Institutional Repository - Research Portal
Dépôt Institutionnel - Portail de la Recherche
researchportal.unamur.be
University of Namur

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

L'évolution de la jurisprudence en matière de faillite

George, Florence

Published in:
Le droit de l'insolvabilité

Publication date:
2018

Document Version
le PDF de l'éditeur

Link to publication

Citation for pulished version (HARVARD):
George, F 2018, L'évolution de la jurisprudence en matière de faillite. Dans *Le droit de l'insolvabilité: analyse panoramique de la réforme.* Anthemis, Limal, p. 475-512.

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

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

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

Download date: 25. Apr. 2024

L'évolution de la jurisprudence relative à la faillite

Florence GEORGE
Chargée de cours à l'UNamur
Avocate au barreau de Huy

1. Introduction. La loi sur les faillites[1] vient de fêter son dernier anniversaire. La réforme du droit de l'insolvabilité[2] prévoit en effet son abrogation. Le droit de la faillite migre dans le nouveau Livre XX du Code de droit économique qui a désormais vocation à accueillir l'ensemble des législations ayant trait à l'insolvabilité. La loi du 11 août 2017 portant insertion du Livre XX dans le Code de droit économique entrera en principe en vigueur le 1er mai 2018, sous réserve de certaines exceptions.

Pour célébrer l'anniversaire de la loi, quoi de plus logique que de retracer les grandes étapes de son évolution et de parcourir les avancées jurisprudentielles[3]. Le périmètre de nos recherches est toutefois délibérément limité aux mutations les plus marquantes.

2. Plan. Dans un premier temps, nous reviendrons sur l'évolution de l'article 46 de la loi sur les faillites (section 1). Ensuite, nous nous intéresserons à la notion de dette de la masse ainsi qu'à ses contours (section 2). Nous aborderons également sur le sort des mécanismes du droit des obligations en cas de faillite et plus particulièrement sur la compensation en matière fiscale (section 3) et la clause de réserve de propriété (section 4). L'occasion nous sera ainsi donnée de rebondir sur l'utilisation du droit de propriété à titre de garantie et, plus particulièrement, sur l'accueil limité que réserve la Cour de cassation à la cession de créances à titre fiduciaire (section 5). Enfin, un regard critique sera porté sur le sort particulièrement favorable réservé au conjoint du failli (section 6) avant d'aborder les actions en responsabilité (section 7) et en inopposabilité (section 8) diligentées par le curateur. Dans chaque chapitre, les dernières réformes législatives sont intégrées à la suite de l'analyse de la jurisprudence.

---

1 Loi du 8 août 1997 sur les faillites, *M.B.*, 28 octobre 1997.

2 Loi du 11 août 2017 portant insertion du Livre XX « Insolvabilité des entreprises », dans le Code de droit économique, et portant insertion des définitions propres au Livre XX, et des dispositions d'application au Livre XX, dans le Livre Ier du Code de droit économique, *M.B.*, 11 septembre 2017.

3 Voy., pour une analyse plus complète, Fl. GEORGE, *Le droit des contrats à l'épreuve de la faillite. Essor ou déclin du principe de l'égalité des créanciers ?*, Bruxelles, Larcier, 2018, à paraître.

Section 1
L'article 46 de la loi sur les faillites

§ 1. La poursuite des contrats en cours et l'existence d'un droit de résiliation du curateur

3. Poursuite des contrats en cours. Le principe selon lequel les contrats sont poursuivis en dépit de la survenance d'une faillite est ancré à l'article 46 de la loi sur les faillites (futur art. XX.139 CDE). Il est unanimement admis qu'en principe, les contrats conclus par le débiteur subsistent malgré la survenance de la faillite[4].

4. Existence d'un droit de résiliation dans le chef du curateur? Le principe du maintien des contrats en cours n'est toutefois pas absolu. Les termes employés à l'article 46 de la loi sur les faillites[5] laissent en effet penser que le curateur est en droit de « mettre fin » aux contrats souscrits par le failli. La portée des pouvoirs reconnus par l'article 46 au curateur est toutefois difficile à circonscrire. Certains auteurs[6] estiment que le législateur n'a fait que confirmer la solution traditionnelle dégagée par la jurisprudence et la doctrine selon laquelle le curateur n'est admis qu'à refuser l'exécution des contrats. D'autres avancent que le curateur bénéficie dorénavant d'un véritable droit de résiliation[7].

5. Présomption de résiliation insérée à l'article 46. Le curateur peut très bien tarder à prendre attitude quant à la poursuite ou non des contrats. Pour éviter une éventuelle période de latence, le législateur a prévu que les créanciers peuvent contraindre le curateur à opérer un choix dans la quinzaine.

4 J. Van Ryn et J. Heenen, *Principes de droit commercial*, t. IV, Bruxelles, Bruylant, 1965, p. 323 ; I. Verougstraete, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2011, p. 476 ; M. Lemal, *Les effets de la faillite sur les personnes*, Waterloo, Kluwer, 2012, p. 132.

5 « Dès leur entrée en fonction, les curateurs décident sans délai s'ils poursuivent l'exécution des contrats conclus avant la date du jugement déclaratif de la faillite et auxquels ce jugement ne met pas fin.
La partie qui a contracté avec le failli peut mettre les curateurs en demeure de prendre cette décision dans les quinze jours. Si aucune prorogation de délai n'est convenue ou si les curateurs ne prennent pas de décision, le contrat est présumé être résilié par les curateurs dès l'expiration de ce délai ; la créance de dommages et intérêts éventuellement dus au cocontractant du fait de l'inexécution entre dans la masse.
Lorsque les curateurs décident d'exécuter le contrat, le cocontractant a droit, à charge de la masse, à l'exécution de cet engagement dans la mesure où celui-ci a trait à des prestations effectuées après la faillite. »

6 L. Herve, « Aperçu général du sort des contrats en cours dans le cadre des nouvelles lois sur les faillites et sur le concordat judiciaire », *Act. dr.*, 1997, pp. 437-438 ; T. Bosly et M. Alhadeff, « Développements récents en matière de faillite », *in Réorganisation judiciaire, faillite, liquidation déficitaire. Actualités et pratique*, CUP, vol. 120, Liège, Anthemis, 2010, p. 248.

7 C. Van Buggenhout et I. Van de Mierop, « Wat baten kaars en bril, als den uil niet zien wil », note sous Cass., 24 juin 2004, *R.D.C.*, 2005, pp. 256-257 ; Ch. Van Buggenhout et J. De vos, « De voortzetting van de overeenkomsten door de curator: het cassatiearrest van 24 juni 2004 », *in* E. Braeckmans, H. Cousy, E. Dirix, B. Tilleman et M. Van Meenen, *Curatoren en vereffenaar: actuele ontwikkelingen*, Anvers, Intersentia, 2006, pp. 630-631.

La sanction prévue par le législateur à l'article 46, alinéa 2, consiste en une « présomption de résiliation ». De l'expression initialement proposée « le contrat est résolu », le législateur en est arrivé à l'expression « le contrat est présumé être résilié par le curateur »[8]. Il s'agit clairement d'une nouveauté terminologique dans le système juridique belge.

§ 2. Le droit de résiliation du curateur : évolution jurisprudentielle

6. Présentation. La portée de l'article 46 fut longtemps sujette à discussion. Nos plus hautes juridictions furent dès lors amenées à se prononcer sur l'interprétation de l'article 46. Nous revenons successivement sur les grands arrêts rendus par la Cour d'arbitrage (devenue Cour constitutionnelle) et la Cour de cassation.

7. Arrêt de la Cour d'arbitrage du 10 décembre 2003. Tout d'abord, la Cour d'arbitrage est saisie de deux questions préjudicielles qui portent chacune sur l'interprétation de l'article 46[9]. La première d'entre elles interprète l'article 46 comme autorisant un curateur à déroger à la loi du 30 avril 1951 sur les baux commerciaux en ne respectant pas les conditions fixées par cette loi pour pouvoir mettre fin au bail qui lie le failli au preneur, tandis que la seconde vise l'article 46 de la loi du 8 août 1997 sur les faillites en ce sens qu'il interdirait au preneur évincé de réclamer paiement au curateur *qualitate qua* d'une indemnité d'éviction telle que prévue par l'article 25 de la loi du 30 avril 1951. Dans son arrêt du 10 décembre 2003[10], la Cour répond par la négative aux questions préjudicielles et juge les interprétations compatibles avec les articles 10 et 11 de la Constitution.

Ensuite, c'est au tour de la Cour de cassation d'être saisie de la question de la portée de l'article 46, et ce, à plusieurs reprises.

8. Arrêt de la Cour de cassation du 24 juin 2004. Dans une première affaire, une société avait consenti à la résiliation d'un contrat de sous-location tout en s'opposant à celle relative au contrat de bail principal. Le curateur intenta donc une action au fond en vue de faire reconnaître la validité des résiliations anticipées intervenues en vertu de l'article 46 de la loi sur les faillites. Il fut débouté tant en premier qu'en second ressort. La cour d'appel de

8 L'amendement soumis avait, au départ, un objectif précis. L'utilisation du terme « résolu » suscitait, en effet, quelques difficultés en droit du travail. Il ne permettait pas aux travailleurs de prétendre à une indemnité de licenciement dans la mesure où cette dernière exige que l'initiative du congé repose sur l'employeur (T. Hürner et N. Ouchinsky, « Le régime des contrats en cours dans les procédures collectives depuis l'arrêt de la Cour de cassation du 10 avril 2008 », *R.F.D.L.*, 2009, p. 217). Le subterfuge suggéré, véritable *deus ex machina*, présentait l'avantage de permettre aux travailleurs de pouvoir revendiquer l'obtention d'une indemnité de rupture.

9 L'affaire portée devant les juridictions du fond concerne deux parties à un contrat de bail commercial. La société bailleresse est déclarée en faillite, tandis que les curateurs décident de notifier à la société locataire leur volonté de ne pas poursuivre l'exécution du contrat.

10 C.A., 10 décembre 2003, *R.D.C.*, 2004, p. 253, note H.R., *R.W.*, 2005-2006, pp. 52 et s.

Bruxelles[11] confirma le jugement attaqué et décida que « le libellé de cet article (art. 46) ne permet pas d'avancer que ce curateur pourrait méconnaître l'existence et la durée de cet acte notarié de bail commercial en mettant fin audit contrat avant son échéance. Le fait que la loi du 8 août 1997 sur les faillites est d'ordre public et que le curateur doit viser l'intérêt de la masse, est sans pertinence »[12]. Elle refusa également de suivre l'argument suivant lequel la « poursuite du contrat causera un préjudice à la masse des créanciers dans la mesure où elle l'empêcherait de réaliser le fonds de commerce et l'immeuble, et pourrait même engendrer des coûts dans le cadre de l'exécution de ses obligations de bailleur, et ce au préjudice de la masse ».

Le litige remonte alors jusqu'à la Cour de cassation qui, dans un arrêt célèbre du 24 juin 2004[13], affirme qu'« il n'appartient pas au curateur de résilier un contrat opposable conclu par le failli, lorsque la poursuite du contrat ne fait pas obstacle à la liquidation normale de la masse ; que le curateur peut par contre *mettre fin* à un contrat qui lie le failli, si la *résiliation* du contrat est nécessaire à l'administration de la masse en bon père de famille, sans préjudice des droits découlant alors, pour le contractant de la faillite, en raison de l'*inexécution* du contrat »[14]. En décidant, sans vérifier *in concreto*, que « rien ne fait obstacle à ce que le curateur réalise l'immeuble nonobstant l'existence du contrat de bail commercial », la cour d'appel n'a, selon la Cour de cassation, pas légalement justifié sa décision.

L'idée selon laquelle le curateur peut mettre fin aux contrats conclus par le failli commence à faire son chemin.

9. Arrêt de la Cour de cassation du 10 avril 2008. Quatre ans plus tard, un nouvel arrêt vient clarifier les contours de l'article 46 et fortifier la jurisprudence de la Cour. Dans cette affaire, un bailleur à ferme avait été déclaré en faillite. Le curateur décida, *qualitate qua,* qu'il ne poursuivrait pas l'exécution des conventions de bail à ferme conclues avec les différents locataires. Pour ce faire, le curateur s'appuyait sur l'intérêt de la masse sans plus de précisions. La résiliation opérée par le curateur fut fermement contestée par les fermiers. La cour d'appel de Bruxelles[15], réformant la décision rendue en premier ressort, fit droit à la demande du curateur : les décisions de ne « pas poursuivre l'exécution des contrats de bail sont valables », tandis que « les biens immobiliers qui ont fait l'objet des contrats de bail résiliés peuvent être vendus libres de tout bail ».

11 Bruxelles, 26 février 2002, *R.W.*, 2003-2004, p. 388.

12 Bruxelles, 26 février 2002, *R.W.*, 2003-2004, p. 388.

13 Cass., 24 juin 2004, *Pas.*, 2004, p. 1130, *R.W.*, 2005-2006, p. 53, note W. Van Lembergen et note S. Brijs, *R.D.C.*, 2005, p. 241, note A. Zenner et C. Alter et note C. Van Buggenhout et I. Van de Mierop. Voy., pour une analyse de cet arrêt, Fl. George, « Faillite et (in)exécution du contrat : questions choisies », *in* X., *Chronique de jurisprudence en matière de contrats spéciaux,* Liège, Anthemis, 2011, pp. 239-241.

14 Nous mettons en italique.

15 Bruxelles, 11 mai 2005, *NjW*, 2006, p. 801.

Les locataires se pourvoient donc en cassation. Ils partent notamment du postulat selon lequel, « S'il y a lieu d'admettre que dans son arrêt du 24 juin 2004 la Cour a reconnu l'existence d'un droit spécial de résiliation pour le curateur fondé sur l'article 46 de la loi du 8 août 1997 ce droit ne peut être exercé que dans les circonstances indiquées par la Cour ». Ils allèguent ensuite qu'il appartient donc au curateur, conformément à l'arrêt rendu par la cour, de démontrer concrètement que la résiliation est nécessaire à l'administration de la masse en bon père de famille. Bien que l'arrêt attaqué relève expressément que le curateur n'a pas démontré *in concreto* cette condition, les juges viennent compléter et suppléer cette absence de justification. En procédant de la sorte, l'arrêt viole, d'après les demandeurs, notamment l'article 46 de la loi sur les faillites.

Dans son arrêt du 10 avril 2008[16], la Cour fait droit à cette argumentation. Elle s'écarte des conclusions prises par l'avocat général et casse l'arrêt attaqué en ces termes :

> « 1. Lorsque l'administration de la masse le requiert nécessairement, c'est-à-dire lorsque la continuation du contrat conclu par le failli fait obstacle à la liquidation de la masse ou compromet anormalement la liquidation, le curateur peut, en vertu de l'article 46 de la loi du 8 août 1997 sur les faillites, mettre fin à un contrat en cours conclu par le failli, même si ce contrat confère des droits opposables à la masse.
>
> Le simple fait que les biens acquièrent ainsi une valeur marchande moindre, n'empêche pas en soi le règlement normal de la faillite.
>
> 2. Il appartient au curateur de prouver que l'administration de la masse nécessite la fin du contrat. »

La Cour admet expressément que le curateur peut résilier des contrats en cours lorsque l'administration de la masse le requiert[17].

10. Arrêt de la Cour de cassation du 21 mars 2014. La Cour est ensuite saisie d'une question plus ciblée. Cette dernière a trait aux contours de la présomption de résiliation prévue à l'article 46. Dans son arrêt du 21 mars 2014, la Cour de cassation décide que cette présomption « ne requiert pas que la résiliation du contrat soit nécessaire à la bonne administration de la masse »[18]. Le critère retenu pour apprécier le bien-fondé de la résiliation opérée par le curateur ne s'applique pas, par analogie, à la présomption de résiliation.

11. Arrêt de la Cour de cassation du 3 décembre 2015. Dans son arrêt du 3 décembre 2015[19], la Cour ne désavoue pas sa jurisprudence de 2004 et

16 Cass., 10 avril 2008, *J.L.M.B.*, 2008, p. 1588, *T. Not.*, 2009, p. 201, note F. Bouckaert.

17 Voy. égal. le communiqué publié à l'époque sous la rubrique « Actualité » du site de la Cour de cassation qui faisait état de ce que le pouvoir de mettre fin au contrat dans le chef du curateur ne pourra être mis en œuvre que dans des « cas extrêmes » (www.cassonline.be), et I. Verougstraete, J.-F. Leclercq, P. Lecroart et S. Lierman, *Rapport de la Cour de cassation 2004*, http://www.cassonline.be/uploads/70/cass2008fr.pdf.

18 Cass., 21 mars 2014, R.G. n° C.13.0477.F, *J.T.*, 2014, p. 545, *Pas.*, 2014, p. 796, *R.W.*, 2014-2015, p. 1144, *T.B.O.*, 2015, p. 38.

19 Cass., 3 décembre 2015, *R.D.C.*, 2016, p. 846, note J. Malekzadem, *NjW*, 2016, p. 578, note V. Sagaert, *R.W.*, 2016-2017, p. 1133, *T.B.O.*, 2016, p. 317.

Droit - Namur

2008. Au contraire, elle réitère l'existence d'un droit de résiliation dans le chef du curateur.

La Cour livre toutefois, à cette occasion, de nouveaux enseignements. Jusque-là, les décisions soumises à la censure de la Cour concernaient exclusivement des contrats afférents à des droits personnels. Une nouvelle question est toutefois soumise à la Cour à l'occasion d'un récent arrêt du 3 décembre 2015[20]. Qu'en est-il du pouvoir de résiliation du curateur face à des contrats qui créent des droits réels ? Dans cette nouvelle affaire, un curateur invoquait avoir rompu le contrat de superficie qui liait le failli en qualité de superficiaire sur le pied de l'article 46. Pour le tréfoncier, demandeur en cassation, même si l'article 46 de la loi du 8 août 1997 ne contient pas d'exceptions ou de dérogations, le curateur ne peut méconnaître l'existence et la durée du contrat de superficie en y mettant fin de manière prématurée. La Cour refuse d'épouser la thèse du demandeur en cassation et rejette le pourvoi. Elle décide que :

> « En vertu de l'article 46 de la loi du 8 août 1997 sur les faillites, lorsque l'administration de la masse le requiert nécessairement, le curateur peut résilier un contrat en cours conclu par le failli, même si ce contrat octroie des droits qui sont opposables à la masse. Ainsi, lorsque les conditions prévues à cet effet sont réunies, le curateur peut résilier les contrats en matière d'usage et de jouissance de biens immeubles même si les droits ainsi octroyés répondent à un droit réel.
>
> Le moyen, qui soutient qu'en vertu de l'article 46 de la loi du 8 août 1997, le curateur ne peut pas porter atteinte à la durée d'un contrat établissant un droit de superficie en résiliant anticipativement ce contrat dans l'intérêt de la masse, repose sur un soutènement juridique erroné. »

Une nouvelle étape est franchie par la Cour. L'article 46 s'applique à tous les contrats peu importe qu'ils donnent naissance à des droits personnels ou des droits réels[21] [22].

[20] Cass., 3 décembre 2015, *R.D.C.*, 2016, p. 846, note J. Malekzadem, *NjW*, 2016, p. 578, note V. Sagaert, *R.W.*, 2016-2017, p. 1133, *T.B.O.*, 2016, p. 317.

[21] Voy., sur l'application de l'article 46 à l'ensemble des droits réels, J. Malekzadem, « Een extra puzzel in het spel van de curator en de lopende overeenkomsten », note sous Cass., 3 décembre 2015, *R.D.C.*, 2016, pp. 853 et s. ; V. Sagaert, « Het lot van zakelijke rechten bij faillissement van de medecontractant. Of de eenheid van het vermogensrecht », note sous Cass., 3 décembre 2015, *R.W.*, 2016-2017, pp. 1134 et s. Voy. toutefois *contra* : M.E. Storme et R. Jansen, « Zakelijke rechten en insolventie », in V. Sagaert, « Kroniek privaat Vastgoedrecht 2016-2017 », *Themis* cahier, 99, Bruges, die Keure, 2017, p. 165 ; J. De Smet, *Ondernemingen in moeilijkheden. Grondige analyse van de faillissementswet en de strafrechtelijke bepalingen*, Gand, Story Publishers, 2015, p. 180 ; Gand, 7 octobre 2013, *R.W.*, 2014-2015, p. 230.

[22] Voy., sur l'incidence de l'application de l'article 46 sur les droits réels des tiers, V. Sagaert, « Het lot van zakelijke rechten bij faillissement van de medecontractant. Of de eenheid van het vermogensrecht », note sous Cass., 3 décembre 2015, *R.W.*, 2016-2017, pp. 1135 et s. L'auteur y traite, par ex., du sort du tiers bénéficiant d'une hypothèque sur le droit d'emphytéose.

§ 3. La réforme du droit de l'insolvabilité

12. Retour en arrière. Un frein est toutefois mis à cette évolution par le législateur dans le cadre de la réforme du droit de l'insolvabilité. La solution inverse de celle adoptée par la Cour de cassation est retenue à l'article XX.139, § 1er, *in fine* du CDE qui précise dorénavant que la décision de résiliation ne peut pas porter atteinte aux droits réels de tiers. Les travaux préparatoires indiquent que « cela ne peut signifier que le curateur peut (aussi) mettre fin à des droits réels concédés par le failli à des tiers (par exemple quand le failli a octroyé le droit de superficie). Le cocontractant du failli conserve tous les droits réels (usufruit, superficie, emphytéose) dont les conditions d'opposabilité à la masse ont été remplies avant la déclaration de faillite »[23].

13. Toilettage de la présomption de résiliation. La réforme du droit de l'insolvabilité modifie légèrement le prescrit de l'article 46, alinéa 2. L'article XX.139, § 1er, alinéa 2, du Code de droit économique dispose désormais que « Le cocontractant peut mettre les curateurs en demeure de prendre cette décision dans les quinze jours. Sous réserve d'une prorogation amiable, si les curateurs n'ont pris aucune décision expresse avant l'expiration de ce délai, le contrat est *considéré comme étant résilié*[24] ». Le terme présomption disparaît sans toutefois que les conséquences de cette modification ne soient explicitées dans les travaux préparatoires.

Section 2
Les dettes de la masse

§ 1. La qualification de dette de la masse et ses conséquences

14. Notion de « dettes de la masse »[25]. Fruit de la pratique[26], la notion de dette de la masse a, elle aussi, évolué au fil du temps et au gré de nombreux arrêts de la Cour de cassation.

Les créanciers de la masse bénéficient d'un statut particulièrement avantageux, raison pour laquelle nombreux sont ceux qui tentent de s'en prévaloir. On

[23] Projet de loi portant insertion du Livre XX « Insolvabilité des entreprises », dans le Code de droit économique et portant insertion des définitions propres au Livre XX, et des dispositions d'application au Livre XX, dans le Livre Ier du Code de droit économique, *Doc. parl.*, Chambre, 2016-2017, n° 2407/001, pp. 90-91. Voy., en faveur de cette modification, B. Pirlet, « Application de l'article 46 de la loi sur les faillites au contrat d'emphytéose : réflexion sur la nature des droits réels à la lumière de l'arrêt de la Cour de cassation du 3 décembre 2015 », *R.D.C.*, 2015, pp. 701-729. Pour l'auteur, « l'article 46 de la loi sur les faillites n'est pas compatible avec la nature des droits réels ». B. Pirlet soutient, en effet, que les contrats à exécution instantanée (notamment le contrat constitutif d'emphytéose) ne peuvent faire l'objet d'une résiliation.

[24] Nous soulignons.

[25] Voy., sur cette notion, A. De Wilde, *Boedelschulden in het insolventierecht*, Anvers, Intersentia, 2005.

[26] Elle découle d'une interprétation extensive du texte de l'article 561 de l'ancienne loi du 18 avril 1851 sur les faillites.

peut ainsi épingler, outre le paiement préférentiel qu'elle implique[27], l'absence de suspension du cours des intérêts[28], l'absence d'interdiction de compensation quand les deux dettes sont qualifiées « de la masse »[29], l'absence de soumission à la procédure de vérification de créances[30], ainsi que la possibilité de procéder à des mesures d'exécution malgré la situation de concours[31] [32].

15. Apparition de deux critères. Deux critères ont progressivement été dégagés pour départager les dettes de la masse des dettes dans la masse. D'une part, les dettes de la masse sont des dettes postérieures au jugement déclaratif de faillite (critère chronologique), d'autre part, un lien étroit doit exister entre la dette et la gestion de la faillite par le curateur (critère fonctionnel).

Le premier critère, chronologique, mis en avant par la Cour de cassation, a rapidement montré ses limites[33]. Son application conduisait à de nombreuses incohérences[34]. La nécessité d'un second critère s'est dès lors rapidement fait

27 A. Zenner, « Dettes dites "de masse" et contrats en cours au moment de la faillite », *J.T.*, 1982, p. 85 ; A. Cloquet, *Les Novelles, Droit commercial*, t. IV « Les concordats et la faillite », 3e éd., Bruxelles, Larcier, 1985, p. 533, n° 1789.

28 A. Cloquet, *Les Novelles, Droit commercial*, t. IV « Les concordats et la faillite », *op. cit.*, p. 533, n° 1789 ; A. Zenner, « Des frais et des dépenses de l'administration de la faillite aux dettes de la masse », *in* X., *Les créanciers et le droit de la faillite*, séminaire organisé à Liège les 17 et 18 novembre 1982, Bruxelles, Bruylant, 1983, p. 724 ; M. Grégoire et M.-D. Weinberger, « Dettes de la masse : définition et applications en clair-obscur », *in* X., *Mélanges à John Kirkpatrick*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 369 ; A. De Wilde, *Boedelschulden in het insolventierecht*, Anvers, Intersentia, 2005, p. 487 ; E. Dirix et R. De Corte, *Beginselen van Belgisch privaatrecht*, XII, *Zekerheidsrechten*, Malines, Kluwer, 2006, p. 53 ; M. Lemal, *Les effets de la faillite sur les personnes*, Waterloo, Kluwer, 2012, p. 131.

29 A. De Wilde, *Boedelschulden in het insolventierecht*, Anvers, Intersentia, 2005, p. 487.

30 C. Lyon-Caen et L. Renault, *Traité de droit commercial*, t. VII, Paris, F. Pichon, 1914, p. 591, n° 557 ; L. Frederico, *Traité de droit commercial*, t. VII, *Faillites et banqueroutes. Sursis de paiement. Concordats judiciaires*, Gand, Éditions Fecheyr, 1949, p. 277, n° 152 ; J. Van Ryn, J. Heenen, *Principes de droit commercial*, t. IV, Bruxelles, Bruylant, 1965, p. 321, n° 2779, et p. 348, n° 2811 ; A. Zenner, « Dettes dites "de masse" et contrats en cours au moment de la faillite », *J.T.*, 1982, p. 85 ; A. Zenner, « Des frais et des dépenses de l'administration de la faillite aux dettes de la masse », *in* X., *Les créanciers et le droit de la faillite*, séminaire organisé à Liège les 17 et 18 novembre 1982, *op. cit.*, p. 724 ; B. Maes, « Nieuwe rechtspraak van het Hof van Cassatie over het begrip "schuld van de boedel" », *R.D.C.*, 1988, p. 741 ; projet de loi sur les faillites, *Doc. parl.*, Chambre, 1994-1995, n° 631/13-91/92, p. 272 ; M. Grégoire et M.-D. Weinberger, « Dettes de la masse : définition et applications en clair-obscur », *in* X., *Mélanges à John Kirkpatrick*, *op. cit.*, p. 369 ; A. De Wilde, *Boedelschulden in het insolventierecht*, Anvers, Intersentia, 2005, pp. 486-487 ; M. Lemal, *Les effets de la faillite sur les personnes*, Waterloo, Kluwer, 2012, p. 131.

31 C. Lyon-Caen et L. Renault, *Traité de droit commercial*, t. VII, Paris, F. Pichon, 1914, p. 592, n° 557*bis* ; E. Brunet, J. Servais et C. Resteau (dir.), Répertoire pratique du droit belge, t. 5, *v°* « Faillite et banqueroute », Bruxelles, Établissements Émile Bruylant, 1950, p. 550, n° 2387 ; B. Maes, « Nieuwe rechtspraak van het Hof van Cassatie over het begrip "schuld van de boedel" », *R.D.C.*, 1988, p. 742 ; projet de loi sur les faillites, *Doc. parl.*, Chambre, 1994-1995, n° 631/13-91/92, p. 272 ; M. Grégoire et M.-D. Weinberger, « Dettes de la masse : définition et applications en clair-obscur », *in* X., *Mélanges à John Kirkpatrick*, *op. cit.*, p. 369 ; E. Dirix et R. De Corte, *Beginselen van Belgisch privaatrecht*, XII, *Zekerheidsrechten*, *op. cit.*, p.53.

32 Voy., sur cette question, B. Maes et R., Bützler, « Le droit d'exécution individuelle des créanciers de la masse », note sous Cass., 26 novembre 1981, *R.C.J.B.*, 1985, pp. 451-469.

33 Cass., 30 mai 1968, *Pas.*, 1968, I, p. 1126, *R.P.S.*, 1969, p. 239, note F. T'Kint.

34 Voy. A. Zenner, « Dettes dites "de masse" et contrats en cours au moment de la faillite », *J.T.*, 1982, p. 89 ; B. Maes, « Nieuwe rechtspraak van het Hof van Cassatie over het begrip "schuld van de boedel" », *R.D.C.*, 1988, p. 746 ; J. Meerts, « De boedelschulden », *in* X., *Faillissement en Reorganisatie*, Malines, Kluwer, 1998, p. II.H.-30-7 ; A. De Wilde, *Boedelschulden in het insolventierecht*, Anvers, Intersentia, 2005, pp. 65 et s.

sentir. Trois arrêts rendus en audience plénière par la Cour de cassation le 16 juin 1988[35] ont répondu à l'appel de la doctrine. Dans un attendu clé identique[36], la Cour de cassation énonce qu'« une dette ne peut être mise à charge de la masse que lorsque le curateur ou le liquidateur a contracté *qualitate qua* des engagements en vue de l'administration de ladite masse, notamment en poursuivant l'activité commerciale de la société, en exécutant les conventions que celle-ci a conclues ou encore en utilisant les meubles ou les immeubles de la société, aux fins d'assurer l'administration convenable de la liquidation ; que ce n'est que dans pareilles circonstances que la masse doit corrélativement assumer les obligations résultant de cette administration et supporter les charges qui lui incombent ». Le critère fonctionnel (ou téléologique) voit le jour. Cette jurisprudence est confirmée dans les arrêts subséquents de la Cour des 27 avril 1992[37], 2 mai 1997[38], 20 janvier 1994[39], 30 mars 1995[40], 26 octobre 2000[41] et 23 janvier 2015[42].

§ 2. Application du critère fonctionnel et rôle du curateur

16. D'une intervention active du curateur à une présomption de jouissance. Au cours des années 1990, la Cour de cassation fait montre d'une certaine rigueur dans l'appréciation du critère fonctionnel : elle exige une intervention active du curateur[43]. Cette approche connaît toutefois un temps d'arrêt. Dans un arrêt du 26 octobre 2000[44], la Cour décide, en matière de taxe

35 Cass., 16 juin 1988, R.G. n° F.19880616-22, n° 8075, *T.R.V.*, 1988, p. 352, note J. Lievens, *R.C.J.B.*, 1990, p. 5, *R.W.*, 1988-1989, p. 433, *Pas.*, 1988, p. 1250. (société en liquidation) ; Cass., 16 juin 1988, n° 8136, *R.C.J.B.*, 1990, p. 11, *J.T.*, 1988, p. 629, note Y. Dumon (ASBL en liquidation) ; Cass., 16 juin 1988, n° 8209, *R.C.J.B.*, 1990, p. 18, *R.D.C.*, 1988, p. 769 (faillite).

36 I. Verougstraete, « Dettes de masse, privilèges et monnaie de faillites », note sous Cass., 16 juin 1988, *R.C.J.B.*, 1990, p. 19.

37 Cass., 27 avril 1992, *Pas.*, 1992, I, p. 758. Voy., sur cet arrêt, P. Henfling, « La poursuite des activités commerciales. Les dettes de la masse », *in* X., *La faillite et le concordat en droit positif belge après la réforme de 1997*, Liège, Éditions Collections scientifiques de la Faculté de droit de Liège, 1998, pp. 461-462.

38 Cass., 2 mai 1997, *R.W.*, 1997-1998, p. 503. Les termes diffèrent très légèrement de ceux employés dans la jurisprudence habituelle de la Cour.

39 Cass., 20 janvier 1994, *R.G.F.*, 1994, p. 256, note M. Evrard, *R.D.C.*, 1994, p. 906, note Y. Dumon, *J.L.M.B.*, 1994, p. 362.

40 Cass., 30 mars 1995, *J.L.M.B.* 1995, p. 780, *J.T.*, 1995, p. 541, *Pas.*, 1995, I, p. 374.

41 Cass., 26 octobre 2000, *Pas.*, 2000, I, p. 1626, *J.T.*, 2001, p. 696, *D.A.O.R.*, 2001, p. 287, note D. Blommaert, *J.L.M.B.*, 2001, p. 364.

42 Cass., 23 janvier 2015, *R.W.*, 2016, p. 1148. Les termes diffèrent très légèrement également de la jurisprudence habituelle de la Cour.

43 Cass., 20 janvier 1994, *R.G.F.*, 1994, p. 256, note M. Evrard, *R.D.C.*, 1994, p. 906, note Y. Dumon, *J.L.M.B.*, 1994, p. 362 ; Cass., 30 mars 1995, *J.L.M.B.*, 1995, p. 780, *J.T.*, 1995, p. 541, *Pas.*, 1995, I, p. 374.

44 Cass., 26 octobre 2000, *Pas.*, 2000, I, p. 1626, *J.T.*, 2001, p. 696, *D.A.O.R.*, 2001, p. 287, note D. Blommaert, *J.L.M.B.*, 2001, p. 364. L'arrêt énonce qu'il découle de l'article 36*ter*, § 1er, du Code des taxes assimilées aux impôts sur les revenus « que le véhicule dont la faillie était propriétaire est présumé être resté en usage aussi longtemps que son inscription à l'Office de la circulation routière n'était pas radiée ; qu'en présence de cette présomption irréfragable d'usage, il est indifférent que le curateur n'ait pu utiliser le véhicule ».

de circulation relative au véhicule du failli non utilisé par le curateur, que la jouissance d'un bien aux fins d'administrer la masse peut procéder d'une présomption légale. L'absence de radiation constitue une présomption irréfragable[45] de jouissance conformément à l'article 36*ter* du Code des taxes assimilées aux impôts sur les revenus. Ainsi, la taxe de circulation d'un véhicule constitue une dette de la masse aussi longtemps que le curateur n'a pas procédé à la radiation de l'immatriculation.

17. *Quid* d'une omission du curateur ? Dans son arrêt du 7 mars 2002[46], la Cour va encore un pas plus loin et considère que, « lorsque des dispositions réglementaires ou des décisions individuelles arrêtées par les autorités en vertu de telles dispositions obligent le curateur à accomplir certains actes après la faillite ou à s'abstenir d'accomplir ces actes et que le curateur ne s'y conforme pas, une obligation de réparer ou de restituer naît dans son chef, qui constitue une dette de la masse ». Sont donc également englobées dans la catégorie des dettes de la masse, « celles qui résultent d'actes que le curateur omet d'effectuer, alors qu'il y est tenu dans l'accomplissement de sa mission »[47].

On retrouve cette idée dans l'arrêt plus récent du 4 février 2016[48] où la Cour, confrontée à un curateur qui n'avait pas activé avec diligence la procédure de cession prévue par le décret flamand sur l'assainissement du sol, décide que la perpétuation de l'inoccupation du site est imputable au curateur et met à charge de la masse la redevance flamande sur les sites d'activité économique désaffectés.

Section 3
La compensation fiscale

18. Présentation. L'article 334 de la loi-programme du 27 décembre 2004[49] met en place un système particulièrement avantageux pour le fisc. Le législateur autorise la compensation légale au bénéfice de l'administration fiscale, lorsque cette dernière est débitrice du contribuable, malgré l'existence d'une situation de concours. Contrairement au régime de droit commun[50], la compensation n'est conditionnée par aucune exigence de connexité[51].

45 Voy. Cass., 26 octobre 2000, *Pas.*, 2000, I, p. 1626, *J.T.*, 2001, p. 696, *D.A.O.R.*, 2001, p. 287, note D. Blommaert, *J.L.M.B.*, 2001, p. 364 ; Liège, 28 novembre 2000, *J.T.*, 2001, p. 697, *J.L.M.B.*, 2002, p. 188.

46 Cass., 7 mars 2002, *Pas.*, 2002, I, p. 666, note, *R.W.*, 2002-2003, p. 215, note A. De Wilde, *R.D.C.*, 2003, p. 295, note C. Van den Borren.

47 M. Lemal, *Les effets de la faillite sur les personnes*, Waterloo, Kluwer, 2012, p. 120.

48 Cass., 4 février 2016, *NjW*, 2016, p. 387, note J. Waelkens.

49 Loi-programme du 27 décembre 2004, *M.B.*, 31 décembre 2004. Voy., sur cette loi, J.-M. Delcour, C. Delvaux, F. Remacle et A. Römer, « La loi-programme du 27 décembre 2004 : examen de quelques dispositions à caractère fiscal », *Pacioli*, 2005, pp. 1-5.

50 Pour les développements récents sur la compensation de droit commun, voy. M. Berlingin, « Compensation légale : précisions utiles dans la jurisprudence récente de la Cour de cassation », *Les Pages*, 2015, n° 3, p. 2.

51 A. Van Hoe, « Fiscale schuldvergelijking en nieuwe activiteiten van de gefailleerde: dode hoek in het vermogensrecht », *T.F.R.*, 2013, p. 506 ; F. Ledain, « Recouvrement. La compensation entre créances et dettes

Cette prérogative taillée sur mesure pour les créanciers fiscaux a donné lieu à plusieurs arrêts de nos cours suprêmes. Nous revenons sur la jurisprudence de la Cour constitutionnelle (§ 1) et sur celle de la Cour de cassation (§ 2), avant d'aborder les dernières nouveautés législatives (§ 3).

§ 1. La jurisprudence de la Cour constitutionnelle

19. Premier temps de l'évolution. La constitutionnalité de l'article 334 de la loi-programme du 27 décembre 2004 est, dans un premier temps, affirmée par la Cour d'arbitrage dans ses deux arrêts des 19 avril 2006[52] et 21 juin 2006[53]. La Cour estime que la différence de traitement entre le fisc et les autres créanciers en concours repose sur un critère objectif, à savoir la qualité du créancier. La mesure est, selon la Cour[54], en rapport avec les objectifs du législateur, à savoir résorber l'arriéré fiscal et éviter que des crédits d'impôts soient remboursés à un redevable encore débiteur pour une autre taxe de l'administration fiscale. La Cour est d'avis que « le produit de l'impôt étant affecté à des dépenses publiques qui visent à la satisfaction de l'intérêt général, il doit être admis qu'il puisse être dérogé aux règles de compensation du droit commun ». « Le mécanisme de compensation légale contesté n'est pas une mesure disproportionnée affectant la situation des autres créanciers, compte tenu des objectifs de résorption de l'arriéré fiscal et d'efficacité de la procédure de recouvrement qui conduisent par ailleurs le législateur à permettre la surséance indéfinie au recouvrement de certains impôts »[55].

20. Deuxième temps de l'évolution. La Cour constitutionnelle, à l'occasion de son arrêt du 19 mars 2009[56], met un frein à la compensation fiscale. Elle censure l'article 334 de la loi-programme en ce qu'il « autorise, dans l'hypothèse d'une faillite, la compensation entre une dette fiscale antérieure à la déclaration de faillite et une créance fiscale née des publications imposées au curateur d'une faillite »[57]. La Cour décide que « Les frais de publication, qui

fiscales : la Cour de cassation donne un coup de pouce à l'État belge », *Lettre d'info. Actualités fiscales* n° 33, 29 septembre 2014, www.monkey.be ; C. Bedoret, « Le R.C.D. et… la compensation fiscale », *Bulletin social et juridique*, 2014-2, p. 3.

52 Voy., pour une critique de l'arrêt, Fr. Georges, obs. sous C.A., 19 avril 2006, *J.T.*, pp. 702-703. Voy. égal. M.-F. Rigaux, « Le droit de l'insolvabilité à l'épreuve de la règle de l'égalité », *in* M. Dal et A. Zenner (coord.), *Actualité de la continuité, continuité de l'actualité. États généraux de la continuité*, Bruxelles, Larcier, 2012, pp. 47 et s.

53 C.A., 21 juin 2006, n° 107/2006, *F.J.F.*, 2006, p. 879, *R.G.C.F.*, 2006, p. 245, *R.W.*, 2006-2007, p. 1193.

54 C.A., 19 avril 2006, *J.T.*, 2006, pp. 701 et s., note Fr. Georges.

55 Le même raisonnement est adopté par la Cour dans son second arrêt du 19 avril 2006. Même si la Cour se pose encore la question de la pertinence de la justification qu'elle propose dans le cas d'une poursuite d'activité par le curateur, elle souligne qu'elle ne peut modifier la portée de la question préjudicielle qui, en l'espèce, ne vise pas cette hypothèse spécifique (voy. P. Lauwers, « Inhouding van belastingtegoeden », *R.A.B.G.*, 2006, pp. 1304-1312, note sous C.A., 19 avril 2006).

56 C. const., 19 mars 2009, *J.L.M.B.*, 2009, p. 827, note Fr. Georges. Voy. également, sur cet arrêt, M.-F. Rigaux, « Le droit de l'insolvabilité à l'épreuve de la règle de l'égalité », in M. Dal et A. Zenner (coord.), *Actualité de la continuité, continuité de l'actualité. États généraux de la continuité, op. cit.*, pp. 48-49.

57 C. const., 19 mars 2009, *J.L.M.B.*, 2009, p. 827, note Fr. Georges.

constituent des dettes de la masse, engendrent, en effet, un *boni* de TVA, qui constitue une créance de la masse d'une nature différente de celle des créances nées d'opérations antérieures à la faillite. La circonstance que le produit de l'impôt est affecté à des dépenses publiques qui visent la satisfaction de l'intérêt général ne suffit pas à justifier qu'il soit de la sorte porté atteinte aux droits du curateur qui, dans le cadre de l'exercice de la mission qui lui est légalement confiée, est tenu de procéder à des publications dont il ne pourrait raisonnablement être admis qu'il en supporte la charge fiscale ».

21. Troisième temps de l'évolution. L'arrêt du 13 décembre 2012 marque une nouvelle tendance favorable au fisc dans la jurisprudence de la Cour. Dans son arrêt du 13 décembre 2012[58], la Cour constitutionnelle n'invalide pas la mesure fiscale fixée à l'article 334 de la loi-programme. Elle décide que la compensation s'applique « entre les dettes fiscales du failli nées avant la faillite et les créances découlant de l'exercice d'une activité nouvelle du failli avant la clôture de celle-ci »[59]. D'après la Cour, « les créances découlant de l'activité nouvelle du failli avant la clôture de la faillite font partie de la masse, au même titre que celles nées avant la faillite. Dès lors, en permettant de compenser, avec des dettes fiscales nées avant la faillite, tant les créances fiscales découlant d'activités exercées par le failli avant la faillite que celles découlant de l'exercice d'une nouvelle activité du failli entre le jugement déclaratif de la faillite et la clôture de celle-ci, la disposition en cause n'est pas incompatible avec les articles 10 et 11 de la Constitution ». Pour aboutir à cette solution, les créances fiscales découlant d'une nouvelle activité du failli sont qualifiées de créances dans la masse[60].

§ 2. La jurisprudence de la Cour de cassation

22. À l'origine : une jurisprudence peu favorable au fisc. La Cour de cassation est également saisie de la question de savoir si la compensation peut

58 Voy., sur cet arrêt, Fr. Georges, « La compensation, une garantie à géométrie de plus en plus variable », *J.L.M.B.*, 2013, pp. 980-981 ; A. Van Hoe, « Fiscale schuldvergelijking en nieuwe activiteiten van de gefailleerde: dode hoek in het vermogensrecht », *T.F.R.*, 2013, pp. 506-510.

59 La Cour renvoie dans son raisonnement à l'arrêt de la Cour de cassation du 26 octobre 1987 (*Pas.*, 1988, n° 115, pp. 227-228). Dans ce dernier arrêt, la Cour décide : « Attendu que le dessaisissement [...] ne prive pas le failli du droit de se livrer pendant la faillite à de nouvelles affaires et d'acquérir de cette manière d'autres biens, qui sont le gage des créanciers de la faillite, sous déduction des frais nécessités par leur acquisition et des charges qui les grèvent ».

60 A. Van Hoe nuance toutefois le principe tel que rappelé par la Cour de cassation : « De overweging van het Grondwettelijk Hof, alsof schuldvorderingen die voortvloeien uit een nieuwe activiteit van de gefailleerde vóór de sluiting van het faillissement, deel uitmaken van de boedel, op dezelfde wijze als die welke vóór het faillissement zijn ontstaan, dient minstens genuanceerd te worden. Vastgesteld werd immers dat de aanspraak van de bestaande schuldeisers (slechts) een "netto-aanspraak" is ». Traduction libre : « L'attendu de la Cour constitutionnelle selon lequel les créances qui découlent d'une nouvelle activité du failli avant la clôture de la faillite font partie de la masse, de la même manière que celles nées avant la faillite, doit, au moins, être nuancé. Il a en effet été établi que le recours des créanciers existants est seulement un "recours sur le net" ». Le sort du passif né de l'activité nouvelle du failli constitue pour l'auteur « *een dode hoek in het vermogensrecht* » (A. Van Hoe, « Fiscale schuldvergelijking en nieuwe activiteiten van de gefailleerde: dode hoek in het vermogensrecht », *T.F.R.*, 2013, p. 510).

s'opérer entre deux dettes réciproques si l'une est née avant la faillite et l'autre postérieurement, à la suite de la poursuite des activités du failli. Dans son arrêt du 24 juin 2010[61], la Cour de cassation limite la portée qu'entend donner l'administration à l'article 334 de la loi-programme. La Cour rappelle l'enseignement de droit commun selon lequel « la compensation est exclue entre les dettes et les créances nées avant la faillite et les créances et les dettes nées après la faillite, même s'il y a connexité ». Bien que l'article 334 déroge à l'article 1298 du Code civil en prévoyant une compensation après concours, le droit commun reste d'application en ce sens que la compensation ne vise que les créances nées avant la situation de faillite[62]. La Cour décide que l'article 334 ne peut être examiné comme permettant « à l'État de déroger fondamentalement au principe d'égalité et au principe de fixation qui sont à la base des articles 1298 du Code civil et 17.2 de la loi du 8 août 1997 sur les faillites. L'article 334 de la loi-programme ne permet dès lors pas de compensation entre une créance fiscale née avant la déclaration de faillite du redevable et les crédits fiscaux qui doivent être remboursés au curateur en raison des opérations commerciales poursuivies par lui après la déclaration de faillite du redevable concerné ».

23. Revirement de jurisprudence. La Cour adopte toutefois un point de vue diamétralement opposé dans son arrêt subséquent du 31 mars 2014[63]. Elle décide que l'article 334 de la loi-programme « n'exige pas que les créances en cause existent l'une et l'autre avant la survenance du concours ». La Cour supprime l'exigence de la condition d'antériorité et offre au fisc une position davantage encore privilégiée. Cet arrêt n'est, à notre estime, pas exempt de critiques[64]. Il fait notamment resurgir la lancinante question des rapports existant entre le droit commun de la compensation et la compensation fiscale.

§ 3. Les récentes modifications législatives

24. Loi du 25 décembre 2016. L'article 34 de la loi du 25 décembre 2016 portant des dispositions diverses en matière sociale[65] est encore venu étendre le champ d'application de la compensation. L'Office national de la sécurité sociale peut désormais profiter également des mesures de faveur octroyées par l'article 334. Les travaux préparatoires mettent en évidence l'impact positif

61 Cass., 24 juin 2010, *Pas.*, 2010, pp. 2034-2042, *R.D.C.*, 2010, p. 903, *T.G.R.*, 2010, pp. 265-271, *R.W.*, 2010-2011, pp. 844-845, note R. Houben.

62 Sur cette question, voy. R. Houben, « Het vereiste van tijdig bestaan van de te verrekenen vorderingen voor de schuldvergelijking na samenloop (in fiscale zaken) », note sous Cass., 24 juin 2010, *R.W.*, pp. 845-848.

63 Cass., 31 mars 2014, R.G. n° S.12.0078.F., *R.W.*, 2014-2015, pp. 703-704, note R. Houben, *Pas.*, 2014, liv. 3, p. 84, concl. J.M. Genicot.

64 Voy., sur ces critiques, Fl. George, « La compensation fiscale : regard sur une jurisprudence particulièrement trouble », *J.T.*, 2015, pp. 665-674.

65 Loi du 25 décembre 2016 portant des dispositions diverses en matière sociale, *M.B.*, 29 décembre 2016. L'entrée en vigueur de cette disposition est fixée au jour de la publication de la loi au *Moniteur belge*.

sur le bilan fiscal du système instauré en 2004 et élargi en 2008[66]. Le législateur a dès lors cru bon d'étendre la mesure en dehors du secteur du SPF Finances.

L'article 334 permet désormais « d'éviter qu'une somme, devant être restituée ou payée à une personne par le Service public fédéral Finances ou l'Office national de sécurité sociale, doive être remboursée à une personne qui est encore redevable d'un impôt, d'une dette non fiscale ou d'une cotisation sociale »[67]. La compensation sociale fait donc son entrée au sein de l'article 334 de la loi-programme du 27 décembre 2004. L'article 334 dispose :

> « Toute somme à restituer ou à payer à une personne par le Service public fédéral Finances ou par l'Office national de sécurité sociale, peut être affectée sans formalités et au choix du fonctionnaire compétent, au paiement des sommes dues par cette personne dont la perception et le recouvrement sont assurés par le Service public fédéral Finances *ou par l'Office national de sécurité sociale*, par ou en vertu d'une disposition ayant force de loi.
>
> L'affectation sans formalités visée à l'alinéa 1er concerne toute somme, quelle qu'en soit la nature, à restituer ou à payer :
>
> 1° soit dans le cadre de l'application des lois d'impôts qui relèvent de la compétence du Service public fédéral Finances, ou des lois, d'impôts ou non, pour lesquelles la perception et le recouvrement sont assurés par ce Service public fédéral ;
>
> 2° *soit dans le cadre de l'application des lois de sécurité sociale qui relèvent de la compétence de l'Office national de sécurité sociale ou pour lesquelles la perception et le recouvrement sont assurés par cette institution* ;
>
> 3° soit en vertu des dispositions du droit *civil relatives à l'indu* ;
>
> 4° soit en *vertu d'une décision judiciaire exécutoire* rendue dans le cadre des actions en justice liées directement ou indirectement à l'application des lois précitées.
>
> L'affectation est limitée à la partie non contestée des créances à l'égard de cette personne.
>
> Le présent article reste applicable en cas de saisie, de cession, de situation de concours ou de procédure d'insolvabilité »[68].

Section 4
La clause de réserve de propriété

25. Présentation. La clause de réserve de propriété a connu un véritable essor. Cette évolution se cristallise plus particulièrement autour de l'opposabilité de la clause en cas de concours. D'un simple mécanisme du droit des obligations, la clause de réserve de propriété est désormais érigée par le législateur en une véritable sûreté réelle. Trois grandes étapes ont particulièrement marqué cette évolution. Elles constituent la trame de notre exposé.

66 Projet de loi portant des dispositions diverses en matière sociale, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, 2016-2017, n° 2210/001, p. 16.

67 Projet de loi portant des dispositions diverses en matière sociale, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, 2016-2017, n° 2210/001, pp. 16-17.

68 Nous mettons en italique.

§ 1. La clause de réserve de propriété avant la loi du 8 août 1997

26. Inopposabilité de la clause de réserve de propriété. La Cour de cassation s'est, au départ, montrée particulièrement sévère à l'égard de l'opposabilité de la clause de réserve de propriété en cas de concours. Dans deux arrêts de principe du 9 février 1933[69] [70], la Cour décide qu'une clause de réserve de propriété est inopposable aux créanciers de l'acheteur en concours ou au curateur de la faillite de l'acheteur.

27. Persistance des principes malgré les réticences doctrinales. Cette solution fut suivie par les juges du fond[71] et confirmée dans les arrêts rendus par la Cour les 27 mars 1952[72] et 22 septembre 1994[73]. La solution essuyait cependant de nombreuses critiques[74] [75]. Lors de la réforme de la

69 Cass., 9 février 1933, *Pas.*, 1933, I, p. 103, concl. proc. gén. Leclercq : « Attendu que l'article 20 précité est d'ordre public, en tant qu'il règle les rapports entre le vendeur et les créanciers de l'acheteur ; qu'il n'appartient dès lors pas aux parties de déroger par des conventions spéciales aux règles qu'il établit sur ce point ; que, notamment, elles ne peuvent par la clause de réserve de propriété, rétablir le droit de revendication que cette disposition légale n'a laissé subsister que dans les limites rigoureuses qu'elle précise et en remplacement duquel elle a créé le privilège du vendeur. Attendu que, lorsqu'il se trouve en concours avec les créanciers de l'acheteur et que la chose est en possession de celui-ci, le vendeur d'objets mobiliers non payé n'est donc jamais fondé, pour revendiquer en dehors du cas prévu par la loi, à se prévaloir de la clause de réserve de propriété [...]. » Voy., sur ces deux arrêts, M. Grégoire, « Le sort des créanciers », in P. Gerard, J. Windey et M. Grégoire, *Le concordat judiciaire et la faillite. Lois des 17 juillet et 8 août 1997*, Dossiers du J.T., Bruxelles, Larcier, 1998, pp. 204 et s.

70 Voy., pour des arrêts plus anciens en faveur de l'inopposabilité de la clause (ancien art. 546 de la loi du 18 avril 1851), Cass., 25 janvier 1877, *Pas.*, 1877, I, p. 106 ; Cass., 2 novembre 1883, *Bull. et Pas.*, 1883, I, p. 364.

71 Bruxelles, 10 février 1960, *Pas.*, 1960, II, p. 1272 ; Bruxelles, 23 septembre 1963, *Pas.*, 1964, II, p. 35 ; Bruxelles, 6 avril 1971, *Pas.*, 1971, II, p. 221.

72 Cass., 27 mars 1952, *Pas.*, 1952, I, p. 475, concl. R. Hayoit de Termicourt (inopposabilité de la clause résolutoire expresse invoquée postérieurement au dépôt d'une requête en concordat).

73 Cass., 22 septembre 1994, *J.L.M.B.*, 1995, p. 125, obs. J. Caeymaex.

74 M. Grégoire, *Théorie générale du concours des créanciers en droit belge*, Bruxelles, Bruylant, 1992, p. 248, n° 360 ; P. Coppens, « La mise en œuvre d'une clause de réserve de propriété en cas de concours des créanciers », *R.D.C.*, 1995, pp. 546-551 ; Fr. Georges, « Les moyens de se prémunir contre la défaillance de ses cocontractants », *Actualités du droit*, Bruxelles, E. Story-Scientia, 1997, p. 565 ; M. Grégoire, « Le sort des créanciers », *in* P. Gerard, J. Windey et M. Grégoire, *Le concordat judiciaire et la faillite. Lois des 17 juillet et 8 août 1997*, *op. cit.*, p. 207 ; G. Verschelden, « Eigendomsvoorbehoud tussen partijen en tegenover derde », *A.J.T.*, 1998-1999, pp. 829 et s. ; M. Grégoire, « Questions liées à l'introduction d'une clause de réserve de propriété », *in Mélanges à Pierre Van Ommeslaghe*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 470 et s. ; M.E. Storme, « Eigendomsvoorbehoud en samenloop buiten faillissement : Hof van Cassatie lijdt aan fantoompijn », note sous Cass., 7 mai 2010, *R.W.*, 2011-2012, pp. 159 et s.

75 Voy. toutefois sur les réserves à apporter à une opposabilité absolue de la clause de réserve de propriété, I. Moreau-Margrève, « Évolution du droit et de la pratique en matière de sûretés », *in* X., *Les créanciers et le droit de la faillite*, séminaire organisé à Liège les 17 et 18 novembre 1982, *op. cit.*, p. 176 ; P.A. Foriers, « Les contrats commerciaux. Chronique de jurisprudence 1970-1984 », *R.D.C.*, 1987, pp. 26-27. Tandis que la première met en avant les avantages que procure la clause résolutoire expresse par rapport à la clause de réserve de propriété, le second prêche pour une réforme d'ensemble du droit des sûretés.

Droit - UNamur

loi sur les faillites, une modification substantielle du régime est dès lors suggérée[76].

§ 2. L'article 101 de la loi du 8 août 1997

28. Naissance de l'article 101 de la loi sur les faillites. Un article 101 est finalement inséré dans la loi sur les faillites. Son dispositif est emprunté aux professeurs Dirix et Storme[77]. Aux termes de son alinéa 2, « les biens meubles vendus avec une clause suspendant le transfert de propriété jusqu'au paiement intégral du prix ne peuvent être revendiqués auprès du débiteur, conformément à cette clause, que si celle-ci a été établie par écrit au plus tard au moment de la délivrance de ces biens. En outre, ces biens doivent se retrouver en nature chez le débiteur. Ainsi, ils ne peuvent être devenus immeubles par incorporation ou être confondus à un autre bien meuble ». L'alinéa 3 précise que le droit de revendication doit être exercé avant la clôture du premier procès-verbal de vérification des créances.

L'opposabilité de la clause de réserve de propriété est désormais consacrée. Elle est toutefois subordonnée à plusieurs conditions[78].

29. Évolution de la jurisprudence. L'application de l'article 101 a fait surgir plusieurs difficultés. Parmi celles-ci, notre attention se portera sur la condition de l'écrit prévue à l'alinéa 2 de l'article 101, d'une part, et sur le champ d'application de cet article, d'autre part.

A. La condition de l'écrit

L'exigence d'un écrit a tout d'abord donné lieu à des interprétations divergentes. Les termes « établie par écrit » usités dans l'alinéa 2 de l'article 101 ont créé une certaine polémique[79]. Certains prenaient, en effet, appui sur la rédac-

76 Projet de loi sur les faillites, amendements n^{os} 5 à 7, *Doc. parl.*, Chambre, n° 330/2, 1995-1996, pp. 5-9. Voy. égal. les trois amendements déposés au projet relatif au concordat, projet de loi relative au concordat judiciaire, projet de loi sur les faillites et proposition de loi visant à instaurer des curateurs nommés auprès des tribunaux de commerce, amendements n^{os} 1 à 3, *Doc. parl.*, Chambre, 1996-1997, n° 329/2, pp. 1-3.

77 Projet de loi relative au concordat judiciaire, projet de loi sur les faillites et proposition de loi visant à instaurer des curateurs nommés auprès des tribunaux de commerce, Rapport de Johan Vandeurzen, *Doc. parl.*, Chambre, 1996-1997, n° 329/17, pp. 154-155, qui cite leur contribution « Eigendomsvoorbehoud in het ontwerp van faillissementswet: hopeloos onsamenhangend », *R.W.*, 1995-1996, n° 41, pp. 1421-1424.

78 Voy., sur ces conditions, P. Colle et B. Van Den Brande, « Het eigendomsvoorbehoud verbintenisrechtelijk bekeken en tegenwerpelijkheid van het beding in de verschillende samenloopsituaties », *in* B. Tilleman et P.A. Foriers (eds.), *La vente*, Bruges, la Charte, 2002, pp. 177 et s.; B. De Coninck, « La clause de réserve de propriété et son opposabilité en cas de concours », *R.G.D.C.*, 2005, pp. 242 et s.

79 Voy. T. Bosly et M. Alhadeff, « La loi de "réparation" de la loi du 8 août 1997 sur les faillites : une nouvelle occasion manquée ? », *R.D.C.*, 2002, p. 786; T. Bosly et M. Alhadeff, « La loi du 4 septembre 2002 de "réparation" de la loi du 8 août 1997 sur les faillites », Cahier du juriste, 2002, pp. 107-108; A.-S. Gigot, « L'opposabilité de la clause de réserve de propriété en cas de procédures collectives d'insolvabilité », *R.D.C.*, 2011, p. 518.

tion néerlandaise de cet alinéa (« *schriftelijk [...] overeengekomen* ») pour ajouter, à titre de condition d'opposabilité, le consentement écrit de l'acheteur sur la clause de réserve[80]. Cette thèse, condamnée par la doctrine et la jurisprudence majoritaires[81], a fort heureusement été enterrée avec la loi du 4 septembre 2002[82] qui a mis en concordance les textes néerlandais et français[83]. L'acceptation tacite de la clause satisfait au nouveau prescrit de l'article 101[84]. Dans son arrêt du 25 septembre 2006[85], la Cour de cassation, amenée à se prononcer sur l'interprétation de l'article 101, alinéa 2, dans sa version initiale, est venue corroborer la thèse majoritaire défendue antérieurement à la modification de 2002. Confrontée à une clause de réserve insérée dans des conditions générales de vente figurant sur une facture, la Cour décide que l'article 101, alinéa 2, ne requiert pas que la clause fasse l'objet d'une acceptation écrite du débiteur pour produire ses effets.

B. Le champ d'application de l'article 101

La doctrine et la jurisprudence se sont également interrogées sur le champ d'application de l'article 101 de la loi du 8 août 1997[86]. Certains auteurs, emmenés par E. Dirix[87], prônaient en effet l'application de l'article 101 à toutes

80 I. Verougstraete, *Manuel de la faillite et du concordat*, Diegem, Kluwer, 1998, p. 464, n° 835. Voy. également Comm. Huy, 16 décembre 1998, *R.D.C.*, 1999, p. 1999 confirmé par Liège, 28 octobre 1999, *R.D.C.*, 2000, p. 299, *R.R.D.*, 2000, p. 80; Comm. Charleroi, 17 octobre 2001, *R.R.D.*, 2001, p. 430.

81 F. Davreux et N. Gendrin, « Développements récents à propos de la clause de réserve de propriété, utilité du privilège du vendeur et position du fournisseur et du prestataire de services », *Le point sur le droit des sûretés*, Liège, Formation permanente CUP, 2000, p. 288; J. Windey, note sous Comm. Bruxelles, 23 mars 1999, *R.D.C.*, 2000, p. 294, n° 7; E. Dirix, « Eigendomsvoorbehoud », *R.W.*, 1997-1998, p. 487, n° 18; Fr. Georges, « Les prérogatives du commerçant en difficulté : état des lieux », *in La faillite et le concordat en droit positif belge après la réforme de 1997*, Liège, Collection scientifique de la Faculté de droit de Liège, 1998, pp. 409-410. Voy., en jurisprudence, Comm. Tongres, 6 avril 1998, *R.W.*, 1998-1999, p. 338; Comm. Turnhout, 29 juin 1999, *R.W.*, 1999-2000, p. 930. Voy., sur l'emploi d'une langue étrangère dans les conditions générales, Anvers, 18 avril 2002, *R.W.*, 2003-2004, p. 1066.

82 Loi du 4 septembre 2002 modifiant la loi du 8 août 1997 sur les faillites, le Code judiciaire et le Code des sociétés, *M.B.*, 21 septembre 2002.

83 Le texte néerlandais « *voor zover dit schriftelijk is overeengekomen* » est remplacé par « *voor zover dit schriftelijk is opgesteld* ».

84 Sous réserve de l'hypothèse d'une *battle of forms* (E. Dirix, « Eigendomsvoorbehoud », *R.W.*, 1997-1998, p. 487).

85 Cass., 25 septembre 2006, *J.T.*, 2007, p. 72.

86 Voy. not. M. Grégoire, « Questions liées à l'introduction d'une clause de réserve de propriété », *in Mélanges à Pierre Van Ommeslaghe*, *op. cit.*, pp. 475 et s.

87 E. Dirix, « Eigendomsvoorbehoud », *R.W.*, 1997-1998, p. 485. Voy. égal., en ce sens, G. Verschelden, « Eigendomsvoorbehoud tussen partijen en tegenover derde », *A.J.T.*, 1998-1999, p. 836; V. Sagaert, « Het "in natura"- vereiste bij eigendomvoorbehoud: de gevolgen van de bewerking, vermenging en wederverkoop », note sous Bruxelles, 19 novembre 2002, *R.D.C.*, 2003, p. 774, note 3; A. Zenner, *Faillites et concordats 2002. La réforme de sa réforme et la pratique*, Dossiers du J.T., Bruxelles, Larcier, 1998, p. 224, n° 195; J. Caeymaex, « La réserve de propriété en cas de concours », obs. sous Comm. Liège, 6 juin 2008 et Liège, 23 novembre 2009, *J.L.M.B.*, 2010, p. 957; R. Fransis, « Tegenwerpelijkheid van het eigendomsvoorbehoud bij samenloop: de wetgever is opnieuw (dringend) aan zet », note sous Cass., 7 mai 2010, *NjW*, 2010,

les situations de concours. Cette thèse extensive est toutefois condamnée par la Cour de cassation dans son arrêt du 7 mai 2010[88]. La Cour rejette l'opposabilité de la clause de réserve de propriété d'un vendeur à la suite de l'admission de l'acheteur en règlement collectif de dettes. Elle refuse d'étendre la portée de la disposition insérée dans la loi sur les faillites aux autres situations de concours en ces termes : « il n'existe pas de principe général de droit de l'opposabilité de la clause de réserve de propriété en cas de concours ». Par ailleurs, la Cour ne juge pas nécessaire de poser à la Cour constitutionnelle la question préjudicielle de l'existence d'une différence de traitement du vendeur impayé d'un effet mobilier selon qu'il est confronté à une procédure de règlement collectif de dettes ou à une faillite de son débiteur. La balle est ainsi renvoyée directement au législateur dans la mesure où la discrimination trouve sa source dans la décision prise par ce dernier en adoptant l'article 101 de la loi sur les faillites[89]. Autrement dit, l'article 101 n'a pas vocation à viser l'ensemble des situations de concours qui sont régies par la jurisprudence antérieure à la loi de 1997[90].

§ 3. La réforme du droit des sûretés réelles mobilières[91]

30. Sûreté à part entière. L'essor de la clause de réserve de propriété ne s'est pas arrêté avec la loi du 8 août 1997. En 2013, le législateur entend émanciper la clause de réserve de propriété de son ancrage traditionnel à la faillite. Un article 69 est inséré dans le Livre 3 du Titre XVII du Code civil renommé « Des sûretés réelles mobilières »[92]. La clause de réserve de propriété est désormais considérée comme une sûreté à part entière[93]. L'article 69 du Titre XVII du Livre 3 du Code civil qui s'inspire largement du prescrit de l'article 101, alinéa 2, de la loi sur les faillites dispose :

> « Des biens meubles vendus avec une clause suspendant le transfert de propriété jusqu'au paiement intégral du prix peuvent être revendiqués lorsque l'acheteur reste en défaut de payer le prix d'achat, pour autant que cette clause ait été établie par écrit au plus tard au moment de la délivrance des biens.
>
> Si l'acheteur est un consommateur au sens de l'article 2, 3°, de la loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur, l'accord de l'acheteur doit apparaître de l'écrit.
>
> Le droit de revendication en vertu d'une clause de réserve de propriété peut être exercé quelle que soit la nature du contrat dans lequel il est repris. »

31. Régime nouveau de la clause de réserve de propriété. Les changements opérés sont substantiels. L'opposabilité de la clause est tout d'abord généralisée à l'ensemble des situations de concours. Le législateur met ensuite sur pied un système de protection renforcée au bénéfice du consommateur : « l'accord de l'acheteur doit apparaître clairement de l'écrit ». Par ailleurs, la clause ne se limite plus aux opérations de transfert de propriété moyennant le paiement d'un prix[94], mais vise également les contrats d'entreprise qui englobent des livraisons de biens, l'échange ou l'apport[95]. Le

p. 504 ; M.E. Storme, « Actualia roerende zakelijke zekerheden », *in* M.E. Storme (ed.), *Insolventie- en beslagrecht*, Bruges, die Keure, 2012, p. 100.

88 Cass., 7 mai 2010, *J.L.M.B.*, 2010, p. 1242, *NjW*, 2010, p. 205, note R. Fransis, *R.D.C.*, 2011, p. 82. Voy. égal., en ce sens, Civ. Namur, 8 octobre 2007, *J.L.M.B.*, 2008, p. 73, note Fr. Georges ; Liège, 12 mars 2009, *J.L.M.B.*, 2010, p. 880.

89 Th. Werquin, concl. préc. Cass., 7 mai 2010, R.G. n° C.09.0317.F., pt 11. Voy. égal. R. Fransis, « Tegenwerpelijkheid van het eigendomsvoorbehoud bij samenloop: de wetgever is opnieuw (dringend) aan zet », note sous Cass., 7 mai 2010, *NjW*, 2010, pp. 503-504.

90 A.-S. Gigot, « L'opposabilité de la clause de réserve de propriété en cas de procédures collectives d'insolvabilité », *R.D.C.*, 2011, p. 534.

91 Les nouvelles dispositions relatives à cette refonte globale sont entrées en vigueur le 1er janvier 2018. Art. 36 de la loi du 25 décembre 2016 modifiant diverses dispositions relatives aux sûretés réelles mobilières, *M.B.*, 30 décembre 2016 qui modifie l'article 109, alinéa 1er, de la loi du 11 juillet 2013. L'article 319 de la loi 6 juillet 2017 portant simplification, harmonisation, informatisation et modernisation de dispositions de droit civil et de procédure civile ainsi que du notariat, et portant diverses mesures en matière de justice (*M.B.*, 24 juillet 2017) tente de remettre un peu d'ordre dans les dispositions transitoires des différentes lois. Il précise que l'article 36 de la loi du 25 décembre 2016 produit ses effets le 31 décembre 2016. Voy., sur l'entrée en vigueur de la réforme des sûretés réelles mobilières et le droit transitoire, V. Nicaise, « Rappels des principes, mise en contexte et modifications diverses apportées par la loi du 25 décembre 2016 », *in* I. Durant (dir.), *Les sûretés réelles mobilières*, CUP, vol. 176, Liège, Anthemis, 2017, pp. 77 et s.

92 Art. 81 de la loi du 11 juillet 2013 modifiant le Code civil en ce qui concerne les sûretés réelles mobilières et abrogeant diverses dispositions en cette matière, *M.B.*, 2 août 2013. Voy., sur cette réforme, D. Lechien, « Avant-projet de loi modifiant le Code civil en ce qui concerne les sûretés réelles mobilières », *in* X., *Privilèges et hypothèques. Commentaire avec aperçu de jurisprudence et de doctrine*, Diegem, Kluwer, 2012, pp. 1-49 ; J. Cattaruzza, « Les grands axes de la réforme des sûretés mobilières », *D.B.F.*, 2013, pp. 183-194 ; W. Derijcke, « La réforme des sûretés réelles mobilières », *R.D.C.*, 2013, pp. 691-722 ; E. Dirix, *La réforme des sûretés réelles mobilières*, Waterloo, Kluwer, 2013, 346 p. ; Fr. Georges, « La réforme des sûretés mobilières », *R.F.D.L.*, 2013, pp. 319-368 ; Fr. Georges, « La réforme des sûretés mobilières », *Ius & Actores*, 2013, pp. 59-106 ; J. Del Corral, « Zekerheidsrechten. Stand van zaken », *NjW*, 2014, pp. 578-596 ; M. Grégoire, « La modification du Code civil en ce qui concerne les sûretés réelles mobilières », *in Paiement, insolvabilité et réorganisation*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 31-61 ; E. Dirix, « The new Belgian Act on Security Interests in Movable Property », *Insolvency review*, 2014, vol. 23, pp. 171-180 ; E. Dirix, *La réforme des sûretés réelles mobilières*, Waterloo, Kluwer, 2013 ; J. Baeck et M. Kruithof (éd.), *Het nieuwe zekerheidsrecht*, Anvers, Intersentia, 2014.

93 Fr. Georges, « La réforme des sûretés mobilières », *R.F.D.L.*, 2013, p. 357 ; Fr. Georges, « La réforme des sûretés mobilières », *Ius & Actores*, 2013, p. 95.

94 W. Derijcke, « La réforme des sûretés réelles mobilières », *R.D.C.*, 2013, p. 718.

95 Projet de loi modifiant le Code civil en ce qui concerne les sûretés réelles mobilières et abrogeant diverses dispositions en cette matière, Rapport fait au nom de la Commission de la Justice par Mme Faes et M. Vastersavendts, *Doc. parl.*, Sénat, 2012-2013, n° 5-1922/4 ; projet de loi modifiant le Code civil en ce qui concerne les sûretés réelles mobilières et abrogeant diverses dispositions en cette matière, Rapport fait au nom de la Commission de la Justice par Mme C. Van Cauter, *Doc. parl.*, Chambre, 2012-1023, n° 53-2463/005, pp. 31-32 ; Rapport fait au nom de la Commission de la Justice par Mme C. Van Cauter, *Doc. parl.*, Chambre, 2012-1023, n° 53-2463/11, p. 8.

mécanisme de la subrogation réelle est, sous certaines réserves, applicable à la clause de réserve de propriété[96] [97]. Les droits du bénéficiaire de la clause de propriété se reporteront donc sur le prix de vente pour autant que celui-ci puisse être identifiable dans le patrimoine de l'acheteur et ne soit pas confondu avec d'autres biens[98]. Les dispositions relatives aux hypothèses de transformation et de confusion applicables au gage sont dorénavant transposables à la clause de réserve de propriété[99]. En outre, l'article 71 du Titre XVII du Livre 3 du Code civil précise que, « si les biens vendus sont devenus immeubles par incorporation, la réserve de propriété est maintenue sous condition d'enregistrement dans le registre des gages ». Il s'agit, pour le bénéficiaire de la clause, de se prémunir, via l'enregistrement, contre la perte de sa sûreté[100]. Enfin, l'obligation pour le vendeur de ne pas s'enrichir est désormais coulée dans l'article 72[101].

Section 5
La cession de créances à titre de garantie

32. Contextualisation. On observe de nos jours une utilisation croissante du droit de propriété à titre de garantie au détriment du gage. Cette résurgence du droit de propriété s'explique principalement par la volonté des parties de contourner les contraintes liées à la constitution et la réalisation de sûretés réelles. Le droit exclusif que confère le droit de propriété procure de nombreux avantages au rang desquels figure une certaine « primauté »[102] sur toutes les sûretés réelles en cas de concours.

Le législateur n'est pas resté indifférent à ce nouvel essor du droit de propriété. Sans toutefois mettre en place un régime d'ensemble, plusieurs législations particulières règlent actuellement le sort de la propriété-sûreté dans des

96 L'article 70 du titre XVII du Livre 3 précise que l'article 9 de la même section s'applique à la clause de réserve de propriété.

97 La rédaction de l'article 9 limite toutefois la subrogation à « toutes les créances qui se substituent aux biens grevés ». On pourrait, dès lors, y percevoir un frein à la reconnaissance d'une subrogation plus large qui engloberait, non pas uniquement les créances, mais également les biens venant en remplacement (R. JANSEN, « Eigendomsvoorbehoud », *in* J. BAECK et M. KRUITHOF (éd.), *Het nieuwe zekerheidsrecht*, Anvers, Intersentia, 2014, p. 154, n° 22).

98 J. DEL CORRAL, « Zekerheidsrechten. Stand van zaken », *NjW*, 2014, p. 588.

99 Les articles 18 et 20 de la section XVII du Livre 3 du Code civil s'appliqueront également à la clause de réserve de propriété (art. 72 du titre XVII du Livre 3 C. civ.).

100 W. DERIJCKE, « La réforme des sûretés réelles mobilières », *R.D.C.*, 2013, p. 719.

101 Ce principe, applicable à toutes les sûretés, était déjà reconnu sous l'empire de la loi du 8 août 1997 sans qu'il soit toutefois consacré dans une disposition spécifique (E. DIRIX, *La réforme des sûretés réelles mobilières*, Waterloo, Kluwer, 2013, p. 45 ; R. JANSEN, « Eigendomsvoorbehoud », *in* J. BAECK et M. KRUITHOF (éd.), *Het nieuwe zekerheidsrecht*, Anvers, Intersentia, 2014, p. 166, n° 39).

102 Dès lors que le créancier titulaire d'un droit de propriété échappe au concours.

domaines ciblés[103]. Néanmoins, en dehors de ces interventions législatives, c'est à la Cour de cassation qu'est revenue la lourde tâche de se prononcer sur son opposabilité en cas de concours. Nous analyserons donc ci-après l'arrêt phare de la Cour de cassation du 3 décembre 2010 (§ 1) avant de nous pencher sur les modifications législatives qui s'ensuivirent (§ 2).

§ 1. L'arrêt de la Cour de cassation du 3 décembre 2010

33. Primauté des articles 7 et 8 de la loi hypothécaire. La Cour de cassation, dans son arrêt du 3 décembre 2010[104], est interrogée sur l'opposabilité, en cas de concours, d'une cession de créance à titre de garantie. La décision est sans équivoque : « Le principe de l'égalité des créanciers et les articles 7 et 8 de la loi hypothécaire dérogent nécessairement aux articles 1134, 1135 et 1165 du Code civil, de sorte qu'une sûreté réelle non prévue par la loi est inopposable aux créanciers en concours »[105].

34. Sanction atténuée. La sanction retenue par la Cour a surpris le monde juridique. Elle répond, en réalité, à des considérations pragmatiques[106] : l'« inopposabilité ne conduit pas à ce que la cession soit dénuée de tout effet à l'encontre des créanciers du failli, mais seulement à ce qu'elle soit traitée, à l'égard des tiers, comme un gage »[107].

§ 2. La réforme des sûretés réelles mobilières

35. Entérinement des enseignements de la Cour. C'est la solution retenue par la Cour de cassation qui fut prônée par notre législateur dans son

103 Voy. l'article 27 de la loi du 12 avril 1965 qui réglemente la cession de rémunération (loi du 12 avril 1965 concernant la protection de la rémunération des travailleurs, *M.B.*, 30 avril 1965), l'article 12 de la loi sur les sûretés financières qui consacre et assouplit l'opposabilité des transferts de propriété d'instruments financiers, d'espèces ou de créances bancaires à titre fiduciaire nonobstant une procédure d'insolvabilité (loi du 15 décembre 2004 relative aux sûretés financières et portant des dispositions fiscales diverses en matière de conventions constitutives de sûretés réelles et de prêts portant sur des instruments financiers, *M.B.*, 1er février 2005) ; la loi relative au crédit à la consommation qui prévoit un régime spécifique de cessibilité des créances résultant du contrat de crédit (loi du 12 juin 1991 relative au crédit à la consommation, *M.B.*, 9 juillet 1991 dont les dispositions ont été intégrées dans le Livre VII du CDE), etc.

104 Cass., 3 décembre 2010, *D.B.F.*, 2011, p. 120, note I. PEETERS, *Ius & Actores*, 2011, p. 261, *NjW*, 2010, p. 834, concl. G. DUBRULLE, note V. SAGAERT, *Pas.*, 2010, p. 3094, *R.W.*, 2010-2011, p. 1177, note R. FRANSIS, *R.G.D.C.*, 2011, p. 497, note Fr. GEORGES, *R.D.C.*, 2011, p. 866, note M. GRÉGOIRE et L. CZUPPER.

105 Voy., pour un cas d'application, Civ. Liège, 23 mars 2011, *J.L.M.B.*, 2011, p. 1776, note G. DE LEVAL.

106 Voy. Fr. GEORGES, « L'inopposabilité atténuée en cas de concours de la cession de créance à titre de garantie », note sous Cass., 3 décembre 2010, *R.G.D.C.*, 2011, pp. 502-503.

107 Voy. M. GRÉGOIRE et L. CZUPPER, « La garantie hors la loi ? », note sous Cass., 3 décembre 2010, *R.D.C.*, 2011, p. 870.

projet de loi du 24 octobre 2012[108] [109], projet ayant donné naissance à la loi du 11 juillet 2013[110].

Le principe dégagé par la Cour de cassation est, en effet, entériné par le législateur dans la réforme des sûretés réelles mobilières[111]. Aux termes de l'article 62 du Titre VII du Livre III du Code civil, « une cession de créance à titre de sûreté confère uniquement au cessionnaire un gage sur la créance cédée ».

36. Existence de nombreuses incertitudes. Selon certains auteurs, la cession de créance à titre de garantie est sanctionnée, en présence d'une situation de concours, par la conversion, de plein droit, en gage[112]. Plusieurs interprétations de cet article ont toutefois été adoptées par les premiers commentateurs de la loi[113]. Soit la cession de créance à titre de garantie ne constitue qu'un gage qui doit répondre aux conditions de forme et de fond applicables à cette convention. Soit la cession reste une cession et est convertie en gage lors de la

108 Projet de loi modifiant le Code civil en ce qui concerne les sûretés réelles mobilières et abrogeant diverses dispositions en cette matière, *Doc. parl.*, Chambre, 2012-2013, n° 2463.

109 L'article 73 dispose que, « [d]ans la même section 7, il est inséré un article 62 rédigé comme suit :
"Art. 62. Cession fiduciaire à titre de sûreté
Une cession de créance à titre de sûreté confère uniquement au cessionnaire un gage sur la créance cédée." » La solution retenue par le législateur semble avoir toutefois une portée plus large que celle dégagée par la Cour de cassation. Tandis que la Cour de cassation visait uniquement l'inopposabilité de la cession aux « créanciers en concours », le législateur n'a pas cru bon d'insérer cette précision.

110 Loi du 11 juillet 2013 modifiant le Code civil en ce qui concerne les sûretés réelles mobilières et abrogeant diverses dispositions en cette matière, *M.B.*, 2 août 2013. La loi entrera en vigueur le 1er janvier 2018 (art. 36 de la loi du 25 décembre 2016 modifiant diverses dispositions relatives aux sûretés réelles mobilières, *M.B.*, 30 décembre 2016, qui modifie l'article 109, alinéa 1er, de la loi du 11 juillet 2013). Voy. également l'article 319 de la loi du 6 juillet 2017 portant simplification, harmonisation, informatisation et modernisation de dispositions de droit civil et de procédure civile ainsi que du notariat, et portant diverses mesures en matière de justice (*M.B.*, 24 juillet 2017), qui tente de remettre un peu d'ordre dans les dispositions transitoires des différentes lois. Il précise que l'article 36 de la loi du 25 décembre 2016 produit ses effets le 31 décembre 2016. Voy., sur l'entrée en vigueur de la réforme des sûretés réelles mobilières et le droit transitoire, V. Nicaise, « Rappels des principes, mise en contexte et modifications diverses apportées par la loi du 25 décembre 2016 », *in* I. Durant (dir.), *Les sûretés réelles mobilières*, CUP, vol. 176, Liège, Anthemis, 2017, pp. 77 et s.

111 Loi du 11 juillet 2013 modifiant le Code civil en ce qui concerne les sûretés réelles mobilières et abrogeant diverses dispositions en cette matière, *M.B.*, 2 août 2013.

112 I. Peeters et P. Nobels, « Pand op geldsommen en schuldvorderingen », *in* J. Baeck et M. Kruithof (eds.), *Het nieuwe zekerheidsrecht*, Anvers, Intersentia, 2014, p. 131. En droit français, la cession à titre de garantie est requalifiée en gage par la Cour de cassation. La codification qui résulte de l'ordonnance du 10 février 2016 n'y consacre aucun développement (O. Deshayes, T. Genicon et Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, Paris, LexisNexis, 2016, p. 635).

113 Voy., sur les différentes interprétations, I. Peeters et P. Nobels, « Pand op geldsommen en schuldvorderingen », in J. Baeck et M. Kruithof (eds.), *Het nieuwe zekerheidsrecht*, Anvers, Intersentia, 2014, pp. 130-131 ; R. Feltkamp, « Overdracht tot zekerheid van schuldvorderingen: een bijzonder(e zeker)heid? », *R.G.D.C.*, 2017, pp. 230 et s. ; V. Nicaise, « La cession de créance à titre fiduciaire et la mise en gage de créance. Rapport belge », *in* X., *La transmission des obligations*, Bruxelles, Bruylant, Paris, LGDJ, 2018, à paraître, n° 43.

survenance du concours et doit, pour être opposable, répondre aux conditions de fond et de forme issues du régime du gage. Soit la cession de créance constitue une véritable cession qui ne doit répondre qu'aux conditions de fond et de forme de la cession, mais dont les effets sont réduits à ceux d'un gage en cas de concours.

37. Loi du 25 décembre 2016 : un curieux cadeau de Noël. La loi du 25 décembre 2016[114] est venue adapter la loi du 11 juillet 2013. Une modification est apportée à l'article 62 du Titre VII du Livre III du Code civil[115].

Le libellé de l'article 62 devient : « une cession de créance à titre de sûreté confère uniquement au cessionnaire un gage sur la créance cédée, et ce, que cette cession soit ou non conforme aux dispositions de l'article 61[116], sauf lorsque le cédant est un consommateur au sens de l'article I.1, 2°, du Livre Ier du Code de droit économique ».

Malgré ce toilettage, la portée de l'article 62 reste malheureusement encore incertaine[117]. Le législateur précise uniquement que la cession de créance à titre de garantie ne doit pas répondre aux conditions de l'article 61 pour être convertie en gage, à l'exception de l'hypothèse où le cédant est un consommateur[118]. Or, comme le souligne R. Feltkamp, cet article concerne uniquement des règles de preuve[119] [120]. Qu'en est-il du respect des autres règles applicables à la constitution d'un gage ? La conversion n'équivaut-elle pas plutôt à une nullité ou une inopposabilité[121] ? La disposition dans sa nouvelle mouture n'en dit mot.

114 Loi du 25 décembre 2016 modifiant diverses dispositions relatives aux sûretés réelles mobilières, *M.B.*, 30 décembre 2016. Voy., sur les modifications apportées à l'article 62, R. Feltkamp, « Overdracht tot zekerheid van schuldvorderingen: een bijzonder(e zeker)heid? », *R.G.D.C.*, 2017, p. 229.

115 Voy. art. 28 de la loi du 25 décembre 2016 modifiant diverses dispositions relatives aux sûretés réelles mobilières, *M.B.*, 30 décembre 2016.

116 L'article 61 dispose : « La convention de gage est prouvée par un écrit contenant la désignation précise des créances grevées du gage et des créances garanties. Les dispositions de la section 1re relatives à la mention, dans l'écrit, du montant maximal à concurrence duquel les créances sont garanties, sont applicables.
Si le gageur est un consommateur au sens de l'article I.1, 2°, du Livre Ier du Code de droit économique, il est requis, pour que la convention soit prouvée, que l'écrit soit rédigé, selon le cas, conformément au prescrit de l'article 1325 ou de l'article 1326, et qu'il soit clairement fait mention du montant maximal à concurrence duquel les créances sont garanties. »

117 Voy. R. Feltkamp, « Overdracht tot zekerheid van schuldvorderingen: een bijzonder(e zeker)heid? », *R.G.D.C.*, 2017, pp. 236-237.

118 Projet de loi modifiant diverses dispositions relatives aux sûretés réelles mobilières, *Doc. parl.*, Chambre, 2016-2017, Doc. 54, n° 2138/001, p. 18. Le législateur estime que, « vu qu'une cession de créance (article 1690 du Code civil) n'est soumise à aucune prescription particulière et qu'il n'est pas toujours évident de savoir si une cession se fait à titre de sûreté ou en propriété (et que la décision reviendra souvent finalement au juge), il est préférable de ne pas soumettre les cessions aux exigences de la loi. Seule exception : lorsque le cédant est un consommateur ».

119 R. Feltkamp, « Overdracht tot zekerheid van schuldvorderingen: een bijzonder(e zeker)heid? », *R.G.D.C.*, 2017, pp. 236-237.

120 Une distorsion existe d'ailleurs sur ce point avec les travaux préparatoires. Ces derniers renvoient aux exigences que le contrat de gage doit satisfaire, et non uniquement aux règles probatoires applicables.

121 Voy., sur ces questions, R. Feltkamp, « Overdracht tot zekerheid van schuldvorderingen: een bijzonder(e zeker)heid? », *R.G.D.C.*, 2017, p. 237.

Le législateur reste également muet quant à l'opposabilité des autres mécanismes qui se fondent sur l'utilisation du droit de propriété à titre de garantie[122]. Le sort de la cession de propriété à titre de garantie qui porte non plus sur des créances, mais sur d'autres actifs, demeure également assez flou[123].

Section 6
Le sort du conjoint du failli

§ 1. Un régime très favorable au conjoint

38. Extension de l'excusabilité au conjoint du failli. L'article 82, alinéa 2, de la loi du 8 août 1997 dispose actuellement que « le conjoint du failli qui est personnellement obligé à la dette de son époux ou l'ex-conjoint qui est personnellement obligé à la dette de son époux contractée du temps du mariage est libéré de cette obligation par l'effet de l'excusabilité ». Les effets de l'excusabilité sont donc étendus aux conjoints (et ex-conjoints) du failli.

39. Portée extensive de l'article 82, alinéa 2. Cette mesure de faveur est rapidement sortie de son carcan initial principalement sous l'influence de la jurisprudence. Cette dernière a conduit à une hypertrophie du régime initialement prévu par le législateur.

Tout d'abord, sont visées par l'article 82, alinéa 2, non seulement les dettes qui résultent d'un engagement contractuel, mais aussi celles qui naissent par l'effet de la loi[124].

Ensuite, l'extension de l'excusabilité ne se limite pas aux époux et ex-époux, mais touche également les cohabitants légaux. Bien que l'article 82, alinéa 2, ne vise pas spécifiquement cette hypothèse, le sort du cohabitant légal ressort de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle. Dans son arrêt du 18 novembre 2010, la Cour constitutionnelle décide : « En ce qu'il ne prévoit pas la possibilité, pour le cohabitant légal qui est personnellement obligé à la dette de son cohabitant légal failli déclaré excusable, d'être libéré de ses obligations, l'article 82, alinéa 2, de la loi du 8 août 1997 sur les faillites viole les articles 10 et 11 de la Constitution »[125]. Le principe est confirmé dans un arrêt plus récent du 13 juin 2013[126].

122 R. Feltkamp, « Overdracht tot zekerheid van schuldvorderingen: een bijzonder(e zeker)heid? », *R.G.D.C.*, 2017, pp. 237 et s.

123 *Ibid.*, pp. 238-239.

124 Voy. la loi du 2 février 2005 modifiant l'article 82, alinéa 2, de la loi du 8 août 1997 sur les faillites, *M.B.*, 21 février 2005 ; D. Pasteger, « Le point sur la libération des proches du débiteur failli ou sursitaire : en attendant Godot », *R.D.C.*, 2014, n° 33.

125 C. const., 18 novembre 2010, *J.T.*, 2011, p. 123, *J.L.M.B.*, 2011, p. 1670, *NjW*, 2011, p. 292, *R.D.C.*, 2011, p. 264.

126 C. const., 13 juin 2013, *R.T.D.F.*, 2013, p. 1013, *Rev. not. belge*, 2013, p. 698. Voy., sur cette question, M.-F. Rigaux, « Le droit de l'insolvabilité à l'épreuve de la règle de l'égalité. Une analyse de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle », *in* M. Dal et A. Zenner, *Actualité de la continuité, continuité de l'actualité, op. cit.*, pp. 41 et s. ; D. Pasteger, « Le point sur la libération des proches du débiteur failli ou sursitaire : en attendant Godot », *R.D.C.*, 2014, p. 25.

Enfin, les dettes visées par l'excusabilité s'entendent de manière très large. Demeurait, en effet, incertaine la question de savoir si le conjoint directement concerné par la dette de son époux pouvait bénéficier de la libération[127]. Lorsqu'un emprunt est souscrit par les deux conjoints au profit exclusif du patrimoine propre de l'époux du failli (transformation d'un immeuble appartenant en propre au conjoint), l'épouse peut-elle se prévaloir de l'excusabilité de son conjoint pour être libérée de ses engagements ? *Quid* lorsqu'une épouse a consenti une hypothèque sur un bien qui lui est propre en vue de garantir un prêt souscrit par les deux époux ?

Les arrêts du 24 février 2011[128], du 8 juin 2012[129] et du 18 octobre 2013[130] de la Cour de cassation mettent fin à la controverse[131] relative à l'étendue des effets de l'excusabilité. L'excusabilité s'applique non seulement aux dettes propres du failli, mais s'étend, en outre, aux dettes qui concernent personnellement le conjoint du failli.

§ 2. La réforme du droit de l'insolvabilité

40. Extension de l'excusabilité est enserrée dans des limites plus strictes. La réforme entend renouer avec plus de rigueur et poser des limites à cet effacement. En réponse à la jurisprudence particulièrement favorable aux conjoints, ex-conjoints et cohabitants[132], la loi nouvelle rejette expressément la possibilité d'étendre l'effacement aux dettes contractuelles personnelles de ces derniers qui sont étrangères à l'activité économique du failli[133].

Les travaux préparatoires justifient ce revirement par le fait qu'il « serait discriminatoire à l'égard des conjoints et partenaires dans d'autres procédures collectives ou quasi collectives d'instaurer un régime illimité d'effacement. Ceci amène le projet à ne pas étendre l'effacement aux dettes contractuelles person-

127 Voy., en faveur d'un refus du bénéfice de l'excusabilité, C. Biquet-Mathieu et S. Notarnicola, « La protection des sûretés personnelles dites faibles. Le point après la loi du 3 juin 2007 sur le cautionnement à titre gratuit », *Sûretés et procédures collectives*, Liège, Anthemis, 2008, CUP, vol. 100, p. 85. Voy., sur l'évolution jurisprudentielle de la question, D. Pasteger, « Le point sur la libération des proches du débiteur failli ou sursitaire : en attendant Godot », *R.D.C.*, 2014, n^{os} 35 et s.

128 Cass., 24 février 2011, *Pas.*, 2011, p. 653, concl. T. Werquin, *J.L.M.B.*, 2011, p. 1673, note P. Cavenaile, *R.D.C.*, 2011, p. 879, note D. Pasteger.

129 Cass., 8 juin 2012, *Pas.*, 2012, p. 1322, *J.L.M.B.*, 2012, p. 1367.

130 Cass., 18 octobre 2013, *Pas.*, 2013, p. 1976, *J.L.M.B.*, 2014, p. 27.

131 Voy., sur cette controverse, C. Musch, « Faillite et règlement collectif de dettes : excusabilité *versus* remise de dettes », *R.F.D.L.*, 2012, pp. 544 et s. ; D. Pasteger, « Excusabilité du failli, libération du conjoint et protection de son patrimoine propre », note sous Cass., 24 février 2011, *R.D.C.*, 2011, pp. 881-886 ; D. Pasteger, « Le point sur la libération des proches du débiteur failli ou sursitaire : en attendant Godot », *R.D.C.*, 2014, pp. 647-674.

132 Il n'existe toutefois pas à notre connaissance de jurisprudence relative aux ex-cohabitants légaux.

133 Art. XX.174 CDE. Voy. égal. A. Toussaint, « Le cautionnement réel : une simple sûreté réelle pour autrui ? », *in Les sûretés réelles mobilières*, CUP, vol. 176, Liège, Anthemis, 2017, n° 29.

nelles du partenaire non en faillite et qui sont étrangères à l'activité économique du failli. Le crédit accordé aux conjoints et partenaires de gérants d'entreprises deviendrait plus difficile vu le risque complémentaire créé par cet effacement potentiel »[134].

Le législateur prend également la plume pour régler expressément le sort des cohabitants et ex-cohabitants légaux. L'effacement ne profite toutefois pas aux cohabitants légaux dont la déclaration de cohabitation légale a été faite dans les six mois précédant[135] l'ouverture de la procédure de faillite.

Ainsi, aux termes de l'article XX.174 du CDE :

> « Le conjoint du failli, l'ex-conjoint, le cohabitant légal ou l'ex-cohabitant légal du failli, qui est personnellement coobligé à la dette de celui-ci, contractée du temps du mariage ou de la cohabitation légale, est libéré de cette obligation par l'effacement.
>
> L'effacement ne peut profiter au cohabitant légal dont la déclaration de cohabitation légale a été faite dans les six mois précédant l'ouverture de la procédure de faillite.
>
> L'effacement est sans effet sur les dettes personnelles ou communes du conjoint, de l'ex-conjoint, du cohabitant légal ou de l'ex-cohabitant légal, nées d'un contrat conclu par eux, qu'elles aient été ou non contractées seul ou avec le failli, et qui sont étrangères à l'activité professionnelle du failli ».

Section 7
Les actions en responsabilité diligentées par le curateur

41. Présentation. Hormis l'hypothèse de l'action en comblement de passif[136] [137], le curateur dispose d'un monopole pour exercer les droits communs à

134 Projet de loi portant insertion du Livre XX « Insolvabilité des entreprises », dans le Code de droit économique, et portant insertion des définitions propres au Livre XX, et des dispositions d'application au Livre XX, dans le Livre Ier du Code de droit économique, *Doc. parl.*, Chambre, 2016-2017, n° 2407/001, p. 98. Voy. égal. projet de loi portant insertion du Livre XX « Insolvabilité des entreprises », dans le Code de droit économique, et portant insertion des définitions propres au Livre XX, et des dispositions d'application au Livre XX, dans le Livre Ier du Code de droit économique, Rapport de la première lecture fait au nom de la Commission de droit commercial et économique par Dirk Janssens et Ann Vanheste, *Doc. parl.*, Chambre, 2016-2017, n° 2407/004, p. 99.

135 Cette modification avait déjà été proposée dans la proposition de loi modifiant la loi du 8 août 1997 sur les faillites, le Code judiciaire et la loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises et réformant le régime de la décharge des cautions en matière de faillite devenue caduque (*Doc. parl.*, Chambre, 2009-2010, n° 2273/001). « Il s'agit [...] d'éviter que des concubins ne recourent de manière abusive à la déclaration de cohabitation légale [...] pour bénéficier anormalement de la protection qui sera ainsi assurée par ce biais au cohabitant légal » (*Doc. parl.*, Chambre, 2009-2010, n° 2273/001, p. 8).

136 Nous n'arborderons pas, dans cette contribution, l'action en comblement de passif. Voy., sur cette question, P. Colle, « Kritische bemerkingen nopens een aantal problemen rond artikel 63ter Venn. W. », *R.D.C.*, 1985, pp. 163-182 ; G. Hermans, T. Delwiche et F. Helsen, « Het actief van het faillissement – De aansprakelijkheid tegen bestuurders/zaakvoerders na discontinuïteit », *in Faillissement & Reorganisatie*, Malines, Kluwer, 2012, p. II.G.20-81 et s. Voy., pour des illustrations, P. De Wolf, « La responsabilité des administrateurs. Variations sur le thème du mandat », *D.A.O.R.*, 2005, p. 18.

137 Sur les modifications intervenues en matière d'action en comblement de passif à la suite de la réforme, voy. Fl. George, « La réforme de la faillite », *in* C. Alter (coord.), *Le nouveau Livre XX du Code de droit économique consacré à l'insolvabilité des entreprises*, Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 197 et s. ; C. Alter et L. Bermond, « Les responsabilités des dirigeants dans le nouveau droit de l'insolvabilité – Questions spéciales », *in* C. Alter (coord.), *Le nouveau droit de l'insolvabilité*, Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 130 et s.

l'ensemble des créanciers (§ 1). À l'inverse, les créanciers individuels ne sont pas recevables à agir à l'encontre du tiers responsable en réparation de leur part dans le préjudice collectif[138]. Ils conservent tout de même l'exercice de leurs droits individuels (§ 2). La jurisprudence de la Cour de cassation relative aux actions en responsabilité intentées par le curateur à l'égard des tiers responsables est florissante, mais hétéroclite. Nous tentons, dans les développements qui suivent, de mettre en exergue le caractère poreux de la ligne de démarcation qui existe entre les pouvoirs du curateur et ceux des créanciers individuels.

§ 1. Le monopole du curateur

42. Monopole du curateur pour exercer les droits communs à l'ensemble des créanciers. On fait généralement remonter à un vieil arrêt du 1er juin 1876[139] les principes de base qui gouvernent la recevabilité des actions en responsabilité diligentées par le curateur. L'arrêt précité, bien qu'il soit rendu dans le contexte d'une action paulienne, tranche la question de la recevabilité d'une telle action lorsqu'elle est intentée par le curateur. La Cour y affirme que « le curateur concentre [...] en ses mains tous les moyens de liquider dans l'intérêt commun de cette masse dont l'administration lui est confiée » ; il « agit donc, non dans l'intérêt exclusivement individuel de certains créanciers, mais au nom de l'intérêt commun de la masse et pour reconstituer l'actif auquel elle a droit ». Les principes dégagés sont transposables à l'action en responsabilité. Cette dernière, de même que l'action paulienne, a, en effet, pour objectif de reconstituer le patrimoine du débiteur failli[140].

Cette solution est confirmée dans un arrêt subséquent du 14 décembre 1899[141]. La notion de droits communs voit progressivement le jour, de même que celle de préjudice collectif. Le curateur peut, en effet, exercer les droits communs à

138 Cass., 17 janvier 2008, *R.D.C.*, 2008, p. 321, note. Voy., en ce sens, K. Vanhaerents, « Coëxistentie van de vorderingen van de curator et de individuele schuldeiser tegenover een derde aansprakelijk voor toename van het passief van een failliete vennootschap », note sous Comm. Bruxelles, 13 mars 1990, *T.R.V.*, 1990, p. 563 ; F. Mourlon-Beernaert, « La recevabilité de l'action en responsabilité, intentée contre un tiers par le curateur d'une faillite en réparation du préjudice collectif causé à la masse des créanciers », *R.D.C.*, 1998, p. 516 ; I. Verougstraete (dir.), *Traité pratique de droit commercial*, t. II « Insolvabilité et distribution », Waterloo, Kluwer, 2010, p. 318 ; D. Willermain, « Responsabilité des administrateurs en cas de faillite : absence de quasi-immunité des organes à l'égard du curateur et nouvelles précisions sur la notion de préjudice collectif », note sous Cass., 2 octobre 2014, *R.P.S.*, 2015, p. 172.

139 Cass., 1er juin 1876, *Pas.*, 1876, I, p. 291, concl. Proc. gén. Faider.

140 Dans ses conclusions, le procureur général Faider affirme que « la recevabilité du curateur se fonde donc ici à la fois sur sa qualité même, en tant qu'organe de la masse de créanciers dont il exprime et dirige les droits, et sur la nature de la revendication spéciale qu'il exerce aux termes de dispositions législatives qui ont un objet et un but déterminés » (concl. proc. gén. Faider préc., Cass., 1er juin 1876, *Pas.*, 1876, I, pp. 297-298).

141 Cass., 14 décembre 1899, *Pas.*, 1900, I, p. 59, concl. Av. gén. Mélot.

l'ensemble des créanciers en vue de réclamer l'indemnisation de leur préjudice collectif. Par contre, le curateur n'est pas admis à réclamer l'indemnisation du préjudice propre subi par les créanciers[142].

43. Droits communs des créanciers : d'une diminution de l'actif à une augmentation du passif. Initialement, la notion de droits communs recouvre uniquement les droits résultant d'un dommage ayant entraîné une diminution de l'actif.

De nombreuses controverses émaillent toutefois les notions de droits communs et de préjudice collectif. *Quid* du préjudice qui entraîne une augmentation du passif? Plusieurs thèses voient le jour en doctrine[143]. Elles prennent fin avec l'arrêt *UNAC*[144]. La Cour y définit les droits communs à l'ensemble des créanciers comme « 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 ». Le curateur est ainsi admis à solliciter également l'indemnisation des dommages qui résultent d'une aggravation du passif[145].

Les arrêts de la Cour de cassation des 5 décembre 1997[146], 19 octobre 1999[147] et 2 octobre 2014[148] s'inscrivent dans la droite ligne de cette jurisprudence. Lorsque la faute d'un tiers entraîne une aggravation du passif ou une diminution de l'actif, il en résulte un préjudice collectif dont seul le curateur est admis à solliciter réparation à l'exclusion des créanciers individuels[149], et ce, jusqu'à la clôture de la faillite. Par contre, le cumul des droits individuels n'équivaut pas aux droits communs des créanciers[150].

142 Voy. Cass., 3 juin 1975, *Pas.*, 1975, I, p. 945. L'affaire a trait à une cession d'actions. Les acheteurs s'estiment préjudiciés par ladite cession et ont produit une déclaration de créance à la faillite. Le curateur agit en réparation du dommage au nom de la masse. La Cour décide que, « lorsque le curateur agit en justice au nom de la masse de la faillite, il exerce les droits qui sont communs à l'ensemble de tous les créanciers » et que, « de la seule circonstance que les créanciers qui se sont constitués parties civiles contre le défendeur étaient également créanciers de la masse, il ne résulte pas que leurs droits sont communs à ceux de tous les créanciers de la faillite ». Par conséquent, le curateur n'a pas qualité pour solliciter réparation du dommage individuel dans la mesure où « seuls les acheteurs des actions litigieuses ont été lésés et non la faillite ».

143 Voy., sur les thèses existant avant les arrêts rendus par notre Cour de cassation, F. Mourlon-Beernaert, « La recevabilité de l'action en responsabilité, intentée contre un tiers par le curateur d'une faillite en réparation du préjudice collectif causé à la masse des créanciers », *R.D.C.*, 1998, p. 518. L'auteur explicite les thèses de M. Grégoire, J. Heenen, ainsi que de C. Van Buggenhout et O. Clevenbergh.

144 Cass., 12 février 1981, *Pas.*, 1981, I, pp. 639-653, concl. Declercq

145 Voy. égal. Comm. Bruxelles, 29 octobre 1976, *J.T.*, 1977, p. 58 ; Bruxelles, 13 janvier 1981, *J.C.B.*, 1981, p. 162.

146 Cass., 5 décembre 1997, *R.C.J.B.*, 2000, p. 20, note T. Bosly, *Pas.*, 1997, I, p. 1355.

147 Cass., 19 octobre 1999, *Pas.*, 1999, I, p. 1349, *T.R.V.*, 2000, p. 457, note J. Vananroye

148 Cass., 2 octobre 2014, R.G. n° C13.0288.F, *J.L.M.B.*, 2015, p. 408, *D.A.O.R.*, 2015, p. 97.

149 J. Heenen parle de coexistence impossible. La notion de préjudice collectif viendrait ainsi priver les créanciers de leur droit d'obtenir réparation de leur préjudice (J. Heenen, « Le curateur peut-il exercer, au nom des créanciers, une action en responsabilité contre un tiers dont la faute a causé une diminution de l'actif ou une aggravation du passif de la masse ? », note sous Cass., 12 février 1981, *R.C.J.B.*, 1983, pp. 29 et 32).

150 Cass., 2 mars 1995, *Arr. Cass.*, 1995, p. 247, *Bull.*, 1995, p. 250, *J.L.M.B.*, 1995, p. 1195, *Pas.*, 1995, I, p. 250, *R.W.*, 1995-1996, p. 538, note, *R.D.C.*, 1995, p. 569, note.

44. Droits communs des créanciers : absence d'exigence de caractère proportionnel du dommage. Certains auteurs ont très tôt considéré que ne constitue pas un dommage collectif celui qui n'a pas atteint tous les créanciers ou celui qui ne les a pas atteints de manière uniforme[151]. La Cour de cassation fut dès lors amenée à se prononcer sur l'exigence du caractère proportionnel du dommage. C'est l'arrêt du *12 février 1981*[152] (arrêt *UNAC*) qui tranche, une nouvelle fois, la controverse : l'action du curateur est recevable, peu importe que le dommage ait atteint les créanciers de manière uniforme ou non.

Le doute reste toutefois permis avec l'arrêt du *2 mars 1995*[153] (arrêt *SEFI*). Pour certains, ce dernier fragilise les enseignements de l'arrêt *UNAC*.

En l'espèce, deux fournisseurs de la société faillie avaient assigné en responsabilité la société ayant octroyé un crédit (SNCI) à la société faillie (SEFI) au motif que le crédit était immérité et que son maintien sans vérification de la rentabilité du projet et de contrôle de l'activité était fautif. Parallèlement, le curateur avait intenté une action contre la société SNCI eu égard à l'octroi et à la dénonciation fautifs du crédit. La recevabilité de cette dernière action était toutefois contestée. La cour d'appel considéra que le curateur était recevable à agir. Ce dernier exerçait les droits communs des créanciers dès lors qu'il agissait en réparation de la somme des préjudices individuels des créanciers.

La Cour casse l'arrêt déféré à sa censure au motif qu'au regard des constatations de la cour d'appel[154], le curateur ne met pas en œuvre les droits communs de la masse des créanciers. La portée à conférer à cet arrêt fut vivement débattue[155]. D'aucuns estiment qu'à partir du moment où la cour d'appel se fonde sur le constat que le curateur poursuit la réparation de préjudices individuels, la cassation était inévitable[156]. À l'inverse, d'autres y décèlent plutôt un recul par rapport à l'arrêt du 12 février 1981[157].

151 A. Bruyneel, « Le "mémoire de Barsy" sur la responsabilité du donneur de crédit », *Rev. banque*, 1977, p. 321 ; A. Bruyneel et L. Simont, « Chronique de droit bancaire privé. Les opérations de banque (1978-1979) », *Rev. banque*, 1979, p. 714 ; concl. Av. gén. Declercq préc., 12 février 1981, *Pas.*, 1981, pp. 639-653.

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

153 Cass., 2 mars 1995, *Pas.*, 1995, I, p. 257, *J.L.M.B.*, 1995, p. 1195, note C. Parmentier.

154 La cour d'appel avait en effet constaté que « l'indemnité ne correspond pas à une créance se trouvant dans le patrimoine du failli puisqu'en ce cas, l'intérêt n'est pas rattachable au "gage commun" » (Mons, 30 juin 1992, *R.D.C.*, 1993, pp. 876 et s. et spéc. p. 881).

155 C. Van Buggenhout et O. Clevenbergh, « L'action en responsabilité pour "aggravation du passif", préjudice "collectif" et cumul de préjudices individuels : tentative d'éclaircissement », *R.D.C.*, 1995, pp. 543 et s.

156 F. Mourlon-Beernaert, « La recevabilité de l'action en responsabilité, intentée contre un tiers par le curateur d'une faillite en réparation du préjudice collectif causé à la masse des créanciers », *R.D.C.*, 1998, p. 514 ; T. Bosly, « Préjudice collectif ou individuel : un modèle adéquat pour délimiter les pouvoirs du curateur et des créanciers d'agir en responsabilité contre un tiers », note sous Cass., 5 décembre 1997, *R.C.J.B.*, 2000, p. 39.

157 C. Van Buggenhout et O. Clevenbergh, « L'action en responsabilité pour "aggravation du passif", préjudice "collectif" et cumul de préjudices individuels : tentative d'éclaircissement », *R.D.C.*, 1995, pp. 536-545.

Droit - UNamur

À l'occasion de son arrêt du *5 décembre 1997*[158] (arrêt *SEPP*), la Cour réitère sa jurisprudence de 1981. Les principes consacrés par l'arrêt *UNAC* – et pourtant mis en doute par certains à la suite de l'arrêt *SEFI* – sont confirmés[159]. L'arrêt du *19 octobre 1999*[160] clôt définitivement toute discussion. L'action du curateur est recevable quand bien même le tiers fautif aurait produit une déclaration de créance à la société[161].

L'absence de production par un créancier de sa créance ne fait nullement obstacle à l'action du curateur[162]. Les auteurs reconnaissent également que le fait que le curateur exerce non seulement les droits de créanciers antérieurs, mais aussi postérieurs à la faute, ne fait pas obstacle à la recevabilité de son action[163].

45. Affinement de la notion de préjudice collectif : arrêts du 24 octobre 2002 et du 29 octobre 2004. Une nouvelle question surgit à l'occasion de l'arrêt du *24 octobre 2002*[164]. Celui-ci a trait à des augmentations de capital fictives par apports en espèces. La curatelle diligente une action en responsabilité contre les organes des sociétés apporteuses en récupération du préjudice résultant de la commission des infractions (apports fictifs)[165]. Les demandeurs en cassation contestent la recevabilité et le fondement de l'action. Ils invoquent que la faute n'a engendré qu'une absence d'augmentation d'actif qui ne peut être assimilée à une diminution de l'actif.

158 Cass., 5 décembre 1997, *R.C.J.B.*, 2000, pp. 20-27, note T. Bosly, *Pas.*, 1997, I, pp. 1355-1366.

159 *In casu*, une action en responsabilité avait été intentée par les curateurs à l'encontre de la société ayant octroyé un crédit de manière fautive à la société faillie. Pour la cour d'appel, l'aggravation du passif ne portait pas préjudice à la faillite qui, au contraire, se trouvait augmentée par l'apport des créanciers restés impayés. L'arrêt de la cour d'appel est censuré par la Cour de cassation. Après avoir répété l'enseignement de l'arrêt *UNAC*, la Cour décide « qu'en rejetant la demande du curateur aux motifs que "l'aggravation du passif ne porte pas préjudice à l'actif", que "ce sont les différents créanciers qui supportent de manière individuelle en fonction de leurs créances une partie du passif net", que "les conséquences [des] fautes [du défendeur] varient de créancier à créancier", l'arrêt ne justifie pas légalement sa décision ».

160 Cass., 19 octobre 1999, *Pas.*, 1999, I, pp. 1349-1351, *T.R.V.*, 2000, pp. 457-458, note J. Vananroye : « la circonstance que les dommages ont été causés par l'un des créanciers n'empêche pas qu'ils aient pu aggraver le passif de la faillite ou en diminuer l'actif, au préjudice de l'ensemble des créanciers ».

161 Voy. également, Bruxelles, 11 septembre 1987, *R.D.C.*, 1989, p. 7, note D. Devos. En doctrine, voy. F. Mourlon-Beernaert, « La recevabilité de l'action en responsabilité, intentée contre un tiers par le curateur d'une faillite en réparation du préjudice collectif causé à la masse des créanciers », *R.D.C.*, 1998, p. 517 ; T. Bosly, « Préjudice collectif ou individuel : un modèle adéquat pour délimiter les pouvoirs du curateur et des créanciers d'agir en responsabilité contre un tiers », note sous Cass., 5 décembre 1997, *R.C.J.B.*, 2000, p. 41 ; I. Verougstraete (dir.), *Traité pratique de droit commercial*, t. II « Insolvabilité et distribution », Waterloo, Kluwer, 2010, p. 319.

162 F. Mourlon-Beernaert, « La recevabilité de l'action en responsabilité, intentée contre un tiers par le curateur d'une faillite en réparation du préjudice collectif causé à la masse des créanciers », *R.D.C.*, 1998, p. 518.

163 J. Heenen, « Le curateur peut-il exercer, au nom des créanciers, une action en responsabilité contre un tiers dont la faute a causé une diminution de l'actif ou une aggravation du passif de la masse ? », note sous Cass., 12 février 1981, *R.C.J.B.*, 1983, p. 17 ; F. Mourlon-Beernaert, « La recevabilité de l'action en responsabilité, intentée contre un tiers par le curateur d'une faillite en réparation du préjudice collectif causé à la masse des créanciers », *R.D.C.*, 1998, p. 517 ; T. Bosly, « Préjudice collectif ou individuel : un modèle adéquat pour délimiter les pouvoirs du curateur et des créanciers d'agir en responsabilité contre un tiers », note sous Cass., 5 décembre 1997, *R.C.J.B.*, 2000, p. 41. Voy. implicitement Cass., 1er juin 1876, *Pas.*, 1876, I, p. 291.

164 Cass., 24 octobre 2002, *R.W.*, 2002-2003, p. 902, concl. Av. gén. G. Dubrulle.

165 Voy., pour plus de détails, M. Verraes, « Le droit d'action du curateur », note sous Cass., 24 octobre 2002, *R.D.C.*, 2003, pp. 184-186.

La Cour peaufine sa jurisprudence en ce sens que, sur le plan de la recevabilité de l'action, le préjudice collectif « peut également découler de la faute d'autrui à la suite de laquelle l'actif qui aurait dû se trouver à la disposition des curateurs ne se trouve pas réellement dans la masse »[166]. Au niveau du fondement de l'action, le Cour considère que, sans les fautes, la masse aurait pu bénéficier d'une augmentation de capital. Par voie de conséquence, l'absence de ce capital engendre le versement d'un moindre dividende, ce qui constitue un dommage collectif.

Dans son arrêt du *29 octobre 2004*[167], la Cour de cassation confirme l'affinement de la notion de dommage collectif en ces termes : « Overwegende dat een schade aan de boedel ook ontstaan wanneer door een fout van een derde, het actief dat ter beschikking moest staan van de schuldeisers niet effectief voorhanden is in de boedel »[168].

Cette précision est réitérée dans un arrêt du *5 septembre 2013*[169]. Le dommage collectif y est défini comme le « dommage causé à la masse en raison de la faute de quiconque, augmentant le passif de la faillite, diminuant l'actif ou causant l'absence de l'actif qui devait être à la disposition des créanciers dans la masse »[170]. L'arrêt de la Cour de cassation du *28 mars 2014*[171] vient entériner ces enseignements.

§ 2. Le droit d'action individuelle des créanciers

46. Indemnisation d'un préjudice propre. L'indemnisation du préjudice collectif est réservée au monopole du curateur. Les créanciers sont toutefois admis à solliciter l'indemnisation d'un préjudice propre indépendant de la perte de leur créance[172]. On parle alors de préjudice personnel[173], distinct du préjudice collectif[174].

166 Traduction libre : « un tel dommage peut aussi naître quand, par la faute d'un tiers, l'actif qui aurait dû être disponible pour les créanciers, ne l'est plus effectivement dans la masse ».

167 Cass., 29 octobre 2004, *T.R.V.*, 2005, p. 554, note J. Vananroye.

168 Traduction libre : « attendu que le dommage à la masse peut aussi naître quand, par la faute d'un tiers, l'actif qui devait être disponible pour les créanciers, ne l'est plus effectivement dans la masse ».

169 Cass., 5 septembre 2013, *R.D.C.*, 2014, p. 160, note BTS.

170 Cass., 5 septembre 2013, *R.D.C.*, 2014, p. 160, note BTS.

171 Cass., 28 mars 2014, *T.R.V.*, 2014, p. 788, note G. Lindemans.

172 Liège, 27 janvier 2005, *R.R.D.*, 2005, p. 151. I. Verougstraete (dir.), *Traité pratique de droit commercial*, t. II « Insolvabilité et distribution », Waterloo, Kluwer, 2010, p. 318.

173 K. Vanhaerents, « Coëxistentie van de vorderingen van de curator et de individuele schuldeiser tegenover een derde aansprakelijk voor toename van het passief van een failliete vennootschap », note sous Comm. Bruxelles, 13 mars 1990, *T.R.V.*, 1990, p. 563.

174 F. Mourlon-Beernaert, « La recevabilité de l'action en responsabilité, intentée contre un tiers par le curateur d'une faillite en réparation du préjudice collectif causé à la masse des créanciers », *R.D.C.*, 1998, p. 516.

On songe, par exemple, aux litiges dans lesquels un tiers s'est porté caution envers un créancier pour garantir la dette de la société, aux litiges entre deux actionnaires relativement à une convention conclue avant la faillite, aux actions diligentées par un actionnaire à l'encontre des dirigeants lorsque l'augmentation de capital a été souscrite sur la base de faux bilans[175], aux actions des créanciers ayant été méconduits sur la situation financière de la société[176] ou qui ont traité avec la société sur la base d'un faux bilan[177], aux investisseurs ayant acquis des titres sur la base d'un prospectus mensonger[178]…

Les créanciers pourront notamment agir individuellement lorsque « l'action se fonde sur une faute autre que celle qui a causé le préjudice collectif » ou lorsque l'action « repose sur des liens juridiques propres au créancier qui l'invoque »[179].

47. Vers une indemnisation plus large que le simple préjudice propre ? Malgré les éclaircissements qu'il apporte, l'arrêt du *12 février 1981* (*UNAC*) ne permet pas de régler définitivement la coexistence des actions du curateur et du créancier individuel. L'indemnisation de sa part dans le préjudice collectif pose question[180]. Une partie de la doctrine et de la jurisprudence plaide toujours en faveur de cette coexistence, tout en mettant en relief les mesures à prendre afin d'éviter la double indemnisation du dommage[181]. D'autres estiment, au contraire, que l'action du créancier individuel est paralysée[182]. À mi-chemin, on défend

175 Exemples cités par T. Bosly, « Préjudice collectif ou individuel : un modèle adéquat pour délimiter les pouvoirs du curateur et des créanciers d'agir en responsabilité contre un tiers », note sous Cass., 5 décembre 1997, *R.C.J.B.*, 2000, p. 44. Voy. J. Vananroye, « Actiemogelijkheden van aandeellhouder inzake bestuurdersaansprakelijkheid », *in De strafrechtelijke en civielrechtelijke aansprakelijkheid van de rechtspersoon en zijn bestuurders*, Anvers, Intersentia, 1998, p. 228.

176 J. Vananroye, « Curator, individuele schuldeiser en bestuursaansprakelijkheid », *in* H. Braeckmans, E. Dirix, H. Cousy, M. Vanmeenen et B. Tilleman (eds.), *Curatoren en vereffenaars: actuele ontwikkelingen*, Anvers, Intersentia, 2006, p. 272.

177 J. Ronse et J. Lievens, « La responsabilité des administrateurs et gérants après la faillite », *in Les sociétés commerciales*, Bruxelles, Jeune Barreau, 1985, pp. 236-237. Voy. Gand, 6 mai 2004, *NjW*, 2005, p. 261 ; Gand, 13 février 2012, *D.A.O.R.*, 2012, p. 206.

178 J. Ronse et J. Lievens, « La responsabilité des administrateurs et gérants après la faillite », *in Les sociétés commerciales*, Bruxelles, Jeune Barreau, 1985, p. 236.

179 Bruxelles, 12 janvier 1993, *Pas.*, 1992, II, p. 142.

180 Voy., sur ce point, D. Devos, « La recevabilité de l'action collective du curateur et de l'action individuelle des créanciers », note sous Bruxelles, 11 septembre 1987, *R.D.C.*, 1989, pp. 34 et s.

181 B. Van Bruystegem, « De bevoegdheid van de curator om schadeloosstelling te vorderen voor rekening van de boedel en/of voor rekening van de gezamenlijke schuldeisers (naar aanleiding van Cass., 12 februari 1981 », *J.C.B.*, 1981, p. 308 ; L. Matray, « Le principe d'égalité des créanciers dans la jurisprudence récente de la Cour de cassation », *in Les créanciers et le droit de la faillite*, Bruxelles, Bruylant, 1983, pp. 60-62 ; Y. Dumon, obs. sous Civ. Liège, 12 février 1982, *J.C.B.*, 1982, p. 629 (l'auteur doute de la solution qui confère un monopole au curateur) ; Comm. Liège, 2 juin 1983, *R.D.C.*, 1984, p. 70, obs. P.A. Foriers).

182 P. Van Ommeslaghe, « Rapport belge », *in La responsabilité extracontractuelle du donneur de crédit en droit comparé*, Feduci, 1984, p. 49 ; P.A. Foriers, obs. sous Comm. Liège, 2 juin 1983, *R.D.C.*, 1984, pp. 79-83 ; P. Van ommeslaghe et L. Simont, « De aansprakelijkheid van de bankier-kredietverlener in het Belgisch recht », *T.P.R.*, 1986, p. 1134 ; I. Verougstraete, *Manuel du curateur de faillite*, Bruxelles, Swinnen, 1987, p. 54 ; Civ. Liège, 12 février 1982, *R.P.S.*, 1982, p. 107, obs., *J.C.B.*, 1982, p. 625, obs. Y. Dumon.

également l'idée selon laquelle l'action du créancier individuel ne serait recevable qu'en cas d'inertie du curateur[183].

L'évolution de la jurisprudence sur la question n'est guère d'une logique implacable.

L'absence de possibilité pour le créancier individuel de réclamer au tiers responsable après faillite sa part dans le préjudice collectif est réaffirmée par la Cour dans un arrêt du *17 janvier 2008*[184] [185]. Dans cette affaire, la cour d'appel d'Anvers avait déclaré fondée l'action de l'État belge diligentée, après faillite, à l'encontre d'un tiers ayant commis plusieurs infractions. Le dommage réclamé consistait en la perte de la possibilité pour l'État belge de pouvoir percevoir l'impôt, directement de la société, ou par le versement d'un dividende de la faillite. La Cour censure cette décision dès lors que « l'État belge réclame en réalité une indemnité pour le fait que sa créance dans la faillite n'est pas honorée, et qu'il réclame donc une indemnité pour sa part dans le dommage collectif ».

La décision de la Cour du *4 février 2011*[186] vient toutefois marquer un temps d'arrêt. La recevabilité de l'action d'un curateur à l'encontre d'un administrateur ayant omis de procéder aux obligations de déclarations à la TVA est soumise à l'appréciation de la Cour. Dans son arrêt du 6 avril 2009, la cour d'appel de Gand avait considéré fondée la réclamation par le curateur du préjudice collectif subi par la masse. L'arrêt de la cour d'appel de Gand est cassé au motif que « le fait qu'une dette certaine soit demeurée impayée au moment de la faillite ne fait pas pour autant naître un dommage collectif pour lequel le curateur serait compétent pour prétendre à l'indemnisation » et qu'« en considérant sur la base de ces constatations que les arriérés en matière de taxe sur la valeur ajoutée constituent incontestablement un dommage pour lequel le curateur est compétent pour réclamer une indemnisation à la demanderesse, l'arrêt n'est pas légalement justifié ».

La Cour semble, de prime abord, faire un pas en arrière et revenir sur les enseignements de son arrêt du 17 janvier 2008. La portée de cette décision est toutefois nuancée par la doctrine. L'arrêt du 4 février 2011 ne ferait que rappeler l'obligation de vérifier *in concreto* dans quelle mesure la faute est en lien causal avec le dommage subi par le failli ou la masse[187]. Une même cause peut, en effet, engendrer tant un dommage individuel qu'un dommage collectif[188].

183 Bruxelles, 29 septembre 1983, reproduit partiellement par P.A. Foriers, *R.D.C.*, 1984, pp. 82-83, en note 7*bis* ; Comm. Liège, 20 décembre 1983, *R.P.S.*, 1984, p. 175 ; Comm. Bruxelles, 3 avril 1984, *R.P.S.*, 1984, p. 184 (en l'espèce, le curateur ne s'était pas abstenu d'agir).

184 Cass., 17 janvier 2008, *R.D.C.*, 2008, p. 321.

185 Voy., pour les arrêts antérieurs, Cass., 8 mars 1965, *Pas.*, 1965, II, p. 684 ; Cass., 8 avril 1976, *Pas.*, 1976, I, p. 885.

186 Cass., 4 février 2011, *Pas.*, 2011, p. 427, *R.W.*, 2011-2012, p. 370, note J. Vananroye.

187 J. Vananroye, « Collectieve en individuele schade na faillissement: een kwestie van concrete schadebegroting », *R.W.*, 2011-2012, p. 373.

188 *Ibid.*, p. 373 ; F. Parrein, « De allerindividueelste vordering van de allerindividueelste schade – Het persoonlijk vorderingsrecht bij kennelijk grove fout aan banden gelegd », note sous Cass., 10 décembre 2008, *T.R.V.*, 2012, pp. 47-52.

L'arrêt subséquent du *5 septembre 2013*[189] laisse davantage entrevoir un revirement de jurisprudence. La Cour lance un véritable pavé dans la mare. L'État belge avait en effet introduit une action en responsabilité à l'encontre des administrateurs de la société faillie fondée sur le non-paiement fautif du précompte professionnel. La cour d'appel donna raison à l'État belge et considéra que la faute des administrateurs avait causé un dommage individuel que seul le créancier individuel pouvait réclamer. La Cour de cassation rejette le pourvoi introduit par les administrateurs de la société faillie. Dans un premier temps, la Cour revient sur la mission du curateur qui consiste en la réalisation des actifs du failli en vue de la distribution du produit de réalisation. À cet égard, la Cour affirme que, « lorsque le curateur agit au nom de la masse, il exerce les droits communs des créanciers », à savoir « les droits qui découlent du dommage causé à la masse en raison de la faute de quiconque, augmentant le passif de la faillite, diminuant l'actif ou causant l'absence de l'actif qui devait être à la disposition des créanciers dans la masse ».

Dans un second temps, la Cour se penche sur la délimitation entre l'action collective du curateur et l'action individuelle des créanciers. Pour la Cour, la faillite ne fait pas obstacle à ce qu'un créancier réclame l'indemnisation à un tiers fautif d'un dommage qui ne touche que lui. En l'espèce, la faute d'un dirigeant qui consiste à ne pas payer le précompte professionnel de la société malgré la poursuite des activités peut, selon la Cour, provoquer un dommage individuel au fisc qui consiste à ne pas pouvoir recouvrer le précompte.

En reconnaissant au créancier individuel la possibilité d'agir contre le tiers responsable en réparation du préjudice causé par le non-paiement du précompte, cet arrêt vient ébranler l'édifice construit par la jurisprudence de la Cour de cassation. Les critiques sont nombreuses[190]. Ainsi, D. Willermain souligne que, bien que la Cour ait pris « le soin de relever que l'État ne demandait "ni l'apurement du passif, ni la reconstitution de l'actif des masses" », celui-ci ne vise, du point de vue économique, qu'à recouvrer le préjudice lié au non-paiement de sa créance d'impôts, et non un prétendu paiement indépendant de la perte de sa créance[191].

On ne peut que regretter le manque de clarté des attendus de l'arrêt et l'absence de définition du dommage individuel[192]. L'arrêt ouvre, en effet, la boîte

189 Cass., 5 septembre 2013, *R.D.C.*, 2014, p. 160, note BTS.

190 Voy. BTS, « Nogmaals over collectieve en individuele schade en het vorderingsrecht van curator en schuldeisers », note sous Cass., 5 septembre 2013, *R.D.C.*, 2014, pp. 162-166 ; D. Willermain, « Responsabilité des administrateurs en cas de faillite : absence de quasi-immunité des organes à l'égard du curateur et nouvelles précisions sur la notion de préjudice collectif », note sous Cass., 2 octobre 2014, *R.P.S.*, 2015, p. 174.

191 D. Willermain, « Responsabilité des administrateurs en cas de faillite : absence de quasi-immunité des organes à l'égard du curateur et nouvelles précisions sur la notion de préjudice collectif », note sous Cass., 2 octobre 2014, *R.P.S.*, 2015, p. 174. L'auteur se demande toutefois s'il ne faut pas voir, dans cet arrêt, une application des principes de l'action en comblement de passif.

192 BTS, « Nogmaals over collectieve en individuele schade en het vorderingsrecht van curator en schuldeisers », note sous Cass., 5 septembre 2013, *R.D.C.*, 2014, p. 165.

de Pandore. Le risque existe de voir de nombreux créanciers individuels ayant subi un dommage indirect intenter une action contre le tiers responsable parallèlement à leur déclaration de créance à la faillite.

48. Existence d'un préjudice par répercussion des créanciers ? Le préjudice du créancier peut-il véritablement être qualifié de dommage par répercussion ou par ricochet ?

Le préjudice par répercussion (ou par ricochet) est défini par B. Dubuisson et P. Colson[193] comme « celui qui est subi par une autre personne que la victime directe en raison d'une atteinte portée directement aux droits et intérêts de celle-ci ». N. Estienne le décrit comme le « préjudice éprouvé à titre personnel par une ou plusieurs personnes du fait du dommage subi personnellement et directement par une autre personne »[194]. Pour donner lieu à une indemnisation, ce préjudice devra être personnel, légitime et certain[195].

À l'occasion de son arrêt du 23 février 2012[196], la question fut posée à la Cour de savoir si les actionnaires pouvaient agir en responsabilité extracontractuelle à l'encontre d'un administrateur en vue de la réparation du préjudice causé à la société[197]. L'indemnisation du préjudice par répercussion des actionnaires était clairement au centre du débat. La Cour y répondit par la négative : lorsqu'il est porté atteinte au patrimoine de la société, les actionnaires ne disposent pas d'un droit propre à agir[198].

Il convient pour J. Vananroye d'appliquer aux créanciers ayant subi un préjudice par répercussion les enseignements de R.O. Dalcq :

> « le dommage n'est personnel qu'à la condition qu'il donne naissance à un droit à réparation dans le chef de celui qui en postule l'indemnisation. Et le préjudice ne donnera pas naissance à un droit à réparation lorsqu'il s'agit d'un dommage par ricochet dont la nature fait qu'il disparaît lorsque le premier dommage, qui est la cause du second, est réparé »[199].

193 B. Dubuisson et P. Colson, « Nomenclature des préjudices réparables. Rapport belge », *Le dommage et sa réparation*, Bruxelles, Larcier, 2013, p. 619.

194 N. Estienne, « Le préjudice par répercussion en cas de décès ou de blessures », *R.G.A.R.*, 2013, n°14973.

195 *Ibid.*

196 Cass., 23 février 2012, *T.R.V.*, 2012, p. 319, note J. Vananroye.

197 Voy., en doctrine, X. Dieux, « La responsabilité civile des dirigeants de la société anonyme : questions de principe », *in Actualités en droit des sociétés*, Collection UB³, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 108 ; P.A. Foriers, « Les concours de responsabilités contractuelle et extracontractuelle », *in Les obligations contractuelles en pratique. Questions choisies*, Limal, Anthemis, 2013, p. 121 ; D. Willermain, « L'absence de préjudice réparable des actionnaires en cas d'atteinte au patrimoine social », *R.D.C.*, 2013, pp. 877 et s.

198 Voy., pour une application des enseignements de la Cour de cassation, Comm. fr. Bruxelles (14e ch.), 28 avril 2014, inédit, R.G. n° A/10/0744.

199 R.O. Dalcq, *Traité de la responsabilité civile*, II, *Les Novelles*, p. 312, n° 2997. Voy. J. Vananroye, « Actiemogelijkheden van aandeellhouder inzake bestuurdersaansprakelijkheid », *in De strafrechtelijke en civielrechtelijke aansprakelijkheid van de rechtspersoon en zijn bestuurders*, Anvers, Intersentia, 1998, pp. 222-225.

Cette vision est adoptée par le tribunal de commerce d'Ypres dans son jugement du 21 octobre 2002[200]. Se référant aux écrits de J. Vananroye, le tribunal affirme expressément que « ce qui importe pour savoir si ce créancier individuel a ou non le droit d'agir en justice de façon indépendante est la nature du dommage, pas sa cause (s'agit-il d'un dommage propre ou d'un dommage qui s'est répercuté sur tous les créanciers, parce qu'il a été porté atteinte au gage commun de ceux-ci ?) ».

Section 8
Les actions en inopposabilité diligentées par le curateur

49. Contextualisation. Le curateur est admis à agir en inopposabilité sur le pied des articles 17 à 19 de la loi sur les faillites (futurs art. XX.111 à XX.113 CDE). Une action paulienne est également instaurée à son bénéfice à l'article 20 (futur art. XX.114 CDE) de la même loi. Ces articles lui reconnaissent ainsi expressément le pouvoir d'agir à l'encontre des tiers en vue de reconstituer le patrimoine du failli. Malheureusement, la loi ne dit mot des actions en inopposabilité de droit commun. Le curateur peut-il toujours agir en inopposabilité d'un acte pour lequel les formalités de droit commun n'auraient pas été remplies ? Nous y revenons dans les quelques lignes qui suivent.

50. Aperçu de la jurisprudence. Très tôt, la Cour de cassation a reconnu le droit pour les créanciers de se prévaloir du défaut de transcription de la vente d'un immeuble. On épingle notamment les arrêts du 5 juillet 1901[201], du 2 février 1961[202], du 5 mars 1982[203] et du 26 janvier 1989[204].

La possibilité pour le curateur de soulever l'inopposabilité des actes passés par le failli en cas de défaut d'accomplissement des formalités d'opposabilité est également admise par les juridictions de fond[205].

200 Comm. Ypres, 21 octobre 2002, *J.D.S.C.*, 2006, p. 145.

201 Cass., 5 juillet 1901, *Pas.*, 1901, I, p. 315 et spéc. pp. 331-333 : « c'est erronément que l'arrêt dénoncé dénie aux créanciers chirographaires qui ont contracté sans fraude le droit, le cas échéant, d'opposer le défaut de transcription du titre d'aliénation d'un immeuble du débiteur ».

202 Cass., 2 février 1961, *Pas.*, 1961, I, p. 591.

203 Cass., 5 mars 1982, *Arr. Cass.*, 1981-1982, p. 837, *J.T.*, 1983, p. 309, *Pas.*, I, 1982, p. 803, *R.W.*, 1982-1983, p. 1947, *Rec. gén. enr. not.*, 1986, p. 41 : « qu'il ressort des articles 1er de la loi hypothécaire, 444 et 447, alinéa 1er, de la loi sur les faillites que la vente d'un immeuble même si elle est constatée par un acte sous seing privé signé par le failli avant le jugement déclaratif de faillite, n'est pas opposable à la masse des créanciers – ceux-ci devant, en effet, être considérés comme des tiers au sens de la première de ces dispositions légales – lorsque l'acte n'a pas été transcrit au bureau compétent des hypothèques avant le jugement déclaratif de la faillite, à la condition qu'ils aient été contractés sans fraude, c'est-à-dire qu'ils n'aient pas eu connaissance de la vente non transcrite avant le jugement déclaratif de faillite ».

204 Cass., 26 janvier 1989, *J.L.M.B.*, 1989, p. 574.

205 Comm. Bruxelles, 14 juin 1988, *R.G.D.C.*, 1990, p. 229, note D. Lechien ; Comm. Gand, 27 octobre 1994, *T.G.R.*, 1995, p. 21 ; Anvers, 13 février 1996, *R.W.*, 1996-1997, p. 1161, note E. Dirix ; Bruxelles, 15 juillet 1998, *J.T.*, 1999, p. 558 ; Comm. Hasselt, 9 novembre 2000, *R.W.*, 2002-2003, p. 270 ; Anvers, 4 janvier 2016, *NjW*, 2016, p. 445, note E. Dewitte.

Le tribunal de commerce de Hasselt motive ainsi l'inopposabilité de la vente immobilière au motif que « in geval van faillissement moet de boedel worden beschouwd als een derde [...]. De curator kan derhalve in de uitoefening van zijn functie de niet-tegenwerpelijkheid aan de boedel opwerpen »[206]. La cour d'appel d'Anvers souligne également que « deze schuldeisers wel degelijk als "derden" dienen te worden beschouwd met betrekking tot de onderhandse verkoopovereenkomst »[207 208].

Ainsi, « die schuldeisers hebben hun rechten immers gerealiseerd door het faillissement, waardoor zij derden worden met concurrent recht in de zin van artikel 1 Hyp. W. »[209].

Dans un récent arrêt du 4 janvier 2016, la cour d'appel d'Anvers fut à nouveau amenée à trancher cette question. Le tribunal de commerce de Tongres avait, en effet, estimé que la convention relative à un droit de superficie était opposable au curateur malgré le défaut de transcription conformément à l'article 1er de la loi hypothécaire. La cour d'appel réforme la décision et décide que « de curator zich hier mag beroepen op de niet-tegenwerpelijkheid »[210].

51. Doctrine divisée. E. Dirix et R. De Corte justifient cette solution par le fait que les créanciers doivent, en effet, prendre le patrimoine comme il se trouve[211]. Si ces actes sont soumis à des formalités de publicité, leur opposabilité au curateur dépend du respect de ces formalités[212].

La solution ne va toutefois pas de soi. Elle ne convainc pas l'ensemble de la doctrine.

P. Colle affirme ainsi que « in zijn hoedanigheid van bewindvoerder van het buitenbezitgestelde vermogen is hij gebonden door de rechten en de verplichtingen die aan dat vermogen kleven, behoudens de uitdrukkelijke afwijkingen voorzien in de artikelen 445 tot en met 448 van Faillissementswet. Vermits hij noch de schuldenaar, noch de schuldeisers vertegenwoordigt, kan hij zich

206 Comm. Hasselt, 9 novembre 2000, *R.W.*, 2002-2003, p. 270. Traduction libre : « en cas de faillite, la masse doit être considérée comme un tiers [...]. Le curateur peut donc, dans l'exercice de sa mission, invoquer l'inopposabilité à la masse ».

207 Anvers, 13 février 1996, *R.W.*, 1996-1997, p. 1161, note E. Dirix.

208 Traduction libre : « ces créanciers doivent donc bien être considérés comme des tiers en ce qui concerne le contrat de vente de gré à gré ».

209 E. Dewitte, « Faillissement: niet tegenwerpelijkheid niet overgeschreven akte en einde opstalrecht », note sous Anvers, 4 janvier 2016, *NjW*, 2016, pp. 449-450. Traduction libre : « ces créanciers ont en effet leurs droits réalisés par la faillite et deviennent tiers avec un droit concurrent au sens de l'article 1er de la loi hypothécaire ».

210 Anvers, 4 janvier 2016, *NjW*, 2016, p. 445, note E. Dewitte. Traduction libre : « le curateur peut ici se prévaloir de l'inopposabilité ».

211 E. Dirix et R. De Corte, *Beginselen van Belgisch privaatrecht*, XII, *Zekerheidsrechten*, Malines, Kluwer, 2006, p. 23.

212 *Ibid.*, p. 23. Voy. égal. B. Wylleman, *Collectieve schuldenregeling: Verkoop van onroerende goederen*, Bruxelles, Larcier, 2003, pp. 20-21.

bezwaarlijk op enige vertegenwoordiging beroepen om de niet tegenwerpelijkheid te bekomen van bepaalde rechtshandelingen door de gefailleerde gesteld vóór de faillietverklaring»[213] [214]. Les réticences de cet auteur à reconnaître au curateur le bénéfice des actions en inopposabilité de droit commun sont partagées par C.Van Buggenhout[215]. Le curateur ne peut pas être considéré comme un tiers à l'égard des contrats conclus par le failli.

La sempiternelle question du statut du curateur rejaillit à la surface. Elle déborde toutefois largement le cadre de la présente contribution[216].

52. Conclusions. Le droit de la faillite ne peut se réduire à une simple analyse de la loi du 8 août 1997.

Comprendre les différents aspects du droit de la faillite exige, tout d'abord, de plonger au cœur de la jurisprudence. On y découvre des principes qui forment le socle du droit de la faillite, tels que les contours de la notion de dettes de la masse, la délimitation du monopole du curateur ainsi que la portée de l'extension de l'excusabilité.

En marge de ces régimes prétoriens, plusieurs législations viennent encore compléter la loi du 8 août 1997. Qu'il s'agisse de la loi sur les sûretés financières ou de la loi-programme du 27 décembre 2004, les dérogations que ces lois contiennent ne peuvent échapper aux praticiens et spécialistes.

Enfin, il convient désormais de composer également avec la réforme du droit des sûretés réelles mobilières issue de la loi du 11 juillet 2013 et avec celle du droit de l'insolvabilité qui résulte de la loi du 11 août 2017.

Sans parler de l'éventuel impact – même minime – de la réforme actuellement en cours du Code civil…

---

213 Voy. P. Colle, «Recente ontwikkelingen in het faillissementsrecht: de ware functie van de curator, de boedelschulden en het faillissement van de vennootschap in vereffening», *in* X., *Handels-economisch en financieel recht*, Gand, Mys & Breesch, 1994-1995, p. 14.

214 Traduction libre: «en sa qualité d'administrateur du patrimoine dessaisi, il est lié par les droits et obligations qui sont inhérents à ce patrimoine, à l'exception des dérogations expresses prévues aux articles 445 à 448 de la loi sur les faillites. Comme il ne représente ni le débiteur, ni les créanciers, il peut difficilement avoir recours à la seule représentation pour obtenir l'inopposabilité de certains actes posés par le failli avant la déclaration de faillite».

215 C. Van Buggenhout, «De rechtspositie van de curator in het faillissementsrecht et het sociaal recht», *in* X., *Handels-economisch en financieel recht*, Gand, Mys & Breesch, 1994-1995, pp. 40-41.

216 Voy. les controverses relatives au statut du curateur, Fl. George, *Le droit des contrats à l'épreuve de la faillite. Essor ou déclin du principe de l'égalité des créanciers ?*, Bruxelles, Larcier, 2018, à paraître.