

gemaakt door wetens en willens de vereffening vroegtijdig te sluiten, niettegenstaande zij wist dat haar aansprakelijkheid in het geding was in de lopende procedure.

5. Door op die gronden het hoger beroep van de eiseres niet ontvankelijk te verklaren, verantwoordt de appelrechter zijn beslissing niet naar recht.

Het middel is gegrond.

Dictum

Het Hof,

Vernietigt het bestreden arrest.

Note

La survie « passive » des sociétés après la clôture de leur liquidation: The Walking Dead

Roman Aydogdu¹

1. La construction jurisprudentielle de la liquidation

– Peu de domaines, en droit des sociétés, auront été si patiemment construits par la jurisprudence que le régime de la liquidation², même s’il arrive que cette vérité s’efface derrière les 15 ans d’activisme législatif qui ont abouti à la refonte de la matière par le Code des sociétés et des associations (« CSA »).³

L’effet de la liquidation et de sa clôture sur les actions menées par ou contre une société tient une place de choix dans cette jurisprudence.⁴

L’arrêt commenté clôt la construction prétorienne sur ce point en clarifiant la dernière zone d’ombre qui subsistait au sujet de la position procédurale de la société dont la liquidation a été clôturée.

2. Clôture de la liquidation et demandes de la société

– Dès la clôture de sa liquidation, la société ne peut plus agir en justice: elle a en effet perdu la personnalité juridique et ne dispose plus d’un patrimoine propre et, partant, de la capacité d’agir en justice.⁵

Le liquidateur est également irrecevable à agir: faute de société et de mandat, il n’a ni intérêt ni qualité pour soutenir une action en justice.⁶

Ni la société ni le liquidateur⁷ ne peuvent donc introduire une nouvelle procédure⁸, soutenir une demande pendante⁹ (une reprise d’instance serait sans objet¹⁰) ou exécuter une décision après la clôture de la liquidation.

La possibilité d’introduire ou de poursuivre un recours appelle une distinction fondamentale. S’il est dirigé contre une décision rejetant une demande originairement introduite par la société, le recours ne peut être introduit ou poursuivi par la société ou le liquidateur. Ceci vaut pour toute décision, qu’elle soit prononcée avant ou après la clôture de la liquidation.¹¹ Le recours dirigé contre une décision faisant droit à une demande articulée contre la société, défenderesse originaire, subit un sort différent: si en effet la société est formellement demanderesse dans le cadre du recours, celui-ci doit être analysé comme un moyen de défense dans une procédure globalement analysée comme dirigée contre la société. Cet aspect relève de la survie passive de la société.

¹. Professeur ULiège, Maître de conférences ULB, avocat au barreau de Liège (Mosal).

². Voy. not. R. AYDOGDU, « Actualités en matière de liquidation (défictaire) », in *Réorganisation judiciaire, faillite, liquidation déficitaire: actualités et pratique*, C.U.P., vol. 120, Liège, Anthemis, 2010, pp. 7 et s.

³. Voy. not. R. AYDOGDU, « Le nouveau régime de dissolution et de liquidation des sociétés », in *Le nouveau droit des sociétés et des associations*, Limal, Anthemis, 2019, pp. 464 et s.

⁴. Voy. not. R. AYDOGDU, « Actualités en matière de liquidation (défictaire) », *o.c.*, pp. 9-30 et R. AYDOGDU, « Liquidation », in X. DIEUX, Ph. LAMBRECHT et O. CAPRASSE, « Examen de jurisprudence. Les sociétés commerciales (2010-2013) », *R.C.J.B.*, 2016, n°s 126-149, pp. 346-367.

⁵. Voy. not. R. TAS, « De rechtsbekwaamheid van een handelsvennootschap na de sluiting van haar vereffening », *T.R.V.*, 1995, n° 7, p. 601.

⁶. Voy. not. B. TILLEMANS, *Proceshandling van en tegen vennootschappen*, Anvers, Maklu, 1997, n° 124, p. 73.

⁷. Les actionnaires, par contre, sont bel et bien fondés à poursuivre des demandes pendantes lors de la clôture ou à introduire de nouvelles demandes (voy. not. R. AYDOGDU, « Actualités en matière de liquidation (défictaire) », *o.c.*, n°s 20-25, pp. 16-19 et R. AYDOGDU, « Liquidation », *o.c.*, n° 147, pp. 364-365; comp. C. CLOTTENS, « Een vennootschap met rechtspersoonlijkheid kan zich nog verweren in hangende procedures na de sluiting van haar vereffening » (note sous Liège, 8 novembre 2016), *R.P.S.-T.R.V.*, 2018, n°s 13-16, pp. 800-803). Les contestations doctrinales et jurisprudentielles sont décisivement affaiblies par la consécration, à l’art. 2:104, § 1^{er}, al. 1^{er}, CSA, de la thèse selon laquelle les actionnaires ont, après la clôture de la liquidation, la qualité d’ayants cause à titre particulier de la société: « *A la suite de la clôture de la liquidation, les associés ou actionnaires deviennent, de plein droit chacun pour sa part, propriétaires indivis de tous les actifs de la société même si ceux-ci ne sont pas connus au moment de la clôture de la liquidation.* »

⁸. Cass., 14 février 2012, *R.P.S.*, 2012, p. 85 et la note W. DERIJCKE; J.P. Oudenaarde, 26 mars 2009, *J.J.P.*, 2011, p. 425; Civ. Anvers, 15 janvier 2007, *R.W.*, 2007-2008, p. 1084.

⁹. Civ. Namur, 28 juin 2007, *R.G.E.N.*, 2008, pp. 185 et s.

¹⁰. Gand, 5 mars 2007, *T.R.V.*, 2010, pp. 172 et s., note C. CLOTTENS.

¹¹. C. CLOTTENS, « Het lot van lopende gerechtelijke procedures na afsluiting van de vereffening van een vennootschap met rechtspersoonlijkheid » (note sous Cass., 17 avril 2008), *T.R.V.*, 2010, n° 5, p. 161.

3. Clôture de la liquidation et survie « passive » – Les créanciers sociaux peuvent avoir intérêt, dans diverses situations, à agir contre la société après la clôture de la liquidation.

Ils peuvent, à cet effet, tenter de faire révoquer la clôture, soit par une action en annulation (ou en inopposabilité)¹², soit par une action en réouverture de la liquidation, introduite en droit belge par l'article 2:105 CSA. Dans l'un et l'autre cas, la société recouvre sa personnalité juridique.

Si les créanciers ne veulent ou ne peuvent obtenir cette réactivation de la personnalité juridique, leur action contre la société est problématique dès lors que celle-ci a cessé d'exister et ne dispose plus ni d'un patrimoine propre¹³, ni d'un organe pour la représenter, le mandat du liquidateur ayant pris fin.

Cette difficulté a été prise en compte par le législateur, à une époque où les liquidations étaient bien moins contrôlées qu'aujourd'hui. La persistance de la personnalité juridique de la société en liquidation étant notamment motivée par la protection de l'intérêt des créanciers, le législateur a jugé que la clôture de la liquidation, spécialement celle qui résulte d'une simple décision des associés (dans le cadre d'une dissolution volontaire ou de plein droit), ne pouvait pas priver les créanciers du droit de poursuivre la société.¹⁴

Aussi l'article 198, § 1^{er}, 3^e tiret, du Code des sociétés, devenu l'article 2:143, § 1^{er}, 5^e tiret, CSA, dispose-t-il que les actions contre les liquidateurs, en cette qualité, ou, à défaut, contre les liquidateurs « de plein droit » sont prescrites par 5 ans après la publication de la clôture de la liquidation.

La Cour de cassation en a déduit une survie « passive » de la société pendant ce délai: « *par la clôture de la liquidation, l'extinction de la société n'est pas absolue, puisqu'il résulte implicitement de [cet] article (...) que la société continue d'exister pour répondre des actions que les créanciers sociaux peuvent exercer contre elle en la personne de ses liquidateurs (...)* ». ¹⁵

L'arrêt annoté, comme un autre arrêt encore plus récent¹⁶, confirme ces principes.

La survie « passive » de la société est donc une fiction qui a pour effet de permettre aux créanciers, après la clôture, d'agir contre la société, sur le plan procédural, *comme si* elle était toujours en liquidation.¹⁷ En conséquence de cette fiction, la société pourra rester ou devenir partie à la procédure, en la personne de son liquidateur¹⁸, sans qu'une reprise d'instance soit nécessaire.¹⁹

4. Survie « passive » et demandes des créanciers sociaux – En raison de la survie « passive » de la société, les créanciers sociaux peuvent introduire toute nouvelle action contre la société dans les 5 ans qui suivent la publication de la clôture.

Une interprétation littérale de l'article 198, § 1^{er}, 3^e tiret, du Code des sociétés aurait pu conduire à limiter la survie passive de la société aux actions introduites *après* la clôture de la liquidation, privant ainsi les créanciers qui ont introduit leur action avant celle-ci du droit de poursuivre la procédure.²⁰ Une telle solution aurait assurément été contraire à l'objectif de la survie passive, qui consiste à protéger les créanciers sociaux de la décision des associés de clôturer la liquidation, et aurait ouvert la voie à des clôtures anticipées à des fins frauduleuses. Une différence de traitement entre créanciers sociaux selon la date d'introduction de la demande aurait pu être jugée inconstitutionnelle.

Ralliant une doctrine autorisée²¹, la Cour de cassation a confirmé, dans son arrêt du 17 avril 2008, que « *la poursuite de [l']existence passive, qui vise à assurer la protection des créanciers de la société, vaut non seulement à l'égard des actions intentées dans le délai de 5 ans après la publication de la clôture de la liquidation, mais également à l'égard des actions déjà formées contre la société avant la clôture de la liquidation. La clôture de la liquidation n'a pas pour conséquence d'empêcher la poursuite des procédures en cours contre la société en la personne de ses liquidateurs* ». ²²

L'arrêt annoté, comme un autre arrêt encore plus récent²³, confirme ces principes.

¹² Voy. not. R. AYDOGDU, « Actualités en matière de liquidation (défictaire) », *o.c.*, n° 41, p. 25 et R. AYDOGDU, « Liquidation », *o.c.*, n° 145, pp. 362-363.

¹³ Le créancier devra donc établir son intérêt à agir contre la société, p. ex. parce que des fonds non distribués ont été consignés à la clôture de la liquidation: C. CLOTTENS, « Een vennootschap met rechtspersoonlijkheid ... », *o.c.*, n° 2, p. 797.

¹⁴ Sur cette visée de protection des tiers: C. HOTTERBEEKX, « Kan een vennootschap zich na de sluiting van haar vereffening nog verder verweren tegen de fiscus? » (note sous Bruxelles, 14 mai 2009), *T.F.R.*, 2009, n° 4, p. 890.

¹⁵ Cass., 22 mars 1962, *R.C.J.B.*, 1963, p. 42, note J.-G. RENAULT; voy. égal. Cass., 17 avril 2008, *T.R.V.*, 2010, pp. 150 et s.

¹⁶ Cass., 14 février 2020, C.19.0108.F.

¹⁷ C. CLOTTENS, « Een vennootschap met rechtspersoonlijkheid ... », *o.c.*, n° 2, p. 797.

¹⁸ Les actionnaires sont, quant à eux, sans qualité pour reprendre l'instance: Liège, 2 décembre 2009, *F.J.F.*, 2010, p. 295; C. CLOTTENS, « Een vennootschap met rechtspersoonlijkheid ... », *o.c.*, n°s 13-16, pp. 800-803.

¹⁹ Gand, 5 octobre 2009, *R.A.B.G.*, 2010, note E. JANSSENS.

²⁰ C. trav. Anvers, 29 octobre 2007, *R.W.*, 2009-2010, p. 38; B. TILLEMANS, *o.c.*, n° 138, p. 82.

²¹ J. RONSE, « Overzicht van rechtspraak (1964-1967) », *T.P.R.*, 1967, n° 255, p. 764; R. TAS, *o.c.*, n° 7, p. 497.

²² Cass., 17 avril 2008, *T.R.V.*, 2010, p. 150, note C. CLOTTENS; diverses juridictions de fond ont depuis lors fait application de cet enseignement (Gand, 5 octobre 2009, *R.A.B.G.*, 2010, p. 170; Mons, 1^{er} décembre 2008, *J.L.M.B.*, 2009, p. 1839; Comm. Gand, 19 juin 2008, *T.R.V.*, 2010, p. 174).

²³ Cass., 14 février 2020, C.19.0108.F.

Le droit des créanciers d'introduire une nouvelle procédure ou de poursuivre une procédure pendante implique sans conteste celui d'exercer tout recours contre une décision rejetant leur demande contre la société, qu'elle soit prononcée avant ou après la clôture de la liquidation.²⁴

On enseigne par contre que les créanciers n'auraient aucun intérêt à introduire un recours contre une décision faisant droit à une demande de la société²⁵, au motif que la société ne pourrait plus faire exécuter une telle décision après la clôture de la liquidation. Les associés peuvent toutefois faire exécuter, après la clôture, un titre obtenu par la société, en leur qualité d'ayants cause à titre particulier de la société.²⁶ Dans cette perspective, le recours des créanciers n'est pas irrecevable pour défaut d'intérêt.

5. Survie « passive » et « défense » de la société – La survie « passive » de la société après la clôture de la liquidation est limitée à un rôle de défense procédurale.

La société peut utiliser tous moyens de défense dans le cadre des procédures poursuivies ou introduites par les créanciers sociaux.²⁷

Elle peut ainsi soulever tous moyens et exceptions²⁸ mais également, dans une acception large du terme « défense », introduire toute demande reconventionnelle ou en intervention²⁹, voire en dommages-intérêts pour procédure téméraire et vexatoire³⁰, et tout recours contre la décision obtenue par le créancier.³¹

L'arrêt annoté confirme ces principes.

6. Clôture de la liquidation et défense de la société contre des actions pendantes: *A Farewell to Arms?* – Si, par son arrêt du 17 avril 2008, la Cour de cassation a ainsi reconnu le droit pour les créanciers de poursuivre une procédure contre la société débitrice dont la liquidation a entre-temps été clôturée, elle laissait sans réponse la question de

savoir si la société peut, quant à elle, poursuivre sa défense, en dépit de la clôture de sa liquidation, dans une procédure en cours au moment de celle-ci.

Certaines juridictions ont considéré qu'en procédant à la clôture de sa liquidation, la société renonce à sa défense, qu'il s'agisse de poursuivre un recours introduit par la société contre une décision de l'administration fiscale antérieure à la clôture³² ou d'interjeter appel contre une décision d'instance, rendue avant³³ ou après³⁴ la clôture.

D'autres ont estimé, au contraire, que la clôture de la liquidation ne fait pas obstacle à ce que la société, représentée par son liquidateur, exerce sa défense, par exemple en introduisant un recours contre une décision de l'administration fiscale prise avant la clôture de la liquidation³⁵ ou en relevant appel d'une décision de condamnation de la société rendue avant la clôture de la liquidation.

L'arrêt commenté consacre cette solution au sujet d'un recours contre une condamnation judiciaire prononcée après la clôture de la liquidation, comme un autre arrêt encore plus récent le fait en ce qui concerne la défense d'une société dans le cadre d'une action introduite contre elle avant la dissolution et toujours pendante au moment de la clôture.³⁶

La Cour de cassation fonde très justement sa position sur la portée de la survie « passive » de la société³⁷, qui, même si elle est prévue dans l'intérêt des tiers, confère à la société un droit de défense au sens large, en ce compris dans les actions introduites avant la clôture de la liquidation³⁸. Ce fondement exprime bien la portée du droit de la société, qui est limité à sa défense et exclut ainsi la possibilité pour la société d'introduire un recours contre une décision rendue sur une demande de la société (sauf si cette demande relève de la « défense » au sens large, comme une demande reconventionnelle ou en intervention (*supra*, n° 5)).

Le fait que, par l'arrêt commenté, la Cour censure une décision selon laquelle la société « avait elle-même rendu impos-

²⁴. B. TILLEMANS, *o.c.*, n° 140, p. 83.

²⁵. C. CLOTTENS, « Het lot ... », *o.c.*, n° 5, pp. 160-161.

²⁶. Voy. note 7.

²⁷. Ce qui implique le droit d'introduire un recours, administratif ou judiciaire, contre une décision de l'administration fiscale: Cass., 8 novembre 1960, *Pas.*, 1961, I, p. 252; Civ. Liège, 31 mai 2010, *F.J.F.*, 2011, p. 933; Bruxelles, 19 octobre 2006, *F.J.F.*, 2007, pp. 790 et s.; Civ. Anvers, 15 janvier 2007, *R.W.*, 2007-2008, p. 1084 (le tribunal observe toutefois que tel n'est pas le cas en l'espèce).

²⁸. Cass., 14 février 2020, C.19.0108.F.

²⁹. C. CLOTTENS, « Het lot ... », *o.c.*, n° 3, p. 158; R. TAS, « De rechtsbekwaamheid van een handelsvennootschap na de sluiting van haar vereffening », *o.c.*, n° 16; B. TILLEMANS, *o.c.*, n° 136, p. 81 (ces trois auteurs précisent toutefois que si la demande principale dirigée contre la société est rejetée mais qu'elle triomphe dans son action reconventionnelle, elle ne pourra obtenir l'exécution du jugement); *contra*: Gand, 8 décembre 2008, *T.R.V.*, 2010, p. 164, note C. CLOTTENS.

³⁰. Liège, 8 novembre 2016, *R.P.S.-T.R.V.*, 2018, p. 791, note C. CLOTTENS; M. LEMAL, *Manuel de la liquidation des sociétés commerciales*, Waterloo, Kluwer, 2013, n° 815-816, p. 551.

³¹. C. CLOTTENS, « Het lot ... », *o.c.*, n° 3, p. 158; B. TILLEMANS, *o.c.*, n° 136, p. 81.

³². Bruxelles, 14 mai 2009, *T.F.R.*, 2009, p. 889, note C. HOTTERBEEKX; Bruxelles, 4 mars 2010, *J.D.F.*, 2010, p. 209.

³³. C. trav. Anvers, 29 octobre 2007, *R.W.*, 2009-2010, p. 38.

³⁴. Mons, 1^{er} décembre 2008, *J.L.M.B.*, 2009, p. 1839.

³⁵. Liège, 2 décembre 2009, *F.J.F.*, 2010, p. 295.

³⁶. Cass., 14 février 2020, C.19.0108.F.

³⁷. *Contra*: C. HOTTERBEEKX, « Kan ... », *o.c.*, n° 15, pp. 892-893.

³⁸. Liège, 8 novembre 2016, *R.P.S.-T.R.V.*, 2018, p. 791, note C. CLOTTENS; R. AYDOGDU, « Actualités en matière de liquidation (déficiente) », *o.c.*, n° 46, p. 28 et R. AYDOGDU, « Liquidation », *o.c.*, n° 145, p. 632; C. CLOTTENS, « Het lot ... », *o.c.*, n° 5-6, pp. 161-162; J. RONSE, *o.c.*, n° 255, p. 764.

sible le recours en clôturant sciemment la liquidation de manière prématurée [dissolution avec clôture de la liquidation en un acte, ndla], *alors qu'elle savait que sa responsabilité était en cause dans une procédure pendante* »³⁹, permet en outre de faire un sort à l'argument selon lequel la clôture de la liquidation emporterait une renonciation de la société à poursuivre sa défense.

Dès lors que la clôture de la liquidation n'empêche pas la société, dans le cadre de sa survie passive, de se défendre

contre les actions dirigées contre elle, il n'est en effet pas possible d'interpréter la clôture comme une renonciation ou un désistement tacite de la société⁴⁰, qui, selon la jurisprudence constante de la Cour de cassation, ne se présume pas et ne peut être déduite que de faits qui ne sont susceptibles d'aucune autre interprétation. Des réserves expresses dans l'acte de clôture, si elles ne sont donc pas nécessaires, pourront toutefois utilement éteindre toute contestation.⁴¹

³⁹. Traduction libre de: « *De eiseres heeft zichzelf het instellen van een rechtsmiddel van hoger beroep onmogelijk gemaakt door wetens en willens de vereffening vroegtijdig te sluiten, niettegenstaande zij wist dat haar aansprakelijkheid in het geding was in de lopende procedure.* »

⁴⁰. Liège, 8 novembre 2016, *R.P.S.-T.R.V.*, 2018, p. 791, note C. CLOTTENS; R. AYDOGDU, « Liquidation », *o.c.*, n° 345, p. 1662.

⁴¹. Liège, 8 novembre 2016, *R.P.S.-T.R.V.*, 2018, p. 791, note C. CLOTTENS; Mons, 1^{er} décembre 2008, *J.L.M.B.*, 2009, p. 1839.