

## RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

### L'action en comblement de passif

Delvaux, Marie-Amelie

*Published in:*

Jurisprudence en droit des sociétés commerciales-recueil annuel (JDSC)

*Publication date:*

2004

*Document Version*

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

*Citation for pulished version (HARVARD):*

Delvaux, M-A 2004, 'L'action en comblement de passif: qui peut l'introduire? contre qui?', note sous Comm. Bruxelles 3 avril 2001', *Jurisprudence en droit des sociétés commerciales-recueil annuel (JDSC)*, pp. 262-264.

#### General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

#### Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

DELVAUX, M., L'action en comblement de passif: qui peut l'introduire?  
contre qui?

J.D.S.C. 2004, 262-264.

---

Texte intégral

## L'action en comblement de passif: qui peut l'introduire? contre qui?

Marie-Amélie **Delvaux** Avocate au barreau de Namur  
Assistante aux Facultés universitaires de Namur

Deux éléments retiennent notre attention dans le présent jugement.  
**Le pouvoir d'un créancier individuel d'introduire une action en comblement de passif**

La présente action a été introduite le 19 mai 1993 par la SA Sumo, créancière notamment des sociétés Imsay et Imsay International en faillite. Un créancier isolé peut-il introduire une action en comblement de passif, ou est-ce une action réservée au curateur? Jusqu'il y a peu<sup>(1)</sup>

, la jurisprudence comme la doctrine considéraient que pareille action en responsabilité était réservée en exclusivité au curateur, en sa qualité de représentant de la masse des créanciers; les créanciers isolés n'étaient pas recevables à agir.

Ce monopole d'action du curateur n'était pas contraire à l'article 6.1. de la Convention européenne des droits de l'homme «*dès lors que l'article 63ter (des L.C.S.C.) ne confère aucun droit subjectif aux créanciers particuliers mais uniquement à la masse faillie*»<sup>(2)</sup>

Le créancier individuel avait uniquement la possibilité de fonder ses prétentions sur l'article 1382 du Code civil, avec les difficultés liées à la preuve de la faute et du dommage en lien causal avec celle-ci. La consécration jurisprudentielle et doctrinale d'un véritable monopole du curateur pour introduire l'action en comblement de passif a été récemment complètement anéantie par le législateur. La

loi du 4 septembre 2002 modifiant la loi du 8 août 1997 sur les faillites, le Code judiciaire et le Code des sociétés<sup>(3)</sup>

a en effet supprimé ce monopole par l'ajout d'un alinéa aux articles 265, 409 et 530 du Code des sociétés en ces termes:

*«L'action est recevable de la part tant des curateurs que des créanciers lésés. Le créancier lésé qui intente une action en informe le curateur. Dans ce dernier cas, le montant alloué par le juge est limité au préjudice subi par les créanciers agissants et leur revient exclusivement, indépendamment de l'action éventuelle des curateurs dans l'intérêt de la masse».*

Autrefois, on déplorait que la responsabilité aggravée des dirigeants en cas de faute grave et caractérisée ne soit appliquée que dans un nombre très peu élevé d'hypothèses, notamment parce que les curateurs hésitaient à introduire pareille procédure, complexe, souvent très longue et au résultat aléatoire.

C'est précisément pour encourager les actions en responsabilité pour faute grave et caractérisée ayant contribué à la faillite que la loi du 4 septembre 2002 a permis à tous les préjudiciés d'intenter une action contre le ou les dirigeant(s) fautifs(s).

Le créancier agissant individuellement doit en informer préalablement le curateur; ce dernier pourra alors intervenir volontairement à la procédure ou intenter une procédure parallèle au nom de la masse des créanciers.

Le créancier agissant individuellement obtient à son profit exclusif l'indemnisation du préjudice qu'il a subi. Selon les auteurs du texte<sup>(4)</sup>, ce résultat exclusif ne heurte pas le principe d'égalité des créanciers. D'une part, ce principe d'égalité reste souvent lettre morte dans la pratique des faillites, non seulement au vu du nombre impressionnant de privilèges qu'a instauré le législateur mais également au vu des procédures permettant de contourner l'égalité des créanciers<sup>(5)</sup>

. D'autre part, la volonté des auteurs du texte est clairement d'inciter le créancier individuel à agir; or, s'il se retrouve sur pied d'égalité avec les autres créanciers inertes, on ne voit réellement pas ce qui le motiverait à introduire une quelconque action en justice contre les dirigeants!

En la présente espèce, l'action a été introduite bien avant l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, soit le 1<sup>er</sup> octobre 2002.

Une action individuelle introduite par un créancier isolé avant cette date n'est donc pas recevable, comme le sous-entend le Tribunal de commerce de Bruxelles.

### **La notion d'administrateur de fait**

Il n'est pas contesté que ceux qui exercent en fait la fonction d'administrateur ou de gérant, sans avoir été désignés par l'organe

compétent de la société, s'exposent à la même responsabilité que leurs homologues de droit<sup>(6)</sup>

Dans le jugement commenté comme dans de nombreuses décisions<sup>(7)</sup>

, on constate qu'il est difficile de définir quand commencent l'immixtion dans la gestion et l'exercice en fait des pouvoirs réservés aux administrateurs ou aux gérants. Selon P. Van Ommeslaghe et X. Dieux, pour être qualifié de mandataire de fait, *«il faut que, sans avoir été régulièrement investie des pouvoirs nécessaires à cette fin, la personne à laquelle on prétend attribuer cette qualité se soit effectivement comportée comme un administrateur, en prenant, seule ou avec d'autres, des décisions ressortissant à l'administration de la société au sens de l'article 54 des lois coordonnées (devenu 522 du Code des sociétés), que seul l'organe d'administration aurait pu prendre. Il faut en outre que, par leur répétition ou en raison de toutes autres circonstances spécifiques à constater par le juge, ces décisions impliquent l'existence dans le chef de la personne en cause de la véritable maîtrise des affaires sociales, en fait»*<sup>(8)</sup>

O. Poelmans distingue plus systématiquement deux conditions nécessaires à la qualification d'administrateur de fait, la seconde n'étant pas envisagée par les auteurs précédents<sup>(9)</sup>

:

–l'exercice d'une activité de gestion et l'(auto-)appropriation de pouvoirs permettant de disposer du sort commercial et financier de l'entreprise;

–l'exercice de cette activité en totale indépendance<sup>(10)</sup>

Toutes les personnes qui sont appelées à conseiller ou surveiller une société doivent être attentives à ne jamais franchir la frontière qui sépare l'avis ou l'observation de la prise de décision. C'est le cas notamment des banquiers, comme en l'espèce. Selon P. Van Ommeslaghe et X. Dieux<sup>(11)</sup>

il convient d'*«exclure l'attribution de la qualité d'administrateur de fait au banquier qui prodigue des conseils et des suggestions de réorganisation à l'entreprise créditée ou qui surveille, quelque étroitement que ce soit, la gestion de l'entreprise sans se substituer aux organes d'administration de celle-ci»*.

Si l'on conseille une prudence extrême, il ne faut toutefois pas adopter une position trop extrémiste en considérant que tout tiers intervenu de près ou de loin dans la société est responsable en qualité d'administrateur de fait.

Dans l'espèce commentée, le demandeur en justice se fonde notamment sur le fait que la banque a payé directement des créanciers de la société faillie et a exigé que certaines décisions qui impliquent une utilisation des crédits octroyés par elle soient soumises à son accord préalable pour engager sa responsabilité d'administrateur de fait. C'est à juste titre selon nous que le tribunal considère que cela ne suffit pas à faire de la banque un administrateur de fait.

- 
- (1) Voir les développements qui suivent en ce qui concerne l'adoption récente de la loi du 4 sept. 2002 modifiant la loi du 8 août 1997 sur les faillites, le Code judiciaire et le Code des sociétés.
- (2) Bruxelles (8<sup>e</sup> ch.), 1<sup>er</sup> mars 1997, *DAOR*, n° 43, p. 58 et note O. Poelmans et D. Blommaert, *JDSC*, 1999, n° 100, p. 246 et obs. M.-A. Delvaux.
- (3) *M.B.*, 21 sept. 2002, pp. 42.928 et s.
- (4) *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 2000-2001, n° 1132/007, amendement n° 36, pp. 3 à 5 et 1132/013, pp. 128 à 134.
- (5) Est citée comme exemple l'action directe du sous-traitant contre le maître de l'ouvrage.
- (6) Voir notamment Cass., 2 déc. 1963, *Rev. prat. soc.*, 1965, p. 13 et Anvers, 28 avr. 1997, *T. Not.*, 1997, p. 521.
- (7) Voir par exemple Liège, 1<sup>er</sup> déc. 1969, *Rev. prat. soc.*, 1971, pp. 280 et s. et spéc. p. 289; Bruxelles, 14 sept. 1988, *R.D.C.*, 1989, p. 171 et note, *T.R.V.*, 1989, p. 55 et note J. Lievens, et Comm. Bruxelles (4<sup>e</sup> ch.), 30 mars 1981, *J.T.*, 1981, p. 524.
- (8) P. Van Ommeslaghe et X. Dieux, «Les sociétés commerciales – Examen de jurisprudence (1979-1990)», *R.C.J.B.*, 1993, n° 130, p. 793.
- (9) O. Poelmans, «L'affaire des «Forges de Clabecq» et le droit de la faillite», note sous Bruxelles (8<sup>e</sup> ch.), 1<sup>er</sup> mars 1997, *DAOR*, n° 43, p. 78.
- (10) Voir Comm. Liège, 17 mai 1983, *Jur. Liège*, 1983, p. 449 et note P. François en ce qui concerne le délégué d'une organisation syndicale organisant la poursuite des activités dans le cadre d'une occupation d'usine.
- (11) *Op. cit.*, n° 130, p. 793.