

COUR DE CASSATION 26 NOVEMBRE 2021

SOCIÉTÉS ET ASSOCIATIONS

Dispositions communes – Dissolution et liquidation

Fût-il désigné par l'assemblée générale ou par le tribunal de l'entreprise, le liquidateur est, durant les opérations de liquidation, l'organe de la société vis-à-vis des tiers.

S'il exerce ses pouvoirs dans l'intérêt de la société et des créanciers, le liquidateur ne représente que la société et non les créanciers. Il ne peut dès lors mettre en œuvre que les actions qui appartiennent à la société.

(...)

Fût-il désigné par l'assemblée générale ou par le tribunal de l'entreprise, le liquidateur est, durant les opérations de liquidation, l'organe de la société vis-à-vis des tiers.

Il lui appartient de réaliser le patrimoine social dans les meilleures conditions possibles afin d'en répartir le produit entre les créanciers et, le cas échéant, les actionnaires ou associés de la manière prescrite par l'article 190 dudit code.

S'il exerce ses pouvoirs dans l'intérêt de la société et des créanciers, le liquidateur ne représente que la société et non les créanciers.

VENNOOTSCHAPPEN EN VERENIGINGEN

Gemeenschappelijke bepalingen – Ontbinding en vereffening

Ook al is hij aangesteld door de algemene vergadering of door de ondernemingsrechtbank, dan toch blijft de vereffenaar ten aanzien van derden een orgaan van de vennootschap?

Wanneer hij handelt in het belang van de vennootschap en van de schuldeisers vertegenwoordigt hij alleen de vennootschap en niet de schuldeisers. De vorderingen die hij instelt zijn die welke aan de vennootschap toebehoren.

P.G. / H.B. et DTHF

Siège.: M. Delange (président de section comme président), M. Lemal (président de section), A. Jacquemin, M. Marchandise et M. Moris (conseillers)

MP: B. INGHELS (avocat général)

Pl.: Me D. Garabedian

Aff.: C.20.0572.F

Il ne peut dès lors mettre en œuvre que les actions qui appartiennent à la société.

(...)

La société en commandite par actions ne dispose pas du droit d'agir en paiement des dettes sociales contre les associés commandités, cette action n'appartenant qu'aux créanciers de la société.

Partant, le liquidateur ne peut introduire une action tendant à l'apurement du passif de la société dissoute contre les associés tenus solidairement avec la société.

(...)

Note

Voyage aux frontières de la faillite et de la liquidation

Florence GEORGE¹ et Jean-Benoît HUBIN²

1. Introduction. L'arrêt du 26 novembre 2021 a le mérite de mettre en lumière la frontière souvent méconnue entre la mission du liquidateur et celle de curateur, lesquels

acteurs sont parfois présentés comme concurrents. Il offre l'occasion d'examiner les moyens d'action dont disposent ces deux agents clés et de comparer ceux-ci.³

¹ Chargée de cours à l'UNamur, chargée de cours invitée à l'UCLouvain, avocate au barreau de Liège-Huy.

² Juge au tribunal de l'entreprise francophone de Bruxelles, collaborateur scientifique à l'UNamur.

³ Le propos de ce commentaire est de comparer les moyens d'action à la disposition du curateur et du liquidateur. Dans une perspective plus globale, d'autres points d'attention pourraient susciter la comparaison, tels que le statut de ces deux acteurs, le contrôle qui s'exerce sur leur mission, leur régime de responsabilité, leurs obligations comptables, etc. Pour une comparaison synthétique entre faillite et liquidation, voy. S. BRIJS et R. LINDEMANS, *De gevolgen van collectieve insolventieprocedures voor de executierechten van individuele schuldeisers*, Herentals, KnopsPublishing, 2015, pp. 201-217.



Dans un premier temps, nous revenons sur les grandes étapes du litige porté devant la Cour de cassation ainsi que sur l'arrêt rendu par notre Cour suprême (I.). Les rapports entre la faillite et la liquidation seront ensuite présentés (II.), avant de comparer les prérogatives du curateur, d'une part, et du

liquidateur, d'autre part (III.). Ceci nous conduira à explorer les passerelles qui mènent de la liquidation à la faillite (IV.) et celles qui pourraient, dans le futur, emprunter le chemin de la faillite vers la liquidation (V.).

I. FAITS ET RÉTROACTES

2. Faits. Les faits de la cause peuvent se résumer comme suit.

En 2011, une société en commandite par action E.I. est constituée. Elle a pour objet l'exercice d'activités immobilières. La SPRL D. et Mme B. sont les associées commanditaires. Elles ont souscrit chacune 50% du capital. M. D., l'époux de Mme B., est le commandité.

En 2014, à la suite d'un différend existant entre X. (gérant de la SPRL D., laquelle est commanditaire de la société E.I.) et M. D. (commandité de E.I.), une action en dissolution judiciaire est introduite.

Le 29 juin 2016, le tribunal de commerce du Brabant wallon prononce la dissolution judiciaire de la société E.I. Me G. est désigné en qualité de liquidateur.

Dans l'intervalle, en 2015, la SPRL D. a assigné la société E.I. en remboursement d'avances sur compte courant.

Le 1^{er} décembre 2016, la société en liquidation E.I., représentée par son liquidateur, cite en intervention M. D. dans le litige qui l'oppose à la SPRL D.

Le liquidateur *q.q.* sollicite que M. D., en sa qualité de commandité, prenne fait et cause pour E.I. afin de contester la créance vantée par la SPRL D. et dont il est solidairement tenu.

Partant du constat que la société en liquidation présente un important passif non susceptible d'être apuré par son actif, le liquidateur se prévaut du fait qu'il est le seul à l'exclusion des autres créanciers (tels que la SPRL D.) à pouvoir agir sur pied de l'article 654 du Code des sociétés. Pour mémoire, cet article disposait que: « La société en commandite par actions est celle que contractent un ou plusieurs associés responsables et solidaires, que l'on nomme commandités, avec un ou plusieurs associés commanditaires qui ont la qualité d'actionnaires et qui n'engagent qu'une mise déterminée. » Cette disposition poursuit un objectif de protection des tiers. Elle a été remplacée par l'article 4:22 du Code des sociétés et des associations (CSA).

3. Jugements rendus par le tribunal de commerce du Brabant wallon. Dans sa décision du 7 février 2017, le tri-

bunal de commerce admet la créance de la SPRL D. à concurrence de 1.244.157,24 EUR à titre chirographaire.

Une seconde décision intervient le 18 avril 2017 à l'occasion de laquelle le tribunal dit pour droit que le liquidateur peut, seul et à l'exclusion de la SPRL D., comme des autres créanciers, exercer contre M. D. l'action tendant à la liquidation du passif de la société en liquidation. M. D. est condamné à payer au liquidateur 1,00 EUR à titre provisionnel.

M. D. interjette appel du jugement du 18 avril 2017.

4. Arrêts de la cour d'appel de Bruxelles. L'appelant développe plusieurs arguments à l'appui de son appel.

D'un côté, M. D. affirme que l'article 654 du Code des sociétés ne bénéficie qu'aux tiers et non à la société en commandite. La solidarité qui découle de cette disposition ne vise qu'à protéger les tiers.

De l'autre, le liquidateur soutient que sa mission ne s'écarte pas de celle d'un curateur. Il sollicite l'application par analogie des arrêts du 19 décembre 2008⁴ et du 6 décembre 2012⁵ rendus en matière de faillite, en vertu desquels « la nécessité d'un règlement efficace de la faillite et l'égalité de traitement des créanciers impliquent que le curateur peut exercer les droits d'action contre un tiers qui doit répondre des dettes du failli lorsque cette obligation existe à l'égard de tous les créanciers, même si ces droits d'action n'appartiennent pas au failli ». Pour appuyer sa qualité de tiers, le liquidateur invoque le fait qu'une action paulienne lui est ouverte tandis qu'il ne peut avoir égard à un gage non inscrit au moment de sa désignation.

En outre, à l'estime du liquidateur, la liquidation crée une situation de concours au cours de laquelle il demeure l'organe de la société tout en représentant les créanciers. Partant, il soutient, par analogie avec le régime de la faillite, que « la nécessité d'un règlement efficace de la liquidation d'une société et l'égalité de traitement des créanciers implique qu'il puisse agir contre un tiers qui doit répondre des dettes de la société en liquidation, même s'il en est l'organe, lorsque cette obligation existe à l'égard de tous les créanciers ».

⁴ Cass., 19 décembre 2008, *Pas.*, 2008, I, p. 3035.

⁵ Cass., 6 décembre 2012, *Pas.*, 2012, I, p. 2436.



Cette thèse est rejetée par la cour d'appel de Bruxelles, dans son arrêt du 13 décembre 2019, qui réforme la décision attaquée.

Pour la cour, le liquidateur n'a pas reçu pour mission de « représenter tous les créanciers de la société ». Même si la mission du curateur s'apparente à celle du liquidateur, leur statut diffère. Tandis que le liquidateur est l'organe de la société, le curateur agit notamment au nom et pour compte de la masse et exerce les droits communs des créanciers. Les enseignements de la Cour de cassation ne peuvent donc être transposés par analogie.

L'action du liquidateur sur la base de l'article 654 du Code des sociétés est dès lors déclarée irrecevable.

Dans cette décision, il est réservé à statuer sur l'appel incident formé par la SPRL D. à l'encontre de la décision du 18 avril 2017, en ce qu'elle lui avait dénié le droit d'agir contre l'associé commandité tenu solidairement.

Dans ses conclusions après réouverture des débats, la SPRL D. sollicite la condamnation de M. B. à payer, à titre principal, à la société E.I. le montant de 1.244.157,24 EUR et, à titre subsidiaire en tant que demande nouvelle, de lui payer ce montant directement entre ses mains.

Dans un arrêt subséquent du 2 octobre 2020, la cour refuse de faire droit à la demande principale dès lors que le liquidateur a été débouté de sa demande. La demande formulée à titre subsidiaire étant une demande nouvelle formulée pour la première fois en degré d'appel, elle est déclarée irrecevable en application de l'article 812, alinéa 2, du Code judiciaire.

5. Pourvoi en cassation. Le liquidateur, agissant *q.q.* pour la société E.I. forme un pourvoi en cassation contre l'arrêt du 13 décembre 2019.

Il maintient qu'au regard de la mission dévolue par le Code des sociétés, le liquidateur « doit pouvoir agir, à l'instar du curateur de faillite contre un tiers qui doit répondre des dettes de la société en liquidation, lorsque cette obligation existe à l'égard de tous les créanciers, dans le but d'assurer un règlement efficace de la liquidation de la société ainsi que le respect de l'égalité de traitement des créanciers. Le liquidateur a dès lors la qualité pour agir sur la base de l'article 654 du Code des sociétés contre l'associé tenu solidairement avec la société dans l'intérêt de tous les créanciers ». En déniant le droit d'agir sur le fondement de l'article 654 du Code des sociétés l'arrêt de la cour d'appel méconnaît, selon lui, la portée de l'article précité et la mission du liquidateur.

Il est renvoyé au droit du curateur d'agir contre les associés solidairement tenus aux dettes sociales tel que reconnu par la Cour de cassation dans le cas d'une société en commandite simple et d'une société coopérative à responsabilité illimitée (arrêts du 19 décembre 2008, C.07.0281.N et du 6 décembre

2012, C.11.0654.F précités). Les motifs dégagés par la Cour dans ces arrêts seraient applicables par analogie à la situation du liquidateur et particulièrement à celle du liquidateur mandataire judiciaire intervenant dans le cadre d'une liquidation déficitaire.

Selon le requérant, la doctrine reconnaît par ailleurs que le liquidateur agit principalement dans l'intérêt des créanciers, particulièrement en cas de mandat judiciaire et de liquidation déficitaire. Il soutient en effet que « le fait que les droits de chacun des créanciers soient figés, en application de l'article 190, § 1^{er} précité, à la date de la décision de dissolution et de la désignation d'un liquidateur, a pour effet d'attribuer à ce dernier les droits des créanciers ».

Plusieurs exemples sont mentionnés à l'appui de cette argumentation à savoir notamment l'inopposabilité d'un gage sur fonds de commerce non inscrit au moment de la dissolution et l'action paulienne.

6. Conclusions de l'avocate générale. L'avocate générale conclut au rejet du pourvoi.

Elle met tout d'abord en exergue la différence entre les deux procédures: « la dissolution d'une société n'emporte pas un véritable dessaisissement comparable à celui qu'opère la faillite. Certains auteurs parlent de quasi-dessaisissement (...) »

Ensuite, les divergences entre le statut des deux agents-clé est souligné: « Dans la liquidation, le liquidateur doit réaliser le patrimoine social dans les meilleures conditions possibles afin d'en répartir le produit entre les créanciers, mais si la jurisprudence de la Cour de cassation a abouti à rapprocher le régime de la liquidation de celui de la faillite et, dès lors, à faire assumer par les liquidateurs un rôle fort proche de celui des curateurs de faillite, il n'en reste pas moins que son statut diffère du statut du curateur. » Ainsi, il est rappelé que « même s'il doit en surveiller les intérêts, le liquidateur ne représente pas la masse des créanciers. La solution est constante depuis un arrêt de la Cour du 12 novembre 1903. Par plusieurs arrêts importants, celle-ci a précisé les effets de la mise en liquidation sur les droits des créanciers ».

Partant, « le statut du liquidateur diffère fondamentalement de celui du curateur: alors que le curateur, mandataire de justice, représente tant la masse des créanciers que la société faillie, le liquidateur (...) ne représente que la société; même si, dans sa mission, il est tenu de veiller au respect des intérêts des créanciers et de l'égalité entre eux, il agit comme mandataire de la société et ne représente nullement les divers créanciers. Sur ce plan, dès lors que les pouvoirs du liquidateur conventionnel et ceux du liquidateur judiciaire sont identiques, il n'y a pas de raison d'opérer une différence en fonction du mode de désignation ».

Se pose alors la question du bénéfice de l'action prévue à l'article 654 du Code des sociétés au liquidateur. Il y est répondu par la négative sur la base de la justification sui-



vante: « Cet article dispose que les associés commandités d'une société en commandite par action sont solidairement tenus avec la société des dettes sociales vis-à-vis des tiers, c'est-à-dire des créanciers. Le principe est ancien: 'Conformément à l'article 1203 du Code civil, tout créancier peut poursuivre chacun des associés pour la totalité de la dette.' Par conséquent, la société en commandite par action ne dispose pas du droit d'agir en paiement des dettes sociales contre les associés commandités, cette action n'appartenant qu'aux tiers.

Lorsqu'un créancier agit en paiement de sa créance contre un associé commandité, il ne lèse pas les droits des autres créanciers, dès lors que la société n'avait pas le droit d'agir contre cet associé et de lui réclamer le paiement du passif de la société, en vue d'en répartir le produit entre tous les créanciers. En outre, le droit de chaque créancier d'agir contre cet associé reste intact. » Comme l'indique l'avocate générale, ce pouvoir d'action dont disposent les créanciers à l'égard des associés commandités remonte aux origines de la société en commandite. Il concrétise le mécanisme de solidarité à charge des associés commandités et assure, à ce titre, la protection des tiers.

Enfin, l'avocate générale s'interroge sur l'application par analogie de l'enseignement des deux arrêts dont se prévaut le demandeur en cassation. A son estime, un tel parallélisme ne se justifie pas dès lors que « ceux-ci ont fondé leur enseignement sur la double justification suivante: la nécessité d'un règlement efficace de la faillite et l'égalité de traitement des créanciers. Ce double motif implique que le curateur puisse exercer les droits d'action contre un tiers qui doit répondre des dettes du failli lorsque cette obligation existe à l'égard de tous les créanciers, même si ces droits d'action

n'appartiennent pas au créancier individuel. Cette formulation indique que le droit d'action est reconnu dans le chef du curateur, non pas en tant qu'organe représentant le failli, mais en tant que représentant de la masse des créanciers. Or, cet aspect de la mission du curateur n'est pas reconnu dans le chef du liquidateur ».

7. Arrêt de la Cour de cassation du 26 novembre 2021.

La Cour de cassation, suivant ainsi les conclusions de l'avocate générale, rejette le pourvoi. Elle décide que « fût-il désigné par l'assemblée générale ou par le tribunal de l'entreprise, le liquidateur est, durant les opérations de liquidation, l'organe de la société vis-à-vis des tiers.

Il lui appartient de réaliser le patrimoine social dans les meilleures conditions possibles afin d'en répartir le produit entre les créanciers et, le cas échéant, les actionnaires ou associés de la manière prescrite par l'article 190 dudit code ».

La Cour réitère le principe selon lequel le liquidateur « exerce ses pouvoirs dans l'intérêt de la société et des créanciers ». Elle souligne cependant qu'il « ne représente que la société et non les créanciers » et « ne peut dès lors mettre en œuvre que les actions qui appartiennent à la société ».

Dès lors que, conformément à l'article 654, « la société en commandite par actions ne dispose pas du droit d'agir en paiement des dettes sociales contre les associés commandités, cette action n'appartenant qu'aux créanciers de la société », « le liquidateur ne peut introduire une action tendant à l'apurement du passif de la société dissoute contre les associés tenus solidairement avec la société ».

II. LES RAPPORTS ENTRE LA FAILLITE ET LA DISSOLUTION/LIQUIDATION

8. Situations de concours dans l'intérêt des créanciers. Les procédures de faillite et de liquidation ont toujours entretenu des liens étroits. Toutes deux ont en effet vocation à liquider un patrimoine et à désintéresser les créanciers.⁶

À l'instar de la faillite, « la liquidation constitue avant tout une procédure collective organisée au profit de la masse des créanciers ». ⁷ Elle fait naître une situation de concours entre ces derniers.⁸ Cette notion de concours est consacrée par l'article 2:97 du CSA, qui prévoit que, sans préjudice des créanciers privilégiés, le liquidateur est tenu de payer toutes les dettes, proportionnellement et sans distinction entre les dettes exigibles et les dettes non exigibles. Ainsi, le liquidateur ne peut procéder à une distribution en faveur des action-

naires ou des associés de la personne morale dissoute qu'après avoir payé ou consigné les sommes nécessaires au paiement des dettes de la personne morale.

Le principal point de convergence entre liquidation et faillite résulte donc, de manière certaine, de l'attention accordée par chacune de ces procédures à la protection des créanciers, et de la situation de concours qui en résulte.

Selon Mme Grégoire, « tout acte de la société en liquidation doit poursuivre ce seul but et se tourner vers un objet unique: servir le mieux possible les droits des créanciers. La société dissoute agit, certes, en son nom au travers de son organe, le liquidateur, et bien sûr pour son propre compte, mais ce compte s'identifie désormais totalement à celui des créan-

⁶ Voy. sur la mise en liquidation et la création d'une situation de concours, Cass., 23 novembre 1939, *Pas.*, 1939, I, p. 486.

⁷ M. LEMAL, *Manuel de la liquidation des sociétés commerciales*, Malines, Kluwer, 2014, p. 164.

⁸ Cass., 31 janvier 1964, *R.C.J.B.*, 1965, p. 99; Cass., 16 juin 1988, *Pas.*, 1988, I, p. 1251; Cass., 7 avril 1986, *Pas.*, 1986, I, p. 951; Cass., 17 octobre 1996, *Pas.*, 1996, I, p. 992; Cass., 15 octobre 1999, *Pas.*, 1999, I, p. 1324; Cass., 23 septembre 2004, *J.L.M.B.*, 2004, p. 1436.



ciers (et non plus des associés, dont les apports ne seront remboursés qu'après apurement éventuel du passif). En dehors de cet objectif, la personnalité et la capacité juridiques de la société s'abolissent. La société en liquidation n'est donc certes pas représentée par un tiers, mais dès lors que son patrimoine ne peut plus évoluer que dans le but de fournir aux créanciers le meilleur remboursement possible, elle subit un déficit fondamental de son autonomie relativement à ses propres biens. Dans cette mesure, elle connaît un quasi-dessalement rapprochant sa situation, de ce point de vue, de celle de la société faillie ».⁹

Le requérant s'appuyait sur ce constat pour soutenir, dans le pourvoi ayant donné lieu à l'arrêt du 26 novembre 2021, que sa mission ne différait pas de celle d'un curateur et qu'il devait dès lors pouvoir agir contre un tiers au nom de tous les créanciers.

Bien que la Cour de cassation confirme l'arrêt attaqué, elle rappelle que la mission du liquidateur doit tendre en priorité à la protection des intérêts des créanciers. Elle souligne à cet égard qu'il appartient au liquidateur « de réaliser le patrimoine social dans les meilleures conditions possibles afin d'en répartir le produit entre les créanciers et, le cas échéant, les actionnaires ou associés ».

9. La liquidation volontaire déficitaire en tant qu'alternative à la faillite. Puisque les deux procédures partagent un objectif commun, la liquidation est régulièrement utilisée comme une forme d'alternative à la faillite. L'intérêt de la liquidation, par rapport à la faillite, réside principalement dans la souplesse et la liberté qu'elle offre à la personne morale, ainsi que dans la possibilité d'assurer une continuité de l'activité (en cas de liquidation volontaire).

C'est principalement dans l'hypothèse de la liquidation après dissolution volontaire que les rapports que la faillite et la liquidation entretiennent ont été appréhendés par la jurisprudence et par la doctrine.

Le risque de léser les créanciers en échappant à la faillite est en effet particulièrement prégnant dans les liquidations volontaires. Les enseignements dégagés par la jurisprudence et par la doctrine dans ce type de situation sont néanmoins également pertinents lorsque l'on examine les liens entre la faillite et la liquidation judiciaire.

D'un côté, l'on a pu argumenter qu'une société une fois mise en liquidation n'était plus en état virtuel de faillite, la condition d'ébranlement de crédit étant appréciée différemment dans les deux procédures (*infra*, n° 20). De l'autre, l'on pouvait rétorquer que la liquidation volontaire constituait un moyen de contourner le régime d'ordre public de la faillite tandis qu'elle violait l'obligation de faire aveu de faillite sous peine de sanction pénale.

L'existence d'une véritable alternative ne semble toutefois plus contestée en doctrine et en jurisprudence.¹⁰

L'article XX.105, alinéa 6, du CDE est venu accréditer cette position en sanctionnant uniquement la liquidation qui aurait eu pour objectif de nuire aux créanciers. Aux termes de cet article, il est en effet prévu que: « Le jugement ne peut fixer la date de la cessation de paiement à une date précédant de plus de six mois le jugement déclaratif de faillite, sauf si ce jugement a trait à une faillite d'une personne morale dissoute plus de six mois avant le jugement déclaratif de faillite, dont la liquidation est clôturée ou non, et s'il existe des indices qu'elle a été ou est menée dans l'intention de nuire aux créanciers. Dans ce cas, la date de la cessation de paiement peut être fixée au jour de la décision de dissolution. »

Le CSA a de surcroît réglementé, et donc légalisé, la liquidation déficitaire^{11,12}, sans modifier les conditions établies par la jurisprudence et la doctrine¹³ (voir *infra*, n° 19).

10. La dissolution judiciaire plutôt que la faillite des sociétés dormantes : procédure. C'est également le poids de la procédure de faillite, de même que son coût, qui expliquent que les tribunaux de l'entreprise recourent très fréquemment à la dissolution judiciaire à titre d'alternative à la faillite.

En effet, partant du constat que la faillite constitue une procédure inadaptée à la réalité économique de nombreuses personnes morales n'ayant plus d'activité, la dissolution judiciaire est devenue, sous l'impulsion du législateur, un instrument privilégié par les tribunaux pour endiguer le phénomène des sociétés dormantes à moindre coût.¹⁴

La loi du 17 mai 2017 modifiant diverses lois en vue de compléter la procédure de dissolution judiciaire des sociétés¹⁵ a favorisé cette pratique en permettant aux tribunaux de l'entreprise de prononcer la dissolution judiciaire des sociétés se trouvant en défaut de satisfaire à l'obligation de dépo-

⁹ M. GRÉGOIRE, « La fin des sociétés. Dissolution et liquidation 'Survie et évanescence de l'être moral' », *J.T.*, 2011, p. 229.

¹⁰ Voy. M. LEMAL, *Manuel de la liquidation des sociétés commerciales*, Waterloo, Kluwer, 2013, p. 572; R. AYDOGDU, P. MOINEAU et N. BIESSAUX, « La dissolution et la liquidation déficitaire des sociétés », in *Varia en droit de l'insolvabilité*, Coll. CUP, vol. 214, Limal, Anthemis, 2022, pp. 187-205. Pour une critique de certains aspects de la liquidation déficitaire, voy. égal. V. VERLAECKT, « Over 'lege dozen' en andere verwante insolventietopics », 2022, pp. 32-40 disponible à www.corporatefinancelab.org.

¹¹ R. AYDOGDU, « La liquidation déficitaire: Paradise lost », in *Le nouveau droit des sociétés*, Limal, Anthemis, 2021, p. 282.

¹² Depuis l'adoption du CSA, en matière de liquidation volontaire, le contrôle du tribunal de l'entreprise est restreint aux seules liquidations déficitaires. En effet, alors que sous l'empire du Code des sociétés, le tribunal de l'entreprise était tenu de confirmer la nomination du liquidateur par l'assemblée générale, et d'approuver son plan de répartition, le contrôle juridictionnel est désormais limité aux seules liquidations d'où il résulte de l'état résumant la situation active et passive de la société que tous les créanciers ne pourront pas être remboursés intégralement (art. 2:84 et 2:97).

¹³ *Doc. parl.*, n° 54-3119/001, p. 85.

¹⁴ Pour une réflexion basée sur une analyse statistique intéressante des résultats obtenus en matière de faillite, voy. V. VERLAECKT, *o.c.*, pp. 1-6.

¹⁵ *M.B.*, 12 juin 2017.



ser leurs comptes annuels (i), des sociétés radiées d'office à la Banque-Carrefour des Entreprises en application de l'article III.42, § 1^{er}, 5^o, du CDE (ii), des sociétés restées en défaut de répondre aux convocations des chambres des entreprises en difficulté (iii), ou des sociétés dont les dirigeants ne disposent pas des compétences fondamentales en matière de gestion ou ne disposent pas des qualifications professionnelles imposées pour l'exercice de leur activité (iv). Cette loi a par ailleurs facilité le processus de dissolution en dotant les chambres des entreprises en difficulté des tribunaux de l'entreprise de la possibilité de saisir directement une chambre de fond du tribunal de l'action en dissolution. Ainsi, la procédure peut être menée en circuit interne au sein du tribunal, sans qu'elle doive être initiée par le parquet ou par un tiers intéressé.¹⁶

Dans les travaux préparatoires de la loi du 17 mai 2017, le législateur n'a pas caché son intention d'envisager la procédure de dissolution judiciaire comme un substitut à la faillite: « Un nombre considérable de sociétés n'ont, en Belgique, plus de véritable activité publique ou régulière. Dans sa réponse à une question parlementaire (*Q.R.*, Chambre, 2014-2015, n° 54-024, 174, Q. n° 262, Barbara Pas, 18 mars 2015), le ministre de la Justice a chiffré à plus de 140.000 le nombre de sociétés n'ayant pas déposé de comptes annuels pour l'année 2013, dont beaucoup doivent être considérées comme des sociétés « dormantes » ou « fantômes ». Ces structures encombrant tribunaux et parquets car, fréquemment, leur disparition implique un passage plus ou moins long en chambre d'enquête, le transmis au parquet pour citation en faillite, l'intervention du tribunal pour prononcer la faillite et, enfin, le traitement administratif du dossier de faillite au sein du greffe et du parquet. (...)

La dissolution forcée d'une personne morale ne peut, selon le droit actuel, se faire qu'à l'initiative d'un intéressé ou du ministère public. La pratique apprend que le ministère public considère cette mission comme accessoire, et l'évolution récente des missions confiées au parquet confirme ce fait.

Les chambres d'enquêtes commerciales peuvent jouer un rôle efficace à cet égard. Elles ont le droit de suivre la situation de toutes les personnes morales qui déploient une activité économique et peuvent en particulier examiner si elles exercent une activité économique effective.

Lorsque ces chambres constatent qu'une entreprise n'a plus d'activité apparente et pourrait donc être dissoute, elles doivent être autorisées, après un examen approfondi, à renvoyer l'affaire devant une chambre de fond du tribunal. Celui-ci pourra prononcer la dissolution après avoir entendu ou convoqué les intéressés.

Il en va de même si la société se comporte de manière anti-concurrentielle en ne respectant pas les conditions légales en matière d'exercice de la profession. (...)

Notons que, en vertu d'une jurisprudence constante de la Cour de cassation, il peut y avoir concours de créanciers tant en cas de faillite que de dissolution et qu'il n'y a pas de raison, même en cas de liquidation déficitaire d'une société, d'opter nécessairement pour une faillite plutôt que pour une dissolution lorsque les créanciers appuient une telle solution.¹⁷

Rappelons encore que la loi du 17 mai 2017 n'a pas conféré aux chambres des entreprises en difficulté le monopole de l'initiative en matière de dissolution judiciaire. Le ministère public et les tiers intéressés peuvent toujours solliciter la dissolution des sociétés restées en défaut de satisfaire à l'obligation de déposer leurs comptes annuels. Par ailleurs, d'autres causes de dissolution judiciaire sont mobilisées par les tiers. Ainsi, dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 26 novembre 2021, la désignation du liquidateur par le tribunal de commerce du Brabant wallon résultait, semble-t-il, d'une dissolution pour justes motifs s'inscrivant dans le cadre d'un conflit entre associés.

11. La dissolution judiciaire plutôt que la faillite des sociétés dormantes: clôture immédiate ou liquidation.

Lors de l'adoption du CSA, le dispositif légal permettant la dissolution judiciaire des sociétés dormantes a été inséré à l'article 2:74.

Conformément à l'article 2:81 du CSA, lorsqu'il prononce la dissolution judiciaire de ces sociétés, le tribunal doit opter soit pour la clôture immédiate de la liquidation, soit pour la désignation d'un liquidateur. Bien que cette dernière option soit, de loin, la moins utilisée, différents motifs peuvent justifier la désignation d'un liquidateur: existence d'actifs (immobiliers p. ex.) à liquider, présence de personnel, demande des créanciers, procédures à diligenter, etc.

Lorsque le tribunal décide de désigner un liquidateur, ce dernier reçoit principalement pour mission de déterminer le patrimoine de la société, de procéder à la récupération d'éventuels actifs et à leur liquidation, ainsi que de répartir les actifs revenant aux créanciers et associés dans le respect des règles en matière de liquidation. Si la société est en situation déficitaire – ce qui est souvent le cas, dans les liquidations fondées sur l'application de l'article 2:74 du CSA – le travail du liquidateur judiciaire s'apparente, sous de nombreux aspects, à celui d'un curateur: il doit procéder au recouvrement des créances, réaliser les actifs existants, identifier le passif, puis désintéresser les créanciers. On comprend dès lors l'intérêt du liquidateur judiciaire, à l'instar de l'argumentation développée dans l'arrêt commenté, de revendiquer les mêmes moyens d'action que le curateur dans l'exercice de sa mission.

¹⁶ Pour un commentaire approfondi de cette loi, voy. J.-P. LEBEAU, « La loi du 17 mai 2017 'modifiant diverses lois en vue de compléter la procédure de dissolution des sociétés': le législateur fait le choix de la dissolution judiciaire pour enrayer les abus de personne morale », *R.D.C.*, 2017, pp. 666-682.

¹⁷ Proposition de loi du 28 juin 2016 modifiant le Code des sociétés et la loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises, améliorant la procédure de dissolution des sociétés inactives, dont le siège est fictif et de celles dont les responsables ne disposent pas des connaissances professionnelles suffisantes (*Doc. parl.*, Chambre, n° 54-1940/001, pp. 3-4).



III. COMPARAISON DES MOYENS D'ACTION DU LIQUIDATEUR ET DU CURATEUR

12. Nature de leur mission. Le curateur bénéficie d'un statut hybride qui lui permet d'agir – enseigne-t-on classiquement – tantôt comme représentant du failli, tantôt comme représentant de la masse des créanciers, cette double casquette permettant au curateur tantôt de se prévaloir du statut soit de partie au contrat, soit de tiers.¹⁸ Au contraire, comme l'indique clairement la Cour de cassation dans son arrêt du 26 novembre 2021, « s'il exerce ses pouvoirs dans l'intérêt de la société et des créanciers, le liquidateur ne représente que la société et non les créanciers. Il ne peut dès lors mettre en œuvre que les actions qui appartiennent à la société ».

Cette différence notable a des conséquences importantes sur leurs moyens d'action respectifs.

13. Actions en nullité et en inopposabilité. En matière contractuelle, le curateur jongle avec les casquettes de représentant du failli et de représentant des créanciers. Ainsi, en tant que partie au contrat, les actions en nullité relative et absolue lui sont ouvertes. La première n'est toutefois possible que pour autant que l'on soit dans une situation où la cause de nullité aurait pu être invoquée par le failli. Si la nullité invoquée est absolue pour contrariété à l'ordre public, le curateur, en tant que tiers, ne sera admis à agir en nullité que pour autant qu'il puisse justifier d'un intérêt.¹⁹

En outre, le curateur pourra encore agir en inopposabilité contre les actes accomplis par le failli tantôt en se prévalant

des actions qui lui sont reconnues par le Livre XX du Code de droit économique, tantôt en invoquant celles de droit commun en arguant de sa qualité de tiers à l'acte.²⁰

En droit de la faillite, la protection de la masse des créanciers justifie un arsenal assez important d'actions en inopposabilité. L'instauration d'une période suspecte (art. XX.105, al. 2 CDE) participe de cette volonté. Les articles XX.111 à XX.113 CDE prévoient une inopposabilité facultative ou de plein droit des actes réalisés pendant la période suspecte. En outre, l'article XX.114 CDE transpose en droit de la faillite l'action paulienne de l'article 1167 de l'Ancien Code civil et sanctionne d'inopposabilité les actes ou paiements accomplis par le débiteur en fraude des droits des créanciers. D'autres cas d'inopposabilité se rencontrent également en cas de faillite et se fondent sur le principe de l'égalité des créanciers²¹ consacré à l'article 3.36 du Code civil (qui remplace l'art. 8 de la loi hypothécaire).^{22,23}

En droit commun, même si tous les auteurs ne se rallient pas à cette position²⁴, la jurisprudence reconnaît majoritairement au curateur le droit de se prévaloir du non-respect des formalités d'opposabilité auxquels sont soumis certains actes. Il est cependant loisible au curateur de renoncer à invoquer le défaut d'accomplissement des formalités et d'y procéder lui-même.²⁵ Ainsi, la Cour de cassation a reconnu très tôt le droit pour les créanciers de se prévaloir du défaut de transcription de la vente d'un immeuble. On épingle notamment les arrêts

18. Voy. sur le statut du curateur, F. GEORGE, *Le droit des contrats à l'épreuve de la faillite. Essor ou déclin du principe de l'égalité des créanciers?*, Bruxelles, Larcier, 2018, pp. 139 et s. Voy. aussi G. LINDEMANS, « Keizer, blauwhelm, protégé: de curator, de vereffenaar en de schuldenaar-in-reorganisatie in hun verhouding tot de schuldeisers. Een vergelijking met betrekking tot de *actio pauliana*, de zijdelingse vordering en de vordering tot vergoeding van collectieve schade », *T.R.V.-R.P.S.*, 2016, pp. 41 et s.

19. Bruxelles, 6 mars 2020, *R.G.D.C.*, 2020, p. 371.

20. F. GEORGE, « Le statut du curateur: un oublié de la réforme? », in *Liber amicorum Paul Alain Foriers. Entre tradition et pragmatisme*, vol. 2, Bruxelles, Larcier, 2021, pp. 1221 et s.

21. A. MEINERTZHAGEN-LIMPENS, « Réflexions sur la compensation, l'indivisibilité, la connexité et le privilège dans le cadre de la faillite d'un associé momentané » (note sous Cass., 28 février 1985), *R.C.J.B.*, 1987, p. 588. Voy. A. ZENNER et I. PEETERS, « Tegenwerpelijkheid van samenloopvermijdende contractuele waarborgmechanismen », *R.W.*, 2004-2005, p. 488, n° 14; A. ZENNER et I. PEETERS, « L'opposabilité des garanties conventionnelles permettant d'échapper au concours. Les déclarations récentes des hauts magistrats de la Cour de cassation au Sénat augurent d'une plus grande sécurité juridique », *J.T.*, 2004, p. 870, n° 14.

22. P. ex., l'opposabilité d'une clause de réserve de propriété (avant la loi du 8 août 1997 et celle du 11 juillet 2013 modifiant le Code civil en ce qui concerne les sûretés réelles mobilières et abrogeant diverses dispositions en cette matière (*M.B.*, 2 août 2013)), de la compensation, d'une clause d'indivisibilité... Voy. F. GEORGE, *Le droit des contrats à l'épreuve de la faillite. Essor ou déclin du principe de l'égalité des créanciers?*, Bruxelles, Larcier, 2018, p. 326.

23. Voy. sur l'incidence du Livre 3 du Code civil en droit des sûretés, F. GEORGE et N. OUCHINSKY, « Le nouveau livre 3 du Code civil: ceci n'est pas une sûreté réelle... », *J.T.*, 2022, pp. 69-76; F. GEORGE et N. OUCHINSKY, « Les difficultés suscitées par la nouvelle définition des sûretés réelles au sens de l'article 3.3 du Livre 3 du Code civil », in *Actualités en droit de l'insolvabilité*, Bruxelles, Larcier, 2022, pp. 149-172.

24. Voy. en faveur de la qualité du curateur à agir en inopposabilité, E. DIRIX et R. DE CORTE, *Beginselen van Belgisch privaatrecht*, XII, *Zekerheidsrechten*, Malines, Kluwer, 2006, p. 23; B. WYLLEMAN, *Collectieve schuldenregeling. Verkoop van onroerende goederen*, Bruxelles, Larcier, 2003, pp. 20-21. Voy. en défaveur de la qualité à agir du curateur, P. COLLE, « Recente ontwikkelingen in het faillissementsrecht: de ware functie van de curator, de boedelschulden en het faillissement van de vennootschap in vereffening », in X., *Handels-economisch en financieel recht*, Gand, Mys & Breesch, 1994-1995, p. 14; C. VAN BUGGENHOUT, « De rechtspositie van de curator in het faillissementsrecht en het sociaal recht », in X., *Handels-economisch en financieel recht*, Gand, Mys & Breesch, 1994-1995, pp. 40-41.

25. Comm. Namur, 9 mai 1978, *J.T.*, 1978, p. 729, note J.-L. LEDOUX. Voy. égal., Liège, 1^{er} décembre 1986 et Cass., 26 janvier 1989, *J.L.M.B.*, 1989, p. 574; Liège, 17 mars 1995, *Rec. gén. enr. not.*, 1998, n° 24.772: « Le curateur n'exécutera le contrat que si la masse y trouve intérêt. »



du 5 juillet 1901²⁶, du 2 février 1961²⁷, du 5 mars 1982²⁸ et du 26 janvier 1989.²⁹ De même, la possibilité pour le curateur de soulever l'inopposabilité des actes passés par le failli en cas de défaut d'accomplissement des formalités d'opposabilité est également admise par les juridictions de fond.³⁰ Il convient toutefois que l'action porte sur des droits communs à l'ensemble des créanciers.³¹

Pour sa part, s'il peut mobiliser les principes du droit commun, en sa qualité d'organe de la société, le liquidateur ne dispose pas, par contre, des mécanismes d'inopposabilité découlant de l'état de faillite, prévus aux articles XX.111 et s. du CDE, ce qui peut entraver sa capacité à reconstituer les actifs de la société en cas d'opérations suspectes.

14. Actions en recouvrement et en responsabilité. La double casquette du curateur lui permet également d'agir contre les dirigeants des sociétés non seulement comme tiers mais également comme représentant de la société.

Ainsi, par exemple, le curateur peut invoquer sa qualité de représentant de la société pour solliciter la libération du capital, demander le remboursement du compte courant, agir en responsabilité contre les administrateurs en invoquant

l'article 1382 de l'Ancien Code civil (si les conditions du concours de responsabilité sont réunies), exercer l'*actio mandati* (sauf paralysie en cas de décharge), diligenter une action pour violation du Code des sociétés et des associations ou des statuts (art. 2:56, al. 3, CSA)³², agir en responsabilité contractuelle contre les cocontractants du failli et en responsabilité extracontractuelle contre les tiers ou faire dresser la comptabilité aux frais des dirigeants de la société.

En tant que représentant des créanciers, le curateur est admis à agir en responsabilité contre les administrateurs sur la base de l'article 1382 de l'Ancien Code civil, diligenter une action pour violation du Code des sociétés et des associations ou des statuts (art. 2:56, al. 3, CSA), agir en responsabilité contre les fondateurs en cas d'insuffisance manifeste des capitaux propres de départ, lorsque la faillite de l'entreprise survient dans les 3 ans de l'acquisition de la personnalité juridique ou en cas de nullité de la société (art. 5:15, 5:16, 6:16, 6:17, 7:16 et 7:17 CSA), agir en comblement de passif sur la base de l'article XX.225 du CDE³³, agir sur la base de l'article XX.227 du CDE³⁴ contre les dirigeants ayant poursuivi l'exploitation d'une activité dont la situation

²⁶ Cass., 5 juillet 1901, *Pas.*, 1901, I, p. 315 et spéc. 331-333: « C'est erronément que l'arrêt dénoncé dénie aux créanciers chirographaires qui ont contracté sans fraude le droit, le cas échéant, d'opposer le défaut de transcription du titre d'aliénation d'un immeuble du débiteur. »

²⁷ Cass., 2 février 1961, *Pas.*, 1961, I, p. 591.

²⁸ Cass., 5 mars 1982, *Arr. Cass.*, 1981-1982, p. 837; *J.T.*, 1983, p. 309; *Pas.*, 1982, I, p. 803; *R.W.*, 1982-1983, p. 1947; *Rec. gen. enr. not.*, 1986, p. 41: « s'il ressort des articles 1^{er} de la loi hypothécaire, 444 et 447, alinéa 1^{er} de la loi sur les faillites que la vente d'un immeuble même si elle est constatée par un acte sous seing privé signé par le failli avant le jugement déclaratif de faillite, n'est pas opposable à la masse des créanciers – ceux-ci devant, en effet être considérés comme des tiers au sens de la première de ces dispositions légales – lorsque l'acte n'a pas été transcrit au bureau compétent des hypothèques avant le jugement déclaratif de la faillite, à la condition qu'ils aient été contractés sans fraude, c'est-à-dire qu'ils n'aient pas eu connaissance de la vente non transcrite avant le jugement déclaratif de faillite ».

²⁹ Cass., 26 janvier 1989, *J.L.M.B.*, 1989, p. 574.

³⁰ Comm. Bruxelles, 14 juin 1988, *R.G.D.C.*, 1990, p. 229, note D. LECHEN; Comm. Gand, 27 octobre 1994, *T.G.R.*, 1995, p. 21; Anvers, 13 février 1996, *R.W.*, 1996-1997, p. 1161, note E. DIRIX; Bruxelles, 15 juillet 1998, *J.T.*, 1999, p. 558; Comm. Hasselt, 9 novembre 2000, *R.W.*, 2002-2003, p. 270; Anvers, 4 janvier 2016, *N.J.W.*, 2016, p. 445, note E. DEWITTE.

³¹ F. GEORGE, « Le statut du curateur: un oublié de la réforme? », in R. JAFFERALI (dir.), *Entre tradition et pragmatisme*, Bruxelles, Larcier, 2021, pp. 1223 et s.

³² Voy. F. GEORGE, *Le droit des contrats à l'épreuve de la faillite. Essor ou déclin du principe de l'égalité des créanciers?*, Bruxelles, Larcier, 2018, pp. 236 et s.

³³ Notons que dans l'action en comblement de passif, à titre exceptionnel, les créanciers conservent un droit concurrent à celui du curateur. Les § 3 et 4 de l'art. XX.225 règlent l'articulation de ces actions.

³⁴ L'art. XX.227 est rédigé en ces termes: « § 1^{er}. En cas de faillite d'une entreprise et d'insuffisance d'actif, les administrateurs, gérants, délégués à la gestion journalière, membres du comité de direction ou du conseil de surveillance, actuels ou anciens, et toutes les autres personnes qui ont effectivement détenu le pouvoir de diriger l'entreprise, peuvent être déclarés personnellement obligés, avec ou sans solidarité, de tout ou partie des dettes sociales à l'égard de la masse, si:

- a) à un moment donné antérieur à la faillite, la personne concernée savait ou devait savoir qu'il n'y avait manifestement pas de perspective raisonnable pour préserver l'entreprise ou ses activités et d'éviter une faillite;
- b) la personne concernée avait à ce moment l'une des qualités visées ci-dessus; et
- c) la personne concernée n'a pas, au moment visé sous a), agi comme l'aurait fait un administrateur normalement prudent et diligent placé dans les mêmes circonstances.

§ 2. L'action visée par cet article relève de la compétence exclusive du curateur.

§ 3. L'indemnisation accordée par le tribunal en réparation d'une diminution ou d'une absence d'actif est répartie proportionnellement entre les créanciers en respectant les causes légitimes de préférences.

L'indemnisation accordée par le tribunal en réparation d'une aggravation du passif est répartie proportionnellement entre tous les créanciers sans tenir compte des causes légitimes de préférences.

Toute répartition s'effectue déduction faite des frais de la masse. »



était irrémédiablement compromise³⁵, solliciter l'indemnisation du préjudice subi par les tiers en l'absence de comptes annuels (art. 3:1 et 3:10 CSA), ou encore agir en paiement des dettes sociales contre les associés d'une société en nom collectif ou contre les associés commandités d'une société en commandite (art. 4:22 CSA).³⁶

Pour sa part, comme cela a été exposé ci-dessus, le liquidateur judiciaire agit exclusivement en tant qu'organe de la société en liquidation.³⁷ Par comparaison avec le curateur, les actions qu'il peut mener contre les dirigeants de la société sont de ce fait plus réduites. Comme l'enseigne l'arrêt du 26 novembre 2021, il ne peut engager une procédure judiciaire que lorsqu'elle est diligentée dans l'intérêt de la société. Il en résulte que le liquidateur ne peut exercer que les actions de la société dissoute. Il ne peut dès lors agir en indemnisation du préjudice subi collectivement par les créanciers, s'il ne s'identifie pas au préjudice de la société.^{38,39}

Dans le cadre de ses prérogatives, le liquidateur peut exiger des actionnaires ou des associés le paiement des sommes qu'ils se sont engagés à verser lorsqu'elles sont nécessaires au paiement des dettes de la société et des frais de liquidation ou lorsqu'il considère que ce versement est nécessaire pour assurer l'égalité de traitement des actionnaires ou associés.⁴⁰ Il peut également demander le remboursement des créances de la société, en particulier les avances en compte courant.

Le liquidateur judiciaire peut également agir en responsabilité contre d'anciens dirigeants pour violation du Code des sociétés et des associations ou des statuts de la société (art. 2:56, al. 3, CSA), voire même sur la base de l'article 1382 de l'Ancien Code civil, pour autant que les conditions du concours de responsabilité soient réunies. Par contre, à défaut de représenter les créanciers de la société, et en l'absence de faillite, le liquidateur ne peut invoquer les mécanismes de responsabilité à charge des dirigeants qui sont prévus par le Livre XX du CDE. De même, le liquida-

teur ne peut se prévaloir des présomptions qui résultent des articles 3:1 et 3:10 du CSA en l'absence de comptes annuels.

Enfin, le liquidateur peut exercer l'*actio mandati* contre les anciens dirigeants⁴¹, à moins que la décision de dissolution le désignant l'ait exclu de ses prérogatives.⁴² Dans cette dernière hypothèse, un éventuel abus de majorité pourrait être attaqué sur pied de l'article 2:42 du CSA.⁴³

On ajoutera qu'alors même que le curateur qui agit au nom des créanciers ne peut se voir opposer la décharge, le liquidateur, agissant au nom de la société, ne bénéficie pas d'un tel atout.⁴⁴ De nouveau, ceci contraint le liquidateur confronté à la décharge des anciens dirigeants à devoir remettre en cause cette décharge pour pouvoir, le cas échéant, engager ensuite leur responsabilité.

15. Conclusion intermédiaire. Il résulte de cette comparaison que le curateur dispose d'un panel d'actions plus large que le liquidateur. Sous réserve du problème de la solvabilité des personnes poursuivies, ceci facilite ses capacités de reconstitution de l'actif de la société et d'indemnisation du passif.

Cet avantage résulte directement du fait que le curateur est investi de la mission de représenter les créanciers de la personne morale, ce qui n'est pas le cas du liquidateur. Cette frontière entre leurs missions respectives est clairement rappelée dans l'arrêt de la Cour de cassation du 26 novembre 2021.

Ce constat ne doit pas, à lui seul, masquer l'intérêt de la liquidation (qu'elle soit d'origine volontaire ou judiciaire) par rapport à la faillite. Comme cela a été exposé ci-dessus⁴⁵, le choix de la liquidation se justifie en effet par la souplesse que cette procédure offre. Néanmoins, la différence dans les moyens d'action à la disposition du curateur, d'une part, et du liquidateur, d'autre part, justifie que l'on s'interroge, dans certaines circonstances, sur les passerelles qui existent entre les deux procédures.

³⁵. L'objectif est d'éviter que cette action qui « exige une appréciation complexe et une connaissance approfondie du passé de l'entreprise » ne soit ouverte à tout intéressé. La réforme consacre ainsi la solution admise en jurisprudence (voy. sur les nuances apportées par rapport au régime actuel, C. ALTER, « Les responsabilités des dirigeants dans le nouveau droit de l'insolvabilité – Questions spéciales », in C. ALTER (coord.), *Le nouveau droit de l'insolvabilité*, Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 144-145. L'auteur met en exergue les modifications suivantes: l'allègement de la charge de la preuve du lien de causalité dans le chef du curateur, le monopole du curateur ainsi que la distinction entre la réparation d'une diminution de l'actif et celle d'une aggravation du passif).

³⁶. Voy. sur le monopole du curateur, la notion de « droits communs des créanciers » et l'exigence de dommage collectif, G. LINDEMANS, « Keizer, blauwhelm, protégé: de curator, de vereffenaar en de schuldenaar-in-reorganisatie in hun verhouding tot de schuldeisers. Een vergelijking met betrekking tot de *actio pauliana*, de zijdelingse vordering en de vordering tot vergoeding van collectieve schade », *T.R.V.-R.P.S.*, 2016, pp. 45 et s.; F. GEORGE, *Le droit des contrats à l'épreuve de la faillite. Essor ou déclin du principe de l'égalité des créanciers?*, Bruxelles, Larcier, 2018, pp. 259 et s.

³⁷. G. LINDEMANS, « Keizer, blauwhelm, protégé: de curator, de vereffenaar en de schuldenaar-in-reorganisatie in hun verhouding tot de schuldeisers. Een vergelijking met betrekking tot de *actio pauliana*, de zijdelingse vordering en de vordering tot vergoeding van collectieve schade », *T.R.V.-R.P.S.*, 2016, p. 48.

³⁸. M. LEMAL, « Liquidateur et préjudice collectif », *J.D.S.C.*, 2016, p. 228.

³⁹. Sous réserve, comme le mentionne l'avocate générale près la Cour de cassation dans ses conclusions, de disposer d'un mandat exprès qui lui serait donné par l'ensemble des créanciers.

⁴⁰. Art. 2:89 CSA.

⁴¹. Le liquidateur puise le droit d'agir contre les anciens dirigeants de la société dans l'art. 2:87 CSA.

⁴². Voir Entr. Anvers (div. Tongres), 12 décembre 2018, *D.A.O.R.*, 2020, p. 100.

⁴³. Le liquidateur pourrait lui-même contester la décision de l'assemblée générale prise dans un contexte d'abus de majorité. L'art. 2:44 CSA prévoit en effet que l'action en nullité peut être introduite par la personne morale ou par toute personne qui a intérêt au respect de la règle de droit méconnue.

⁴⁴. Cass., 18 juin 2021, C.19.0255.N.

⁴⁵. Voir *supra*, n^{os} 9 et 10.



IV. DE LA LIQUIDATION À LA FAILLITE: LES LIENS ET PASSERELLES ENTRE LES DEUX PROCÉDURES

16. En amont de la dissolution judiciaire: le rôle de la chambre des entreprises en difficulté. Chaque tribunal de l'entreprise dispose, en son sein, d'une chambre des entreprises en difficulté, dont la mission consiste à suivre la situation des débiteurs en difficulté en vue de préserver la continuité de leurs activités et d'assurer la protection des droits des créanciers.⁴⁶ La chambre des entreprises en difficulté joue un rôle prépondérant dans les procédures qui visent des sociétés en situation d'insolvabilité. En effet, l'article XX.29 CDE prévoit que la chambre des entreprises en difficulté peut, notamment, communiquer le dossier d'une société au procureur du Roi, si elle estime que les conditions d'une faillite sont remplies, ou bien communiquer le dossier à une chambre de fond du tribunal en vue de statuer sur la dissolution de la société, si elle estime que cette mesure peut être prononcée. Ainsi, pour de nombreuses personnes morales en difficulté, qui se trouvent dans une situation de concours entre la faillite et la dissolution, la chambre des entreprises en difficulté doit poser un choix en déterminant la procédure la plus adaptée à la réalité économique de la société et de ses créanciers.

Dans le cadre des décisions qu'elle adopte, la chambre des entreprises en difficulté a égard aux différences mises en évidence ci-dessus dans les moyens d'action du curateur et du liquidateur. Comme cela a été souligné, il ne s'agit cependant pas du seul critère qui doit être pris en compte. En effet, le principal intérêt de la dissolution judiciaire, lorsqu'elle résulte de l'application de l'article 2:74 CSA, est la possibilité de prononcer la clôture immédiate de la liquidation, ce qui permet de lutter contre le phénomène des coquilles vides, en ayant recours à une procédure nettement plus souple et moins coûteuse que la faillite.

Ainsi, si elle considère que des mesures de recouvrement doivent être entreprises, et en ayant égard à l'objectif de protection des créanciers, la chambre des entreprises en difficulté orientera la société en situation d'insolvabilité vers la

faillite. Si au contraire, elle estime qu'il y a lieu de privilégier la disparition de la personne morale à moindre coût (p. ex. parce qu'elle présente un passif très faible ou parce que les chances de récupération d'actifs paraissent extrêmement limitées), la chambre des entreprises en difficulté optera pour la dissolution judiciaire.

17. En cours de liquidation: la faillite de la société en liquidation. Pendant longtemps, la question de savoir si une société en liquidation pouvait être déclarée en faillite a divisé la doctrine.⁴⁷ La question se posait tant dans l'hypothèse où les conditions de la faillite sont déjà réunies au moment de la mise en liquidation⁴⁸ que lorsque la réunion des conditions intervient postérieurement.⁴⁹

D'une part, un courant défendait l'idée selon laquelle le régime de la faillite étant d'ordre public, il excluait toute liquidation.⁵⁰ D'autre part, d'aucuns prétendaient qu'une société en liquidation (déficitaire) ne pouvait être déclarée en faillite, les conditions requises pour la faillite n'étant pas réunies.⁵¹ La commercialité des sociétés en liquidation était contestée.⁵² Les défenseurs de cette thèse arguaient également de l'absence d'état de cessation de paiement. A l'appui de cet argument, les auteurs invoquaient tantôt l'existence d'un concours et l'obligation corrélatrice de ne pas procéder à des paiements⁵³, tantôt le fait que la liquidation en tant que telle constituait un mécanisme de paiement.⁵⁴ Quant à la condition d'ébranlement de crédit⁵⁵, et passerelles, elle était dénuée de pertinence vu que la liquidation créait une situation de discontinuité qui rendait inutile tout crédit.⁵⁶ En marge, certaines décisions déniaient aux créanciers d'une société en liquidation tout intérêt à citer en faillite.⁵⁷

La jurisprudence de la Cour de cassation a permis progressivement de trancher, du moins partiellement, ces différentes controverses. Nous revenons brièvement sur les trois conditions de la faillite et leur appréciation en matière de liquidation.⁵⁸

⁴⁶ Art. XX.25 CDE.

⁴⁷ Voy. sur cette question, l'excellente contribution de R. AYDOGDU, « Actualités en matière de liquidation (déficitaire) », in *Réorganisation judiciaire, faillite, liquidation déficitaire. Actualités et pratique*, Limal, Anthemis, 2010, pp. 31 et s.

⁴⁸ Voy. en ce sens (vérification des conditions de la faillite au jour de la dissolution), Comm. Namur, 14 juin 1984, *Rev. prat. soc.*, 1985, p. 203, note L. DERMINE; Comm. Charleroi, 30 septembre 1987, *R.R.D.*, 1988, p. 43.

⁴⁹ Voy. sur cette question, P. GÉRARD, « Conditions de la faillite et société commerciale en liquidation » (note sous Cass., 17 juin 1994), *R.D.C.*, 1994, pp. 884-885; W. DERJUCKE, « La faillite d'une société en liquidation. Epanalepse ou épanadiplose » (obs. sous Cass., 17 juin 1994), *Rev. prat. soc.*, 1994, p. 442, note 60.

⁵⁰ L. MATRAY, « Le principe d'égalité des créanciers dans la jurisprudence récente de la Cour de cassation », *Les créanciers et le droit de la faillite*, Bruxelles, Bruylant, 1983, pp. 30 et s.

⁵¹ Voy. R. AYDOGDU, « La liquidation déficitaire: Paradise lost », in *Le nouveau droit des sociétés*, Limal, Anthemis, 2021, pp. 284 et s.

⁵² M. GRÉGOIRE, obs. sous Comm. Bruxelles, 2 avril 1991, *R.D.C.*, 1991, n° 7, pp. 629-630; H. GEINGER, C. VAN BUGGENHOUT et P. COLLE, « Overzicht van rechtspraak. Faillissement en gerechtelijk akkoord », *T.P.R.*, 1991, p. 428.

⁵³ F. T'KINT, note sous Mons, 16 novembre 1988 et Liège, 17 novembre 1988, *Rev. prat. soc.*, 1989, p. 74.

⁵⁴ M. GRÉGOIRE, obs. sous Comm. Bruxelles, 2 avril 1991, *R.D.C.*, 1991, n° 13, pp. 631-632.

⁵⁵ On rappellera que cette condition est étroitement liée à celle de cessation de paiement (voy. Cass., 17 juin 1994, *R.D.C.*, 1994, p. 876, note Ph. GÉRARD, *Rev. prat. soc.*, 1994, p. 415, note W. DERJUCKE).

⁵⁶ M. GRÉGOIRE, obs. sous Comm. Bruxelles, 2 avril 1991, *R.D.C.*, 1991, n° 13, pp. 631-632.

⁵⁷ Comm. Charleroi, 19 avril 1982, *R.R.D.*, p. 317; Comm. Mons, 28 octobre 1985, *R.R.D.*, 1986, p. 171.

⁵⁸ Voy. aussi R. AYDOGDU, « La liquidation déficitaire: Paradise lost », in *Le nouveau droit des sociétés*, Limal, Anthemis, 2021, pp. 283 et s.



18. Commercialité de la société en liquidation. Tout d'abord, dans un arrêt du 17 juin 1994⁵⁹, la Cour de cassation a reconnu la commercialité d'une société mise en liquidation.⁶⁰ A l'occasion de cet arrêt, elle a décidé que « la société qui est dissoute et qui est mise en liquidation ne perd pas son caractère commercial déterminé par son objet statutaire mais, au contraire, conserve son caractère jusqu'à sa liquidation totale; l'interdiction de déclarer un commerçant en faillite plus de 6 mois après la cessation de son commerce, ne peut s'appliquer à une société commerciale dissoute dont la liquidation n'est pas clôturée ». Le législateur lui emboîta ensuite le pas lors de la réforme de 1997, en insérant un article 2, alinéa 4, aux termes duquel: « La faillite d'une personne morale dissoute peut être déclarée jusqu'à six mois après la clôture de la liquidation. »

19. Cessation de paiement de la société en liquidation. La condition de cessation de paiement a également fait couler beaucoup d'encre.^{61,62} Certains avançaient que la société en liquidation bénéficiait d'un bref délai pour opérer le paiement des dettes exigibles sous peine d'être en état de cessation de paiement. L'examen des arrêts rendus par la Cour de cassation les 17 juin 1994⁶³, 24 mars 1977⁶⁴ et 10 novembre 1980⁶⁵, ne permettait cependant pas – comme l'indique très justement R. Aydogdu – d'affirmer que la mise en liquidation d'une société entraînerait l'exigibilité immédiate des dettes à terme. Il convenait par ailleurs de faire montre d'une certaine prudence à l'égard de cette notion très relative de bref délai.

D'autres alléguaient que la cessation de paiement ne pouvait dériver que d'une cause étrangère à la situation de concours que crée la liquidation, telle que la négligence du liquidateur.⁶⁶

La question se pose désormais sous le prisme de l'article 2:97 du CSA qui dispose que:

« 1^{er}. Sans préjudice des droits des créanciers privilégiés, le liquidateur, paie toutes les dettes, proportionnellement et sans distinction entre les dettes exigibles et les dettes non exigibles, sous déduction de l'escompte pour celles-ci.

Il peut cependant, sous leur garantie personnelle, payer d'abord les créances exigibles, si l'actif dépasse notablement le passif ou si les créances à terme ont une garantie suffisante et sauf le droit des créanciers de recourir aux tribunaux.

§ 2. S'il résulte des comptes visés à l'article 2:100, § 1^{er}, que tous les créanciers ne pourront être remboursés intégralement, le liquidateur soumet, avant la clôture de la liquidation, par requête unilatérale conformément aux articles 1025 et suivants du Code judiciaire, le plan de répartition de l'actif entre les différentes catégories de créanciers pour accord au tribunal compétent. La requête précitée peut être signée par le liquidateur, par un avocat ou par un notaire.

L'obligation visée à l'alinéa 1^{er} de soumettre le plan de répartition pour approbation au tribunal ne s'applique pas lorsque les créanciers qui n'ont pas été intégralement remboursés, sont des actionnaires ou des associés de la société et que tous ces actionnaires ou associés approuvent le plan de répartition par écrit et renoncent à soumettre celui-ci.

Le tribunal peut requérir du liquidateur tous renseignements utiles pour vérifier la validité du plan de répartition.

§ 3. Après le paiement ou la consignation des sommes nécessaires au paiement des dettes d'une société, le liquidateur distribue aux actionnaires et aux associés les sommes ou valeurs qui peuvent former des répartitions égales; il leur remet les biens qu'il a dû conserver pour un partage ultérieur.

Il peut, moyennant l'autorisation visée à l'article 2:88, racheter les actions de la société, soit en bourse, soit au terme d'une offre ou une demande de prix adressée aux actionnaires ou aux associés qui doivent tous être admis à participer à l'opération. »

⁵⁹. Cass., 17 juin 1994, *R.D.C.*, 1994, p. 876, note Ph. GERARD, *Rev. prat. soc.*, 1994, p. 415, note W. DERIJCKE.

⁶⁰. Voy. P. GÉRARD, « Conditions de la faillite et société commerciale en liquidation » (note sous Cass., 17 juin 1994), *R.D.C.*, 1994, pp. 881-888; W. DERIJCKE, « La faillite d'une société en liquidation. Epanalepse ou épanadiplose » (obs. sous Cass., 17 juin 1994), *Rev. prat. soc.*, 1994, pp. 427 et s.

⁶¹. P. GÉRARD, « Conditions de la faillite et société commerciale en liquidation » (note sous Cass., 17 juin 1994), *R.D.C.*, 1994, pp. 884 et s. avec les références citées aux notes 20 et 21; W. DERIJCKE, « La faillite d'une société en liquidation. Epanalepse ou épanadiplose » (obs. sous Cass., 17 juin 1994), *Rev. prat. soc.*, 1994, pp. 441 et s.; R. AYDOGDU, « Actualités en matière de liquidation (défécitaire) », in *Réorganisation judiciaire, faillite, liquidation défécitaire. Actualités et pratique*, Limal, Anthemis, 2010, pp. 43-45.

⁶². Notons qu'en matière de faillite, la durée de la période suspecte peut être allongée et la date de cessation de paiement fixée au jour de la décision de dissolution. L'art. XX.105, al. 6, prévoit que: « Le jugement ne peut fixer la date de la cessation de paiement à une date précédant de plus de six mois le jugement déclaratif de faillite, sauf si ce jugement a trait à une faillite d'une personne morale dissoute plus de six mois avant le jugement déclaratif de faillite, dont la liquidation est clôturée ou non, et s'il existe des indices qu'elle a été ou est menée dans l'intention de nuire aux créanciers. Dans ce cas, la date de la cessation de paiement peut être fixée au jour de la décision de dissolution. »

⁶³. Cass., 17 juin 1994, *R.D.C.*, 1994, p. 876, note Ph. GERARD, *Rev. prat. soc.*, 1994, p. 415, note W. DERIJCKE.

⁶⁴. Cass., 24 mars 1977, *Pas.*, 1977, I, p. 792. Voy. aussi F. T'KINT, « Le concours des créanciers d'une société en liquidation », *Rev. prat. soc.*, 1977, pp. 161 et s.; P. GÉRARD, « La règle de l'égalité entre les créanciers d'une société commerciale en liquidation », *R.C.J.B.*, 1977, pp. 634 et s.

⁶⁵. Cass., 10 novembre 1980, *Pas.*, 1981, I, p. 298.

⁶⁶. Voy. pour une analyse détaillée, R. AYDOGDU, « Actualités en matière de liquidation (défécitaire) », in *Réorganisation judiciaire, faillite, liquidation défécitaire. Actualités et pratique*, Limal, Anthemis, 2010, p. 45. L'auteur précise que l'arrêt du 14 janvier 2005 de la Cour de cassation (*T.R.V.*, 2005, p. 27, note M. WYCKAERT) n'a pas permis de vider la controverse. Voy. aussi R. AYDOGDU, « La liquidation défécitaire: Paradise lost », in *Le nouveau droit des sociétés*, Limal, Anthemis, 2021, p. 289.



La controverse demeure ouverte tandis qu'une frange de la doctrine continue de soutenir que la suspension des paiements comme conséquence de l'existence d'une situation de concours ne peut être assimilée à un état de cessation de paiement. Ainsi que l'écrivent J. Caeymaex et T. Cavenaile: « Le concours ne concerne en réalité que les relations des créanciers entre eux et la détermination de leurs droits réciproques par rapport à leur débiteur commun. Il n'affecte pas la relation entre le débiteur et chaque créancier qui conserve le droit au paiement intégral de ce qui lui est dû par l'entreprise dissoute. La déclaration de faillite sera justifiée lorsque la suspension des paiements cesse d'être seulement une situation provisoire justifiée par le principe d'égalité entre les créanciers, pour devenir une cessation des paiements définitive en raison de la situation de l'entreprise dont la réalisation des actifs ne permet aucun espoir de dividende pour les créanciers, ou lorsque son crédit est ébranlé parce que des créanciers s'opposent à la poursuite de la liquidation. »⁶⁷

20. Ébranlement de crédit de la société en liquidation.

La condition d'ébranlement de crédit⁶⁸ a, elle aussi, fait l'objet de plusieurs arrêts de la Cour de cassation.⁶⁹ Les arrêts du 6 mars 2003⁷⁰, du 14 janvier 2005⁷¹ et du 18 février 2005⁷² ont mis au jour une acception particulière de la condition d'ébranlement de crédit en présence d'une société mise en liquidation. La doctrine appelait de ses vœux cette acception particulière et plus appropriée.⁷³

Cette condition ne sera pas réunie si la société « jouit de la confiance (d'une majorité suffisante) de ses créanciers, obtenue dans la régularité et la transparence ».⁷⁴

Cette majorité doit accepter soit expressément, soit tacitement⁷⁵, le fait de « ne recevoir qu'un dividende dans la mesure où une faillite ne conduirait pas à un meilleur résultat ». ⁷⁶ Ainsi, l'on peut considérer que le crédit n'est pas ébranlé « tant qu'une majorité suffisante de créanciers maintient sa confiance au liquidateur ». ⁷⁷

La jurisprudence estime toutefois que « le maintien du crédit ne sera réel que si le liquidateur a le souci d'informer correctement et régulièrement les créanciers ». ⁷⁸

Le créancier qui entend retirer sa confiance et citer en faillite devra justifier les raisons légitimes qui sous-tendent ce retrait. R. Aydogdu épingle trois hypothèses d'ébranlement de crédit: une majorité de créanciers s'opposent à la poursuite de la liquidation; la liquidation frauduleuse; la liquidation réalisée de manière opaque ou négligente.⁷⁹ La réforme de 2006 qui fait peser sur le liquidateur des nouvelles obligations d'informations a dû réduire l'éventualité de cette troisième hypothèse.

Notons qu'en présence d'une liquidation frauduleuse, il est reconnu au ministère public un droit d'action propre dans l'intérêt général. Peu importe l'attitude des créanciers, il lui est loisible d'assigner en faillite une entreprise dont la disso-

⁶⁷ J. CAEYMAEX et T. CAVENAILE, *Manuel des sûretés mobilières*, Bruxelles, Larcier, 2019, n° 93; I. VEROUGSTRAETE *et al.*, *Manuel de l'insolvabilité de l'entreprise*, Kluwer 2019, n° 876 et les auteurs cités.

⁶⁸ Même si la société en liquidation n'a plus guère besoin de « faire appel au crédit de ses fournisseurs et banquiers, [...] elle demeure dépendante de la confiance que lui inspire ses créanciers » (P. GÉRARD, « Conditions de la faillite et société commerciale en liquidation » (note sous Cass., 17 juin 1994), *R.D.C.*, 1994, p. 885).

⁶⁹ Dans son arrêt du 17 juin 1994, la Cour affirme 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. » (Cass., 17 juin 1994, *R.D.C.*, 1994, p. 876, note Ph. GERARD, *Rev. prat. Soc.*, 1994, p. 415, note W. DERIJCKE).

⁷⁰ Cass., 6 mars 2003, *J.L.M.B.*, 2004, p. 48.

⁷¹ Cass., 14 janvier 2005, *T.R.V.*, 2005, p. 27, note M. WYCKAERT: « 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 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. »

⁷² Cass., 18 février 2005, *R.A.B.G.*, 2006, p. 625, note S. LOOSVELD.

⁷³ « L'ébranlement de crédit est un concept que le juge doit apprécier en fait et il apparaît que ce concept prend une coloration particulière chaque fois qu'on l'applique à une société commerciale en liquidation. »

⁷⁴ R. AYDOGDU, « Actualités en matière de liquidation (défictaire) », in *Réorganisation judiciaire, faillite, liquidation défictaire. Actualités et pratique*, Limal, Anthemis, 2010, p. 46.

⁷⁵ L'acceptation des créanciers peut découler de l'absence de demande en faillite (Comm. Liège, 7 février 1984, *R.D.C.*, 1984, p. 461; *Jur. Liège*, 1984, p. 178; *Rev. prat. soc.*, 1984, p. 124; Mons, 16 novembre 1988, *R.R.D.*, 1989, p. 26; *Rev. prat. soc.*, 1989, p. 63; *J.T.*, 1989, p. 459; Liège, 17 novembre 1988, *R.R.D.*, 1989, p. 28; *Rev. prat. soc.*, 1989, p. 66; *J.L.M.B.*, 1989, p. 1155; Liège, 28 février 1991, *Rev. prat. soc.*, 1991, p. 247; *Pas.*, 1991, II, p. 126; Mons, 15 juin 1992, *Rev. prat. soc.*, 1993, p. 271; *J.L.M.B.*, 1993, p. 884; Comm. Furnes, 15 mars 2000, *D.A.O.R.*, 2000, n° 55, p. 260 cités par J. CAEYMAEX et T. CAVENAILE, *Manuel des sûretés mobilières*, Bruxelles, Larcier, 2019, n° 92) ou du fait que la demande n'émane que d'un créancier isolé et minoritaire (Comm. Charleroi, 12 septembre 1995, *R.R.D.*, 1996, p. 76; Comm. Mons, 3 mars 1997, *J.L.M.B.*, 2001, p. 381; Liège, 26 juin 1997, *Rev. prat. soc.*, 1998, p. 112; *R.R.D.*, 1998, p. 70; Comm. Charleroi, 8 septembre 1998, *J.L.M.B.*, 1999, p. 993; Comm. Charleroi, 5 janvier 1999, *R.D.C.*, 2000, p. 805; *J.L.M.B.*, 2000, p. 1705; *Rev. prat. soc.*, 1999, p. 264; Comm. Tournai, 9 décembre 1999, *R.R.D.*, 2000, p. 84; Mons, 20 décembre 1999, *J.L.M.B.*, 2000, p. 1695; Liège, 16 mars 2000, *Rev. prat. soc.*, 2000, p. 185; *D.A.O.R.*, 2001, n° 57, p. 65; Comm. Huy, 13 mars 2002, *J.L.M.B.*, 2003, p. 164 cité par les auteurs précités).

⁷⁶ J. CAEYMAEX et T. CAVENAILE, *Manuel des sûretés mobilières*, Bruxelles, Larcier, 2019, n° 92.

⁷⁷ W. DAVID, « La faillite d'une société en liquidation: état de la question après l'arrêt de la Cour de cassation du 5 juin 2020 » (obs. sous Cass., 5 juin 2020), *J.L.M.B.*, 2020, p. 1402.

⁷⁸ J. CAEYMAEX et T. CAVENAILE, *Manuel des sûretés mobilières*, Bruxelles, Larcier, 2019, n° 92 qui renvoie à Comm. Charleroi, 17 mai 1999, *J.L.M.B.*, 2001, p. 383; Comm. Charleroi, 28 février 2000, *J.L.M.B.*, 2001, p. 391; Mons (2 arrêts), 12 décembre 2001, *J.L.M.B.*, 2003, p. 141; Liège, 3 avril 2003, *J.L.M.B.*, 2004, p. 78; *R.D.C.*, 2004, p. 388; *D.A.O.R.*, 2003, n° 67, p. 68.

⁷⁹ R. AYDOGDU, « Actualités en matière de liquidation (défictaire) », in *Réorganisation judiciaire, faillite, liquidation défictaire. Actualités et pratique*, Limal, Anthemis, 2010, p. 47.



lution a été décidée de manière frauduleuse ou encore lorsque l'adhésion des créanciers a été obtenue suite à la délivrance d'informations incomplètes ou inexactes.⁸⁰

21. Jurisprudence des juridictions de fond. La jurisprudence récente s'inscrit dans la droite ligne de ces principes.⁸¹

Ainsi, dans son arrêt du 22 juin 2017⁸², la cour d'appel de Bruxelles réforme la décision du tribunal de commerce francophone de Bruxelles du 3 février 2017⁸³ qui avait refusé d'homologuer un plan de répartition soumis par un liquidateur car la liquidation s'avérait déficitaire et la société était en situation de faillite. A cette occasion, la cour d'appel énonce que dans « l'hypothèse d'une liquidation déficitaire, la mise en faillite de la société est principalement fonction de l'ébranlement de son crédit. Le crédit d'une société en liquidation n'est pas ébranlé lorsque la dissolution est intervenue sans fraude et se déroule dans de bonnes conditions à la satisfaction des créanciers ou à tout le moins d'une majorité significative de ceux-ci et qu'une majorité suffisante de créanciers maintient sa confiance au liquidateur ». Il ne résulte « pas de ces éléments que la société aurait cessé de jouir de la confiance de la majorité des créanciers ou que la liquidation aurait été entamée ou réalisée d'une manière préjudiciable, négligente ou opaque pour ceux-ci ».

Une même décision de réformation est prise par la cour d'appel de Liège le 5 novembre 2019 à l'encontre du jugement du tribunal de l'entreprise de Liège, division Liège, qui avait ordonné la faillite d'une société en liquidation. A défaut de constater le retrait de la confiance des créanciers, le jugement de faillite doit être rapporté estime la cour. Les motifs qui ont présidé à cette décision sont clairs: « A défaut d'avoir constaté *in concreto* qu'une partie significative des créanciers de l'appelante 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 (Liège, 16 mars 2000, *Rev. prat. soc.*, 2000/2, p. 185). »⁸⁴ Ces arrêts font écho à la jurisprudence de la Cour de cassation, qui juge « que 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

fonde sa décision suivant laquelle la société en liquidation conserve son crédit et, dès lors, n'est pas en état de faillite ». ⁸⁵

22. Arrêt du 5 juin 2020 de la Cour de cassation. L'arrêt du 5 juin 2020 de la Cour de cassation⁸⁶ apporte encore une nouvelle pierre à l'édifice. Il marque une nouvelle forme de vigilance à l'égard des liquidations déficitaires.⁸⁷

L'arrêt déferé à la censure de la Cour⁸⁸ avait confirmé un jugement prononçant la faillite d'une société en liquidation.

Aux termes de son analyse, la cour d'appel de Bruxelles avait tout d'abord rappelé que: « La faillite d'une société en liquidation est principalement fonction de l'ébranlement de son crédit. Celui-ci réside soit dans le fait que la société a cessé de jouir de la confiance d'une majorité suffisante des créanciers, soit dans celui qu'un ou plusieurs créanciers retirent leur confiance à une liquidation entamée ou qui se déroule de manière préjudiciable pour les créanciers, négligente ou opaque. 'Dans ces deux dernières hypothèses, le péché originel ou le dysfonctionnement de la liquidation permettront la mise en faillite même si la société ne fait pas encore l'objet d'une perte massive de confiance de ses créanciers.' (R. AYDOGDU et F. ROZENBERG, « Auto-cessions et *sterfhuisconstructies* dans les procédures collectives », in *La cession d'une entreprise en difficulté*, C.U.P., vol. 159, Larcier, 2015, p. 223, n° 48). »

La cour d'appel s'attache ensuite à vérifier dans les faits « s'il existe des éléments indiquant que la liquidation pourrait avoir été entamée de manière préjudiciable pour les créanciers, soit parce que la dissolution de la SA [X] serait frauduleuse, soit parce qu'elle aurait été décidée pour échapper aux responsabilités particulières liées à l'état de faillite ou à la mise en cause d'actes posés en période suspecte ou encore qu'elle aurait eu pour objectif de réaliser une auto-cession en fraude des droits des créanciers ».

Elle relève à cet égard que:

- « le consentement des créanciers (à l'exception de la SA [Y], actionnaire principal ayant voté la décision) n'a pas été recherché préalablement à la décision de dissolution et de mise en liquidation de la société »;

^{80.} Liège, 16 mars 2000, *D.A.O.R.*, 2001, p. 65; *J.D.S.C.*, 2000, p. 359, note M. DELVAUX; Mons, 12 janvier 2011, *J.L.M.B.*, 2011, p. 1681; Mons, 12 décembre 2001, *J.L.M.B.*, 2003, p. 141, note A. HENDERICKX; Comm. Bruxelles, 13 février 2006, *J.L.M.B.*, 2006, p. 1379 cité par M. LEMAL, *Manuel de la liquidation des sociétés commerciales*, Waterloo, Kluwer, 2013, p. 577, notes 2070 et 2071. Voy. aussi J. CAEYMAEX et T. CAVENAILE, *Manuel des sûretés mobilières*, Bruxelles, Larcier, 2019, n° 91.

^{81.} Voy. à cet égard, W. DAVID, « La faillite d'une société en liquidation: état de la question après l'arrêt de la Cour de cassation du 5 juin 2020 » (obs. 2020 Cass., 5 juin 2020), *J.L.M.B.*, 2020, p. 1399.

^{82.} Bruxelles, 22 juin 2017, *Rev. prat. soc.*, 2018, p. 782, note A. HOUET.

^{83.} Comm. (Fr). Bruxelles, 3 février 2017, *J.L.M.B.*, 2020, p. 1396.

^{84.} Liège, 5 novembre 2019, *J.L.M.B.*, 2020, p. 1398.

^{85.} Cass., 14 janvier 2005, *Pas.*, 2005, I, p. 81. Voy. égal. Cass., 6 mars 2003, *Pas.*, 2003, I, p. 475.

^{86.} Cass., 5 juin 2020, *J.L.M.B.*, 2020, p. 1398, note W. DAVID; *R.D.C.*, 2021, p. 602 note R. AYDOGDU; *T.I.B.R.*, 2020, p. 164 note J. DE SMET; *R.P.S.-T.R.V.*, 2021, p. 203 note C. ALTER et V. OUCHINSKY.

^{87.} R. AYDOGDU, « La liquidation déficitaire: Paradise lost », in *Le nouveau droit des sociétés*, Limal, Anthemis, 2021, pp. 295 et s.

^{88.} Arrêt rendu par la cour d'appel de Bruxelles le 5 juillet 2019.



- « la SA [X] connaît une situation largement déficitaire depuis plusieurs exercices (...) »;
- « la décision de dissolution semble avoir été prise de manière soudaine et précipitée en novembre 2017 alors que le 29 juin 2017, le conseil d'administration indiquait pourtant que la société avait entamé 'une redynamisation de sa gamme, de sa communication et de sa stratégie, ces changements stratégiques et de positionnement seront déployés dans le courant de l'été' ».

La cour d'appel en conclut que: « Dans ce contexte, il n'est pas exclu⁸⁹ que la décision de dissolution et de mise en liquidation ait été décidée par les administrateurs de la SA [X] afin d'échapper à une éventuelle responsabilité pour poursuite déraisonnable des activités déficitaires. A ceci, s'ajoute le fait que le curateur indique dans son rapport que des faits d'une participation de la SA [X] à un circuit de facturation frauduleuse et/ou de main d'œuvre au noir en 2015 et 2016 lui ont été dénoncés par le parquet du procureur du Roi de Bruxelles. Si la SA [X] en liquidation conteste fermement toute participation à ces faits et bénéficie de la présomption d'innocence, il demeure que des devoirs sont toujours en cours à ce jour et que comme l'a indiqué madame l'avocat général en son avis, un interlocuteur indépendant en la personne d'un curateur, mandataire de justice, représentant tant la société que les créanciers, se justifie. » La décision attaquée est confirmée.

L'affaire remonte jusqu'à la Cour de cassation qui rejette le pourvoi.

La Cour de cassation fait sien le critère selon lequel: « La société qui est mise en liquidation continue à bénéficier de crédit lorsque ses créanciers maintiennent leur confiance dans cette décision et dans le déroulement de la liquidation, pour autant que cette confiance soit obtenue dans la régularité et la transparence. »

Elle affirme très clairement que: « La société dont la dissolution intervient en fraude des droits des créanciers ou a lieu à leur préjudice, en permettant d'échapper aux responsabilités particulières liées à l'état de faillite ou à la remise en cause d'actes accomplis en période suspecte, ne conserve pas la confiance des créanciers, lors même que ceux-ci n'auraient pas manifesté leur défiance. »

R. Aydogdu⁹⁰ regrette la position de la Cour qui va finalement jusqu'à considérer 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. »⁹¹ Certains craignent que « cette évolution de jurisprudence [puisse] conduire à conclure que la procédure de faillite devrait toujours être préférée à la liquidation déficitaire lorsqu'elle autorise des mesures que la procédure de liquidation ne permet pas de prendre ». ⁹² D'autres considèrent que « le souci de l'intérêt des créanciers doit aller jusqu'à l'aveu de faillite s'il apparaît que son prononcé ouvre des recours propres au droit de la faillite, susceptibles d'accroître l'actif ou de réduire le passif ». ⁹³

Peu importe finalement que les créanciers aient manifesté ou non leur défiance, les cours et tribunaux sont admis à refuser un plan de répartition, et à prononcer la faillite d'une société en liquidation sollicitée par le liquidateur, le ministère public ou un créancier, lorsque la dissolution a lieu au préjudice des créanciers sans nécessairement qu'une fraude soit requise. ⁹⁴ Au contraire, lorsque la liquidation d'une société en situation déficitaire se déroule de manière transparente et sans opposition des créanciers, elle peut être poursuivie jusqu'à sa clôture, sans qu'il y ait lieu pour le liquidateur de faire aveu de faillite.

23. Faillite d'une société en liquidation judiciaire. Dans le cadre d'une liquidation judiciaire, le passage vers la faillite pose également la question de l'ébranlement de crédit.

Les dissolutions judiciaires prononcées sur initiative de la chambre des entreprises en difficulté concernent de manière quasi systématique des personnes morales dont les créanciers se sont désintéressés. Il ne peut toutefois être exclu qu'en cours de liquidation, un ou plusieurs créanciers de la société sollicitent sa faillite. Le liquidateur judiciaire pourrait lui aussi estimer, au cours de sa mission, que la faillite est une procédure plus appropriée dans l'intérêt des créanciers de la société. A cet égard, il a été souligné qu'« une évacuation d'une partie du contentieux de la faillite, non accompagnée de pouvoirs similaires aux curateurs dans le chef des liquidateurs, pourrait être problématique ou contraindre le liquidateur à faire aveu de faillite ». ⁹⁵

⁸⁹. La doctrine a souligné cet élément qui laisse présager qu'une simple vraisemblance que la dissolution est intervenue pour permettre aux dirigeants d'échapper à une mise en cause de leur responsabilité suffit (W. DAVID, « La faillite d'une société en liquidation: état de la question après l'arrêt de la Cour de cassation du 5 juin 2020 » (obs. sous Cass., 5 juin 2020), *J.L.M.B.*, 2020, p. 1403). Voy. sur la preuve par vraisemblance en droit civil, l'art. 8.6 du C. civ.

⁹⁰. R. AYDOGDU, « La liquidation déficitaire: Paradise lost », in *Le nouveau droit des sociétés*, Limal, Anthemis, 2021, pp. 281 et s. Voy. aussi T. HURNER, « Les frontières entre liquidation déficitaire et faillite », in *Actualités en droit de l'insolvabilité*, Bruxelles, Larcier, 2022, pp. 190-191.

⁹¹. R. AYDOGDU, « La liquidation déficitaire: Paradise lost », in *Le nouveau droit des sociétés*, Limal, Anthemis, 2021, pp. 300-301.

⁹². A. ZENNER, « Cinquantes nuances de gris dans le droit de l'insolvabilité. Dictionnaire raisonné des controverses d'interprétation subsistantes ou nouvelles », *R.D.C.*, 2020, p. 307.

⁹³. J. CAEYMAEX et T. CAVENAILE, *Manuel des sûretés mobilières*, Bruxelles, Larcier, 2019, n° 92.

⁹⁴. Voy. W. DAVID, « La faillite d'une société en liquidation: état de la question après l'arrêt de la Cour de cassation du 5 juin 2020 » (obs. sous Cass., 5 juin 2020), *J.L.M.B.*, 2020, p. 1402.

⁹⁵. D. BLONDEEL, « La nouvelle procédure de dissolution judiciaire des sociétés », *R.P.S.-T.R.V.*, 2018, p. 100.



L'affaire qui a donné lieu à l'arrêt du 26 novembre 2021 illustre ce principe. Il résulte des éléments factuels de l'affaire que la liquidation s'avérait déficitaire. Les éléments du litige ne permettent pas de déterminer, par contre, si le crédit des créanciers était ébranlé. Lorsque cette condition est rencontrée, le liquidateur peut faire aveu de faillite pour qu'une action puisse ensuite être diligentée, par le curateur, sur pied de l'article 4:22 du CSA (anciennement art. 654 C. soc.). Cette manière d'agir, qui aurait pu être privilégiée par le liquidateur, se déduit des motifs de l'arrêt du 26 novembre 2021.

24. Incidence de la faillite sur le mandat du liquidateur.

Lorsqu'elle survient au cours de la liquidation, la faillite n'entraîne pas automatiquement la fin du mandat du liquidateur.⁹⁶ Elle en suspend l'exercice mais uniquement à titre partiel. D'une part, le liquidateur garde le pouvoir de représenter la société lorsque ses intérêts s'opposent à ceux de la masse des créanciers et, d'autre part, il lui incombe d'intervenir à la procédure lorsque la loi instaure cette obligation à charge du failli. Une telle intervention est également admise lorsque la loi offre uniquement cette possibilité au failli. On épingle à cet égard, la participation à la vérification de créances⁹⁷, les actions mobilières ou immobilières dirigées par ou contre les curateurs⁹⁸, la conclusion de transaction⁹⁹, la reddition des comptes, les mesures conservatoires en cas d'iner-tie du curateur, etc.¹⁰⁰

25. Après la clôture de la liquidation: la faillite d'une société liquidée. S'est également posée la question de savoir si une société dont la liquidation a été clôturée pouvait encore être déclarée en faillite.

À cet égard, F. T'Kint et W. Derijcke écrivaient: « Dès lors qu'une société est réputée exister pour les besoins de sa liquidation (...) et que ladite société est commerçante du seul fait de son objet, on n'aperçoit aucune objection à la faillite d'une société en liquidation pour autant que les autres conditions d'une déclaration de faillite soient réunies. Comme pour tout ancien commerçant, cette faillite peut être prononcée jusqu'à l'expiration du sixième mois suivant la date de clôture de la liquidation. »¹⁰¹

L'article 2, alinéa 4, de la loi du 8 août 1997 a mis fin aux incertitudes si besoin en était.¹⁰² Il prévoit en effet que: « La faillite d'une personne morale dissoute peut être déclarée jusqu'à six mois après la clôture de la liquidation. » La solution est reprise à l'article XX.99, alinéa 4, du Code de droit économique.

Ainsi, même en cas de clôture immédiate de la liquidation, une société ayant fait l'objet d'une mesure de dissolution judiciaire peut être citée en faillite dans le délai légal.

V. DE LA FAILLITE À LA DISSOLUTION: LES PERSPECTIVES FUTURES

26. De la faillite à la dissolution. Comme le démontrent les mécanismes présentés ci-dessus, la dissolution (avec ou sans liquidation) n'est pas une procédure irréversible. Pour autant que les conditions légales soient remplies, une société peut être réorientée vers la faillite en cours ou au terme de la liquidation.

Deux initiatives législatives récentes envisagent une autre forme de passerelle entre faillite et dissolution, empruntant le chemin inverse, à savoir la conversion d'une action en faillite en procédure de dissolution.

27. Examen de la proposition visant à laisser au juge le choix de la procédure de discontinuité la mieux adaptée.¹⁰³ Une première proposition de loi déposée à la Chambre le 21 octobre 2020¹⁰⁴ suggère la création d'une voie légale entre faillite et dissolution judiciaire. Cette proposition de loi qui s'inscrivait dans un contexte d'anticipation de la vague de faillites annoncée à la sortie des périodes de confinement liées à la crise sanitaire, réitère le constat selon lequel « 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 ».¹⁰⁵ Après avoir mis en évidence la charge que représente la faillite pour les tribunaux de l'entreprise, et le coût qu'elle

⁹⁶. M. LEMAL, *Manuel de la liquidation des sociétés commerciales*, Waterloo, Kluwer, 2013, p. 254.

⁹⁷. Art. XX.106 CDE.

⁹⁸. Art. XX.118 CDE.

⁹⁹. Art. XX.151 CDE.

¹⁰⁰. Voy. sur ces exemples, M. LEMAL, *Manuel de la liquidation des sociétés commerciales*, Waterloo, Kluwer, 2013, p. 254.

¹⁰¹. F. T'KINT et W. DERIJCKE, *La faillite*, Rép. not., Bruxelles, Larcier, 2006, p. 125, n° 3.

¹⁰². La jurisprudence de la Cour de cassation était constante et admettait la faillite d'une société liquidée (Cass., 17 juin 1994, *R.D.C.*, 1994, p. 876, note Ph. GÉRARD; *Rev. prat. soc.*, 1994, p. 415, note W. DERIJCKE). Voy. pour des décisions des juridictions de fond en sens contraire, les références citées par P. GÉRARD, « Conditions de la faillite et société commerciale en liquidation » (note sous Cass., 17 juin 1994), *R.D.C.*, 1994, p. 886.

¹⁰³. Voy. aussi sur cette proposition, T. HURNER, « Les frontières entre liquidation déficitaire et faillite », in *Actualités en droit de l'insolvabilité*, Bruxelles, Larcier, 2022, pp. 191 et s.; R. AYDOGDU, P. MOINEAU et N. BIESSAUX, « La dissolution et la liquidation déficitaire des sociétés », in F. GEORGES et F. GEORGE, *Varia en droit de l'insolvabilité*, C.U.P., vol. 212, Liège, Anthemis, 2022, pp. 206 et s.; V. VERLAECKT, *o.c.*, pp. 6-18.

¹⁰⁴. Proposition de loi portant diverses modifications en matière d'insolvabilité des entreprises, *Doc. parl.*, Chambre, sess. 2020-2021, n° 55-1591/001.

¹⁰⁵. *Exposé des motifs*, p. 4.



constitue pour l'Etat, les auteurs de la proposition de loi insistaient pour que, dans l'hypothèse des « coquilles vides », la dissolution judiciaire soit privilégiée à la faillite.¹⁰⁶ Relevant néanmoins que de nombreuses citations en faillite émanant de créanciers, institutionnels ou non, ont encore tendance à viser ces sociétés dormantes, la proposition de loi avait pour objet, en premier lieu, de permettre au tribunal de l'entreprise de favoriser le passage à la dissolution, même lorsqu'il était saisi d'une demande en faillite. Ce faisant, les tribunaux de l'entreprise se seraient vus investis du pouvoir de décider « la modalité de liquidation la plus appropriée sur le plan social et économique ».¹⁰⁷ Par ailleurs, la proposition de loi voulait instaurer un mécanisme, dans le cadre des demandes ou des aveux de faillite, permettant au requérant de formuler une demande alternative, consistant à solliciter du tribunal qu'il prononce la dissolution judiciaire du débiteur, après avoir constaté que les conditions de la faillite sont réunies.

Cette proposition n'a plus connu d'évolution depuis la réception de l'avis du Conseil d'Etat¹⁰⁸ et paraît avoir été abandonnée.

28. Avant-projet de loi transposant la directive (UE) n° 2019/1023 du Parlement européen et du Conseil du 20 juin 2019 relative aux cadres de restructuration préventive: une nouvelle passerelle? Cet avant-projet de loi propose également l'insertion d'une passerelle menant de la faillite à la dissolution.¹⁰⁹

D'une part, le demandeur en faillite pourrait postuler, par citation, que le tribunal prononce la dissolution judiciaire du débiteur après avoir constaté que les conditions de la faillite sont réunies.

D'autre part, la personne morale qui fait aveu de faillite disposerait de la même faculté.

Le tribunal serait admis à prononcer la dissolution sur pied d'un nouvel article 2:74/1. Aux termes de ce dernier: « Le tribunal saisi d'un aveu du débiteur ou d'une demande de déclaration de faillite et qui considère conformément à l'article XX.104 du Code de droit économique que les conditions de la faillite sont réunies mais décide que la faillite ne doit pas être déclarée ouverte, peut prononcer la dissolution. »

Les travaux préparatoires en projet exposent que: « Ce nouvel article 2:74/1 du Code des sociétés et des associations fait écho à la procédure prévue à l'article XX.104 du Code de droit économique. Il ajoute une cause de dissolution judiciaire et prévoit, dans ce cas très spécifique, une dissolution et clôture de la liquidation.

Il est nécessaire de prévoir que le tribunal constate la clôture non pas de la liquidation de faillite elle-même, puisqu'il n'y a pas eu de faillite proprement dite mais seulement une entame de procédure de faillite. Il est mis fin à cette pratique, et le registre de l'insolvabilité tout comme, par voie de conséquence, la Banque-Carrefour des Entreprises pourront apporter les mentions appropriées. »

La faculté de conversion d'office de la faillite en dissolution, présente dans la proposition d'octobre 2020, est abandonnée.

Un pouvoir d'appréciation plus large quant au choix entre les deux procédures est également conféré au tribunal. L'avant-projet ne mentionne plus de critères légaux.¹¹⁰

^{106.} *Exposé des motifs*, p. 5.

^{107.} *Exposé des motifs*, p. 7.

^{108.} Avis du Conseil d'Etat n° 68.479/2 du 14 janvier 2021, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2020-2021, n° 55-1591/002. Voy. sur cet avis, R. AYDOGDU, P. MOINEAU et N. BIESSAUX, « La dissolution et la liquidation déficitaire des sociétés », in F. GEORGES et F. GEORGE, *Varia en droit de l'insolvabilité*, C.U.P., vol. 212, Liège, Anthemis, 2022, p. 208.

^{109.} Voy. le projet d'art. XX.100 CDE. Le projet a été approuvé par le gouvernement le 29 octobre 2022 et a été soumis au Conseil d'Etat.

^{110.} L'exposé des motifs du projet expose:

Le présent article, qui modifie l'article XX.100 du CDE, 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.

Une telle stratégie du débiteur qui propose au tribunal une alternative, est compréhensible. Le débiteur est en principe tenu de faire l'aveu de sa cessation de paiement (art. 489bis C. pén.) et peut se sentir obligé de faire l'aveu de la faillite vu la distinction encore opérée de nos jours entre faillite et liquidation alors qu'il préférerait opter pour une liquidation.

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.



Enfin, le principe de dissolution judiciaire avec clôture immédiate de la liquidation ne ressort pas clairement du texte de l'avant-projet.¹¹¹ Ce manque de clarté qui laisse ouverte la possibilité de désigner un liquidateur pourrait venir contrarier les objectifs d'économie poursuivis par le législateur.

Les auteurs s'accordent pour reconnaître qu'un tel pouvoir conféré au juge requiert la mise en place d'outils permettant un examen préliminaire fouillé et exact, afin de pallier le risque d'erreurs manifestes d'appréciation.¹¹²

VI. CONCLUSION

29. Liquidation, faillite et pistes à explorer. Bien que la faillite et la liquidation déficitaire aient été qualifiées d'équivalents fonctionnels¹¹³, principalement en raison de la situation de concours que ces procédures génèrent, l'arrêt commenté met en évidence une différence essentielle dans les missions respectives du curateur et du liquidateur. Cette différence réside dans le fait qu'à la différence du curateur, le liquidateur ne représente que la société, et n'agit donc pas pour le compte de ses créanciers.

Notre commentaire souligne l'incidence que cette situation a sur les moyens d'action dont dispose le liquidateur, qui sont nettement plus limités en comparaison de ceux que le curateur peut mobiliser. Ainsi, alors que, comme le curateur, le liquidateur poursuit l'objectif de protéger les intérêts des créanciers, son champ d'action n'est pas le même, ce qui peut parfois entraver ses démarches en vue de recouvrer certains actifs.

Les circonstances factuelles du litige ayant donné lieu à l'arrêt du 26 novembre 2021 en témoignent. Confrontée à une situation de liquidation déficitaire, si la société E.I. avait été mise en faillite, son curateur aurait pu se prévaloir de la

solidarité de M. D. en sa qualité de représentant des créanciers. Au contraire, et comme le confirme l'arrêt commenté, en agissant dans les limites du mandat de liquidateur, il n'était pas possible d'obtenir la condamnation solidaire de M. D. Ce constat emporte des conséquences non négligeables en termes de protection des créanciers.

À cet égard, il a été mis en évidence que des passerelles existaient entre la liquidation et la faillite. Pour autant que les conditions de la faillite soient réunies, elles permettent, à différents stades de la liquidation, de réorienter la société dissoute vers la procédure de faillite.

Ainsi, le choix de la liquidation n'est pas irréversible. Lorsque le passage à la faillite paraît assurer une meilleure protection des intérêts des créanciers, parce qu'elle offre de meilleures perspectives de recouvrement, il est justifié que le liquidateur explore ces passerelles pour mener à bien sa mission. Comme l'enseigne l'arrêt du 26 novembre 2021, il est par contre vain pour le liquidateur de vouloir endosser lui-même les habits du curateur et de chercher à diligenter certaines actions au nom des créanciers.

¹¹¹ R. AYDOGDU, P. MOINEAU et N. BIESSAUX, « La dissolution et la liquidation déficitaire des sociétés », in F. GEORGES et F. GEORGE, *Varia en droit de l'insolvabilité*, C.U.P., vol. 212, Liège, Anthemis, 2022, pp. 212 et s. Le projet tel qu'approuvé par le gouvernement énonce: 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 1er 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. L'entité susceptible d'être dissoute et liquidée et 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. Le tribunal prononce la dissolution judiciaire s'il n'y a pas d'actifs en quantité significative et si l'intérêt général l'exige. 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}, 1^o, 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 associés.

¹¹² R. AYDOGDU, P. MOINEAU et N. BIESSAUX, « La dissolution et la liquidation déficitaire des sociétés », in F. GEORGES et F. GEORGE, *Varia en droit de l'insolvabilité*, C.U.P., vol. 212, Liège, Anthemis, 2022, p. 214 qui se réfère à l'avis rendu par AVOCAT.BE.

¹¹³ R. AYDOGDU, « La liquidation déficitaire: Paradise lost », in *Le nouveau droit des sociétés*, Limal, Anthemis, 2021, pp. 281 et s.

