

Le moyen fait d'abord grief à l'arrêt de ne pas répondre aux conclusions de la demanderesse relatives à l'existence d'un préjudice collectif commun à l'ensemble des créanciers qui l'autorisait seule à agir en justice contre le défendeur.

Comme il a été exposé dans le cadre de l'analyse du troisième moyen, la cour d'appel a donné à connaître les raisons pour lesquelles elle a considéré que la faute de la société faillie et celle de son gérant n'avaient ni aggravé le passif ni diminué l'actif de celle-ci.

Ainsi, les juges d'appel ont répondu aux conclusions de la demanderesse et ont motivé régulièrement leur décision, sans être tenus de répondre à chacun des arguments invoqués par la demanderesse qui ne constituaient pas des moyens distincts.

Dans cette mesure, le moyen manque en fait.

La demanderesse fait ensuite grief à la cour d'appel de ne pas avoir pris en considération la circonstance que plusieurs copropriétés lésées par les détournements ont déclaré une créance à la curatelle.

La production d'une créance ne procure au créancier aucun titre exécutoire contre le failli après la clôture de la faillite, mais lui accorde seulement un droit dans la répartition de l'actif de la faillite.

L'éventuelle déclaration de créance d'un créancier individuel lésé au passif de la société faillie ne lui interdit donc pas d'exercer ses droits propres dont celui de se constituer partie civile en vue d'obtenir un titre consacrant le droit à la réparation d'un préjudice découlant de la commission d'infractions pénales.

La reconnaissance du droit d'agir individuellement se fonde sur le fait que la suspension des poursuites qui résulte de la déclaration de faillite ne s'étend pas aux actions pénales qui sont par essence personnelles en sorte que la limitation du droit d'action des créanciers individuels n'est, dans ce cas, pas justifiée.

Enfin, la méconnaissance alléguée du principe d'égalité des créanciers ne saurait se déduire de la seule circonstance qu'un curateur admis à représenter la masse des créanciers en exerçant les droits qui leur sont communs n'est pas admis à exercer les droits individuels de ceux-ci.

La circonstance que le créancier obtienne du juge pénal un titre consacrant le droit à la réparation de son préjudice et fixant le montant de celui-ci n'empêche pas qu'en cas d'insuffisance d'actifs de la société faillie, l'exécution dudit titre se réalise conformément à la règle du concours et aux principes de droit commun applicables en la matière.

Dans cette mesure, le moyen manque en droit.

Par ces motifs, (...)

Rejette les pourvois ; (...)

Siég. : M. **B. Dejemeppe** (prés.), Mme **F. Roggen** (rapp.), M. **E. de Formanoir**, Mme **T. Konsek** et M. **Fr. Lugentz**. Greffier : Mme **T. Fenaux**.

M.P. : M. **D. Vandermeersch**.

Plaid. : M^{ss} **B. Sybille**, **B. Versie** et **J. Oosterbosch**.

J.L.M.B. 18/728

Observations

L'action civile intentée par le curateur devant les juridictions répressives

1. L'exercice par le curateur de l'action civile devant les juridictions répressives est une pratique courante. En effet, le curateur à la faillite dispose du droit d'agir en

justice pour obtenir la réparation du dommage causé par la faute du failli à la masse des biens et des droits qui forment le gage commun des créanciers. Cette faute est, par essence, la cause d'un préjudice collectif.

Aussi, selon une jurisprudence bien établie de la Cour de cassation¹, le curateur à la faillite dispose, en procédure pénale, du monopole de l'action civile qui a pour objet la réparation du dommage causé à la masse par les infractions retenues à charge du failli qui ont eu pour effet d'aggraver le passif de la faillite ou d'en diminuer l'actif. Tel est assurément le cas pour le dommage qui trouve son origine dans un abus de biens sociaux ou des infractions liées à l'état de faillite². Le curateur agit alors au nom de la masse et exerce « les droits qui sont communs à l'ensemble des créanciers »³.

L'article XX.154 du Code de droit économique précise au demeurant que si le failli ou les gérants et administrateurs de la personne morale faillie sont poursuivis du chef d'une infraction prévue aux articles 489, 489bis, 489ter, 490bis ou 492bis du Code pénal, ou si un mandat d'amener ou d'arrêt a été décerné contre eux, ou s'ils ont été convoqués par la chambre du conseil ou cités devant le tribunal correctionnel pour les motifs précités, le procureur du Roi en donne connaissance sans délai au juge-commissaire et au curateur.

En revanche, l'action civile du curateur devant la juridiction pénale est compromise si la société faillie a elle-même été condamnée du chef d'une infraction, qui ne cause pas un dommage collectif, sur la base de laquelle le curateur entend obtenir réparation. Nous observerons à ce sujet que, dans l'arrêt commenté, le moyen de la curatelle qui affirmait que les juges d'appel n'avaient pris en considération son intervention qu'en sa qualité de représentante de la société faillie et non en sa qualité de représentante de la masse a été rejeté par la Cour de cassation. En effet, la Haute Cour estime que les juges d'appel pouvaient parfaitement retenir que des infractions liées à l'état de faillite ou d'abus de biens sociaux portent atteinte au gage commun des créanciers et sont à l'origine d'un dommage collectif mais qu'il n'en est pas de même dans le cas où le gérant d'une société et la société elle-même ont commis des infractions préjudiciables à des tiers⁴. La Cour de cassation en déduit que, par ces motifs, « les juges d'appel ont pris en considération, pour la débouter de sa demande, la qualité dans le chef (de la curatrice) de représentante de la masse des créanciers ».

À l'inverse, si la société faillie est étrangère aux infractions commises par son administrateur ou son gérant qui portent atteinte à la masse ou si les infractions reprochées à l'être moral causent un dommage collectif, le curateur est parfaitement en droit de se constituer partie civile contre ceux-ci pour exercer, comme le rappelle la Cour de cassation, « les droits qui sont communs à l'ensemble des créanciers et non les droits individuels de ceux-ci, alors même que ces droits individuels seraient cumulés ».

2. La Cour de cassation enseigne également que la faillite du débiteur n'empêche pas qu'un créancier réclame une indemnisation à un tiers dont la faute a causé un dommage qui ne touche que lui⁵. La Cour précise de surcroît que devant les juridictions répressives « la reconnaissance du droit d'agir individuellement se fonde sur le fait que la suspension des poursuites qui résulte de la déclaration de faillite ne s'étend pas aux

¹ Cass., 10 décembre 2008, *Pas.*, 2008, p. 2907 ; Cass., 24 octobre 2002, *Pas.*, 2002, p. 2026.

² M. FRANCHIMONT, A. MASSET et A. JACOBS, *Manuel de procédure pénale*, 4^e édition, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 182.

³ Cass., 12 février 1981, *Pas.*, 1981, I, p. 639.

⁴ Dans l'arrêt critiqué, la cour d'appel constatait que le dommage causé par les infractions déclarées établies est en réalité propre à chacune des associations de copropriétaires victime des agissements des prévenus. Il ne constitue pas un dommage collectif causé à la masse des biens et des droits qui forment le gage commun des créanciers, comme le serait le dommage résultant par exemple d'abus de biens sociaux ou d'infractions liées à l'état de faillite, telles un détournement d'actif ou l'omission de faire aveu de faillite dans le délai légal.

⁵ Cass., 5 septembre 2013, *Pas.*, 2013, p. 1564.

actions pénales qui sont par essence personnelles, en sorte que la limitation du droit d'action des créanciers individuels n'est, dans ce cas, pas justifiée »⁶.

Si la partie lésée décide de se constituer partie civile contre le failli postérieurement à la déclaration de faillite, cette constitution est recevable mais l'absence du curateur a pour effet de rendre le jugement inopposable à la masse⁷. Comme le rappelle M. Regout-Masson, « devant une juridiction répressive, le curateur ne représente pas le failli, puisque celui-ci est seul compétent pour se défendre aux actions représentant sa personne »⁸.

3. L'application concrète de ces principes généraux ne va toutefois pas sans poser différents problèmes que l'arrêt commenté nous donne l'occasion de rencontrer. Nous aborderons, dès lors, successivement les points suivants : les droits individuels reconnus aux créanciers du failli, la situation particulière de l'administration fiscale et de l'O.N.S.S., les effets du dessaisissement généré par la faillite dans le chef du failli et les incidences de la déclaration de créancier sur les actions civiles diligentées devant le juge répressif. Nous terminerons par une brève conclusion.

4. **Les droits individuels des créanciers.** Dans l'arrêt annoté, la Cour de cassation rappelle que « le curateur ne peut exercer les droits individuels des créanciers et postuler le dédommagement d'un créancier individuel qui aurait été lésé ». Le préjudice collectif ou les droits communs à l'ensemble des créanciers sont donc des critères qui permettent de déterminer le pouvoir d'action du curateur⁹.

Si, indéniablement, cette jurisprudence s'applique aux actions personnelles d'un créancier, telle une action en indemnisation résultant d'infractions qui portent atteinte à la personne, il en va de même, selon nous, pour la réparation du dommage qui est la conséquence d'infractions aux biens d'une victime, tels le vol, le recel ou l'escroquerie qui ne lèsent pas la masse mais ce créancier individuel, et ce alors même que celui-ci aurait fait une déclaration de créance à la faillite.

La Cour de cassation précise à ce propos que « l'éventuelle déclaration de créance d'un créancier individuel lésé au passif de la société faillie ne lui interdit pas d'exercer ses droits propres dont celui de se constituer partie civile en vue d'obtenir un titre consacrant le droit à la réparation d'un préjudice découlant de la commission d'infractions pénales ».

5. **La situation particulière de l'administration fiscale.** Dans le même ordre d'idée, il nous paraît que seul l'État dispose du monopole pour se constituer partie civile en cas de fraude fiscale.

À ce propos, il pourrait nous être objecté qu'en matière de T.V.A., l'application de l'article 73sexies du Code de la T.V.A. pourrait faire obstacle à la constitution de partie civile de l'État.

Cet article dispose que « *les personnes qui auront été condamnées comme auteurs ou complices d'infractions visées aux articles 73 et 73bis seront solidairement tenues au paiement de la taxe éludée et des intérêts dus par le redevable initial de la taxe.*

Les personnes prévenues comme auteurs ou complices d'infractions aux articles 73 et 73bis seront également solidairement tenues au paiement de la taxe éludée et des

⁶. Cass., 21 juin 2017, publié ci-avant p. 1962.

⁷. Cass., 25 janvier 1995, *Pas.*, 1995, I, p. 72.

⁸. M. REGOUT-MASSON, « De la constitution de partie civile contre un failli », *J.T.*, 1979, p. 417.

⁹. D. WILLERMAIN, « Responsabilité des administrateurs en cas de faillite : absence de quasi-immunité des organes à l'égard du curateur et nouvelles précisions sur la notion de préjudice collectif », obs. sous Cass., 2 octobre 2014, *Rev. prat. soc.*, 2015, p. 173.

intérêts, comme visés à l'alinéa 1^{er}, lorsque les faits constitutifs des préventions sont déclarés établis, lorsqu'elles bénéficient :

1° d'une suspension du prononcé de la condamnation ou d'un sursis à l'exécution des peines prévues par la loi du 29 juin 1964 concernant la suspension, le sursis et la probation ;

2° d'une condamnation par simple déclaration de culpabilité prévue à l'article 21ter du titre préliminaire du Code d'instruction criminelle ;

3° de la procédure de déclaration préalable de culpabilité prévue à l'article 216 du Code d'instruction criminelle ;

4° de la prescription de l'action publique.

Les personnes physiques ou morales seront civilement et solidairement responsables des amendes et des frais résultant des condamnations prononcées en vertu des articles 73 à 73quater contre leurs préposés ou leurs administrateurs, gérants ou liquidateurs dans le cadre de l'exercice de leurs fonctions, en droit ou en fait ».

La Cour de cassation enseigne que « ni le fait qu'en vertu de l'article 74 du Code de la taxe sur la valeur ajoutée l'action publique est exercée par le ministère public ni le fait que l'article 85 dudit code confère au ministre des Finances le pouvoir de recouvrer par voie de contrainte la taxe, les intérêts, les amendes administratives et les accessoires n'empêchent l'exercice d'une action civile devant le juge pénal, lorsque la déduction de la taxe indûment obtenue résulte d'une infraction ou que le défaut de paiement de la taxe constitue une infraction »¹⁰.

Par ailleurs, contrairement à la situation qui se présente en matière d'impôt sur le revenu¹¹, la taxe éludée en cas de fraude résulte directement de l'infraction commise par les auteurs et complices.

Il s'ensuit que les règles applicables au recouvrement de la T.V.A. autorisent le receveur à utiliser la contrainte fiscale mais également la voie judiciaire si bien qu'il n'y a aucune difficulté pour celui-ci à poursuivre le redevable de la taxe ainsi que ses complices condamnés pour les infractions au Code de la T.V.A. en vertu de l'article 73sexies alinéa 1^{er}¹².

La constitution de partie civile de l'État étant de mise, son monopole d'action pour le recouvrement de la T.V.A., en lieu et place de la curatelle, s'impose, à notre estime, dès l'instant où la fraude fiscale, quand elle est commise, n'entraîne pas une augmentation du passif ou une diminution de l'actif puisque son but est de soustraire le redevable au paiement de la taxe ou de la percevoir illégalement.

6. En matière d'impôt sur le revenu, l'État dispose pareillement de la possibilité de se constituer partie civile¹³.

L'on observera toutefois que pour la Cour de cassation « (d'une part) la dette d'impôt ne résulte pas de la fraude. Elle naît de l'opération imposable que la fraude a tenté de dissimuler. Celle-ci ne peut donc pas être la cause, au sens de l'article 1382 du Code civil, d'un dommage consistant dans le montant de l'impôt éludé. D'autre part, l'administration des contributions directes dispose, quant à l'impôt, d'une possibilité propre de réparation consistant, outre l'enrôlement, dans la solida-

¹⁰ Cass., 27 novembre 1984, *Pas.*, 1985, I, p. 379.

¹¹ Voy. ci-dessus, point 6.

¹² G. GODESSART, « Fraude fiscale : quel dommage pour l'État », *Rev. dr. entr.*, 2013, pp. 25 et 34.

¹³ Cass., 25 mai 2011, *J.T.*, 2011, p. 831 et obs. de Fr. KONING, « La solidarité au paiement de l'impôt éludé en vertu de l'article 458, alinéa 1^{er}, du C.I.R., serait-elle désormais applicable même en cas d'absence de condamnation pénale? ». Voy. aussi : Cass., 2 mars 2016, *Dr. pén. entr.*, 2017, p. 43 ; Cass., 5 septembre 2013, *Pas.*, 2013, p. 1564 ; Cass., 9 décembre 1997, *Pas.*, 1997, I, p. 540.

rité résultant, en vertu de l'article 458, alinéa 1^{er}, du Code des impôts sur les revenus (1992), d'une condamnation comme auteur ou complice d'infractions visées aux articles 449 à 453 dudit Code »¹⁴.

Autrement dit, le dommage né du fait que, sur la base de la législation fiscale, l'État ne peut réclamer l'impôt dû et éludé à des personnes autres que les contribuables d'impôts sur les sociétés ou à des personnes tenues solidairement en tant qu'auteurs ou complices d'une infraction fiscale au paiement de l'impôt éludé, ne constitue pas la conséquence d'une infraction de droit commun, mais d'une cause étrangère, à savoir la législation en matière fiscale¹⁵.

Même si le dommage subi par l'État est sujet à discussion¹⁶, il ne peut être déduit de ce constat que l'application de l'article 458 du Code d'impôt sur les revenus empêche le fisc de se constituer partie civile contre les auteurs ou complices des infractions fiscales visées par ce texte.

Exclure la possibilité pour l'État de se constituer partie civile n'est guère défendable au regard des conditions d'application de l'article 458 du Code des impôts sur les revenus qui suppose une condamnation pénale, telle qu'elle a été définie par la Cour de cassation¹⁷, des coauteurs ou complices du redevable d'infractions fiscales. Par conséquent, l'État peut se prévaloir d'un intérêt évident à soutenir l'action publique afin de pouvoir bénéficier de la solidarité fiscale¹⁸.

À nouveau, il nous paraît que la faute reprochée aux prévenus ne cause pas un préjudice collectif à la masse ou aux intérêts patrimoniaux de la société faillie lors de la commission de la fraude qui permettrait au curateur d'agir et de réclamer l'impôt éludé, *a fortiori* dans la mesure où l'action civile de l'administration des contributions directes ne peut former une voie alternative pour récupérer l'impôt éludé, les intérêts de retard ou les majorations¹⁹.

7. La situation de l'O.N.S.S. L'action exercée par la curatelle qui se fonde sur le non-paiement des cotisations de sécurité sociale ne constitue pas davantage un dommage qui, au moment où l'infraction est consommée, aggrave le passif ou diminue l'actif puisqu'à nouveau la volonté recherchée par les prévenus est d'exonérer la société faillie du paiement des cotisations de sécurité sociale qui doivent être perçues par l'O.N.S.S.

De surcroît, l'O.N.S.S. ne se constituera pas seulement contre la personne morale en faillite qui pourrait être poursuivie mais également contre les prévenus personnes physiques de sorte que, en ce qui concerne ces derniers, il ne peut, en toute hypothèse, être

¹⁴ Cass., 25 mai 2011, *J.T.*, 2011, p. 831.

¹⁵ Cass., 2 mars 2016, *Dr. pén. entr.*, 2017, p. 43.

¹⁶ Cass., 11 janvier 2017, *J.T.*, 2017, p. 397 et obs. O. MICHIELS, « L'article 458 du Code d'impôts sur les revenus est-il un frein à l'intervention du fisc en procédure pénale ? ».

¹⁷ Pour une critique de cette position, voy. : Fr. KONING « La solidarité au paiement de l'impôt éludé en vertu de l'article 458, alinéa 1^{er}, du C.I.R., serait-elle désormais applicable même en cas d'absence de condamnation pénale ? », *J.T.*, 2011, pp. 831-835.

¹⁸ G. GODESSART, « Fraude fiscale : quel dommage pour l'État », *Dr. pén. entr.*, 2013, pp. 31-33. Voy. aussi : Cass., 14 juin 2006, *Pas.*, 2006, n° 330 (la Cour retient que « la nécessité de dénoncer l'infraction fiscale au procureur du Roi en vue d'obtenir cette preuve, de se faire donner accès au dossier répressif, de suivre le déroulement de l'instruction et d'attendre que celle-ci livre les éléments permettant d'identifier le redevable et de déterminer l'assiette de l'impôt peut en soi porter préjudice à l'État, administration des contributions directes. Le dommage de l'État se déduit en pareil cas de l'obligation où l'administration se trouve, afin d'établir la situation patrimoniale du débiteur de l'impôt, lorsque ce dernier s'y dérobe par la commission de crimes ou de délits, d'affecter les fonctionnaires chargés du recouvrement à l'analyse des actes, pièces, registres, documents ou renseignements recueillis par l'instruction pénale qui, ouverte à charge de ce contribuable, supplée à l'insuffisance des pouvoirs d'investigation dont ladite administration dispose »).

¹⁹ Voy. : conclusions de l'Avocat général D. VANDERMEERSCH sous Cass., 2 mars 2016, *op. cit.* qui cite F. VAN VOLSEM, « De fiscale administratie als burgerlijke partij voor de strafzaken : een poging tot synthese », *De Wet voorbij – Liber amicorum Luc Huybrechts*, Anvers, Intersentia, 2010, pp. 583-584.

tiré argument de la déclaration de créance à la faillite pour limiter le droit d'action individuel de l'Office qui a pour objet la réparation d'un préjudice qui lui est propre et distinct du dommage de la masse subi par l'ensemble des créanciers.

8. **L'effet du dessaisissement.** La procédure de faillite a pour but de mettre le patrimoine du débiteur sous la gestion d'un curateur, chargé d'administrer celui-ci, de le liquider et de répartir le produit de la liquidation entre les créanciers²⁰. Le failli, à compter du jour du jugement déclaratif de la faillite, est dessaisi, en principe²¹, de plein droit de l'administration de tous ses biens²², y compris de ceux qui peuvent lui échoir tant qu'il est en état de faillite en vertu d'une cause antérieure à l'ouverture de la faillite²³. La réforme du droit de l'insolvabilité a cependant modifié de manière substantielle le sort du failli. En effet, les biens qui ont une cause postérieure à l'ouverture de la faillite, tels les héritages ou les donations, ne tombent plus dans la masse.

9. Le dessaisissement intervient lorsque le jugement déclaratif de faillite est prononcé. Il y est mis fin aussitôt qu'un jugement de clôture est rendu²⁴. En raison du dessaisissement, le failli, qui reste propriétaire de ses biens²⁵, ne peut plus engager la masse dès lors que l'administration et la gestion de son patrimoine sont confiées au curateur. Les actes qu'il accomplit, qu'ils soient contractuels, délictuels ou judiciaires, sont inopposables à la masse.

Les créances qui trouveraient leur cause dans la commission d'une infraction commise par le seul failli postérieurement au jugement déclaratif de la faillite ne pourraient être réclamées à la masse²⁶.

10. Quand bien même, le curateur est, par l'effet du dessaisissement, investi du pouvoir d'exercer sur les biens du failli le droit de gage général des créanciers, il pourrait, devant les juridictions répressives, agir personnellement contre le failli si, par exemple, ce dernier ne collaborerait pas à la faillite. En effet, l'absence de collaboration du failli est punissable en vertu de l'article 489, 2°, du Code pénal. Il faut comprendre par absence de collaboration le fait de ne pas répondre aux convocations du curateur ou de ne pas lui fournir les renseignements demandés²⁷. Outre la pénalisation de ce défaut de collaboration, le curateur est aussi en droit d'intenter une action symbolique ayant pour but de forcer le failli à collaborer sur le plan civil.

Par ailleurs, le dessaisissement n'empêche pas le failli d'agir à titre conservatoire ou pour exercer des droits qui lui sont personnels²⁸. Ainsi, le failli peut intervenir devant les juridictions répressives pour obtenir la réparation d'un dommage propre distinct de celui subi par la masse des créanciers ou d'un dommage causé par une faute qui n'est pas celle qui a causé le préjudice collectif²⁹.

²⁰ Voy. l'article XX.98 du Code de droit économique.

²¹ Sur les exceptions au principe voy. : I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Kluwer, 2011, pp. 419 et s. ; M. LEMAL, *Les effets de la faillite sur les personnes*, Kluwer, 2012, pp. 16 et s.

²² Cass., 6 mars 2009, *R.D.C.*, 2009, p. 980.

²³ Voy. l'article XX.110 du Code de droit économique.

²⁴ Cass., 25 septembre 2014, *Pas.*, 2014, p. 1990.

²⁵ I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Kluwer, 2011, p. 419.

²⁶ Fl. GEORGE, *Le droit des contrats à l'épreuve de la faillite. Essor ou déclin du principe de l'égalité des créanciers*, Bruxelles, Larcier, 2018, p. 407 (l'auteur indique que « les créances qui résultent d'un délit ou d'un quasi-délit dont se rendrait responsable le failli ne peuvent être réclamées à la masse à moins que le curateur n'ait participé à leur commission »).

²⁷ V. LAFARQUE, « Faillite : rien de tel qu'une bonne collaboration ! », *Bulletin juridique et social*, 2015, p. 16.

²⁸ Fl. GEORGE, *Le droit des contrats à l'épreuve de la faillite. Essor ou déclin du principe de l'égalité des créanciers*, Larcier, 2018, p. 407, la faillite n'entraîne pas l'incapacité du failli.

²⁹ A. VERHEYLESonne, « Poursuite civile des procédures pénales », *Postal Mémoires. Lexique du droit pénal et des lois spéciales*, Waterloo, Wolters Kluwer, 2017, f. mob., P 176/6.

11. **Les incidences de la déclaration de créance**³⁰. L'intérêt de faire une déclaration de créance est bien connu. Il permet d'obtenir un titre donnant la possibilité de participer à la répartition des actifs restants. Cette déclaration de créance intervient à la suite d'une procédure menée devant le tribunal de l'entreprise.

Nous l'avons déjà relevé, l'arrêt commenté répond aux implications d'une telle déclaration de créance sur la recevabilité de constitution de partie civile d'un créancier lésé individuellement. En effet, pour la Cour de cassation, « la production d'une créance ne procure au créancier aucun titre exécutoire contre le failli après la clôture de la faillite, mais lui accorde seulement un droit dans la répartition de l'actif de la faillite ».

Il s'ensuit que le créancier qui aurait fait cette déclaration de créance et qui voudrait obtenir réparation d'un dommage propre, qui n'a pas préjudicié l'ensemble de la masse et qui résulte de la commission d'infractions pénales, est en droit de se constituer partie civile. La Cour de cassation dispose en effet que « l'éventuelle déclaration de créance d'un créancier individuel lésé au passif de la société faillie ne lui interdit donc pas d'exercer ses droits propres dont celui de se constituer partie civile en vue d'obtenir un titre consacrant le droit à la réparation d'un préjudice découlant de la commission d'infractions pénales »³¹.

Il nous paraît que la position adoptée par la Cour de cassation est claire. Un créancier lésé dans ses droits individuels peut envisager deux actions. L'une pour participer à la répartition des actifs, devant le juge de l'entreprise en effectuant une déclaration de créance, l'autre devant le juge pénal afin d'obtenir la réparation du dommage qui lui a été personnellement causé des suites d'une infraction pénale. *A fortiori*, cette double option peut être envisagée si la déclaration de créance concerne une personne morale faillie alors que la constitution de partie civile, au pénal, est dirigée contre le gérant ou l'administrateur personne physique³².

12. À l'égard du failli personne physique, il ne faudra pas perdre de vue les incidences de l'effacement, appelé autrefois l'excusabilité³³. Pour rappel, lorsque l'effacement est prononcé, le failli ne peut plus être poursuivi par ses créanciers³⁴. Cet effacement est sans effet sur les dettes alimentaires du failli et sur celles qui résultent de l'obligation de réparer le dommage lié au décès ou à l'atteinte à l'intégrité physique d'une personne qu'il a causé par sa faute³⁵. À l'origine, ce mécanisme a été mis en place dans le but d'humaniser la faillite et de donner une seconde chance à un failli honnête et expérimenté³⁶.

Le refus de prononcer l'effacement doit rester, selon les travaux préparatoires de la loi instaurant la nouvelle procédure, une situation exceptionnelle³⁷.

³⁰ Sur la procédure pour déclarer une créance voy. notamment les articles XX.155 et suivants du Code de droit économique et J. DEHAENE, « Le point sur la déclaration de créance dans la procédure de faillite », *Le pli juridique*, 2017, pp. 40 à 44.

³¹ En 2009, la Cour de cassation affirmait déjà « Ne procurant au créancier aucun titre exécutoire, la déclaration de créance ne le prive pas du droit de se constituer partie civile pour la même somme. Toutefois, il n'en résulte pas que le juge pénal, saisi des actions civiles du curateur et du créancier lésé, puisse condamner le prévenu à rembourser au second une créance dont le montant est repris dans l'indemnité également allouée au premier », *in* Cass., 9 novembre 2011, *Pas*, p. 2504.

³² Ou personne morale désignée en cette qualité.

³³ Sur le mécanisme de l'effacement des dettes voy. l'article XX. 173 du Code de droit économique ; J.-N. BASTENIERE et S. PARSA, « De l'excusabilité à l'effacement : vingt ans de réforme "sparadrap" », *in* *Le droit de l'insolvabilité : analyse panoramique de la réforme*, Anthemis, 2018, pp. 625 et s.

³⁴ A. TOUSSAINT, « L'extension de l'excusabilité (nouvel effacement) aux proches du failli », *Le pli juridique*, 2018, p. 10.

³⁵ Voy. l'article XX.173 du Code de droit économique.

³⁶ A. TOUSSAINT, *op. cit.*, p. 10.

³⁷ D. PASTERGER, « De l'excusabilité à l'effacement : le point sur les mécanismes de *fresh start*, et de décharge des cautions, dans le livre XX du Code de droit économique », *R.D.C.-T.H.B.*, 2018, p. 269.

L'article XX.173, paragraphe 1^{er}, seconde alinéa, du Code de droit économique retient, comme nous terminons de le dire, que l'effacement est sans effet sur l'obligation de réparer le dommage lié à l'atteinte à l'intégrité physique d'une personne dans les hypothèses visées, par exemple, par les articles 419 et 420 du Code pénal qui incriminent les homicides et lésions corporelles involontaires. L'action civile intentée devant le juge répressif restera, par conséquent, ouverte.

Dans des cas d'escroquerie (article 496 du Code pénal), ou d'abus de biens sociaux (article 492bis du Code pénal), pour ne citer que ces exemples, il n'existe en principe aucune atteinte à la personne. Ce sont des cas fréquents dans la pratique où l'effacement peut être prononcé. Ce dernier fait alors disparaître la créance et empêche le créancier d'agir au niveau répressif.

Autrement dit, l'effacement pourra avoir des conséquences sur l'action civile diligentée devant le juge répressif par le créancier lésé individuellement dès l'instant où il est une cause d'extinction de cette action³⁸. Il nous paraît que, dans la rigueur des principes, si le commerçant failli fait l'objet de poursuites devant les juridictions pénales, le tribunal de l'entreprise doit faire montre de prudence lorsqu'il lui est demandé de prononcer un effacement. L'article XX.173 du Code de droit économique dispose, au demeurant, que tout intéressé, en ce compris le curateur ou le ministère public, peut, par requête communiquée au failli par le greffier, à partir de la publication du jugement de faillite, demander que l'effacement ne soit accordé que partiellement ou refusé totalement par décision motivée, si le débiteur a commis des fautes graves et caractérisées qui ont contribué à la faillite. La même demande peut être introduite par le biais d'une tierce opposition.

En définitive, si le tribunal de l'entreprise prononce définitivement l'effacement en dépit de l'existence de poursuites, le tribunal correctionnel ne peut plus connaître, sous la réserve de l'exception de la réparation du dommage lié de l'atteinte à l'intégrité physique d'une personne, de l'action civile diligentée par un créancier à l'égard d'un failli « excusé ». Par contre, dans les cas où le tribunal de l'entreprise affirme qu'il existe une faute dans le chef du failli et *a fortiori* qu'il ne prononce pas l'effacement, le créancier conserve le droit d'obtenir du juge répressif la réparation de son dommage.

13. Au sujet de l'exécution du titre obtenu par le créancier, la Cour de cassation précise que « la circonstance que le créancier obtienne du juge pénal un titre consacrant le droit à la réparation de son préjudice et fixant le montant de celui-ci n'empêche pas qu'en cas d'insuffisance d'actifs de la société faillie, l'exécution dudit titre se réalise conformément à la règle du concours et aux principes de droit commun applicables en la matière ». La décision prononcée par le juge répressif ne permettra dès lors pas au créancier lésé dans un droit individuel de bénéficier d'un quelconque privilège pour l'exécution de son titre.

Enfin, il nous paraît qu'aussitôt la faillite clôturée, les créanciers retrouvent un droit d'agir de façon individuelle, et ce même contre un tiers dont la faute a causé un préjudice collectif³⁹.

14. **Conclusion.** Le curateur à la faillite est en droit, sans y être autorisé par les créanciers, de se constituer partie civile devant les juridictions pénales pour la réparation d'un préjudice collectif. Le curateur exerce de la sorte les droits qui sont communs à l'ensemble des créanciers. Ces droits sont ceux qui résultent de dommages causés par la faute de toute personne qui a eu pour effet d'aggraver le passif ou de diminuer

³⁸ M. FRANCHIMONT, A. MASSET et A. JACOBS, *Manuel de procédure pénale*, 4^e édition, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 246.

³⁹ Th. BOSLY, « Préjudice collectif ou individuel : un modèle adéquat pour délimiter les pouvoirs du curateur et des créanciers d'agir en responsabilité contre un tiers ? », *R.C.J.B.*, 2000, p. 40.

l'actif de la faillite. Si ce monopole d'action est reconnu au curateur, ce principe n'empêche pas un créancier de la faillite d'obtenir, devant le juge répressif, la réparation d'un préjudice propre, indépendant de la perte de leur créance sur la société ou résultant d'une faute étrangère à celle qui a causé le préjudice collectif⁴⁰.

Olivier MICHIELS

Président de chambre à la cour d'appel de Liège

Chargé de cours à l'U.Liège

Louise DESCAMPS

Chercheuse à l'U.L.B.

Faculté de droit et criminologie

Cour de cassation (2^e chambre)

24 octobre 2018

Procédure pénale - Appel – Appel sur grief – Prévention concernée par le grief – Moyen d'ordre public soulevé d'office afférent à une prévention visée – Cause d'extinction de l'action publique – Transaction pénale (oui).

En application de l'article 210, alinéa 2, du Code d'instruction criminelle, le juge d'appel peut soulever d'office un moyen d'ordre public dans les limites de sa saisine fixées par la déclaration d'appel et la requête contenant les griefs.

La circonstance que l'appel soit limité à la déclaration de culpabilité et au taux de la peine ne permet pas au juge d'appel d'ignorer le moyen d'ordre public tiré d'une cause d'extinction de l'action publique, telle l'extinction de l'action publique déduite du règlement transactionnel intervenu durant l'instance d'appel.

(S.E., S. et C.)

N° P.18.0764.F

I. La procédure devant la Cour

Le pourvoi est dirigé contre un jugement rendu le 16 mai 2018 par le tribunal correctionnel francophone de Bruxelles, statuant en degré d'appel.

(...)

II. La décision de la Cour

Sur le moyen :

Le moyen est notamment pris de la violation des articles 203, 204 et 210 du Code d'instruction criminelle.

La demanderesse fait grief aux juges d'appel d'avoir refusé d'examiner la cause d'extinction de l'action publique qu'elle déduisait du règlement transactionnel intervenu durant l'instance d'appel sur proposition du ministère public.

L'article 204, alinéa 1^{er}, du Code d'instruction criminelle prévoit que la requête d'appel indique précisément, à peine de déchéance, les griefs élevés, y compris les griefs procéduraux, contre le jugement.

L'article 210, alinéa 2, du même code dispose :

« Outre les griefs soulevés comme prescrit à l'article 204, le juge d'appel ne peut soulever d'office que les moyens d'ordre public portant sur les formalités substantielles ou prescrites à peine de nullité ou sur :

– sa compétence ;

⁴⁰ Cass., 10 décembre 2008, *Pas.*, 2008, p. 2907.