

Le rôle des créanciers et des institutions financières dans la survie des entreprises en difficulté en droit belge

Paul-Alain Forières

Volume 22, Number 3-4, 1981

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/042459ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/042459ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (print)

1918-8218 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Forières, P.-A. (1981). Le rôle des créanciers et des institutions financières dans la survie des entreprises en difficulté en droit belge. *Les Cahiers de droit*, 22(3-4), 579–617. <https://doi.org/10.7202/042459ar>

Article abstract

In the first part of this article, Me Forières explains the Belgium Laws on collective procedures and the peculiar and interesting efforts of the Bankruptcy Courts to detect the legal signals of a failing enterprise while it is still possible to avoid bankruptcy as well as the means used to redress the situation.

In the second part, the author discusses the professional liability of the banking institution when a line of credit is granted or refused to an ailing enterprise. On this last aspect, Belgium Law is similar to French Law discussed in Professor's Gavalda article.

Le rôle des créanciers et des institutions financières dans la survie des entreprises en difficulté en droit belge *

Paul-Alain FORIERS **

In the first part of this article, Me Foriers explains the Belgium Laws on collective procedures and the peculiar and interesting efforts of the Bankruptcy Courts to detect the legal signals of a failing enterprise while it is still possible to avoid bankruptcy as well as the means used to redress the situation.

In the second part, the author discusses the professional liability of the banking institution when a line of credit is granted or refused to an ailing enterprise. On this last aspect, Belgium Law is similar to French Law discussed in Professor's Gavaldà article.

| | <i>Pages</i> |
|--|--------------|
| 1. Les procédures collectives : les concordats | 580 |
| 1.1. Le concordat judiciaire | 580 |
| 1.1.1. Les textes légaux | 580 |
| 1.1.2. Les conditions du concordat judiciaire | 581 |
| 1.1.3. Esquisse de la procédure | 582 |
| 1.1.4. Les propositions concordataires | 585 |
| 1.2. Le concordat après faillite | 587 |
| 1.3. Les concordats amiables | 588 |
| 1.4. Le rôle du Tribunal de Commerce: Les services d'enquêtes commerciales | 589 |
| 1.4.1. Origines et fondement | 589 |
| 1.4.2. Fonctionnement | 591 |
| 1.4.3. Questions posées | 593 |
| 2. Les institutions financières et les créanciers face aux entreprises en difficulté | 594 |
| 2.1. Résiliation ou suspension de l'exécution des conventions et refus de contracter | 594 |
| 2.1.1. Résiliation ou suspension de l'exécution des conventions | 594 |
| 2.1.1.1. Les principes | 594 |
| 2.1.1.2. La théorie de l'abus de droit | 596 |
| 2.1.1.3. Application à la responsabilité du donneur de crédit | 597 |

* Texte présenté lors du Colloque de la Fondation Internationale pour l'Enseignement du Droit des Affaires sur « La survie des entreprises en difficulté », tenu à l'Université Laval les 2 et 3 octobre 1981.

** Avocat et chercheur associé au Centre interuniversitaire de droit comparé de l'Université libre de Bruxelles.

| | <i>Pages</i> |
|--|--------------|
| 2.1.2. Le refus de contracter | 599 |
| 2.1.3. Responsabilité envers l'entreprise cocontractante ou envers les tiers | 600 |
| 2.2. Responsabilité à l'égard des tiers en raison du soutien d'un crédit immérité | 601 |
| 2.2.1. Observations générales | 601 |
| 2.2.2. Fondement de la responsabilité du banquier dans la distribution du crédit | 602 |
| 2.2.3. Responsabilité dans l'octroi et le maintien du crédit | 604 |
| 2.2.3.1. Les principes | 605 |
| 2.2.3.2. Cas particuliers | 610 |
| 2.2.3.2.1. Immixtion du banquier dans la gestion du crédit | 610 |
| 2.2.3.2.2. Situation des établissements publics ou semi publics de crédit | 612 |
| 2.2.4. Dommage, relation causale et action du curateur de la faillite | 613 |
| Conclusion | 616 |

Le rôle des créanciers et des institutions financières face aux entreprises en difficulté ne saurait être examiné en droit belge sans esquisser au préalable les procédures collectives préventives de la faillite auxquelles la loi associe les créanciers, savoir essentiellement le concordat judiciaire¹.

Nous tenterons ensuite de résumer le régime délicat de la responsabilité du créancier, et plus spécialement du donneur de crédit en présence d'un débiteur en difficulté. La situation de pareil créancier s'avère en effet particulièrement inconfortable: les décisions qu'il devra prendre s'exposent soit au reproche d'avoir précipité la faillite de son débiteur, soit à celui d'avoir artificiellement soutenu son crédit lui permettant ainsi de poursuivre une activité déficitaire aggravant son passif ou diminuant son actif au préjudice des autres créanciers.

1. Les procédures collectives: les concordats

1.1. Le concordat judiciaire

1.1.1. Les textes légaux

La rigueur du régime de la faillite amenant les commerçants en difficulté à repousser toujours davantage l'aveu de leur cessation de paiement au

1. Dans le cadre limité de ce rapport, nous n'examinerons pas les questions relatives aux assemblées générales d'obligataires qui peuvent à certaines conditions de majorité, et, le cas échéant, après homologation par la Cour d'appel, prendre des décisions imposant des modifications de l'emprunt, voire imposer la substitution d'actions aux obligations: voir art. 93 et ss. des lois coordonnées sur les sociétés commerciales.

préjudice évident de leurs créanciers qui voyaient ainsi fondre leur gage, le législateur de la fin du siècle dernier tenta de pallier cette situation en organisant une procédure collective permettant au débiteur commerçant malheureux et de bonne foi d'éviter la faillite par le biais d'un traité avec ses créanciers, passé sous le contrôle du tribunal de commerce.

Une première loi temporaire fut votée à cet effet en 1883, à titre d'essai. L'épreuve s'étant révélée concluante, un régime définitif fut établi par la loi du 29 juin 1887 « sur le concordat préventif de la faillite », qui fit l'objet de modifications importantes en 1946. C'est ainsi que vit le jour le texte actuel des *Lois sur le concordat judiciaire coordonnées le 25 septembre 1946*.

1.1.2. Les conditions du concordat judiciaire

En dépit des critiques qui ont été émises à cet égard *de lege ferenda*², le concordat judiciaire n'est ouvert qu'au débiteur commerçant malheureux et de bonne foi :

- commerçant, le débiteur doit donc exploiter une entreprise commerciale entrant dans l'énumération limitative des articles 2 et 3 du *Code de commerce*. Ceci exclut notamment — de façon assez arbitraire — les entreprises agricoles et les entreprises minières, à tout le moins si celles-ci ne transforment pas les produits extraits. Il échet d'observer à cet égard que, dans l'état actuel du droit, le simple fait pour une entreprise d'adopter la forme d'une société commerciale, par exemple d'une société anonyme, ne lui confère pas la qualité de commerçant³,
- malheureux, le débiteur l'est « lorsque sa ruine n'est pas imputable à sa faute grave »⁴,
- est enfin de bonne foi, le débiteur qui « n'a commis ni fraude ni irrégularité grave »⁵.

L'on a fait à juste titre valoir que l'exigence de ces deux conditions de malheur et de bonne foi était « peu heureuse », reposant sur une « confusion » entre l'homme et l'entreprise et qu'il conviendrait dès lors de tenir compte de

2. P. VAN OMMESLAGHE, « Les liquidations volontaires et les concordats » *L'entreprise en difficulté*, Bruxelles, Éd. du Jeune Barreau, 1981, spéc. n° 4, p. 416 et ss. et réf.

3. Art. 212 des lois coordonnées sur les sociétés commerciales; VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, t. I, 2^e éd. Bruxelles, Bruylant, 1976, nos 358-360. Consultez toutefois un curieux jugement du Tribunal de Commerce de Bruxelles du 9 mars 1981, J.T. 1981, p. 385, dont il résulte qu'une société civile à forme commerciale a été déclarée en faillite.

4. VAN RYN et J. HEENEN, *supra*, note 3, t. IV, Bruxelles, Bruylant, 1965, n° 2910.

5. *Ibid.*

la seule « aptitude de l'entreprise à remplir sa fonction économique ». Ces critiques sont toutefois formulées uniquement *de lege ferenda*⁶.

Encore que la loi ne le prévoit pas expressément, le concordat judiciaire implique que l'entreprise qui le requiert soit en état de cessation de paiement et que son crédit soit ébranlé⁷, tout en n'étant pas encore déclarée en faillite⁸. Une entreprise éprouvant de simples difficultés financières ne pourrait donc bénéficier du régime légal. Le concordat judiciaire se distingue ainsi de la procédure de « gestion assistée » qui a fait l'objet depuis plusieurs années de divers projets de loi qui n'ont point abouti, mais qui pourrait connaître un avenir meilleur encore qu'incertain, le Conseil des ministres venant de transmettre, pour avis, au Conseil d'État un projet remanié⁹.

1.1.3. Esquisse de la procédure

Le concordat judiciaire est demandé par requête adressée au Tribunal de commerce du domicile ou du siège social du requérant. La requête comporte, outre les propositions concordataires, lesquelles pourront être par la suite modifiées, l'exposé des motifs de la demande, l'état détaillé de l'actif, le montant du passif et la liste nominative des créanciers (article 3 des lois coordonnées du 25 septembre 1946). Avis du dépôt de la requête est donné au Parquet du Procureur du Roi et un extrait en est publié au *Moniteur*.

Le dépôt de la requête qui implique, ainsi que nous l'avons déjà relevé, l'aveu de la cessation de paiement, « emporte de plein droit sursis provisoire au profit du débiteur à tous actes ultérieures d'exécution et à toutes déclarations de faillite » (article 5 des lois coordonnées). Il crée un concours entre créanciers chirographaires¹⁰, voire suivant une opinion privilégiés généraux¹¹, dont les droits sont nés à ce moment. Le dépôt de la requête empêche ainsi en principe, comme tout concours, la compensation légale de sortir ses effets et s'oppose notamment au jeu des clauses de réserve de

6. P. COPPENS et F. 'T KINT, « Les faillites et les concordats, examen de jurisprudence (1974-1979) », R.C.J.B. 1979, spéc. n° 97, p. 432 et les réf. ; P. VAN OMMESLAGHE, *supra*, note 2, spéc. n° 16, p. 445.

7. A. CLOQUET, *Les concordats et la faillite*, (Les Nouvelles de droit commercial, t. IV), 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 1975, n° 608 ; J. VAN RYN et J. HEENEN, *supra*, note 4, n° 2914, P. COPPENS et F. 'T KINT, *supra*, note 6, n° 96, p. 432 et réf.

8. J. VAN RYN et J. HEENEN, *supra*, note 4, n° 2912, P. VAN OMMESLAGHE, *supra*, note 2, n° 16, p. 445.

9. P. VAN OMMESLAGHE, « Le projet de loi sur la gestion assistée aux entreprises en difficulté », J.C.B. 1977, p. 447.

10. Cass., 27 mars 1952, Pas. 1952, I, 475 et les concl. de M. le procureur général Hayoit de Termicourt ; Cass., 14 septembre 1961, Pas. 1962, I, 68 ; Cass., 18 novembre 1971, Pas. 1972, I, 262 et avis de M. le procureur général Dumon.

11. P. COPPENS et F. 'T KINT, *supra*, note 6, n° 107, p. 44 et ss.

propriété et des clauses résolutoires expresses contenues dans le contrat de vente d'effets mobiliers¹². En revanche, le dépôt de la requête en concordat, à l'instar de la faillite, ne met pas fin en principe aux contrats en cours¹³, sauf s'ils sont conclus *intuitu personae*¹⁴.

Avant même de statuer sur la recevabilité de la demande, le Tribunal désigne un de ses membres en qualité de « juge-délégué » qui sera chargé de faire rapport sur l'affaire, le cas échéant en se faisant assister d'experts. Le juge-délégué surveillera l'ensemble des opérations du concordat et jouera en outre un rôle important dans la poursuite des activités du requérant qui ne peut en effet s'engager, aliéner¹⁵ ou hypothéquer sans l'autorisation de celui-ci (article 11 des lois coordonnées).

La loi prévoit que, dans les huit jours du dépôt de la requête, le Tribunal statuera sur sa recevabilité formelle ainsi que sur la compétence.

Si la demande est reçue, le juge-délégué fera son rapport à une audience ultérieure. Le Tribunal pourra dès lors soit décider que les conditions de fond requises pour l'obtention du concordat ne sont pas réunies, soit que la procédure peut être poursuivie, auquel cas les créanciers seront en principe convoqués en assemblée par les soins du juge-délégué. À titre exceptionnel, la loi prévoit toutefois un système de vote par correspondance.

La convocation d'assemblée a lieu par lettre recommandée remise à la poste (article 13, al. 1) ou par télégramme, pour les créanciers étrangers, quinze jours au moins avant la date fixée. Elle fait l'objet, en outre, d'une publication au *Moniteur*, dans la presse néerlandophone et francophone, et s'il y a de nombreux créanciers étrangers, dans un ou plusieurs journaux du ou des pays où résident ces créanciers.

Le juge-délégué préside l'assemblée, lui fait rapport sur l'état des affaires du débiteur. Celui-ci formule ses propositions qu'il peut au demeurant modifier au cours de séance.

Les créanciers déclarent par écrit le montant de leur créance, en indiquant s'ils adhèrent ou non au concordat. Le débiteur ou d'autres

12. P. VAN OMMESLAGHE, *supra*, note 2, n° 23, p. 465 et ss. et réf.

13. J. VAN RYN et J. HEENEN, *supra*, note 4, n° 2959 et réf. ; P. VAN OMMESLAGHE, *supra*, note 2, n° 24, p. 468 ; Bruxelles 1^{er} octobre 1975, J.T. 1976, p. 328.

14. J. VAN RYN et J. HEENEN, *supra*, note 4, n° 2959 et réf. ; P. VAN OMMESLAGHE, *supra*, note 2, n° 24, p. 468 ; Mons, 18 février 1969, J.C.B. 1970, 508. Cette question reste toutefois controversée, notamment en matière de compte courant, certains auteurs estimant, à tort selon nous, que le compte courant n'est clôturé que par l'homologation du concordat : voir notamment J. VAN RYN et J. HEENEN, *supra*, note 3, t. III, n°s 2048 et 2104.

15. Au sens le plus large, la Cour de cassation estime que constitue une aliénation le simple paiement d'une dette échue : Cass., 14 septembre 1961, Pas. 1962, I, 68.

créanciers peuvent constater les déclarations de créances. Les contestations sont mentionnées au procès-verbal pour être vidées par le Tribunal ultérieurement.

Il échet d'observer à cet égard que les créanciers hypothécaires, privilégiés ou nantis de gages ne peuvent prendre part au vote que s'ils renoncent à leurs garanties ou privilèges. Le vote au concordat emporte, d'ailleurs, de plein droit pareille renonciation. Celle-ci ne sortira, cependant, ses effets que si le concordat est admis. La loi réserve, toutefois, à ces créanciers le droit de participer au vote pour partie de leur créance, s'ils renoncent à concurrence de moitié au moins à leurs privilèges, hypothèques ou gages.

Le juge-délégué peut proroger ou ajourner l'assemblée.

Le procès-verbal de l'assemblée au cours de laquelle aura lieu la délibération, indiquera notamment, outre les propositions définitives et le résultat de vote, le jour auquel le Tribunal entendra le rapport final du juge-délégué et statuera sur les contestations de créance et l'homologation. Pendant un délai de huit jours après l'assemblée, les créanciers peuvent néanmoins encore voter par une déclaration au Greffe.

Le concordat est admis si une double majorité, en nombre et en somme, s'est prononcée en sa faveur : il faut qu'il recueille les voix de la moitié plus un des votants et que ces voix représentent les deux tiers de toutes les sommes dues à ceux qui participent au vote (art. 2 § 1^{er}).

Au jour fixé par le procès-verbal, après avoir entendu le juge-délégué en son rapport, ainsi que toutes les parties intéressées, le Tribunal statuera sur les contestations de créance et sur l'homologation. Il vérifiera à cet égard si les majorités légalement requises sont réunies et si « des motifs tirés soit de l'intérêt public, soit de l'intérêt des créanciers » ne s'opposent pas au concordat. (art. 23 des lois coordonnées).

En cas de rejet du concordat ou de refus d'homologation, la faillite du débiteur sera prononcée, les conditions de celles-ci étant nécessairement réunies au dépôt de la requête. Il est toutefois admis qu'une nouvelle requête soit immédiatement déposée, avant le prononcé de la faillite, si l'homologation n'est refusée que pour un vice de forme¹⁶.

Le jugement statuant sur l'homologation est publié. C'est en effet l'homologation qui rendra le concordat obligatoire pour tous les créanciers,

16. J. VAN RYN et J. HEENEN, *supra*, note 4, n° 2938 et réf. ; comparez : P. VAN OMMESLAGHE, *supra*, note 2, n° 17, p. 452. Notons dans un même ordre d'idées, que la faillite pourrait être prononcée en cours de procédure s'il apparaissait que le débiteur n'est pas malheureux et de bonne foi (art. 24 des lois coordonnées).

à l'exception des créanciers d'aliments, des créanciers privilégiés, gagistes ou hypothécaires ainsi que des titulaires de créances fiscales (art. 29 des lois coordonnées).

1.1.4. Les propositions concordataires

Il échet dès l'abord de distinguer deux types de concordats judiciaires : Les concordats impliquant une poursuite des activités et les concordats par abandon d'actif¹⁷. L'article 30 des lois coordonnées distingue d'ailleurs expressément les deux hypothèses, le concordat par abandon d'actif impliquant la désignation du liquidateur agissant sous le contrôle du juge-délégué, les autres concordats, la désignation de commissaires agissant également sur la surveillance du même juge-délégué qui s'assure ainsi de la bonne exécution du traité.

Le concordat par abandon d'actif aboutit en réalité à des conséquences proches, sinon identiques, à celles d'une faillite suivie d'une liquidation et *a fortiori* de l'institution curieuse du concordat après faillite par abandon d'actif, dont la validité est généralement reconnue, mais dont on n'aperçoit guère l'utilité.

Le concordat judiciaire par abandon d'actif présente cependant certains avantages par rapport à la faillite. Il évite en effet, d'une part, l'application au failli ou aux dirigeants de la société faillie des sanctions qui sont attachées à la faillite. D'autre part, il permet d'adopter des procédures plus souples quant à la réalisation des biens. Cet intérêt a cependant perdu une grande partie de son actualité depuis la loi du 18 février 1981 qui permet, avec l'autorisation du Tribunal, de réaliser de gré à gré des immeubles du failli¹⁸.

Quoiqu'il en soit, équivalant en fait à une faillite par liquidation, le concordat par abandon d'actif ne présente donc pas d'intérêt dans le cadre de l'assistance ou du sauvetage aux entreprises en difficultés, sauf si la liquidation s'effectue par cession totale ou partielle de l'entreprise (moyens de production matériels et humains).

Les concordats sans abandon d'actif permettent en revanche la mise sur pied de plan de redressement ou de restructuration. Dans ce cas, les propositions du débiteur reprennent les éléments de ce plan, le cas échéant accompagnés des engagements des tiers apportant leur soutien à l'entreprise requérante. En contrepartie de quoi, les propositions concordataires classiques prévoient des termes et délais, des abandons de tout ou partie des

17. La distinction est classique : voir notamment J. VAN RYN et J. HEENEN, *supra*, note 4, n° 2962.

18. Sur l'ensemble de cette question : A. CLOQUET, *supra*, note 7, n° 858, P. VAN OMMESLAGHE, *supra*, note 2, n° 15, p. 443 et ss. et réf.

intérêts échus ou d'une quotité du principal des créances, clauses licites dans la mesure où elles ne font pas obstacle à l'article 34 des lois coordonnées qui prévoit que le concordataire revenu à meilleure fortune devra payer intégralement ses créanciers.

Juge de l'intérêt public et de l'intérêt des créanciers, le Tribunal de commerce refuserait toutefois l'homologation d'un concordat qui traiterait de manière inégale différentes catégories de créanciers alors que ces différences de traitement ne seraient pas justifiées¹⁹. En revanche même si elles peuvent susciter des critiques en droit strict, sont en principe homologuées les clauses prévoyant le paiement intégral ou prioritaire des petits créanciers²⁰. Cette dérogation jurisprudentielle au principe de l'égalité des créanciers, auquel une majorité ne peut normalement porter atteinte au détriment d'une minorité, se justifie en réalité essentiellement par des raisons d'ordre pratique.

Plus délicate est la question de savoir si le concordat pourrait contraindre les créanciers à céder leurs créances à un tiers, moyennant un prix, bien évidemment inférieur au montant de leurs droits, ou s'il pourrait forcer les créanciers à faire apport de leurs créances en sociétés en participant ainsi à l'augmentation du capital de la société requérante voire d'une autre société.

Une partie de la doctrine et de la jurisprudence considère que l'assemblée concordataire ne pourrait, sans commettre un excès de pouvoir, voter pareilles clauses qui auraient pour effet à la fois de modifier la nature des droits des créanciers, et de tenir en échec les effets de l'article 34 des lois coordonnées qu'impose le remboursement intégral en cas de retour à meilleure fortune²¹.

D'autres auteurs et une autre tendance de la jurisprudence se prononcent toutefois en faveur de la validité de ce type de clauses²².

À l'appui de cette thèse, l'on peut observer que la loi ne limite pas sur ce point les pouvoirs de l'assemblée. Par ailleurs, aucun principe général ne paraît de nature à empêcher les parties à une convention ou à un traité collectif organisé par la loi de décider, aux majorités requises, une modification de la nature de leurs droits. Tout au contraire dans un cas

19. Sur cette question délicate : A. CLOQUET, *supra*, note 7, n° 632 ; J. VAN RYN et J. HEENEN, *supra*, note 4, n° 2844 ; P. COPPENS et 'T KINT, *supra*, note 6, n° 106, p. 440 et les réf. ; P. VAN OMMESLAGHE, *supra*, note 2, n° 18, p. 454.

20. Liège, 14 mai 1975, Jur. Liège 1975-76, 65.

21. J. VAN RYN et J. HEENEN, *supra*, note 4, n° 2934 ; Bruxelles, 27 octobre 1964, J.T. 1965, 140 (en ce qui concerne la cession de créance seulement).

22. FRÉDÉRICQ, *Traité de droit commercial*, t. VIII, Bruxelles, Bruylant, n° 794 ; A. CLOQUET, *supra*, note 7, n° 638 ; R.P.D.B., Compl. II, v° « Concordat judiciaire », n° 4 ; P. VAN OMMESLAGHE, *supra*, note 2, n° 19, p. 457 et ss. ; Bruxelles, 5 mai 1911, Pas. 1911, II, 177.

particulier, la loi prévoit expressément la possibilité pour une majorité de créanciers d'imposer à la minorité une telle transformation de leurs droits. En effet, l'article 93 des lois coordonnées sur les sociétés commerciales permet expressément à l'assemblée des obligataires de décider la conversion d'obligations en actions de la société émettrice.

Certes, l'institution du concordat constitue-t-elle une dérogation aux règles normales de formation des conventions, la majorité liant la minorité, de sorte que ce régime légal est en principe d'interprétation restrictive, et ne saurait par exemple s'appliquer par analogie à des hypothèses non visées par la loi. Mais dans la mesure où ce régime s'applique et où la loi ne précise pas les limites des pouvoirs de l'assemblée l'on ne saurait restreindre les droits de celle-ci.

Sans doute la souscription d'actions d'une société implique-t-elle normalement la volonté de devenir associé, mais pareille volonté ne nous paraît pas un élément déterminant de la validité de la souscription. L'*affectio societatis* dans les sociétés de capitaux se réduit en effet essentiellement à une règle de fonctionnement empêchant le traitement discriminatoire des actionnaires ou leur exclusion²³. La souscription est partant valable dès lors qu'elle est ferme et non simulée²⁴.

En toute hypothèse, à supposer même — *quod non* — qu'il faille considérer que la validité d'une souscription serait conditionnée par l'existence d'un *affectio societatis* dans le chef de celui qui souscrit, cette condition serait remplie. En effet, par la loi de la majorité, le minoritaire est censé consentir au concordat et partant à la transformation de ses droits.

Relevons enfin à l'instar de Monsieur Van Ommeslaghe²⁵ que la clause de retour à meilleure fortune imposée par l'article 34 ne peut sortir « ses effets que dans la mesure des solutions adoptées... le seul objet de l'article 34 est d'interdire la remise de dette pure et simple avec effet définitif », mais ne serait dès lors pas illicites des propositions concordataires prévoyant notamment la dissolution de la société requérante, donc sa disparition, ce qui empêcherait tout retour à meilleure fortune. Par parité de motifs, l'on doit donc reconnaître la validité des clauses de cession de créance ou d'apport.

1.2. Le concordat après faillite

L'on ne fera ici que mentionner l'existence en Belgique d'une institution particulière dont les effets pratiques sont largement comparables au

23. J. VAN RYN et J. HEENEN, *supra*, note 3, t. 1, 1^{re} éd., Bruxelles, Bruylant, 1954, n^{os} 336-340.

24. *Id.*, n^{os} 495-496.

25. P. VAN OMMESLAGHE, *supra*, note 2, p. 457 et 458.

concordat judiciaire, mais qui, loin d'être un procédé préventif de la faillite, apparaît plutôt comme un mode de règlement de celle-ci : il s'agit du concordat après faillite qui, quoique assez rare, connaît certains cas d'application. La loi sur les faillites prévoit, en effet, que le juge-commissaire réunira en tout cas les créanciers en assemblée pour entendre et statuer sur les éventuelles propositions concordataires formulées par le failli (art. 509 à 527).

Le traité concordataire se forme par le concours de la majorité simple des créanciers représentant les trois quart de la totalité des créances admises. Ces conditions de majorité sont donc plus strictes que celles relatives au concordat judiciaire. Ceci, joint à la circonstance que le débiteur aura normalement tenté d'éviter la faillite en demandant un concordat judiciaire, explique la rareté des cas d'application de cette institution.

Il échet toutefois d'observer que sous certains aspects²⁶, le concordat après faillite peut être obtenu plus facilement que le concordat judiciaire. En effet, les conditions de malheur et de bonne foi ne sont pas requises. De plus, à la différence de la banqueroute frauduleuse le délit de banqueroute simple ne ferait pas davantage obstacle légalement au concordat.

1.3. Les concordats amiables

Encore que dans des cas assez rares et exceptionnels, la pratique connaît l'institution du concordat amiable. Pareil concordat s'analyse juridiquement en une convention soumise au régime de l'article 1134 du *Code civil*²⁷.

Il faut donc que chacun des créanciers marque son accord sur le concordat²⁸. Certes pourrait-on concevoir qu'un arrangement soit conclu entre le débiteur et certains de ces créanciers ; en soi pareille convention est en effet valable. Mais l'on présume en général que l'accord d'un créancier à un concordat est soumis à la condition suspensive de l'accord de l'ensemble des autres créanciers. Un concordat limité à certains créanciers supposerait donc que ceux-ci aient accepté de conclure un accord partiel.

Pour le surplus, les parties sont libres d'arrêter les conditions de leur accord. C'est ainsi que des traitements différenciés peuvent être accordés aux diverses catégories de créances. Pareils traitements différenciés supposent toutefois qu'ils aient été souscrits en connaissance de cause par l'ensemble des créanciers, ce qui exclut bien évidemment tout avantage occulte qui aurait été consenti pour obtenir l'adhésion d'un ou de plusieurs d'entre eux.

26. *Id.*, n° 30, p. 477.

27. *Id.*, n° 92, p. 436.

28. A. CLOQUET, *supra*, note 7, n° 566 et réf. ; P. VAN OMMESLAGHE, *supra*, note 2, n° 12, p. 437.

Enfin, à la différence du concordat judiciaire (art. 29bis des lois coordonnées) ou du concordat après faillite, le concordat amiable profite en principe aux cautions solidaires²⁹.

L'on apercevra l'intérêt de pareils accords amiables, non entourés de publicité, qui permettent d'éviter une procédure judiciaire parfois longue et lourde et qui peuvent parfois offrir plus de souplesse.

En revanche, l'opération n'est pas sans risque. L'on considère en effet que l'offre de concordat amiable emporte aveu de la cessation de paiement. « Par conséquence », observait à juste titre Monsieur Van Ommeslaghe³⁰, « à dater du moment où cette offre est faite, le commerçant (ou les administrateurs ou gérants de la société) qui formule l'offre se trouve dans une situation délicate puisqu'il a l'obligation de faire l'aveu de (sa) faillite dans les trois jours à peine de s'exposer à commettre l'infraction de banqueroute simple ».

Certes la seconde condition de la faillite, l'ébranlement du crédit, ne sera pas réunie si le concordat est conclu. En revanche, l'on n'imagine guère d'autre issue que la faillite si le concordat est rejeté.

En outre, en cas de faillite ultérieure après le vote du concordat, l'on peut se demander dans quelle mesure certains actes passés par le débiteur dans le cadre de concordat ne tomberont pas sous le coup des causes de nullités de plein droit ou facultatives énumérées par les articles 445 et 446 de la loi sur les faillites.

Aussi les concordats amiables présentent-ils souvent plus de risques que d'avantages. Ils sont dès lors considérés avec méfiance par les autorités judiciaires³¹.

1.4. Le rôle du Tribunal de Commerce : Les services d'enquêtes commerciales

1.4.1. Origines et fondement

L'on ne saurait comprendre la mise en œuvre pratique des procédures concordataires, comme du régime de la faillite, en Belgique, sans attirer l'attention sur une création purement prétorienne des tribunaux de commerce, savoir les services d'enquêtes commerciales.

Aux termes de l'article 442 de la loi sur les faillites, la faillite est déclarée par jugement du Tribunal de commerce, soit par l'aveu du failli, soit à la requête d'un ou de plusieurs créanciers, soit d'office.

29. A. CLOQUET, *supra*, note 7, n° 57; P. VAN OMMESLAGHE, *supra*, note 2, n° 13, p. 439.

30. P. VAN OMMESLAGHE, *supra*, note 2, n° 14, p. 440.

31. Comparez sur ce point: P. VAN OMMESLAGHE, *supra*, note 2, n° 14, p. 440 et ss.

Le législateur de 1851 avait conféré le pouvoir exceptionnel de prononcer d'office la faillite d'une entreprise commerciale, en état de cessation de paiement et dont le crédit était ébranlé, pour prévenir des fraudes éventuelles et l'aggravation du passif. Il conférait ainsi au Tribunal de commerce des pouvoirs s'apparentant à un rôle de police en matière commerciale, pouvoirs exceptionnels, évidemment d'interprétation restrictive.

Dans le passé, la procédure de faillite d'office était entamée sur base d'informations éparses : la publication ou le dépôt au greffe de certains actes (tableau des protêts, bilans des sociétés), la multiplicité des procédures en paiement, les renseignements transmis par le Parquet à l'occasion de procédures répressives et enfin, dans une certaine mesure, la notoriété publique, élément d'autant moins négligeable que les Chambres du Tribunal de Commerce sont composées d'un magistrat de profession et de deux juges consulaires en principe particulièrement bien placés pour apprécier la notoriété de telle ou telle entreprise sur la place³².

Il arrivait en outre parfois que certains Tribunaux interpellent les « mauvais payeurs » et recueillent ainsi auprès de ceux-ci des renseignements plus précis³³.

En 1967, cependant, le Tribunal de Commerce de Bruxelles, qui fut par la suite suivi par d'autres tribunaux, décida de mettre sur pied un service de dépistage des faillites, rebaptisé ultérieurement « service des enquêtes commerciales », centralisant les différentes informations relatives aux entreprises en difficultés³⁴.

Ainsi que le relevait Monsieur Hormans dans un récent exposé présenté lors du recyclage organisé par le jeune Barreau de Bruxelles sur l'entreprise en difficulté, le service d'enquêtes commerciales s'inscrivait dans une triple perspective :

- « accélérer les déclarations de faillite » ;
- « veiller au respect, par les commerçants, de leurs obligations légales et du bon fonctionnement de leurs entreprises » ;
- « aider au redressement des entreprises en difficulté et surveiller la bonne exécution des actes et opérations qui y contribuent »³⁵.

32. Sur ce système : A. CLOQUET, *supra*, note 7, n^{os} 1128 et ss. ; J. VAN RYN et J. HEENEN, *supra*, note 4, n^o 2654.

33. A. CLOQUET, *supra*, note 7, n^o 1129.

34. J.L. DUPLAT et Guy HORMANS, « Les services des enquêtes commerciales des tribunaux de commerce » dans *L'entreprise en difficulté*, *supra*, note 2, p. 67 et ss., VAN DER GUCHT, « Le service de dépistage des entreprises en difficulté institué au Tribunal de Commerce de Bruxelles », J.C.B. 1969, p. 65 et ss. ; « Voorkoming van faillissement » R.W. 1973-1974, Col. 1187 et ss.

35. J.L. DUPLAT et Guy HORMANS, *supra*, note 34, p. 68.

Ce faisant, bien qu'invoquant à l'appui de cette initiative l'article 442 de la loi sur les faillites, le Tribunal de Commerce de Bruxelles dépassait évidemment les limites de cette disposition légale qui lui conférait le seul pouvoir de prononcer d'office une faillite, voire à cet effet de s'entourer des renseignements nécessaires, mais non de contribuer au secours des entreprises en difficulté. L'organisation du service d'enquêtes commerciales intervenait donc en marge de la loi³⁶.

1.4.2. Fonctionnement

La première tâche du service d'enquête commerciale est bien évidemment la collecte d'un ensemble de renseignements et la surveillance de ce qu'il est convenu d'appeler les « clignotants ».

Lors du même recyclage sur l'entreprise en difficulté, Monsieur Duplat³⁷, président du Tribunal de Commerce de Bruxelles, ne dénombrait pas moins de dix-huit clignotants retenant l'attention particulière de ce service :

- lettres de change et billets à ordre protestés ;
- retards dans le paiement des cotisations à l'office national de sécurité sociale ;
- retards dans le paiement des impôts directs ;
- retards de plus de six mois dans le paiement de somme due au receveur de la T.V.A. ;
- citations en paiement devant le Tribunal de Commerce de Bruxelles ;
- requêtes en saisies conservatoires et voies d'exécution ;
- avis de saisies ;
- comptes annuels faisant apparaître des résultats ou des ratios insatisfaisants ;
- défaut de dépôt aux fins de publication des comptes annuels des sociétés anonymes coopération ou de personnes à responsabilité dans les trente jours de leur approbation ;
- prorogation de l'exercice social ;
- non tenue de l'assemblée générale annuelle à la date statutaire ;
- révocation d'administrateurs, gérants, liquidateurs ou commissaires ;
- réserves émises dans les rapports des commissaires ou commissaires-réviseurs sur les comptes annuels ;
- doléances de créanciers ;
- radiation de la liste des entrepreneurs ou suspension ou retrait de l'agrément d'un entrepreneur de travaux public ou privés ;

36. L. SIMONT et P.A. FORIERS, « Les Réactions de la doctrine à la création du droit par les juges — Droit belge des entreprises », rapport aux Journées Capitant de Florence, mai 1981, à paraître dans les *Travaux de l'Association Capitant*.

37. J.L. DUPLAT et Guy HORMANS, *supra*, note 34, p. 45 et s.

- jugement rendu par le Tribunal de Commerce d'autres arrondissements refusant ou octroyant des termes et délais ;
- visite spontanée d'entreprises en difficulté ;
- dossier venant du Parquet.

Lorsqu'en raison d'un de ces clignotants, un dossier est ouvert, le magistrat auquel celui-ci est distribué examine l'opportunité de convoquer l'entreprise concernée. Si la situation lui paraît suffisamment grave, il convoque le commerçant ou la société en indiquant les documents qu'il souhaite voir produire. Le commerçant pourra consulter au greffe le dossier en son nom, pour préparer l'entretien. Il comparaitra, lors de celui-ci, en personne en se faisant assister, s'il le souhaite, de son comptable et de son avocat.

Un dialogue se noue alors entre l'entreprise en difficulté et le magistrat chargé du dossier. Il aboutira soit au classement de l'affaire, s'il s'avère qu'en dépit du clignotant la situation n'est pas préoccupante ou que des mesures appropriées ont été prises, soit au renvoi de l'affaire devant une des Chambres du Tribunal spécialisée en matière de faillite, qui, le cas échéant, sursoiera à statuer et suivra les efforts de redressement de l'entreprise. Il est de règle que le magistrat chargé à l'origine du dossier ne siège pas dans la Chambre appelée à statuer dans la faillite relative à cette affaire.

La procédure décrite ci-dessus n'exclut cependant pas que dans les cas particulièrement graves l'entreprise puisse être immédiatement convoquée devant une de ces Chambres.

Enfin, c'est là toute l'originalité du système, dans les cas intermédiaires, le dialogue se poursuit entre l'entreprise et le service d'enquête commerciale sous l'égide duquel il n'est pas rare que des plans de redressement ou de restructuration soient établis. C'est ainsi que diverses réunions regroupant les représentants de l'entreprise, des syndicats, des créanciers, des banquiers et des pouvoirs publics se tiennent sous la présidence de magistrats, voire dans les affaires présentant un impact particulièrement important pour la vie économique et sociale sous la présidence du Président du Tribunal de Commerce, lui-même.

Ces réunions pourront éventuellement aboutir sur le dépôt d'une requête en concordat judiciaire, les grandes lignes des propositions concordataires ayant pu être dégagées³⁸.

Le Tribunal de Commerce joue dès lors un rôle essentiel dans l'assainissement des entreprises en difficulté.

38. Sur le fonctionnement de ces services, voyez les références citées à la note 34.

1.4.3. Questions posées

Ce rôle important ne va cependant pas sans susciter différentes questions sous l'angle juridique. Monsieur Hormans³⁹ a rappelé à cet égard le caractère « insolite » de cette juridiction qui s'est constituée en marge de la loi, fonctionne suivant des procédures prétoriennes, intervient d'initiative et en opportunité.

Monsieur Krings, avocat général à la Cour de cassation et ancien commissaire royal à la réforme judiciaire, a, quant à lui, mis en lumière les délicats problèmes de responsabilité que posent dans le chef des magistrats du Tribunal de Commerce, l'accomplissement de leur mission au sein des services d'enquête commerciale.

Le juge, selon lui, ne saurait aller « au delà de l'information. Cette limite ne (pourrait) sous aucun prétexte être franchie ». M. Krings poursuit : « On a déjà exprimé la crainte, en effet, et celle-ci ne me paraît pas illusoire, étant donné les pouvoirs dont dispose le juge pour déclarer la faillite, que le commerçant, l'industriel, le chef d'entreprise ne considère le "conseil" comme une condition inéluctable qui lui est imposée pour échapper à la déclaration de faillite. Qu'arrivera-t-il si le "conseil" s'avère mauvais ? Quelle est la responsabilité du juge tant vis-à-vis du failli qu'à l'égard des créanciers dont le gage est désormais encore plus gravement compromis ? »⁴⁰.

En effet, si le juge échappe en principe à toute responsabilité dans l'exercice de sa mission juridictionnelle — trancher par une décision les litiges qui lui sont soumis —, il ne saurait en être ainsi lorsqu'il sort du cadre de cette mission, ce qui est le cas lorsqu'il agit comme conseil des parties.

Par ailleurs, la procédure menée au sein des services d'enquête commerciale, ayant un caractère contradictoire, implique le respect des droits de la défense. Elle transforme ainsi indirectement l'institution de la faillite d'office, qui, dans le système classique, pouvait être prononcée sans que le commerçant soit préalablement avisé⁴¹ : celui-ci, n'étant pas partie au jugement déclaratif de faillite, ne pouvait faire que tierce opposition⁴².

Ces principes classiques sont écartés par la jurisprudence dès lors que le mécanisme du service d'enquête commerciale est mis en œuvre. Dès qu'un débat contradictoire est noué, le Tribunal de Commerce ne pourrait, sans

39. J.L. DUPLAT et Guy HORMANS, *supra*, note 34, p. 67 et s.

40. E. KRINGS, « La juridiction consulaire et la situation économique », J.T. 1979, p. 533 et ss., spéc. 537.

41. Bruxelles, 5 mars 1974, Pas. 1974, II, 134, J.C.B. 1975, p. 554 ; Comm. Liège, 9 janvier 1978, Jur. Liège 1977-1978, p. 182 ; Bruxelles 6 mars 1975, J.T. 175, p. 346, J.C.B. 1975, p. 260.

42. VAN RYN et J. HEENEN, *supra*, note 4, n° 2658 et ss.

méconnaître le droit de défense du commerçant en difficulté, le surprendre en prononçant d'office sa faillite alors qu'il n'aurait pas été mis à même de se justifier⁴³.

Cette jurisprudence, bien évidemment louable, ne manque toutefois pas de créer une incertitude quant à la nature du jugement de faillite d'office prononcé en présence du failli. Est-il ou non partie à cette décision? De la réponse à cette question dépendront les recours qui lui seront ouverts, appel ou tierce opposition. Problèmes de procédure, bien évidemment purement techniques, mais d'un évident intérêt pratique⁴⁴.

2. Les institutions financières et les créanciers face aux entreprises en difficulté

Ainsi que nous l'avons déjà relevé, le créancier, qu'il soit « donneur de crédit » ou simple fournisseur, a des choix délicats à faire lorsqu'il se trouve en présence d'un débiteur en difficulté. En mettant fin à ses relations contractuelles ou en les suspendant, il s'expose au reproche d'avoir précipité la faillite d'une entreprise susceptible de redressement. En poursuivant ses relations, il peut se voir reprocher d'avoir soutenu abusivement le crédit d'une entreprise déficitaire, irrémédiablement vouée à la disparition. Ces hypothèses seront examinées successivement.

2.1. Résiliation ou suspension de l'exécution des conventions et refus de contracter

2.1.1. Résiliation ou suspension de l'exécution des conventions

2.1.1.1. Les principes

Tout contractant d'une entreprise éprouvant des difficultés peut être enclin à mettre fin ou à suspendre les conventions qui le lient à celle-ci afin de se prémunir contre le non-paiement de sa créance, ou en tout cas de limiter son risque.

La licéité de cette démarche doit d'abord être envisagée sous l'angle contractuel. En d'autres termes, il faut se demander si le contractant d'une entreprise en difficulté peut, sans engager sa responsabilité contractuelle vis-à-vis de celle-ci, mettre fin ou suspendre son contrat.

43. Bruxelles, 11 mai 1976, J.T. 1976, p. 463; Comm. Bruxelles, 12 septembre 1977, J.T. 1978, p. 71 et note Dal.

44. Il semble que la jurisprudence considère que le failli n'est pas partie à pareil jugement: Bruxelles, 9 janvier 1978, J.C.B. 1978, p. 116 et obs. I. Verougstraete; Bruxelles, 6 mars 1975, J.T. 1975, p. 346, J.C.B. 1975, p. 260; Gand, 9 mai 1959, R.W. 1959-1960, 1896. *Contra*: Bruxelles, 15 juin 1959, J.T. 1959, 496.

L'on ne saurait bien évidemment envisager l'ensemble de cette question dans le cadre restreint de ce rapport. Nous nous limiterons donc à rappeler les quelques principes de droit commun qui dominent la matière.

Relevons à cet égard que, sauf lorsqu'il s'agit de conventions à prestations successives portant sur une durée indéterminée, où elle est de droit⁴⁵, ou lorsqu'elle est contractuellement organisée, la résiliation unilatérale est une faculté que la loi ne réserve qu'exceptionnellement à telle ou telle partie, à tel ou tel contrat bien précis⁴⁶. Par ailleurs, sauf clause résolutoire expresse, le juge apprécie en fonction de la gravité du manquement si celui-ci justifie qu'il prononce la résolution d'une convention synallagmatique pour inexécution fautive⁴⁷.

Il s'ensuit qu'à supposer, ce qui reste controversé⁴⁸, que l'on puisse admettre qu'une partie mette fin à un contrat, en anticipant sur la résolution judiciaire, cette anticipation ne peut intervenir qu'à ses risques et périls⁴⁹. Le Tribunal saisi du litige pourrait en effet estimer qu'aussi certain qu'ait été le manquement, celui-ci n'était pas suffisamment grave pour emporter la résolution⁵⁰.

L'exception d'inexécution dans les conventions synallagmatiques suppose, quant à elle, qu'elle soit exercée de bonne foi⁵¹. Une partie à un contrat ne saurait donc suspendre l'exécution de ses obligations en raison d'un manquement peu important de l'autre partie⁵².

45. Cass., 22 novembre 1973, Pas. 1974, I, 312.

46. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, Bruxelles, Bruylant, 1962, n° 763; pour un cas particulier de résiliation unilatérale organisée par la loi: P.A. Foriers et C. Levintoff, « De la résiliation unilatérale du contrat d'entreprise, par le maître de l'ouvrage, contribution à l'étude de l'article 1794 du Code civil », *Ent. Dr.* 1977, p. 20 et ss.

47. Cass., 12 novembre 1976, Pas. 1977, I, 291; Cass., 8 avril 1976, Pas. 1976, I, 880 notamment.

48. P. VAN OMMESLAGHE, « Les obligations, Examen de jurisprudence (1968 à 1973) » R.C.J.B. 1975, spéc. n° 65bis, p. 606 et ss. et les références (qui se prononce en faveur de pareille anticipation); M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. VI, 2^e éd. par Esemín, n° 428 et réf.; *Encycl. Dalloz*, Rép. civil, 2^e éd., v° Contrats et conventions par Boyer, n° 247 notamment. Une décision encore inédite du président du Tribunal de Commerce de Bruxelles du 17 décembre 1981, en cause *GB - INNO - BM / Delhaize Frères et Compagnie le Lion* se rallie à la thèse défendue par M. VAN OMMESLAGHE. *Contra*: Prés. Comm. Bruxelles, 30 janvier 1973, confirmée par Bruxelles, 6 juin 1973, J.T. 1973, pp. 498 et 501.

49. P. VAN OMMESLAGHE, *supra*, note 48, spéc. n° 65bis, p. 610.

50. Voyez les réf. citées à la note 47.

51. Cass., 30 septembre 1965, Pas. 1966, I, 47; G. DE PAGE, *supra*, note 46, n° 866-A et t. VI, 1952, n° 808; P. VAN OMMESLAGHE, *supra*, note 48, n° 68, p. 614.

52. G. DE PAGE, *supra*, note 46, n° 866 A 3^o, P. VAN OMMESLAGHE, *supra*, note 48, n° 68, p. 615; Civ. Bruxelles, 23 mai 1966 et 29 octobre 1968, *Ent. Dr.* 1971, p. 69 et note De Croo notamment.

Enfin, le droit de rétention obéit à des conditions, certes controversées, mais strictes élaborées par la doctrine et la jurisprudence⁵³ dont il paraît, en tout cas, résulter que le créancier, détenant une chose en raison d'un contrat, ne saurait en principe retenir celle-ci ensuite d'un manquement de son débiteur à *un autre* contrat⁵⁴.

En toute hypothèse, en principe, le droit commun des obligations (en dehors des cas où, soit légalement soit conventionnellement, un droit de résiliation unilatéral est reconnu à une partie indépendamment de toute idée de faute) n'autorise la cessation ou la suspension d'un contrat par une partie qu'à la suite de manquements par l'autre partie à ses obligations découlant de ce contrat. La simple crainte d'un manquement futur résultant, par exemple, de difficultés avec d'autres créanciers, serait donc insuffisante⁵⁵.

L'on ne saurait toutefois perdre de vue que la responsabilité contractuelle, tout comme la responsabilité aquilienne, suppose non seulement une faute et un dommage, mais encore un lien de causalité entre cette faute et le dommage⁵⁶. Toute résiliation ou suspension d'un contrat intervenu dans des conditions contestables en droit, n'entraînera donc pas nécessairement la responsabilité de la partie qui a pris la décision de suspendre ou de résilier, en cas de faillite ultérieure. En effet, en provoquant la faillite, cette décision a pu être salutaire: éviter l'amoidrissement des actifs dû à la poursuite d'activité d'une entreprise définitivement perdue, en état de cessation de paiement virtuelle.

2.1.1.2. La théorie de l'abus de droit

Même formellement licites sous l'angle contractuel, par exemple en raison de clauses expresses (qui sont au demeurant assez fréquentes), la résiliation ou la suspension d'un contrat peuvent apparaître abusives. Elles sont alors critiquables sous l'angle de la théorie de l'abus des droits, qui se rattache en droit belge au domaine de la responsabilité aquilienne⁵⁷.

53. Cass., 7 octobre 1976, Pas. 1977, I, 154, et les conclusions de M. l'avocat général Krings, R.C.J.B. 1979 et la note Fagnart; Conclusions de M. le procureur général Leclercq avant Cass., 7 novembre 1935, Pas. 1936, I, 38; G. DE PAGE, *supra*, note 46, t. IV, 1972, n° 791 et ss. t. VII, 1957, n° 199; J. VAN RYN et J. HEENEN, *supra*, note 4, n° 2784; A. CLOQUET, *supra*, note 7, nos 153 6, 154 2 et 154; Berten: « Le droit de rétention et ses effets à l'égard des tiers » J.T. 1956, p. 109, P. VAN OMMESLAGHE, note sous Gand, 4 mai 1961, R.C.J.B. 1963, p. 61.

54. Consultez notamment les conclusions de M. l'avocat général Krings, *supra*, note 53.

55. V. notamment P. VAN OMMESLAGHE, *supra*, note 48, n° 68, p. 615.

56. DE PAGE, *supra*, note 46, n° 593 notamment.

57. Sur la théorie de l'abus des droits en Belgique: VAN OMMESLAGHE, note sous Cass., 10 septembre 1971, R.C.J.B. 1976, p. 303 et ss.; DE BERSAQUES, note sous Gand, 20 novembre 1950, R.C.J.B. 1953, p. 270; ORIANNE « Abus de droit et détournement de

À cet égard, il est généralement admis qu'abuse de son droit celui qui use de celui-ci sans intérêt ou, en tout cas, sans intérêt appréciable, alors qu'il en résulte un préjudice considérable pour d'autres parties ; voire celui qui, pouvant ultérieurement user de son droit de diverses manières, choisit celle qui cause préjudice à autrui, alors que, s'il en avait choisi une autre, pareil préjudice n'en serait pas résulté⁵⁸. Aucun élément intentionnel particulier n'est requis pour le surplus⁵⁹.

2.1.1.3. Application à la responsabilité du donneur de crédit

Rares sont les décisions rendues par les tribunaux belges relatives à des actions en responsabilité contre des créanciers rompant ou suspendant leurs contrats ensuite de difficultés rencontrées par leur cocontractants.

Dans la matière pourtant développée de la responsabilité du donneur de crédit, l'on ne pouvait, jusqu'à il y a peu, dénombrer, sur ce point, qu'un seul jugement rendu le 7 janvier 1956 en cause *Energie / Banque de Bruxelles* par le Tribunal de Commerce de Charleroi⁶⁰. Ce jugement retient la responsabilité de la banque pour avoir brutalement refusé un dépassement de crédit dans un compte ordinaire, alors que plusieurs dépassements avaient été antérieurement acceptés. Il se fonde sur la théorie de l'exécution de bonne foi des conventions, c'est-à-dire sur la responsabilité contractuelle de la banque. Or, il est généralement admis en Belgique que les dépassements de crédits ne confèrent aucun droit contractuel au crédit quant au maintien ou au renouvellement des dépassements (règle intimement liée à la pratique bancaire belge qui à la différence de ce qui semble se faire en France, veut que la presque totalité des ouvertures de crédits soient constatées par un écrit ou, à tout le moins, un échange de lettres faisant référence aux conditions générales des ouvertures de crédit de la banque, lesquelles prévoient le plus souvent que les dépassements de crédits ne peuvent constituer qu'une simple tolérance à laquelle il peut être mis fin unilatéralement)⁶¹. Il semble donc que le litige échappait au domaine de la responsabilité contractuelle et aurait dû

pouvoir », *Ann. Sc. Pol.* 1961, p. 199 ; L. CAMPION, *La théorie de l'abus des droits* ; note de M. le procureur général Ganshof van den Meersh sous Cass., 10 septembre 1971, Pas. 1972, I, 28 ; P.A. FORIERS, FR. MAUSSION et L. SIMONT, « L'abus de pouvoirs ou de fonctions en droit commercial belge », dans *Travaux de l'association H. Capitani*, t. XXVIII, p. 165 et ss.

58. Cass., 10 septembre 1971, *supra*, note 58.

59. *Ibid.*

60. Publié dans *l'Écho de la Bourse* du mardi 10 janvier 1956.

61. B. GLANDSDORFF, « La responsabilité du banquier qui refuse de consentir un dépassement de crédit » *Rev. Banque*, 1967, p. 669 ; P. VAN OMMESLAGHE « La responsabilité du banquier, dispensateur de crédit en droit belge » *Rev. banque*, 1979, n° 29, p. 58 et ss. ; J. VAN RYN et J. HEENEN, *supra*, note 3, t. III, n° 2126 et t. IV, 1975, n° 2988 ; Cass., 24 janvier 1977, Pas. 1977, I, 555, J.T. 1977, p. 410.

être placé sous l'angle de la théorie de l'abus des droits⁶² plutôt que celui du principe de l'exécution de bonne foi des conventions.

Depuis deux ans environ, quelques décisions encore inédites ont été rendues dans des espèces où la responsabilité de banques était mise en cause ensuite de la résiliation de véritables ouvertures de crédit.

C'est ainsi qu'une décision du Tribunal de Commerce de Bruxelles du 20 septembre 1979⁶³ retient la responsabilité d'une banque sur base, cette fois à juste titre, du principe de l'exécution de bonne foi, associé surabondamment à la théorie de l'abus de droit. L'affaire était toutefois à ce point spécifique en fait, en raison notamment de diverses indélicatesses du directeur de l'agence étrangère de la banque qui avait consenti le crédit, que l'on ne saurait en tirer d'enseignements généraux.

En revanche, une décision du même Tribunal de Commerce, rendue le 12 mai 1980⁶⁴, tout en retenant une faute dans le chef de la banque consistant à avoir brutalement rompu un crédit, écarte la responsabilité de celle-ci à défaut pour les demandeurs de prouver le lien de causalité entre la faillite de la société créditée et cette faute. Le jugement relève à cet égard « que suivant les motifs du jugement de faillite... la situation financière de la S.P.R.L. Fruitdrink (créditée) était obérée depuis plusieurs mois... qu'elle est devenue définitivement compromise par la perte du bénéfice de la compensation entre créance et dette à l'égard de Promopack et l'exigibilité de celle-ci à la suite de la faillite de Promopack ».

Bien que la doctrine s'accorde sur les principes qui doivent régir la cessation ou la suspension des crédits⁶⁵, la jurisprudence demeure donc très limitée. Cette particularité s'explique par la pratique déjà évoquée de conventions écrites d'ouvertures de crédit précisant expressément les conditions dans lesquelles la résiliation ou la suspension peuvent intervenir. Sont ainsi éliminés de nombreux litiges portant sur les conditions même des crédits⁶⁶.

62. Comparez P. VAN OMMESLAGHE, *supra*, note 61, n° 29, p. 58 et ss.

63. Comm. Bruxelles, 20 septembre 1979, en cause *Cie Française Commerciale et Financière / Société Générale de Banque*, inédit.

64. Comm. Bruxelles, 12 mai 1980, en cause *Me. Margraff, q.q. / Société Générale de Banque et P. Niessens, B. Schmitz et Société de droit allemand Paul Niessens / Société Générale de Banque*, J.T. 1980, p. 693.

65. P. VAN OMMESLAGHE, *supra*, note 61, n° 28 et ss., p. 57 et ss. ; L. SIMONT et A. BRUYNEEL, « Chronique de droit bancaire privé », *Rev. Banque*, 1979, n° 29 et ss., p. 707 et ss. et les références citées.

66. L. SIMONT et A. BRUYNEEL, *supra*, note 65, n° 29, spéc. pp. 708 et 709 et les références citées.

2.1.2. Le refus de contracter

En dehors d'hypothèses particulières, ou de la réunion des conditions strictes du délit de refus de vente prévu dans certaines législations économiques⁶⁷, il n'existe pas, en Belgique, d'interdiction générale du refus de vendre ou de contracter. Tout au contraire, le principe de la liberté du commerce implique que les parties sont libres de contracter ou non⁶⁸.

Une entreprise en difficulté ne pourrait dès lors, en règle, contraindre un fournisseur à conclure avec elle un nouveau contrat. Il en est *a fortiori* ainsi en matière de crédit⁶⁹, le caractère *intuitu personae* des opérations de crédit étant généralement admis⁷⁰.

Le droit de ne pas contracter n'est cependant pas un droit discrétionnaire qui ne serait pas susceptible d'abus⁷¹. L'on pourrait donc considérer que, dans certaines hypothèses particulières, le refus sera abusif. Tel pourrait être par exemple le cas du fournisseur habituel ayant admis auparavant un paiement à plusieurs mois et qui, en raison des difficultés éprouvées par son acheteur, refuserait non pas de maintenir ces conditions de paiement, mais purement et simplement de livrer contre paiement comptant. L'on n'apercevrait, en effet, normalement pas les motifs de ce refus.

Ce n'est toutefois pas uniquement en fonction des sûretés offertes que les banques accordent ou non un crédit. Tout au contraire la Commission bancaire estime-t-elle, certes dans un rapport rédigé dans une période de prospérité économique (1966), que les garanties doivent conserver un caractère second dans l'octroi du crédit⁷². L'on ne saurait donc en déduire que commettrait un abus de droit l'institution financière qui refuserait de consentir un crédit, alors qu'elle serait « surgarantie » et partant ne courrait aucun risque. C'est d'ailleurs pour avoir consenti des crédits dans ces

67. Voir, par exemple, loi sur la réglementation économique et les prix art. 2 et 4 b).

68. Sur le refus de contracter en droit belge : J. VAN RYN et J. HEENEN, *supra*, note 3, nos 152-154 et 208 ; Ch. D'EL MARMOL, « Liberté du commerce en droit belge » J.T. 1953, pp. 67-68, n° 12 ; WALBROECK, « Prix imposé et refus de vente en droit belge », R.C.J.B. 1965, p. 12 et ss.

69. Comparez les solutions admises en France : *Encycl. Dalloz*, Rép. commercial, 2^e éd., v° « Banques et établissements financiers », par J.L. RIVES-LANGES, n° 341 et ss., spéc. n° 350.

70. J. VAN RYN et J. HEENEN, *supra*, note 3, t. III, n° 2124 notamment.

71. J. VAN RYN et J. HEENEN, *supra*, note 3, n° 152 ; P. VAN OMMESLAGHE, *supra*, note 55, spéc. n° 8 et ss., p. 321 et ss.

72. Commission bancaire, *Rapport 1966*, p. 34 ; A. ZENNER, « Nouveaux développements de la responsabilité du dispensateur de crédit », J.T. 1977, p. 53 et ss., spéc. p. 54 ; Comm. Bruxelles 3 mai 1976, J.T. 1977, p. 60. Comparez : P.A. FORIERS, note sous Bruxelles, 27 septembre 1978, J.C.B. 1979, p. 268 et ss.

conditions, sans avoir égard à la situation globale du crédit, que des institutions financières ont vu leur responsabilité engagée⁷³. L'absence de risque pour la partie qui refuse de contracter n'implique donc pas nécessairement l'existence d'un abus de droit dans son chef.

2.1.3. Responsabilité envers l'entreprise cocontractante ou envers les tiers

La responsabilité des banquiers, créanciers ou fournisseurs qui mettent fin à leurs crédits ou conventions, ou refusent de contracter, est évidemment engagée au premier titre à l'égard de l'entreprise en difficulté concernée.

Lorsqu'il y a abus de droit, rien ne s'oppose, à notre sens, qu'une action soit en outre diligentée par un tiers, par exemple par un autre créancier. L'abus de droit constitue, en effet, une faute quasi-délictuelle.

La question est en revanche beaucoup plus délicate si l'on se trouve en présence d'une simple faute contractuelle. Le principe de la relativité des conventions s'oppose en effet à ce que les tiers à un contrat invoquent à leur profit un manquement à celui-ci. Il ne saurait en être ainsi que si la faute contractuelle constituait en même temps un manquement à une règle de comportement qui s'impose à tous⁷⁴.

Il faudrait, à cet égard, qu'en raison de sa profession, l'auteur de la faute contractuelle ait, en l'espèce, l'obligation de veiller à la sauvegarde des intérêts d'autrui. L'on sait, en effet, que le simple fait de causer un dommage à autrui, même consciemment, n'est pas constitutif d'une faute⁷⁵. Ainsi que nous le verrons ci-dessous, pareil devoir s'impose assurément aux institutions financières et aux banques. La question nous paraît, en revanche, beaucoup plus délicate pour les autres catégories d'entreprises.

L'on pourrait, dès lors, dans ces derniers cas, aboutir à la solution, somme toute paradoxale, suivant laquelle l'auteur d'une faute contractuelle, bien caractérisée, n'encourerait aucune responsabilité à l'égard des tiers, alors qu'il serait responsable à l'égard de ceux-ci au cas où, respectant les termes du contrat, il abuserait de ses droits contractuels.

73. Voyez ci-dessous.

74. Cass., 12 décembre 1958, Pas. 1959, I, 383, R.C.J.B. p. 204 et note VAN HECKE et LIMPENS; Cass., 25 mai 1972, Pas. 1972, I, 885. Comparez: Cass., 7 décembre 1974, Pas. 1975, I, 376 et les conclusions de M. l'avocat général Mahaux. Pour un exposé complet de la question: P. VAN OMMESLAGHE, *supra*, note 61, n° 2 et ss., p. 6 et ss.

75. Cass., 4 octobre 1973, Pas. 1974, I, 124.

2.2. Responsabilité à l'égard des tiers en raison du soutien d'un crédit immérité

2.2.1. Observations générales

En dehors d'espèces relatives à des procédés manifestement frauduleux tendant par exemple, par des opérations circulaires, à maintenir une entreprise artificiellement en vie, nous n'avons pas connaissance de décisions condamnant un fournisseur pour avoir abusivement continué à approvisionner un client habituel en sorte qu'il lui aurait procuré un crédit apparent sur base duquel d'autres auraient contracté ou l'aurait artificiellement maintenu en vie, contribuant ainsi à l'aggravation du passif et à la diminution de l'actif⁷⁶.

Dans la plupart des cas, d'ailleurs, pareils agissements trouveront une sanction efficace dans les règles propres au droit de la faillite : interdiction de compenser après faillite, nullité de plein droit ou facultative de certains actes causant préjudice à la masse, perte du privilège du vendeur d'effets mobiliers et de l'action résolutoire, inopposabilité des clauses de réserve de propriété.

Il échet, d'autre part, d'observer que le statut du vendeur d'effets mobiliers⁷⁷ en cas de faillite de son acheteur, a été très souvent expliqué par les risques du crédit apparent que conférerait le vendeur consentant des délais de paiement. En plein cœur du siècle dernier, l'exposé des motifs du projet de loi sur les faillites (promulguée le 18 avril 1851), précisait à cet égard que le statut du vendeur « est conforme aux saines règles du crédit commercial profondément ébranlé par les réserves occultes conservées au profit du vendeur à l'insu et au préjudice de ceux qui postérieurement à la

76. Encore que l'hypothèse paraisse très théorique, rien à notre avis ne s'opposerait à ce que la responsabilité du banquier soit de ce chef engagée vis-à-vis du crédit. Sur ce point, voir, en France : Cass. Fr., 4 novembre 1977. D. 1979, Inf. rap. 2, obs. F. DERRIDA ; Aix en Provence, 31 juillet 1975, Gaz. Pal. 1976. I. 19, obs. C. GALVALDA et J. STOUFFLET, J.C.P. 1976. I. 2801, n° 46 ; L. SIMONT et A. BRUYNEEL, *supra*, note 65, n° 30, p. 709. *Contra* : P. VAN OMMESLAGHE, *supra*, note 61, n° 32.

77. Sur le statut du vendeur d'effet mobilier : J. HEENEN, « Les garanties du vendeur et leurs avatars », note sous Cass. 18 novembre 1971, R.C.J.B. 1979, p. 9 ; F. Schreuder, « La protection juridique du vendeur non payé d'effets mobiliers », *Ann. Dr. Écon. Sc. Soc. Liège*, 1979, p. 13 et ss. ; P. COPPENS, et F. 'T KINT, « La clause résolutoire et la clause de réserve de propriété dans le contrat de vente » *Rev. Rég. Dr.*, 1979, p. 887 et ss. ; P. CALLENS, « De bescherming van de verkoper van roerende goederen door het eigendomsvoorbehoud en rechtsvergelijkend gevezicht » *Jura Falc.*, 1979, p. 99 et ss. ; P. COPPENS, « Le problème des clauses de réserve de propriété dans l'avant-projet de convention européenne sur la faillite » dans *Idées nouvelles dans le droit de la faillite*, p. 235 ; P.A. FORIERS, « Observations sur la loi française du 12 mai 1980 et la clause de réserve de propriété en droit belge », communication présentée au Comité de législation de la Chambre de Commerce de Bruxelles, à paraître dans la revue de la Chambre de Commerce de Bruxelles.

vente avaient traité avec l'acheteur, en le croyant propriétaire de la chose dont on le voyait en possession et qu'il possédait à juste titre de propriétaire. C'est au vendeur à vérifier et à connaître, suivant la condition commune du commerce, le degré de solvabilité de l'acheteur dont il suit la foi ; le crédit général ne peut que profiter de ce que les crédits particuliers ne soient pas accordés sans discernement et sans risque »⁷⁸.

Il suit donc de l'application des règles évoquées ci-dessus que le fournisseur se retrouvera le plus souvent dans la situation d'un créancier chirographaire payé en monnaie de faillite, alors même que les matières ou effets livrés sont restés dans le patrimoine du failli. Il y a là, *a priori*, une forme de sanction en nature qui rendra moins utile une action en responsabilité.

Nous limiterons donc notre exposé à la responsabilité des institutions financières, et spécialement des banques, qui fait l'objet depuis quelques années d'une jurisprudence de plus en plus affinée⁷⁹. Bien que profondément marquée par les traits spécifiques de la fonction bancaire, cette jurisprudence pourrait *mutatis mutandis* servir de base à l'élaboration d'une théorie générale de la responsabilité des entreprises ou organismes qui, sous toutes formes, contribuent à fournir un crédit fût-ce par le biais de simples délais de paiement.

2.2.2. Fondement de la responsabilité du banquier dans la distribution du crédit

Pour une partie de la jurisprudence et de la doctrine française, la responsabilité des banques envers les tiers, à l'occasion de la distribution du

78. MAERTENS, *Commentaire de la loi du 18 avril 1851 sur les faillites, banqueroutes et sursis*, Bruxelles, Bruylant Christophe et Co., 1863, p. 607.

79. Sur les développements récents de cette matière en droit belge : A. BRUYNEEL, « Le mémoire de Barys sur la responsabilité du donneur de crédit », *Rev. Banque*, 1977, p. 313 et ss. ; P. VAN OMMESLAGHE, *op. cit. supra*, note 61, p. 5 et ss. (reproduction d'un rapport publié à *Schweizerisch Aktiengesellschaft, Société anonyme Suisse*, Zurich, 1977, p. 109 et ss.) ; A. ZENNER, *supra*, note 72, p. 53 et ss. ; A. ZENNER, « Responsabilité du donneur de crédit », *Rev. Banque*, 1974, p. 708 et ss. ; J. SCHOENTJES-MERCHIEERS, note sous Cass. 19 mars 1976, R.C.J.B. 1977, p. 38 et ss. ; J. SCHOENTJES-MERCHIEERS, « Bijzonder en afwijkend handelsrecht (1972-1976) », *T.P.R.* 1979, nos 88-89, p. 104 et ss. ; R. CUIGNET, « La responsabilité juridique du banquier donneur de crédit » *Rev. Banque*, 1976, p. 4 et ss. ; A. d'IETEREN et Cl. VERBRAEKEN, « La responsabilité du banquier qui octroie du crédit à une entreprise en difficulté », *R.G.A.R.*, 1977, n° 9707 ; E. MOONS, « De aansprakelijkheid uit onrecht matige daad van de bankier in de regeling van het faillissement van zijn cliënt », *Jur. Falc.*, 1976-1977, p. 443 et ss. ; L. SIMONT et A. BRUYNEEL, *supra*, note 65, p. 695 et ss. ; L. SIMONT et A. BRUYNEEL, note sous Bruxelles, 14 septembre 1979, J.T. 1980, p. 132 et ss. ; P.A. FORIERS, *supra*, note 72, 268 ; C. PARMENTIER, « *La responsabilité civile du banquier et le crédit en droit belge* », Fac. Dr. Fac. Univ. St. Louis, Rapport.

crédit, serait liée à la véritable mission de service public qu'elles assumeraient⁸⁰. Cette idée est très généralement écartée en Belgique⁸¹. Elle est, en effet, à la fois critiquable et inutile.

Elle est critiquable dans la mesure où, bien que primordiale sur le plan économique et social, l'activité bancaire reste dans l'état actuel du droit, en tout cas en Belgique, d'intérêt privé. Par ailleurs, la nature de service public de la fondation bancaire impliquerait, notamment, que les banques soient en état d'offre permanente. Or, pareille situation est évidemment incompatible avec le caractère *intuitu personae* des ouvertures de crédits, comme de la plupart des opérations de crédits, et de nombre d'autres opérations bancaires⁸². Ainsi que le relève à juste titre M. Van Ommeslaghe⁸³, à la suite de M. Vasseur⁸⁴, la référence au service public devrait, d'ailleurs, conduire « à alléger et non d'alourdir la responsabilité du banquier dans toute la mesure où elle vincule sa liberté de décision ».

Le recours à la notion de service public est au surplus inutile dans la mesure où le droit commun suffit à justifier la responsabilité du donneur de crédit. La responsabilité du banquier se rattache, en effet, à la responsabilité « qui incombe à tout professionnel — l'importance de son rôle devant... conduire (la banque)... à tenir compte non seulement de ses relations avec ses clients mais encore de son comportement pour des tiers, tout particulièrement dans le domaine de la vie économique où son activité s'exerce⁸⁵ ». La responsabilité du banquier ne se distingue dès lors pas, quant à sa nature, de

-
80. R. HOUIN, Examen de jurisprudence sur les faillites, présentés à la journée d'étude du 6 mars 1981, *Rev. trim. dr. com.*, 1955, p. 150, et 1964, p. 165; Paris, 26 mai 1967, J.C.P. 1968. II. 15.518, note Stoufflet; Amiens, Ch. Réunis, 24 février 1969, J.C.P. 1969. II. 16.124, note Gavalda; Paris, 23 mars 1975, *Rev. trim. dr. com.*, 1975, p. 888. Comparez: R. RODIÈRE et J. RIVES-LANGE, *Droit bancaire*, Paris, Dalloz, 1980, n° 384; J. VÉZIAN, *La responsabilité du banquier en droit privé français*, 2^e éd., Paris, Librairies techniques, 1977, n° 182.
81. P. VAN OMMESLAGHE, *supra*, note 61, n°s 7 et ss., p. 11 et ss.; L. SIMONT et A. BRUYNEEL, *supra*, note 65, n° 23, p. 695 et s.; P.A. FORIERS, *supra*, note 72; Commission bancaire, *Rapport 1973-1974*, p. 230; R.P.D.B., Compl. V, v° « Épargne publique », par LE BRUN et LEMPEREUR, n°s 140 et 170 et ss.; Comm. Bruxelles, 29 octobre 1976, J.T. 1977, p. 58; Comm. Bruxelles, 3 mai 1976 J.T. 1977, p. 60; Comm. Bruxelles, 16 juin 1976, J.C.B. 1976, p. 4; *Rev. Banque*, 1976, p. 298 et note S. VELU; Bruxelles, 27 septembre 1978, J.C.B. 1979, p. 269; Bruxelles, 10 mai 1979 (3 arrêts), *Rev. Banque*, 1979, p. 583; Bruxelles, 23 mai 1979, *Rev. Banque*, 1979, p. 717.
82. J. VAN RYN et J. HEENEN, *supra*, note 3, t. III, n°s 2090, 2124.
83. P. VAN OMMESLAGHE, *supra*, note 61, n° 8, p. 18.
84. M. VASSEUR, « Des responsabilités encourues par le banquier dispensateur de crédit aux entreprises en difficulté », *Banque*, 1976, n° XX, p. 491.
85. P. VAN OMMESLAGHE, *supra*, note 2, n° 9, p. 20; J. SCHOENTJES - MERCHERS, *supra*, note 79, p. 52; R.-O. DALCO, *Traité de la responsabilité civile*, Bruxelles, Larcier, 1967, n° 727.

la responsabilité qui pèse sur l'architecte et l'entrepreneur qui participent à la construction d'un bâtiment.

Plusieurs décisions récentes⁸⁶ ont, partant, à juste titre, écarté la théorie du service public, tout en reconnaissant le cas échéant que la distribution du crédit revêt une importance particulière ou constitue « une fonction d'intérêt général⁸⁷ », mais sans pour autant constituer un service public au sens spécifique du terme.

2.2.3. Responsabilité dans l'octroi et le maintien du crédit

Traditionnellement, la responsabilité du banquier est examinée sous deux aspects bien distincts : l'octroi du crédit et la gestion du crédit⁸⁸. Cette distinction, adoptée dans un but didactique, apparaît, en réalité, fort théorique et artificielle. Spécialement lorsque l'on sait qu'il est généralement admis, en Belgique, que le banquier est tenu de surveiller l'utilisation du crédit, son évolution, et l'évolution des affaires et de la situation du crédit⁸⁹.

Certes les fautes qui pourront être reprochées aux banquiers dans chacune des hypothèses ne seront pas toujours identiques, mais, sur le plan des principes, l'octroi du crédit ne se distingue pas essentiellement, en ce qui concerne les causes de responsabilité, de sa gestion ou de son maintien.

Sur le plan pratique, d'ailleurs, il est, somme toute, peu fréquent de se trouver devant une situation pure. S'il est vrai, en effet, que des crédits sont accordés à de nouveaux clients, il arrive tout aussi fréquemment, sinon plus souvent, que des crédits supplémentaires soient accordés à des clients habituels. L'octroi du crédit est alors intimement associé à la gestion des crédits existants.

Aussi, après avoir rappelé quelques principes de base relatifs à l'octroi du crédit et à la surveillance de celui-ci, nous examinerons les critères fondamentaux de la responsabilité du banquier face à une entreprise en difficulté. Nous aborderons ensuite certains cas plus particuliers de responsabilité et montrant les risques que les banques peuvent courir en commettant certains excès dans la surveillance et la gestion de leur crédit. Nous terminerons en évoquant la situation des entreprises publiques de crédit et en attirant l'attention sur certains problèmes liés à la mise en œuvre de la responsabilité du banquier.

86. Voyez les références citées à la note 81.

87. Bruxelles, 23 mai 1976, *Rev. Banque*, 1979, p. 717.

88. P. VAN OMMESLAGHE, *supra*, note 61, n^{os} 11 et 16.

89. Commission Bancaire, *Rapport 1966*, p. 35 et *Rapport 1972-1973*, p. 36; P. VAN OMMESLAGHE, *supra*, note 61, n^o 16 et ss., p. 31 et ss.; A. ZENNER, *supra*, note 79, p. 707, spéc. pp. 721-722; C. PARMENTIER, *supra*, note 79, n^o 14 et ss., p. 25 et ss.

2.2.3.1. Les principes

Lorsqu'il octroie un crédit, le banquier doit, la solution est constante, réunir les informations nécessaires pour l'éclairer tant sur la moralité et la capacité de son client, que sur sa solvabilité et la rentabilité de son entreprise⁹⁰. La commission bancaire a insisté à cet égard sur la nécessité pour les banques de fonder leur diagnostic « sur des analyses, voire sur des expertises comptables et techniques », plutôt que la simple commune renommée ou la notoriété publique⁹¹. Ce devoir d'investigation doit évidemment être modulé en fonction de la nature et de l'importance du crédit. Il dépendra également du point de savoir si le crédit est accordé à un nouveau client ou à un client habituel. Dans cette dernière hypothèse, le banquier pourra, avec la prudence qui s'impose, se reposer pour partie sur l'expérience acquise ensuite des crédits précédents.

L'on a soutenu⁹², en s'appuyant au demeurant sur les enseignements de la Commission bancaire déjà évoqués⁹³, que, dans cette appréciation de la qualité du crédit, les sûretés et les garanties diverses devaient « garder un caractère second » ou subsidiaire. Cette conception est liée à la nature du crédit bancaire qui a traditionnellement pour objet le financement des valeurs de roulement à court ou moyen terme des entreprises et non de leurs investissements durables^(93bis). Le crédit bancaire se distinguerait donc, de la sorte, du crédit hypothécaire au sens classique du terme, utilisé pour le financement à long terme de biens immeubles.

Cet enseignement, exact en soi, doit toutefois être nuancé⁹⁴. C'est ainsi qu'un arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles du 27 septembre 1978⁹⁵ décide très judicieusement qu'il est « normal pour un crédit à une personne physique, à une société de personne ou à une société de personnes à responsabilité limitée, que la banque s'engage en fonction des garanties personnelles qui lui sont offertes spécialement par un associé ».

Il échet, en effet, de tenir compte de la sous capitalisation de bon nombre d'entreprises, petites ou moyennes, dont l'activité peut être rentable. Cette opinion, conforme à la pratique et à la meilleure doctrine bancaire⁹⁶, a

90. P. VAN OMMESLAGHE, *supra*, note 61, n° 12 et ss., p. 22 et ss., notamment.

91. Commission Bancaire, *Rapport 1966*, p. 34 et ss.

92. A. ZENNER, *supra*, note 72, p. 54.

93. *Rapport 1966*, p. 34.

93b. R. HENRION, *Aspects juridiques et économiques du crédit à court terme*, 2^e éd., nos 11-18.

94. P.A. FORIERS, *supra*, note 72, p. 285, L. SIMONT et A. BRUYNEEL, *supra*, note 65, p. 701.

95. *Supra*, note 81.

96. R. HENRION, *supra*, note (93), n° 145, spéc. note 11, p. 195; BROUW, *La technique de la négociation du crédit*, Services interbancaires, éd. 1973, p. 57; HACHEZ, « Le cautionnement comme garantie au donneur de crédit », *Rev. Banque*, 1966, p. 211 et ss.

été consacrée indirectement par un établissement public spécialisé dans le crédit aux petites entreprises, La « Caisse Nationale de Crédit Professionnel », qui a estimé nécessaire la constitution d'un « fonds de garantie » (loi du 24 mai 1959) précisément destiné à intervenir lorsque les fonds propres insuffisants de l'entreprise, débutante ou non, ne peuvent être prolongés par des cautionnements adéquats fournis pour les associés ou leurs proches⁹⁷.

Relevons, enfin, que l'appréciation globale de la situation du crédit ne saurait être séparée de la forme du crédit octroyé. L'opinion, émise par certains auteurs français, suivant laquelle c'est à l'entreprise qu'il appartient seule de décider d'adopter telle ou telle forme de crédit⁹⁸, doit donc être, elle aussi, nuancée⁹⁹. Il ne nous paraît donc pas exclu qu'un banquier puisse engager sa responsabilité en octroyant un crédit manifestement inadapté quant à son mode de fonctionnement et son montant.

Une fois le crédit octroyé, le banquier, nous l'avons déjà signalé, ne peut adopter un rôle purement passif. Il lui appartient de surveiller, d'une part, l'utilisation du crédit et les conditions mises à celui-ci et, d'autre part, la situation du crédit¹⁰⁰. L'acte de distribution du crédit se poursuit donc après la signature du contrat d'ouverture de crédit.

Ceci étant posé, l'on enseigne, ce qui est évidence, que le banquier ne peut procurer crédit au commerçant indigne, incapable ou malhonnête, ni participer par la suite à des opérations illicites ou irrégulières¹⁰¹.

Commettrait de même bien évidemment une faute, indépendamment du point de savoir si cette faute est en relation causale avec un dommage et engage dès lors sa responsabilité, le banquier qui délivrerait un crédit sans s'être assuré de la situation du crédit, ou qui ne se serait pas soucié de l'utilisation de ce crédit, ni de l'évolution des affaires du crédit. L'obligation de surveillance qui pèse sur le banquier, comme son obligation de s'entourer d'informations au moment de la décision d'octroi du crédit, doit bien évidemment s'entendre de manière raisonnable. Reprenant l'enseignement de Monsieur Van Ommeslaghe¹⁰², un jugement du Tribunal de Commerce

97. Loi du 24 avril 1959, art. 4; VAN HOVE, « Le crédit aux petites et moyennes entreprises » dans *Le crédit aux entreprises*, CEF, 1977, p. 139.

98. J. VÉZIAN, *supra*, note 80, n° 182; R. RODIÈRE et J. RIVES-LANGE, *supra*, note 80, n° 385.

99. C. PARMENTIER, *supra*, note 79, n° 13, p. 23 et s. P. VAN OMMESLAGHE, *supra*, note 61, n° 13 et s.

100. Voir notamment les références citées à la note 89.

101. J. SCHOENTJES-MERCHIERS, *supra*, note 79, p. 56, n° 12; J. STOUFFLET, « L'ouverture de crédit peut-elle être tenue de responsabilité envers les tiers? » J.C.P. 1965, Doctrine, 1882; P. VAN OMMESLAGHE, *supra*, note 61, n° 11; C. PARMENTIER, *supra*, note 79, n° 10, p. 19; Bruxelles, 27 septembre 1978, *supra*, note 81.

102. VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*, *supra*, note 61, n° 25, p. 51 et ss.

de Charleroi¹⁰³ décide à ce propos que « l'étendue de l'obligation de surveillance dépendra étroitement des circonstances de chaque espèce : importance du crédit, personnalité du crédité, réputation de celui-ci, nature de l'entreprise et étendue des risques courus, évolution des affaires du crédité ; qu'il convient de rester raisonnable, le banquier n'étant pas le surveillant des activités de son client ni le contrôleur de toutes ses opérations et paiements ».

Beaucoup plus délicate est, en revanche, la situation du banquier face à une entreprise en difficulté qui lui demande un crédit nouveau ou à propos de laquelle se pose la question de savoir si des crédits accordés dans le passé peuvent être maintenus¹⁰⁴.

L'on a parfois considéré, à cet égard, qu'était fautif le crédit consenti ou maintenu au profit d'une entreprise en état de cessation de paiement effectif, voire virtuel¹⁰⁵. Pareil crédit contribuerait, en effet, à maintenir le crédit en vie, alors qu'il serait en état de faillite. Il serait, dès lors, source pour les tiers d'une double forme de préjudice. D'une part, il créerait une apparence trompeuse de crédit sur base de laquelle des tiers pourraient contracter. D'autre part, il aggraverait la situation des créanciers existants en permettant la poursuite d'une activité déficitaire, diminuant l'actif ou augmentant le passif.

Cette thèse, qui a été élaborée dans une période de prospérité économique, appelle, à tout le moins, des réserves tenant les unes à un aspect de pure technique juridique, les autres, plus fondamentales, à la philosophie de la profession de banquier, spécialement dans le contexte de crise dans lequel nous vivons.

Sur le plan technique, tout d'abord, il serait inexact de confondre la cessation de paiement et l'état de faillite¹⁰⁶. La faillite en droit belge suppose, en effet, l'association de la cessation de paiements et de l'ébranlement du crédit¹⁰⁷.

La cessation des paiements peut, au demeurant, résulter de circonstances accidentelles qui n'affectent en rien la rentabilité future de l'entreprise. Tel

103. Comm. Charleroi, 18 décembre 1980, J.T. 1981, p. 119.

104. A. BRUYNEEL, *supra*, note 79, n° 8, p. 325 et ss. ; L. SIMONT et A. BRUYNEEL, *supra*, note 65, n° 27 et les réf. ; A. d'ETEREN et Cl. VERBRACKEN, *supra*, note 79, n° 9707 notamment. Sur les rapports entre le contrôle de la foi due aux actes et de la dénaturation d'un acte, exercé par la Cour de cassation de France, voir spéc. nos 31 et 36-39.

105. J. STOUFFLET, note sous Paris, 6 janvier 1977, J.C.P. 1977. II. 18.689 et les réf. ; C. GAVALDA et J. STOUFFLET, *Droit de la banque*, Paris, P.U.F., 1974, n° 445 ; J. VÉZIAN, *supra*, note 80, n° 181. Comparez en revanche : M. VASSEUR, *supra*, note 84, p. 479, n° XII.

106. P. VAN OMMESLAGHE, *supra*, note 61, n° 22, p. 38 et s.

107. J. VAN RYN et J. HEENEN, *supra*, note 4, n° 2645 et s. ; P. COPPENS et F. 't KINT, *supra*, note 6, spéc. n° 9, p. 310 et réf.

pourrait être le cas d'une société filiale parfaitement saine éprouvant une impasse de trésorerie à la suite de la faillite ou du concordat de la société mère qui assurait jusqu'alors son financement.

D'autre part, l'octroi d'un crédit à une entreprise, même en état de cessation de paiement, peut être la condition de la mise en œuvre d'un plan efficace de restructuration ou de redressement. L'on ne saurait, dès lors, sans méconnaître le rôle du secteur bancaire, empêcher un banquier de participer à pareille œuvre salvatrice¹⁰⁸.

En réalité, la responsabilité du banquier ne pourra être engagée que dans la mesure où apparaissait au moment où il a pris la décision d'accorder le crédit, que la situation du crédit était irrémédiablement compromise et qu'il n'y avait aucune chance raisonnable de redressement¹⁰⁹.

Dans un arrêt déjà cité du 27 septembre 1978, la Cour de Bruxelles a, ainsi, décidé en termes excellents « que la faute du banquier peut consister notamment dans l'octroi d'un crédit à un commerçant en état de cessation de paiements si le banquier connaissait ou devait connaître le caractère irrémédiable de la situation du crédit »¹¹⁰. Les mêmes critères doivent évidemment s'appliquer au maintien des crédits existants.

Reste le problème essentiel de l'appréciation en fait de la faute du banquier. Cette dernière pose, en effet, des questions particulièrement délicates, dont les moindres ne sont pas celles liées à l'appréciation que le Tribunal devra nécessairement effectuer *a posteriori*¹¹¹, alors que le dommage s'est déjà réalisé.

Plusieurs décisions ont, à cet égard, rappelé, à juste titre que pour évaluer la démarche du banquier, il fallait se replacer au moment où celui-ci a pris sa décision, en faisant abstraction du développement, nécessairement malheureux, de la situation¹¹². En d'autres termes, ce n'est pas parce que des espoirs raisonnables de redressement ont été déçus, et que, partant, des tiers en ont subi quelque perte, que le banquier a commis une faute. Dès lors qu'il est entouré de toutes les précautions requises, le banquier a donc droit à l'erreur.

Cette dernière observation en amène une autre. Le juriste sait par expérience combien, dans les sciences humaines, les vérités sont relatives. Le

108. A. BRUYNEEL, *supra*, note 79, n° 8; P. VAN OMMESLAGHE, *supra*, note 61, n° 13 *in fine* notamment.

109. L. SIMONT et A. BRUYNEEL, *supra*, note 65, n° 27, p. 703, et les réf.; P. VAN OMMESLAGHE, *supra*, note 61, n° 23; A. BRUYNEEL, *supra*, note 79, p. 326.

110. *Supra*, note 81. Voyez aussi; Bruxelles, 23 mai 1979, *supra*, note 81 notamment.

111. L. SIMONT et A. BRUYNEEL, *supra*, note 65, n° 25 p. 700 et réf.; P. VAN OMMESLAGHE, *supra*, note 61, n° 23 et réf.; A. BRUYNEEL, *supra*, note 79, p. 318.

112. Voir notamment: Bruxelles, 27 septembre 1978, 10 mai 1979, *supra*, note 81; Comm. Charleroi, 18 décembre 1980, J.T. 1981, p. 119.

droit fournit l'exemple remarquable de nombreuses controverses jurisprudentielles ou doctrinales. L'on connaît les divergences de jurisprudence entre les tribunaux d'un même pays, les revirements de jurisprudence des Cours Suprêmes, et bien évidemment les interprétations différentes de textes identiques, de même origine, entre États différents, qui font la faiblesse des législations uniformes. L'on ne saurait, évidemment, dire que telle thèse ou telle jurisprudence est juste ou fautive ou bonne ou mauvaise dès lors qu'elle se fonde sur un raisonnement cohérent. La vérité est que, dans un système ou une logique d'argumentation, un problème peut avoir diverses solutions acceptables ¹¹³.

Certes, toute solution ne peut être admise car il en est qui se fondent sur un raisonnement infecté d'un vice manifeste ou aboutissent à des situations manifestement injustes. Mais il n'y a rarement qu'une « vérité ».

Ce phénomène se ressent *a fortiori* dans les domaines où des décisions en opportunité doivent être prises. Ainsi deux banquiers normalement diligents et prudents peuvent, en présence d'une même demande de crédit, adopter des attitudes opposées, ce qui ne signifie nullement que l'une soit bonne et l'autre mauvaise et, *a fortiori*, que l'une ou l'autre soit fautive.

Le juge ne saurait donc substituer sa propre appréciation des faits à celle du banquier qui a pris position dans l'espèce qui lui est soumise. Ce n'est pas parce qu'en raison de sa sensibilité propre, il aurait adopté une autre position qu'une faute a été commise.

Le juge devra dès lors rechercher si, en présence d'une situation déterminée, tout banquier normalement diligent et prudent, placé dans les mêmes circonstances, aurait pu ou non raisonnablement adopter cette solution. Ce n'est, partant, que si la solution choisie, en l'espèce, ne pouvait manifestement pas être adoptée qu'il y aura faute.

Le contrôle du juge participera donc du même procédé que lorsqu'il aura, par exemple, à apprécier une faute de gestion commise par un administrateur de société ou un abus de majorité ¹¹⁴. Le mécanisme est classique, tant en France qu'en Belgique. Il est d'ailleurs appliqué depuis toujours par les Cours de cassation belge et française, notamment dans le contrôle qu'elles exercent sur l'interprétation des conventions par les juges du fond, soit en Belgique par le biais de la violation de la foi due aux actes, soit en France par le biais de la théorie de la dénaturation ¹¹⁵.

113. Consultez notamment « Essais de logique juridique », à propos de l'usufruit d'une créance, *J.T.* 1956, p. 261 et ss., spécialement les communications de MM. Paul FORIERS et Ch. PERELMAN, pp. 266 et 272.

114. L. SIMONT et A. BRUYNEEL, *supra*, note 65, n° 26 et s., p. 702 et s.

115. Cons. la Mercuriale prononcée, le 1^{er} septembre 1978, par Monsieur le procureur général Dumon, alors premier avocat général ; « De la motivation des jugements et arrêts et de la violation de la foi due aux actes ».

Cette technique de contrôle a été rattachée récemment, à la suite des travaux du professeur Ronse, à la théorie du « contrôle marginal », se référant ainsi à la théorie néerlandaise du *marginale toetsing*, aux termes de laquelle, dans certains cas particuliers, le juge ne sanctionne la décision ou le comportement d'un sujet de droit investi d'un certain pouvoir discrétionnaire que dans la mesure où il sort manifestement des marges de ce qui est raisonnable ¹¹⁶.

C'est en ce sens, à notre avis ¹¹⁷, qu'il faut interpréter les décisions qui ont estimé que la faute susceptible d'entraîner la responsabilité du banquier devait être « caractérisée » ¹¹⁸. Aucune règle de droit positif ne permet, en effet, de déroger, en l'espèce, au principe suivant lequel la faute, même la plus légère, entraîne la responsabilité de son auteur lorsqu'elle cause un dommage à autrui.

Le banquier qui accorde ou maintient un crédit à une entreprise en difficulté ne commet donc une faute susceptible d'engager sa responsabilité, si elle cause un dommage à autrui, que dans la mesure où, au moment où il a pris sa décision, il devait nécessairement savoir que la situation du crédit était désespérée, sans qu'il ait pu raisonnablement croire à un redressement futur ¹¹⁹.

2.2.3.2. Cas particuliers

2.2.3.2.1. Immixtion du banquier dans la gestion du crédit

Si le banquier peut soumettre le crédit qu'il octroie à des conditions et s'il a l'obligation de surveiller l'utilisation du crédit et l'évolution de la situation du crédit, il ne saurait, sans s'exposer à des risques importants, aller jusqu'à s'immiscer dans la gestion de l'entreprise de ce dernier. La commission bancaire a à cet égard, attiré à plusieurs reprises l'attention des banques sur les dangers de ce que l'on a appelé des « crédits de commandites » ¹²⁰.

116. Sur cette notion : L. SIMONT et A. BRUYNEEL, *supra*, note 65, n° 26, p. 702; RONSE, « Le contrôle marginal des décisions discrétionnaires en droit privé », dans *Travaux du centre national de logique : la motivation des décisions de justice*, p. 403; DE PUYDT, « Marginale toetsing of de rechter als grensrechter », *Jura Falc.* 1974-1975, p. 435; L. CORNELIS, « De aansprakelijkheid van beheerders na faillissement (deel 2) », J.C.B. 1981, p. 107 et ss., spéc. n° 3 et ss., p. 108 et ss.

117. Voir en ce sens également L. SIMONT et A. BRUYNEEL, *supra*, note 65, nos 25 et 26, p. 700 et ss.

118. Bruxelles, 27 septembre 1978, *supra*, note 81, notamment.

119. L. SIMONT et A. BRUYNEEL, *supra*, note 65, p. 703 et réf.; P. VAN OMMESLAGHE, *supra*, note 61, n° 23, p. 41 et réf.; A. BRUYNEEL, *supra*, note 79, p. 326; C. PARMENTIER, *supra*, note 79, n° 11, p. 19 et s.; Bruxelles, 23 mai 1979 et 27 septembre 1978, *supra*, note 81; Comm. Charleroi, 18 décembre 1980, *supra*, note 112.

120. Commission bancaire, *Rapport 1969-1971*, p. 40; L. SIMONT et A. BRUYNEEL, *supra*, note 65, n° 27, p. 705, et les réf.; P. VAN OMMESLAGHE, *supra*, note 61, n° 19, p. 34 et s.

Les risques encourus par les banquiers adoptant pareille attitude peuvent être rangés en deux catégories essentielles¹²¹.

D'une part, le banquier s'expose à être considéré comme un gérant de fait, responsable à ce titre de sa gestion, notamment en ce qui concerne les sociétés anonymes et les sociétés de personnes à responsabilité limitée, sur base des articles 63ter et 103bis des lois coordonnées sur les sociétés commerciales, tels qu'introduits par la loi de réorientation économique du 4 août 1978 qui institue une action en comblement de passif, s'il est établi une faute *grave* et *caractérisée* des dirigeants de droit ou de fait de la société faillie ayant entraîné ou contribué à entraîner la faillite. Ces derniers textes¹²², dont on peut se demander si, loin d'alourdir la responsabilité des administrateurs, de droit ou de fait, ils ne l'allègent pas par rapport au droit commun, seront toutefois à notre sens rarement appliqués, *a fortiori* au banquier, dans la mesure où une faute *grave* et *caractérisée* est requise¹²³.

D'autre part, l'on pourrait soutenir, dans un autre ordre d'idées, que le banquier est l'associé de fait de son client¹²⁴, c'est-à-dire en principe suivant les critères adoptés par la Cour de cassation belge¹²⁵ son associé en nom collectif.

Les espèces de ce types demeurent cependant rares en Belgique. Un jugement, déjà évoqué, du Tribunal de Commerce de Bruxelles du 20 septembre 1979 qui retient la responsabilité d'une banque pour avoir brutalement mis *fin* à ses ouvertures de crédit au préjudice d'une entreprise en difficulté montre, cependant, que les hypothèses de ce type ne sont pas théoriques. Ce jugement relève que la banque avait pris le contrôle absolu et la direction de fait du crédit. Deux personnes avaient été déléguées spécialement à la surveillance de toutes les opérations. Le courrier était soumis à la banque et l'un de ses cadres avait été nommé « directeur du service financier de la comptabilité et de l'administration commerciale ». Celui-ci était délié de toute obligation de discrétion à l'égard de la banque et était placé sous la seule autorité de cette dernière, échappant ainsi aux directions des dirigeants du crédit¹²⁶.

Il résulte des fondements mêmes de ces cas particuliers de responsabilité pour immixtion dans la gestion du crédit, que les règles gouvernant ces cas

121. Comparez : C. PARMENTIER, *supra*, note 79, n° 19, p. 32.

122. Sur ces textes : RONSE, « De facultatieve aansprakelijkheid van de beheerders in zaakvoerders na faillissement met ontoereikend actief », *VEV*, mars 1979 ; L. CORNELIS, *supra*, note 116, spéc. p. 130 et ss.

123. L. SIMONT et A. BRUYNEEL, *supra*, note 65, n° 27, p. 705.

124. VAN OMMESLAGHE, *supra*, note 61, p. 35.

125. Cass., 17 mai 1968 et 28 juin 1968, Pas. 1968, I, 1074 et 1235.

126. C. PARMENTIER, *supra*, note 79, n° 19, p. 32.

peuvent être appliquées sans difficulté à d'autres créanciers. M. Van Ommeslaghe a, à juste titre, attiré l'attention sur la prudence particulière dont, non seulement les banques, mais aussi les autres créanciers devaient faire preuve à cet égard lorsque, ce qui n'est pas rare, ils participent à des comités de créanciers dans le cadre de l'élaboration de plans de redressement ou de concordats amiables¹²⁷.

2.2.3.2.2. Situation des établissements publics ou semi publics de crédit

La Belgique connaît un secteur financier public, ou semi-public, très développé (S.N.C.I., C.G.E.R., C.C.B., etc.) qui procède d'une création directe de l'État et qui joue un rôle de plus en plus important dans le financement de l'économie et, spécialement, des entreprises en difficulté.

La situation de ces organismes publics apparaît souvent délicate en raison des interventions politiques, de plus en plus fréquentes, les contraignant à faire crédit contre leur gré. Un arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles du 14 septembre 1979¹²⁸, confirmant une décision du Tribunal de Commerce de Bruxelles du 3 mai 1976¹²⁹, qui condamnait sévèrement la S.N.C.I. pour avoir consenti un crédit manifestement immérité, en fournit un exemple typique, quoique en dehors du problème des entreprises en difficulté puisqu'en l'espèce il s'agissait d'un crédit d'investissement à une entreprise nouvelle. Il apparaissait, en effet, que ce crédit n'avait été consenti qu'à la suite d'interventions insistantes du Cabinet du ministre des Affaires économiques.

Certes, les banques ne sont-elles pas à l'abri de pareilles interventions de l'État. Il n'en reste pas moins que, dans la plupart des cas, elles se trouvent mieux armées pour y résister que les établissements publics directement sous contrôle de l'État.

Quoi qu'il en soit, l'on considère généralement en Belgique, et la thèse est d'ailleurs défendue par les établissements publics eux-mêmes¹³⁰, que lorsque ces établissements demeurent dans leur rôle normal d'organisation de crédit, leur responsabilité est gouvernée par les mêmes principes que ceux qui s'appliquent aux organismes privés. Le cas échéant, si le gouvernement les mettait dans une situation telle qu'ils ne pourraient en fait agir autrement, un recours en garantie contre l'État nous paraîtrait pouvoir être envisagé.

127. P. VAN OMMESLAGHE, *supra*, note 61, n° 18, p. 33.

128. Bruxelles, 14 septembre 1979, J.T. 1980, p. 132 et la note L. SIMONT et A. BRUYNEEL.

129. Comm. Bruxelles, 3 mai 1976, J.T. 1977, p. 60.

130. Rapports de la S.N.C.I., 1967, p. 10, 1973, p. 9 et 10, 1976, p. 10, 1977, p. 11 et 1978, p. 12.

Pareille situation doit évidemment être distinguée du cas où, en raison de dispositions législatives ou réglementaires particulières, ces établissements publics n'interviennent que comme « l'instrument de l'octroi d'une subvention » sous forme de crédit. L'on sort, en effet, dans ce cas du domaine « de la décision de crédit au sens classique de l'expression, [la décision] étant fondée exclusivement ou à titre principal sur des considérations de politique économique régionale ou sociale¹³¹ ». Certes, dans pareilles hypothèses, l'établissement public n'échapperait pas à toute responsabilité, mais sa responsabilité de pouvoir public ne pourrait être appréciée de la même manière que celle pesant sur un banquier, ou tout autre créancier.

2.2.4. Dommage, relation causale et action du curateur de la faillite

Nous avons, jusqu'à présent examiné le problème de la responsabilité du donneur de crédit sous le seul angle de la faute. Or, conformément au droit commun, cette faute n'est susceptible d'emporter la responsabilité de son auteur que si elle cause un dommage.

Ce principe évident a été rappelé récemment par plusieurs décisions. C'est ainsi que l'arrêt, cité à plusieurs reprises¹³², de la Cour d'appel de Bruxelles du 27 septembre 1978 exclut l'existence d'une relation causale entre le « dommage » d'une caution et la prétendue faute de la banque, en relevant que la caution elle-même, par ses apports répétés de fonds, avait permis la survie de l'entreprise déficitaire.

Un arrêt de la même juridiction du 23 mars 1978¹³³ constate, dans un même ordre d'idées, que c'est, non pas en raison de l'intervention de la banque que les intimés avaient contracté, mais en raison de leurs relations personnelles avec l'entreprise en difficulté.

Nous avons déjà eu l'occasion de signaler, par ailleurs, que le préjudice causé par le maintien abusif d'un crédit revêtait deux aspects : les tiers peuvent d'une part, être trompés par une apparence de crédit fallacieux, ils voient, d'autre part, leur gage diminuer.

En réalité, si l'on examine chaque espèce *in concreto*, l'on s'aperçoit que les situations sont multiples.

Les créanciers antérieurs à la faute de la banque subissent, en principe, un préjudice à la différence entre le dividende qu'ils auraient obtenu en cas de faillite immédiate et le dividende qu'ils perçoivent effectivement *in fine*.

131. L. SIMONT et A. BRUYNEEL, *supra*, note 128, p. 137; P. VAN OMMESLAGHE, *supra*, note 61, n° 8, p. 18 et ss.

132. *Supra*, note 81.

133. Bruxelles, 23 mars 1978 R.C.J.B. 1977, nos 27 et 28, *Rev. Banque*, 1979, p. 426.

Parmi les créanciers postérieurs, les uns ont pu contracter en considération du crédit accordé. Leur préjudice est donc égal à la perte qu'ils éprouvent sur le montant de leur créance. D'autres, nous l'avons vu, ont pu contracter en pleine connaissance de cause. Ils n'ont, dans ce cas, subi aucun préjudice en relation causale avec le dommage. D'autres encore ont pu contracter par simple habitude, sans se soucier ni de la situation du crédité, ni de l'intervention de la banque. Il faudra déterminer, pour chacun d'eux, si, sans faute de la banque, il aurait ou non contracté, ce qui reviendra en fait à s'interroger sur la date de la faillite qui aurait résulté de la coupure des crédits. D'autres, enfin, auront pu eux-mêmes commettre une faute en relation causale avec leur dommage. Il y aurait, dès lors, matière à partage de responsabilités.

Aussi, la meilleure doctrine¹³⁴ et la jurisprudence dominante¹³⁵ considéraient-elles traditionnellement en Belgique, que le curateur à la faillite ne pouvait agir en responsabilité contre le banquier ou l'institution financière ayant artificiellement soutenu le crédit d'une entreprise en difficulté. En effet ainsi que la Cour de cassation l'avait, au demeurant, rappelé à diverses reprises¹³⁶, hors le cas où le curateur puise un droit d'action dans une disposition spéciale de la loi sur les faillites, celui-ci n'a qualité pour agir au nom de la masse des créanciers que dans la mesure où il intervient pour la défense d'intérêts communs à l'ensemble de ceux-ci. Il eut fallu dès lors, pour qu'il puisse introduire une action en responsabilité contre une banque donneuse de crédit, que le préjudice causé par celle-ci affecte tous ces créanciers dans une proportion égale¹³⁷.

D'où, mais ce n'est qu'un aspect de la question, la relative rareté des actions introduites par la voie principale, les créanciers ayant de multiples problèmes de preuve, ce qui n'est évidemment pas le cas du curateur qui, représentant à la fois le failli et les créanciers, dispose de toutes les informations utiles¹³⁸.

134. L. SIMONT et A. BRUYNEEL, *supra*, note 65, n° 33, p. 713 et ss.; P. VAN OMMESLAGHE, *supra*, note 61, n° 37 et 38; A. d'ETEREN et Cl. VERBRACKEN, *supra*, note 79, n° 9707; L. CORNELIS, *J.C.B.* 1980, p. 342 et s. *Contra*: A. ZENNER, *supra*, note 72, p. 53; M. REGOUT-MASSON, « De la constitution de partie civile contre le failli », *J.T.* 1979, p. 457, spéc. n° 19, p. 421.

135. Gand, 18 mars 1925 B.J. 1925, Col. 411 et 25 avril 1974 (affaire *Pauwels*), inédit; Mons, 16 mai 1979, R.P.S. 1979, p. 158. *Contra*: Comm. Bruxelles, 29 octobre 1976, *J.T.* 1979, p. 58; Bruxelles, 13 janvier 1981 (*S.A. Egimo et S.A. Promibel / M^{re} Van de Velde q.q.*), inédit.

136. Cass., 14 décembre 1899, Pas. 1900, I, 59 et les conclusions de M. le premier avocat général Melot; Cass, 3 juin 1975, Pas. 1975, I, 945; Cass., 8 avril 1976, Pas. 1976, I, 881 et *J.T.* 1977, 115.

137. Outre les références citées à la note 134, voir: J. VAN RYN et J. HEENEN, *supra*, note 4, n° 2676, CLOQUET, *op. cit.*, *supra*, note 7, n° 2162 et réf.

138. L. SIMONT et A. BRUYNEEL, *supra*, note 65, n° 33, p. 713.

Dans un arrêt récent du 12 février 1981, rendu sur conclusions contraires du Ministère Public, la Cour de cassation¹³⁹, s'inspirant sans doute de la solution prévalant en France depuis l'arrêt Laroche du 7 janvier 1976¹⁴⁰, a toutefois condamné cette solution à propos d'un litige qui mettait en cause la responsabilité des administrateurs et du commissaire d'une société à qui l'on reprochait d'avoir poursuivi abusivement une exploitation déficitaire. Conformément à l'enseignement classique, la Cour d'appel de Mons, ayant constaté qu'un créancier au moins, l'Office National de la Sécurité Sociale, pouvait être rendu complice des fautes reprochées aux administrateurs pour avoir consenti des délais de paiement rendant possible la poursuite d'activités, avait déclaré non recevable l'action quasi-délictuelle du curateur agissant au nom des créanciers, chacun des créanciers n'ayant pas subi le même préjudice. Cet arrêt fut cassé par la Cour de cassation qui, en termes non dépourvus d'ambiguïté, décida :

Que la mission générale du curateur est de réaliser l'actif du failli et de distribuer les deniers qui proviendraient de la réalisation de cet actif;

... que lorsque le curateur agit en justice au nom de la masse, il exerce les droits qui sont communs à l'ensemble des créanciers, mais non les droits individuels de ceux-ci;

Que sont communs à l'ensemble des créanciers les droits résultant de dommages causés par la faute de toute personne qui a eu pour effet d'aggraver le passif de la faillite ou d'en diminuer l'actif, qu'en raison du dommage ainsi causé à la masse des biens et des droits qui forment le gage commun des créanciers, cette faute est la cause d'un préjudice collectif pour ceux-ci et liés des droits qui leur sont, par nature, communs;

Que le fait que l'un des créanciers, en raison de circonstances qui lui sont propres, notamment d'une faute commise par lui, n'aurait pas, en proportion de sa créance, les mêmes droits que les autres créanciers dans la masse, ne peut faire obstacle à la recevabilité des actions introduites au nom de la masse, par le curateur et notamment d'une action en responsabilité *quelle que soit l'incidence que ce fait peut avoir sur le fond du litige.*

Formule particulièrement obscure, qui à notre sens ne peut s'interpréter que de la manière suivante : *a priori*, invoquant un préjudice collectif, le curateur est recevable en son action, mais celle-ci ne pourrait être accueillie s'il s'avérait qu'en fait, ce préjudice collectif n'est pas prouvé, certains créanciers n'ayant pas subi de dommage en relation causale avec la faute.

139. Cass., 12 février 1981, J.C.B. 1981, p. 154; B. VAN BRUYSTEGHEM, « De bevoegdheid van de curator om gehadelsonstelling te vordere voor rekening van de boedel en/of voor rekening van de gezamenlijke geheeldeisers (naar aanleiding van Cass. 12 februari 1981) » J.C.B. 1981, p. 301.

140. Cass. Fr., 7 janvier 1976, J.C.P. 1976. 18327, note C. GAVALDA et J. STOUFFLET, D. 1976. 277, note DERRIDA et SORTAIS; Cass. Fr., 24 janvier 1978, S. 1978. 189, note HONORAT; Cass. Fr., 31 mars 1978, J.C.P. 1979, note BRUNET; Cass. Fr., 3 janvier 1979, obs. DERRIDA, D. 1979, inf. rap. 372, Paris 19 juin 1978, D. 1979, inf. rap. p. 137 et obs. M. VASSEUR.

En toute hypothèse, quel que soit l'intérêt pratique de la solution adoptée par l'arrêt du 12 février 1981, celle-ci se justifie mal en droit. En effet, la jurisprudence de la Cour de cassation de France trouve, à notre sens, appui dans la seule théorie de la personnalité morale de la masse, laquelle permet de concevoir un préjudice de la masse, distinct de la somme des préjudices individuels des créanciers qui la composent. Or cette théorie ne peut être invoquée en Belgique, étant généralement écartée¹⁴¹.

De plus, ainsi qu'on l'aura observé en France après l'arrêt Laroche, de nombreux problèmes¹⁴² restent posés ou sont créés pour la solution de la Cour de cassation. Comment chiffrer le préjudice collectif? Est-il égal à la somme des préjudices individuels ou à la diminution de l'actif ou à l'augmentation du passif comme semble l'indiquer l'arrêt? Dans ce cas, comment concilier l'action du curateur et les actions des créanciers, poursuivant individuellement la réparation d'un préjudice particulier.

Enfin, et surtout, comment le curateur répartira-t-il les fonds recueillis spécialement aux créanciers responsables ou à ceux qui n'ont pas subi de préjudice en relation causale avec le dommage?

Autant de questions qui restent ouvertes tant en Belgique qu'en France. Il n'est dès lors nullement certain que l'arrêt du 12 février 1981 établisse la paix judiciaire.

Conclusion

Au terme de cette étude, nécessairement incomplète, de la situation des créanciers et des institutions financières face aux entreprises en difficultés, nous croyons pouvoir faire les constatations suivantes.

Par le biais des procédures de concordat judiciaire, qui ne peuvent être, en pratique, isolées de l'action originale des services d'enquêtes commerciales des Tribunaux de Commerce, une majorité de créanciers peut imposer à une minorité des plans de réorganisation arrêtés de commun accord avec l'entreprise en difficulté. Ces plans pourraient, le cas échéant, imposer une transformation des droits des créanciers, par exemple en actions. Ces procédures supposent cependant, dans l'état actuel du droit, que l'entreprise concernée soit commerciale au sens des articles 2 et 3 du Code de Commerce, ce qui exclut un nombre non négligeable d'entreprises économiques « civiles ». Les conditions de bonne foi et d'état de cessation de paiement du débiteur contribuent, par ailleurs, à limiter le champ d'application de ces procédures.

141. L. SIMONT et A. BRUYNEEL, *supra*, note 65, n° 33, p. 715; P. VAN OMMESLAGHE, *supra*, note 61, n° 38 et réf.

142. C. PARMENTIER, *supra*, note 79, p. 66 à 68.

En dehors du cas des procédures légalement organisées, il est en revanche difficile, en pratique, de recourir à des concordats amiables si l'ensemble des créanciers ne marquent pas leur accord sur les termes de ceux-ci.

Sur le plan individuel, la situation des créanciers importants, et spécialement des entreprises financières, face aux entreprises en difficultés, s'avère souvent inconfortable. Ceux-ci s'exposent, soit au grief d'avoir abusé de leurs droits, par exemple en rompant ou suspendant leurs relations contractuelles, avec pour conséquence une faillite de leur débiteur, soit au grief d'avoir fautivement concouru à la poursuite d'une entreprise déficitaire au préjudice des autres créanciers, voire du débiteur lui-même.

Si la jurisprudence et la doctrine belges ont à cet égard dégagé, spécialement en matière de responsabilité bancaire, les critères permettant d'apprécier la responsabilité des créanciers, il n'en reste pas moins que l'application de ceux-ci à chaque cas d'espèce est délicate, requérant du juge une appréciation « marginale » de la décision prise par le créancier intéressé, replacée dans son contexte.

En revanche, il n'existe, à notre connaissance, aucune décision sanctionnant, en Belgique, un refus abusif par une majorité de créanciers de voter un concordat judiciaire ou un concordat après faillite. Rien toutefois ne s'opposerait, à notre sens, à ce que pareil refus soit sanctionné sur base de la théorie du détournement de pouvoir en droit privé, qui n'est, à notre sens, qu'un aspect de la théorie de l'abus des droits¹⁴³.

143. P.A. FORIERS, FR. MAUSSION, L. SIMONT, *supra*, note 57, p. 183 à 185.