

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

L'action en comblement de passif introduite par un créancier contractuel isolé contre un dirigeant de société rencontre-t-elle un obstacle ?

Delvaux, Marie-Amelie

Published in:

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

Publication date:

2019

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for published version (HARVARD):

Delvaux, M-A 2019, 'L'action en comblement de passif introduite par un créancier contractuel isolé contre un dirigeant de société rencontre-t-elle un obstacle ? observations sous Cass. (1ère ch.), 12 octobre 2018', *Jurisprudence en droit des sociétés commerciales-recueil annuel (JDSC)*, pp. 155-158.

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.

subi par les créanciers agissants et leur revient exclusivement, indépendamment de l'action éventuelle des curateurs dans l'intérêt de la masse.

2. Le créancier qui introduit une demande sur la base de l'article 530, § 1, deuxième alinéa du Code des sociétés, ne réclame pas l'indemnisation d'un préjudice individuel mais réclame sa part dans le préjudice collectif. Cette part dans le préjudice collectif n'est pas liée au dommage contractuel qu'un créancier subit suite au non-respect d'un engagement contractuel par la société en faillite.

La règle de la quasi-immunité de l'agent d'exécution ne s'applique pas à la responsabilité d'un dirigeant pour une faute grave et caractérisée qu'il a commise et qui a contribué à la faillite.

Le moyen qui se base sur une conception juridique différente manque en droit.

(...)

OBSERVATIONS

L'action en comblement de passif introduite par un créancier contractuel isolé contre un dirigeant de société rencontre-t-elle un obstacle ?

Le monopole du curateur de faillite pour introduire l'action en comblement de passif a été supprimé par la loi du 4 septembre 2002 modifiant la loi du 8 août 1997 sur les faillites, le Code judiciaire et le Code des sociétés, qui a ajouté un alinéa supplémentaire aux articles 265 (SPRL), 409 (SCRL) et 530 du Code des sociétés permettant une initiative individuelle d'un créancier isolé.

Comme l'a constaté Alain ZENNER⁴, dans le cadre de l'action en comblement de passif, le préjudice est considéré à la fois comme *collectif*, dans le chef de la masse, et *individuel*, dans le chef de chacun des créanciers lésés, pour ce qui concerne sa part.

Le créancier agissant individuellement :

- doit en informer préalablement le curateur⁵, ce qui permet à ce dernier d'intervenir volontairement à la procédure ou d'intenter une procédure parallèle au nom de la masse des créanciers ;
- obtient à son profit exclusif l'indemnisation du préjudice qu'il a subi.

C'est donc un incroyable avantage pour le créancier bien informé (ou qui est prêt à – et dispose des moyens pour – avancer les fonds d'une procédure en justice) puisque si son action individuelle aboutit, il sera payé en priorité sur le patrimoine du dirigeant dont la faute est retenue.

4. A. ZENNER, « Faillites et concordats 2002. La réforme de la réforme et sa pratique », *Dossiers du J.T.*, Bruxelles, Larcier, 2003, p. 363 cité par D. VANDERMEERSCH, concl. précédant Cass., 10 décembre 2008, www.cass.be.

5. À moins que l'action soit introduite *après* la clôture de la faillite : l'obligation d'informer le curateur de l'introduction de pareille action ne s'impose évidemment pas lorsque la faillite est clôturée au jour de l'introduction de l'action en comblement de passif. Il a été jugé que la question de savoir si certaines opérations ou décisions prises par les anciens administrateurs d'une société sont ou non constitutives de fautes graves et caractérisées ne peut, dans certains cas, être tranchée qu'*après* la clôture de la faillite, notamment parce que certaines faillites sont parfois clôturées dans un délai très bref, de sorte qu'il peut s'avérer intéressant, pour les créanciers pris individuellement, de n'introduire leur action qu'*après* avoir constaté que le curateur n'agirait pas par lui-même ; les créanciers ne peuvent en outre chiffrer précisément leur dommage qu'*après* la clôture de la faillite, car ce n'est qu'à ce moment qu'ils savent s'ils ont ou non reçu des sommes dans le cadre de la liquidation (Comm. Anvers, 19 mars 2010, *J.D.S.C.*, 2010, n° 1047, p. 145 ; *Cour. fisc.*, 2010 [reflet S. VERTOMMEN], liv. 18, p. 716 et *R.W.*, 2011-2012, liv. 23, p. 1049).

Ce résultat exclusif ne heurte-t-il pas le sacro-saint principe d'égalité ? Non. L'égalité reste souvent un leurre dans la pratique des faillites, lorsque l'on constate le nombre impressionnant de privilèges qu'a instauré le législateur comme les procédures permettant de contourner l'égalité des créanciers. Et la volonté de la réforme de 2002 était clairement d'inciter le créancier individuel à agir, ce qui nécessite une réelle motivation financière, qu'il n'aurait pas s'il se retrouvait sur pied d'égalité avec les autres créanciers demeurés inactifs⁶.

La Cour de cassation a précisé que lorsque l'action en comblement de passif est exercée par un créancier isolé *conjointement avec celle du curateur*, elle ne peut tendre qu'à la réparation de son préjudice propre, indépendant de la perte de sa créance sur la société ou résultant d'une faute étrangère à celle qui a causé le préjudice collectif⁷.

Dans les conclusions précédant cet arrêt⁸, l'avocat général VANDERMEERSCH souligne que le droit d'action du créancier isolé, concurrent à celui du curateur, « *pourrait conduire le juge à condamner l'administrateur gravement fautif à réparer deux fois le même dommage (...). En effet, si le juge fait droit tant à la demande du créancier lésé qu'à l'action du curateur, le dommage du créancier lésé pourrait se voir indemnisé une première fois par la réparation directe du préjudice subi par le créancier agissant et une seconde, par le comblement du passif au profit de la masse suite à l'action du curateur* ». Il propose dès lors de distinguer deux hypothèses :

- soit le créancier agit seul, le curateur s'abstenant de se joindre à sa démarche : il peut alors obtenir une condamnation pour un montant limité au préjudice qu'il a réellement subi et qui « lui revient exclusivement » ;
- soit le créancier initie sa procédure concomitamment avec le curateur agissant au nom de la masse et exerçant les droits communs à l'ensemble des créanciers, comme dans l'espèce tranchée par la Cour : le curateur retrouve alors son monopole d'action en ce qui concerne l'ensemble des créances admises au passif⁹ et le créancier isolé ne peut agir concomitamment que s'il réclame l'indemnisation d'un préjudice qui lui est propre, distinct de celui de la masse que subissent l'ensemble des créanciers, ou lorsque son action se fonde sur une faute autre que celle qui a causé le préjudice collectif¹⁰.

Ainsi, nous pouvons récapituler comme suit :

- soit le créancier agit isolément et prévient le curateur, qui ne lui emboîte pas le pas : alors la réforme de 2002 produit pleinement ses effets et le créancier actif obtient seul le résultat de son action en responsabilité contre le ou les dirigeant(s), à concurrence de « sa part » ;
- soit le créancier isolé agit conjointement avec le curateur, qu'il ait lui-même pris l'initiative en inspirant ensuite le curateur ou qu'il se joigne à l'action déjà introduite par ce dernier : il ne peut alors réclamer que la réparation de son préjudice *propre* et *distinct* du préjudice collectif.

6. À tout le moins à titre individuel, le curateur de faillite les représentant.

7. Cass., 10 décembre 2008, *J.L.M.B.*, 2009, liv. 16, 724 ; *Pas.*, 2008, liv. 12, p. 2907, concl. D. VANDERMEERSCH ; *Rev. dr. pén.*, 2009, liv. 5, p. 60 ; *J.D.S.C.*, 2010, n° 959, p. 161.

8. Concl. D. VANDERMEERSCH présentes sur le site www.cass.be et publiées dans *Pas.*, 2008, liv. 12, p. 2907.

9. D. VANDERMEERSCH souligne que, lors de son audition au Sénat, le représentant de l'Ordre des barreaux francophone et germanophone (devenu, depuis, *Avocats.be*) a exprimé le souhait que le droit d'action individuel du créancier soit « subordonné à l'action collective du curateur. L'action individuelle qui serait intentée par un créancier doit cesser dès qu'une action collective est menée. Le préjudice du créancier individuel est en effet inclus dans le dommage que va réclamer le curateur » (*Doc. parl.*, Sénat, 2001-2002, 2-877/8, p. 21).

10. D. VANDERMEERSCH se réfère à J.-Fr. GOFFIN (*in Responsabilités de dirigeants de société*, Bruxelles, Larcier, 2004, p. 228) qui illustre l'hypothèse avec le cas du créancier individuel qui s'est porté caution des dettes de la société faillie ou qui a souscrit une augmentation de capital d'une société sur la base de faux bilans présentés par les administrateurs.

Lorsque le créancier agit isolément dans un contexte d'inertie du curateur, l'arrêt annoté rappelle qu'il ne réclame pas l'indemnisation de son préjudice individuel mais bien « sa part » dans le préjudice collectif. Dès lors, les particularités de sa créance contre la société faillie sont non pertinentes.

Ainsi, si sa créance était contractuelle, et suite à l'arrêt de la Cour de cassation du 7 novembre 1997¹¹, il ne pourrait, en principe, réclamer l'indemnisation au dirigeant de la société que « si la faute mise à sa charge constitue un manquement non à une obligation contractuelle, mais à l'obligation générale de prudence, et que si cette faute a causé un dommage autre que celui résultant de la mauvaise exécution du contrat ». La Cour a en effet assimilé les organes des personnes morales aux préposés et agents d'exécution quant aux conditions de leur responsabilité personnelle, leur faisant bénéficier du même type d'immunité que celle des agents d'exécution, consacrée pour la première fois par un arrêt de la Cour de cassation du 7 décembre 1973¹².

L'arrêt ici annoté précise que cette quasi-immunité du dirigeant d'une société qui n'a pas respecté ses obligations contractuelles¹³ ne le protège plus si sa responsabilité est mise en cause par un créancier isolé dans le cadre de l'action en comblement de passif.

On savait déjà que cette quasi-immunité ne pouvait être opposée par les dirigeants de sociétés faillies :

- lorsque la faute commise constitue une infraction pénale, car la victime peut alors exercer une action aquilienne non seulement contre son cocontractant, mais également contre l'agent d'exécution de celui-ci, sans devoir démontrer une faute ou un dommage étranger au contrat¹⁴ et sans nécessité d'une instance répressive préalable ;
- au curateur, car il est le représentant de la masse des créanciers et qu'il réclame dès lors un préjudice collectif et non celui de tel créancier individuel¹⁵,

11. Cass. (1^{re} ch.), 7 novembre 1997, *R.G.D.C.*, 1998, p. 153, *T.R.V.*, 1998, p. 284 et note I. CLAEYS, *R.C.J.B.*, 1999, p. 730, note V. SIMONART, *J.D.S.C.*, 2000, n° 115, p. 5, note M. COIPEL.

12. *Pas.*, 1974, I, p. 376, *R.W.*, 1973-1974, col. 1597 et obs. J.-H. HERBOTS, *R.C.J.B.*, 1976, p. 15, note R.O. DALCQ et F. GLANSDORFF, *R.G.A.R.*, 1974, n° 9317, obs. J.-L. FAGNART.

13. La société, pas le dirigeant !

14. Cass. (1^{re} ch.), 1^{er} juin 1984, *Arr. Cass.* 1983-84, p. 1291 ; *Bull.*, 1984, p. 1202 ; *J.T.*, 1985, p. 256 ; *Pas.* 1984, I, p. 1202 ; *R.W.*, 1984-1985, p. 478 et note ; Cass. (1^{re} ch.), 26 octobre 1990, *Arr. Cass.* 1990-91, p. 244 ; *Bull.*, 1991, p. 216 ; *Pas.*, 1991, I, p. 216 ; *R.C.J.B.*, 1992, 497, note R.O. DALCQ en ces termes : « La circonstance qu'une infraction est commise lors de l'exécution d'un contrat ne fait, en principe, obstacle ni à l'application de la loi pénale ni à celle des règles relatives à la responsabilité civile résultant d'une infraction. (...) Le dommage causé par un fait légalement punissable ne peut être considéré comme un dommage de nature exclusivement contractuelle par le seul motif qu'il a été causé ensuite de la mauvaise exécution (d'une) obligation contractuelle (...) » ; en d'autres termes, dès qu'il y a infraction pénale, le dommage qui en est issu ne peut être considéré comme de nature purement contractuelle, et en conséquence, son auteur peut toujours être déclaré responsable sur le plan extracontractuel.

En matière d'organes de sociétés commerciales, voir plus précisément Cass. (2^e ch.), 11 septembre 2001, *Pas.*, 2001, I, p. 1377 en ces termes : « Attendu que, lorsqu'un organe d'une société ou un mandataire agissant dans le cadre de son mandat commet une faute personnelle constituant un délit, cette faute oblige l'administrateur ou le mandataire en personne à réparer ».

Pour une illustration, voir Comm. Mons (3^e ch.), 6 novembre 2002, *J.D.S.C.*, 2004, n° 586, p. 258 ; *DAOR*, 2002, liv. 63, p. 273 ; *J.L.M.B.*, 2003, liv. 29, p. 1285 et note O. CAPRASSE ; Jugement interlocutoire : Comm. Mons (3^e ch.), n° A/01/161, 26 juin 2002, *DAOR*, 2002, liv. 63, p. 238 : la faute qui s'identifie à une infraction pénale est le fait de faire exécuter des travaux par la société sans accès à la profession. Voir également Gand, 6 mai 2004 (*J.D.S.C.*, 2006, n° 727, p. 103, *N.J.W.*, 2005, liv. 102, p. 261 et note H. DE WULF et *R.W.*, 2005, p. 668) qui constate que la gérante d'une SPRL s'est rendue coupable d'escroquerie au sens de l'article 496 du Code pénal et que les préjudiciés sont dès lors en droit de lui réclamer réparation en vertu des articles 1382 et 183 du Code civil.

15. Voir en ce sens Liège (7^e ch.), 19 octobre 2004, *R.D.C.*, 2006, p. 426 et note M. COIPEL intitulée « La responsabilité quasi-délictuelle des gérants d'une SPRL en raison de la poursuite déraisonnable d'une activité irrémédiablement condamnée », *J.D.S.C.*, 2006, n° 731, p. 122.

- au créancier extra-contractuel, et notamment tout tiers institutionnel dans le cadre des obligations sociales et fiscales de la société, car il n'est pas lié par un contrat avec la société, contrat dont l'inexécution ou la mauvaise exécution lui causerait un préjudice¹⁶,
- au créancier précontractuel pour les fautes commises au cours des négociations donnant lieu à la conclusion d'un contrat¹⁷.

On ajoute désormais une précision quant au créancier contractuel, qui peut échapper à la quasi-immunité des dirigeants de sociétés s'il agit dans le contexte d'une action en comblement de passif fondée sur l'article XX.225. § 1^{er} du Code de droit économique sans que le curateur de faillite ne lui emboîte le pas.

16. Voir par exemple Anvers (6^e ch.), 19 avril 2005, *N.J.W.*, 2005, liv. 121, 954, note DE RAEDT, S., *T.R.V.* 2005, liv. 5, 338, note D. DESCHIJVER, *J.D.S.C.*, 2007, n° 780, p. 90 et obs. M.A. DELVAUX où l'État obtient le paiement de l'impôt des sociétés et du précompte professionnel de la société auprès des administrateurs et du commissaire de celle-ci au motif que l'absence de paiement du précompte professionnel et sa dissimulation dans la comptabilité constituent des fautes au sens de l'article 1382 du Code civil qui les oblige à réparer le dommage subi par l'État.

17. Cass. (3^e ch.), 20 juin 2005, C.03.0105.F, en cause D.S. et D.N. contre M.A., P.G. et la société de droit luxembourgeois COFIGEST, sur conclusions contraires du premier avocat général J.F. LECLERCQ ; ces fautes engagent leur responsabilité aquilienne qui coexiste avec celle de la société. Sur les commentaires qu'a suscités cet arrêt du 20 juin 2005 de la Cour de cassation, on renvoie le lecteur intéressé à :

- BIHAIN, L., « Responsabilité des dirigeants de sociétés à l'égard des tiers – pas d'immunité de principe, en faveur des organes de sociétés », *in J.T.*, 2006, pp. 421 à 427.
- COIBION, A., « Responsabilité extracontractuelle des administrateurs ou gérants : retour à une interprétation orthodoxe de la théorie de l'organe », *R.D.C.*, 2006, pp. 421 à 425.
- DE CORDT, Y., « Chronique d'une valse-hésitation : la responsabilité aquilienne des organes de société », *in Rev. prat. soc.*, 2005, pp. 194 à 242.
- DELVAUX, M.A., « Une saga passionnante : la responsabilité aquilienne des organes d'une société commerciale », *J.D.S.C.*, 2006, n° 726, p. 90.
- DIEUX, X., « La responsabilité des administrateurs ou gérants d'une personne morale à l'égard des tiers : derniers développements ? », *in Rev. not. belge*, 2006, pp. 258 à 282.