

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Le statut du curateur

George, Florence

Published in:
Entre tradition et pragmatisme

Publication date:
2021

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

George, F 2021, Le statut du curateur: un oublié de la réforme ? dans *Entre tradition et pragmatisme: liber amicorum Paul Alain Foriers*. Larcier , Bruxelles, pp. 1201-1225.

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.

Le statut du curateur : un oublié de la réforme ?

FLORENCE GEORGE

Chargée de cours à l'UNamur

Chargée de cours invitée à l'UCLouvain

INTRODUCTION

1. Le nom de Paul Alain Foriers ne reste jamais longtemps inconnu du juriste.

Dès les premiers travaux de méthodologie, l'étudiant en droit est confronté aux écrits de l'éminent auteur et avocat.

Les contributions de ce dernier sont en effet aussi nombreuses que variées. Paul Alain Foriers jongle avec beaucoup d'aisance entre les différentes disciplines juridiques, ce qui le rend incontournable.

Le droit des contrats, le droit des obligations, le droit des sociétés et le droit financier, rien n'échappe à sa plume.

Après cette première rencontre, le praticien est sans conteste séduit par les vertus pédagogiques des écrits du dédicataire de cette contribution ainsi que par son sens pratique bien affûté.

C'est également au gré d'un travail de méthodologie et ensuite de lectures, de conclusions... que j'ai eu la chance d'apprendre à connaître Paul Alain Foriers.

Le réel a, fort heureusement, pris un jour le pas sur le virtuel et une véritable rencontre s'est nouée à l'occasion d'un colloque organisé pour la CUP par mon promoteur de thèse, le Professeur Patrick Wéry.

La conférence était consacrée à la théorie générale des obligations. Le Professeur Foriers – en tant qu’orateur faisant autorité – y parlait de la caducité, une théorie qui a fait son chemin en droit belge tandis que je traitais – en qualité de jeune doctorante – de la compensation en matière d’insolvabilité, thématique chère à mes recherches doctorales. Une expérience mémorable.

L’honneur m’est offert aujourd’hui de rendre hommage à la carrière remarquable de Monsieur le Professeur Paul Alain Foriers. Qu’il puisse voir en ces quelques lignes, tout mon respect et mon admiration.

Enfin, on saluera le fait que l’auteur ait poussé l’amour des controverses jusqu’à en créer une sur la manière d’orthographier son propre prénom. Paul Alain avec ou sans tiret entre les deux ? On en revient aux travaux de méthodologie qui n’ont pas fini de faire parler de lui...

2. Le sujet que nous avons choisi se situe aux confins du droit des obligations et du droit de l’insolvabilité en souvenir de cette conférence qui traitait déjà des intersections entre nos domaines de prédilection respectifs. La question du statut du curateur impose, en effet, d’articuler des thématiques très diverses telles que la théorie de la représentation, l’institution de la faillite ou le concept de patrimoine d’affectation.

La sempiternelle question du statut du curateur n’a pas connu son épilogue avec l’entrée en vigueur de la loi du 11 août 2017 (1). Les controverses nées sous l’empire des précédentes législations demeurent intactes. Elles ne peuvent pourtant faire fi de plusieurs nouveautés. Nous reviendrons, dans un premier temps, sur le statut du curateur avant la réforme (I). L’impact du nouveau Livre XX du Code de droit économique ainsi que la jurisprudence postérieure à son entrée en vigueur seront ensuite analysés (II).

(1) 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 I du Code de droit économique, *M.B.*, 11 septembre 2017.

I. LE STATUT DU CURATEUR AVANT LA RÉFORME (2)

3. La loi du 8 août 1997 évoque à peine le statut du curateur. Afin de mieux circonscrire ce statut, une approche tant légale (A) que jurisprudentielle (B) et doctrinale (C) nous paraît inévitable.

A. Approche légale

4. L'article 11 de l'ancienne loi sur les faillites (3) prévoit que le tribunal de commerce désigne, dans son jugement déclaratif de faillite, « un ou plusieurs curateurs, selon l'importance de la faillite ». Ce curateur est « l'organe essentiel de la faillite ; il en est l'agent actif » (4). La faillite du débiteur emporte le dessaisissement de ce dernier de l'administration de ses biens. Il appartient donc au curateur de pourvoir à cette situation (5) et d'administrer les biens du failli en vue de leur liquidation. Le curateur répartira ensuite le produit de réalisation entre les créanciers. Sa mission dépasse toutefois la simple administration-liquidation du patrimoine puisqu'il lui incombe également de reconstituer le patrimoine du failli (6).

Le statut juridique du curateur n'est pas, à proprement parler, traité dans la loi. C'est la raison pour laquelle il convient de se pencher sur l'évolution de la jurisprudence rendue en la matière.

B. Approche jurisprudentielle

5. On note d'emblée en jurisprudence un glissement progressif de l'appellation de « syndic » vers celle de « curateur ». Dans ses arrêts du 7 février 1850 (7) et du 3 novembre 1854 (8), la Cour utilise le vocable « syndic ». Quelques années plus tard, dans ses arrêts du 1^{er} juin 1876 (9) et du 17 mai 1883 (10), la Cour adopte définitivement la dénomination de curateur. Le consensus dégagé autour de la notion de « curateur » n'emporte cependant pas l'unanimité sur son statut juridique.

(2) Cette partie s'inspire de nos recherches doctorales : F. GEORGE, *Le droit des contrats à l'épreuve de la faillite. Essor ou déclin du principe de l'égalité des créanciers ?*, Bruxelles, Larcier, 2018, 1372 p.

(3) Loi sur les faillites du 8 août 1997, *M.B.*, 28 octobre 1997. Cette loi succède à la loi du 18 avril 1851 sur les faillites, banqueroutes et sursis (*M.B.*, 24 avril 1851).

(4) L. FREDERICO, *Traité de droit commercial belge*, t. VII-VIII, Gand, Fecheyr, 1949, p. 307.

(5) F. T'KINT et W. DERIJCKE, *La faillite, Rép. not.*, t. XII, *Le droit commercial et économique*, Liv. 12, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 285.

(6) *Ibid.*, pp. 301-308.

(7) Cass., 7 février 1850, *Bull. et Pas.*, 1851, I, p. 217.

(8) Cass., 3 novembre 1854, *Bull. et Pas.*, 1855, I, p. 10.

(9) Cass., 1^{er} juin 1876, *Pas.*, 1878, I, p. 221.

(10) Cass., 17 mai 1883, *Bull. et Pas.*, 1883, I, p. 240.

6. L'analyse de la jurisprudence de la Cour de cassation, à partir de la moitié du XIX^e siècle, met au jour les multiples facettes et les différents statuts attribués au curateur.

C'est la figure du représentant ou du mandataire que retient d'abord la Cour. En 1883(11), elle qualifie le curateur de « représentant légal de la masse des créanciers ». Quelques années plus tard, dans son arrêt du 11 mai 1905(12), elle énonce que : « le curateur n'est pas seulement le mandataire du failli, mais [...] il agit principalement comme mandataire de tous les créanciers indistinctement, privilégiés ou chirographaires ». Cet enseignement est rappelé dans un arrêt du 10 décembre 1925 où la Cour indique que les curateurs « représentent non seulement les créanciers mais aussi le failli lui-même »(13).

La Cour se focalise également sur l'étendue des pouvoirs conférés au curateur. Elle consacre le principe selon lequel le « curateur remplace le failli dans l'administration de ses biens »(14). La qualification d'« ayant-cause » est également utilisée par la Cour dans son arrêt du 20 avril 1939(15). La Cour décide de surcroît que « le curateur agit au nom de la masse de la faillite, il exerce les droits qui sont communs à l'ensemble de tous les créanciers »(16). À cet égard, la Cour précise que le curateur « exerce les droits communs à l'ensemble des créanciers, mais non les droits individuels de ceux-ci »(17). Cette position se retrouve encore dans une décision plus récente du 29 octobre 2004(18).

Dans ses arrêts du 29 octobre 1976(19), du 6 mai 1983(20) et du 16 février 1995(21), la Cour opte cette fois pour la qualification de manda-

(11) Cass., 17 mai 1883, *Bull. et Pas.*, 1883, I, p. 240.

(12) Cass., 11 mai 1905, *Pas.*, 1905, I, p. 216.

(13) Cass., 10 décembre 1925, *Pas.*, 1926, p. 106.

(14) Cass., 4 mai 1933, *Pas.*, 1933, p. 216.

(15) « [L]e curateur, lorsqu'il invoque ainsi les actes faits par le failli, est l'ayant-cause de celui-ci et doit, par conséquent, suivre la foi de ces actes et en accepter les effets » (Cass., 20 avril 1939, *Pas.*, 1939, I, p. 194). En l'espèce, une action en restitution avait été intentée par le curateur à l'encontre d'un notaire qui détenait, d'après le curateur, une somme d'argent pour le compte du failli. Pour appuyer sa position, le curateur se fondait sur des actes émanant du failli. La Cour estima qu'agissant de la sorte (c'est-à-dire en invoquant des actes faits par le failli), le curateur est l'ayant-cause de celui-ci. Le curateur ne pouvait dès lors être admis à opposer pour la première fois en cassation les droits de la masse (tiers par rapport au failli) à ceux du failli.

(16) Cass., 3 juin 1975, *Pas.*, 1975, p. 159.

(17) Cass., 12 février 1981, *Pas.*, 1981, p. 639 ; Cass., 5 décembre 1997, *R.C.J.B.*, 2000, p. 20, note T. BOSLY ; Cass., 19 octobre 1999, *Pas.*, 1999, I, p. 1349, *T.R.V.*, 2000, p. 457, note J. VANANROYE.

(18) Cass., 29 octobre 2004, *R.P.S.*, 2004, p. 152, note W. DERIJCKE.

(19) Cass., 29 octobre 1976, *J.C.B.*, 1977, p. 107.

(20) Cass., 6 mai 1983, *Pas.*, 1983, I, n° 493, p. 1009, note.

(21) Cass., 16 février 1995, *Pas.*, 1995, I, n° 93, p. 182.

taire de justice, qualification que la Cour constitutionnelle fait également sienne dans un arrêt du 11 mars 2009 (22).

Plutôt que de poursuivre dans le droit fil de la qualification de « mandataire de justice », la Cour énonce, dans son arrêt du 4 février 2011, que « le curateur exerce les droits communs des créanciers au nom de la masse » (23). Elle réitère ainsi une position déjà adoptée plusieurs années auparavant (24).

7. Plus récemment, à l'occasion de son arrêt du 2 octobre 2014, la Cour développe davantage le rôle du curateur et sa mission (25). Tout en évoquant de manière subtile la double casquette du curateur, la Cour évite de se prononcer sur la qualification juridique de celui-ci qui reste, en droit belge, une question épineuse (26).

(22) C. const., 11 mars 2009, n° 46/2009, *J.L.M.B.*, 2009, pp. 1208 et s. ; *J.T.*, 2009, pp. 551 et s.

(23) Cass., 4 février 2011, R.G. n° C.09.0420, *R.W.*, 2011-2012, p. 370, note J. VANANROYE.

(24) Voy. Cass., 12 février 1981, *Pas.*, 1981, p. 639 ; Cass., 5 décembre 1997, *R.C.J.B.*, 2000, p. 20, note T. BOSLY ; Cass., 19 octobre 1999, *Pas.*, 1999, I, p. 1349, *T.R.V.*, 2000, p. 457, note J. VANANROYE.

(25) Cass., 2 octobre 2014, R.G. n° C13.0288.F., *J.L.M.B.*, 2015, p. 408, *D.A.O.R.*, 2015, p. 97 : « La mission générale du curateur est de réaliser l'actif du failli et de distribuer les deniers qui proviendraient de la réalisation de cet actif.

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

Les droits communs à l'ensemble des créanciers sont 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. En raison du dommage qui est ainsi causé à la masse des biens et droits qui constituent le gage commun des créanciers, cette faute est la cause d'un préjudice collectif pour ces créanciers et elle porte atteinte aux droits que ceux-ci, eu égard à leur nature, ont en commun.

Le curateur, qui poursuit l'indemnisation du dommage causé par la faute de l'organe d'une société qui a eu pour effet d'aggraver le passif de la faillite ou d'en diminuer l'actif, n'exerce pas les droits individuels des créanciers ayant contracté avec cette société et ne poursuit pas l'indemnisation du dommage résultant pour ces créanciers de la mauvaise exécution du contrat ».

(26) Voy. W. DERIJCKE, « Pour une faillite de combat : relecture de la loi sur les faillites à la lumière de l'histoire ancienne et de la jurisprudence récente », in *Insolvabilité et garanties*, CUP, vol. 153, Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 187 et s.

« Représentant »(27), « mandataire »(28), « ayant-cause »(29), « organe de la masse »(30), « mandataire de justice »(31), « auxiliaire de justice »(32) : l'utilisation disparate de ces qualifications par la Cour sème le trouble.

Il nous paraît donc indispensable d'interroger la doctrine sur cette question.

C. Approche doctrinale

8. Le statut juridique du curateur a beaucoup animé la doctrine(33). Sous l'influence de la doctrine néerlandaise et de la littérature juridique de nos voisins français, les auteurs n'ont cessé d'explorer les pistes les plus diverses(34).

(27) Voy. Cass., 7 février 1850, *Bull. et Pas.*, 1851, I, p. 217 ; Cass., 3 novembre 1854, *Bull. et Pas.*, 1855, I, p. 10 ; Cass., 17 mai 1883, *Bull. et Pas.*, 1883, I, p. 240 ; Cass., 14 décembre 1899, *Bull. et Pas.*, 1900, p. 59 ; Cass., 10 décembre 1925, *Pas.*, 1926, I, p. 106 ; Cass., 14 octobre 1963, *Pas.*, 1964, I, p. 153. Cass., 20 juin 1975, *Pas.*, 1975, I, p. 1017 ; Cass., 7 mai 1980, *Pas.*, 1980, I, p. 1102.

(28) Voy. Cass., 11 mai 1905, *Pas.*, 1905, I, p. 216. Voy. égal. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. V, *Les principaux contrats usuels (deuxième partie) Les biens (première partie)*, Bruxelles, Bruylant, 1975, pp. 361 et 362.

(29) Voy. Cass., 20 avril 1939, *Pas.*, 1939, I, p. 194. Voy. égal. P. COPPENS et F. T'KINT, « Examen de jurisprudence. Les faillites et les concordats », *R.C.J.B.*, 1961, pp. 126-128 ; P. COPPENS et F. T'KINT, « Examen de jurisprudence. Les faillites et les concordats », *R.C.J.B.*, 1974, pp. 379 et 380 ; P. COPPENS et F. T'KINT, « Examen de jurisprudence. Les faillites, les concordats et les privilèges », *R.C.J.B.*, 1979, pp. 314-331 ; P. COPPENS et F. T'KINT, « Examen de jurisprudence. Les faillites, les concordats et les privilèges », *R.C.J.B.*, 1984, pp. 457 et 458.

(30) J. M. BISCHOFF, « Masse des créanciers. Personnalité morale », in R. HOUIN, *Les grands arrêts de la jurisprudence commerciale*, Paris, Sirey, 1962, pp. 485-488 ; A. HONORAT, « La masse des créanciers dans la liquidation des biens ou le règlement judiciaire du débiteur », in *Études offertes à André Audinet*, Paris, PUF, 1968, p. 233 ; F. T'KINT et W. DERIJCKE, « L'avocat curateur : la fonction et l'organe », in *Liber amicorum Georges-Albert Dal. L'avocat*, Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 351-362.

(31) L. FREDERICQ, *Traité de droit commercial belge*, t. VII-VIII, *op. cit.*, p. 310 ; J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, Bruxelles, Bruylant, 1965, p. 247.

(32) G. BOLARD, « La déontologie des mandataires de justice dans les faillites », *D.*, chron. XLI, 1988, p. 265 ; J.-Fr. VAN DROOGHENBROEK, « Les déontologies des avocats investis de mandat de justice », in G. CLOSSET-MARCHAL et B. VANHAM (dir.), *Mandataires de justice : déontologies et garanties procédurales*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 14 ; G. DE LEVAL, « Le juge et le mandataire de justice », *Ius & Actores*, 2008, n° 2, p. 67 ; P. VAN RENTERGHEM, « La responsabilité des auxiliaires de justice à l'égard des tiers », *Ius & Actores*, 2008, n° 3, p. 45.

(33) Voy. not. A. VAN HOOREBEKE, « Des caractères juridiques de la fonction de curateur de faillite », *J.-Cl. Fl.*, 1930, n° 5067 ; J. EGGENS, « Over de vertegenwoordigingspositie van den faillissementscurator », *W.P.N.R.*, 1940, n° 3684, pp. 329-332 ; W. VAN GERVEN, « La gestion du patrimoine d'autrui en droit belge et en droit comparé », note sous Civ. Termonde, 13 avril 1960, *R.C.J.B.*, 1963, pp. 131-145 ; E. DIRIX, « Het janushoofd van de curator », note sous Anvers, 13 février 1996, *R.W.*, 1996-1997, pp. 1162 et 1163 ; 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, pp. 27-58 ; W. DERIJCKE, « La position juridique du curateur : entérinement d'une révolution taxinomique », obs. sous Cass., 29 octobre 2004, *R.P.S.*, 2004, pp. 159-162 ; F. T'KINT et W. DERIJCKE, « L'avocat curateur : la fonction et l'organe », *op. cit.*, pp. 351-362.

(34) Voy. Ph. GÉRARD, « Observations sur la nature juridique des dettes et des créances de la masse des créanciers en cas de faillite », note sous Cass., 28 avril 1983 et 6 mai 1983, *R.C.J.B.*, 1986, pp. 714-738 ; T. BOSLY, « Préjudice collectif ou individuel : un modèle adéquat pour délimiter les pouvoirs du curateur

9. Lorsqu'il s'agit de se prononcer sur le statut du curateur, les auteurs français adoptent des qualifications variées. A. Rouast(35) estime que la nomination d'un syndic est un cas de représentation qui découle de la loi. G. Bolard(36) y perçoit le mécanisme d'un mandat de justice. Cette qualité de « mandataire judiciaire » se retrouve déjà dans le *Répertoire de législation de Dalloz*(37) et plus tard, chez G. Ripert et R. Roblot(38). C. Lyon Caen et L. Renault qualifient le curateur de représentant des créanciers et du failli(39). Diverses qualifications font leur apparition sans qu'aucune d'entre elles n'emporte la pleine conviction.

10. En doctrine belge, la théorie de la représentation se retrouve chez les auteurs les plus anciens. D'après les termes de L. Humblet, le curateur « est le représentant de la loi, c'est de la justice qu'il tient sa mission d'une nature toute particulière et réglée par une loi spéciale »(40). Pour E. Brunet, « le curateur administre les biens du failli. Il le fait en une double qualité, la loi lui conférant le mandat de représenter tout à la fois les créanciers et le failli »(41). La qualification de mandataire de justice est également présente. On la rencontre chez L. Fredericq qui énonce que « le curateur est un mandataire judiciaire, qui tient son mandat du tribunal, et dont les pouvoirs sont légalement déterminés ; mais, dans l'exercice de ce mandat, il use des droits qui sont tantôt spéciaux à la collectivité, tantôt propres au failli »(42). Elle est partagée par J. Van Ryn et J. Heenen qui précisent que « le curateur est un mandataire de justice, investi par la loi du pouvoir d'exercer, sur les biens du failli, le droit de gage général des créanciers »(43). La figure du mandataire est encore empruntée par H. De Page(44) et A. Discart(45). Le premier, dans son traité sur le

et des créanciers d'agir en responsabilité contre un tiers ? », note sous Cass., 5 décembre 1997, *R.C.J.B.*, 2000, pp. 27-58 ; P. VAN RENTERGHEM, « La responsabilité des auxiliaires de justice à l'égard des tiers », *op. cit.*, pp. 23-80.

(35) A. ROUAST, « La représentation dans les actes juridiques », *J.T.*, 1948, p. 341.

(36) G. BOLARD, « La déontologie des mandataires de justice dans les faillites », *op. cit.*, pp. 261-266.

(37) *Rép. Dalloz législation*, supplément 8, v° « Faillite », p. 423.

(38) G. RIPERT et R. ROBLOT, *Traité élémentaire de droit commercial*, Paris, LGDJ, 1973, p. 614.

(39) C. LYON-CAEN et L. RENAULT, *Manuel de droit commercial*, Paris, LGDJ, 1922, p. 975. L'auteur précise que le syndic représente les créanciers « quand ils ont un intérêt commun à faire valoir ».

(40) L. HUMBLET, *Traité des faillites des banqueroutes et des sursis de paiement*, Bruxelles, Larcier, 1880, p. 133.

(41) E. BRUNET, J. SERVAIS et C. RESTEAU (dir.), *Répertoire pratique du droit belge*, t. 5, v° « Faillite et banqueroute », Bruxelles, Émile Bruylant, 1950, p. 362.

(42) L. FREDERICQ, *Traité de droit commercial belge*, t. VII-VIII, *op. cit.*, p. 310.

(43) J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, *op. cit.*, p. 247.

(44) H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. V, *Les principaux contrats usuels (deuxième partie) Les biens (première partie)*, Bruxelles, Bruylant, 1975, pp. 361 et 362.

(45) A. DISCART, « Het mandaat van de curator van een faillissement », *R.W.*, 1964-1965, col. 899 et 904.

mandat, affirme que les curateurs sont incontestablement des mandataires. Le second énonce que le curateur est le mandataire du failli et de la masse des créanciers. Selon A. Cloquet, « le curateur est tout simplement chargé par le tribunal d'accomplir des actes juridiques qui ont des effets à l'égard du débiteur et à l'égard de ses créanciers [...] Le curateur est, comme en matière de séquestre des biens ennemis, "substitué" tantôt au débiteur, tantôt aux créanciers, selon qu'il se prévaut des droits de l'un ou des autres dans l'intérêt de la liquidation. Il les représente, mais en vertu de la loi et non en vertu d'un mandat conventionnel supposé. Il est l'organe légal tantôt de l'un, tantôt de l'autre »(46). Plus récemment, J.-Fr. van Drooghenbroek(47), à l'instar de G.-A. Dal(48), classe la curatelle de faillite au sein des mandats de justice. P. Van Renterghem(49) préfère parler d'auxiliaire de justice, opinion partagée par A.A. Hendericks et M. Werquin(50).

11. Des qualifications plus innovantes font également leur chemin. P. Colle utilise l'expression « *gerechtelijk bewindvoerder* »(51). E. Dirix précise que : « *De curator, zo vervolgt Eggens, moet beschouwd worden als een bewindvoerder en een vertegenwoordiger van het geheel der vermogensrechten dat in het faillissement toekomt aan het geheel der gezamenlijke gerechtigden tot de failliete boedel [...] Geldt de curator als een bewindvoerder die zijn bevoegdheid put uit de wet, dan dient echter voor ogen te worden gehouden dat dit bewind in de eerste plaats strekt ter voldoening van de schuldeisers. De positie van de curator moet derhalve steeds tegen deze achtergrond worden gezien* »(52)(53). Après avoir souligné les imperfections des analyses, F. T'Kint et W. Derijcke concluent que le curateur est

(46) A. CLOQUET, *Les Nouvelles. Droit commercial*, t. IV, *les concordats et la faillite*, Bruxelles, Larcier, 1985, p. 629.

(47) J.-Fr. VAN DROOGHENBROEK, « Les déontologies des avocats investis de mandat de justice », *op. cit.*, p. 15.

(48) G.-A. DAL, « La déontologie des avocats mandataires de justice », in *Jura Vigilantibus. Antoine Braun, les droits intellectuels, le barreau*, Bruxelles, Larcier, 1994, p. 336.

(49) P. VAN RENTERGHEM, « La responsabilité des auxiliaires de justice à l'égard des tiers », *op. cit.*, p. 45.

(50) A. A. HENDERICKX et M. WERQUIN, « Les mandataires de justice : devoirs et pouvoirs », in A. ZENNERB et M. DAL, *Actualités de la continuité, continuité de l'actualité – États généraux de la continuité*, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 440.

(51) P. COLLE, « Recente ontwikkelingen in het faillissementsrecht : de ware functie van de curator, de boedelschulden en het faillissement van de vennootschap in vereffening », in *Handels-economisch en financieel recht*, Gand, Mys & Breesch, 1994-1995, p. 4.

(52) E. DIRIX, « Het janushoofd van de curator », note sous Anvers, 13 février 1996, *R.W.*, 1996-1997, p. 1163.

(53) Traduction libre : « Le curateur, ainsi poursuit Eggens, doit être considéré comme un administrateur (*bewindvoerder*) ou un représentant de tous les droits patrimoniaux qui, dans la faillite, reviennent à tous les ayants droit de la masse faillie. Si le curateur est vu comme un administrateur qui tire son pouvoir de la loi alors il faut garder à l'esprit que cette mission a pour objectif premier la satisfaction des créanciers. La position du curateur doit, dès lors, être vue dans ce contexte ».

« l'administrateur-liquidateur d'un patrimoine » (54). Plus récemment, ces auteurs reviennent sur leur position et plaident pour la reconnaissance de la qualité d'« organe de la masse » (55) (voy. *infra*, n° 15).

La double qualité du curateur n'est toutefois pas totalement reléguée au second plan par la doctrine moderne. I. Verougstraete affirme que « [l]e curateur a une double qualité et les actes qu'il posera le seront tantôt en sa qualité de gestionnaire du patrimoine du failli tantôt en qualité de représentant de la masse des créanciers » (56). T. Delvaux, A. Fayt, D. Gol, D. Pasteger, M. Simonis, N. Thirion (57) reviennent également à cette théorie de la double représentation.

À l'instar du constat opéré en jurisprudence, aucune solution claire et tranchée ne semble guère se dégager en doctrine.

D. Analyse critique

12. Dans le cadre de nos recherches doctorales, nous avons examiné chacune des qualifications proposées en doctrine et en jurisprudence (58).

13. Dans un premier temps, nous avons voulu démontrer que la qualification du curateur comme « auxiliaire de justice », « officier public », ou tiers chargé d'« administrer un patrimoine » n'était pas erronée. L'application de l'une ou l'autre qualification est, en effet, fonction du contexte du cas d'espèce. Le raisonnement à la base de ces qualifications comporte ainsi une part de vérité.

Seule ombre au tableau : la qualification se révèle insuffisante pour appréhender l'ensemble des fonctions du curateur. D'une part, certaines qualifications n'emportent pas nécessairement de régime juridique propre. D'autre part, ces appellations sont loin de pouvoir couvrir et régir l'ensemble des situations auxquelles le curateur est confronté.

(54) F. T'KINT et W. DERIJCKE, *La faillite*, t. XII, *op. cit.*, pp. 309 et 310.

(55) F. T'KINT et W. DERIJCKE, « L'avocat curateur : la fonction et l'organe », *op. cit.*, pp. 351-362.

(56) I. VEROUGSTRAETE (dir.), *Traité pratique de droit commercial*, t. 2, *Insolvabilité et distribution*, Waterloo, Kluwer, 2010, p. 317.

(57) T. DELVAUX, A. FAYT, D. GOL, D. PASTEGER, M. SIMONIS et N. THIRION, *Droit de l'entreprise*, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 755.

(58) Voy. F. GEORGE, *Le droit des contrats à l'épreuve de la faillite. Essor ou déclin du principe de l'égalité des créanciers ?*, *op. cit.*, pp. 139-303.

14. Dans un second temps, notre attention s'est dès lors portée sur les théories plus englobantes développées pour pallier les lacunes et les problèmes soulevés par la pratique.

Parmi celles-ci, on épingle la théorie de l'organe, celle du « patrimoine d'affectation » (*doelvermogen*) ainsi que celle de la représentation.

15. Notre regard s'est tout d'abord posé sur la théorie de l'organe. Cette dernière repose sur l'idée selon laquelle « les actes accomplis par les organes sont les actes de la personne morale elle-même »(59). La thèse du « curateur-organe de la masse » suppose que la masse des créanciers se voie reconnaître la personnalité juridique(60). F. T'Kint et W. Derijcke ont notamment rompu une lance en faveur de cette théorie. L'obstacle lié à la reconnaissance de la personnalité peut, selon eux, être facilement surmonté dans la mesure où « rien ne contraint en effet le législateur, chaque fois qu'il reconnaît la personnalité juridique, à le dire explicitement »(61). Les auteurs s'appuient, pour développer leur thèse, sur trois arrêts de la Cour de cassation du 4 février 2011 (62), 6 décembre 2012 (63) et 19 décembre 2008 (64). Les deux premiers concernent la qualité à agir du curateur dans les actions en indemnisation du dommage collectif (65)

(59) M. COIPEL, *Dispositions communes à toutes les sociétés – Dispositions de droit civil et commercial applicables aux actes de sociétés*, Rép. not., t. XII, Liv. 2/1, Bruxelles, Larcier, 1982, p. 185, n° 283 ; M. COIPEL, « Introduction au droit des sociétés et autres groupements. La technique de la personnalité morale », *G.U.J.E.*, 2° éd., 2002, liv.11-1, p. 16.

(60) Il existerait, selon V. Simonart, « trois systèmes fondamentaux de reconnaissance des personnes morales : le système de la concession [...], le système formaliste [...], et le système de la libre constitution [...] ». Le premier suppose un acte de l'autorité compétente, le second, la réunion de conditions de fond fixées par la loi ainsi que l'accomplissement de formalités (publication ou immatriculation), le dernier, la réunion de conditions de fond fixées par le législateur. L'auteur ajoute que le droit français admet la théorie de la spontanéité des personnes morales. (V. SIMONART, *La personnalité morale en droit privé comparé*, Bruxelles, Bruylant, 1995, n° 80, pp. 72-89). Voy. égal., F. T'KINT et W. DERIJCKE, « L'avocat curateur : la fonction et l'organe », *op. cit.*, pp. 353 et 354.

(61) F. T'KINT et W. DERIJCKE, « L'avocat curateur : la fonction et l'organe », *op. cit.*, p. 356. Voy. contra V. SIMONART, *La personnalité morale en droit privé comparé*, *op. cit.*, pp. 104-113, nos 123-135 ; A. DE WILDE, *Boedelschulden in het insolventierecht*, Anvers, Intersentia, 2005, pp. 14 et s.

(62) Cass., 4 février 2011, *Pas.*, 2011, n° 103, p. 427 : « le curateur exerce les droits communs des créanciers au nom de la masse ».

(63) Cass., 6 décembre 2012, *Pas.*, 2012, p. 2436, concl. J. GÉNICOT, *J.L.M.B.*, 2013, p. 280 ; *T.R.V.*, 2013, p. 710 : « Le curateur a pour mission de réaliser les actifs du failli et d'en distribuer le produit. La nécessité d'un règlement efficace de la faillite et l'égalité de traitement des créanciers impliquent que le curateur puisse agir contre un tiers qui doit répondre des dettes du failli lorsque cette obligation existe à l'égard de tous les créanciers même si ce droit d'agir n'appartient pas au failli ».

(64) Cass., 19 décembre 2008, *Pas.*, 2008, n° 746, p. 3035 ; *Arr. Cass.*, n° 746, p. 3137, concl. A. VAN INGELGEM.

(65) Notons, dès à présent, que la notion de dommage collectif n'implique nullement la reconnaissance de la personnalité juridique de la masse. En effet, ce concept est souvent employé par la Cour de cassation sans pour autant que cette dernière ne reconnaisse la personnalité juridique à la masse.

subi par la masse (66). La mission confiée au curateur prouve, selon les auteurs, sa qualité d'organe de la masse. Le dernier arrêt concerne l'action exercée par le curateur contre les associés en vue de l'apurement du passif de la société en commandite (67). Cet arrêt est, lui, interprété comme une assimilation de fait du curateur à un « véritable organe d'un patrimoine personnalisé » (68). Pour F. T'Kint et W. Derijcke, il ne manquerait « plus grand-chose pour que la Cour de cassation reconnaisse explicitement au curateur la qualité d'organe de cette personne morale qu'est la masse faillie » (69). Cette théorie de l'organe n'a toutefois jusqu'à présent pas connu, en matière de faillite, le succès escompté.

16. Ensuite, s'est développée, en Flandre, une tendance favorable à la reconnaissance de la notion de « patrimoine d'affectation » (« *doelvermogen* ») (70) (71). En application de cette théorie, le curateur serait à la tête d'un patrimoine d'affectation.

La théorie des patrimoines d'affectation a toutefois subi un grand revers suite à l'arrêt du 27 janvier 2011 de la Cour de cassation (72). Dans cet arrêt, la Cour refusa, en effet, de reconnaître au compte de qualité le statut d'un « *doelvermogen* » et les effets réels y attachés. À la suite de cet arrêt, la doctrine flamande n'a pas tardé à réagir en invoquant une insuffisance de protection des créanciers et en appelant de ses vœux une intervention législative. Le législateur ne s'y est pas montré insensible et

(66) L'indemnisation du préjudice collectif s'oppose à celle du préjudice individuel subi par un ou plusieurs créanciers individuellement et auquel le curateur ne peut prétendre.

(67) La Cour décide que « la nécessité d'un règlement efficace de la faillite et l'égalité de traitement des créanciers impliquent que le curateur puisse agir contre un tiers qui doit répondre des dettes du failli lorsque cette obligation existe à l'égard de tous les créanciers même si ce droit d'agir n'appartient pas au failli. En considérant que le curateur ne peut pas introduire l'action tendant à l'apurement du passif de la société faillie contre les associés tenus solidairement avec la société, les juges d'appel n'ont pas légalement motivé leur décision ».

(68) F. T'KINT et W. DERIJCKE, « L'avocat curateur : la fonction et l'organe », *op. cit.*, p. 361.

(69) *Ibid.*, p. 359.

(70) A. DE WILDE, *Boedelschulden in het insolventierecht*, Anvers/Oxford, Intersentia, 2005, n^{os} 28-33. Voy. égal. sans toutefois que la notion et les effets qui s'y attachent ne soient précisés, I. VEROUGSTRÆTE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2011, p. 417, n^o 3.3.2.8. et *id.*, *Manuel de l'insolvabilité de l'entreprise*, Liège, Kluwer, 2019, p. 785.

(71) Voy. sur les ressemblances entre la théorie de l'organe et celle du patrimoine d'affectation, J. VANANROYE, *Onverdeelde boedel en rechtspersoon als technieken van vermogensafschieding en vermogensovergang*, Louvain, Jan Ronse Instituut voor Venootschapsrecht, 2011, pp. 322 et s. ; *id.*, *Onverdeelde boedel en rechtspersoon. Technieken van vermogensafschieding, vermogensovergang en vermogensvereffening in het burgerlijk en ondernemingsrecht*, Anvers, Biblo, 2014, pp. 341 et s. L'auteur considère que « *de boedeltechniek in veel opzichten het functionele equivalent is van de rechtspersoonstechniek* ». Traduction libre : « La technique de la masse est, à bien des égards, l'équivalent fonctionnel de la technique de la personne morale ».

(72) Cass., 27 janvier 2011, *J.T.*, 2011, p. 162, note G. DE LEVAL et F. GEORGES ; *Ius & Actores*, 2011, p. 213, note K. BROECKX ; *J.L.M.B.*, 2011, p. 423 ; *T. Not.*, 2011, p. 310, note C. ENGELS ; *R.A.B.G.*, 2011, p. 455 ; *N.j.W.*, 2011, p. 266, note A. VANDERHAEGEN ; *R.W.*, 2010-2011, p. 1775, note V. SAGAERT ; *R.D.C.*, 2011, p. 561, note R. HOUBEN.

légiféra en trois temps. La loi du 22 novembre 2013(73) d'abord, la loi du 21 décembre 2013(74) ensuite et, enfin, la loi du 7 janvier 2014(75) sont venues régler les comptes de qualité spécifiques à certaines professions(76).

L'option prise par le législateur témoigne, à notre estime, de sa volonté de limiter la technique du patrimoine d'affectation à trois cas spécifiques. En rejetant la proposition de loi qui suggérait la mise en place d'un régime général du compte de qualité basé sur la représentation imparfaite (ou indirecte), le législateur a procédé délibérément à un choix politique. La position adoptée par le législateur s'inscrit dans la droite ligne de l'enseignement de la Cour de cassation : en l'absence d'une disposition légale spécifique(77), les fonds, quelle que soit leur provenance, qui sont déposés sur un compte de tiers font partie de la créance du titulaire du compte contre la banque et ne se distinguent pas de l'ensemble de son patrimoine. Tout au plus, y a-t-il lieu de considérer les récentes modifications législatives comme des dérogations légales ciblées(78) au principe intangible de l'unicité du patrimoine.

17. Enfin, c'est la théorie de la représentation qui a retenu notre intérêt. Le curateur peut-il être qualifié de représentant ?

Primo, peut-on considérer que le curateur est le représentant des créanciers ? La réponse nous paraît négative. Le rôle de représenté suppose une personnalité juridique(79). Or, la masse des créanciers constitue, en droit belge, une « collectivité non personnalisée »(80). Cette absence de personnalité juridique(81) de la masse des créanciers fait manifestement

(73) Loi du 22 novembre 2013 modifiant la loi du 25 ventôse an XI contenant organisation du notariat en ce qui concerne le compte de qualité des notaires et la loi hypothécaire du 16 décembre 1831 en ce qui concerne le compte de qualité des avocats, des notaires et des huissiers de justice, *M.B.*, 10 décembre 2013.

(74) Loi du 21 décembre 2013 modifiant le Code judiciaire en ce qui concerne le compte de qualité des avocats, *M.B.*, 16 janvier 2014.

(75) Loi du 7 janvier 2014 modifiant le statut des huissiers de justice, *M.B.*, 22 janvier 2014.

(76) Proposition de loi modifiant la législation en ce qui concerne le compte de qualité des avocats, des notaires et des huissiers de justice et la séparation des patrimoines, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2010-2011, n° 53-1661.

(77) Nous surlignons.

(78) À notre estime, la loi du 8 août 1997 sur les faillites ne peut être considérée comme une dérogation à l'unicité du patrimoine. L'intention du législateur ne fut nullement de consacrer l'existence d'un patrimoine d'affectation.

(79) P. GÉRARD, « Observations sur la nature juridique des dettes et des créances de la masse des créanciers en cas de faillite », *op. cit.*, p. 729.

(80) *Ibid.*, p. 729.

(81) C. BERCKMANS, « De curator en de rechtsplegingsvergoeding », *R.D.C.*, 2013, p. 798. L'auteur affirme que le curateur ne représente ni la masse des créanciers, ni la collectivité des créanciers. Sur ce dernier point, il estime que le curateur « *is niet de vertegenwoordiger van de gezamenlijke schuldeisers, want bij het*

échec au jeu de la représentation. L'argument à lui seul suffit à rejeter cette qualification.

Secundo, le curateur peut-il revêtir la qualification de représentant du failli ? Soutenir que le curateur représente le failli peut paraître, de prime abord, fort audacieux au vu du dessaisissement et de ses effets, notamment le fait que « le failli ne devient titulaire des obligations nées des actes accomplis par le curateur qu'après la cessation de l'état de faillite » (82). Plusieurs obstacles sont, en effet, brandis à l'encontre de la théorie de la représentation du failli. Ainsi, I. Verougstraete affirme que « pousser l'idée de la représentation à ses limites conduit à des erreurs. Le curateur n'est pas civilement responsable du failli (83) et, sauf dispositions légales expresses, il n'est pas tenu des obligations matérielles du failli en matière sociale et fiscale » (84). Pour L. Cornelis, le curateur « *vertegenwoordigt de gefailleerde niet, want een wettelijke vertegenwoordiger moet in het belang van de beschermde onbekwame handelen. Bij conflict tussen de belangen van de gefailleerde en die van de massa der schuldeisers gaat de voorrang naar laatstgenoemden, zolang de faillissementstoestand voortbestaat* » (85) (86). De plus, la représentation se limite, pour la très grande majorité de la doctrine (87), à la réalisation d'actes juridiques. Or, si l'on s'en tient à cette position, la mission du curateur englobe autant des actes matériels que

instellen van een rechtsvordering qualitate qua moet hij zich niet beperken tot een bedrag voldoende om alle passiva van de gefailleerde aan te zuiveren, maar kan hij een vordering instellen voor alle schade geleden door de vennootschap ». Traduction libre : le curateur « n'est pas le représentant de l'ensemble des créanciers car, en introduisant une action *qualitate qua*, il ne doit pas se limiter à un montant suffisant pour apurer tout le passif du failli, mais il peut introduire une action pour tous les dommages subis par la société ».

(82) P. GÉRARD, « Observations sur la nature juridique des dettes et des créances de la masse des créanciers en cas de faillite », *op. cit.*, p. 733.

(83) Cet argument ne nous semble toutefois pas pertinent. Il opère une confusion entre la théorie de la représentation et la responsabilité du fait d'autrui. Or, la notion de civilement responsable ne s'applique qu'aux présomptions de responsabilité du fait d'autrui énumérées dans le Code civil à l'article 1384. Le représentant ne peut donc être assimilé à un préposé au sens de l'art. 1384, al. 3, et le représenté à un commettant (M. GRÉGOIRE et M. VON KUEGELGEN, « Le mandat – aspects controversés », in *Les Contrats spéciaux*, CUP, vol. 34, Liège, Formation permanente CUP, 1999, p. 165). Il n'existe de surcroît pas, contrairement à la France, de principe général de responsabilité pour autrui (Cass., 19 juin 1997, *R.C.J.B.*, 1998, p. 587, note R. O. DALCO). On retrouve toutefois, de manière plus nuancée, ce lien entre la théorie de la représentation et l'art. 1384, al. 3, du C. civ. développé par L. Cornelis (L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, Anvers, Intersentia, 2000, p. 42).

(84) I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, *op. cit.*, pp. 342 et 343.

(85) L. CORNELIS, « Persoonlijk : over schade en de aansprakelijkheidsvordering van de curator », in *Liber amicorum Yvette Merchiers*, Bruges, die Keure, 2001, p. 73.

(86) Traduction libre : le curateur « ne représente pas le failli car un représentant judiciaire doit agir dans l'intérêt de l'incapable qui est protégé. En cas de conflit entre les intérêts du failli et ceux des créanciers de la masse, la priorité va aux seconds tant que la situation de faillite perdure ».

(87) Voy. not., P. COLLE, « Recente ontwikkelingen in het faillissementsrecht : de ware functie van de curator, de boedelschulden en het faillissement van de vennootschap in vereffening », *op. cit.*, p. 4. Cette position est toutefois controversée. Voy. *contra*, de manière plus isolée, P. A. FORIERS, « Aspect de la représentation en

juridiques(88). Une distinction s'impose encore entre représentation et gestion de patrimoine. Comme le souligne P. Gérard, le lien établi entre le gérant et le patrimoine géré diffère de celui qui unit le représentant et le patrimoine du représenté. On ne peut confondre « accomplissement d'actes juridiques relativement à un patrimoine » et « pouvoirs d'administration durables (avec emprise de droit et de fait) concernant ce patrimoine »(89). En outre, en marge des actes qu'il accomplit au nom et pour le compte d'autrui, le curateur est investi de prérogatives propres. A. Van Hoorebeke avance ainsi que, dans la seconde phase de sa mission (à savoir la vérification et la contestation des créances), le curateur ne représente personne(90).

18. Les obstacles que rencontre la thèse de la représentation du failli ne nous paraissent toutefois pas dirimants. Les critiques formulées à son encontre peuvent parfaitement être surmontées moyennant quelques aménagements et clarifications.

Pour mieux baliser notre point de vue, précisons d'emblée que le maintien partiel de la théorie de la représentation(91) vise uniquement la représentation parfaite du failli et ne présente qu'un champ d'application restreint dès lors qu'elle n'embrasse pas tous les actes du curateur.

Au rang des aménagements et clarifications, on dénombre le fait que les effets de la représentation sont différés au jour du jugement de clôture et ce en raison du dessaisissement. Rien n'empêche, selon nous, qu'il soit dérogé à cet effet immédiat en matière de faillite. L'effet différé de la représentation n'est, en réalité, que la conséquence des principes qui dérivent de la loi sur les faillites(92).

matière contractuelle », in *Les obligations contractuelles*, Bruxelles, Éd. du Jeune Barreau de Bruxelles, 2000, pp. 260 et s. ; I. SAMOY, *Middellijke vertegenwoordiging*, Anvers, Intersentia, 2005, pp. 49 et s.

(88) W. VAN GERVEN, « La gestion du patrimoine d'autrui en droit belge et en droit comparé », note sous Civ. Termonde, 13 avril 1960, *R.C.J.B.*, 1963, p. 139 ; Ph. GÉRARD, « Observations sur la nature juridique des dettes et des créances de la masse des créanciers en cas de faillite », *op. cit.*, pp. 734 et 735.

(89) Ph. GÉRARD, « Observations sur la nature juridique des dettes et des créances de la masse des créanciers en cas de faillite », *op. cit.*, p. 735.

(90) A. VAN HOOREBEKE, « Des caractères juridiques de la fonction de curateur de faillite », *op. cit.*, pp. 218 et 219.

(91) Il serait tout d'abord préférable d'abandonner la notion contestable de « mandat » au profit de celle de « représentation ». Le recours à la théorie de la représentation est dicté par le dessaisissement du failli prévu à l'article XX.110 C.D.E.

(92) Voy. en droit français, l'art. 1159 qui prévoit que l'établissement d'une représentation légale ou judiciaire dessaisit pendant sa durée le représenté des pouvoirs transférés au représentant (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. 256).

Il nous paraît également important de rappeler que, à l'inverse de la représentation conventionnelle, la représentation légale supplée généralement un défaut de capacité dans le chef du représenté. L'existence de pouvoirs concurrents n'est, dès lors, pas une constante en matière de représentation. En outre, ce n'est que dans la mesure où le failli ne peut exercer ses droits et actions que le curateur sera considéré comme représentant de celui-ci. Le failli conserve, par exemple, les actions qui intéressent directement sa personne. La théorie de la représentation demeure sans intérêt dans les hypothèses où le failli conserve ses pleins pouvoirs.

Il n'est pas davantage exclu que le curateur agisse dans l'intérêt de tiers⁽⁹³⁾. C'est principalement la satisfaction de l'intérêt des créanciers et non le maintien ou la sauvegarde de l'entreprise qui est recherchée par la procédure de faillite. Dès lors, il convient pour le curateur, conformément à la loi, d'exercer les droits et actions du failli en gardant à l'esprit l'intérêt des créanciers⁽⁹⁴⁾⁽⁹⁵⁾.

Quant aux actes matériels accomplis par le curateur, rappelons qu'un courant doctrinal admet l'accomplissement d'actes matériels accessoires en matière de représentation⁽⁹⁶⁾. Par ailleurs, il n'est pas déraisonnable de limiter le champ de la représentation aux actes juridiques. Comme nous l'avons concédé, la théorie de la représentation ne suffit pas, à elle seule, à englober toutes les facettes de la mission du curateur.

Enfin, le pouvoir de représentation du curateur s'accompagne, à notre sens, de droits propres. On distingue, d'une part, le pouvoir de représentation du failli (poursuite des contrats en cours, réclamation des créances dont est titulaire le failli) et, d'autre part, les pouvoirs spécifiques octroyés par le législateur au curateur (action en inopposabilité du droit de la faillite, pouvoir de contester les créances...).

(93) 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, op. cit.*, p. 256) s'accordent pour reconnaître que la représentation vise à protéger le représenté *ou les tiers* (nous mettons en italique).

(94) Cass., 28 février 2013, R.G. n° C.12.0279.F, *Pas.*, 2013, p. 505, *R.W.*, 2013-2014 (sommaire), p. 1106.

(95) Différents mécanismes ont, en outre, été mis en place pour éviter l'existence de conflits d'intérêts dans le chef du curateur. Ainsi, la Cour de cassation, dans son arrêt du 28 février 2013, rappelle que « le failli a qualité pour agir seul en justice quand ses intérêts sont en opposition à ceux de la masse, le curateur n'a pas qualité pour le représenter dans une procédure relative à un recours contre un jugement déclaratif de faillite et le failli doit être personnellement mis à la cause ».

(96) J. DELVOIE, « La théorie de l'organe en droit privé belge : le temps est venu de tourner la page. Prix Pierre Coppens 2011 », *R.P.S.*, 2012, pp. 29 et s.

II. LE CURATEUR SOUS L'ANGLE DE LA RÉFORME DU DROIT DE L'INSOLVABILITÉ

19. La loi du 11 août 2017 a bouleversé, à plusieurs égards, le droit de l'insolvabilité. Il suffit de songer à l'extension du champ d'application des procédures d'insolvabilité. L'occasion était donc idéale pour trancher la délicate question du statut du curateur. L'analyse du Livre XX du Code de droit économique (A) et de la jurisprudence postérieure à la réforme (B) n'apporte toutefois pas les clarifications espérées.

A. Le Livre XX du Code de droit économique

20. À défaut de disposition spécifique assignée au statut du curateur, il convient d'épingler çà et là les nouvelles dispositions du Livre XX qui pourraient avoir une incidence sur le statut du curateur. Celles-ci concernent tant la mission du curateur (1) que les actions en responsabilité qu'il peut diligenter (2) sans oublier les articles consacrés au champ d'application de la réforme (3).

1) La mission du curateur

21. L'article XX.98 du Code de droit économique ne tranche pas la lancinante question du statut du curateur. Aux termes de cet article, « [l]a procédure de faillite a pour but de mettre le patrimoine du débiteur sous la gestion d'un curateur, chargé d'administrer le patrimoine du failli, de le liquider et de répartir le produit de la liquidation entre les créanciers ». Seule la mission du curateur est définie.

Il convient, dès lors, de se tourner vers d'autres dispositions du Code de droit économique qui, de manière indirecte, pourraient venir affecter le statut toujours controversé du curateur (voy. *infra*, nos 23 et s.).

2) L'action en comblement de passif

22. Sous l'empire de la loi du 8 août 1997, l'examen du régime qui gouverne les actions en responsabilité du curateur et des créanciers après faillite a démontré ses faiblesses et ses limites. De nombreuses incohérences et approximations furent dénoncées(97). La double qualité du

(97) F. GEORGE, *Le droit des contrats à l'épreuve de la faillite. Essor ou déclin du principe de l'égalité des créanciers ?*, *op. cit.*, pp. 237 et s.

curateur était ainsi pointée du doigt comme responsable de la tourmente tandis que la distinction entre préjudice collectif et individuel faisait l'objet de critiques sévères.

Face à ces incertitudes, une solution alternative fut proposée par T. Bosly au début des années 2000(98). L'auteur suggéra d'abandonner la distinction entre dommages collectif et individuel et d'en revenir à la mission du curateur. Au même titre qu'il est chargé d'agir en inopposabilité en vue de reconstituer le patrimoine du failli, le curateur vérifie si le patrimoine du failli n'est pas préjudicié par la faute d'un tiers(99). Vu que le curateur a dans sa mission la tâche de reconstituer le patrimoine du failli, il a qualité pour agir contre un tiers(100). Ainsi, « le pouvoir du curateur se justifierait par le fait que la faute d'un tiers a causé un préjudice au patrimoine du failli, que ce soit en raison d'une diminution de l'actif ou d'une aggravation du passif. Les créanciers conserveraient, par contre, leur droit d'action pour toute faute qui n'a pas eu d'incidence sur la consistance du patrimoine du failli »(101). Autrement dit, « La délimitation des pouvoirs du curateur ou des créanciers d'agir en responsabilité contre le tiers fautif dépendrait, dès lors, de la question de savoir si le fait reproché a ou non préjudicié le patrimoine du failli, tant dans ses éléments actifs que passifs »(102).

La thèse de la représentation du failli que nous prônons retrouve ici son éclat. Le curateur exerce, d'une part, les droits du failli et, d'autre part, les droits qui lui ont été confiés par le législateur en vue de protéger notamment les intérêts des créanciers.

23. La réforme du droit de l'insolvabilité est venue modifier le paysage juridique. Bien que le législateur ne touche pas au statut du curateur, plusieurs changements ont trait au régime des actions en responsabilité et plus spécifiquement à l'action en comblement de passif(103). Par dérogation au monopole du curateur, les créanciers conservent un droit concurrent à celui du curateur. La nouveauté réside dans les

(98) 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. 53.

(99) *Ibid.*, p. 55.

(100) *Ibid.*, p. 55.

(101) *Ibid.*, p. 57.

(102) 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. 57.

(103) Art. XX.224 C.D.E.

paragrapes 3 et 4 de l'article XX. 225 qui règlent l'articulation de ces actions vu les nombreuses incertitudes que suscite le régime antérieur. Le mode de répartition du montant de la condamnation est sensiblement modifié(104). Deux hypothèses sont distinguées. Soit, l'indemnisation est accordée suite à une aggravation du passif et il y a lieu de répartir le produit de la condamnation au marc le franc afin de respecter le principe de l'égalité des créanciers. Soit, l'indemnisation vise une diminution ou une disparition d'actifs(105), auquel cas la répartition sera tributaire du rang de chacun des créanciers. La règle est justifiée par le fait que, dans la seconde hypothèse, « les droits des créanciers privilégiés sont très affectés par de tels actes, qui affectent leur garantie. La demande d'indemnisation remplace les biens et ne peut donc pas être prélevée des droits de sûretés qui reposent sur les actifs concernés »(106). Ces répartitions s'effectueront déduction faite des frais de la masse.

Le maintien de ce droit concurrent des créanciers limité aux actions en comblement de passif prête à discussion. Même si, dans la mesure où le curateur ne représente pas les créanciers, le régime ne heurte pas de front la qualification de représentant du failli, la règle affecte le monopole du curateur et les fondements mêmes de la mission conférée à celui-ci. On comprend toutefois les enjeux pratiques déjà invoqués avant la réforme. Le fait de confier un monopole au curateur semble constituer un frein, sur le terrain, au déploiement de ces actions(107). Outre la durée d'une telle procédure et les implications sur la clôture des faillites, les curateurs ne seraient pas enclins, à défaut de moyens, à engager un tel recours(108).

3) L'extension du champ d'application

24. Le champ d'application du droit de l'insolvabilité est par ailleurs sensiblement étendu.

(104) Art. XX.225, § 5, C.D.E.

(105) Les travaux préparatoires renvoient sur ces termes à l'arrêt de la Cour de cassation du 24 octobre 2002.

(106) 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 I du Code de droit économique, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2016-2017, n° 54-2407/001, p. 103.

(107) B. DOUQUIR et E. HUPIN, « Responsabilité des dirigeants d'entreprise : nouvelles lois, nouveaux risques », *R.P.S.*, 2003, p. 370.

(108) Projet de loi modifiant la loi du 8 août 1997 sur les faillites, le Code judiciaire et le Code des sociétés, Rapport fait au nom de la commission chargée des problèmes de droit commercial et économique par Mme A. BARZIN, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2000-2001, n° 50-1132/013, p. 130. Voy. F. PARREIN, « De allerindividueelste schade – het persoonlijk vorderingsrecht bij kennelijk grove fout aan banden gelegd », note sous Cass., 10 décembre 2008, *T.R.V.*, 2012, p. 49.

Le Livre XX s'applique, à partir du 1^{er} mai 2018(109), à toutes les entreprises visées par l'article XX.1 du C.D.E. et ne se limite plus aux commerçants et sociétés à objet commercial (110). Toutes les formes d'organisation sont désormais visées(111).

« Art. XX.1^{er}. § 1^{er}. Pour l'application du présent livre *sont entreprises* :

(a) toute personne physique qui exerce à titre indépendant une activité professionnelle(112) ;

(b) toute personne morale(113) ;

(c) toute autre organisation sans personnalité juridique.

Pour l'application du présent livre, nonobstant ce qui est prévu à l'alinéa premier, *ne sont pas des entreprises* :

(a) toute organisation sans personnalité juridique qui ne poursuit pas de but de distribution et qui en fait ne distribue pas d'avantages à ses membres ou à des personnes qui exercent une influence décisive sur la stratégie de l'organisation ;

(b) toute personne morale de droit public ;

(c) l'État fédéral, les régions, les communautés, les provinces, les zones d'aide, les prézones, l'Agglomération bruxelloise, les communes, les zones pluricomunales, les organes territoriaux intracommunaux, la Commission communautaire française, la Commission communautaire flamande, la Commission communautaire commune et les centres publics d'aide sociale ».

25. Le statut des organisations sans personnalité juridique est issu d'une lecture combinée des alinéas 1 et 2 de l'article XX.1, paragraphe 1^{er}, du C.D.E.(114). Les organisations sans personnalité juridique tombent

(109) Art. 76 de la loi précitée du 11 août 2017.

(110) Voy. sur les raisons qui justifient le remplacement de la notion de commerçant par celle plus moderne et plus large d'entreprise, 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 I du Code de droit économique, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2016-2017, n° 54-2407/001, pp. 26 et s.

(111) 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 I du Code de droit économique, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2016-2017, n° 54-2407/001, p. 24.

(112) Le critère matériel de « poursuite d'un but économique » cède la place à un critère plus formel. Le choix des concepts d'« indépendant » et d'« activité professionnelle » vise à renforcer la sécurité juridique (voy. 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 I du Code de droit économique, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2016-2017, n° 54-2407/001, pp. 27 et s.).

(113) Toutes les personnes morales sont visées à l'exception des personnes morales de droit public (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 I du Code de droit économique, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2016-2017, n° 54-2407/001, p. 27).

(114) Voy. égal., l'art. XX.99, al. 5, qui précise : « En cas de faillite d'une entreprise visée à l'article XX.1^{er}, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, c), ou d'une personne morale dont les associés sont solidairement responsables en vertu de la

dans le champ d'application de la procédure de faillite à moins qu'elles ne poursuivent pas de but de distribution et qu'elles ne distribuent en fait pas d'avantages à leurs membres ou à des personnes qui exercent une influence décisive sur la stratégie de l'organisation.

Cette catégorie de « organisations sans personnalité juridique » sera vraisemblablement une véritable bouteille à encre(115). Outre l'appréciation complexe du critère de l'exigence de distribution et la différence de traitement entre une A.S.B.L. et une association de fait caritative(116), on peut se demander sur quel patrimoine les créanciers du failli vont pouvoir recouvrer leurs créances.

La question se pose avec la même acuité dans le cadre de l'adoption du nouveau C.S.A.(117). En vertu de l'article 1:1, toute société « a un patrimoine » sans nécessairement qu'il soit requis qu'elle soit dotée de la personnalité juridique. Cet article vient-il conférer une assise légale à la théorie du « *doelvermogen* » ? Ou doit-on plutôt, à l'instar de F. Magnus(118), dénoncer les incohérences du nouveau régime(119) et considérer que les « créanciers sociaux, c'est-à-dire ceux dont la créance trouve sa source dans

loi, seul le curateur peut mettre en cause la responsabilité personnelle d'un associé pour le passif de cette entreprise ». L'art. XX.100, al. 2, ajoute qu'« [e]n cas de citation en faillite d'une entreprise visée à l'article XX.1^{er}, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, c), ou d'une personne morale dont les associés ont une responsabilité illimitée, le demandeur doit appeler à la cause les associés de celle-ci dont il connaît l'existence ». Voy. encore l'art. XX.108, § 3, al. 2, qui dispose : « Si la faillite concerne une entreprise visée à l'article XX. 1^{er}, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, c), du présent livre, ou d'une personne morale dont les associés ont une responsabilité illimitée, l'opposition formée par un associé, qui n'a pas été informé ou n'a pas eu connaissance de l'aveu de faillite n'est recevable que si elle est formée dans les six mois de la publication de la faillite au Moniteur belge, et dans tous les cas, dans les quinze jours de la connaissance du jugement ».

(115) Voy. sur les problèmes que pose cette catégorie, W. DERIJCKE, « Les nouveaux champs d'application du droit de l'insolvabilité », in C. ALTER (coord.), *Le nouveau droit de l'insolvabilité*, Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 28 et 29.

(116) *Ibid.*

(117) Loi du 23 mars 2019 introduisant le Code des sociétés et des associations et portant des dispositions diverses, *M.B.*, 4 avril 2019.

(118) F. MAGNUS, « La société simple en matière de planification patrimoniale – Modèle commenté », in *Le nouveau droit des sociétés et des associations*, Bruxelles, Larcier, 2019, p. 134 : « La reconnaissance d'un patrimoine dans le chef des groupements dépourvus de la personnalité juridique paraît surprenante. En effet, la notion de patrimoine est classiquement attachée à celle de la personnalité, et l'application du principe de l'indivisibilité du patrimoine a pour conséquence qu'une personne ne peut être propriétaire que d'un seul patrimoine. Or, les avoirs affectés à la société appartiennent déjà en indivision entre les associés. Cela est expressément consacré par l'article 4:13, alinéa 1^{er}, C.S.A., qui précise que les "biens apportés à la société ainsi que ceux qui résultent de l'activité sociale forment un patrimoine indivis entre les associés". De la sorte, on comprend mal comment ces avoirs peuvent appartenir à un second patrimoine, à savoir celui de la société ».

(119) *Ibid.*, p. 134 : « La reconnaissance d'un patrimoine dans le chef des groupements dépourvus de la personnalité juridique paraît surprenante. En effet, la notion de patrimoine est classiquement attachée à celle de la personnalité, et l'application du principe de l'indivisibilité du patrimoine a pour conséquence qu'une personne ne peut être propriétaire que d'un seul patrimoine. Or, les avoirs affectés à la société appartiennent déjà en indivision entre les associés. Cela est expressément consacré par l'article 4:13, alinéa 1^{er}, C.S.A., qui précise que les "biens apportés à la société ainsi que ceux qui résultent de l'activité sociale forment

l'activité sociale, peuvent exercer un recours sur l'ensemble du patrimoine social, et [que] les associés demeurent personnellement et solidairement tenus à leur égard sur leur patrimoine propre » (120) ? L'idée de créer une sorte de « privilège » pour les créanciers sociaux par rapport aux créanciers personnels des associés sur les avoirs sociaux n'exigeait pas, en réalité, la constitution d'un nouveau patrimoine (121). La seconde thèse retient notre préférence.

B. La jurisprudence postérieure à l'entrée en vigueur du Livre XX

26. L'examen de la jurisprudence postérieure à l'entrée en vigueur du Livre XX atteste à l'évidence tout l'intérêt pratique qu'il y a à trancher la question du statut du curateur. De nombreuses zones d'ombre subsistent toujours et viennent heurter la sécurité juridique. Nous prenons pour exemple la matière des actions en nullité (1) et des actions en inopposabilité (2).

1) Les actions en nullité

27. La lecture de la jurisprudence relative aux actions en nullité est éclairante.

Ainsi peut-on lire, dans l'arrêt de la cour d'appel de Bruxelles du 6 mars 2020 (122) qui avait trait à une action en nullité d'une convention, que « le statut du curateur de faillite suscitant encore nombre de discussions et la qualité en laquelle les curateurs [...] développent leur argumentation pour contrer la demande de l'État belge étant incertaine, il s'impose d'examiner le moyen de nullité qu'ils soulèvent à la lumière de leur qualité de représentant tant du failli – débiteur cédé – que des créanciers de la masse. Étant tiers à la convention du 15 décembre 2015 en l'une et l'autre qualités, les curateurs [...] ne peuvent invoquer la nullité relative de celle-ci en raison d'un vice qui affecterait sa validité pour résister à l'action en paiement de l'État belge. Demeure la question de savoir s'ils peuvent en invoquer la nullité pour contrariété à l'ordre public ».

un patrimoine indivis entre les associés". De la sorte, on comprend mal comment ces avoirs peuvent appartenir à un second patrimoine, à savoir celui de la société ».

(120) *Ibid.*, p. 134 ; G. DE PIERPONT et F. MAGNUS, « La société simple et ses variantes », *R.D.C.*, 2018, pp. 948 et 949.

(121) F. MAGNUS, « La société simple en matière de planification patrimoniale – Modèle commenté », *op. cit.*, p. 134 ; G. DE PIERPONT et F. MAGNUS, « La société simple et ses variantes », *op. cit.*, pp. 948 et 949.

(122) Bruxelles, 6 mars 2020, R.G. n° 2018/AR/1043.

À défaut de trancher le statut du curateur, déterminer le titulaire d'une action en nullité demeure une opération délicate. Il serait, à notre estime, plus opportun de revenir à la qualité du curateur en tant que représentant du failli. En tant que partie au contrat, l'action en nullité lui est ouverte pour autant que l'on soit dans une situation où la cause de nullité aurait pu être invoquée par le failli. Si la nullité invoquée est absolue pour contrariété à l'ordre public, le curateur sera également admis à agir en nullité pour autant qu'il puisse justifier d'un intérêt.

2) Les actions en inopposabilité de droit commun

28. Le curateur dispose du droit d'agir en inopposabilité sur le pied des articles XX.111 à XX.113 C.D.E. Une action paulienne est également instaurée à son bénéfice à l'article XX.114 du même Code. Ces articles lui reconnaissent ainsi expressément le pouvoir d'agir à l'encontre des tiers en vue de reconstituer le patrimoine du failli. Le curateur puise ce pouvoir dans la loi elle-même et non dans 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 ? Dans l'affirmative, en quelle qualité ?

29. Même si tous les auteurs ne se rallient pas à cette position (123), la jurisprudence reconnaît majoritairement au curateur le droit de se prévaloir du non-respect des formalités d'opposabilité auxquels sont soumis certains actes (124). Il lui est cependant loisible de renoncer à invoquer le défaut d'accomplissement des formalités et d'y procéder lui-même (125).

(123) Voy. en faveur de la qualité du curateur à agir en inopposabilité, E. DIRIX et R. DE CORTE, *Beginselen van Belgisch privaatrecht*, XII, *Zekerheidsrechten*, Malines, Kluwer, 2006, p. 23 ; B. WYLLEMAN, *Collectieve schuldenregeling : Verkoop van onroerende goederen*, Bruxelles, Larcier, 2003, pp. 20 et 21. Voy. en défaveur de la qualité à agir du curateur, P. COLLE, « Recente ontwikkelingen in het faillissementsrecht : de ware functie van de curator, de boedelschulden en het faillissement van de vennootschap in vereffening », *op. cit.*, p. 14 ; C. VAN BUGGENHOUT, « De rechtspositie van de curator in het faillissementsrecht en het sociaal recht », *in Handels-economisch en financieel recht*, Gand, Mys & Breesch, 1994-1995, pp. 40 et 41.

(124) *Infra*, n° 30.

(125) Comm. Namur, 9 mai 1978, *J.T.*, 1978, p. 729, note J.-L. LEDOUX. Voy. égal., Liège, 1^{er} décembre 1986, et Cass., 26 janvier 1989, *J.L.M.B.*, 1989, p. 574 ; Liège, 17 mars 1995, *Rec. gén. enr. not.*, 1998, n° 24.772 : « Le curateur n'exécutera le contrat que si la masse y trouve intérêt ».

30. Très tôt, la Cour de cassation a reconnu le droit pour la masse des créanciers de se prévaloir du défaut de transcription de la vente d'un immeuble. On cible notamment les arrêts du 5 juillet 1901 (126), du 2 février 1961 (127) et du 5 mars 1982 (128) et du 26 janvier 1989 (129). 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 (130).

Dans un arrêt du 4 janvier 2016 (131), la cour d'appel d'Anvers fut 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 1^{er} de la loi hypothécaire. La cour d'appel réforma la décision et décida que « *de curator zich hier mag beroepen op de niet-tegenwerpelijkheid* » (132).

Dans son jugement du 30 juillet 2018, le tribunal de commerce francophone de Bruxelles fut saisi de la question suivante : le curateur peut-il se prévaloir de l'inopposabilité temporaire de la cession de fonds de commerce et de la solidarité passive à charge du cessionnaire ?

Pour le tribunal, l'action du curateur doit être déclarée irrecevable « en ce qu'elle est fondée sur l'application de l'article 93*undecies* B, § 2, du Code TVA, de l'article 442*bis*, § 2, du Code des impôts sur les revenus, de l'article 41*quinquies*, § 2 de la loi du 27 juin 1969 et de l'article 16*ter*, § 2, de l'arrêté royal n° 38 du 27 juillet 1967 ». Pour le tribunal, « le bénéfice du régime de solidarité institué par ces dispositions est limité à l'État belge

(126) Cass., 5 juillet 1901, *Pas.*, 1901, I, p. 315 et spéc. pp. 331-333 : « c'est erronément que l'arrêt dénonce 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 ».

(127) Cass., 2 février 1961, *Pas.*, 1961, I, p. 591.

(128) 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. gen. enr. not.*, 1986, p. 41 : « il ressort des articles 1^{er} de la loi hypothécaire, 444 et 447, alinéa 1^{er} 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 ».

(129) Cass., 26 janvier 1989, *J.L.M.B.*, 1989, p. 574.

(130) Comm. Bruxelles, 14 juin 1988, *R.G.D.C.*, 1990, p. 229, note D. LECHEN ; 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, *N.j.W.*, 2016, p. 445, note E. DEWITTE.

(131) Cet arrêt est antérieur à la réforme.

(132) Anvers, 4 janvier 2016, *N.j.W.*, 2016, p. 445, note E. DEWITTE.

et à l'ONSS. Ce régime a précisément pour but de permettre à ces deux créanciers d'agir, de manière individuelle, contre la SPRL B., en sa qualité de cessionnaire du fonds de commerce. La faillite de la SPRL R. n'a nullement pour effet d'éteindre ce droit d'action individuelle de l'État belge et de l'ONSS »(133).

En l'espèce, le curateur restait en défaut de démontrer que l'action du curateur portait sur des droits communs à l'ensemble des créanciers.

Le statut du curateur n'est à nouveau pas étranger aux solutions dégagées par la doctrine et la jurisprudence. Il se trouve même au centre des discussions. Il faut toutefois concéder que l'ouverture au curateur des actions en inopposabilité de droit commun ne convient guère, *de lege lata*, à sa qualité de représentant du failli.

31. Selon nous, il serait tout à fait envisageable de restaurer une certaine cohérence au sein de l'arsenal législatif. En octroyant au curateur le bénéfice de plusieurs actions en inopposabilité et d'une action paulienne spécifiques à la faillite, le législateur a, en effet, déjà réalisé une grande partie du travail. Les articles XX.111 à XX.114 du C.D.E. témoignent de l'existence de droits propres que le curateur tire de la loi. Le temps ne serait-il pas venu pour le législateur de prendre la plume et d'achever le travail entamé ? Si l'objectif est véritablement de protéger les créanciers, rien n'empêche de permettre légalement au curateur d'agir en inopposabilité lorsque les formalités d'opposabilité n'ont pas été accomplies avant le jugement déclaratif de faillite. Le curateur jouirait ainsi, non seulement des droits qu'il trouve dans le patrimoine du failli, mais également de droits propres conférés par le législateur. La mission de reconstitution du patrimoine du failli qui incombe au curateur dans l'intérêt des créanciers ne serait qu'affinée sans entacher davantage son statut de représentant du failli.

CONCLUSIONS

32. Sous l'empire de la loi du 8 août 1997, la question du statut du curateur a déjà fait couler beaucoup d'encre.

La réforme n'apporte malheureusement pas de réponse claire au statut du curateur.

(133) Comm. fr. Bruxelles, 30 juillet 2018, *inédit*, R.G. n°s G/16/00132 et G/16/01351.

Au contraire, le Livre XX semble complexifier davantage l'articulation des principes applicables.

Même si la théorie du « *doelvermogen* » semble rencontrer plusieurs adeptes, le législateur et la doctrine ne disent mot des conséquences juridiques de cette théorie sur les droits et obligations du curateur.

La titularité dans le chef du curateur des actions en nullité et en inopposabilité de droit commun est pourtant au cœur de cette controverse. Elle s'est d'ailleurs posée avec beaucoup d'acuité dans la jurisprudence récente de nos cours et tribunaux.

Bien des auteurs ont pourtant, avant nous, dénoncé ce flou juridique et tirer la sonnette d'alarme...

Une chose est sûre : la théorie de la représentation du failli reste en lice et n'a, à notre estime, pas fini de faire parler d'elle (134).

(134) F. GEORGE, *Le droit des contrats à l'épreuve de la faillite. Essor ou déclin du principe de l'égalité des créanciers ?*, *op. cit.*, pp. 237-303.