

ainsi « adressé une lettre circulaire aux créanciers de [la demanderesse] les informant de la mise en liquidation de la société et les invitant à lui adresser leur déclaration de créance » et qu'« il a déposé, dans les délais prescrits à l'article 189bis du Code des sociétés, des états détaillés de la situation de la liquidation reprenant les devoirs précis qu'il avait accomplis, l'indication des recettes, des dépenses et des répartitions ainsi que ce qu'il restait à liquider », en indiquant, dès le premier rapport, « qu'il était déjà certain que les créanciers chirographaires ne pourraient être indemnisés », d'autre part, qu'« il n'est pas démontré que [la demanderesse] aurait cessé de jouir de la confiance d'une majorité suffisante des créanciers en nombre et en somme » au motif que la « créance de [la défenderesse] ne représente que 0,16% du montant total des dettes », que « même si on y ajoute les quatre autres créanciers qu'elle a sollicités en cours de procédure, le total de leurs créances ne représente encore que 1,20% du passif » et que « la banque KBC, qui détient une créance de l'ordre de 1.300.000 euros, a laissé se poursuivre la liquidation ».

Il considère ensuite, s'agissant de l'existence d'« éléments indiquant que la liquidation pourrait avoir été entamée de manière préjudiciable pour les créanciers », qu'« il n'est pas exclu que la décision de dissolution et de mise en liquidation ait été décidée par les administrateurs de [la demanderesse] afin d'échapper à une éventuelle responsabilité pour poursuite déraisonnable des activités déficitaires » dès lors que celle-ci « connaît une situation largement déficitaire depuis plusieurs exercices », que, « malgré une première déclaration d'abstention du commissaire sur les comptes annuels arrêtés au 31 décembre 2015 et une déclaration mitigée sur la continuité sur les comptes arrêtés au 31 décembre 2016 [...], le conseil d'administration a proposé la poursuite des activités » et que « 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 adopté des « changements stratégiques et de positionnement [dont] les

effets positifs escomptés seront attendus à partir d'octobre 2017 » et « sans que les organes de gestion aient jugé utile de faire appel à la lettre de confort émise en mai 2017 par l'actionnaire majoritaire ».

Il ajoute que, s'agissant d'une information portant sur « des faits d'une participation de [la demanderesse] à un circuit de facturation frauduleuse ou de main-d'œuvre au noir en 2015 et 2016 », la demanderesse « bénéficie de la présomption d'innocence », mais que, « des devoirs [étant] toujours en cours », « un interlocuteur indépendant en la personne d'un curateur, mandataire de justice, représentant tant la société que les créanciers, se justifie ».

Par ces énonciations, d'où il suit qu'aux yeux de la cour d'appel, qui n'a pas retenu l'existence d'une fraude, si le déroulement de la liquidation est exempt de tout reproche, il existe en revanche des indices que la décision même de mise en liquidation est préjudiciable aux créanciers en ce qu'elle les priverait du bénéfice d'actions pouvant être menées par un curateur et que, dès lors, la confiance des créanciers est factice, l'arrêt a pu, sans violer l'article XX.99 précité, décider que le crédit de la demanderesse était ébranlé et, partant, que les conditions de la faillite étaient réunies.

Le moyen ne peut être accueilli.

Par ces motifs,

La Cour

Rejette le pourvoi;

Condamne la demanderesse aux dépens.

Les dépens taxés à la somme de trois cent soixante-sept euros cinquante-trois centimes envers la partie demanderesse, y compris la somme de vingt euros au profit du fonds budgétaire relatif à l'aide juridique de deuxième ligne, et à la somme de six cent cinquante euros due à l'Etat au titre de mise au rôle.

Note

La faillite des liquidations déficitaires: The Usual Suspects

Roman AYDOGDU¹

1. La légalité de la liquidation déficitaire – Tous ceux chez qui la *cancel culture* n'a pas effacé jusqu'au souvenir de M. Kevin Spacey, ont à l'esprit sa réplique dans le film

culte *The Usual Suspects*: « *The greatest trick the Devil ever pulled was convincing the world he didn't exist* ».²

¹ Professeur ULiège / Maître de conférences ULB / Avocat au barreau de Liège (Mosal).

² Kevin Spacey interprète le rôle de Roger « Verbal » KINT, qui lui valut l'Oscar du meilleur acteur dans un second rôle. La réplique est tirée d'un interrogatoire de police où il évoque le criminel Keyser Söze, dont l'existence est mise en doute mais qui, en réalité, n'est autre que Kint lui-même.

C'est bien un sort que la liquidation frauduleuse ne risque pas de connaître: aussi loin qu'on puisse remonter, la liquidation déficitaire a toujours été traitée avec suspicion et elle demeure, en dépit des évolutions de ces 20 dernières années, le « suspect de convenance »³ du droit des entreprises en difficulté, comme en témoigne l'arrêt annoté.

Aujourd'hui encore, il n'est pas rare que la légalité de la liquidation déficitaire soit mise en doute dans la pratique quotidienne, motif pris du caractère d'ordre public de la faillite – pourtant sérieusement écorné, depuis l'instauration de la réorganisation judiciaire, par le principe selon lequel « l'état de faillite du débiteur ne fait pas obstacle en soi à l'ouverture ou à la poursuite de la procédure de réorganisation judiciaire » (art. XX.45, § 3, CDE⁴, ex art. 23, § 3, LCE⁵).

Il fut certes un temps – très lointain – où une doctrine autorisée professait une telle solution: « *Légalement, la faillite ne peut être évitée que par le concordat [...] Il ne peut y avoir place pour une troisième voie qui contredirait la deuxième, seule échappatoire à la première [...] Dès lors que les conditions de la faillite sont réunies, le tribunal n'a pas le choix. La solution de la faillite s'impose à lui puisqu'il a l'obligation de déclarer le débiteur en faillite [...]. On ne voit pas davantage comment par leur seule volonté, des particuliers pourraient, lors de l'assemblée générale de liquidation, se créer un droit que le tribunal devrait leur refuser s'il était appelé à statuer sur l'existence de celui-ci.* »⁶

Cette thèse a toutefois progressivement été écartée au profit d'une approche beaucoup plus libérale de la liquidation déficitaire, au terme d'une évolution dont je mets en exergue les trois temps forts.

Lors des travaux parlementaires qui ont conduit à l'adoption de la loi du 8 août 1997 sur les faillites, la condition d'ébranlement du crédit, initialement supprimée au profit d'une nouvelle qualification de la cessation de paiement comme « durable », a été réintroduite à la faveur d'un amendement, adopté non sans contestations⁷, selon lequel « l'ébranlement du crédit est notamment important lorsqu'il s'agit, pour le tribunal de laisser se poursuivre la liquidation volontaire, déficitaire, d'une société dissoute (...) Le tribunal, qui constaterait que le crédit de la société en liquidation n'est pas

ébranlé (elle a conservé la confiance de ses créanciers, la liquidation est poursuivie par un liquidateur compétent et indépendant à la satisfaction de tous) pourrait éviter de prononcer sa faillite ».⁸

Par 3 arrêts des 6 mars 2003⁹, 14 janvier¹⁰ et 18 février 2005¹¹, la Cour de cassation consacra ensuite la thèse selon laquelle les conditions de déclaration de faillite reçoivent une acception spécifique pour les sociétés en liquidation (*infra*, nos 4 et 5), faisant ainsi obstacle à la déclaration de faillite systématique qu'aurait entraînée l'application des conditions telles qu'entendues pour les sociétés en *going concern*.

La légalité de la liquidation déficitaire fut finalement confirmée de manière expresse par la loi, à l'occasion de l'adoption du CSA¹², qui organise un contrôle judiciaire renforcé de la liquidation déficitaire (*infra*, n° 3).

Compte tenu des hésitations persistantes dans la pratique, je ne puis trop insister sur le premier enseignement de l'arrêt annoté, qui, dans le sillage de la jurisprudence précitée, confirme, s'il en était encore besoin, la légalité de principe de la liquidation déficitaire.

2. La liquidation déficitaire, alternative à la faillite –

Une société en état virtuel de faillite, peut donc légalement opter pour la liquidation déficitaire, si, par l'effet de sa dissolution, les conditions de la faillite, en raison de leur acception propre aux sociétés en liquidation, cessent d'être remplies.

On a objecté à cette conclusion qu'elle « analyse la situation après le fait de la mise en liquidation, alors que la légalité de la mesure doit s'apprécier au moment où celle-ci est prise; en l'occurrence, la mise en liquidation volontaire ayant lieu précisément pour éviter la faillite, [on ne peut] justifier la légalité d'une solution en se prévalant de l'illégalité qui fait naître cette solution ».¹³

Cette objection ne peut être retenue car elle méconnaît que, comme pour une société en *going concern*¹⁴, l'état de faillite d'une société en liquidation doit être apprécié au jour où le juge statue et non à une date antérieure¹⁵, ce que la cour d'appel de Liège a d'ailleurs rappelé dans son arrêt du

3. C'est la traduction québécoise – et donc autorisée – du titre du film.

4. Code de droit économique, Livre XX (M.B., 11 septembre 2017).

5. Loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises (M.B., 9 février 2009).

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

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

8. *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1995-1996, n° 330/3, pp. 1-2.

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

10. Cass., 14 janvier 2005, *T.R.V.*, 2005, p. 27, note M. WYCKAERT.

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

12. Code des sociétés et des associations (M.B., 4 avril 2019).

13. L. MATRAY, « Le principe d'égalité ... », *o.c.*, n° 15, p. 31.

14. I. VEROUSTRATE ET AL., *Manuel de l'insolvabilité de l'entreprise*, Malines, Kluwer, 2019, pp. 712-713, n° 866; A. ZENNER, *Traité*, *o.c.*, pp. 843-844, n° 1143.

15. F. T KINT, note sous Mons, 16 novembre 1988 et Liège, 17 novembre 1988, *Rev. prat. soc.*, 1989, pp. 71-72.

1^{er} mars 2001¹⁶, confirmé par l'arrêt précité de la Cour de cassation du 6 mars 2003.

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

Dans son arrêt précité du 1^{er} mars 2001, la cour d'appel de Liège relevait que « *la technique de la liquidation est jugée intrinsèquement supérieure* », « *bien plus simple et bien plus rapide que la technique de la faillite* » et que « *la dissolution ne comporte pas un certain nombre d'inconvénients qu'occasionne la faillite* »; elle consacrait ainsi la faveur alors donnée par le tribunal de commerce de Liège à la liquidation déficitaire sur la faillite, dans le cadre de la mise en œuvre de l'article 45 de la loi du 17 juillet 1997 relative au concordat, qui autorisait le tribunal, en cas d'échec du concordat, à ordonner au commissaire au sursis de convoquer l'assemblée générale de celle-ci avec sa dissolution à l'ordre du jour.¹⁷

La liquidation déficitaire s'est en effet développée historiquement comme une procédure à la fois moins lourde que la faillite et plus propice à une valorisation optimale des actifs et à une cession des activités en continuité.¹⁸

Même un auteur très critique quant à la légalité de la liquidation déficitaire relevait ainsi que « *La faillite crée dans l'opinion un choc psychologique qui amenuise dangereusement les possibilités de l'entreprise faillie par comparaison avec celles qui lui seraient offertes dans le cadre d'une liquidation volontaire. Ainsi, le droit à la clientèle pourrait-il être sauvé et négocié. La restructuration à laquelle l'entreprise devrait procéder se ferait plus harmonieusement; les actionnaires seraient plus enclins à y participer et le personnel y trouverait une meilleure sauvegarde de l'emploi. La liquidation pourrait échapper à la résiliation des contrats en cours et aux conséquences financièrement désastreuses qui en résultent. Les troubles sociaux seraient évités étant donné que les organes légaux de consultation du personnel continueraient à fonctionner.* »¹⁹

On a pu écrire que les avantages prêtés à la liquidation se sont estompés avec l'instauration de la réorganisation judiciaire par transfert sous autorité de justice.²⁰ Si cette procédure assure certes une continuité de la gestion en cours de sursis (*debtor in possession*) et se présente dès lors, sur ce point, comme une alternative vertueuse à la faillite, elle n'en est pas moins beaucoup plus lourde que la liquidation,

compte tenu notamment de l'intervention combinée du mandataire de justice, du juge délégué et du tribunal, tant sur le plan de l'ouverture, du déroulement et de la prorogation du sursis que sur celui de la recherche et de la sélection des offres ainsi que de l'autorisation finale du transfert.

Plus généralement, la pratique enseigne cette vérité d'évidence, qu'il peut être difficile d'écrire ou de lire: soucieuses de conserver à l'initiative économique son indépendance, garantie par le principe d'immixtion judiciaire minimale²¹ en cours de vie sociale, les sociétés sont naturellement enclines, en cas de discontinuité, à préférer un liquidateur, mandataire social qu'elles se donnent et qui agit sans contrôle judiciaire *a priori*, à un mandataire de justice imposé, qui œuvre dans le cadre d'une tutelle judiciaire plus ou moins étroite.

Ce choix peut se justifier pour des raisons légitimes: pour la mission, toujours délicate, de réalisation des actifs, surtout sous la forme d'une cession des activités en continuité, la société n'est-elle pas le meilleur juge de la compétence et de la diligence du mandataire, et de la confiance dont elle peut l'investir? Le choix du liquidateur avant la dissolution ne permet-il pas de l'instruire préalablement de la situation et d'éviter ainsi la discontinuité ou, d'une manière générale, toute perte de temps, que la découverte du curateur lors de la descente de faillite implique généralement en pratique? L'autocession, modalité très fréquente de la cession d'une entreprise en difficulté, n'est-elle pas réalisée de manière plus efficace par un liquidateur choisi – et intègre (*infra*, n° 3), l'un n'excluant pas l'autre, faut-il l'écrire – que par un curateur opérant en discontinuité ou un mandataire de justice tenu, dans le cadre du transfert sous autorité de justice, à organiser une mise en concurrence?²²

Il peut néanmoins y avoir des objections au choix de la liquidation déficitaire contre la faillite, toutes les fois que l'objet ou l'effet de la liquidation est de faire obstacle à la protection, impérative ou d'ordre public, que la faillite est réputée assurer aux créanciers, spécialement sous la forme des responsabilités particulières liées à l'état de faillite ou des inopposabilités de la période suspecte (*infra*, n°s 5 et 6).

Ceci n'autorise cependant ni à suspecter la fraude derrière toute liquidation déficitaire, ni même à examiner pour chacune d'elles la légitimité des motifs qui ont conduit la société à la préférer à la faillite. Dans un système juridique libéral, les choix d'une société ne relèvent pas du juge mais des actionnaires et dirigeants ainsi que, en cas de discontinuité de la société, des créanciers. Si (une majorité de) ceux-ci

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

17. Voy. A. ZENNER, *Traité*, o.c., pp. 863-864, n° 1174.

18. M. LEMAL, *Manuel de la liquidation des sociétés commerciales*, Waterloo, Kluwer, 2013, p. 568, n° 841 et pp. 569-570, n° 844.

19. L. MATRAY, « Le principe d'égalité ... », o.c., p. 30, n° 14.

20. M. LEMAL, *Manuel*, o.c., p. 570, n° 844.

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

22. Sur l'autocession, notamment en matière de transfert sous autorité de justice et de liquidation déficitaire, voy. 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, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 189-227.

s'en remettent aux choix des premiers (*infra*, n° 4), il ne peut être question de les mettre judiciairement en cause, sauf à établir que la loi a été violée (*infra*, nos 5 à 7).

3. Le contrôle judiciaire de la liquidation déficitaire –

Le respect de l'autonomie des volontés s'impose d'autant plus que la loi organise déjà un contrôle judiciaire à l'ouverture et à la clôture de la liquidation déficitaire.

Si une liquidation volontaire s'annonce déficitaire, sur la base de la situation à moins de 3 mois établie en vue de l'assemblée générale de dissolution (art. 2:71, § 2, al. 2, CSA), le choix du liquidateur est soumis à la confirmation du président du tribunal de l'entreprise, qui s'assure à cet effet que le liquidateur offre toutes les garanties de compétence et d'intégrité pour l'exercice de son mandat (art. 2:84, al. 1^{er} et 3, CSA).²³ Si ce contrôle ne peut amener le juge à vérifier si la liquidation déficitaire est justifiée²⁴, ni à se substituer à l'assemblée générale en opportunité, il peut néanmoins être l'occasion de constater, d'une manière objective, que le liquidateur nommé n'est pas, par exemple en raison de son implication antérieure dans la société, en situation d'exercer son mandat dans l'intérêt des créanciers.²⁵

Ce contrôle à l'ouverture instaure ainsi une appréciation *a priori*, par le juge, de la capacité du liquidateur à exercer son mandat de manière légale, alors même que les créanciers (dûment informés par le dossier de liquidation et les états détaillés de la situation de la liquidation; *infra*, n° 5) ont en tout état de cause le droit d'agir en responsabilité, *a posteriori*, contre le liquidateur, qui est le seul mandataire social à répondre de son mandat à l'égard non seulement de la société mais également des créanciers (art. 2:106, al. 2, CSA).²⁶

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

Ce contrôle à la clôture, qui est axé sur la vérification *a priori* du respect de l'égalité dans le concours et des rangs et privilèges des créanciers (art. 2:97, § 1^{er}, CSA) et non sur l'examen des conditions de faillite²⁷, s'ajoute, ici aussi, à l'action en responsabilité *a posteriori* des créanciers, dont

une des hypothèses classiques est précisément la violation de leurs droits dans la répartition de l'actif.²⁸

Sans surprise, ces dispositions trouvent leur origine dans une proposition de loi du 1^{er} juillet 2005²⁹ déposée dans la suite immédiate de la libéralisation de la liquidation déficitaire opérée par la Cour de cassation entre 2003 et 2005 (*supra*, n° 1). L'exposé des motifs reflète la suspicion qui entoure la liquidation déficitaire, d'autant plus claire que, comme je viens de le mettre en évidence, le double contrôle *d'office* et *a priori* qui est instauré ne comble pas un vide légal mais vient s'ajouter aux droits d'action *a posteriori* dont disposent les créanciers, premiers intéressés.

4. La faillite « subjective » de la liquidation déficitaire: la société doit jouir d'un crédit suffisant –

Dans son arrêt précité du 6 mars 2003, la Cour de cassation a décidé que le crédit d'une société en liquidation n'est pas ébranlé si une majorité suffisante de créanciers maintient sa confiance au liquidateur; elle a précisé, dans son arrêt précité du 14 janvier 2005, que l'ébranlement du crédit vise le manque de confiance de la part des créanciers envers l'organisation et le déroulement des activités de liquidation³⁰ et que le fait que les créanciers ou une partie significative des créanciers maintiennent leur confiance au 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.

Si la perte de confiance des créanciers peut entraîner la faillite d'une société en liquidation, cette condition, parce qu'elle est subjective, ne peut, pas plus que l'ébranlement du crédit d'une société en *going concern*³¹, exposer à l'arbitraire des créanciers: l'action d'un ou de plusieurs créanciers isolé(s) ne peut légitimement mettre en cause la liquidation qui reste soutenue par une majorité suffisante des créanciers.³²

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

5. La faillite « objective » de la liquidation déficitaire:

²³ Certaines catégories de condamnés sont même interdites de mandat, sauf homologation présidentielle (art. 2:84, al. 5, CSA).

²⁴ M. LEMAL, *Manuel*, o.c., p. 574, n° 851.

²⁵ Liège, 27 septembre 2016, *D.A.O.R.*, 2017, p. 134; 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 », *J.L.M.B.*, 2020, p. 1403, n° 10.

²⁶ R. AYDOGDU, « Le nouveau régime de dissolution et liquidation des sociétés », in *Le nouveau droit des sociétés et des associations*, Limal, Anthemis, 2019, p. 478, n° 46.

²⁷ Bruxelles, 22 juin 2017, *T.R.V.-R.P.S.*, 2018, pp. 782 et s., note A. HOUET.

²⁸ M. LEMAL, *Manuel*, o.c., pp. 271-272, n° 406.

²⁹ *Doc. parl.*, Ch. repr., 2004-2005, n° 51-1906/001.

³⁰ Dans le même sens: Cass., 18 février 2015, o.c.

³¹ A. ZENNER, *Traité*, o.c., pp. 856-857, n° 1166.

³² R. AYDOGDU, « Actualités en matière de liquidation (déficitaire) », in *Réorganisation judiciaire, faillite, liquidation déficitaire*, C.U.P., vol. 120, Liège, Anthemis, 2010, p. 46, n° 81; M. LEMAL, *Manuel*, o.c., p. 578, n° 855.

la société ne peut jouir d'un crédit artificiel – La Cour de cassation refusait, par son arrêt précité du 6 mars 2003, de censurer un arrêt de la cour d'appel de Liège, aux termes duquel « *si la dissolution est intervenue sans fraude et se déroule dans de bonnes conditions à la satisfaction des créanciers, ou d'une majorité significative de ceux-ci, et que leur adhésion n'est pas obtenue par une information incomplète ou inexacte, le crédit ne sera pas ébranlé; la manière dont les opérations de liquidation ont été conduites n'est pas de nature à ébranler le crédit de la société auprès des créanciers; il n'est pas soutenu que la règle de l'égalité entre les créanciers n'a pas été respectée ou que des constructions juridiques de nature à porter préjudice aux créanciers auraient été élaborées en cours de liquidation* ».

Cet arrêt de la cour d'appel de Liège est représentatif d'un large courant jurisprudentiel³³ et doctrinal³⁴, selon lequel le consentement des créanciers doit être obtenu « dans la régularité et la transparence ». C'est précisément en ces termes que la Cour de cassation consacre pour la première fois, dans l'arrêt annoté, cette exigence tenant à la *qualité* du crédit donné à la liquidation qui, pas plus que celui donné à la société en *going concern*, ne peut être artificiel.

La Cour de cassation ne se départit pas de la ligne suivie dans ses arrêts antérieurs: les conditions de la faillite d'une société en liquidation sont les mêmes que pour une société en *going concern*, ni plus ni moins, mais elles doivent recevoir une acception propre, ce qui vaut tant pour la cessation persistante de paiement que pour l'ébranlement du crédit – et, quant à ce dernier, le refus d'un crédit artificiel.

Lorsque la société est en *going concern*, son crédit est considéré comme ébranlé s'il est obtenu de manière artificielle, c'est-à-dire par des moyens illégaux ou anormaux.³⁵ Tel est par exemple le cas lorsque la société assure la continuité de certains de ses paiements par le non-paiement des créanciers institutionnels, lequel peut d'ailleurs dégénérer en « moyen ruineux de se procurer des fonds » pénalement sanctionné (art. 489bis, 1^o, C. pén.).

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

reprendre les termes de l'arrêt annoté, la confiance des créanciers est factice.³⁶

Cette condition, objective, s'apprécie à deux égards.

D'une part, la liquidation doit se dérouler de manière transparente. Il faut, ici aussi, veiller à ne pas exposer la liquidation à l'arbitraire des créanciers. Depuis la loi du 2 juin 2006, l'information des créanciers est organisée autour du dossier de liquidation (art. 2:103 CSA), lequel intègre notamment les états détaillés de la situation de la liquidation (art. 2:96 CSA) et le plan de répartition de l'actif (art. 2:97, § 2, CSA).³⁷ La menace de la faillite ne peut devenir une arme aux mains de ceux de ces créanciers, que l'on rencontre en pratique, qui font le siège du liquidateur pour obtenir une information qu'ils ne sont pas (encore) fondés à recevoir³⁸ – quand ce n'est pas simplement une attestation d'irrecouvrabilité, dont la communication n'a d'autre urgence que les impératifs, impénétrables, de la clôture comptable.

D'autre part, la liquidation ne peut être entamée ou se dérouler de manière irrégulière, en fraude des droits des créanciers ou au préjudice de ceux-ci. L'arrêt précité de la cour d'appel de Liège du 1^{er} mars 2011 évoquait ainsi la dissolution frauduleuse, la violation de l'égalité dans le concours ou le recours à des constructions juridiques de nature à porter préjudice aux créanciers (*sterfhuisconstructies*)³⁹. C'est dans cette perspective qu'il est admis de longue date que la liquidation ne peut avoir pour objet (cette intention rendant la liquidation frauduleuse) ou pour effet de faire échapper aux responsabilités particulières liées à l'état de faillite ou à la mise en cause d'actes accomplis en période suspecte⁴⁰ (*supra*, n^o 2), ce que la Cour de cassation consacre pour la première fois dans l'arrêt annoté.

6. La faillite « objective » de la liquidation déficitaire: autonomie des volontés et équivalence fonctionnelle – Une fois admis le principe de la faillite d'une liquidation irrégulière, encore faut-il respecter l'autonomie des volontés – celles de la société et de ses créanciers – (*supra*, n^{os} 2 et 4) et donner leur juste mesure aux limites « objectives » à cette autonomie. L'arrêt annoté appelle, sur ce point, les plus vives réserves.

Dans l'arrêt déféré à la censure de la Cour de cassation, la cour d'appel de Bruxelles relève tout d'abord que la liquidation jouit d'un crédit *suffisant*: la créance du demandeur en

³³. Voy. not. Bruxelles, 22 juin 2017, *o.c.*; Bruxelles, 5 mai 2017, *D.A.O.R.*, 2017, p. 59; Gand, 1^{er} juin 2015, *R.P.S.-T.R.V.*, 2016, p. 1122; Liège, 30 juin 2011, *J.L.M.B.*, 2011, p. 1683; Mons, 12 janvier 2011, *J.L.M.B.*, 2011/34, p. 1681; Bruxelles, 4 septembre 2007, *D.A.O.R.*, 2008, p. 250; Mons, 12 décembre 2001, *J.L.M.B.*, 2003/4, pp. 141 et s.; Liège, 16 mars 2000, *R.P.S.*, 2000, p. 185, note W. DERIJCKE.

³⁴. Voy. not. R. AYDOGDU, « Actualités en matière de liquidation (déficitaire) », *o.c.*, pp. 46-48, n^o 81-82; M. LEMAL, *Manuel*, *o.c.*, pp. 572-574, n^{os} 848-850 et pp. 575-577, n^o 854; A. ZENNER, *Traité*, *o.c.*, pp. 861-862, n^o 1173.

³⁵. I. VEROUSTRATE ET AL., *Manuel*, *o.c.*, p. 712, n^o 863; A. ZENNER, *Traité*, *o.c.*, pp. 859-860, n^o 1169.

³⁶. Dans le même sens, voy. M. LEMAL, *Manuel*, *o.c.*, p. 577, n^o 854.

³⁷. R. AYDOGDU, « Le nouveau régime de dissolution et liquidation des sociétés », *o.c.*, p. 475, n^o 42 et pp. 476-478, n^{os} 44-45.

³⁸. R. AYDOGDU, « Actualités en matière de liquidation (déficitaire) », *o.c.*, p. 48, n^o 82.

³⁹. Sur cette notion, voy. not. R. AYDOGDU ET F. ROZENBERG, « Auto-cessions et *sterfhuisconstructies* dans les procédures collectives », *o.c.*

⁴⁰. Voy. Mons, 8 mars 2001, *T.R.V.*, 2001, p. 50; voy. égal. R. AYDOGDU, « Actualités en matière de liquidation (déficitaire) », *o.c.*, p. 47, n^o 81; M. LEMAL, *Manuel*, *o.c.*, p. 574, n^o 850.

faillite ne représente que 0,16% du total des dettes et, cumulées avec les créances de 4 autres créanciers sollicités par le demandeur en cours de procédure, 1,20% du passif tout au plus, tandis que le créancier bancaire (dont la lecture du pourvoi révèle qu'il est le principal créancier hors groupe, l'actionnaire majoritaire de la société disposant quant à lui d'une créance égale à 19% du passif) a laissé la liquidation se poursuivre.

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

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

Indépendamment des circonstances concrètes relevées par la Cour (*infra*, n° 7), on peut sérieusement douter, sur le plan des principes, qu'il s'agisse là d'éléments indicatifs d'une liquidation entamée de manière préjudiciable pour les créanciers.

D'une part, la responsabilité pour poursuite déraisonnable d'une activité déficitaire s'est développée, avant sa consécration légale à l'article XX.227 CDE par la loi du 11 août 2017, sur la base de l'article 1382 du Code civil, comme un des exemples les plus frappants de la responsabilité aquilienne des membres de l'organe d'administration d'une société.⁴¹ Elle n'est donc assurément pas, comme telle, indissociable de l'état de faillite – à la différence, par exemple, de l'action en comblement de passif (art. XX.225 et XX.226 CDE) – et pourrait donc parfaitement être mise en œuvre par le créancier d'une société en liquidation.

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

Depuis lors, on pourrait certes adopter une approche plus nuancée. Même si l'article XX.227 CDE a été conçu comme une disposition qui « reprend et confirme la jurisprudence

en matière de responsabilité des administrateurs et dirigeants de fait qui poursuivent l'exploitation d'une entreprise dont la situation est irrémédiablement compromise »⁴², il existe plusieurs différences notables entre la responsabilité fondée sur l'article 1382 du Code civil et celle qui découle de l'article XX.227 CDE⁴³, tantôt plus favorables aux créanciers, tantôt moins: je relève spécialement, à cet égard, le monopole d'action conféré aux curateurs, qui, à la différence de l'action au comblement de passif, expose les créanciers à l'inertie du mandataire de justice. Ce monopole, critiqué par certains auteurs⁴⁴, éclaire d'ailleurs d'un jour particulier la cause dont avait à connaître la Cour de cassation dans l'arrêt annoté: il a en effet pour « but [...] d'éviter que tout intéressé puisse intentar une telle action dans un domaine exigeant une appréciation complexe et une connaissance approfondie du passé de l'entreprise », considération particulièrement édifiante lorsque l'on sait que c'est sur la base de simples indices que la cour d'appel de Bruxelles a décidé, à la demande d'un créancier isolé, de déclarer la faillite de la société en liquidation ... (*infra*, n° 7)

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

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

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

Ce faisant, la cour néglige manifestement le contrôle judiciaire de la personne du liquidateur, compétent et intègre, lequel s'ajoute au droit d'action des créanciers (dûment informés par le dossier de liquidation et les états détaillés de la situation de la liquidation; *supra*, n° 5), à l'égard desquels le liquidateur est le seul mandataire social à répondre de son mandat en vertu de l'article 2:106, alinéa 2, CSA (*supra*, n° 3).

⁴¹ J.-Fr. GOFFIN, *Responsabilités des dirigeants de sociétés*, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 2012, pp. 126-127, n° 83 et pp. 237-242, nos 150-153.

⁴² *Doc. parl.*, Ch. repr., 2016-2017, n° 54-2407/001, p. 105.

⁴³ D. LAMBRECHTS, « La responsabilité des dirigeants pour poursuite déraisonnable d'une activité déficitaire: art. 1382 du Code civil ou XX.227 du CDE? Et quid en période de coronavirus? », *R.D.C.*, 2020, pp. 674 et s.

⁴⁴ J. VANANROYE, « Aansprakelijkheidsvorderingen bij *wrongful trading*: de 'uitsluitende bevoegdheid van de curator' betekent niet 'alleen de curator' », *R.P.S.-T.R.V.*, 2018, pp. 247 et s.; *contra*: W. David et A. Jansen (« Le nouveau droit des SRL et de la faillite: quelles (inter)actions? », *R.P.S.-T.R.V.*, 2020, p. 494, n° 104), qui estiment que le monopole du curateur est « heureux ».

A nouveau, au regard du respect dû à l'autonomie des volontés, il me paraît que, par-delà leurs différences, l'intervention du curateur et celle du liquidateur présentent, à l'égard des responsabilités pénales évoquées en l'espèce, une *équivalence fonctionnelle* telle qu'il ne peut être jugé, sur cette seule base, que la liquidation a été entamée de manière préjudiciable aux créanciers lorsque, comme en l'espèce, une majorité suffisante de ceux-ci accorde sa confiance à une liquidation qui se déroule de manière exempte de tout reproche.

Plus fondamentalement encore, le critère employé par la cour d'appel de Bruxelles, inspiré de manière évidente par la suspicion qui frappe les liquidations déficitaires (*supra*, n° 1), s'écarte dangereusement de l'idée de fraude ou de préjudice pour les créanciers, en ce qu'il permet de déclarer la faillite d'une liquidation déficitaire toutes les fois, non déterminées, où l'indépendance du curateur serait préférable à celle d'un liquidateur compétent et intègre, diligent et investi de la confiance des créanciers. Il est regrettable que cette dérive évidente n'ait pas été censurée par la Cour de cassation, alors même qu'elle s'écarte manifestement du critère que la Cour consacre dans l'arrêt annoté. En ce sens, la cour d'appel de Liège a très justement réformé un jugement du tribunal de l'entreprise de Liège, division Liège, qui avait déclaré la faillite d'une société en liquidation au seul motif que « *la procédure de la faillite offre davantage de garanties que la liquidation déficitaire* », en décidant que « *à 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* ». ⁴⁵

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

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

Dans l'arrêt attaqué, la cour d'appel de Bruxelles ne constate pas, en effet, la réunion des conditions de la responsabilité pour poursuite déraisonnable d'une activité déficitaire mais juge seulement qu'« *il n'est pas exclu* » que la liquidation ait

été entamée pour échapper à une « *éventuelle* » responsabilité. De la même manière, après avoir réservé le bénéfice de la présomption d'innocence (...), elle s'en tient à l'existence de devoirs d'informations en cours, sans qu'il n'y ait ni condamnation par une juridiction de jugement (et donc, preuves d'infractions), ni renvoi par une juridiction d'instruction (et donc, charges suffisantes).

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

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

Ces précédents n'autorisent assurément pas à penser qu'une faillite puisse être prononcée sur indices. Le principe fermement établi est, bien au contraire, que « *tout doute quant à la réunion des conditions de la faillite [...] doit profiter au débiteur et justifier que la faillite ne soit pas prononcée* ». ⁴⁶ La notion d'ébranlement de crédit offre certes une importante marge d'appréciation mais l'ironie veut que cette condition ait précisément été maintenue pour éviter la faillite systématique des liquidations déficitaires (*supra*, n° 1).

Si les juridictions de fond jugent souverainement, en fait, des conditions de la faillite, la Cour de cassation contrôle si elles ont pu, en droit, déduire l'état de faillite des faits qu'elles déclarent *établis*. ⁴⁷ Ce contrôle, déjà limité, de la Cour de cassation risque de devenir purement formel si les juridictions de fond peuvent désormais se limiter à de simples indices, dont l'arrêt annoté n'exige même pas qu'ils soient caractérisés – par exemple, par la formule visant les indices « graves, précis et concordants ».

Le risque, évident, d'une mise en cause systématique des liquidations déficitaires, à rebours de l'acquis de ces 20 dernières années, apparaît clairement des faits de la cause: il a suffi d'une information pénale et d'une poursuite d'activité déficitaire (dont l'art. XX.227 CDE n'autorise la critique, en

⁴⁵. Liège, 5 novembre 2019, *J.L.M.B.*, 2020, pp. 1398-1399, note W. DAVID; voy. égal. M. LEMAL, *Manuel*, o.c., p. 578, n° 855.

⁴⁶. A. ZENNER, *Traité*, o.c., pp. 844-845, n° 1145.

⁴⁷. I. VEROUSTRATE ET AL., *Manuel*, o.c., p. 712, n° 864; A. ZENNER, *Traité*, o.c., p. 845, n° 1146.

cas de faillite, que par le seul curateur, s'agissant d'un « *domaine exigeant une appréciation complexe et une connaissance approfondie du passé de l'entreprise* »; *supra*, n°6) pour qu'un créancier représentant une quotité dérisoire du passif obtienne la déclaration de faillite d'une société

dont la liquidation, exempte de tout reproche, est soutenue par les principaux créanciers.

La sagesse populaire ne fait pas toujours une bonne politique juridictionnelle: en matière de liquidation déficitaire comme dans bien d'autres domaines, il y a parfois de la fumée sans feu.