

Par ces motifs

Vu l'article 24 de la loi du 15 juin 1935.

La cour, statuant contradictoirement

Reçoit l'appel,

Réformant le jugement entrepris,

Reçoit la demande et la déclare non fondée en ce qu'elle tend (...)

à la libération du solde du capital de la SPRL W. 2000; la déclare prescrite en ce qu'elle est fondée sur l'article 18 de la loi sur les faillites;

Condamne Me P.-E. Ghislain en sa qualité de curateur à la faillite de la SPRL W. 2000 aux dépens des deux instances liquidés pour l'appelant à 2.606 EUR.

Note

Libération du capital social par le gérant-associé unique et prescription de l'action fondée sur l'article 18 de la loi sur les faillites

Benoît Corbisier de Méaulsart¹

1. L'intérêt de l'arrêt annoté. L'arrêt rendu le 31 janvier 2013 par la cour d'appel de Liège tranche, dans un premier temps, la question des formalités applicables à la libération du capital souscrit lorsque l'associé unique est également le seul gérant de la société. Il examine, dans un second temps, le régime de prescription applicable à l'action fondée sur l'article 18 de la loi du 8 août 1997 sur les faillites² et, pour ce faire, procède à une analyse de la nature de l'action en inopposabilité sur pied de l'article 18 de la loi sur les faillites.

1.1. Les faits. Les faits de la cause peuvent être résumés comme suit. G.X. et Ch.Y. ont constitué le 9 février 2001 la SPRL W. 2000 au capital de 18.600 EUR. Le capital est libéré à concurrence de 6.230,65 EUR et G.X. est désigné en tant que gérant non statutaire.

Le 30 décembre 2003, G.X., qui à cette date est le seul titulaire de l'ensemble des parts de la société, verse à partir de son compte sur le compte de la société la somme de 12.500 EUR. Le virement mentionne à titre de communication « *libération solde du capital SPRL W. 2000* ». Immédiatement après, G.X., agissant cette fois en tant que gérant de la société, donne à la banque un ordre de transfert de la somme de 12.000 EUR vers un autre compte dont il est titulaire. L'ordre de transfert porte la communication suivante: « *acompte sur retard salaire 2003* ».

Le 23 février 2004, la SPRL W. 2000 fait aveu de faillite. La faillite est déclarée ouverte le 26 février 2004 et un curateur est désigné.

Le 6 août 2004, le curateur met en demeure G.X. de rembourser la somme de 12.400 EUR à titre de libération du solde du capital social. Il ajoute que le paiement effectué le 30 décembre 2003 « *s'est en outre déroulé en période suspecte et n'est pas opposable aux créanciers de la faillite* ».

Le 18 août 2004, le curateur assigne la SPRL W. 2000 en vue d'obtenir le report de la date de cessation des paiements. Par jugement du 2 février 2006, le tribunal de commerce de Namur déclare que la date de cessation des paiements de la société faillie remonte au 26 août 2003.

Le 22 octobre 2010, le curateur assigne G.X. devant le tribunal de commerce de Namur. A titre principal, le curateur postule l'inopposabilité à la masse du paiement litigieux et la condamnation au paiement de 12.000 EUR majorés des intérêts. A titre subsidiaire, le curateur postule la libération du capital social d'un montant de 12.369,35 EUR majoré des intérêts.

1.2. La décision. Par son arrêt du 31 janvier 2013, la cour d'appel de Liège déclare la demande non fondée en ce qu'elle tend à la libération du solde du capital de la SPRL W. 2000 et la déclare prescrite en ce qu'elle est fondée sur l'article 18 de la loi sur les faillites.

Selon la cour, la libération du solde du capital social a été faite de manière régulière car G.X. est intervenu dans l'opération à des titres différents. En tant que seul gérant de la société, il disposait du pouvoir de demander la libération du solde du capital souscrit et, en tant qu'associé unique, il a valablement libéré le capital.

En ce qui concerne l'exception de prescription, la cour considère que cette action a la même nature qu'une action paulienne, bien que la base soit différente étant donné que ce n'est pas la fraude qui est réprimée mais la lésion de l'égalité entre les créanciers. La cour reconnaît que l'action prévue par l'article 18 de la loi sur les faillites n'est pas *stricto sensu* une action destinée à retenir la responsabilité extracontractuelle du bénéficiaire, mais considère que celle-ci tend néanmoins à réparer le préjudice subi par la masse des créanciers. Selon la cour, l'acte accompli en contravention de l'article

¹ Avocat, White & Case LLP.

² Loi du 8 août 1997 sur les faillites (*M.B.*, 28 octobre 1997).

18 de la loi sur les faillites devient « *condamnable aux yeux de la loi, non pas pour avoir été accompli dans une mauvaise intention mais à un mauvais moment, (...) en contravention d'une obligation légale de s'abstenir de tels actes à un moment donné* »³. Dès lors, la cour en conclut que cette action entre dans le cadre général du régime d'exception prévu par l'article 2262bis, § 1^{er}, alinéa 2, du Code civil.

La cour considère que l'acte dommageable pour la masse a été posé le 30 décembre 2003 et que le curateur en a pris connaissance à l'occasion de la descente de faillite le 15 mars 2004. La cour conclut dès lors que l'action introduite par citation du 22 octobre 2010 est tardive car introduite plus de 5 ans après la prise de connaissance du dommage par le curateur.

L'arrêt annoté a été cassé par la Cour de cassation dans un arrêt du 30 mai 2004⁴ au motif que l'arrêt de la cour d'appel a violé l'article 18 de la loi sur les faillites du 8 août 1997 en fixant le point de départ de la prescription au 15 mars 2004 sans tenir compte du fait que la date précise de cessation des paiements n'ait été déterminée que par un jugement intervenu le 2 février 2006. En effet, selon la Cour de cassation, « *l'action du curateur tendant à faire déclarer un paiement inopposable à la masse en application de l'article 18 précité ne naît que lorsqu'il est établi conformément à l'article 12, alinéas 1^{er} à 3, précité [de la loi sur les faillites] que ce paiement est postérieur à la cessation de paiement* »⁵. L'arrêt de la Cour de cassation n'a cependant pas d'incidence sur le reste de l'arrêt annoté et, en particulier, sur les questions soulevées qui font l'objet de la présente note.

2. Les questions soulevées. L'arrêt annoté soulève les questions suivantes:

- la libération du solde du capital social suivi immédiatement par une rétrocession de ces fonds à titre d'acompte sur les arriérés de rémunération, le tout effectué par la même personne qui est tant l'associé unique que le seul gérant d'une SPRL, est-elle valable?
- quelle est la nature de l'action fondée sur l'article 18 de la loi sur les faillites?

- quel est le régime de prescription applicable à l'action fondée sur l'article 18 de la loi sur les faillites?

3. Commentaire de l'arrêt annoté. Dans ce qui suit, nous commentons et développons plus avant le raisonnement de la cour d'appel sur les questions soulevées. Nous envisageons également d'autres pistes de réflexion en rapport avec les questions soulevées.

3.1. La libération du solde du capital social minimum. Les associés sont tenus de souscrire la totalité du capital social minimum de manière inconditionnelle, immédiate, ni trompeuse et ni fictive⁶. Les associés sont dès lors débiteurs d'une dette envers la société à concurrence du montant minimum du capital social. Ce capital social minimum s'élève pour une SPRL à 18.550 EUR⁷. La libération du capital souscrit est l'acte d'exécution de l'obligation de paiement de cette dette par le débiteur⁸. Le Code des sociétés permet cependant que seule une partie du capital souscrit soit libérée lors de la constitution de la société. Dans le cas d'une SPRL, le minimum à libérer s'élève à 6.200 EUR⁹. De plus, chaque part souscrite en numéraire doit être libérée d'un cinquième au moins¹⁰. Le solde du capital souscrit peut être appelé par la société (au travers du gérant, du curateur ou du liquidateur¹¹) à tout moment, dès que ces fonds deviennent nécessaires à la poursuite de l'activité de la société¹². L'associé ne peut, par contre, de sa propre initiative libérer le solde du capital souscrit et doit attendre que celui-ci soit appelé par le gérant, le curateur ou le liquidateur¹³.

3.1.1. Charge de la preuve. Peut-on considérer dans le cas présent que la preuve de la libération a été rapportée? Selon la jurisprudence, la charge de la preuve quant à la libération effective du capital souscrit pèse sur le débiteur de cette obligation¹⁴. Cette jurisprudence est tantôt stricte tantôt plus clémente quant à la preuve de la libération du capital. Ainsi, il a été jugé par la cour d'appel de Gand qu'« *à défaut d'autres moyens de preuve, il ne peut être déduit d'un versement [(qui indiquait 'capital social' pour seule communication)] sur le compte de la société qu'il s'agit d'un paiement correspondant, de manière effective, à la libération du capital*

³. A. CLOQUET, *Les concordats et la faillite, Les Nouvelles, Droit commercial*, t. IV, Larcier, 2005, p. 102, n° 301.

⁴. Cass. (1^{re} ch.), 30 mai 2014, R.G. n° C.13.0470.F, *Pas.*, 2014 (ce numéro de la Pasirisie est inédit à la date de la présente note).

⁵. *Ibidem*.

⁶. Liège (7^e ch.), 21 juin 2007, *J.L.M.B.*, 2009, p. 292.

⁷. Art. 214 C. soc.

⁸. S. KETTMANN, « La libération ultérieure, un engagement sous condition suspensive? », *J.D.S.C.*, 2006, pp. 17-20.

⁹. Art. 223 C. soc.

¹⁰. Art. 223 C. soc.

¹¹. L'appel à la libération pourrait également être actionné par les créanciers de la société au travers de l'action oblique. Voy. S. GILCART, « Action oblique et actions directes en droit des sociétés: l'exemple original de l'article 199 du nouveau Code » (obs. sous Comm. Ypres, 9 octobre 2000), *J.D.S.C.*, 2003, pp. 21-33.

¹². S. GILCART, « La faillite et les aléas de la libération du capital » (obs. sous Comm. Louvain, 2 mai 2002), *J.D.S.C.*, 2003, pp. 35-39; Anvers (5^e ch.), 9 mars 2006, *T.R.V.*, 2007, p. 679.

¹³. S. KETTMANN, « La libération ultérieure, un engagement sous condition suspensive? », *o.c.*, pp. 17 et 19 et les références citées; Mons (1^{re} ch.), 13 novembre 2006, *J.L.M.B.*, 2007, p. 969; Bruxelles, 13 novembre 2003, *J.D.S.C.*, 2005 (sommaire), p. 27, note S. KETTMANN; *R.D.C.*, 2004, p. 504; *contra* Mons, 28 avril 2009, *J.L.M.B.*, 2010, p. 1382.

¹⁴. Gand, 15 décembre 2008, *J.D.S.C.*, 2010, p. 27, note S. KETTMANN; Gand, 24 décembre 2007, *T.R.V.*, 2008, p. 398; Anvers, 12 mars 1996, *T.R.V.*, 2002, p. 526; *J.D.S.C.*, 2003, n° 484.

social »¹⁵. Le tribunal de première instance de Bruges a, par contre, jugé qu'un extrait de compte attestant d'un prêt consenti par un organisme financier à l'associé démontrait à suffisance la libération du capital souscrit étant donné que le versement indiquait explicitement qu'il avait pour objet la libération du capital¹⁶.

Le registre des parts qui, dans le cas d'une SPRL, est accessible aux tiers intéressés, doit indiquer les versements effectués sur les parts et peut dès lors également servir de moyen probant de la libération du capital souscrit¹⁷.

Dans le cas présent, le premier virement indiquait qu'il avait pour but la « libération [du] solde du capital [de la] SPRL W. 2000 ».

3.1.2. Souscription fictive. La souscription était-elle réelle? La souscription doit « aboutir à un apport réel et effectif à la société »¹⁸ afin que cet apport puisse contribuer au fonctionnement de la société et constituer le gage commun des créanciers.

Constitue notamment une souscription fictive, « la situation dans laquelle les sommes apportées à la société ne font que transiter par le compte spécial ouvert au nom de la société avant de réintégrer immédiatement le patrimoine du déposant (...), en ce qu'elle ne donne en réalité lieu à aucun apport réel, ainsi qu'une tromperie puisque les tiers sont induits en erreur quant à la solvabilité de la société dont l'actifs s'avère inexistant »¹⁹. Dans un cas similaire, la Cour de cassation a également déclaré que ne constituent pas un apport réel les fonds qui réintègrent, immédiatement après la libération, le patrimoine du prêteur de ces fonds pour être substitués par une créance à l'égard du fondateur au motif que ceux-ci n'ont jamais eu l'intention de mettre réellement ces fonds à disposition de la société et que cette dernière n'obtenait pas ainsi les liquidités nécessaires pour poursuivre son activité²⁰.

En outre, il faut également noter que l'article 347, 3°, du Code des sociétés sanctionne pénalement le gérant qui aurait

« fait, par un usage quelconque, aux frais de la société, des versements sur les parts ou admis comme faits des versements qui ne sont pas effectués réellement de la manière et aux époques prescrites »²¹. De même, l'article 348 du Code des sociétés sanctionne pénalement la simulation de souscription ou de versements du chef d'escroquerie. De plus, si la souscription a été effectuée dans l'intention d'induire les tiers en erreur quant au gage commun que représente le capital de la société, un tel acte pourrait également être qualifié d'escroquerie et passible de sanctions pénales²².

Cependant, lorsque les fonds souscrits ont été mis à disposition de la société, cette dernière est libre d'en disposer comme bon lui semble dans la poursuite de son activité délimitée par son objet social²³. Dans le cas d'une SPRL où l'associé est également gérant, il est plus difficile de qualifier la souscription de fictive si l'associé, en sa qualité de gérant, décide de substituer les fonds apportés par une créance à son encontre²⁴. Dans ce cas, il faut plutôt vérifier si cet acte ne contreviendrait pas à l'objet ou l'intérêt social de la société ou si cela ne pourrait pas constituer une faute de l'organe de gestion²⁵.

En l'espèce, l'élément suspicieux est le court laps de temps intervenu entre les deux virements. Les fonds apportés n'auront fait que transiter par le compte de la société avant de réintégrer le patrimoine de l'associé. Cependant, ces fonds ont consisté en un apport réel et effectif étant donné qu'ils ont permis à la société de payer une de ses dettes: la rémunération du gérant. La mention accompagnant le virement est quelque peu malheureuse étant donné qu'il ne s'agit pas d'un acompte mais d'un paiement partiel d'une dette échue.

La régularité du versement subséquent effectué par la société au gérant à titre de paiement de la rémunération échue dépend de l'existence de la dette de rémunération et, bien que la cour n'en dise mot, nous supposons que son existence et sa validité ont été confirmées²⁶.

¹⁵ Gand, 13 février 2002, *T.G.R.*, 2002, p. 101.

¹⁶ Civ. Bruges, 16 novembre 1998, *T.R.V.*, 2002, p. 531.

¹⁷ Art. 223, al. 2, 2°, C. soc.; S. GILCART, « La faillite et les aléas de la libération du capital », *o.c.*, pp. 35-39.

¹⁸ Cass. (2^e ch.), 2 octobre 2012, R.G. n° P.12.0279.N, *Pas.*, 2012, I, n° 506, p. 1797; *T.R.V.*, 2013, p. 779, note D. BRULOOT; Anvers (12^e ch.), 5 janvier 2012, *T.R.V.*, 2013, p. 786; S. GILCART, « Apport en numéraire et souscription fictive », *J.D.S.C.*, 2002, pp. 34-36.

¹⁹ Liège (7^e ch.), 21 juin 2007, *J.L.M.B.*, 2009, p. 292.

²⁰ Cass. (2^e ch.), 2 octobre 2012, R.G. n° P.12.0279.N, *Pas.*, 2012, I, n° 506, p. 1797; *T.R.V.*, 2013, p. 779, note D. BRULOOT; Anvers (12^e ch.), 5 janvier 2012, *T.R.V.*, 2013, p. 786.

²¹ D. HERBOSCH, « Betwistingen naar aanleiding van de volstortingsvordering ingesteld door de curator », *T.R.V.*, 2002, p. 544.

²² H.-D. BOSLY et Th. BOSLY, « La responsabilité pénale des personnes morales et le nouveau droit pénal des sociétés », in *Le nouveau Code des sociétés*, ouvrage collectif, Université Catholique de Louvain, Centre d'études Jean Renault, coll. Droit des sociétés, vol. 8, Bruxelles/Louvain-la-Neuve, Bruylant-Academia, 1999, pp. 331-361.

²³ Cass. (2^e ch.), 2 octobre 2012, R.G. n° P.12.0279.N, *Pas.*, 2012, I, n° 506, p. 1797; *T.R.V.*, 2013, p. 779, note D. BRULOOT; Anvers (12^e ch.), 5 janvier 2012, *T.R.V.*, 2013, p. 786.

²⁴ D. BRULOOT, « Opgepast met minutenkredieten bij oprichting en kapitaalverhoging » (note sous Cass., 2 octobre 2012, R.G. n° P.12.0279.N), *T.R.V.*, 2013, p. 784.

²⁵ D. BRULOOT, *ibid.*, p. 784.

²⁶ Nous notons à cet égard que l'art. 261 du Code des sociétés pourrait trouver à s'appliquer. Celui-ci prévoit que le gérant qui est aussi l'associé unique et qui se trouve dans une situation de conflit d'intérêts vis-à-vis de la société « pourra prendre la décision ou conclure l'opération mais il devra rendre spécialement compte de celle-ci dans un document à déposer en même temps que les comptes annuels ». La responsabilité du gérant-associé unique pourra être invoquée par la société ou des tiers s'il s'avérait qu'il s'était abusivement procuré un avantage au détriment de la société.

3.1.3. *Gérant-associé unique.* Qu'en est-il du cas particulier où l'associé unique est également le gérant? En vertu de l'article 257 du Code des sociétés, « *chaque gérant peut accomplir tous les actes nécessaires ou utiles à l'accomplissement de l'objet social de la société, sauf ceux que le présent code réserve à l'assemblée générale* ». Cette disposition permet notamment au gérant d'appeler la libération du solde du capital souscrit. Sauf disposition contraire contenue dans les statuts, « *le gérant dispose d'un pouvoir discrétionnaire qui le dispense de devoir justifier la nécessité de la libération* »²⁷. Il n'y a, par ailleurs, pas de forme particulière pour appeler la libération.

En outre, la cour d'appel de Liège a jugé dans des arrêts du 3 février 2003 et du 14 avril 2005, concernant des cas similaires impliquant la libération du capital souscrit par un gérant-associé, que « *[l]e gérant associé peut déduire des sommes à lui réclamées par le curateur au titre de libération des parts, les sommes qu'il a versées à la société. Il appartient, en effet, au gérant de décider des dates et modalités des appels de la fraction du capital non versée à la souscription. Le gérant pouvait décider de la manière la plus adéquate de fournir, par libération des parts, l'argent dont la société avait besoin* »²⁸.

Dans le cas présent, même si en pratique il s'agit de la même personne physique qui a effectué les deux virements, ceux-ci ont été effectués par cette personne en deux qualités différentes: d'une part, en qualité de gérant, disposant de tous les pouvoirs de gérance de la société et notamment celui d'appeler la libération du solde du capital souscrit et, d'autre part, en qualité d'associé, débiteur de l'obligation de libérer le capital souscrit. On peut donc considérer que la libération du solde du capital souscrit a été tacitement appelée par le gérant car l'intention d'appeler la libération du solde du capital souscrit se confondait nécessairement avec l'intention de libérer celui-ci. L'acte de libération effectué par le gérant-associé unique emporte comme corollaire nécessaire et préalable l'appel à la libération de celui-ci.

3.1.4. *Conclusion.* Lorsqu'une société tombe en faillite, il appartient au curateur de vérifier si les associés ou actionnaires ont bien libéré le capital social, ce dernier étant le premier gage des créanciers. Il est donc important que les associés ou actionnaires puissent apporter la preuve de la libération du capital souscrit lorsque celui-ci a été appelé afin d'éviter de devoir payer deux fois, le cas échéant. Dans

l'optique de protéger les créanciers, le tribunal vérifiera que la libération soit réelle et non fictive. Celle-ci peut néanmoins être effectuée par compensation à condition que toutes les conditions soient remplies. Enfin, dans le cas exceptionnel où le gérant est également l'associé unique, le capital social sera valablement libéré si la preuve de la libération réelle a été apportée, sans qu'il ne soit requis que le gérant-associé unique ne doive au préalable s'écrire à lui-même pour appeler la libération.

3.2. *L'action fondée sur l'article 18 de la loi sur les faillites.* Dans les développements qui suivent, nous commençons par analyser et comparer les différentes actions en inopposabilités afin de pouvoir déterminer, dans un second temps, la nature et, par conséquent, le régime de prescription applicable à l'action fondée sur l'article 18 de la loi sur les faillites.

3.2.1. *Différentes actions en inopposabilité.* L'action en inopposabilité classique est l'action paulienne. L'article 1167, alinéa 1^{er}, du Code civil dispose que les créanciers « *peuvent aussi, en leur nom personnel, attaquer les actes faits par leur débiteur en fraude de leurs droits* ». La doctrine et la jurisprudence ont précisé les conditions d'application de l'action paulienne, qui sont les suivantes:

- (i) *le débiteur doit avoir effectué un acte juridique.* Les abstentions ou omissions ne sont pas susceptibles d'être contestées sur la base de l'action paulienne, même si elles sont tout autant susceptibles d'appauvrir le patrimoine de la société;
- (ii) *la créance doit être antérieure à l'acte en question*²⁹. Par exception, la jurisprudence considère que l'action paulienne peut être intentée contre un acte frauduleux qui a pour but de porter atteinte aux droits des créanciers futurs³⁰;
- (iii) *le créancier doit avoir subi un préjudice suite à l'acte en question*;
- (iv) *le débiteur doit avoir agi avec fraude.* Pour qu'il y ait fraude, il faut que le débiteur ait eu connaissance, au moment où l'acte est posé, du préjudice que cet acte causerait au créancier³¹. Afin de démontrer la fraude, une distinction est généralement faite entre un acte normal et un acte anormal³². Si l'acte est normal, il faudra démontrer que le débiteur avait l'intention frauduleuse de porter préjudice aux droits de ses créanciers. Par contre, si l'acte en question est un acte anormal « *eu égard aux circonstances qui l'entourent et qui le rendent suspect* »³³, il suffit de démontrer que le débi-

²⁷. S. GILCART, « La souscription par représentation – Un saisissant parallèle entre les articles 60 et 459 du Code des sociétés », *J.D.S.C.*, 2004, pp. 57 et s.; S. GILCART, « La faillite et les aléas de la libération du capital », *o.c.*, pp. 35-39.

²⁸. Liège (7^e ch.), 14 avril 2005, *J.D.S.C.*, 2005 (abrégé), p. 29; *R.R.D.*, 2005, p. 227; *Rev. prat. soc.*, 2004, p. 369, note R. AYDOGDU et O. CAPRASSE; Liège (7^e ch.), 3 février 2003, *J.L.M.B.*, 2003, p. 1283.

²⁹. Voy. S. LOOSVELD, « L'action paulienne: une institution séculaire en pleine vogue », *R.G.D.C.*, 2001, p. 157.

³⁰. S. NOTARNICOLA, « A propos de l'action paulienne: quand le créancier poursuit la condamnation du tiers acquéreur au paiement des sommes dues par le débiteur indélicat » (note sous Anvers, 3 janvier 2005), *T.B.B.R.*, 2008, p. 169 et les références citées.

³¹. S. NOTARNICOLA, « A propos de l'action paulienne: ... », *o.c.*, p. 168.

³². H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, 3^e éd., t. III, Bruxelles, Bruylant, 1967, p. 242; voy. aussi Comm. Liège, 18 octobre 1995, *R.D.C.*, 1996, p. 475, note R. PARIJS.

³³. S. NOTARNICOLA, « A propos de l'action paulienne: ... », *o.c.*, p. 168.

teur avait connaissance du fait que cet acte porterait préjudice à ses créanciers³⁴. A noter dans le cas présent que selon le tribunal de commerce de Dendermonde, le caractère anormal de l'acte litigieux ne peut être inféré du seul fait que des fonds ont été déposés en espèces sur le compte de la société et que ces fonds en ont ensuite été retirés immédiatement après³⁵;

- (v) *le tiers doit avoir été complice*. Pour cela, le tiers devait avoir connaissance du fait que l'acte en question porterait préjudice au créancier³⁶. Le simple fait que le tiers avait connaissance de la cessation de paiement ne suffit pas pour satisfaire à l'exigence de complicité³⁷. Cette condition n'est cependant pas requise dans le cas où le tiers reçoit à titre gratuit³⁸.

L'action fondée sur l'article 20 de la loi sur les faillites³⁹ est une action paulienne au sens de l'article 1167 du Code civil, comme l'a confirmé la Cour de cassation dans un arrêt récent du 25 janvier 2013⁴⁰. L'article 20 de la loi sur les faillites dispose que « [t]ous actes ou paiements faits en fraude des créanciers sont inopposables, quelle que soit la date à laquelle ils ont eu lieu ». Cette action ne peut cependant être intentée que par le curateur au nom de la masse des créanciers⁴¹. La caractéristique principale de l'action exercée sur pied de l'article 20 de la loi sur les faillites est qu'elle permet au curateur de requérir l'inopposabilité d'un acte, quelle que soit la date à laquelle il a été effectué, indépendamment de la période suspecte⁴². Les mêmes conditions que l'action paulienne classique sont d'application, si ce n'est qu'étant donné que le curateur représente la masse des créanciers, il suffit que la dette d'au moins un créancier de la masse soit antérieure à l'acte pour satisfaire l'exigence d'antériorité⁴³.

L'article 18 de la loi sur les faillites dispose, quant à lui, que tous « paiements faits par le débiteur pour dettes échues, et tous autres actes à titre onéreux par lui passés après la cessation de ses paiements et avant le jugement déclaratif, peuvent être déclarés inopposables à la masse, si, de la part de

ceux qui ont reçu du débiteur ou qui ont traité avec lui, ils ont eu lieu avec connaissance de la cessation de paiement ».

La jurisprudence déduit trois conditions d'application de l'article 18 de la loi sur les faillites: (i) l'acte doit être intervenu pendant la période suspecte, (ii) le tiers bénéficiaire de l'acte devait avoir connaissance de l'état de cessation de paiement et (iii) l'acte doit avoir causé préjudice à la masse⁴⁴. La charge de la preuve pèse sur le curateur⁴⁵. En lien avec le cas présent, concernant la connaissance requise par le tiers bénéficiaire de l'état de cessation de paiement, la cour d'appel de Gand a déclaré, dans un arrêt du 27 mars 2002, qu'un associé en charge de la gestion effective et permanente de la société est supposé avoir connaissance de la situation financière de celle-ci et que, dès lors, le paiement effectué par la société à cet associé le jour précédant le jour de la faillite peut être déclaré inopposable sur la base de l'article 18 de la loi sur les faillites⁴⁶.

Les différences majeures entre l'action fondée sur l'article 18 de la loi sur les faillites et l'action paulienne classique sont donc les suivantes:

- (i) l'action paulienne classique requiert la complicité du tiers bénéficiaire de l'acte. Au contraire, l'action fondée sur l'article 18 de la loi sur les faillites se suffit de la connaissance par le tiers bénéficiaire de l'état de cessation de paiement;
- (ii) l'action paulienne classique peut être intentée contre tout acte, quelle que soit la date à laquelle celui-ci a été effectué. Au contraire, l'action fondée sur l'article 18 de la loi sur les faillites requiert que l'acte ait été effectué pendant la période suspecte;
- (iii) dans le cas de l'action paulienne classique, la sanction d'inopposabilité est obligatoire tandis qu'elle est facultative et laissée à l'appréciation du juge dans le cas de l'action fondée sur l'article 18 de la loi sur les faillites⁴⁷.

³⁴ D. DEVOS, « La réparation du préjudice du créancier demandeur à l'action paulienne », note sous Cass., 15 mai 1992, R.G. n° 7517, *R.C.J.B.*, 1995, pp. 320 et s., n°s 6 et s.

³⁵ Comm. Dendermonde, 18 mai 1998, *T.R.V.*, 2002, p. 533.

³⁶ S. LOOSVELD, « L'action paulienne: une institution séculaire en pleine vogue », *o.c.*, p. 163.

³⁷ Cass., 9 juillet 1953, *Pas.*, 1953, I, p. 908; F. 'T KINT et W. DERIJCKE, *La faillite*, Bruxelles, Larquier, 2006, p. 282, n° 353.

³⁸ Mons, 2 octobre 1985, *Rev. not. belge*, 1986, p. 189, note J. SACE; *J.T.*, 1986, p. 346; Comm. Charleroi, 26 mars 1996, *J.L.M.B.*, 1997, p. 157.

³⁹ Dite « *faillissementspauliana* » en néerlandais.

⁴⁰ Cass. (1^{re} ch.), 25 janvier 2013, R.G. n° C.12.0202.N, *Pas.*, 2013, I, n° 64, p. 237; *R.A.B.G.*, 2013, p. 333, concl. A. VAN INGELGEM; *R.W.*, 2012-2013, p. 1584, concl. A. VAN INGELGEM; *R.G.D.C.*, 2014, p. 135; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, t. III, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 2135, n° 1548.

⁴¹ Cass., 11 janvier 1988, R.G. n° 7756, *Pas.*, 1988, I, n° 286, p. 558; *Arr. Cass.*, 1987-1988, p. 594; *R.W.*, 1987-1988, p. 1406; Mons, 11 octobre 2005, *J.L.M.B.*, 2006, p. 1354 et *R.D.C.*, 2006, p. 841; Anvers, 26 juin 1990, *R.W.*, 1990-1991, p. 995; Comm. Hasselt, 9 juillet 1997, *R.D.C.*, 1997, p. 632; Comm. Liège, 19 octobre 1995, *R.D.C.*, 1997, p. 632; Comm. Dendermonde, 9 décembre 1993, *R.D.C.*, 1997, p. 103; F. 'T KINT et W. DERIJCKE, *o.c.*, p. 279, n° 347.

⁴² F. 'T KINT et W. DERIJCKE, *o.c.*, n° 348, p. 279

⁴³ Cass., 15 mars 1985, R.G. n° 4440, *Pas.*, 1985, I, n° 429, p. 875; *Arr. Cass.*, 1984-1985, p. 969; *J.T.*, 1986, p. 291; *R.C.J.B.*, 1989, p. 315, note J. MAHAUX; *R.W.*, 1985-1986, p. 2609; Bruxelles, 22 septembre 1986, *R.D.C.*, 1989, p. 244; F. 'T KINT et W. DERIJCKE, *o.c.*, p. 281, n° 353.

⁴⁴ Notons également que l'art. 18 de la loi sur les faillites n'est pas applicable dans les cas énumérés par l'art. 16 de la loi du 15 décembre 2004 sur les suretés financières et l'art. 15, alinéas 1^{er} et 3, de la loi 31 janvier 2009 sur la continuité des entreprises.

⁴⁵ F. 'T KINT et W. DERIJCKE, *o.c.*, p. 274, n° 335.

⁴⁶ Gand, 27 mars 2002, *T.R.V.*, 2003, p. 673.

⁴⁷ Gand, 3 novembre 2003, *R.D.C.*, 2004, p. 398; Mons, 16 février 1994, *R.D.C.*, 1995, p. 581; I. VEROUGSTRAETE, *o.c.*, n° 571, p. 352.

Bien que l'action fondée sur l'article 18 de la loi sur les faillites ne s'identifie pas complètement à l'action paulienne classique, elle s'y apparente néanmoins en partie car elle tend au même but en appliquant la même sanction. Il s'agit d'une variante de l'action paulienne applicable à un cas d'espèce spécifique: un acte préjudiciable à la masse des créanciers effectué pendant la période suspecte. La fraude est en quelque sorte présumée du fait que l'acte en question a été posé à un moment critique précédant la faillite de la société⁴⁸. Certains auteurs qualifient ce mécanisme d'action paulienne adoucie ou simplifiée eu égard à la circonstance que les conditions exigées sont moins difficiles à prouver⁴⁹. La cour d'appel de Liège, dans l'arrêt annoté, la qualifie quant à elle d'action paulienne renforcée étant donné la protection plus grande qu'elle accorde à la masse des créanciers.

Dans le cas présent, si la cour d'appel de Liège n'avait pas jugé l'action prescrite, elle aurait pu considérer que les conditions d'application de l'action fondée sur l'article 18 de la loi sur les faillites étaient réunies: (i) les opérations litigieuses ont été effectuées le 30 décembre 2003, donc pendant la période suspecte étant donné que le tribunal de commerce de Namur a fixé la date de cessation de paiement au 23 août 2003, (ii) le tiers bénéficiaire de l'acte devait avoir connaissance de l'état de cessation de paiement étant donné qu'il était le seul gérant et associé unique et (iii) nous supposons que si le curateur a introduit cette action, le patrimoine de la société n'était pas suffisant pour satisfaire tous les créanciers et l'acte a, dès lors, dû causer préjudice à la masse. Néanmoins, lorsque l'acte litigieux est un paiement au gérant, un tel paiement ne peut en principe pas être contesté par une action fondée sur l'article 18 de la loi sur les faillites à condition que (i) cela ne soit pas exclu par les statuts de la société, (ii) le paiement ait trait à des prestations effectives, (iii) le montant ne soit pas anormalement élevé, (iv) le paiement n'ait pas été effectué avec fraude et, enfin, (v) les associés ou actionnaires y ont consenti⁵⁰. En l'espèce, à condition que le mandat de gérant était rémunéré, ledit paiement a trait à des prestations effectives, représente moins de 2.000 EUR brut par mois et n'est donc pas anormalement élevé et a été effectué par le seul gérant qui est aussi associé unique. La question qui se pose est de savoir s'il y a eu fraude. Cette affirmation peut être défendue si l'on tient compte de l'ensemble des circonstances de l'espèce. En effet, le gérant et associé unique a procédé à la libération du solde du capital souscrit 3 mois avant que la société ne soit déclarée en faillite et 4 mois après la date de cessation de paiement fixée par le tribunal de commerce de Namur. Le gérant s'est

ensuite rétrocedé la quasi-totalité de cette somme à titre d'arriérés de rémunération. Le fait qu'il ait procédé à ces paiements peu de temps avant la faillite de la société permet de supposer qu'il a usé de sa fonction de gérant afin d'échapper au principe d'égalité des créanciers à un moment où il savait que la société n'échapperait pas à la faillite. Selon nous, la fraude aurait donc pu être retenue en l'espèce et, dès lors, le deuxième virement aurait pu être déclaré inopposable.

3.2.2 Nature de l'action et prescription. Selon l'article 2262 du Code civil, les actions réelles se prescrivent par 30 ans. L'article 2262bis du Code civil dispose, quant à lui, que les actions personnelles se prescrivent par 10 ans sauf les actions en réparation d'un dommage fondées sur une responsabilité extracontractuelle qui se prescrivent par 5 ans à partir du jour qui suit celui où la personne lésée a eu connaissance du dommage ou de son aggravation et de l'identité de la personne responsable et, en tout cas, par 20 ans à partir du jour qui suit celui où s'est produit le fait qui a provoqué le dommage.

Afin de déterminer le régime de prescription applicable à l'action fondée sur l'article 18 de la loi sur les faillites, il convient de déterminer dans quelle catégorie énoncée par les articles précités celle-ci tombe: action réelle, action personnelle extracontractuelle en réparation d'un dommage ou autre action personnelle?

Une action réelle est une action qui vise à garantir l'exercice d'un droit réel et vaut *erga omnes*⁵¹. Les droits réels sont en outre soumis à un *numerus clausus*. Il ne peut donc exister d'autres droits réels que ceux créés par la loi. Une action personnelle est une action qui vise à garantir l'exercice d'un droit personnel, c'est-à-dire le « *droit [du titulaire] à une prestation – de donner, faire ou ne pas faire – d'une autre personne* »⁵². L'action fondée sur l'article 18 de la loi sur les faillites n'est pas une action réelle étant donné qu'elle n'a pas pour objet l'un des cas limités des droits réels⁵³. Il s'agit d'une action personnelle qui vise à garantir l'exercice des droits de recours de la masse des créanciers.

Les travaux préparatoires de la loi du 10 juin 1998 modifiant certaines dispositions en matière de prescription indiquent que la catégorie des actions personnelles extracontractuelles en réparation d'un dommage couvre « *tous les cas d'agissements fautifs, en raison de la violation tant d'une norme légale que du devoir général de prudence, (...) y compris, bien entendu, la responsabilité objective et sans faute* »⁵⁴.

48. H. DE PAGE, *o.c.*, t. III, n° 254.

49. P. VAN OMMESLAGHE, *o.c.*, p. 2135, n° 1548; L. FREDERICQ, *Traité de droit commercial belge*, t. VII, Gand, Editions Fechey, 1949, pp. 104 et 134.

50. Comm. Charleroi, 13 novembre 1991, *J.L.M.B.*, 1992, p. 711; Mons, 28 janvier 1987, *J.L.M.B.*, 1987, pp. 804 et s.; C. CAUFFMAN, « Artikel 17-20 Faill.W. », in *Faillissement & Reorganisatie*, Malines, Kluwer, 2009, pp. 3-44; F. T. KINT et W. DERICKE, *o.c.*, p. 276, n° 340; L. HENRION, « Le curateur et la rémunération du dirigeant de société », *J.T.*, 1986, p. 277.

51. H. DE PAGE, *o.c.*, t. III, n° 252 et t. IV, n° 118.

52. Traduction libre. C. LEBON, « De nieuwe verjaringswet 5 jaar later », *N.J.W.*, 2003, p. 838.

53. S. LOOSVELD, « L'action paulienne: une institution séculaire en pleine vogue », *o.c.*, p. 167.

54. Projet de loi modifiant certaines dispositions en matière de prescription, exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., 1996-1997, n° 1087/1, p. 11.

Cependant, l'article 2262bis, § 1^{er}, alinéas 2 et 3, étant une exception au principe contenu en son § 1^{er}, alinéa 1^{er}, il doit s'interpréter de manière restrictive. Il ressort également des travaux préparatoires de la loi du 10 juin 1998 que l'action contractuelle, l'*actio iudicati* (c'est-à-dire l'action en exécution d'un jugement ou d'un arrêt) et l'action quasi contractuelle font partie de la catégorie des actions personnelles qui ne sont pas des actions en réparation d'un dommage fondées sur une responsabilité extracontractuelle⁵⁵. Cette dernière catégorie est donc la catégorie résiduaire des actions personnelles. Il suffit, dès lors, de déterminer si l'action fondée sur l'article 18 de la loi sur les faillites est une action en réparation d'un dommage fondée sur une responsabilité extracontractuelle, auquel cas elle sera soumise au double délai de prescription prévu par l'article 2262bis, § 1^{er}, alinéas 2 et 3. Dans le cas contraire, elle sera soumise au délai décennal prévu par l'article 2262bis, § 1^{er}, alinéa 1^{er}.

La question de la nature de l'action fondée sur l'article 18 de la loi sur les faillites n'a pas directement été débattue en doctrine. Il est donc utile de commencer par analyser la nature de l'action paulienne à laquelle, comme nous l'avons expliqué dans la section précédente, l'action fondée sur l'article 18 de la loi sur les faillites est apparentée et pour laquelle une doctrine et une jurisprudence extensives existent.

La doctrine et la jurisprudence ne sont cependant pas unanimes sur le sujet. Selon la Cour de cassation ainsi que la majorité de la jurisprudence et de la doctrine, à laquelle l'arrêt annoté s'ajoute, l'action paulienne a un fondement quasi délictuel car elle viserait à réparer le dommage causé au créancier par l'appauvrissement frauduleux du débiteur⁵⁶. La Cour de cassation a appliqué la même solution à l'action paulienne fondée sur l'article 20 de la loi sur les faillites⁵⁷. Une jurisprudence et une doctrine contestataires considèrent

cependant que l'action paulienne ne peut s'identifier à une action en responsabilité quasi délictuelle⁵⁸. Ces derniers avancent, en effet, comme argument que l'action paulienne présente plusieurs différences avec une action en responsabilité quasi délictuelle:

- (i) premièrement, l'action paulienne a des effets réels⁵⁹ en ce qu'elle peut être intentée contre le sous-acquéreur de la chose cédée pour autant que les conditions de l'action paulienne soient également réunies vis-à-vis de ce sous-acquéreur⁶⁰. Il s'agit en quelque sorte d'un droit de suite. De plus, le créancier a une sorte de droit de préférence sur la chose cédée du fait de l'effet relatif de l'inaopposabilité qui a pour résultat que le créancier n'est pas en concours avec les autres créanciers du débiteur (à moins que ceux-ci ne se soient joints à l'action paulienne) quant à la chose cédée⁶¹;
- (ii) deuxièmement, l'action paulienne n'est pas nécessairement dirigée contre celui qui a commis la fraude. Lorsqu'elle est dirigée contre le tiers, elle peut sortir ses effets même si le tiers a reçu la chose de bonne foi et à titre gratuit et n'est dès lors pas complice de la fraude⁶²;
- (iii) troisièmement, le régime de la responsabilité quasi délictuelle ne dépend pas de la mauvaise foi du débiteur⁶³.

Ce courant contestataire avance plusieurs théories quant à la nature de l'action paulienne. Pour certains, l'action paulienne trouverait son fondement dans la théorie de l'enrichissement sans cause⁶⁴. Cependant, cette théorie ne tient pas compte du fait que l'enrichissement dans le cadre d'une action paulienne a bel et bien une cause qui n'est autre que l'acte juridique attaqué⁶⁵. Pour d'autres, l'action paulienne serait basée sur le principe de l'exécution de bonne foi des conventions consacré par l'article 1134 du

⁵⁵ Projet de loi modifiant certaines dispositions en matière de prescription, procédure d'évocation, rapport fait au nom de la Commission de la Justice par M. DESMET, exposé introductif du ministre de la Justice, *Doc. parl.*, Sén., 1997-1998, n° 1-883/3, p. 5.

⁵⁶ Cass. (1^{re} ch.), 25 janvier 2013, R.G. n° C.12.0202.N, *Pas.*, 2013, I, n° 64, p. 237; *R.A.B.G.*, 2013, p. 333, concl. A. VAN INGELGEM; *R.W.*, 2012-2013, p. 1584, concl. A. VAN INGELGEM; *R.G.D.C.*, 2014, p. 135; Cass., 26 avril 2012, R.G. n° C.11.0143.N, *Pas.*, 2012, I, n° 260, p. 922; *R.A.B.G.*, 2012, p. 1013; *R.W.*, 2012-2013, p. 944, note G. VELGHE; *R.G.D.C.*, 2013, p. 50, note E. VERJANS; *R.D.C.*, 2012 (sommaire O. VANDEN BERGHE); Cass. (1^{re} ch.), 9 février 2006, R.G. n° C.03.0074/N, *Pas.*, 2006, I, n° 86, p. 336; *Arr. Cass.*, 2006, p. 338; *Rec. gén. enr. not.*, 2007, p. 356; *R.W.*, 2007-2008, p. 1496, note M.E. STORME; Gand (7^e ch.), 15 septembre 2008, *R.G.D.C.*, 2009, p. 529; E. DIRIX, « De vergoedende functie van de *actio pauliana* » (note sous Cass., 15 mai 1992, R.G. n° 7517), *R.W.*, 1992-1993, pp. 331-332; H. DE PAGE, *o.c.*, t. III, n° 208.

⁵⁷ Cass. (1^{re} ch.), 25 janvier 2013, R.G. n° C.12.0202.N, *Pas.*, 2013, I, n° 64, p. 237; *R.A.B.G.*, 2013, p. 333, concl. A. VAN INGELGEM; *R.W.*, 2012-2013, p. 1584, concl. A. VAN INGELGEM; *R.G.D.C.*, 2014, p. 135.

⁵⁸ Gand, 29 mars 2012, *N.J.W.*, 2013, p. 316, note M. BEYER et M. TISON; A. LENAERTS, « Le principe général du droit *fraus omnia corrumpit*: une analyse de sa portée et de sa fonction en droit privé belge », *R.G.D.C.*, 2014, pp. 102-104; P. VAN OMMESLAGHE, *o.c.*, n°s 1530 et 1542; M.E. STORME, « Een aanvechtbare constructie. De *pauliana* in het arrest van 9 februari 2006 » (note sous Cass., 9 février 2006, R.G. n° C.03.0074.N), *R.W.*, 2007-2008, p. 1498; V. SAGAERT, « De gevolgen van de *actio pauliana* en haar band met de ongerechtvaardigde verrijking », *T.B.B.R.*, 2001, pp. 569-584; S. LOOSVELD, « L'action paulienne: une institution séculaire en pleine vogue », *o.c.*, pp. 163-168.

⁵⁹ Il ne s'agit pas pour autant d'une action réelle étant donné qu'elle n'a pas pour objet l'un des cas limités des droits réels.

⁶⁰ V. SAGAERT, « De gevolgen van de *actio pauliana*... », *o.c.*, p. 580.

⁶¹ P. VAN OMMESLAGHE, *o.c.*, n° 1546, p. 2134; V. SAGAERT, « De gevolgen van de *actio pauliana*... », *o.c.*, p. 580; S. LOOSVELD, « L'action paulienne: une institution séculaire en pleine vogue », *o.c.*, p. 166.

⁶² P. VAN OMMESLAGHE, *o.c.*, n° 1546, p. 2134; M.E. STORME, « Een aanvechtbare constructie... », *o.c.*, p. 1498; V. SAGAERT, *o.c.*, p. 580; S. LOOSVELD, *o.c.*, p. 165.

⁶³ V. SAGAERT, « De gevolgen van de *actio pauliana*... », *o.c.*, p. 581.

⁶⁴ C. AUBRY et C. RAU, *Droit civil*, t. IV, § 313, p. 195.

⁶⁵ V. SAGAERT, « De gevolgen van de *actio pauliana*... », *o.c.*, p. 580; S. LOOSVELD, « L'action paulienne: une institution séculaire en pleine vogue », *o.c.*, p. 167.

Code civil⁶⁶ ou d'un abus de droit dans le chef du débiteur⁶⁷. D'autres encore considèrent que l'action paulienne est fondée sur le principe général du droit *fraus omnia corrumpit*⁶⁸. Ceux-ci se basent sur l'analyse selon laquelle tant le principe général du droit *fraus omnia corrumpit* que l'action paulienne requièrent une intention de nuire et sur le fait que la neutralisation des effets de l'acte frauduleux est l'expression de ce principe⁶⁹. Une autre théorie avancée consisterait à faire la distinction entre le fondement juridique de l'application de l'action paulienne et le fondement juridique de ses effets⁷⁰. En ce qui concerne son application, l'action paulienne serait basée sur le principe de l'affectation du patrimoine du débiteur comme gage commun des créanciers, ce qui limiterait le pouvoir de gestion de son patrimoine du débiteur. En ce qui concerne ses effets, l'action paulienne serait basée sur la théorie de l'enrichissement sans cause étant donné que lorsque l'inopposabilité a été prononcée, il n'y a plus de cause à ce que le tiers possède la chose transférée et une obligation de restitution naît alors. Enfin, certains considèrent que l'action paulienne est une action révocatoire de l'acte frauduleux qui n'aurait pas pour but de réparer un dommage mais d'éviter que celui-ci ne naisse⁷¹.

La Cour de justice de l'Union européenne s'est également prononcée sur le sujet dans un arrêt du 26 mars 1992⁷² à propos de l'application de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale⁷³. Selon la Cour de justice, l'objet de l'action paulienne⁷⁴ « n'est pas de faire condamner le débiteur à réparer les dommages qu'il a causés à son créancier par son acte frauduleux, mais de faire disparaître, à l'égard du créancier, les effets de l'acte de disposition passé par son débiteur. Elle est dirigée non seulement contre le débiteur, mais aussi contre le bénéficiaire de l'acte, tiers par rapport à l'obligation qui lie le créancier à son débiteur, y compris, si l'acte est passé à titre gratuit, lorsque celui-ci n'a commis aucune faute »⁷⁵. La Cour de justice en conclut que l'action paulienne n'est pas une action en responsabilité au sens de l'article 5, 3., de la Convention de Bruxelles⁷⁶. Au contraire, la Cour de jus-

stice est d'avis que « l'action dite 'paulienne' trouve son fondement dans le droit de créance, droit personnel du créancier vis-à-vis de son débiteur, et a pour objet de protéger le droit de gage dont peut disposer le premier sur le patrimoine du second »⁷⁷. L'arrêt *Reichert* rejoint donc la théorie de l'affectation du patrimoine comme gage commun des créanciers.

Au vu de ce qui précède, il est unanimement admis qu'il existe des différences entre l'action paulienne et l'action en responsabilité quasi délictuelle sur la base des articles 1382 et 1383 du Code civil. Ces différences excluent-elles cependant *in se* que l'action paulienne puisse être considérée comme une action personnelle fondée sur la responsabilité extracontractuelle en réparation d'un dommage au sens de l'article 2262bis, § 1^{er}, alinéas 2 et 3? Cette catégorie comprend en effet, selon les travaux préparatoires, « tous les cas d'agissements fautifs, en raison de la violation tant d'une norme légale que du devoir général de prudence, (...) y compris, bien entendu, la responsabilité objective et sans faute »⁷⁸. La catégorie des actions personnelles extracontractuelles en réparation d'un dommage ne se limite donc pas à l'action en responsabilité quasi délictuelle sur la base des articles 1382 et suivants du Code civil. L'action en responsabilité sans faute prévue par la loi sur les produits défectueux du 25 février 1991⁷⁹ tombe, par exemple, également dans cette catégorie (mais dans ce cas un régime de prescription spécifique est applicable).

Trois conditions doivent être remplies pour qu'une action fasse partie de la catégorie des actions personnelles extracontractuelles en réparation d'un dommage: il faut (i) une faute (présumée ou non) consistant en la violation d'une norme légale ou du devoir général de prudence, (ii) un dommage et (iii) un lien causal entre la faute et le dommage. L'action paulienne remplit-elle ces conditions?

Premièrement, concernant la faute, l'acte frauduleux pourrait constituer une faute dans le chef du débiteur par application du principe général du droit *fraus omnia corrumpit*⁸⁰. De même, la complicité du tiers qui agit en connaissance du préjudice que l'acte porterait au créancier, pourrait consti-

66. LAURENT, *Principes de droit civil*, t. XVI (2^e éd.), n° 431.

67. Y. DOUXCHAMPS, obs. sous Bruxelles, 11 février 1946, *J.T.*, 1946, p. 537.

68. A. LENAERTS, « Le principe général du droit *fraus omnia corrumpit*: ... », *o.c.*, p. 102; P. VAN OMMESLAGHE, *o.c.*, p. 2134, n° 1547.

69. A. LENAERTS, *ibid.*, p. 102.

70. V. SAGAERT, « De gevolgen van de *actio pauliana*... », *o.c.*, p. 579.

71. M.E. STORME, « Een aanvechtbare constructie... », *o.c.*, p. 1497.

72. C.J.U.E., 26 mars 1992, C-261/90, *Reichert / Dresdner Bank, Rec.*, 1992, p. I-2175.

73. *Journal officiel des Communautés européennes (J.O.C.E.)*, 1972, L. 299/32-42.

74. La Cour de justice se prononce sur la question préjudicielle posée par la cour d'appel d'Aix-en-Provence (France) concernant l'action paulienne de droit français. L'action paulienne de droit belge est cependant identique à celle-ci étant donné qu'elle est également basée sur le Code Napoléon.

75. C.J.U.E., 26 mars 1992, C-261/90, *Reichert / Dresdner Bank, Rec.*, 1992, p. I-2175, n° 19.

76. C.J.U.E., 26 mars 1992, *o.c.*, n° 20.

77. C.J.U.E., 10 janvier 1990, C-115/88, *Reichert / Dresdner Bank, Rec.*, 1990, p. I-27, concernant la première question préjudicielle posée par la cour d'appel d'Aix-en-Provence (France) dans le même cas.

78. Projet de loi modifiant certaines dispositions en matière de prescription, exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., 1996-1997, n° 1087/1, p. 11.

79. Loi du 25 février 1991 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux (*M.B.*, 22 mars 1991), entrée en vigueur le 1^{er} avril 1991.

80. A. LENAERTS, « Le principe général du droit *fraus omnia corrumpit*: ... », *o.c.*, p. 104, citant S. STIJNS, *Leerboek verbintenissenrecht*, 1, Bruges, la Chartre, 2005, n° 327 et P. WÉRY, *Droit des obligations*, 1, Bruxelles, Larcier, 2011, n° 936.

tuer une faute selon la théorie de la tierce complicité. Si le tiers est de bonne foi et reçoit à titre gratuit, l'on pourrait considérer qu'il violerait néanmoins le principe général de prudence consistant dans ce cas-ci à ne pas violer les droits des créanciers du donneur. Notre système juridique est, en effet, basé sur une conception de la société dans laquelle la donation est un acte anormal. Le tiers a donc l'obligation d'être prudent lorsqu'il reçoit à titre gratuit. L'on pourrait également considérer que la responsabilité serait sans faute sur la base du risque pris par le tiers de recevoir une chose à titre gratuit⁸¹.

Deuxièmement, il faut démontrer un dommage. La doctrine et la jurisprudence considèrent que même si un apport réel (et non fictif) mais plus difficilement saisissable est fourni en contrepartie de l'élément du patrimoine cédé, une action paulienne peut tout de même être intentée car les possibilités de recours du créancier s'en trouvent affectées⁸². Le préjudice du créancier consiste donc en l'affectation des possibilités de recours du créancier⁸³. Selon la Cour de cassation, le montant de ce dommage équivaut à « la valeur de l'élément du patrimoine cédé, et ce à concurrence du montant de la créance du créancier »⁸⁴. Néanmoins, la jurisprudence a encore précisé qu'il faut déduire du montant de la créance le montant des créances des créanciers privilégiés étant donné que ces créances auraient de toute façon affecté les droits de recouvrement du créancier.

Troisièmement, quant au lien causal, il serait établi du fait que cet obstacle au recouvrement de la créance est créé par l'acte frauduleux conclu entre le débiteur et le tiers complice.

A priori, il ressort de ce qui précède qu'il est possible, par une interprétation quelque peu extensive des concepts de faute et de dommage, de faire rentrer l'action paulienne dans la catégorie des actions personnelles extracontractuelles en réparation d'un dommage. Cependant, il ne faut pas oublier que le régime de prescription applicable à cette catégorie est une exception au régime de prescription applicable aux actions personnelles en général. Il doit donc être interprété de manière restrictive⁸⁵. Comme il est dit dans les travaux préparatoires de la loi du 10 juin 1998, « [i]l paraît (...) impossible dans l'état actuel du droit belge d'établir une distinction nette à l'intérieur du groupe des actions personnelles, en particulier contractuelles, entre celles qui tendent à

obtenir la réparation d'un dommage' – car presque toute action tend à la réparation d'un dommage au sens large du terme – et les autres »⁸⁶.

Ce qui ressort en réalité de la démonstration qui précède, ce n'est pas que l'action paulienne est une action extracontractuelle en réparation d'un dommage mais que la responsabilité quasi délictuelle pourrait également s'appliquer dans l'hypothèse où une action paulienne serait fondée. En effet, le même raisonnement pourrait être appliqué à l'action quasi contractuelle. Par exemple, dans le cas d'un enrichissement sans cause, une personne X subit un dommage du fait qu'il perd un élément de son patrimoine alors que son intention n'était pas de donner. Si Y qui s'est enrichi sans cause, garde la chose alors qu'il a l'obligation de la restituer, il commet une faute. Un lien causal existe également car le dommage découle du fait qu'Y viole son obligation de restitution. Or, même si la responsabilité quasi délictuelle pourrait donc également s'appliquer dans l'hypothèse où une action quasi contractuelle serait fondée, cette dernière n'en devient pas pour autant une action en réparation d'un dommage. En effet, dans le cas contraire, le législateur n'aurait pas exclu l'action quasi contractuelle de cette catégorie⁸⁷.

Quelle est, dès lors, la nature de l'action paulienne? Commençons par en déterminer le fondement. L'action paulienne forme une exception au principe fondamental selon lequel un débiteur peut disposer de son patrimoine à sa discrétion. Cette exception trouve sa raison d'être dans le fait qu'en vertu des articles 7 et 8 de la loi hypothécaire⁸⁸, le patrimoine du débiteur forme le gage commun de ses créanciers. Une personne peut disposer de la totalité de son patrimoine tant qu'elle n'est pas débitrice. Si la personne devient débitrice, une limite naît à sa liberté de disposer de son patrimoine à concurrence du montant de sa dette. Si la personne se libère de sa dette, la limite disparaît. En ce sens, le droit de gage commun sur le patrimoine du débiteur est l'accessoire du droit de créance et l'action paulienne en est le corollaire, comme le laisse sous-entendre la Cour de justice de l'Union européenne dans son arrêt *Reichert* précité. L'action paulienne aurait donc pour objet de protéger le droit de gage du créancier sur le patrimoine de son débiteur. Le but de l'action paulienne n'est pas de réparer un dommage en aval mais de l'empêcher de naître en amont.

Il nous reste donc à déterminer la nature de l'action pau-

⁸¹. S. LOOSVELD, « L'action paulienne: une institution séculaire en pleine vogue », *o.c.*, p. 167.

⁸². M. DAMBRE, « *Actio pauliana* en veizing », *N.J.W.*, 2008, p. 929. Voy., p. ex., Anvers, 16 novembre 2009, *N.J.W.*, 2010, p. 668, concernant le cas d'un débiteur qui avait apporté sa part dans plusieurs biens immobiliers à une société patrimoniale.

⁸³. P. VAN OMMESLAGHE, *o.c.*, p. 2116, n° 1531; C. LEBON, « *Actio pauliana*: benadeling van de schuldeiser door aantasting van zijn verhaalsrechten », *N.J.W.*, 2010, p. 670; Cass. (1^{re} ch.), 5 janvier 2006, R.G. n° C.04.0607.N, *Pas.*, 2006, I, n° 12, p. 40; *Arr. Cass.*, 2006, p. 40; *R.W.*, 2008-2009 (sommatoire), p. 361.

⁸⁴. Cass. (1^{re} ch.), 9 février 2006, R.G. n° C.03.0074/N, *Pas.*, 2006, I, n° 86, p. 336; *Arr. Cass.*, 2006, p. 338; *Rec. gén. enr. not.*, 2007, p. 356; *R.W.*, 2007-2008, p. 1496, note M.E. STORME; Gand, 15 septembre 2008, *R.G.D.C.*, 2009, p. 529.

⁸⁵. C. LEBON, « De nieuwe verjaringswet 5 jaar later », *N.J.W.*, 2003, p. 838.

⁸⁶. Projet de loi modifiant certaines dispositions en matière de prescription, exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., 1996-1997, n° 1087/1, p. 5.

⁸⁷. Voy. le projet de loi modifiant certaines dispositions en matière de prescription, procédure d'évocation, rapport fait au nom de la Commission de la Justice par M. DESMET, exposé introductif du ministre de la Justice, *Doc. parl.*, Sén., 1997-1998, n° 1-883/3, p. 5.

⁸⁸. Loi hypothécaire du 16 décembre 1851 (*M.B.*, 22 décembre 1851).

lienne en se basant sur son fondement. L'action paulienne donne au créancier le moyen de rendre l'acte frauduleux inopposable à son égard afin de faire exécuter son droit de gage sur l'élément du patrimoine transféré, ce qui permet de donner un effet utile aux articles 7 et 8 de la loi hypothécaire. L'inopposabilité est une mesure révocatoire car elle a pour conséquence de rendre nul les effets d'un acte juridique. L'action paulienne n'est donc pas une sanction, ni une réparation mais un moyen d'éviter la naissance d'un dommage. L'effet de l'action paulienne est de lever l'obstacle au recouvrement de la créance créée par l'acte frauduleux, comme si cet obstacle n'existait pas. Par conséquent, l'action paulienne est une action révocatoire.

Pour expliquer plus avant la nature de l'action paulienne, il est intéressant de dresser un parallèle avec la théorie de la tierce complicité développée par Th. Léonard⁸⁹. Selon cet auteur, la tierce complicité ne trouve pas son origine dans la théorie de la responsabilité quasi-délictuelle mais dans l'opposabilité d'un droit subjectif⁹⁰. La liberté civile du tiers-complice, par exemple la liberté de contracter, s'arrête là où commence le droit subjectif d'autrui⁹¹. Le droit de créance du créancier comprend un effet interne vis-à-vis de son débiteur (relativité), consistant en l'obligation de satisfaire la créance, ainsi qu'un effet externe vis-à-vis de tout tiers (opposabilité), consistant en le respect de l'existence de cette obligation⁹². Si le tiers, même de bonne foi, viole l'effet externe du droit de créance, par exemple en contractant avec le débiteur, le créancier pourra tenter une action en cessation afin de rendre l'acte violant son droit de créance inopposable⁹³. Le créancier ne devra même pas prouver de faute dans le chef du tiers car l'opposabilité d'un droit subjectif naît dès sa création⁹⁴. Cette particularité se retrouve également dans l'action en contrefaçon du droit d'auteur pour laquelle il n'est pas nécessaire de prouver la connaissance de la contrefaçon par le tiers⁹⁵. Cependant, dans le cas où le tiers a agi de manière consciente et volontaire, il commet alors également une faute qui peut être sanctionnée sur la base de la responsabilité quasi-délictuelle.

L'action paulienne est la consécration de cette théorie de la tierce complicité au cas particulier de la fraude au droit de créance (au sens pécuniaire du terme) d'un créancier, dont le droit subjectif de gage commun sur le patrimoine du débiteur en est l'accessoire. Si le législateur a jugé bon dans ce cas de limiter l'action en inopposabilité au seul cas où il y a fraude, c'est parce que, dans le cas contraire, cela formerait une atteinte trop importante à la liberté du débiteur de gérer son patrimoine en toute discrétion, le patrimoine étant par défi-

inition changeant. En outre, il serait difficile de démontrer une atteinte à l'opposabilité de ce droit par un tiers, si ce n'est par l'implication consciente et volontaire de celui-ci.

Cette théorie de la tierce complicité permet, par ailleurs, de démontrer l'application parallèle d'une action en inopposabilité et d'une action en responsabilité. Si elles peuvent s'appliquer simultanément, ces actions ne s'identifient pas pour autant.

En conclusion, l'action paulienne est une action révocatoire qui permet au créancier de protéger son droit de gage sur le patrimoine de son débiteur. Une telle action est une action personnelle qui ne tombe pas dans la catégorie exceptionnelle des actions personnelles extracontractuelles en réparation d'un dommage. L'action paulienne devrait donc être soumise au délai décennal prévu par l'article 2262*bis*, § 1^{er}, alinéa 1^{er}.

Il nous faut cependant encore déterminer si le même raisonnement peut être appliqué à l'action fondée sur l'article 18 de la loi sur les faillites. Comme nous l'avons expliqué plus haut, l'action fondée sur l'article 18 de la loi sur les faillites est un cas spécifique d'action paulienne. Comme pour l'action fondée sur l'article 20 de la loi sur les faillites, elle n'appartient qu'au curateur pour un préjudice causé à la masse des créanciers. La fraude est supposée, sur la base du moment auquel l'acte a été passé, et la complicité du tiers est également présumée de par sa connaissance de l'état de cessation de paiement du débiteur au moment critique où l'acte a été passé. Les conditions d'application de cette action sont donc moins strictes, mais elle ne peut être intentée que pour certains actes, ceux survenus pendant la période suspecte. Cependant, cette action a également pour objet de protéger le droit de gage commun des créanciers de la masse et y parvient en faisant déclarer inopposable tout acte auquel elle s'applique et contre lequel elle est intentée. Il s'agit donc également d'une action révocatoire qui a pour but de protéger un droit subjectif. Dès lors, le même raisonnement peut être appliqué que pour l'action paulienne et, contrairement à la conclusion de l'arrêt annoté, l'action fondée sur l'article 18 de la loi sur les faillites devrait donc être soumise au délai décennal prévu par l'article 2262*bis*, § 1^{er}, alinéa 1^{er}. Dans le cas présent, l'action du curateur n'aurait pas dû être déclarée prescrite sur la base du régime de prescription applicable aux actions en responsabilité extracontractuelle.

3.3. Conclusion générale. Dans la décision annotée, la cour d'appel a considéré que la libération du capital souscrit par l'associé unique et seul gérant était conforme aux règles du

⁸⁹. Th. LÉONARD, « Pour un dépassement des impasses de la théorie de la tierce complicité », *R.G.D.C.*, 2010, pp. 2 et s.

⁹⁰. Th. LÉONARD, *ibid.*, pp. 2 et s.

⁹¹. Sur la différence entre libertés civiles et droits subjectifs, voy. Th. LÉONARD, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes*, Bruxelles, Larcier, 2005, n^{os} 99-108.

⁹². Th. LÉONARD, « Pour un dépassement des impasses de la théorie de la tierce complicité », *o.c.*, p. 5, n^o 5.

⁹³. Th. LÉONARD, *ibid.*, p. 22, n^o 27.

⁹⁴. Th. LÉONARD, *ibid.*, p. 22, n^o 27.

⁹⁵. Th. LÉONARD, *ibid.*, p. 22, n^o 27.

droit des sociétés. Cette décision ne peut, à notre avis, qu'être approuvée. En effet, lorsque le gérant est également l'associé unique, le capital social est valablement libéré sans qu'il ne soit requis que le gérant-associé unique ne doive au préalable s'écrire à lui-même pour appeler la libération.

Nous sommes, par contre, plus réservés quant à la conclusion de la cour d'appel de déclarer prescrite l'action intentée par le curateur sur la base du régime de prescription applicable aux actions en responsabilité extracontractuelle. Il nous semble, en effet, que l'action fondée sur l'article 18 de la loi sur les faillites n'était en l'occurrence pas prescrite en ce qu'elle ne doit pas être qualifiée d'action en réparation d'un dommage fondée sur une responsabilité extracontractuelle mais bien d'action révocatoire fondée sur le droit de créance et son accessoire, le droit de gage commun des créanciers prévu par les articles 7 et 8 de la loi hypothécaire. Le délai décennal prévu par l'article 2262bis, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, était, dès lors, selon nous, d'application.

Au surplus, nous notons pour la bonne forme qu'une troi-

sième voie (outre l'action paulienne et l'action en responsabilité extracontractuelle) aurait pu être empruntée par le curateur en l'espèce. Confronté à la jurisprudence majoritaire qui considère l'action paulienne comme une action en réparation soumise au double délai de prescription prévu par l'article 2262bis, § 1^{er}, alinéas 2 et 3, dans le cas où ce délai de prescription pourrait être acquis, le curateur pourrait envisager de demander l'annulation de l'acte litigieux pour cause illicite⁹⁶. En effet, les faits qui ont mené à l'arrêt annoté semblent indiquer que la véritable cause des actes posés par le seul gérant et associé unique était de soustraire le patrimoine de la société à l'emprise de ses créanciers. Cette cause, c'est-à-dire le mobile déterminant de ces actes, serait alors illicite⁹⁷. Or, la sanction d'une cause illicite est la nullité absolue, avec effet rétroactif, et celle-ci peut être invoquée par toute personne intéressée. Cette action en nullité est, en outre, soumise au délai décennal prévu par l'article 2262bis, § 1^{er}, alinéa 1^{er}. Enfin, la preuve de la fraude invoquée dans le cadre d'une action paulienne pourra alors également servir à établir la cause illicite⁹⁸.

⁹⁶ Voy., concernant la cause illicite d'un apport frauduleux au capital d'une société: S. GILCART, « Les règles de constitution des SA, SPRL et SCRL – vol. 1 », *Guide juridique de l'entreprise*, 2^e éd., liv. 14.3, Bruxelles, Kluwer, 2002, p. 27, n° 140; M. COIPEL, *Éléments de théorie générale des contrats*, coll. A la rencontre du droit, Diegem, E.Story-Scientia, 1999, pp. 58 et s., n°s 72 et s.; K. GEENS, « De nietigheid bij de oprichting van een vennootschap », *T.P.R.*, 1990, pp. 1640-1643, n°s 12-15.

⁹⁷ S. GILCART, *o.c.*, p. 27, n° 140; M. COIPEL, *o.c.*, pp. 58 et s., n°s 72 et s.; K. GEENS, *o.c.*, pp. 1640-1643, n°s 12-15.

⁹⁸ S. GILCART, *o.c.*, pp. 27 et s., n°s 150 et s.; *Idem*, « Les règles de constitution des SA, SPRL et SCRL – vol. 2 », *o.c.*, liv. 14bis.1, pp. 61 et s., n° 600.