une S.C. compte moins de trois actionnaires, tout intéressé peut en demander la dissolution devant le tribunal de l'entreprise du siège de la société; le tribunal peut toutefois accorder à la société un délai pour régulariser la situation en prenant une autre forme légale ou en ramenant à nouveau le nombre d'actionnaires à trois.

Enfin, la dissolution judiciaire apparaît comme gardienne des nouvelles frontières du droit des groupements. À titre d'exemple, le tribunal de l'entreprise peut prononcer la dissolution d'une S.C. qui ne répond pas à la nouvelle

¹² Cette modification doit permettre à l'action en dissolution, étroitement liée aux actions en exclusion et en retrait, à l'égard desquelles elle est subsidiaire, d'être introduite devant le même juge que celles-ci, dans un souci d'efficacité et d'économie de procédure (R. AYDOGDU, « Le nouveau régime de dissolution et de liquidation des sociétés », *op. cit.*, p. 458).

¹³ Voy. R. AYDOGDU, « Dissolution », in X. DIEUX *et al.*, « Examen de jurisprudence (2010-2013) – Les sociétés commerciales (deuxième partie) », R.C.J.B., 2016/2, n° 117, pp. 338-339.

¹⁴ R. AYDOGDU, « Le nouveau régime de dissolution et de liquidation des sociétés », *op. cit.*, p. 458.

¹⁵ Rapport de la première lecture fait au nom de la Commission de droit commercial et économique par Olivier Henry et Leen Dierick, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2018-2019, n° 54-3119/011, p. 47.

¹⁶ Voy. notamment R. AYDOGDU et O. CAFRASSE, *Les conflits entre actionnaires*, Bruxelles, Larcier, 2010, n° 143, pp. 81-82.

spécialité que l'article 6:1 du C.S.A. assigne à cette société, après lui avoir laissé, le cas échéant, un délai en vue de régulariser sa situation¹⁷.

c) Dispositions procédurales applicables à toutes les dissolutions judiciaires

12. L'article 2:75 du C.S.A. porte diverses dispositions procédurales, applicables à toutes les causes de dissolution judiciaire¹⁸.

Le jugement prononçant la dissolution judiciaire d'une société est susceptible d'opposition par la partie défaillante, malgré la récente modification de l'article 1047 du Code judiciaire par la loi du 6 juillet 2017.

L'opposition n'est recevable que si elle est formée dans le mois de la publication de la dissolution judiciaire au *Moniteur belge*. Le délai pour former appel belge par le greffe de la dissolution judiciaire.

L'appel, l'opposition ou la tierce opposition dirigés contre le jugement prononçant la dissolution judiciaire ou refusant de la déclarer sont instruits avec célérité. Si le jugement entrepris a désigné un liquidateur, celui-ci doit être appelé à la cause avant la clôture des débats à la demande de la partie la plus diligente¹⁹, et l'affaire est fixée pour être plaidée dans le mois de la demande de fixation.

B. Le nouveau régime de la liquidation des sociétés

13. Le régime de la liquidation a fait l'objet d'une réforme plus profonde que la dissolution, qui peut être présentée en s'inspirant de l'architecture, complètement redessinée, du texte légal : les dispositions communes à toutes les liquidations, avec ou sans liquidateur (1), la liquidation sans liquidateur (2), la liquidation avec liquidateur (3), la clôture de la liquidation, avec ou sans liquidateur (4), et la réouverture de la liquidation, avec ou sans liquidateur (5).

1. Dispositions communes à toutes les liquidations, avec ou sans liquidateur

14. Le C.S.A. conserve, à l'identique, des règles générales applicables à toutes les liquidations reprises aux articles 2:76 et suivants²⁰.

¹⁷ Pour d'autres exemples, voy. art. 8:6 et 8:7 C.S.A.

¹⁸ Voy. J.-Ph. LEBEAU et D. GOR, «La dissolution et la liquidation des personnes morales», *op. cit.*, n° 16 et 17, p. 1158.

¹⁹ Le C.S.A. tranche ainsi une vive controverse sous l'empire du Code des sociétés, en prenant parti pour la solution inverse à celle retenue par la Cour de cassation dans un arrêt du 2 septembre 2011 (R. AVDOCOU, «Dissolution», *op. cit.*, n° 124, pp. 344-345).

²⁰ Parmi celles-ci, le maintien de la personnalité juridique pour les besoins de la liquidation jusqu'à la clôture de celle-ci (art. 2:76, al. 1^{er}, C.S.A.), la mention de la liquidation sur toutes les pièces émanant de

15. En son article 2:79, le C.S.A. envisage la situation où aucun liquidateur n'est nommé par l'assemblée générale ou désigné par le tribunal.

Que l'absence de nomination ou désignation soit régulière (pour les liquidations sans liquidateur – *infra*, 2) ou irrégulière (pour les liquidations avec liquidateur – *infra*, 3), le C.S.A. prévoit que les administrateurs des S.R.L., S.C. et S.A. seront, à l'égard des tiers, considérés comme liquidateurs de plein droit.

En tant que liquidateurs de plein droit, ceux-ci ne disposent pas des pouvoirs que la loi et les statuts accordent *en ce qui concerne les opérations de liquidation* au liquidateur nommé dans les statuts, par l'assemblée générale, ou désigné par le tribunal (art. 2:79 C.S.A.). Toutefois, dans le prolongement du droit antérieur²¹, les travaux préparatoires reconnaissent que les liquidateurs de plein droit ont néanmoins une série de compétences. Par exemple, ils peuvent convoquer l'assemblée générale après la dissolution (de plein droit), contester une décision judiciaire de refus de confirmation ou d'homologation de liquidateurs nommés ou encore former opposition à une dissolution judiciaire avec clôture immédiate de la liquidation.

2. La liquidation sans liquidateur

16. Le C.S.A. réglemente deux hypothèses dans lesquelles la liquidation intervient *régulièrement* sans liquidateur : la dissolution et la clôture de la liquidation en un seul acte (a) et la dissolution judiciaire avec clôture immédiate de la liquidation (b).

17. En l'absence de liquidateur, la liquidation doit, pour être régulière, être clôturée immédiatement après la dissolution. Malgré cette exigence, la liquidation sans liquidateur reste bel et bien une liquidation à part entière soumise aux dispositions générales applicables à toutes les liquidations (*supra*, 1, et *infra*, 4 et 5).

a) La dissolution et la clôture de la liquidation en un seul acte

18. L'article 2:80 du C.S.A. régit la dissolution et la clôture de la liquidation en un seul acte.

Son champ d'application a été élargi, en vue de réduire le nombre de dossiers traités par le tribunal de l'entreprise et les coûts pour les justiciables²². En contrepartie de cette extension, le C.S.A. prévoit une responsabilité aggravée des actionnaires de S.R.L., S.C. et S.A. en cas de passifs oubliés (voy. n° 37) ainsi que la possibilité d'une réouverture de la liquidation (voy. n° 38).

la société (art. 2:76, al. 2, C.S.A.), l'interdiction pour la société de modifier sa dénomination (art. 2:77 C.S.A.) ou encore l'homologation requise en cas de transfert du siège social (art. 2:78 C.S.A.).

²¹ R. AVDOCOU, «Actualités en matière de liquidation (déficiente)», *op. cit.*, n° 33-34, p. 22.

²² Amendements, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2017-2018, n° 54-3119/008, p. 4.

19. Sous l'empire du Code des sociétés, l'article 184, § 5, alinéa 1^{er}, 2^o, imposait que toutes les dettes à l'égard des tiers aient été remboursées ou que les sommes nécessaires à leur paiement aient été consignées pour que la dissolution et la clôture de la liquidation aient lieu en un seul acte.

À présent, l'article 2:80, alinéa 1^{er}, 2^o, du C.S.A. énonce que le remboursement ou la consignation n'est plus requis, à la triple condition que (i) les créances figurent dans l'état résumant la situation active et passive visé à l'article 2:71, § 2, alinéa 2, du C.S.A., que (ii) les créanciers aient confirmé par écrit leur accord sur l'application de cet article et que (iii) la personne chargée de rédiger le rapport conformément à l'article 2:71, § 2, alinéa 3, du C.S.A. confirme l'existence de cet accord écrit dans les conclusions de son rapport.

La dissolution et la clôture de la liquidation en un seul acte peuvent donc désormais être appliquées à des liquidations déficitaires, ce qui n'était pas autorisé (du moins à l'égard des créanciers autres que les actionnaires) par le régime légal antérieur²³.

b) La dissolution judiciaire avec clôture immédiate de la liquidation

20. L'article 2:81 du C.S.A. prévoit que si le tribunal ne désigne pas de liquidateur en cas de dissolution judiciaire (sur quelque cause qu'elle se fonde), il prononce la dissolution et la clôture immédiate de la liquidation.

Toutefois, il n'est pas rare qu'en l'absence de précisions sur la situation patrimoniale de la société dont la dissolution est requise, le tribunal de l'entreprise désigne, par précaution, un liquidateur²⁴.

À l'avenir, le tribunal de l'entreprise sera plus enclin à prononcer la dissolution, dans la mesure où le nouveau régime de responsabilité aggravée des actionnaires de S.R.L., S.C. et S.A. (voy. n° 37) couplé à l'éventuelle réouverture de la liquidation (voy. n° 38), garantissent de façon équilibrée le droit des créanciers²⁵⁻²⁶.

3. La liquidation avec liquidateur

21. Hors les cas de clôture immédiate de la liquidation (*supra*, 2), la société est liquidée par un liquidateur (art. 2:82, al. 1^{er}, C.S.A.).

Indépendamment du mode de dissolution qui précède la liquidation, celle-ci suit un régime uniforme mis en place par le C.S.A., ordonné de manière cohérente autour des thématiques suivantes : la nomination des liquidateurs (a),

²³ R. AYOUBU, « Le nouveau régime de dissolution et de liquidation des sociétés », *op. cit.*, pp. 463 et 464.
²⁴ *Ibid.*, pp. 465 et 466.

²⁵ *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2017-2018, n° 54-3119/008, p. 44.

²⁶ Notons, à cet égard, que la dissolution judiciaire (et en particulier celle avec clôture immédiate de la liquidation) pourrait, dans un futur proche, être considérée comme une alternative à la faillite pour certaines sociétés ; voy. section 3, n° 74 et s.

les pouvoirs du liquidateur (b), le collège des liquidateurs (c), les opérations de la liquidation (d) et la responsabilité, civile et pénale, des liquidateurs (e).

a) La nomination des liquidateurs

22. Les liquidateurs sont, sauf disposition statutaire contraire, *nommés* par une décision prise à la majorité simple de l'assemblée générale en cas de dissolution volontaire ou de plein droit (art. 2:83, al. 1^{er}, C.S.A.), alors qu'ils sont *désignés* par le tribunal en cas de dissolution judiciaire (art. 2:85 C.S.A.)²⁷.

Le régime de la confirmation²⁸ de la personne des liquidateurs, introduit par la loi du 2 juin 2006²⁹, est limité aux seules liquidations qui s'annoncent déficitaires, dans le but de réduire le nombre de dossiers traités par le tribunal de l'entreprise et les coûts pour le justiciable³⁰.

Ainsi, s'il ressort de l'état résumant la situation active et passive, que les créanciers de la société ne pourront pas être remboursés intégralement, la nomination des liquidateurs doit être soumise au président du tribunal de l'entreprise pour confirmation (art. 2:84, al. 1^{er}, C.S.A.). Cette confirmation n'est toutefois pas requise s'il résulte de cet état résumant la situation active et passive que la société n'a des dettes qu'à l'égard de ses actionnaires et que tous les actionnaires qui sont les créanciers de la société confirment par écrit leur accord concernant la nomination.

b) Les pouvoirs du liquidateur

23. Les pouvoirs du liquidateur, en tant qu'organe de la société, font enfin l'objet d'un régime aussi développé que ceux de l'organe d'administration.

24. Tout d'abord, la doctrine de la *Prokura* est étendue au liquidateur de S.R.L., S.C. et S.A., et ce même s'il n'est pas expressément visé par la première directive (voy. n° 25 et 26)³¹.

25. En matière de *gestion* (sphère interne des pouvoirs), le liquidateur a le pouvoir d'accomplir tous les actes nécessaires ou utiles à la liquidation de la société et dispose donc du pouvoir résiduaire, sauf disposition contraire des

²⁷ *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2017-2018, n° 54-3119/008, pp. 5 et 18.

²⁸ L'homologation, quant à elle, reste bien requise, même si la liquidation s'annonce bénéficiaire (art. 2:84, al. 5, C.S.A.) ; dans le même sens : E. DE BIE, « Oubinding en vereffening anno 2018 : soepel en rechtszeker », *op. cit.*, n° 26, pp. 361-362.

²⁹ Loi du 2 juin 2006 modifiant le Code des sociétés en vue d'améliorer la procédure de liquidation, M.B., 26 juin 2006.

³⁰ *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2018-2019, n° 54-3119/011, p. 276.

³¹ *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2017-2018, n° 54-3119/001, p. 31 : « Bien que la Première directive ne formule pas d'exception pour les liquidateurs, une partie de la doctrine estime que le système de la "Prokura" en droit belge ne s'applique pas au liquidateur des S.P.R.L. et des S.A., à défaut de disposition légale explicite en ce sens ».

statuts³² (art. 2:87, § 1^{er}, al. 1^{er}, C.S.A.). Si les statuts, l'acte de nomination ou la décision judiciaire limitent les pouvoirs du liquidateur, pareille limitation n'est pas opposable aux tiers dans les S.R.L., S.C. ou S.A., même si elles ont été déposées et publiées.

26. En matière de *représentation* (sphère externe des pouvoirs), le liquidateur représente la société à l'égard des tiers, y compris en justice. Les statuts, l'acte de nomination ou la décision judiciaire peuvent apporter des restrictions à ce pouvoir de représentation. Toutefois, ces limites ne sont pas opposables aux tiers s'il s'agit d'une S.R.L., d'une S.C. ou d'une S.A., et ce même si elles ont été déposées et publiées.

27. L'article 2:87, § 3, du C.S.A. reprend expressément le pouvoir du liquidateur d'aliéner seul les immeubles sociaux, par la vente publique, lorsqu'il juge celle-ci nécessaire au paiement des dettes sociales³³.

Afin d'accomplir les actes visés à l'article 2:88, § 1^{er}, du C.S.A., le liquidateur doit cependant obtenir l'autorisation de l'assemblée générale, celle-ci statuant, sauf disposition statutaire contraire, à la majorité simple, sous réserve de l'exception prévue au § 2 de l'article 2:88 du C.S.A. L'autorisation ne peut être délivrée anticipativement dans les statuts³⁴.

Enfin, mettant un terme au débat antérieur relatif à l'appel en libération des apports par le liquidateur³⁵, le C.S.A. investit ce dernier, sous réserve d'indications contraignantes figurant dans les statuts, la décision de nomination ou la décision judiciaire, du pouvoir d'exiger des actionnaires le paiement des sommes qu'ils se sont engagés à verser, pour autant qu'il considère ces sommes comme nécessaires afin d'assurer l'égalité de traitement des actionnaires (art. 2:89, al. 2, C.S.A.).

28. Les pouvoirs conférés au liquidateur par la loi du 17 mai 2017 relative au régime de la liquidation qui suit la dissolution judiciaire de « sociétés dormantes » sont étendus à toutes les liquidations, quel que soit le mode de dissolution dont elles résultent (voy. art. 2:90 à 2:92 C.S.A.). Il s'agit de pouvoirs similaires à ceux du curateur dans le cadre d'une faillite.

c) Le collège des liquidateurs

29. L'article 2:93 du C.S.A. réglemente de façon complète l'hypothèse d'une pluralité de liquidateurs, contrairement au Code des sociétés³⁶.

30. Lorsque plusieurs personnes sont nommées ou désignées comme liquidateur, celles-ci forment un collège (c'est-à-dire un organe délibérant dont les décisions sont prises à la majorité simple), sauf si les statuts prévoient que chaque personne pourra accomplir tous les actes nécessaires ou utiles à la liquidation.

31. La doctrine de la *Prokura* est étendue au collège de liquidateurs de S.R.L., S.C. et S.A. (voy. n° 24).

Le collège des liquidateurs représente la société à l'égard des tiers, y compris en justice. Par l'insertion d'une clause de représentation, la société peut valablement être représentée à l'égard des tiers par une seule (ou plusieurs) personne(s) agissant conjointement³⁷. Pour les S.R.L., S.C. et S.A., une telle clause de double signature doit conférer un pouvoir général de représentation. En d'autres termes, aucune restriction quantitative ou qualitative ne sera opposable aux tiers, et ce, même si elles sont publiées conformément aux articles 2:8 et 2:14, 1^{er}, du C.S.A.

d) Les opérations de la liquidation

32. En matière de comptes annuels, l'article 2:70, alinéa 2, du C.S.A. dispose que « la dissolution entraîne la clôture de l'exercice ».

Selon les travaux préparatoires, il est préférable, afin de délimiter la responsabilité de chaque mandataire, que les administrateurs procèdent une première fois au dépôt des comptes annuels lors de la dissolution de la société et que les liquidateurs, pour les opérations effectuées après la dissolution et jusqu'à la fin de l'exercice, procèdent une deuxième fois au dépôt des comptes annuels³⁸. La procédure relative aux dépôts des comptes par les différents mandataires est visée, pour le *premier* dépôt, aux articles 2:91 et 2:92 du C.S.A. et, pour le *second* dépôt, à l'article 2:99 du C.S.A.

33. Le C.S.A. maintient l'obligation pour le liquidateur de soumettre, avant la clôture de la liquidation *définitive*³⁹, le plan de répartition de l'actif

³² *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2017-2018, n° 54-3119/001, p. 88.

³³ Le liquidateur doit par contre obtenir l'autorisation de l'assemblée générale ou du tribunal dans les autres cas. (i) soit pour les vendre par adjudication publique s'il ne juge pas la vente nécessaire au paiement des dettes de la société, (ii) soit pour les vendre de gré à gré, qu'il estime ou non pareille vente nécessaire au paiement des dettes de la société (art. 2:88, § 1^{er}, 4^o et 5^o C.S.A.).

³⁴ *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2017-2018, n° 54-3119/001, p. 89.

³⁵ *Ibid.*, p. 90.

³⁶ La matière était uniquement envisagée, au sein du Code des sociétés, par l'article 184, § 2, dernier alinéa (qui précisait que les liquidateurs formaient un collège) et l'article 191, alinéa 1^{er} (qui réglementait les conflits d'intérêts au sein de celui-ci).

³⁷ Pareille clause de représentation est opposable aux tiers moyennant dépôt et publication conformément aux articles 2:8 et 2:14, 1^{er}, du C.S.A.

³⁸ *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2017-2018, n° 54-3119/008, p. 2.

³⁹ La procédure est désormais limitée aux seules liquidations définitives dans le but de réduire le nombre de dossiers traités par le tribunal de l'entreprise et les coûts pour le justiciable (*Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2017-2018, n° 54-3119/001, p. 93).

entre les différentes catégories de créanciers pour accord au tribunal compétent (art. 2:97, § 2, C.S.A.). Le caractère déficitaire est apprécié sur la base des comptes de liquidation qui doivent être soumis à l'approbation de l'assemblée générale de clôture ou, en cas de dissolution judiciaire, au tribunal. La requête doit être signée par le liquidateur, un avocat ou un notaire ; elle ne peut plus être signée par un ancien gérant ou administrateur⁴⁰.

e) La responsabilité, civile et pénale, des liquidateurs

34. Le C.S.A. précise le régime légal de la responsabilité civile des liquidateurs, qui était jusqu'ici régi de façon incomplète par l'article 192 du Code des sociétés.

L'article 2:106, alinéa 1^{er}, du C.S.A. dispose que le liquidateur est tenu envers la société de remplir correctement la mission qui lui est confiée. Il répond des fautes commises dans l'exercice de sa mission à l'égard de la société, des créanciers ainsi que des tiers pour autant, dans ce dernier cas, que la faute présente un caractère extracontractuel (art. 2:106, al. 2, C.S.A.).

En outre, l'article 2:106 du C.S.A. aligne le régime de responsabilité solidaire des liquidateurs sur celui des membres de l'organe d'administration (art. 2:56 C.S.A.).

L'article 2:107 du C.S.A. précise le régime de la mise en cause de la responsabilité des liquidateurs. L'assemblée générale décide s'il y a lieu d'exercer l'action sociale contre les liquidateurs ; elle peut charger un ou plusieurs mandataires de l'exécution de cette décision (al. 1^{er}). Il est par ailleurs prévu que les actionnaires minoritaires d'une S.R.L., d'une S.C. ou d'une S.A., moyennant le respect des conditions propres à chaque forme de société, peuvent intenter, pour le compte de la société, une action en responsabilité contre les liquidateurs. Enfin, après la clôture de la liquidation, tout actionnaire de la société liquidée peut intenter une action en responsabilité contre les liquidateurs de cette société pour obtenir la réparation du préjudice qu'il aurait subi par suite d'une faute commise lors de la liquidation (al. 4).

4. La clôture de la liquidation

35. La réglementation relative à la clôture de la liquidation est conservée, mais précisée sur divers points⁴¹.

En outre, le C.S.A. règle, de manière novatrice, le sort des actifs non réalisés ainsi que des actifs ou passifs oubliés, d'une manière uniforme, quel que soit le mode de dissolution dont découle la liquidation (art. 2:104, § 1^{er}, al. 1^{er}, C.S.A.).

36. Mettant un terme au débat doctrinal antérieur⁴², le C.S.A. prévoit, de façon générale, qu'après la clôture de la liquidation, les actionnaires deviennent, de plein droit, chacun pour leur part, propriétaires indivis de tous les actifs non réalisés de la société, même si ceux-ci ne sont pas connus au moment de la clôture de la liquidation.

Lorsqu'aucun actionnaire n'est connu, le C.S.A. prévoit que la procédure de réalisation et de consignation des actifs oubliés est organisée par le Roi. Celle-ci a été envisagée, de façon déficiente, par l'arrêté royal du 29 avril 2019 portant exécution au C.S.A., qui, en son article 2:1, ne vise que (i) les liquidations provoquées par une dissolution judiciaire, alors même que le C.S.A. porte un régime uniforme pour toutes les liquidations, indépendamment du mode de dissolution dont elles découlent, et (ii) la consignation des sommes et valeurs, et non la réalisation d'actifs en nature⁴³.

37. L'article 2:104, §§ 2 et 3, du C.S.A. instaure un régime spécifique de responsabilité des actionnaires des S.R.L., S.C. et S.A. pour les passifs oubliés.

Que la liquidation soit réalisée ou non par un liquidateur, les actionnaires sont responsables, sans solidarité entre eux, des dettes non payées ou pour lesquelles un montant suffisant n'aurait pas été consigné au plus tard à la date de clôture de la liquidation.

Toutefois, en cas de liquidation avec liquidateur, les actionnaires engageront leur responsabilité uniquement à condition qu'ils aient eu connaissance ou qu'ils n'aient pu ignorer, compte tenu des circonstances, l'existence de tels passifs au plus tard au moment de la clôture de la liquidation (§ 2).

À l'inverse, en cas de liquidation sans liquidateur, est sans incidence le fait pour les actionnaires d'avoir eu connaissance ou non de l'existence de tels passifs au plus tard au moment de la clôture de la liquidation (§ 3). Un tel régime de responsabilité aggravée découle du fait que la liquidation sans liquidateur est avant tout une procédure accélérée offrant moins de garanties aux créanciers de la société⁴⁴. Les actionnaires de bonne foi peuvent néanmoins exercer un recours contre les derniers membres de l'organe d'administration en fonction.

⁴² R. AYOUBU, « Actualités en matière de liquidation (déficiente) », *op. cit.*, n° 20 à 25, pp. 16-19 ; *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2017-2018, n° 54-3119/001, p. 97.

⁴³ J.-Ph. LEBEAU et D. GOZ, « La dissolution et la liquidation des personnes morales », *op. cit.*, n° 57, p. 1167 ; les deux auteurs suggèrent, pour ce qui concerne la réalisation des actifs en nature, la désignation d'un liquidateur *ad hoc*, laquelle manque cependant de base légale (R. AYOUBU, « Dissolution », *op. cit.*, n° 128, pp. 348-349).

⁴⁴ *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2017-2018, n° 54-3119/001, p. 98.

⁴⁰ *Ibid.*, pp. 93-94.

⁴¹ L'organisation de la reddition des comptes par les liquidateurs fait ainsi l'objet d'une précision notable, exigeant du liquidateur qu'il dépose « un rapport chiffré sur la liquidation » contenant, les cas échéant, les informations relatives à la restitution des apports et à la distribution d'un éventuel solde de liquidation (art. 2:100 C.S.A.).

Cette responsabilité des actionnaires de S.R.L., S.C. et S.A. se prescrit par cinq ans à partir de la publication de la clôture de la liquidation⁴⁵.

5. La réouverture de la liquidation

38. La clôture de la liquidation n'est plus, sous l'empire du C.S.A., un acte définitif.

En vertu de l'article 2:105, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, du C.S.A., tout créancier qui n'a pas recouvré l'intégralité de sa créance peut demander la réouverture de la liquidation s'il apparaît après la clôture qu'un ou plusieurs actifs de la société ont été oubliés⁴⁶.

Le tribunal de l'entreprise n'ordonne toutefois la réouverture de la liquidation que si la valeur de l'actif oublié dépasse les frais de réouverture (art. 2:105, § 1^{er}, al. 3, C.S.A.).

Sur le plan procédural, l'action en réouverture de la liquidation est introduite contre les derniers liquidateurs en fonction ou les liquidateurs de plein droit (art. 2:105, § 1^{er}, al. 2, C.S.A.).

Aux termes de l'article 2:105, § 2, du C.S.A., sans préjudice des droits des tiers de bonne foi, la société recouvre la personnalité juridique par la réouverture de la liquidation et devient de plein droit propriétaire de l'actif oublié⁴⁷.

De façon générale, toutes les dispositions légales relatives à la liquidation s'appliquent en cas de réouverture (art. 2:105, § 5, C.S.A.).

C. Le droit transitoire

39. La loi du 23 mars 2019 ne porte aucune disposition transitoire propre à la dissolution et à la liquidation des sociétés.

L'application de la réforme à la dissolution et à la liquidation des sociétés ne répond qu'aux dispositions transitoires générales prévues par la loi du 23 mars 2019 et, pour le surplus, aux principes de droit transitoire généralement admis en doctrine et en jurisprudence⁴⁸.

Plus particulièrement, l'article 39, § 2, alinéa 1^{er}, de la loi du 23 mars 2019 dispose que les dispositions impératives du Code des sociétés et des associations

⁴⁵ *Ibid.*, p. 106.

⁴⁶ Il s'agit d'une innovation destinée à pallier l'inefficacité de mécanismes tels que l'annulation ou l'impossibilité d'une clôture frauduleuse, ou encore la déclaration de faillite de la société dont la liquidation a été clôturée (R. AYOUBOU, «Actualités en matière de liquidation (défictaire)», *op. cit.*, n° 49, p. 29, et n° 51, p. 30).

⁴⁷ «Même si conceptuellement ce mécanisme n'est pas évident, il est indispensable pour que (le produit de) l'actif oublié soit réparti entre les créanciers de la société et ne se retrouve pas dans le patrimoine des actionnaires ou associés» (*Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2017-2018, n° 54-3119/001, p. 99).

⁴⁸ Voy. l'analyse de J.-Ph. LEBEAU et D. GOL, «La dissolution et la liquidation des personnes morales», *op. cit.*, n° 120, pp. 1179-1180.

Section 2

La faillite sur indices des sociétés en liquidation défictaire

40. Parmi les points notables de la réforme opérée par le C.S.A. figure la consécration expresse de la liquidation défictaire (voy. n°s 22 et 33) : réglementation donc *légalisée*.

Sans l'audace d'un Francis Fukuyama⁵⁰, on pouvait y voir la fin de l'Histoire après des décennies de débats sur la légalité de la liquidation défictaire comme alternative à la faillite.

L'Histoire, hélas, bégaye : il ne fallut pas six mois à la Cour de cassation, après l'entrée en vigueur du C.S.A. le 1^{er} janvier 2020, pour opérer, par un arrêt du 5 juin 2020⁵¹, bouleversement qui démontre, s'il en était encore besoin, qu'en droit comme ailleurs, rien ne s'écrit jamais à sens unique.

Nous nous proposons dès lors de retracer l'évolution des rapports entre liquidation défictaire et faillite, pour mieux comprendre l'état actuel – nécessairement précaire – de la question.

A. La thèse de l'illégalité de la liquidation défictaire

41. Quoique démentie par la Cour de cassation depuis quelque vingt ans et, désormais, par le C.S.A., une opinion datée, selon laquelle la liquidation défictaire serait illégale, s'entend encore fréquemment dans les prétoires.

Parce que la «pratique» ne parvient pas à s'en défaire, nous la rappelons brièvement ici.

42. À une époque qui, en raison de l'accélération folle du temps juridique, peut être rapportée à l'ère géologique du Crétacé, une certaine doctrine a en effet défendu, avec une rigueur excessive, l'illégalité des liquidations défictaires au regard du régime d'ordre public de la faillite.

⁵⁰ *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2017-2018, n° 54-3119/001, p. 351.

⁵¹ *FR. FUKUYAMA, The End of History and the Last Man*, New York, The Free Press, 1992.

⁵² *Cass.*, 5 juin 2020, *J.L.M.B.*, 2020, pp. 1396-1398, note W. DAVID.

Dans cette thèse, une société ne peut décider ou poursuivre sa liquidation si la réalisation de l'ensemble de ses actifs ne lui permet pas d'apurer l'intégralité du passif social.

Cette position a été exprimée par le Bâtonnier Lambert Matray dans une contribution au colloque de la Commission Droit et Vie des Affaires consacré en 1983, aux créanciers et au droit de la faillite :

« Légalement, la faillite ne peut être évitée que par le concordat [...] Il ne peut y avoir place pour une troisième voie qui contredirait la deuxième, seule échappatoire à la première [...]. Dès lors que les conditions de la faillite sont réunies, le tribunal n'a pas le choix. La solution de la faillite s'impose à lui puisqu'il a l'obligation de déclarer le débiteur en faillite [...]. On ne voit pas davantage comment par leur seule volonté, des particuliers pourraient, lors de l'assemblée générale de liquidation, se créer un droit que le tribunal devrait leur refuser s'il était appelé à statuer sur l'existence de celui-ci »⁵².

L'auteur n'apportait qu'un mince tempérament à ce jugement : « Nous pensons que la solution de la liquidation ne pourrait se justifier exceptionnellement que si la société se trouvait devant une difficulté passagère de trésorerie ou dans l'impossibilité provisoire de se faire une idée suffisamment précise des résultats de la liquidation et, par conséquent, de constater si l'actif à répartir excéderait ou non les dettes de la société. C'est pour de telles situations que la liquidation volontaire existe [...] »⁵³.

B. L'antithèse de l'infailibilité de la liquidation déficitaire

43. Une autre partie de la doctrine, qui a trouvé un temps écho dans la jurisprudence, a défendu la solution diamétralement opposée : la mise en liquidation d'une société, fût-elle déficitaire, empêche que la société soit déclarée en faillite.

Réduite à l'essentiel, leur thèse était la suivante : les conditions légales de la faillite ne sont concevables que pour des sociétés qui exercent leurs activités en *going concern* ; la mise en liquidation produit une discontinuité et une mutation profonde de la société, sur le plan juridique et économique, qui rendent sans objet les conditions de la faillite.

Les trois conditions de la faillite étaient concernées par cette mise en cause.

44. Nous n'examinons pas la condition de commercialité puisque la réforme du droit de l'insolvabilité du 11 août 2017 l'a supprimée au profit de la notion d'entreprise, qualification automatiquement acquise aux personnes morales de droit privé (art. I.1., al. 1^{er}, 1^o, b), et I.22, 8^o, du Code de droit économique – « C.D.E. ») concernées par la liquidation déficitaire.

⁵² L. MATRAY, « Le principe d'égalité des créanciers dans la jurisprudence récente de la Cour de cassation », in C.D.V.A., *Les créanciers et le droit de la faillite*, Bruxelles, Bruylant, 1983, n° 15, p. 32, et n° 18, p. 33.

⁵³ *Ibid.*, n° 19, p. 33.

45. La possibilité d'une cessation de paiement d'une société en liquidation était également contestée. Schématiquement, deux thèses pouvaient être distinguées.

Selon la première, le fait pour une société en liquidation de ne pas payer immédiatement et intégralement ses dettes ne résulte pas du fait matériel de la cessation de paiement, mais bien de l'obligation juridique de respecter le concours instauré par ce qui est aujourd'hui l'article 2:97, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, du C.S.A.⁵⁴. On ne peut, en quelque sorte, faire grief à la société de ne pas payer les dettes qu'il lui est interdit de payer.

La seconde thèse, avancée par Michèle Grégoire, allait au-delà : une société en liquidation ne pouvait être en cessation de paiement puisque la liquidation est, par sa finalité, un processus de paiement et que, partant, liquider revient à payer les créanciers⁵⁵.

46. La condition de l'ébranlement du crédit était également jugée sans pertinence pour la liquidation. Une société en *going concern* a besoin du crédit de sa banque et de ses fournisseurs pour exploiter son entreprise ; c'est l'ébranlement de ce crédit qui met la société dans l'impossibilité d'exercer son activité et qui, lié à la cessation de paiement, la conduit à la faillite. Dans l'hypothèse de discontinuité qu'est la liquidation, ce crédit devient inutile et sans objet ; il ne peut donc plus être question d'ébranlement du crédit⁵⁶.

47. L'impossibilité de déclarer la faillite d'une société en liquidation était également justifiée par une autre considération, touchant non pas aux conditions de la faillite, mais à l'intérêt de la solliciter.

Si, en effet, le débat sur la faillite des sociétés en liquidation était intense dans les années 1980 et 1990, c'était non seulement pour des motifs pratiques, tenant à l'adéquation des réponses apportées à la crise économique, mais également en raison de l'évolution des règles de la liquidation⁵⁷.

La jurisprudence de la Cour de cassation a en effet patiemment développé le régime de la liquidation, spécialement les effets du concours auquel elle donne lieu. En outre, par un arrêt du 24 mars 1977, la Cour de cassation a permis au liquidateur de s'opposer aux poursuites individuelles dans l'intérêt des créanciers en concours⁵⁸. Avant cette décision, le liquidateur, responsable du respect des règles du concours, n'avait d'autre choix que de faire aveu de faillite lorsqu'il constatait que des créanciers, par des initiatives personnelles, portaient atteinte à l'égalité dans le concours. En conférant au liquidateur le pouvoir

⁵⁴ Fr. T'KINT, note sous Mons, 16 novembre 1988 et Liège, 17 novembre 1988, *Rev. prat. soc.*, 1989, p. 74.

⁵⁵ M. GRÉGOIRE obs. sous Comm. Bruxelles, 2 avril 1991, *R.D.C.-T.B.H.*, 1991, n° 13, pp. 631-632.

⁵⁶ *Ibid.*, n° 14, pp. 632-633.

⁵⁷ Ph. GÉRAND, « Conditions de la faillite et société commerciale en liquidation », note sous Cass., 17 juin 1994, *R.D.C.-T.B.H.*, 1994, n° 3, pp. 882-883.

⁵⁸ Cass., 24 mars 1977, *R.C.J.B.*, 1977, p. 628 ; sur cette question, voy. not. R. AYOOCOU, « Actualités en matière de liquidation (déficitaire) », *op. cit.*, n° 29-31, pp. 20-22.

de faire respecter ces règles, la liquidation pouvait désormais être menée de manière autonome, sans que le couperet de la faillite soit nécessaire pour assurer son fonctionnement.

À la fin des années 1970, la faillite et la liquidation se présentaient ainsi comme des procédures ayant pour objet la liquidation d'un patrimoine et pour effet la création d'une masse de concours réalisée avec une efficacité comparable.

C'est en se fondant sur ce constat que certaines juridictions ont décidé que les créanciers ne justifiaient pas d'un intérêt suffisant pour solliciter la mise en faillite d'une société en liquidation⁵⁹.

Nous revenons ci-dessous sur la question de l'équivalence fonctionnelle entre faillite et liquidation.

48. L'infaisabilité de la liquidation déficitaire a été rejetée par la Cour de cassation dans son arrêt du 17 juin 1994 : après avoir rappelé que « la société qui ne paye pas ses dettes exigibles ou dont il est établi qu'elle ne pourra payer ses dettes à court terme parce qu'elle n'est pas à même de respecter ses obligations à défaut de moyens propres ou de crédit, se trouve en état de faillite », la Cour a jugé que « la société en liquidation qui ne peut payer ses dettes exigibles ou qui ne pourra les payer à court terme, et à laquelle les créanciers refusent d'accorder un délai de paiement ou une réduction de créance et qui ne peut obtenir un nouveau crédit, se trouve en état de faillite »⁶⁰.

Il ne pouvait dès lors plus être contesté que les conditions de cessation de paiement et d'ébranlement du crédit étaient applicables aux sociétés en liquidation.

L'enseignement de l'arrêt n'était toutefois pas d'une clarté solaire⁶¹ ; en juxtaposant la définition générale des conditions de la faillite et sa reproduction quasi littérale pour les sociétés en liquidation, la Cour pouvait laisser à penser que les conditions de la faillite devaient être appliquées comme telles aux sociétés en liquidation, sans considération pour les particularités de ces sociétés⁶².

On pouvait donc craindre que la conception rigoureuse de la faillite des sociétés en liquidation s'impose, entraînant une marginalisation des liquidations déficitaires, dont la légalité aurait été limitée à des hypothèses exceptionnelles.

⁵⁹ Comm. Chaderoi, 19 avril 1982, *R.R.D.*, p. 317 ; Comm. Mons, 28 octobre 1985, *R.R.D.*, 1986, p. 171.
⁶⁰ Cass., 17 juin 1994, *R.D.C.-T.B.H.*, 1994, p. 876, note Ph. Géraud et *Rev. prat. soc.*, 1994, p. 415, note W. Deruyckere.

⁶¹ M. Wyckert, « De smalle grenslin tussen een deficitair vereffening en een failliete vennootschap in vereffening », note sous Cass., 14 janvier 2005, *T.R.V.*, 2005, n° 1, p. 32.

⁶² Ph. Géraud, « Conditions de la faillite et société commerciale en liquidation », note sous Cass., 17 juin 1994, *R.D.C.-T.B.H.*, 1994, n° 12, pp. 887-888.

C. La liquidation déficitaire comme alternative à la faillite

49. La faillite des sociétés en liquidation était devenue, au milieu des années 1990, une question « obscure, complexe et irritante »⁶³, voire « agaçante »⁶⁴.

Une solution se dégagea enfin, qui se devait d'être nuancée : si les règles de la faillite ne peuvent être appliquées à la liquidation sans considération pour ses particularités, celles-ci ne peuvent, en retour, dégénérer en un particularisme de la liquidation, soustraite au droit de la faillite.

La liquidation déficitaire devient ainsi une troisième voie légale, entre faillite et concordat/réorganisation judiciaire, sans toutefois que la société en liquidation, une fois engagée dans cette voie, échappe automatiquement à la faillite.

Nous parcourons les quatre étapes de cette longue marche.

1. La loi du 8 août 1997

50. Lors des travaux parlementaires qui ont conduit à l'adoption de la loi du 8 août 1997 sur les faillites, s'est exprimée une faveur de principe pour la liquidation déficitaire comme alternative à la faillite : « l'ébranlement du crédit est notamment important lorsqu'il s'agit, pour le tribunal de laisser se poursuivre la liquidation volontaire, déficitaire, d'une société dissoute... Le tribunal, qui constaterait que le crédit de la société en liquidation n'est pas ébranlé (elle a conservé la confiance de ses créanciers, la liquidation est poursuivie par un liquidateur compétent et indépendant à la satisfaction de tous) pourrait éviter de prononcer sa faillite »⁶⁵.

C'est dans cette perspective que la condition d'ébranlement du crédit, initialement supprimée au profit d'une nouvelle qualification de la cessation de paiement comme « durable », a été réintroduite à la faveur d'un amendement, adopté après quelques contestations⁶⁶.

L'ébranlement du crédit prenait toutefois une coloration propre s'agissant d'une société en liquidation : le crédit, la confiance dont la société devait jouir après de ses créanciers, ne devait plus se traduire par l'octroi de financement ou de délais de paiement, mais par le consentement au principe et à la conduite de la liquidation de la société⁶⁷.

Cette approche fut peu après confirmée par la Cour de cassation.

⁶³ *Ibid.*, n° 12, p. 887.

⁶⁴ Ft. T'KINT, note précitée, p. 75.

⁶⁵ *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1995-1996, n° 49-0330/3, pp. 1-2.

⁶⁶ Voy. A. ZENNER, *Traité du droit de l'insolvabilité*, Limal, Anthemis, 2019, n° 1163-1164, pp. 855-856.

⁶⁷ Ft. T'KINT, note précitée, pp. 74-75.

2. Les arrêts de la Cour de cassation des 6 mars 2003, 14 janvier 2005 et 18 février 2005

51. Par ces trois arrêts, la Cour a consacré le principe d'une acception spécifique des conditions de la faillite pour les sociétés en liquidation : « pour décider si les conditions de la faillite sont réunies, le juge est tenu d'examiner ces conditions *in concreto* ; la circonstance qu'une société est déjà mise en liquidation et qu'il y a, dès lors, déjà une situation de concours impliquant la restriction de la liberté des administrateurs (*sic*) de payer les créanciers de façon illimitée ou de contracter un crédit, a pour conséquence que l'appréciation de la situation de l'entreprise doit se faire de façon spécifique »⁶⁸.

a) La cessation de paiement d'une société en liquidation

52. L'acception spécifique de la cessation de paiement d'une société en liquidation n'a malheureusement pas été clarifiée par la Cour de cassation.

53. Partant de l'arrêt précité du 17 juin 1994, qui vise l'état de faillite de la société en liquidation « qui ne peut payer ses dettes exigibles ou qui ne pourra les payer à court terme » (nous soulignons), une certaine doctrine estime que la société dispose d'un bref délai après sa mise en liquidation pour assurer le paiement de ses dettes exigibles, à défaut de quoi elle est en état de cessation de paiement⁶⁹.

Cette solution n'a que l'apparence de la simplicité.

D'une part, une solution définitive ne paraît pas avoir été donnée à la question de savoir si les dettes à terme d'une société deviennent exigibles lors de sa mise en liquidation, à l'instar de ce que la loi prévoit explicitement pour la faillite (art. 1180 C. civ. et art. XX.116 C.D.E.)⁷⁰.

L'exigibilité des dettes à terme paraissait résulter d'un arrêt de la Cour de cassation du 24 mars 1977, selon lequel « l'arrêt du cours des intérêts des créances exigibles constitue le pendant de l'escompte des créances à terme non porteuses d'intérêts devenues immédiatement exigibles en raison de la mise en liquidation »⁷¹.

Dans un arrêt du 10 novembre 1980, la Cour de cassation a, à l'inverse, jugé qu'il ne se déduit pas de l'article [2:97 du C.S.A.] que la mise en liquidation

⁶⁸ Cass., 14 janvier 2005, *TR. V.*, 2005, p. 27, note M. WYCKAERT ; Cass., 18 février 2005, *R.A.B.G.*, 2006/2, p. 625, note S. LOOSVELD.

⁶⁹ W. DEUYCKE, « La faillite d'une société en liquidation. Épanalepse ou épanadiplose ? », note sous Cass., 17 juin 1994, *Ren. prat. soc.*, 1994, n° 35, pp. 449-451 ; S. LOOSVELD, « De beoordeling van de faillissementsvoorwaarden in geval van een vennootschap in vereffening », note sous Comm. Mons, 8 mars 2001, *TR. V.*, 2001, n° 7, pp. 520-522.

⁷⁰ P. THOMMIS, « Het faillissement van de vennootschap in vereffening en de derogerende werking van de samenloop », note sous Cass., 17 juin 1994, *TR. V.*, 1994, p. 606, note subpaginale 39 : comp. : Ph. JSHASSE *Manuel de la liquidation*, 2^e éd., Malmes, Kluwer, 2007, n° 555, p. 628.

⁷¹ Cass., 24 mars 1977, *R.C.J.B.*, 1977, p. 628.

d'une société commerciale entraîne le paiement immédiat de toutes les dettes à terme »⁷².

D'autre part, la raison et l'étendue de ce « bref délai » pourraient donner lieu à des appréciations divergentes.

D'aucuns avancent que ce délai correspond au temps nécessaire pour permettre au liquidateur de faire son inventaire et d'évaluer l'actif et le passif de la société⁷³.

Si, à l'issue de cet examen, le liquidateur est certain que la liquidation sera bénéficiaire et qu'il dispose de moyens suffisants pour apurer le passif exigible, il doit alors, pour éviter la cessation de paiement, immédiatement faire usage de la faculté que lui laisse l'article 2:97, § 1^{er}, alinéa 2, du C.S.A., de payer les dettes exigibles par priorité sur les dettes à terme. Dans les autres cas, la société serait en état de cessation de paiement, soit que la liquidation s'annonce déficitaire, soit que son issue soit incertaine, soit encore que le liquidateur soit certain que la liquidation sera bénéficiaire, mais qu'il ne dispose pas des moyens de payer immédiatement les dettes exigibles, notamment en raison des délais de réalisation de l'actif⁷⁴.

À s'en tenir à cette notion du bref délai, des sociétés dont la liquidation s'annonce dès le départ comme bénéficiaire pourraient se retrouver en état de cessation de paiement.

Cette conclusion se heurte à une solution plus nuancée, selon laquelle « la ponctualité des paiements souffre de la situation juridique créée et le tribunal ne saurait faire au liquidateur un grief trop sévère. La réalisation des actifs ne saurait être hâtée, sous peine d'un mauvais résultat, et les créanciers seront donc contraints de patienter avant de recevoir leur dividende »⁷⁵.

Dans cette perspective, les créanciers devraient souffrir, sans pouvoir invoquer une cessation de paiement, un délai d'attente plus long, nécessaire pour une réalisation normale de l'actif social.

54. Une autre tendance, beaucoup plus souple, se rencontre également en jurisprudence et en doctrine.

Elle part du constat de l'interdiction des paiements préférentiels qui résulte de l'article 2:97 du C.S.A. et, plus généralement, de la création d'une masse de concours qui ne donne aux créanciers qu'un droit au dividende de la liquidation.

À la lumière de ces éléments, une société en liquidation ne serait en cessation de paiement que si le défaut de paiement de la société a une autre cause

⁷² Cass., 10 novembre 1980, *Pas.*, 1981, I, p. 298.

⁷³ W. DEUYCKE, « La faillite d'une société en liquidation. Épanalepse ou épanadiplose ? », op. cit., n° 35, pp. 449-451 ; S. LOOSVELD, « De beoordeling van de faillissementsvoorwaarden in geval van een vennootschap in vereffening », op. cit., n° 7, pp. 520-522.

⁷⁴ S. LOOSVELD, *ibid.*, n° 7.3, pp. 521-522.

⁷⁵ F. T'KINT, note précitée, p. 73.

que l'application des règles du concours, notamment la négligence du liquidateur dans la réalisation de l'actif ou la répartition du produit de réalisation⁷⁶.

55. Saisie d'un pourvoi dirigé contre un arrêt qui avait épousé cette dernière thèse, la Cour de cassation a, dans son arrêt du 14 janvier 2005, éludé la question en reprenant sa jurisprudence traditionnelle, selon laquelle « l'ébranlement de crédit et la cessation de paiement sont étroitement liés ; le commerçant qui dispose encore de crédit n'a pas cessé ses paiements de manière persistante ; une société en liquidation dont le liquidateur solde dans les limites légalement admises les dettes exigibles et conserve la confiance des créanciers n'a en principe pas cessé ses paiements de manière persistante »⁷⁷.

Il est certes généralement admis que l'ébranlement du crédit et la cessation de paiement ont partie liée, qu'ils sont à la fois cause et conséquence de l'autre et, plus particulièrement, que la cessation de paiement n'est persistante que si le crédit du commerçant est ébranlé⁷⁸.

Une certaine doctrine critique toutefois la position adoptée dans l'arrêt du 14 janvier 2005, au motif que la complémentarité des notions y dégénère en identité⁷⁹.

La critique n'est pas sans pertinence dans la mesure où d'aucuns enseignent désormais que les conditions de la faillite d'une société en liquidation s'apprécient d'un seul tenant, *in één vloeiende beweging*⁸⁰.

b) L'ébranlement du crédit d'une société en liquidation

56. À la différence de la cessation de paiement, la Cour de cassation a précisé, dans ses arrêts du 6 mars 2003, 14 janvier 2005 et 18 février 2005, l'acceptation spécifique de l'ébranlement du crédit dans le chef d'une société en liquidation.

Le crédit de la société en liquidation réside dans la confiance qu'elle inspire aux créanciers sociaux : « le fait que les créanciers ou une partie significative des créanciers maintiennent leur confiance en le liquidateur et la liquidation peut constituer un élément sur lequel le juge du fond fonde sa décision suivant laquelle la société en liquidation conserve son crédit ; [...] l'ébranlement du crédit vise [donc] le manque de confiance de la part des créanciers envers l'organisation et le déroulement des activités de liquidation »⁸¹.

⁷⁶ Voy. par exemple Gand, 16 juin 2003, *R. W.*, 2003-2004, p. 188 ; Comm. Bruges, 21 février 2001, *R.D.C.-T.B.H.*, 2001, p. 627.

⁷⁷ Cass., 14 janvier 2005, *T.R.V.*, 2005, note M. WYCKAERT.

⁷⁸ J. VERGOUTSTRAETE, *Manuel de la faillite et du concordat*, Bruxelles, Kluwer, 2003, n° 347, p. 243.

⁷⁹ S. LOOSVELD, « De staking van betaling bij een vennootschap in vereffening », note sous Cass., 18 février 2005, *R.A.B.G.*, 2006/9, n° 5, p. 630.

⁸⁰ M. WYCKAERT, « De smalle grenslijn tussen een deficitaire vereffening en een failliete vennootschap in vereffening », *op. cit.*, n° 2, p. 33.

⁸¹ Cass., 14 janvier 2005, *T.R.V.*, 2005, note M. WYCKAERT ; dans le même sens : Cass., 18 février 2005, *R.A.B.G.*, 2006/9, note S. LOOSVELD.

La Cour a eu l'occasion d'approuver les critères à l'aune desquels la confiance des créanciers dans l'organisation et le déroulement de la liquidation avait été appréciée par le juge du fond, à savoir que « la dissolution était intervenue sans fraude et se déroule dans de bonnes conditions à la satisfaction des créanciers, ou d'une majorité significative de ceux-ci, et que leur adhésion n'est pas obtenue par une information incomplète ou inexacte ; qu'il n'est pas soutenu que la règle de l'égalité entre les créanciers n'a pas été respectée ou que des constructions juridiques de nature à porter préjudice aux créanciers auraient été élaborées en cours de liquidation »⁸².

Comme pour une société en continuité, le crédit d'une société en liquidation doit donc être suffisant (n° 57) et ne peut être artificiel (n° 58).

57. Si la perte de confiance des créanciers peut entraîner la faillite d'une société en liquidation, cette condition, parce qu'elle est subjective, ne peut, pas plus que l'ébranlement du crédit d'une société en *going concern*⁸³, exposer à l'arbitraire des créanciers : l'action d'un ou plusieurs créanciers isolés ne peut légitimement mettre en cause la liquidation qui reste soutenue par une majorité suffisante des créanciers⁸⁴.

Ce soutien des créanciers est nécessaire, mais toutefois pas suffisant : il n'est opérant que s'il est donné de manière éclairée ou, pour le dire autrement, il est impuissant à maintenir une liquidation entamée ou réalisée de manière irrégulière ou opaque ; à défaut, la société en liquidation est en état virtuel de faillite.

58. La Cour de cassation refusait, par son arrêt précité du 6 mars 2003, de censurer un arrêt de la cour d'appel de Liège⁸⁵, représentatif d'un large courant jurisprudentiel⁸⁶ et doctrinal⁸⁷, selon lequel le consentement des créanciers doit être obtenu « dans la régularité et la transparence »⁸⁸, termes qui seront d'ailleurs

⁸² Cass., 6 mars 2003, *J.L.M.B.*, 2004, p. 48.

⁸³ A. ZENNER, *Traité du droit de l'insolvabilité*, *op. cit.*, n° 1166, pp. 856-857.

⁸⁴ M. LEMAL, *Manuel de la liquidation des sociétés commerciales*, Waterloo, Kluwer, 2013, n° 855, p. 578 ; S. LOOSVELD, « De beoordeling van de faillissementsvoorwaarden in geval van een vennootschap in vereffening », *op. cit.*, n° 8.3, p. 523 ; M. WYCKAERT, « De smalle grenslijn tussen een deficitaire vereffening en een failliete vennootschap in vereffening », *op. cit.*, n° 2, p. 33.

⁸⁵ Liège, 1^{er} mars 2001, *R.D.*, 2001, p. 421.

⁸⁶ Voy. not. Bruxelles, 22 juin 2017, *R.P.S.-T.R.V.*, 2018, pp. 782 et s., note A. HOUTER ; Bruxelles, 5 mai 2017, *D.A.O.R.*, 2017, p. 59 ; Gand, 1^{er} juin 2015, *R.P.S.-T.R.V.*, 2016, p. 1122 ; Liège, 30 juin 2011, *J.L.M.B.*, 2011, p. 1683 ; Mons, 12 janvier 2011, *J.L.M.B.*, 2011/34, p. 1681 ; Bruxelles, 4 septembre 2007, *D.A.O.R.*, 2008, p. 250 ; Mons, 12 décembre 2001, *J.L.M.B.*, 2003/4, pp. 141 et s. ; Liège, 16 mars 2000, *Rev. prat. soc.*, 2000, p. 185, note W. DEBEVERE.

⁸⁷ Voy. not. W. DEBEVERE, « Deficitaire vereffening : een verdere verduidelijking ? », note sous Bruxelles, 4 septembre 2007, *D.A.O.R.*, 2008, n° 6, p. 258 ; M. LEMAL, *Manuel de la liquidation des sociétés commerciales*, *op. cit.*, n° 848-850, pp. 572-574, et n° 854, pp. 575-577 ; S. LOOSVELD, « De beoordeling van de faillissementsvoorwaarden in geval van een vennootschap in vereffening », *op. cit.*, n° 8, pp. 522-523 ; M. WYCKAERT, « De smalle grenslijn tussen een deficitaire vereffening en een failliete vennootschap in vereffening », *op. cit.*, n° 2, p. 33 ; A. ZENNER, *Traité du droit de l'insolvabilité*, *op. cit.*, n° 1173, pp. 861-862.

⁸⁸ R. AYOUBOU, « Actualités en matière de liquidation (définitive) », *op. cit.*, n° 81, p. 46.

expressément consacrés par la Cour de cassation dans un arrêt ultérieur du 5 juin 2020⁸⁹.

Lorsque la société est en *going concern*, son crédit est considéré comme ébranlé s'il est obtenu de manière artificielle, c'est-à-dire par des moyens illicites ou anormaux⁹⁰. Tel est par exemple le cas lorsque la société assure la continuité de certains de ses paiements par le non-paiement des créanciers institutionnels, lequel peut d'ailleurs dégénérer en « moyen ruineux de se procurer des fonds » pénalement sanctionné (art. 489bis, 1^o, C. pén.).

Dans le contexte d'une liquidation déficitaire, le caractère artificiel du crédit ne s'apprécie plus à la lumière des moyens employés pour assurer les paiements, mais de ceux mis en œuvre pour réaliser l'actif et apurer le passif; de là la condition que la liquidation doit avoir été entamée et se réaliser de manière régulière et transparente, à défaut de quoi la confiance des créanciers est fautive⁹¹.

Cette condition s'apprécie à deux égards.

D'une part, la liquidation doit se dérouler de manière transparente, les créanciers obtenant du liquidateur des informations suffisantes, complètes et exactes⁹². Il faut, ici aussi, veiller à ne pas exposer la liquidation à l'arbitraire des créanciers, dont les exigences devront être appréciées au regard de l'information légalement organisée depuis la loi du 2 juin 2006 (n^o 21). La menace de la faillite ne peut devenir une arme aux mains de ceux de ces créanciers, que l'on rencontre en pratique, qui font le siège du liquidateur pour obtenir une information qu'ils ne sont pas (encore) fondés à recevoir⁹³ – quand ce n'est pas simplement une attestation d'irrecouvrabilité, dont la communication n'a d'autre urgence que les impératifs, impénétrables, de la clôture comptable.

D'autre part, la liquidation ne peut être entamée ou se dérouler de manière irrégulière, en fraude des droits des créanciers ou au préjudice de ceux-ci. L'arrêt précité de la cour d'appel de Liège du 1^{er} mars 2001 évoquait ainsi la dissolution frauduleuse, la violation de l'égalité dans le concours ou le recours à des constructions juridiques de nature à porter préjudice aux créanciers (*sterfhuisconstructies*⁹⁴). C'est dans cette perspective qu'il est admis de longue date que la liquidation ne peut avoir pour objet (cette intention rendant la liquidation frauduleuse) ou pour effet de faire échapper aux responsabilités particulières liées à l'état de faillite ou à la remise en cause d'actes accomplis en période

⁸⁹ Cass., 5 juin 2020, J.L.M.B., 2020, pp. 1396-1398, note W. DAVIN.

⁹⁰ I. VEROUSTRAETE et al., *Manuel de l'insolvabilité de l'entreprise*, Liège, Wolters Kluwer, 2019, n^o 863, p. 712. A. ZENNER, *Traité du droit de l'insolvabilité*, op. cit., n^o 1169, pp. 859-860.

⁹¹ Dans le même sens, voy. M. LEMAL, *Manuel de la liquidation des sociétés commerciales*, op. cit., n^o 854, p. 571. Liège, 16 mars 2000, *Rechtspraak*, 2000, p. 185, note W. DERUYCKE; W. DEDERCKX, « Déficitaires verifiëren: een verdere verduidelijking? », op. cit., n^o 6, p. 258 et n^o 10, p. 259.

⁹² R. AVOCODU, « Actualités en matière de liquidation (déficiente) », op. cit., n^o 82, p. 48. Sur cette notion, voy. not. R. AVOCODU et F. ROZENBERG, « Auto-cessions et *sterfhuisconstructies* dans les procédures collectives », in M. Grégoire et D. Pasteger (dir.), *La cession d'une entreprise en difficulté*, coll. CUP, vol. 159, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 190 et s.

suspecte⁹⁵ (n^o 66), ce que la Cour de cassation a consacré dans l'arrêt précité du 5 juin 2020.

3. La loi du 2 juin 2006

59. À peine libéralisée par la Cour de cassation, la liquidation déficitaire fait l'objet d'une initiative parlementaire empreinte de soupçon.

La proposition de loi du 1^{er} juillet 2005⁹⁶ aboutira à la loi du 2 juin 2006 modifiant le Code des sociétés « en vue d'améliorer la procédure de liquidation non »⁹⁷.

La loi introduit trois dispositifs, applicables à toutes les liquidations (déficitaires ou bénéficiaires), qui renforcent le contrôle des liquidations et accentuent dès lors l'équivalence fonctionnelle, déjà mentionnée (n^o 47), entre faillite et liquidation :

- un contrôle judiciaire de la probité du liquidateur à l'ouverture de la liquidation;
- un contrôle judiciaire de la répartition de l'actif à la clôture de la liquidation;
- la création d'un dossier de liquidation (art. 2:103 C.S.A.), lequel intègre notamment les états détaillés de la situation de la liquidation (art. 2:96 C.S.A.) et le plan de répartition de l'actif (art. 2:97, § 2, C.S.A.).

Nous revenons ci-dessous sur les deux contrôles judiciaires instaurés par la loi du 2 juin 2006, qui seront maintenus par le C.S.A., mais limités aux hypothèses de liquidation déficitaire (n^o 61).

60. Comme nous l'avons déjà souligné, cette réglementation des liquidations (déficitaires) n'est pas sans influence sur l'utilisation de la liquidation déficitaire comme alternative à la faillite : il ne se conçoit pas, en effet, que la liquidation qui satisfait aux obligations légales puisse être menacée de faillite en raison d'exigences de créanciers qui excéderaient (manifestement) le droit à l'information qui leur est accordé par la loi (n^o 58).

Plus fondamentalement, l'équivalence fonctionnelle entre faillite et liquidation me paraît commander une retenue particulière dans l'appréciation du caractère préjudiciable de la liquidation à l'égard des créanciers (n^o 58), dont l'arrêt du 5 juin 2020 ne témoigne malheureusement pas (n^{os} 67 à 70).

⁹⁵ Voy. Mons, 8 mars 2001, T.R.V., 2001, p. 50; Comm. Bruxelles, 13 février 2006, J.L.M.B., 2006, p. 1379; M. LEMAL, *Manuel de la liquidation des sociétés commerciales*, op. cit., n^o 850, p. 574; M. WYCKAERT, « De smalle grenslijn tussen een deficitaire vereffening en een failliete vennootschap in vereffening », op. cit., n^o 2, p. 33.

⁹⁶ Doc. parl., Ch. repr., sess. ord. 2004-2005, n^o 51-1906/001.

⁹⁷ Loi du 2 juin 2006 modifiant le Code des sociétés en vue d'améliorer la procédure de liquidation, M.B., 26 juin 2006.

4. Le Code des sociétés et des associations

61. La réforme du droit des sociétés, qui poursuit l'objectif de réduire le nombre de dossiers traités par le tribunal de l'entreprise en assouplissant le régime des liquidations non déficitaires (n° 2), clarifie le soupçon de principe qui entoure les liquidations déficitaires, en maintenant pour celles-là seules le double contrôle judiciaire instauré par la loi du 2 juin 2006.

D'une part, si une liquidation volontaire s'annonce déficitaire, sur la base de la situation à moins de trois mois établie en vue de l'assemblée générale de dissolution (art. 2:71, § 2, al. 2, C.S.A.), le choix du liquidateur est soumis à la confirmation du président du tribunal de l'entreprise, qui s'assure à cet effet que le liquidateur offre toutes les garanties de compétence et d'intégrité pour l'exercice de son mandat (art. 2:84, al. 1^{er} et 3, C.S.A.)⁹⁸. Si ce contrôle ne peut amener le juge à vérifier si la liquidation déficitaire est justifiée⁹⁹, ni à se substituer à l'assemblée générale en opportunité, il peut néanmoins être l'occasion de constater, d'une manière objective, que le liquidateur nommé n'est pas, par exemple en raison de son implication antérieure dans la société, en situation d'exercer son mandat dans l'intérêt des créanciers¹⁰⁰.

Ce contrôle à l'ouverture instaure ainsi une appréciation *a priori*, par le juge, de la capacité du liquidateur à exercer son mandat de manière légale, alors même que les créanciers (dûment informés par le dossier de liquidation et les états détaillés de la situation de la liquidation – n° 21) ont en tout état de cause le droit d'agir en responsabilité, *a posteriori*, contre le liquidateur, qui est le seul mandataire social à répondre de son mandat à l'égard non seulement de la société, mais également des créanciers (art. 2:106, al. 2, C.S.A.)¹⁰¹.

D'autre part, si une liquidation se révèle déficitaire, sur la base des comptes de clôture (art. 2:100, § 1^{er}, C.S.A.), le liquidateur doit soumettre, avant la clôture de la liquidation, le plan de répartition de l'actif entre les différentes catégories de créanciers pour accord au tribunal de l'entreprise (art. 2:97, § 2, C.S.A.).

Ce contrôle à la clôture, qui est axé sur la vérification *a priori* du respect de l'égalité dans le concours et des rangs et privilèges des créanciers (art. 2:97, § 1^{er}, C.S.A.) et non sur l'examen des conditions de faillite¹⁰², s'ajoute, ici aussi, à l'action en responsabilité *a posteriori* des créanciers, dont une des hypothèses classiques est précisément la violation de leurs droits dans la répartition de l'actif¹⁰³.

⁹⁸ Certaines catégories de condamnés sont même interdites de mandat, sauf homologation présidentielle (art. 2:84, al. 5, C.S.A.).

⁹⁹ M. LEMAL, *Manuel de la liquidation des sociétés commerciales*, op. cit., n° 851, p. 574.

¹⁰⁰ Liège, 27 septembre 2016, D.A.O.R., 2017, p. 134; W. DAVIN, « La faillite d'une société en liquidation: état de la question après l'arrêt de la Cour de cassation du 5 juin 2020 », J.L.M.B., 2020, n° 10, p. 1403.

¹⁰¹ R. ARDOU, « Le nouveau régime de dissolution et de liquidation des sociétés », op. cit., n° 46, p. 478.

¹⁰² Bruxelles, 22 juin 2017, R.P.S.-TR.V., 2018, pp. 782 et s., note A. HOUET.

¹⁰³ M. LEMAL, *Manuel de la liquidation des sociétés commerciales*, op. cit., n° 406, pp. 271-272.

62. Le soupçon spécifiquement dirigé vers les liquidations déficitaires ne doit cependant pas effacer le principal enseignement de la réforme: toute réglementation qu'elle soit, la liquidation déficitaire s'en trouve surtout légalisée, cette consécration expresse achevant la Longue marche entamée avec les travaux parlementaires de la loi du 8 août 1997.

L'Histoire antique, hélas, nous l'enseigne: la roche Tarpéienne est proche du Capitole.

D. La faillite sur indices de la liquidation déficitaire

1. Le soupçon

63. Quels que soient les préjugés persistants de la « pratique », une société en état virtuel de faillite peut donc aujourd'hui légalement opter pour la liquidation déficitaire, si, par l'effet de sa dissolution, les conditions de la faillite, en raison de leur acception propre aux sociétés en liquidation, cessent d'être remplies.

On a objecté à cette conclusion qu'elle « analyse la situation après le fait de la mise en liquidation, alors que la légalité de la mesure doit s'apprécier au moment où celle-ci est prise; en l'occurrence, la mise en liquidation volontaire ayant lieu précisément pour éviter la faillite, [on ne peut] justifier la légalité d'une solution en se prévalant de l'illégalité qui fait naître cette solution »¹⁰⁴.

Cette objection ne peut être retenue, car elle méconnaît que, comme pour une société en *going concern*¹⁰⁵, l'état de faillite d'une société en liquidation doit être apprécié au jour où le juge statue et non à une date antérieure¹⁰⁶, ce que la cour d'appel de Liège a d'ailleurs rappelé dans son arrêt du 1^{er} mars 2001¹⁰⁷, confirmé par l'arrêt de la Cour de cassation du 6 mars 2003.

64. C'est, hélas, de cette certitude que naît le soupçon: si liquidation déficitaire et faillite sont des alternatives, pour quelles (mauvaises) raisons une société préfère-t-elle la première à la seconde?

Dans son arrêt du 1^{er} mars 2001, la cour d'appel de Liège relevait que « la technique de la liquidation est jugée intrinsèquement supérieure », « bien plus simple et bien plus rapide que la technique de la faillite » et que « la dissolution ne comporte pas un certain nombre d'inconvénients qu'occasionne la faillite »; elle consacrait ainsi la faveur alors donnée par le tribunal de commerce de Liège à la liquidation déficitaire sur la faillite, dans le cadre de la mise en œuvre

¹⁰⁴ L. MATRAY, « Le principe d'égalité des créanciers dans la jurisprudence récente de la Cour de cassation », op. cit., n° 15, p. 31.

¹⁰⁵ I. VÉROUSTRAETE et al., *Manuel de l'insolvabilité de l'entreprise*, op. cit., n° 866, pp. 712-713; A. ZENNER, *Traité du droit de l'insolvabilité*, op. cit., n° 1143, pp. 843-844.

¹⁰⁶ Fr. T'KINT, note sous Mons, 16 novembre 1988, *Rev. prat. soc.*, 1989, pp. 71-72.

¹⁰⁷ Liège, 1^{er} mars 2001, R.R.D., 2001, p. 421.

de l'article 45 de la loi du 17 juillet 1997 relative au concordat, qui autorisait le tribunal, en cas d'échec du concordat, à ordonner au commissaire aux sursis de convoquer l'assemblée générale de celle-ci avec sa dissolution à l'ordre du jour¹⁰⁸.

La liquidation déficitaire s'est en effet développée historiquement comme une procédure à la fois moins lourde que la faillite et plus propice à une valorisation optimale des actifs et à une cession des activités en continuité¹⁰⁹.

Même un auteur très critique quant à la légalité de la liquidation déficitaire relevait ainsi que « La faillite crée dans l'opinion un choc psychologique qui amenuise dangereusement les possibilités de l'entreprise faillie par comparaison avec celles qui lui seraient offertes dans le cadre d'une liquidation volontaire. Ainsi, le droit à la clientèle pourrait-il être sauvé et négocié. La restructuration à laquelle l'entreprise devrait procéder se ferait plus harmonieusement ; les actionnaires seraient plus enclins à y participer et le personnel y trouverait une meilleure sauvegarde de l'emploi. La liquidation pourrait échapper à la résiliation des contrats en cours et aux conséquences financièrement désastreuses qui en résultent. Les troubles sociaux seraient évités étant donné que les organes légaux de consultation du personnel continueraient à fonctionner »¹¹⁰.

65. On a pu écrire que les avantages prêtés à la liquidation se sont estompés avec l'instauration de la réorganisation judiciaire par transfert sous autorité de justice¹¹¹. Si cette procédure assure certes une continuité de la gestion en cours de sursis (*débitor in possession*) et se présente dès lors, sur ce point, comme une alternative vertueuse à la faillite, elle n'en est pas moins beaucoup plus lourde que la liquidation, compte tenu notamment de l'intervention combinée du mandataire de justice, du juge délégué et du tribunal, tant sur le plan de l'ouverture, du déroulement et de la prorogation du sursis que sur celui de la recherche et de la sélection des offres ainsi que de l'autorisation finale du transfert.

Plus généralement, la pratique enseigne cette vérité d'évidence, qu'il peut être difficile d'écrire ou de lire : soucieuses de conserver à l'initiative économique son indépendance, garantie par le principe d'immixtion judiciaire minimale¹¹² en cours de vie sociale, les sociétés sont naturellement enclines, en cas de discontinuité, à préférer un liquidateur, mandataire social qu'elles se donnent et qui agit sans contrôle judiciaire *a priori*, à un mandataire de justice imposé, qui œuvre dans le cadre d'une tutelle judiciaire plus ou moins étroite.

Ce choix peut se justifier pour des raisons légitimes : pour la mission, toujours délicate, de réalisation des actifs, surtout sous la forme d'une cession des

activités en continuité, la société n'est-elle pas le meilleur juge de la compétence et de la diligence du mandataire, et de la confiance dont elle peut l'investir ? Le choix du liquidateur avant la dissolution ne permet-elle pas de l'instruire préalablement de la situation et d'éviter ainsi la discontinuité ou, d'une manière générale, toute perte de temps, que la découverte du curateur lors de la descente de faillite implique généralement en pratique ? L'autocession, modalité très fréquente de la cession d'une entreprise en difficulté, n'est-elle pas réalisée de manière plus efficace par un liquidateur choisi – et intègre (n° 23), l'un n'excluant pas l'autre, faut-il l'écrire – que par un curateur opérant en discontinuité ou un mandataire de justice tenu, dans le cadre du transfert sous autorité de justice, à organiser la mise en concurrence¹¹³ ?

66. Il peut néanmoins y avoir des objections au choix de la liquidation déficitaire contre la faillite, toutes les fois que l'objet ou l'effet de la liquidation est de faire obstacle à la protection, impérative ou d'ordre public, que la faillite est réputée assurer aux créanciers, spécialement sous la forme des responsabilités particulières liées à l'état de faillite ou des inopposabilités de la période suspecte (n° 58).

Ceci n'autorise cependant ni à suspecter la fraude derrière toute liquidation déficitaire, ni même à examiner pour chacune d'elles la légitimité des motifs qui ont conduit la société à la préférer à la faillite. Dans un système juridique libéral, les choix d'une société ne relèvent pas du juge, mais des actionnaires et dirigeants ainsi que, en cas de discontinuité de la société, des créanciers. Si (une majorité de) ceux-ci s'en remettent aux choix des premiers (n° 57), il ne peut être question de les mettre judiciairement en cause, sauf à établir que la loi a été violée.

L'arrêt de la Cour de cassation du 5 juin 2020 s'écarte dangereusement de ces principes.

2. Autonomie des volontés et équivalence fonctionnelle entre faillite et liquidation déficitaire

67. Dans son arrêt du 5 juillet 2019 déféré à la censure de la Cour de cassation, la cour d'appel de Bruxelles relève tout d'abord que la liquidation jouit d'un crédit *suffisant* : la créance du demandeur en faillite ne représente que 0,16% du total des dettes et, cumulée avec les créances de quatre autres créanciers sollicités par le demandeur en cours de procédure, 1,20% du passif tout au plus, tandis que le créancier bancaire (dont la lecture du pourvoi révèle qu'il est le principal créancier hors groupe, l'actionnaire majoritaire de la société

¹⁰⁸ Voy. A. ZENNER, *Traité du droit de l'insolvabilité*, op. cit., n° 1174, pp. 863-864.

¹⁰⁹ M. LEMAL, *Manuel de la liquidation des sociétés commerciales*, op. cit., n° 841, p. 568, et n° 844, pp. 569-570.

¹¹⁰ L. MATRAY, « Le principe d'égalité des créanciers dans la jurisprudence récente de la Cour de cassation », op. cit., n° 14, p. 30.

¹¹¹ M. LEMAL, *Manuel de la liquidation des sociétés commerciales*, op. cit., n° 844, p. 570.

¹¹² R. AYDOGDU et O. CAPRASSI, *Les conflits entre actionnaires*, Bruxelles, Larcier, 2010, n° 28-29, p. 21.

¹¹³ Sur l'auto-cession, notamment en matière de transfert sous autorité de justice et de liquidation déficitaire, voy. R. AYDOGDU et F. ROZENBERG, « Auto-cessions et *steifhuisconstituties* dans les procédures collectives », op. cit., pp. 189-227.

disposant quant à lui d'une créance égale à 19% du passif) a laissé la liquidation se poursuivre.

La juridiction de fond considère ensuite que le liquidateur exerçait son mandat de manière régulière et diligente, le déroulement de la liquidation étant ainsi exempt de tout reproche, selon les termes de la Cour de cassation.

C'est dans ce contexte que la cour d'appel de Bruxelles retient deux «éléments indiquant que la liquidation pourrait avoir été entamée de manière préjudiciable pour les créanciers» : d'une part, la liquidation pourrait avoir eu pour objet (avec une intention frauduleuse, donc) de faire échapper les administrateurs à une éventuelle responsabilité pour poursuite déraisonnable d'une activité déficitaire ; d'autre part, des devoirs d'information étaient toujours en cours au sujet de faits de participation de la société à un circuit de facturation frauduleuse ou de main-d'œuvre au noir en 2015 et 2016 (soit, à la lecture du pourvoi, pour une période qui remonte à un an avant la dissolution, le 28 novembre 2017).

Indépendamment des circonstances concrètes relevées par la cour (n° 71), on peut sérieusement douter, sur le plan des principes, qu'il s'agisse là d'éléments indicatifs d'une liquidation entamée de manière préjudiciable pour les créanciers et dont le crédit serait dès lors artificiel (n° 58).

68. D'une part, la responsabilité pour poursuite déraisonnable d'une activité déficitaire s'est développée, avant sa consécration légale à l'article XX.227 du C.D.E. par la loi du 11 août 2017, sur la base de l'article 1382 du Code civil, comme un des exemples les plus frappants de la responsabilité aquienne des membres de l'organe d'administration d'une société¹¹⁴. Elle n'est donc assurément pas, comme telle, indissociable de l'état de faillite – à la différence, par exemple, de l'action en comblement de passif (art. XX.225 et XX.226 C.D.E.) – et pourrait donc parfaitement être mise en œuvre par le créancier d'une société en liquidation.

Tel était certainement le cas en l'espèce, s'agissant d'une liquidation entamée avant l'entrée en vigueur de la loi du 11 août 2017, le 1^{er} mai 2018.

Depuis lors, on pourrait certes adopter une approche plus nuancée. Même si l'article XX.227 du C.D.E. a été conçu comme une disposition qui « reprend et confirme la jurisprudence en matière de responsabilité des administrateurs et dirigeants de fait qui poursuivent l'exploitation d'une entreprise dont la situation est irrémédiablement compromise »¹¹⁵, il existe plusieurs différences notables entre la responsabilité fondée sur l'article 1382 du Code civil et celle qui découle de l'article XX.227 du C.D.E.¹¹⁶, tantôt plus favorables aux créan-

ciers, tantôt moins : nous relevons spécialement, à cet égard, le monopole d'action conféré aux curateurs, qui, à la différence de l'action au comblement de passif, expose les créanciers à l'inertie du mandataire de justice. Ce monopole, critiqué par certains auteurs¹¹⁷, éclaire d'ailleurs d'un jour particulier la cause dont avait à connaître la Cour de cassation dans l'arrêt annoté : il a en effet pour «but [...] d'éviter que tout intéressé puisse intenter une telle action dans un domaine exigeant une appréciation complexe et une connaissance approfondie du passé de l'entreprise», considération particulièrement édifiante lorsque l'on sait que c'est sur la base de simples *indices* que la cour d'appel de Bruxelles a décidé, à la demande d'un créancier isolé, de déclarer la faillite de la société en liquidation... (n° 58).

Au regard du respect dû à l'autonomie des volontés, il me paraît toutefois que, par-delà leurs différences, les responsabilités fondées sur les articles 1382 du Code civil et XX.227 du C.D.E. présentent une *équivalence fonctionnelle* telle qu'il ne peut être jugé, sur cette seule base, que la liquidation a été entamée de manière préjudiciable aux créanciers lorsque, comme en l'espèce, une majorité suffisante de ceux-ci accorde sa confiance à une liquidation qui se déroule de manière exempte de tout reproche.

69. D'autre part, les faits de participation de la société à un circuit de facturation frauduleuse ou de main-d'œuvre au noir, qui faisaient, en l'espèce, l'objet de devoirs d'information en cours au jour de la déclaration de faillite, sont, à l'évidence, étrangers aux responsabilités pénales liées à l'état de faillite (art. 489 à 490bis C. pén.).

La cour d'appel de Bruxelles considère simplement qu'un interlocuteur indépendant en la personne d'un curateur, mandataire de justice, représentant tant la société que les créanciers, se justifie.

Ce faisant, la cour néglige manifestement le contrôle judiciaire de la personne du liquidateur, compétent et intègre, lequel s'ajoute au droit d'action des créanciers (dûment informés par le dossier de liquidation et les états détaillés de la situation de la liquidation – n° 59), à l'égard desquels le liquidateur est le seul mandataire social à répondre de son mandat en vertu de l'article 2.106, alinéa 2, du C.S.A. (n° 61).

À nouveau, au regard du respect dû à l'autonomie des volontés, il me paraît que, par-delà leurs différences, l'intervention du curateur et celle du liquidateur présentent, à l'égard des responsabilités pénales évoquées en l'espèce, une *équivalence fonctionnelle* telle qu'il ne peut être jugé, sur cette seule base, que la liquidation a été entamée de manière préjudiciable aux créanciers lorsque,

¹¹⁴ J.-Fr. GORPIN, *Responsabilités des dirigeants de sociétés*, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 2012, n° 83, pp. 126-127 et n°s 150-153, pp. 237-242.

¹¹⁵ *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2016-2017, n° 54-2407/001, p. 105.

¹¹⁶ D. LAMBRICHTS, «La responsabilité des dirigeants pour poursuite déraisonnable d'une activité déficitaire : article 1382 du Code civil ou XX.227 du C.D.E. ? Et *quid* en période de coronavirus ?», *R.D.C. - T.B.H.*, 2020, pp. 674 et s.

¹¹⁷ J. VANANROYE, «Aansprakelijkheidsvorderingen bij *wrongful trading*: de "uitsluitende bevoegdheid van de curator" betekent niet "alleen de curator"», *R.P.S. - T.R.V.*, 2018, pp. 247 et s.; *contra*: W. DAVID et A. JANSSEN («Le nouveau droit des S.R.L. et de la faillite : quelles (inter)actions ?», *R.P.S. - T.R.V.*, 2020/4, n° 104, p. 494), qui estiment que le monopole du curateur est «heureux».

comme en l'espèce, une majorité suffisante de ceux-ci accorde sa confiance à une liquidation qui se déroule de manière exempte de tout reproche.

Plus fondamentalement encore, le critère employé par la cour d'appel de Bruxelles, inspiré de manière évidente par la suspicion qui frappe les liquidations déficitaires, s'écarte dangereusement de l'idée de fraude ou de préjudice pour les créanciers, en ce qu'il permet de déclarer la faillite d'une liquidation déficitaire toutes les fois, non déterminées, où l'indépendance du curateur serait préférable à celle d'un liquidateur compétent et intègre, diligent et investi de la confiance des créanciers. Il est regrettable que cette dérive évidente n'ait pas été censurée par la Cour de cassation, alors même qu'elle s'écarte manifestement du critère que la Cour consacre dans son arrêt, à savoir que le crédit n'est artificiel que lorsque la dissolution intervient en fraude des droits des créanciers ou a lieu à leur préjudice. En ce sens, la cour d'appel de Liège a très justement réformé un jugement du tribunal de l'entreprise de Liège, division de Liège, qui avait déclaré la faillite d'une société en liquidation au seul motif que « la procédure de la faillite offre davantage de garanties que la liquidation déficitaire », en décidant qu'« à défaut d'avoir constaté *in concreto* qu'une partie significative des créanciers de l'appelant avait manifesté sa défiance vis-à-vis de la liquidation, les premiers juges n'ont pas motivé légalement leur décision, toute autre considération sur les garanties qu'offrirait la faillite par rapport à la liquidation étant à cet égard irrelevante »¹¹⁸.

70. Nous en concluons qu'il n'y avait, dans l'un et l'autre cas, rien qui privait les créanciers de la liquidation du bénéfice d'actions pouvant être menées par un curateur et que la décision même de mise en liquidation n'était pas préjudiciable aux créanciers, contrairement à ce qu'a décidé la cour d'appel de Bruxelles sans être critiquée par la Cour de cassation.

3. L'indice

71. Ce n'est, hélas, pas seulement sur l'appréciation, *abstraite*, de la possibilité d'un préjudice pour les créanciers que l'arrêt annoté légitime la suspicion à l'égard de la liquidation déficitaire. Sous la forme d'un « indice », le soupçon suffit également pour l'appréciation *concrète* d'un préjudice propre à déclencher la faillite.

Dans l'arrêt attaqué, la cour d'appel de Bruxelles ne constate pas, en effet, la réunion des conditions de la responsabilité pour poursuite déraisonnable d'une activité déficitaire, mais juge seulement qu'« il n'est pas exclu » que la liquidation ait été entamée pour échapper à une « éventuelle » responsabilité. De la même manière, après avoir réservé le bénéfice de la présomption d'innocence [...], elle s'en tient à l'existence de devoirs d'informations en cours, sans qu'il n'y ait ni

condamnation par une juridiction de jugement (et donc, preuves d'infractions), ni renvoi par une juridiction d'instruction (et donc, charges suffisantes).

La Cour de cassation n'en confirme pas moins que la seule existence d'indices d'un préjudice pour les créanciers suffit à rendre le crédit factice, alors même qu'une majorité suffisante des créanciers accorde sa confiance à une liquidation qui se déroule de manière exempte de tout reproche, à l'intervention d'un liquidateur compétent et intègre.

72. La notion d'indice n'est certes pas étrangère au droit de la faillite. Des indices graves, précis et concordants que les conditions de la faillite sont réunies fondent la désignation d'un administrateur provisoire en vertu de l'article XX.32 du C.D.E., mais la faillite ne sera prononcée que sur demande de l'administrateur provisoire ou d'une autre partie intéressée, si toutefois la réunion des conditions de la faillite est établie. Sur un autre plan, la date de cessation de paiement pourra être reportée au-delà des 6 mois précédant la déclaration de faillite lorsqu'il existe des indices que la liquidation a été ou est menée dans l'intention de nuire aux créanciers (art. XX.105 C.D.E.), ce qui suppose toutefois logiquement que l'état de faillite ait été préalablement établi par le jugement déclaratif.

Ces précédents n'autorisent assurément pas à penser qu'une faillite puisse être prononcée sur indices. Le principe fermement établi est, bien au contraire, que « tout doute quant à la réunion des conditions de la faillite [...] doit profiter au débiteur et justifier que la faillite ne soit pas prononcée »¹¹⁹. La notion d'ébranlement de crédit offre certes une importante marge d'appréciation, mais l'ironie veut que cette condition ait précisément été maintenue pour éviter la faillite systématique des liquidations déficitaires (n° 50).

Si les juridictions de fond jugent souverainement, en fait, des conditions de la faillite, la Cour de cassation contrôle si elles ont pu, en droit, déduire l'état de faillite des faits qu'elles déclarent établis¹²⁰. Ce contrôle, déjà limité, de la Cour de cassation risque de devenir purement formel si les juridictions de fond peuvent désormais se limiter à de simples indices, dont l'arrêt annoté n'exige même pas qu'ils soient caractérisés – par exemple, par la formule visant les indices « graves, précis et concordants ».

73. Le risque, évident, d'une mise en cause systématique des liquidations déficitaires, à rebours de l'acquis de ces vingt dernières années, apparaît clairement des faits de la cause : il a suffi d'une information pénale et d'une poursuite d'activité déficitaire (dont l'article XX.227 du C.D.E. n'autorise la critique, en cas de faillite, que par le seul curateur, s'agissant d'un « domaine exigeant une appréciation complexe et une connaissance approfondie du passé de l'entreprise » – n° 68) pour qu'un créancier représentant une quotité dérisoire du pas-

¹¹⁹ A. ZENNER, *Traité du droit de l'insolvabilité*, op. cit., n° 1145, pp. 844-845.

¹²⁰ I. VINOUGSTRAETE et al., *Manuel de l'insolvabilité de l'entreprise*, op. cit., n° 864, p. 712; A. ZENNER, *Traité du droit de l'insolvabilité*, op. cit., n° 1146, p. 845.

¹¹⁸ Liège, 5 novembre 2019, J.L.M.B., 2020, pp. 1398-1399, note W. DAVID ; voy. ég. M. LEMAI, *Manuel de la liquidation des sociétés commerciales*, op. cit., n° 855, p. 578.

sif obtienne la déclaration de faillite d'une société dont la liquidation, exempte de tout reproche, est soutenue par les principaux créanciers.

Section 3

La dissolution judiciaire comme alternative à la faillite

74. Dans une contribution de 2015, Jean-Philippe Lebeau abordait la problématique de la mise en faillite de personnes morales dépourvues de toute substance, en d'autres termes des personnes morales devenues des « coquilles vides » : « Nombreuses sont les faillites qui concernent des personnes morales en désuétude, ne disposant plus d'aucun actif, n'employant pas ou plus de travailleurs, dont personne ne se soucie plus et dont il faut favoriser la disparition pour éviter qu'elles ne soient utilisées à des fins non souhaitées. À cet égard, une gestion efficiente des ressources humaines et financières du service public doit donc viser la disparition à moindre coût de ces « coquilles » vides. Pour réaliser cet objectif, il est préconisé – principalement dans l'hypothèse d'une « coquille » vide – de privilégier la dissolution judiciaire au lieu de prononcer la faillite »¹²¹.

La proposition de loi du 21 octobre 2020 portant diverses modifications en matière d'insolvabilité des entreprises¹²² a fait sienne cette analyse.

Ainsi, selon cette proposition :

« Les faillites clôturées pour insuffisance d'actifs forment la grande majorité des faillites et constituent en général des procédures dépourvues d'utilité pour les créanciers.

Or, la faillite est une procédure complexe qui alourdit considérablement et, en définitive, inutilement la charge des tribunaux de l'entreprise et des parquets financiers [...] »¹²³.

Pour permettre la « disparition au moindre coût des coquilles vides », le législateur entendait donc privilégier la dissolution judiciaire (avec clôture immédiate de la liquidation) au lieu de prononcer la faillite de ces personnes morales¹²⁴, et ce, malgré la procédure prévue par l'article XX.135 du C.D.E. visant la procédure sommaire de clôture de faillite pour insuffisance d'actifs¹²⁵.

Dès lors, selon la volonté du législateur exprimée dans cette proposition, « lorsque le tribunal identifie une « coquille vide », il fera le choix de la dissolution judiciaire, suivie d'une clôture immédiate à défaut de perspective d'actifs

suffisamment probable pour justifier les frais de la procédure pour la collectivité »¹²⁶.

75. Afin d'atteindre cet objectif, la proposition de loi prévoit trois hypothèses :

- La première hypothèse vise le cas d'une citation en faillite dans le cadre de laquelle le demandeur ne formule pas une « demande alternative de liquidation »¹²⁷.

Dans ce cas, le tribunal peut, « s'il résulte des éléments soumis par le demandeur et des éléments collectés conformément aux articles XX.21 à XX.23¹²⁸, que la personne morale a cessé ses paiements, qu'elle ne dispose pas d'actifs, qu'elle n'occupe pas ou n'a pas occupé de personnel au cours des dix-huit derniers mois, prononcer d'office, après avoir entendu les parties, la dissolution judiciaire du défendeur avec clôture immédiate de la liquidation »¹²⁹.

En d'autres termes, si le tribunal constate, sur la base des éléments à sa disposition, que les critères légaux (apparemment cumulatifs) sont remplis, celui-ci peut prononcer la dissolution judiciaire avec clôture immédiate de la liquidation, même si aucune demande n'a été formulée par la partie sollicitant la mise en faillite du débiteur-personne morale.

- La deuxième hypothèse vise le cas où le demandeur en faillite demande « par le même acte » que le tribunal, après avoir constaté que les conditions de la faillite sont réunies¹³⁰, prononce la dissolution judiciaire du débiteur¹³¹.

Ainsi, le demandeur, par exemple un créancier de l'entreprise, pourrait introduire une citation « double »¹³² en faillite et en dissolution judiciaire.

Le demandeur en faillite (et en dissolution) devra prouver que les conditions de la faillite sont réunies – mais il ne lui appartient pas d'apporter la preuve d'une absence d'actifs dans le chef de la personne morale¹³³, qui n'est pas requise pour déclarer l'état de faillite.

Dans cette hypothèse, le tribunal peut prendre la décision de dissoudre judiciairement la personne morale dans les « mêmes conditions » que ce qui est prévu dans le cadre de la première hypothèse.

- Enfin, la troisième hypothèse vise le cas du dépôt d'un aveu de faillite par la personne morale elle-même¹³⁴.

¹²⁶ *Ibid.*, p. 6.

¹²⁷ *Ibid.*, p. 10.

¹²⁸ Il s'agit des dispositions relatives à la collecte d'informations et la détection des entreprises en difficultés par les chambres des entreprises en difficulté.

¹²⁹ Art. 10 de la proposition de loi.

¹³⁰ La cessation de paiement et l'ébranlement du crédit (voy. l'art. XX.99 C.D.E.).

¹³¹ Art. 9 de la proposition de loi.

¹³² *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1591/001, p. 6.

¹³³ *Ibid.*, p. 10.

¹³⁴ Art. 10 de la proposition de loi.

Dans ce cas, le tribunal peut « convertir l'aveu de faillite en une dissolution avec clôture immédiate »¹³⁵.

Selon le législateur, dans cette hypothèse, le tribunal dispose des éléments contenus dans la déclaration d'aveu¹³⁶, ce qui devrait lui permettre de « prendre une décision plus aisée »¹³⁷.

Ainsi, le tribunal « peut, s'il résulte des éléments joints par le débiteur à son aveu que la personne morale a cessé ses paiements, qu'elle ne dispose pas d'actifs et qu'elle n'occupe pas ou n'a pas occupé de personnel au cours des dix-huit derniers mois, prononcer, après avoir convoqué le débiteur par pli judiciaire, la dissolution judiciaire de celui-ci avec clôture immédiate de la liquidation »¹³⁸.

Selon les travaux parlementaires, cette décision de prononcer la dissolution judiciaire avec clôture immédiate de la liquidation plutôt que la faillite pourrait, « sans aucun doute », être prise d'office par le tribunal, au nom de l'ordre public, mais après avoir entendu spécialement sur ce point le débiteur qui a fait aveu de faillite¹³⁹.

76. Le Conseil d'État a rendu un avis sur cette proposition de loi le 14 janvier 2021¹⁴⁰.

Dans son avis, le Conseil d'État formule plusieurs remarques à l'égard de la proposition de loi et notamment :

– Le fait que la proposition introduit une différence de traitement entre les créanciers des entreprises selon qu'elles sont des personnes morales ou

d'autres entreprises visées à l'article I.1, alinéa 1^{er}, 1^o, du C.D.E., comme les personnes physiques ou les organisations sans personnalité juridique¹⁴¹.

Ainsi, selon le Conseil d'État, alors que les créanciers d'une personne morale en état virtuel de faillite peuvent être privés du bénéfice d'actions pouvant être menées par un curateur (telles que les responsabilités particulières liées à l'état de faillite ou la remise en cause d'actes accomplis en période suspecte), les créanciers des entreprises autres que les personnes morales jouissent toujours des voies d'actions propres à l'état de faillite.

Le législateur est appelé à justifier cette différence de traitement au regard du principe constitutionnel d'égalité et de non-discrimination, compte tenu de l'objectif ou des objectifs de la proposition de loi, notamment celui de la « disparition à moindre coût » de certaines entreprises pour assurer « une gestion efficiente des ressources humaines et financières des pouvoirs publics ».

– Par ailleurs, le Conseil d'État s'interroge quant à la nature de la demande de dissolution qui pourrait être introduite par le créancier dans le même acte que sa demande de faillite.

S'agit-il d'une demande « simultanée, alternative ou subsidiaire »¹⁴² ?

– Le Conseil d'État relève que la proposition de loi déroge au principe positif, dès lors que, dans le cadre de la première et de la troisième hypothèse visées au point précédent, il est permis au juge de prononcer d'office la dissolution judiciaire (avec clôture immédiate de la liquidation) de la personne morale et ainsi imposer une solution qui n'est pas demandée, même implicitement, par les parties¹⁴³. Il s'agit véritablement pour le juge de substituer une prétention à une autre, ce qui contraste avec les autres exceptions légales au principe positif évoquées par le Conseil d'État dans son avis¹⁴⁴.

Le Conseil d'État en conclut que « le législateur doit être en mesure de justifier cette dérogation proposée au principe positif au regard du principe constitutionnel d'égalité et de non-discrimination »¹⁴⁵.

– Le Conseil d'État insiste également sur le fait que « le législateur devra [...] s'assurer que, dans l'hypothèse d'une citation en faillite, le juge dispose des moyens suffisants pour vérifier l'absence d'actes d'un débiteur, dès lors qu'il n'appartient pas au demandeur en faillite de le prouver. À défaut, le juge serait dans l'impossibilité d'effectuer la conversion envisagée »¹⁴⁶.

– Enfin, le Conseil d'État souligne que « l'actif d'un débiteur failli consiste non seulement dans les biens corporels ou incorporels que le curateur a

¹⁴¹ *Ibid.*, p. 15.

¹⁴² *Ibid.*, p. 18.

¹⁴³ *Ibid.*, p. 20 et G. DE LEVAL et J.-Fr. VAN DROOGENBOECK, « Principe positif et droit judiciaire fiscal », *R.G.C.F.*, 2004, p. 9.

¹⁴⁴ Avis du Conseil d'État n° 68.479/2 du 14 janvier 2021, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1591/002, pp. 20 et 21.

¹⁴⁵ *Ibid.*, p. 21.

¹⁴⁶ *Ibid.*, p. 22.

¹³⁵ *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1591/001, p. 11.

¹³⁶ Selon l'article XX.103 du C.D.E., le débiteur doit joindre ce qui suit à son aveu de faillite :

« 1° le bilan de ses affaires ou une note indiquant les motifs qui l'empêchent de le déposer ;

2° un bilan contenant un état des actifs et des passifs visé par le livre III, titre 3, chapitre 2, du présent Code ainsi que l'énumération et l'évaluation de tous les biens mobiliers et immobiliers du débiteur, l'état des créances et des dettes, le tableau des profits et pertes, le dernier compte de résultats dûment clôturé et le tableau des dépenses ; il doit être certifié véritable, daté et signé par le débiteur.

3° les données relatives à l'endroite où se trouve la comptabilité, en indiquant si elle est tenue par des tiers ; si tel est le cas, les coordonnées de ces tiers et les moyens d'avoir un accès à cette comptabilité ;

4° s'il occupe ou a occupé du personnel au cours des dix-huit derniers mois, le registre du personnel, le compte individuel prévu par l'article 4, § 1^{er}, 2^o, de l'arrêté royal n° 5 du 23 octobre 1978 relatif à la tenue des documents sociaux, tant celui de l'année civile écoulée que celui de l'année civile en cours, les données relatives au secrétariat social et aux caisses sociales auxquels l'entreprise est affiliée, l'identité des membres du comité pour la prévention et la sécurité au travail et des membres de la délé-

gation syndicale, ainsi que, le cas échéant, le code d'accès que l'Office national de la Sécurité sociale a attribué à l'entreprise et qui permet de consulter le registre électronique du personnel et donne accès aux autres données d'identification nécessaires ;

5° la liste mentionnant le nom et l'adresse des clients et des fournisseurs ;

6° la liste mentionnant le nom et l'adresse des personnes physiques qui, à titre gratuit, se sont constituées

sûreté personnelle pour l'entreprise [...] »

¹³⁷ *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1591/001, p. 11.

¹³⁸ Art. 10 de la proposition de loi.

¹³⁹ *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1591/001, p. 11.

¹⁴⁰ Avis du Conseil d'État n° 68.479/2 du 14 janvier 2021, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1591/002.

la mission de réaliser ou récupérer, mais encore dans le produit de diverses actions pouvant être menées par le curateur, telles que celles relatives aux responsabilités particulières liées à l'état de faillite ou la remise en cause d'actes accomplis en période suspecte.

Dans un arrêt du 5 juin 2020 (R.G. n° C.19 0550.F/1), la Cour de cassation a d'ailleurs jugé que le crédit d'une société est ébranlé lorsqu'il existe des indices que sa dissolution est préjudiciable aux créanciers en ce qu'elle les priverait du bénéfice de telles actions.

Le législateur est appelé à clarifier que l'absence d'actifs ne peut être tenue pour établie si le juge n'a pas préalablement vérifié l'absence d'indices que la dissolution priverait, en l'espèce, les créanciers de la société du bénéfice d'actions pouvant être menées par le curateur¹⁴⁷.

En d'autres termes, il semble que le Conseil d'État invite le législateur à s'assurer que le juge dispose, au moment où il statue, des informations utiles concernant l'absence d'indice quant à l'éventuel caractère préjudiciable que la dissolution pourrait avoir sur la situation des créanciers par rapport à la faillite.

77. Ce texte n'a pas été adopté jusqu'ici.

Toutefois, la volonté de substituer la dissolution judiciaire à la faillite se retrouve dans l'avant-projet de loi transposant la directive (UE) 2019/1023 du Parlement européen et du Conseil du 20 juin 2019 relative aux cadres de restructuration préventive, à la remise de dettes et aux déchéances, et aux mesures à prendre pour augmenter l'efficacité des procédures en matière de restructuration, d'insolvabilité et de remise de dettes, et modifiant la directive (UE) 2017/1132 et portant des dispositions diverses en matière d'insolvabilité.

Cet avant-projet diffère toutefois sensiblement de la proposition de loi examinée *supra*.

Ainsi, l'article 164 de l'avant-projet prévoit une modification de l'article XX.100 du C.D.E., surlignée dans le passage qui suit :

« Art. XX.100. Sans préjudice des dispositions des titres I et IV, du présent livre, la faillite est déclarée par jugement du tribunal de l'insolvabilité saisi, soit sur aveu du débiteur, soit sur citation d'un ou plusieurs créanciers, du ministère public, de l'administrateur provisoire visé aux articles XX.32 et XX.97/12 ou du curateur de la procédure principale dans le cas d'une procédure territoriale d'insolvabilité visée à l'article XX.13.

Les demandeurs en faillite visés à l'alinéa 1^{er} peuvent demander par le même acte que le tribunal, après avoir constaté que les conditions de la faillite sont réunies, prononce la dissolution judiciaire du débiteur.

La personne morale qui fait l'aveu de sa faillite peut demander dans l'acte d'aveu ou à l'audience subséquente que le tribunal, après avoir constaté que les conditions de la faillite sont réunies, prononce sa dissolution judiciaire.

Si le tribunal prononce la dissolution judiciaire, la procédure est poursuivie conformément aux articles 2-76 et suivants du Code des sociétés et des associations.

En cas de citation en faillite d'une entreprise visée à l'article I.1, alinéa 1^{er}, c), ou d'une personne morale dont les associés ont une responsabilité illimitée, le demandeur doit appeler à la cause les associés de celle-ci dont il connaît l'existence.

En cas d'aveu de faillite d'une entreprise visée à l'article I.1, alinéa 1^{er}, 1^o, c), ou d'une personne morale dont les associés ont une responsabilité illimitée, l'entreprise doit appeler à la cause ses associés¹⁴⁸.

78. Le projet d'exposé des motifs fournit les explications suivantes concernant les ajouts apportés par l'article 164 de l'avant-projet :

« le présent article, qui modifie l'article XX.100 du C.D.E., ouvre au demandeur en faillite la possibilité d'introduire à titre subsidiaire une demande en liquidation.

En vertu de l'article 701 du Code judiciaire, des demandes connexes peuvent être portées devant le même juge. Dans ce cas-ci, il ne s'agit toutefois pas à proprement parler de demandes connexes, mais plutôt d'une demande alternative portant sur les conséquences judiciaires à déduire d'un état de cessation de paiement allégué par le demandeur. Celui-ci peut avoir de bonnes raisons de préférer une liquidation rapide à une procédure de faillite ou encore de laisser le choix au tribunal de l'entreprise parfaitement au fait de la situation du débiteur. Dans un tel cas, il appartiendra au tribunal d'apprécier les modalités appropriées en fonction de la situation concrète. Le tribunal optera pour la voie de la liquidation d'une société essentiellement dans les cas où dans un cas de cessation de paiement (*sic*) il n'y a plus d'actif significatif et où une action en responsabilité serait illusoire.

Il ne paraît pas opportun d'imposer au demandeur la charge de la preuve d'une absence d'actif : le demandeur n'aura souvent pas accès à ces éléments et ce serait lui imposer une charge de la preuve excessive. Prouver l'état de cessation de paiement est déjà relativement complexe pour les créanciers [...] ».

79. À la lecture du texte de l'avant-projet de loi et du projet d'exposé des motifs, les remarques suivantes peuvent, à notre sens, être formulées :

– Contrairement à ce qui prévalait dans la proposition de loi du 21 octobre 2020, le juge ne peut plus prononcer d'office la dissolution judiciaire en lieu et place de la faillite (lorsque les conditions de cette dernière sont rencontrées).

En effet, la demande de dissolution judiciaire doit être formulée par le demandeur en faillite ou par la personne morale qui fait aveu de faillite.

¹⁴⁷ *Ibid.*

Il n'y a donc plus de dérogation au principe dispositif, comme cela était le cas dans le cadre de la proposition de loi précédente.

La nature de la demande en dissolution formulée par le demandeur en faillite n'est toutefois toujours pas clarifiée. On relèvera notamment que le projet d'exposé des motifs qualifie cette demande à la fois de « subsidiaire » et « d'alternative ».

Par ailleurs, si la précédente proposition de loi visait de façon délibérée les « coquilles vides », tel n'est pas le cas de l'avant-projet.

En effet, la dissolution judiciaire ne pouvait être prononcée en lieu et place de la faillite que pour autant qu'il soit constaté que la personne morale « ne dispose pas d'actifs, qu'elle n'occupe pas ou n'a pas occupé de personnel au cours des dix-huit derniers mois ».

En revanche, dans le cadre de l'avant-projet de loi, si le projet d'exposé des motifs précise qu'en cas de demande du demandeur en faillite ou du débiteur-personne morale qui fait aveu de faillite, « le tribunal optera pour la voie de la liquidation d'une société essentiellement dans les cas où dans un cas de cessation de paiement il n'y a plus d'actif significatif et où une action en responsabilité serait illusoire », aucun critère d'appréciation n'est prévu dans le texte de loi.

De manière assez large, le projet d'exposé des motifs précise « qu'il appartiendra au tribunal d'apprécier les modalités appropriées en fonction de la situation concrète » en cas de demande en dissolution du demandeur en faillite.

Le tribunal dispose donc d'un pouvoir d'appréciation plus large concernant le choix de l'une ou l'autre procédure, vu l'absence de critères légaux clairement identifiés.

Cette absence de critères légaux suscite la réflexion au regard des principes de sécurité juridique et d'égalité.

Enfin, la proposition de loi ne visait que la dissolution judiciaire avec clôture immédiate de la liquidation.

Dans le cadre de l'avant-projet de loi, le texte se borne à préciser que dans l'hypothèse où le tribunal prononce la dissolution, « la procédure est poursuivie conformément aux articles 2:76 et suivants du Code des sociétés et des associations ».

Les articles 2:76 et suivants du C.S.A. concernent les dispositions relatives à la liquidation des sociétés. Une référence plus explicite devrait, à notre sens, également être faite aux règles en matière de liquidation des associations et des fondations, également visées par le livre 2 du C.S.A.¹⁴⁸, lesquelles devraient entrer dans le champ d'application de ce nouvel article XX.100

¹⁴⁸ Art. 2:115 et s. C.S.A.

du C.D.E., s'agissant d'entreprises-personnes morales au sens de l'article I.1. du C.D.E.¹⁴⁹

Concrètement, s'agissant des sociétés, cela implique, selon nous, que le tribunal qui prononce la dissolution judiciaire sur la base de cet article XX.100, alinéa 2 du C.D.E. peut (1) soit prononcer la clôture immédiate de la liquidation, conformément à l'article 2:81 du C.S.A., (2) soit désigner un liquidateur, conformément aux articles 2:82 et suivants du C.S.A.

L'article 2:81 du C.S.A. (et, pour les A.S.B.L. et fondations, respectivement les articles 2:113, § 3, et 2:114, § 3) prévoit que « si le tribunal ne désigne pas de liquidateur en cas de dissolution judiciaire, il prononce la dissolution et la clôture immédiate de la liquidation ».

Cette disposition ne prévoit pas d'autre exigence, notamment liée au règlement du passif de la société, comme c'est le cas en matière de dissolution volontaire avec clôture immédiate de la liquidation¹⁵⁰.

On peut douter du fait que l'objectif initial du législateur, à savoir la réduction des coûts, soit pleinement rencontré en substituant à la faillite une liquidation sans clôture immédiate et donc avec désignation d'un liquidateur.

En effet, la désignation d'un liquidateur – en lieu et place d'un curateur – ne devrait pas permettre de réaliser d'économies substantielles. Une dissolution judiciaire avec désignation d'un liquidateur implique à tout le moins la constitution d'un dossier au greffe et le paiement des honoraires et frais du liquidateur assumés par l'État à défaut d'actif.

Le juge dispose donc d'une marge de manœuvre plus élevée concernant le déroulement de la liquidation consécutive à la dissolution de la personne morale sur la base du nouvel article XX.100 du C.D.E.

80. Dans un avis du 15 mars 2022, AVOCATS.BE se montre critique envers le nouvel article XX.100, alinéa 2, du C.D.E. proposé dans l'avant-projet de loi¹⁵¹, à l'instar de certains commentateurs¹⁵².

En effet, selon cet avis,

« [...] cette modification (de l'article XX.100 du C.D.E.) prévoit en effet à nouveau la faculté ouverte au tribunal, saisi d'une citation en faillite et même d'un aveu, de prononcer, à la demande du demandeur, la dissolution de l'entreprise avec clôture immédiate de la liquidation en lieu et place de la faillite.

Ce projet est déconnecté de la réalité.

[...]

¹⁴⁹ Voy. également l'article I.22, 8°, du C.D.E. relatif au champ d'application *ratione personae* du livre XX du C.D.E.

¹⁵⁰ Art. 2:80 du C.S.A.

¹⁵¹ Avis d'AVOCATS.BE relatif à l'avant-projet de loi transposant la directive (UE) 2019/1023, pp. 12 et 13.

¹⁵² J. DEHAENE, « Quelques réflexions sur la responsabilité civile des dirigeants d'entreprise en cas de faillite », in *La responsabilité civile, pénale et sociale au sein de l'entreprise – Questions choisies*, coll. Jeune barreau de Mons, Limal, Anthemis, 2021, pp. 29-30.

Il est évident, et l'expérience en atteste, que le tribunal, lorsqu'il devra faire le choix entre faillite ou liquidation, ne disposera pas des outils pour savoir s'il s'agit réellement d'une "coquille vide". Les vérifications réalisées à l'audience sont sommaires et ne suffiront aucunement à assurer que l'hypothèse d'une liquidation avec clôture immédiate doit être préférée.

Le tribunal ne peut durant cet examen "préliminaire et succinct" avoir accès à l'ensemble des éléments dont dispose un curateur au cours de l'exercice de sa mission, notamment au travers des courriers échangés avec les administrations, les travailleurs (ou anciens travailleurs) ainsi bien entendu que les créanciers qui se manifestent auprès de lui.

Il s'avère par ailleurs que même dans ce qui semble *a priori* des "coquilles vides", notamment en raison du constat réalisé de l'abandon du siège social, que des organes responsables peuvent être identifiés, localisés au terme de démarches multiples et permettent ainsi de retrouver de l'actif "hors des radars", voire de couvrir tout ou partie du passif produit à l'occasion de l'obtention de jugements de responsabilité du ou des administrateurs notamment.

Il existe un risque trop élevé d'erreurs manifestes d'appréciation du tribunal qui, à la différence de ses services de dépistage, n'aura évidemment pas le temps matériel de vérifier si la société est bien une "coquille vide", sans siège d'exploitation à une autre adresse, sans travailleurs (voire même sans travailleurs déjà licenciés, mais qui n'auraient pas obtenu leurs C4 - pétales de vacances...), ou le cas d'un ancien travailleur qui serait en procès depuis plusieurs années et qui laissant son dossier en suspens le temps de la procédure, apprendrait, 2 ans plus tard, que son ancien employeur "n'existe plus" (...).

Le risque d'abus et de difficultés importants existe manifestement. En outre, l'intérêt d'une dissolution immédiate n'est pas du tout établi.

Si le tribunal ne désigne pas de liquidateur ou de curateur, de nombreux actifs vont échapper aux créanciers (actifs non appréhendés, ou provenant de procédures judiciaires, détournement d'actifs, actifs cédés à une autre société nouvellement constituée avec le même gérant pour éviter de les réaliser et réanciers [sic]...). Cet article est potentiellement catastrophique pour les réanciers dont certainement l'État. Les chiffres avancés par plusieurs curateurs montrent qu'ils rapportent bien plus à l'État qu'ils ne coûtent.

Il semble également prévu que les procédures d'interdictions professionnelles sont également applicables en cas d'ouverture-clôture de liquidation, mais comment le procureur du Roi pourra-t-il être informé des agissements de certains administrateurs s'il ne l'est pas grâce à aux rapports des curateurs?

Outre les arguments d'opportunité sur lesquels nous ne revenons pas, cet avis pourrait, à notre sens, être nuancé au regard de ce qui suit :

Tout d'abord, il ne nous semble pas exact que le projet prévoit de manière systématique une clôture immédiate de la liquidation, lorsque la dissolution est décidée. Comme indiqué *supra*, le tribunal pourrait, à notre sens,

décider de désigner un liquidateur, qui pourrait, le cas échéant, intenter une action en responsabilité à l'encontre des anciens dirigeants ou, le cas échéant, faire avouer de faillite afin de permettre les voies d'actions propres à la faillite.

Cela étant, il reste à déterminer si de telles désignations seront effectivement prononcées en pratique, en particulier au regard de l'objectif de réduction des coûts qui sous-tend cette réforme.

Parmi les mécanismes de responsabilité des dirigeants propres à la faillite, l'article XX.225 du C.D.E., relatif à l'action en comblement de passif, exclut de son champ d'application les petites entreprises¹⁵³, catégorie à laquelle devraient, en principe, généralement appartenir les personnes morales sans actifs¹⁵⁴. La mise en cause de la responsabilité des dirigeants pour poursuite déraisonnable de l'activité, visée à l'article XX.227 du C.D.E., est quant à elle susceptible d'être recherchée dans le cadre d'une liquidation, sur la base du régime de la responsabilité civile de droit commun.

Par ailleurs, la modification de l'article XX.100 du C.D.E. doit également être mise en perspective avec la modification du régime relatif à la détection des entreprises en difficultés. En effet, l'avant-projet de loi prévoit de modifier les dispositions en matière de détection des entreprises en difficultés, notamment, via les articles XX.21 et suivants du C.D.E., en vue de mettre en place un outil préventif fondé sur la collecte d'indicateurs économiques, auxquels l'entreprise visée pourra avoir accès sur demande. On pointerait, à cet égard, l'insertion d'un article XX.22/1 du C.D.E., en vertu duquel :

« § 1^{er}. Les renseignements et données visés à l'article XX.21¹⁵⁵ comprennent notamment :

- les avis de saisies visés aux articles 1390 à 1390quater du Code judiciaire tels qu'ils doivent être communiqués conformément à l'article 1390septies du même code, ainsi que leur numéro d'identification ;

¹⁵³ Art. 225, § 2, C.D.E. : « Le paragraphe 1^{er} n'est pas applicable lorsque l'entreprise en faillite, a réalisé au cours des trois exercices qui précèdent la faillite ou au cours de tous les exercices si l'entreprise a été constituée depuis moins de trois ans, un chiffre d'affaires moyen inférieur à 620.000 euros hors taxe sur la valeur ajoutée et lorsque le total du bilan du dernier exercice n'a pas dépassé 370.000 euros ou lorsqu'il s'agit d'une A.S.B.L., A.I.S.B.L. ou fondation qui tient une comptabilité simplifiée conformément aux articles 17, 37 et 53 de la loi du 27 juin 1921 sur les associations sans but lucratif, les fondations, les partis politiques européens et les fondations politiques européennes ».

¹⁵⁴ Notons toutefois que, selon certaines juridictions, il appartient au failli de démontrer qu'il remplit les conditions nécessaires afin d'échapper au mécanisme de responsabilité visé à l'article XX.225 du C.D.E. En pratique, cette démonstration peut cependant s'avérer complexe, voire dans certains cas être compromise, notamment en l'absence de comptabilité du failli (voy. à cet égard I. VERHOUGSTRAETE et al., *Manuel de l'insolvabilité de l'entreprise*, op. cit., p. 1438).

¹⁵⁵ Selon cette disposition, « les renseignements et données qui permettent d'indiquer une probabilité d'insolvabilité et la nécessité d'une action immédiate, sont collectés auprès du ministère public, ou au greffe du tribunal du ressort dans lequel le débiteur a le centre de ses intérêts principaux [...] ».

- le montant des sommes dues qui doivent légalement être communiquées aux tribunaux de l'entreprise, conformément à l'article XX.23¹⁵⁶ ;
- l'indicateur de santé financière calculé par la Banque nationale de Belgique ;
- les changements concernant le nombre de travailleurs ;
- les changements de siège.

§ 2. Le président de la chambre des entreprises en difficulté peut, par requête spécifique et motivée, demander toute information relative au débiteur au Point de contact central tenu par la Banque nationale de Belgique conformément à la loi du 8 juillet 2018 portant organisation d'un point de contact central des comptes et contrats financiers et portant extension de l'accès au fichier central des avis de saisie, de délégation, de cession, de règlement collectif de dettes et de protêt¹⁵⁷.

Ces modifications pourraient permettre au tribunal appelé à statuer d'être plus efficacement alerté, à partir des données collectées, quant au risque d'insolvabilité de la personne morale, étant entendu que, d'une part, il n'appartient pas au demandeur en faillite de prouver l'absence d'actif, et, d'autre part, le tribunal pourra, par ailleurs, bénéficier des informations contenues dans les annexes de l'aveu de faillite, lorsque la demande émane de la personne morale elle-même.

L'avant-projet prévoit encore que le débiteur dont la situation ferait apparaître, à partir des indicateurs recueillis, une probabilité d'insolvabilité puisse se voir adresser un avertissement par le greffe (art. XX.21/2 nouveau C.D.E.).

L'absence de réaction du débiteur à cet avertissement n'est pas sans incidence, le projet d'exposé des motifs indiquant que « si le débiteur reste passif sa responsabilité serait engagée en vertu de l'article XX.227 » et que « cet avertissement peut être un élément de saisine des chambres des entreprises en difficulté ».

Il reste à déterminer si cela peut être considéré comme suffisant pour permettre au tribunal de statuer en possession des éléments nécessaires et éviter ainsi le risque d'erreurs manifestes pointé dans l'avis d'AVOCATS.BE.

¹⁵⁶ Selon le paragraphe 2 de l'article XX.23 du C.D.E., « [...] dans le mois de l'expiration de chaque trimestre, l'Office national de Sécurité sociale transmet au greffe du tribunal dans le ressort duquel se situe le centre de leurs intérêts principaux, une liste des débiteurs qui n'ont plus versé les cotisations de sécurité sociale dues depuis un trimestre. La liste indique, outre le nom du débiteur, la somme due. Dans le mois de l'expiration de chaque trimestre, l'administration des finances transmet au greffe de tribunal dans le ressort duquel se situe le centre de leurs intérêts principaux, une liste des débiteurs qui n'ont plus versé la T.V.A. ou le précompte professionnel dus depuis un trimestre. La liste indique, outre le nom du débiteur, la somme due ».

5

RESPONSABILITÉS DES DIRIGEANTS : ACTUALITÉS ET QUESTIONS CHOISIES EN LIEN AVEC LA COMPTABILITÉ¹

Aurore JANSEN

juge au tribunal de l'entreprise de Liège
collaboratrice scientifique à l'ULiège

Déborah GOL

juge au tribunal de l'entreprise du Hainaut
collaboratrice scientifique à l'ULiège

Sommaire

Introduction

Section 1

Actualités en matière d'insolvabilité, spécialement concernant le statut et la responsabilité des dirigeants

219

Section 2

Comptabilité et faillite : devoirs et responsabilités en lien avec la tenue de la comptabilité

230

Section 3

Renforcement des obligations des administrateurs en cas de menace sur la continuité de l'entreprise

267

¹ Les opinions exprimées dans la présente contribution n'engagent que leurs auteurs.