

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Actualités en droit de la faillite

George, Florence

Published in:

Varia en droit de l'insolvabilité

Publication date:

2022

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

George, F 2022, Actualités en droit de la faillite. dans F George & F Georges (eds), *Varia en droit de l'insolvabilité*. Commission Université-Palais, numéro 214, Anthemis, Liège, pp. 133-172.

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.

3

ACTUALITÉS EN DROIT DE LA FAILLITE

Florence GEORGE

professeur à l'UNamur
avocate au barreau de Liège-Huy

Sommaire

Section 1	
L'ouverture de la faillite : les conditions	135
Section 2	
Les voies de recours	138
Section 3	
Le dessaisissement	142
Section 4	
L'obligation de déclarer sa créance et les effets d'une admission	151
Section 5	
La gestion et l'administration de la faillite : la poursuite des contrats en cours	155
Section 6	
L'effacement	159

1. Plan. Depuis le 1^{er} mai 2018, le droit de la faillite est régi par le livre XX du Code de droit économique (ci-après « C.D.E. »). L'œuvre du législateur n'est cependant pas figée. Elle se poursuit et se façonne au fil de la jurisprudence. Nos Hautes juridictions ont en effet été amenées ces dernières années à se prononcer sur de nombreuses questions épineuses.

La présente contribution entend revenir sur plusieurs de ces arrêts clés¹. Ces derniers sont examinés au regard des grandes étapes de la procédure de faillite. Ainsi, dans un premier temps, nous abordons les questions relatives à l'ouverture de la faillite (section 1) avant de nous intéresser aux voies de recours ouvertes à l'encontre du jugement déclaratif de faillite (section 2). Ensuite, nous revenons sur les effets du dessaisissement dans sa nouvelle formulation (section 3). L'obligation de déclaration de créances et les effets d'une admission par le curateur sont également analysés (section 4). La partie subséquente est dédiée à l'article XX.139 du C.D.E. et au sort des contrats en cours (section 5). Enfin, une brève étude de l'effacement vient clôturer la présente contribution (section 6).

¹ La présente contribution ne se veut cependant pas exhaustive. Nous renvoyons par exemple le lecteur aux arrêts récents qui traitent des honoraires du curateur (C.C., 1^{er} octobre 2020, n° 127/2020, *R.D.C.-T.B.H.*, 2021/6, p. 794, note J.-Ph. LEBEAU; Trib. entr. Hainaut, division de Tournai, 24 décembre 2019, *R.D.C.-T.B.H.*, 2021/6, p. 790 et Mons, 20 avril 2021, *R.D.C.-T.B.H.*, 2021/6, p. 792). L'incidence de la liquidation du régime matrimonial du failli sur la faillite ne sera pas davantage développée. Nous nous contenterons d'épingler l'arrêt du 22 janvier 2021 de la Cour de cassation qui tranche la question du sort de l'indivision lorsque la liquidation-partage du régime matrimonial n'est pas clôturée. La Cour énonce que « lorsqu'une faillite est prononcée après un divorce ayant des conséquences pour les tiers, il faut d'abord partager la communauté de biens matrimoniaux, après quoi la part nette de l'époux failli doit être transférée au curateur » (Cass., 22 janvier 2021, R.G. n° C.19.0417.N, www.juportal.be; I. VAN DE PLAS, « Actualité : Hof van Cassatie, 22/01/2021, C.19.0417.N », *R.D.C.-T.B.H.*, 2021/1, pp. 99-100). Voy. en ce sens, la décision du 16 mars 2020 du tribunal de première instance de Namur, division de Namur (R.G. n° 15/1024/A, inédit).

Section 1

L'ouverture de la faillite : les conditions²

2. Notion d'entreprise. La question de savoir si un dirigeant de société est, depuis la réforme, une entreprise au sens de l'article I.1, 1^o, du C.D.E. a longtemps divisé la doctrine³ et la jurisprudence⁴.

Dans son arrêt du 18 mars 2022⁵, la Cour de cassation est saisie d'un pourvoi formé à l'encontre d'un arrêt de la cour d'appel de Mons qui avait refusé de déclarer la faillite d'un gérant de société au motif que ce dernier n'était pas une entreprise au sens du Code de droit économique. La Cour rejette le pourvoi. Elle fait sienne la conception plus limitée de la notion d'entreprise et décide que :

« Une personne physique n'est une entreprise, au sens de cette dernière disposition, que lorsqu'elle constitue une organisation consistant en un agencement de moyens matériels, financiers ou humains en vue de l'exercice d'une activité professionnelle à titre indépendant.

² Voy., sur les liens entre la procédure de faillite et la liquidation, Cass., 5 juin 2020, *J.L.M.B.*, 2020, p. 1398 avec la note de W. DAVID, « La faillite d'une société en liquidation : état de la question après l'arrêt de la Cour de cassation du 5 juin 2020 », *R.P.S.-T.R.V.*, 2021, p. 203 avec la note de C. ALTER et V. OUCHINSKY, « Le liquidateur, ce mal-aimé ».

On notera l'existence d'un avant-projet de loi (Avant-projet de loi transposant la directive (UE) 2019/1023 du Parlement européen et du Conseil du 20 juin 2019 relative aux cadres de restructuration préventive) ainsi que d'une proposition de loi (Proposition de loi portant diverses modifications en matière d'insolvabilité des entreprises, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1591/001) instaurant des passerelles entre les procédures de faillite et de dissolution judiciaire.

³ Ph. MOINEAU et Fl. ERNOTTE, « Les gérants et administrateurs personnes physiques face au nouveau droit de la faillite », *J.L.M.B.*, 2019, pp. 697-719; M. ROELANTS, « De natuurlijke persoon-bestaander: kwalificatie als onderneming en rechtsmiddelen tegen afwijzing faillissementsaangifte », note sous Anvers, 28 novembre 2019, *T.P.R.*, 2020, pp. 335-341; Z. PLETINCKX, « Le champ d'application des procédures », in A. Despontin (coord.), *La réforme du droit de l'insolvabilité et ses conséquences (sur les avocats): une (ré)volution?*, Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 13-40; N. OUCHINSKY, « L'insolvabilité des dirigeants d'entreprise », *D.F.E.*, 2020, pp. 3-27; A. JANSEN et W. DAVID, « Le nouveau droit des S.R.L. et de la faillite : quelles (inter)actions? », *R.P.S.-T.R.V.*, 2020/4, pp. 449-492; A. ZENNER, « Cinquante nuances de gris dans le droit de l'insolvabilité. Dictionnaire raisonné des controverses d'interprétation substantives ou nouvelles », *R.D.C.-T.B.H.*, 2020/3, pp. 291-293; N. THIRION et Ph. MOINEAU, « L'entreprise en droit économique belge : je est un autre? », *J.T.*, 2022, pp. 2-8.

⁴ En faveur d'une entreprise, voy. Comm. Furnes, 17 août 2018 et Comm. Gand, 6 juillet 2018, cités par S. JACMAIN, F.-G. CASPAR, C. GRÉGOIRE, L. MAISTRIAUX et A. ROELS, « Chronique : droit de l'insolvabilité 2017-2018 », *R.P.S.-T.R.V.*, 2019, p. 47; Comm. Liège, division de Liège, 29 juin 2018; Bruxelles, 21 décembre 2018, *J.L.M.B.*, 2019, p. 676; Liège, 2 avril 2019, *R.D.C.-T.B.H.*, 2019/4, p. 578. En défaveur, voy. Comm. Turnhout, 26 juin 2018, *R.P.S.-T.R.V.*, 2019, p. 116; Comm. Brabant wallon, 8 octobre 2018, *J.L.M.B.*, 2019, p. 687; Trib. entr. Anvers, division de Turnhout, 26 juin 2018, *R.P.S.-T.R.V.*, 2019, p. 116. Pour une voie médiane au regard du critère de l'organisation, Trib. entr. Hainaut, division de Tournai, 6 novembre 2018, *J.L.M.B.*, 2019, p. 688; Trib. entr. Liège, division de Liège, 12 décembre 2018, *J.L.M.B.*, 2019, p. 696; Mons, 5 février 2019, *J.L.M.B.*, 2019, p. 678; Mons, 27 août 2019, *J.L.M.B.*, 2019, p. 1459. Voy. aussi Anvers, 28 novembre 2019, *R.P.S.-T.R.V.*, 2020, p. 332, note M. ROELANTS.

⁵ Cass., 18 mars 2022, R.G. n° C.21.0006.F www.juportal.be.

Il s'ensuit que le gérant ou l'administrateur d'une société qui exerce son mandat en dehors de toute organisation propre n'est pas une entreprise.

L'arrêt considère qu'"un concept de base de la notion d'entreprise est celui d'organisation" et que l'entreprise "se caractérise moins par son activité ou par son but que par son organisation, par la façon dont les moyens matériels, financiers et humains sont agencés", qu'ainsi, "l'exercice d'un mandat d'administrateur ou de gérant ne se rattache pas, conceptuellement, au critère 'organique' ou 'formel' par lequel le législateur annonce vouloir remplacer l'ancien critère matériel" dès lors que "le seul fait, pour une personne physique, d'exercer un mandat de gérant ou d'administrateur n'implique, en soi, aucune organisation propre, toute l'organisation [étant] liée à la société", et qu'"il faut vérifier [si l'administré de la demanderesse⁶] démontre que, du seul fait de sa qualité de gérant, il peut être considéré comme une entreprise, c'est-à-dire qu'il est une organisation en personne physique exerçant une activité professionnelle à titre indépendant".

Il relève que l'administré de la demanderesse "était gérant d'une [...] société immobilière", qu'en cette qualité, "sa rémunération paraissait des plus modiques" alors qu'"il est indiqué qu'il tirait l'essentiel de ses ressources en percevant les loyers", qu'"aucune structure n'était mise en place, aucune pièce comptable ou aucun engagement personnel n'est produit" et que la demanderesse n'établit pas "qu'il y aurait eu [...] une organisation propre mise en place par [son administré] pour exercer une activité professionnelle".

Par ces énonciations, d'où il suit qu'aux yeux du juge d'appel, l'administré de la demanderesse exerçait son mandat de gérant sans organisation propre, l'arrêt justifie légalement sa décision que l'administré de la demanderesse « n'est pas une entreprise et ne peut dès lors pas être déclaré en faillite ».

Cette décision – qui infirme la thèse défendue par la jurisprudence et la doctrine majoritaires – aura sans aucun doute des retombées importantes. Il suffit de songer aux questions d'admissibilité en règlement collectif de dettes, à la compétence des tribunaux de l'entreprise⁷, au régime probatoire applicable⁸...

3. Nature d'ordre public. En tant qu'« institution d'utilité sociale essentielle dans l'organisation économique »⁹, la faillite présente sans conteste un caractère d'ordre public¹⁰.

On ne peut toutefois en déduire que toutes les dispositions de la loi sur les faillites et, par la suite, du Code de droit économique ont été hissées au rang de l'ordre public, et ce pour plusieurs raisons.

⁶ En l'espèce, la personne avait été placée sous administration provisoire.

⁷ Art. 573 C. jud.

⁸ Art. 8.11 C. civ.

⁹ A. ZENNER, *Dépistages, faillites et concordats*, Bruxelles, Larcier, 1998, p. 65.

¹⁰ W. DERIJCKE et Fr. T'KINT, « La faillite », *Rép. not.*, t. XII, liv. 12, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 99.

Tout d'abord, le manteau de l'ordre public ne revêt pas spécialement l'ensemble des dispositions d'une loi. Le fait d'estampiller certaines matières « d'ordre public » ne peut amener à la conclusion que toutes les dispositions le sont. Chacune des règles doit être soumise à l'examen¹¹. La prudence est de mise afin de ne pas tomber dans le piège d'une généralisation excessive.

Ensuite, certains auteurs insistent sur le fait que l'ordre public ne vise que les règles structurelles¹².

En outre, les arrêts les plus pertinents qualifient la faillite comme étant « d'ordre public » et non l'ensemble de ses dispositions légales. Il n'est donc pas interdit de penser que seules l'institution et la structure de la faillite sont visées.

Enfin, la distinction qui existe entre impérativité et ordre public pose question. La faillite ne semble pas encore avoir subi l'épreuve de cette distinction.

L'arrêt du 17 septembre 2020¹³ apporte, à cet égard, une nouvelle pierre à l'édifice. Le caractère d'ordre public de l'article 2 de la loi du 8 août 1997 sur les faillites (ci-après « L.F. ») est reconnu. La Cour décide, sur cette base, que le failli ne peut acquiescer au jugement déclaratif de faillite. Pour la Cour, « [a]ux termes de l'article 1044, alinéa 1^{er}, du Code judiciaire, l'acquiescement à une décision est la renonciation par une partie à l'exercice des voies de recours dont elle pourrait user ou qu'elle a déjà formées contre toutes ou certaines des dispositions de cette décision. L'acquiescement à une décision fondée sur une disposition d'ordre public est nul. L'article 2, alinéa 1^{er}, de la L.F., qui dispose que tout commerçant qui a cessé ses paiements de manière persistante et dont le crédit se trouve ébranlé est en état de faillite, est d'ordre public. Il s'ensuit que le failli ne peut valablement acquiescer au jugement déclarant sa faillite ».

4. Dirigeant de fait d'une société et obligation de faire aveu de faillite. Le non-respect de l'obligation de faire aveu de faillite est érigé en infraction par le Code pénal. Ainsi, le dirigeant qui a omis de faire aveu de faillite dans le délai prescrit peut, en vertu de l'article 489bis, 4^o, du Code pénal voir sa responsabilité pénale engagée.

Le dirigeant de fait est-il également visé par cette disposition? C'est à cette question que répond la décision du 23 novembre 2021¹⁴ de la Cour de cassation. Cette dernière, interrogée sur le champ d'application *ratione personae* de l'article 489bis, 4^o, du Code pénal¹⁵, décide que le gérant de fait est égale-

¹¹ P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1 : Théorie générale du contrat, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2020, p. 432, n^o 309.

¹² A. SCHWARTZ, « A Contract Theory Approach to Business Bankruptcy », *Yale Law School*, 1998, vol. 107, pp. 1806-1851.

¹³ Cass., 17 septembre 2020, R.G. n^o C.19.0656.F, www.juportal.be.

¹⁴ Cass., 23 novembre 2021, R.G. n^o P.21.0720.N, www.juportal.be.

¹⁵ L'article 489bis, 4^o, du Code pénal dispose que sont punies d'un emprisonnement d'un mois à deux ans et d'une amende de cent euros à cinq cent mille euros ou d'une de ces peines seulement, les personnes visées à l'article 489 qui auront « dans la même intention, omis de faire l'aveu de la faillite dans le délai prescrit par l'article XX.102 du Code de droit économique ; sciemment omis de fournir, à l'occasion de

ment visé par les dispositions susmentionnées. Pour la Cour, «Daaruit volgt dat volgens de wil van de wetgever ook een feitelijk bestuurder, dit is hij die zonder krachtens de wet of de statuten bestuurder te zijn van een vennootschap die vennootschap in werkelijkheid bestuurt, dader kan zijn van het door artikel 489bis, 4°, Strafwetboek bedoelde misdrijf en dus niet louter deelnemer. Een feitelijk bestuurder is dan ook ertoe gehouden de door artikel 489bis, 4°, Strafwetboek strafrechtelijk gesanctioneerde aangifteplicht te voldoen».

Dans un arrêt du 9 janvier 2018¹⁶, la Cour avait, dans le même sens, considéré qu'«[i]l s'ensuit que lorsqu'une société commerciale est en réalité dirigée par un gérant de fait, ce dernier est tenu de faire le nécessaire pour que l'aveu de la faillite de cette société intervienne en temps utile. La seule circonstance que ce gérant n'ait pas qualité personnelle pour faire cette déclaration, n'exclut donc pas qu'une peine puisse lui être infligée en vertu de l'article 489bis, 4°, du Code pénal».

Section 2 Les voies de recours

5. Appel et opposition. L'article XX.108 du Code de droit économique prévoit et régleme plusieurs voies de recours contre le jugement déclaratif de faillite. Il dispose que :

«§ 1^{er}. Tout jugement déclaratif de faillite ou fixant la date de cessation de paiement est exécutoire par provision et sur minute dès son prononcé.

§ 2. Le jugement est susceptible d'opposition par les parties défaillantes et de tierce opposition de la part des intéressés qui n'y ont pas été parties.

§ 3. L'opposition n'est recevable que si elle est formée dans les quinze jours de la signification du jugement.

Si la faillite concerne une entreprise visée à l'article I.1, alinéa 1^{er}, 1^o, 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.

La tierce opposition n'est recevable que si elle est formée dans les quinze jours de la publication de la faillite au *Moniteur belge*.

Le délai pour former appel du jugement est de quinze jours à compter de la publication de la faillite».

¹⁶ l'aveu de la faillite, les renseignements exigés par l'article XX.103 du même code ; sciemment fourni des renseignements inexacts à l'occasion de l'aveu de la faillite ou ultérieurement aux demandes adressées par le juge-commissaire ou par les curateurs».

¹⁶ Cass., 9 janvier 2018, R.G. n° P.17.0856.N, *Pas.*, 2018, p. 44, www.juportal.be.

Tandis que le délai d'opposition s'élève à quinze jours et prend cours à compter de la signification du jugement¹⁷, le délai d'appel, d'une durée identique, ne prend cours qu'à compter de la publication du jugement.

Les plaideurs se sont interrogés sur la possibilité d'interjeter appel d'un jugement déclaratif malgré l'absence d'opposition introduite. L'article 28 du Code judiciaire dispose en effet que «[t]oute décision passe en force de chose jugée dès qu'elle n'est plus susceptible d'opposition ou d'appel, sauf les exceptions prévues par la loi et sans préjudice des effets des recours extraordinaires».

Dans son arrêt du 10 avril 2020¹⁸, la Cour casse la décision d'appel qui avait considéré, sans avoir égard à la date à laquelle le jugement déclarant la faillite avait été publié au *Moniteur belge*, que «les conditions de recevabilité d'un appel [...] s'apprécient avant que la décision soit passée en force de chose jugée», qu'une décision passe en force de chose jugée dès qu'elle n'est plus susceptible «de l'une ou l'autre des voies de recours» visées à l'article 28 du Code judiciaire, que, la demanderesse n'ayant pas usé «de la voie de l'opposition qui lui était ouverte», le jugement déclaratif de sa faillite «est passé en force de chose jugée» et que, «par conséquent», l'appel a été «fait hors délai» et «est irrecevable».

6. Exercice effectif du droit de recours et article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. Le régime mis en place aux articles XX.106 et suivants du C.D.E., et plus particulièrement le droit de recours dont bénéficient les parties au procès (autre que le failli), heurte-t-il l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et le droit au procès équitable ?

En l'espèce, l'appel du demandeur en cassation avait été déclaré irrecevable dès lors qu'il avait été formé plus de quinze jours après la publication du jugement déclaratif de faillite.

Dans sa décision du 18 mars 2021¹⁹, la Cour de cassation y répond par la négative. Elle décide que : «Le droit d'accès au juge, qui constitue un aspect du droit à un procès équitable, peut être soumis à des conditions de recevabilité, notamment en ce qui concerne l'introduction d'une voie de recours, lesquelles ne peuvent toutefois aboutir à restreindre le droit de manière telle que celui-ci s'en trouve atteint dans sa substance même. L'exercice effectif du droit de recours ouvert à une partie à un jugement déclaratif de faillite, autre

¹⁷ Voy. par ailleurs, au sujet de la signification, l'arrêt n° 23/2022 de la Cour constitutionnelle du 10 février 2022 (n° de rôle 7469) (www.const-court.be/public/f/2022/2022-023f.pdf) qui décide que : «En ce qu'il ne prévoit pas que, lors de la signification d'un jugement, il y a lieu d'indiquer les voies de recours, le délai dans lequel ce ou ces recours doivent être introduits ainsi que la dénomination et l'adresse de la juridiction compétente pour en connaître, l'article 43 du Code judiciaire viole les articles 10 et 11 de la Constitution, lus en combinaison avec l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et avec les principes généraux garantissant le droit d'accès au juge».

¹⁸ Cass., 10 avril 2020, *R.D.C.-T.B.H.*, 2021/6, p. 727, note I. VEROUGSTRAETE.

¹⁹ Cass., 18 mars 2021, *J.T.*, 2021, p. 663.

que le failli, n'est pas compromis par le fait que le délai d'appel prend cours à partir de la publication par extrait de ce jugement au *Moniteur belge*, sans que celui-ci lui ait été préalablement notifié dans sa forme intégrale. Le moyen, qui, en cette branche, est fondé sur le soutènement contraire, manque en droit. Et la violation prétendue des articles XX.106, XX.107 et XX.108 du Code de droit économique est tout entière déduite de celle, vainement alléguée, de l'article 6 précité. Dans cette mesure, le moyen, en cette branche, est irrecevable».

Une double discrimination est par ailleurs dénoncée par le demandeur en cassation. D'une part, les parties au procès (autres que le failli) disposent d'un délai d'appel de quinze jours à dater de la publication par extrait du jugement alors que, d'autre part, le failli, par la signification du jugement déclaratif de faillite, est informé de son contenu et du délai d'appel de quinze jours à partir de la publication tandis que les parties à un jugement autre qu'un jugement déclaratif de faillite disposent d'un délai d'un mois à partir de la signification ou de la notification, faite conformément à l'article 792, alinéas 2 et 3, du Code judiciaire, du jugement dans sa forme intégrale.

L'argument est balayé d'un revers de la main par la Cour dans la mesure où il ne dénonce pas une distinction entre des personnes ou catégories de personnes qui, se trouvant dans la même situation, sont soumises à des règles différentes. Au contraire, le demandeur prétend opposer des personnes qui, se trouvant dans des situations différentes, sont soumises à des règles différentes qui s'appliquent sans distinction à toutes celles qui se trouvent dans la même situation. La Cour de cassation refuse dès lors de poser la question préjudicielle proposée par le demandeur à la Cour constitutionnelle.

7. Tierce opposition. À défaut de précisions complémentaires, certains ont défendu l'idée qu'il convenait, en matière de tierce opposition, de se référer au droit commun et notamment aux articles 1122 et suivants du Code judiciaire. L'article 1122, alinéa 2, 3°, précise notamment que la tierce opposition n'est ouverte «aux créanciers, qu'en cas de fraude de leur débiteur ou s'ils peuvent invoquer une hypothèque, un privilège ou tout autre droit distinct de leur droit de créance».

Dans son arrêt récent du 9 septembre 2021²⁰, la Cour de cassation décide, à l'endroit de l'article XX.108 du C.D.E., que «le législateur déroge au droit commun de la procédure en ouvrant la tierce opposition à un jugement de faillite à tout intéressé au sens des articles 17 et 18 du Code judiciaire, et donc à tout créancier intéressé en dehors des conditions restrictives de l'article 1122, alinéa 2, 3°, du Code judiciaire».

Le créancier qui forme une opposition conformément à l'article XX.108, § 2, C.D.E. ne doit pas remplir les conditions restrictives de l'article 1122, alinéa 2, 3°, Code judiciaire».

²⁰ Cass., 9 septembre 2021, R.G. n° C.21.0043.N, www.juportal.be.

8. Tierce opposition: mise à la cause du curateur (et du failli). Les articles XX.108 et suivants du C.D.E. ne sont guère diserts sur les parties à mettre à la cause. La question a d'ailleurs fait débat sous l'ancien régime²¹.

Sous l'empire de l'article 14 de la L.F., la Cour de cassation avait d'ailleurs considéré que: «Suivant l'article 1125, alinéas 1^{er} et 3, du Code judiciaire, la tierce opposition est portée par citation, donnée à toutes les parties, devant le juge qui a rendu la décision attaquée et, en cas d'inobservation des règles énoncées à cet article, la tierce opposition ne sera pas admise. Le failli est partie au jugement déclaratif de faillite. Dès lors 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. Il s'ensuit qu'une tierce opposition à un jugement déclaratif de faillite qui n'est pas dirigée contre le failli n'est pas recevable»²².

L'article XX.109²³ du C.D.E. apporte une innovation par rapport à l'ancien régime. Il permet au tiers qui forme tierce-opposition de régulariser la procédure en lui offrant la possibilité de mettre à la cause le curateur jusqu'à la clôture des débats.

On peut évidemment se demander si cette faveur ne crée pas une nouvelle discrimination. Les articles XX.108 et XX.109 du C.D.E. interprétés en ce sens qu'ils imposent à la partie formant tierce opposition de diriger celle-ci non seulement contre le curateur, mais également contre le failli en permettant uniquement de régulariser l'hypothèse où le curateur n'est pas mis à la cause sans prévoir cette faculté lorsque le failli n'est pas mis à la cause ne créent-ils pas une discrimination contraire aux articles 10 et 11 de la Constitution?

9. La réduction des délais en droit de l'insolvabilité. Une autre nouveauté issue du Code de droit économique réside dans la suppression des délais supplémentaires octroyés par l'article 55 du Code judiciaire²⁴ aux parties domiciliées à l'étranger. L'article XX.3, alinéa 2, du C.D.E. dispose en effet que: «Les articles 50, alinéa 2, 55 et 56 du Code judiciaire ne sont pas applicables aux actions et aux significations prévues par le présent livre».

²¹ A. BOSSUYT, «Over de noodzakelijke partij in het geding», *R.D.C.-T.B.H.*, 2007, p. 941.

²² Cass., 28 février 2013, *Pas.*, 2013, p. 505, www.juportal.be.

²³ «L'appel, l'opposition ou la tierce opposition dirigés contre le jugement déclarant la faillite ou refusant de la déclarer, sont instruits avec célérité.

Le curateur doit être appelé à la cause avant la clôture des débats.

À la demande de la partie la plus diligente, l'affaire est fixée pour être plaidée dans le mois de la demande de fixation».

²⁴ «Lorsque la loi prévoit qu'à l'égard de la partie qui n'a ni domicile, ni résidence, ni domicile élu en Belgique, il y a lieu d'augmenter les délais qui lui sont impartis, cette augmentation est:

1° de quinze jours, lorsque la partie réside dans un pays limitrophe ou dans le Royaume-Uni de Grande-Bretagne;

2° de trente jours, lorsqu'elle réside dans un autre pays d'Europe;

3° de quatre-vingts jours, lorsqu'elle réside dans une autre partie du monde».

Outre les délais réduits propres au droit de l'insolvabilité, les parties domiciliées à l'étranger se voient amputées de délais complémentaires.

Cette modification pourrait poser question en termes d'effectivité des recours. Il n'est pas exclu d'y voir de nouvelles discriminations contraires aux articles 10 et 11 de la Constitution.

Section 3

Le dessaisissement²⁵

10. Faillite et dessaisissement : aperçu du régime nouveau. Le régime du dessaisissement est réformé de manière significative. L'article XX.110 du C.D.E. consacre le principe de la limitation de la consistance de la masse, en ces termes :

« § 1^{er}. Le failli, à compter du jour du jugement déclaratif de la faillite, est dessaisi de plein droit de l'administration de tous ses biens, y compris ceux qui peuvent lui échoir tant qu'il est en état de faillite en vertu d'une cause antérieure à l'ouverture de la faillite.

§ 2. Tous paiements, opérations et actes faits par le failli, et tous paiements faits au failli depuis le jour du jugement déclaratif de la faillite sont inopposables à la masse.

§ 3. Les biens visés à l'article 1408 du Code judiciaire, à l'exception des biens indispensables à la profession du saisi, visés au 3^o de cet article, sont exclus de l'actif de la faillite. Le failli en conserve l'administration ainsi que la disposition.

Sont également **exclus de l'actif de la faillite les biens, les montants, sommes et paiements que le failli recueille à partir de la déclaration de la faillite en vertu d'une cause postérieure à la faillite.**

Sont également exclues de l'actif de la faillite, les indemnités accordées au failli pour la réparation du préjudice lié à la personne et causé par un acte illicite.

Le failli gère également les biens et montants visés aux alinéas 2 et 3 et en dispose²⁶.

La réforme met l'accent sur la seconde chance dont doit bénéficier le failli. L'effacement des dettes du failli s'accompagne ainsi d'une autre mesure destinée à permettre un rebond plus rapide du débiteur.

²⁵ Voy., sur cette question, Fl. GEORGE et N. OUCHINSKY, «Le fresh start, ses principes et son actualité», *R.D.C.-T.B.H.*, 2021/6, pp. 710 et s.

²⁶ Nous mettons en italique et en gras.

À côté des exceptions au principe du dessaisissement déjà prévues sous le régime de l'article 16 de la loi sur les faillites²⁷, les biens²⁸, montants et revenus que le failli recueille après le jugement déclaratif de faillite en vertu d'une cause postérieure à la faillite sont exclus de l'actif de la faillite.

Le dessaisissement du débiteur est donc désormais limité.

L'objectif poursuivi par le législateur consiste à inciter davantage le failli à se lancer dans l'exercice d'une nouvelle activité²⁹. Sous l'ancien régime, le failli ne disposait que de peu d'incitants à se livrer à titre de salarié³⁰ ou d'indépendant³¹, à l'exercice d'une activité nouvelle³², qu'elle soit ou non commerciale³³. Cette nouvelle activité³⁴, bien qu'autorisée³⁵, profitait davantage à la

²⁷ Voy. sur cette question, 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, pp. 397 et s.

²⁸ L'insertion des «biens» fut suggérée par le Conseil d'État (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. 310).

²⁹ 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, Bruylant, 2017 p. 185, n° 36.

³⁰ A.-Ch. VAN GYSEL, *Les masses de liquidation en droit privé*, Bruxelles, Bruylant, 1994, p. 427.

³¹ Bruxelles, 25 février 1881, *Pas.*, 1881, II, p. 120; Comm. Bruxelles, 17 janvier 1914, *J.C.B.*, 1914, p. 173 et la note (l'article 444 «n'enlève point au failli le droit de contracter un louage de ses services personnels pour lui permettre de subvenir à ses besoins et ceux de sa famille»); Mons, 13 décembre 1988, *J.L.M.B.*, 1989, p. 157 («Les revenus que le failli tire de son activité nouvelle ne reviennent pas de plein droit à la masse des créanciers; que le bon sens commande d'admettre que le failli doit, d'une part, faire face à des frais professionnels et que, d'autre part, il doit assurer sa subsistance et celle de sa famille, sans qu'il soit requis que les sommes qu'il perçoit soient versées à titre de secours alimentaire» et «ce qui revient à la masse, c'est ce qui excède ce qui est nécessaire pour couvrir les frais professionnels et les besoins de la vie courante»); Liège, 25 novembre 1993, *J.L.M.B.*, 1994, p. 857 (pour reconnaître au failli le droit de participer à la constitution d'une société, la cour d'appel se fonde sur le principe de la liberté des activités dans tous les domaines ainsi que sur le droit naturel de subvenir à son existence et à celle des siens).

³² Cass., 3 mars 1855, *Pas.*, 1855, I, p. 172, concl. Proc. gén. LECLERCQ; Cass., 26 octobre 1987, *Pas.*, 1988, I, p. 227.

³³ J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, t. IV, Bruxelles, Bruylant, 1965, p. 259; M. LEMAL, *Les effets de la faillite sur les personnes*, Waterloo, Kluwer, 2012, p. 20.

³⁴ Notons que l'activité ne pouvait toutefois s'exercer qu'au moyen de fonds étrangers à la faillite (P. ROBINO, «L'exercice d'un nouveau commerce par le failli», *Rev. trim. dr. com.*, 1951, p. 680. L'auteur précise que «le plus souvent, le failli pourra entreprendre cette exploitation à l'aide de fonds donnés ou prêtés par des parents ou des amis»).

³⁵ Cass., 3 mars 1855, *Pas.*, 1855, I, p. 172, concl. Proc. gén. LECLERCQ: «Les jugements déclaratifs de faillite n'enlèvent aux faillis que l'administration de leurs biens présents et de ceux qu'ils peuvent acquérir par les moyens appartenant au droit civil proprement dit, mais ne les privent pas de la faculté de se livrer pendant la faillite à de nouvelles affaires ou à l'exercice d'une industrie et d'acquérir de cette manière d'autres biens pour pourvoir à leur existence et à celle de leur famille, et se procurer des ressources nouvelles pour se libérer envers leurs créanciers; Qu'il faut donc nécessairement reconnaître aux faillis le droit d'ester en justice pour le recouvrement de ce qui leur est dû de ce chef, et pour l'exécution des obligations contractées envers eux, sauf les mesures à prendre par les syndics s'ils le jugent convenable, pour conserver, dans l'intérêt de la masse créancière, les sommes et les biens que les faillis y auraient acquis de cette manière» (voy. sur cet arrêt: C. BASTJAENS, «L'exploitation d'un nouveau commerce par le failli avant la clôture de la faillite», in *Les créanciers et le droit de la faillite*, Séminaire organisé à Liège les 17 et 18 novembre 1982, Bruxelles, Bruylant, 1983, pp. 675-679); Cass., 26 octobre 1987, *Pas.*, 1988, I, p. 227.

masse qu'au failli. La masse pouvait, en effet, espérer que le failli puisse subvenir à ses propres besoins et revienne à meilleure fortune³⁶. Ce faisant, l'exercice de cette activité préservait le curateur contre le risque d'une demande de secours alimentaire³⁷. De plus, la partie saisissable des revenus qui proviennent de l'exercice d'une nouvelle activité tombait normalement dans la masse^{38 39}.

Les derniers obstacles à l'exercice d'une nouvelle activité par le failli sont supprimés. Grâce à la réforme, le failli peut désormais compter sur le produit de cette nouvelle activité.

Comme le relèvent, en effet, les travaux préparatoires du projet de loi, inspirés par le projet de directive du Parlement européen et du Conseil du 22 novembre 2016 précité⁴⁰, «[u]ne politique de seconde chance inefficace a pour conséquence que des entrepreneurs sont pris dans le piège de l'endettement, sont poussés à se tourner vers l'économie souterraine ou contraints de s'installer dans un autre pays pour avoir accès à des régimes plus accueillants»⁴¹.

11. Le régime transitoire. Les questions qui émergent de la pratique ont rapidement porté sur le régime transitoire instauré par le législateur, dès lors que les avancées en matière de dessaisissement ont créé une véritable rupture avec l'ancien régime. La différence de traitement qu'emporte le régime transitoire instauré par la réforme n'a pas manqué d'être dénoncée à la Cour constitutionnelle.

En l'occurrence, l'affaire ayant donné lieu à la formulation d'une question préjudicielle concernait un débiteur-personne physique qui avait été déclaré en faillite le 22 avril 2015 et excusé anticipativement le 20 décembre 2017 (soit avant l'entrée en vigueur du livre XX du C.D.E.).

Saisi d'une demande de clôture de la faillite pour insuffisance d'actifs, le tribunal de l'entreprise de Liège, division de Dinant, fut amené à statuer sur une saisie-arrêt pratiquée sur la rémunération du débiteur devenu salarié auprès de son employeur. La constitutionnalité du régime transitoire applicable au nouveau régime du dessaisissement fut mise en doute.

³⁶ L. FREDERICQ, *Traité de droit commercial*, t. VII : Faillites et banqueroutes. Sursis de paiement. Concordats judiciaires, Gand, Éditions Fechey, 1949, p. 191 ; A. CLOQUET, « Les concordats et la faillite », in *Les Nouvelles, Droit commercial*, t. IV, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 1985, p. 403.

³⁷ L. FREDERICQ, *Traité de droit commercial*, t. VII, *op. cit.*, p. 191.

³⁸ A. CLOQUET, « Les concordats et la faillite », *op. cit.*, p. 402. En pratique, ce principe n'était toutefois pas rigoureusement appliqué (voy. D. PASTEGER, « La déclaration anticipée d'excusabilité, un supplice de Tantale », *R.D.C.-T.B.H.*, 2015/6, p. 581).

³⁹ Le curateur n'est cependant pas tenu de solliciter le remboursement par le failli de la partie saisissable de sa rémunération s'il ressort de la situation du débiteur que ce dernier pourrait, en vertu de l'article 48 de la loi sur les faillites, obtenir un secours alimentaire au moins équivalent (A. CLOQUET, « Les concordats et la faillite », *op. cit.*, p. 402).

⁴⁰ <http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2016/FR/COM-2016-723-F1-FR-MAIN-PART-1.PDF>, p. 4.

⁴¹ *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2016-2017, n° 54-2407/006, p. 69.

Dans ce contexte, le tribunal posa à la Cour constitutionnelle la question préjudicielle suivante :

« La différence de traitement entre, d'une part, le failli, qui peut invoquer la disposition de l'article XX.110, § 3, du Code de droit économique tel qu'inséré par la loi du 11 août 2017 et [d'autre part,] le failli soumis à l'article 16 de la loi du 8 août 1997 sur les faillites constitue-t-elle une violation des articles 10 et 11 de la Constitution en ce que la loi du 11 août 2017 veut promouvoir la seconde chance qui encourage l'entrepreneuriat et permet un nouveau départ ? Les dispositions de la loi nouvelle, doivent-elles en conséquence trouver à s'appliquer pour toute faillite, qu'elle soit née avant ou après le 1^{er} mai 2018 ? »

La Haute juridiction y répondit par la négative dans un arrêt du 18 juin 2020⁴². Pour la Cour, la différence de traitement entre les faillis, en ce qui concerne les limites au dessaisissement de leurs biens, selon que la procédure de faillite était en cours au moment de la date d'entrée en vigueur de l'article XX.110, § 3, du C.D.E. ou que la faillite a été déclarée après cette date, découle de la combinaison des dispositions en cause avec les articles 70, alinéa 1^{er}, et 76, alinéa 1^{er}, de la loi du 11 août 2017. La Cour rappelle que lorsque deux régimes se succèdent dans le temps, ils peuvent coexister pendant une certaine période. Partant, « [l]orsque la procédure de faillite était en cours le 1^{er} mai 2018, elle reste régie, à titre transitoire, par la loi du 8 août 1997 sur les faillites, tandis que le nouveau régime prévu par le Code de droit économique en matière de faillites, inséré par la loi du 11 août 2017, ne s'applique qu'aux faillites qui ont été déclarées à partir du 1^{er} mai 2018 ».

La Cour souligne qu'il appartient, en principe, au législateur, lorsqu'il décide d'introduire une nouvelle réglementation, d'estimer s'il est nécessaire ou opportun d'assortir celle-ci de dispositions transitoires. Le principe d'égalité et de non-discrimination n'est violé que si le régime transitoire ou son absence entraîne une différence de traitement dénuée de justification raisonnable ou s'il est porté une atteinte excessive au principe de la confiance légitime. En l'espèce, la Cour considère que :

« [...] la circonstance que la procédure de faillite était en cours au moment de l'entrée en vigueur de la loi du 11 août 2017 ou que la faillite a été déclarée après cette date constitue un critère objectif qui permet de déterminer sans difficulté l'ensemble de la réglementation applicable à la faillite. Un tel critère est également pertinent au regard de la réforme ainsi opérée. Il ne serait en effet pas cohérent d'appliquer immédiatement aux faillites en cours, régies par la loi du 8 août 1997 sur les faillites, certains éléments du nouveau régime instauré par la loi du 11 août 2017.

Il n'est pas davantage porté une atteinte disproportionnée à la confiance légitime des faillis dont la procédure de faillite était en cours à la date d'entrée en vigueur des nouvelles dispositions prévues pour les faillites dans le Code de

⁴² C.C., 18 juin 2020, n° 88/2020, www.const-court.be.

droit économique, puisqu'ils sont toujours soumis aux dispositions de la loi du 8 août 1997 sur les faillites, sur la base de laquelle leur faillite a été déclarée. Une telle mesure permet au contraire de garantir la prévisibilité des dispositions applicables à l'ensemble des acteurs concernés par la faillite, dont les intérêts divergents doivent être mis en équilibre».

12. Faillite et dessaisissement: la notion de cause. L'insertion de la notion de « cause » a également suscité de nombreuses réactions. Le critère utilisé par le législateur à l'article XX.110 renvoie-t-il, en matière de créances par exemple, à la naissance ou à l'exigibilité de celles-ci ?

De prime abord, la notion de cause et les termes utilisés semblaient plutôt désigner les créances qui *naissaient* d'une cause postérieure à la faillite, par exemple d'une nouvelle activité ou d'une donation. Par contre, les créances qui trouvaient leur source dans une cause antérieure au jugement déclaratif de faillite, mais devenaient exigibles après celui-ci avaient, semblait-il, vocation à entrer dans la masse⁴³. Rien n'était toutefois moins sûr.

Vu l'incertitude créée par le libellé de l'article XX.110 du C.D.E., les cours et tribunaux furent rapidement saisis de la question de savoir ce que recouvrait l'expression « montants, sommes et paiements que le failli recueille à partir de la déclaration de la faillite en vertu d'une cause postérieure à la faillite ». La jurisprudence fut rapidement contrastée.

Le tribunal de l'entreprise de Gand, division de Gand, fut ainsi amené à trancher cette question dans un jugement du 14 mai 2019⁴⁴. L'affaire concernait un dirigeant de société qui, à la suite de la faillite de celle-ci, s'était fait immatriculer à la Banque-carrefour des entreprises comme indépendant et avait entamé de nouvelles activités. Il avait ensuite fait aveu de faillite en tant que personne physique à peine deux mois plus tard. À la suite de sa faillite personnelle, la question s'était posée de savoir si les revenus générés après le jugement de faillite, en exécution d'un contrat de travail conclu avant la faillite, étaient saisissables. Le curateur soutenait que, dès lors que cette rémunération avait trait à un contrat conclu avant le jugement déclaratif de faillite, celle-ci revenait à la masse en application de l'article XX.110, § 1^{er}, du C.D.E. Le débiteur soutenait, pour sa part, que ce n'était pas le contrat qui constituait la cause de la rémunération, mais les prestations accomplies en exécution dudit contrat, de sorte que la rémunération des prestations postérieures à la faillite échappait à la masse.

Le tribunal de l'entreprise de Gand fit droit à la thèse défendue par le débiteur, en considérant que :

« Il résulte clairement de la volonté du législateur que les revenus qui sont générés après la faillite ne font pas partie de la masse. La référence à *la notion de*

⁴³ N. OUCHINSKY, « Les innovations du livre XX du Code de droit économique en matière de faillite – Questions choisies », in *Le droit de l'insolvabilité: analyse panoramique de la réforme*, Limal, Anthemis, 2018, p. 544, n° 26.

⁴⁴ Trib. entr. Gand, division de Gand, 14 mai 2019, *R.D.C.-T.B.H.*, 2020, p. 795, note I. VAN DE PLAS.

cause doit, dans ce contexte, être lue comme la contrepartie, à savoir le travail effectif réalisé après la faillite, dans le cadre du contrat de travail. Juger autrement serait contraire à l'intention claire du législateur.

La cause de l'obtention des biens, des montants, sommes et paiements ne coïncide pas avec la naissance de la relation juridique. [...]

La référence du curateur à la notion de « cause » en droit des obligations n'est pas non plus convaincante. Dans ce cas, la notion de cause a une fonction dans la conclusion de la convention, et non pas dans la naissance du droit concret aux biens, montants, sommes et prestations dus en exécution dudit contrat.

La cause de la créance naît après la faillite si le fait juridique, l'acte juridique (contrat ou acte unilatéral) ou la situation qui sert directement de fondement à la créance est situé après la faillite.

Ce sont les prestations accomplies après la faillite qui servent de fondement direct à la créance concernée^{45 46}.

Le tribunal estima, dès lors, que ce sont les prestations effectuées après la faillite qui constituent la cause de la créance de rémunération, et non le contrat en exécution duquel les prestations ont été accomplies. Cette thèse fut confirmée en appel⁴⁷.

Le tribunal de l'entreprise de Liège, division de Namur, saisi d'un litige relatif à un expert qui avait poursuivi les missions d'expertise pour lesquelles il avait été désigné avant faillite, prit le contre-pied de la jurisprudence gantoise, dans un jugement du 23 mars 2021⁴⁸, en considérant « qu'en matière contractuelle, c'est le contrat qui est la cause du paiement effectué par l'un des cocontractants, quelle que soit la date de la prestation ayant donné lieu au paiement. En d'autres termes, si un contrat est conclu par le failli avant la faillite, tout ce qui est payé par le cocontractant du failli en vertu de ce contrat doit l'être au curateur, même pour

⁴⁵ Traduction libre de: « Het is duidelijk de wil van de wetgever dat de inkomsten die gegenereerd worden na de faling buiten de faillissementsboedel vallen. De verwijzing naar het begrip oorzaak moet in dit kader dan ook gelezen worden als de tegenprestatie, namelijk de concrete geleverde arbeid na faling, in het kader van de arbeidsovereenkomst. Er anders over oordelen zou indruisen tegen de duidelijke wil van de wetgever. De oorzaak van het verkrijgen van de goederen, de bedragen, sommen en uitkeringen valt niet samen met het ontstaan van de rechtsverhouding. [...] Ook de verwijzing van de curator naar het begrip "oorzaak" in het verbintenissenrecht kan niet overtuigen. Daar heeft het begrip oorzaak een functie in het tot stand komen van de overeenkomst, niet in het ontstaan van het concrete recht op de goederen, de bedragen, sommen en uitkeringen in uitvoering van de overeenkomst. De oorzaak van de vordering ontstaat na de faling als het rechtsfeit, de rechtshandeling (overeenkomst of eenzijdige handeling) of de toestand die rechtstreeks aan de vordering ten grondslag ligt, zich na de faling situeert. Het is de geleverde arbeid na de faling die rechtstreeks aan de vordering tot betrokken loon ten grondslag ligt ».

⁴⁶ Nous mettons en italique.

⁴⁷ On notera qu'un pourvoi a été introduit à l'encontre de cet arrêt. Il a donné lieu à l'arrêt de la Cour de cassation du 31 mars 2022 développé *infra*.

⁴⁸ Trib. entr. Liège, division de Namur, 23 mars 2021, *J.L.M.B.*, 2021, p. 1602.

les prestations postérieures à la faillite (sauf bien entendu si un accord est intervenu entre le curateur et le failli à propos d'une autre répartition des fonds)⁴⁹.

Le tribunal, poursuivant le raisonnement à propos de missions d'expertise confiées par une juridiction au failli, estima que : « C'est le jugement ordonnant la mesure d'expertise qui est la cause du paiement effectué à l'expert. Si le jugement est antérieur à la faillite et que l'expertise s'est poursuivie malgré la faillite, les frais et honoraires de l'expert doivent donc être payés au curateur ».

Prenant appui sur la *ratio legis* de la loi, il est précisé par le tribunal que « le législateur a entendu promouvoir le “fresh start” du failli, à savoir la possibilité pour ce dernier de recommencer une nouvelle activité professionnelle dès le lendemain de la faillite et de percevoir le fruit de cette activité (le travail effectué pouvant être le même qu'auparavant : à titre d'exemple, un restaurateur pourra ouvrir un nouveau restaurant). Il n'est, en revanche, pas admissible que le failli poursuive les contrats en cours. En effet, les contrats qui ont été conclus par le failli avant la faillite font partie de l'actif de la faillite, actif qui est géré par le curateur. Le curateur peut donc décider de poursuivre ces contrats ou de les céder, par exemple dans le cadre de la cession du fonds de commerce de l'entreprise (évidemment avec l'accord du cocontractant). Le failli, quant à lui, ne peut décider d'exécuter un contrat antérieur à la faillite sans l'accord du curateur et a fortiori percevoir les montants payés en vertu de ce contrat. S'il le faisait malgré tout, son comportement pourrait être considéré comme un détournement d'actifs au sens de l'article 489ter du Code pénal »⁵⁰.

Il est encore ajouté que : « Cette interprétation de la loi est aussi la plus conforme à l'intérêt des contreparties du failli (qu'il s'agisse de ses cocontractants ou, dans le cadre de missions judiciaires, de la juridiction qui l'a désigné). En effet, il n'y a aucune raison de leur imposer de travailler avec une personne insolvable, placée sous tutelle judiciaire (évidemment sans préjudice de l'article XX.139 du C.D.E.). Le fait de poursuivre une relation professionnelle avec le failli doit résulter d'un choix délibéré, fait en toute connaissance de cause ».

La Cour de cassation fut rapidement saisie de la question de l'interprétation de la notion de cause. À la suite du pourvoi formé à l'encontre de l'arrêt de la cour d'appel de Gand qui avait décidé que le salaire pour le travail effectué après la date de la faillite ne revenait pas à la masse, et ce peu importe que ce travail ait été effectué dans le cadre d'un contrat de travail conclu avant comme après la faillite, la Cour refuse de censurer l'arrêt attaqué.

Par un arrêt du 31 mars 2022⁵¹, elle rejette le pourvoi aux motifs que « [l']objectif de la politique de la seconde chance est d'encourager les personnes physiques en faillite⁵² à participer à nouveau à la vie économique, de sorte que

⁴⁹ Nous mettons en italique.

⁵⁰ Nous mettons en italique.

⁵¹ Cass., 31 mars 2022, R.G. n° C.21.0160.N, www.juportal.be.

⁵² La cour d'appel de Gand avait confirmé la décision précitée du tribunal de l'entreprise de Gand, division de Gand, du 14 mai 2019.

le produit du travail effectué après l'ouverture de la faillite devrait rester en dehors de la masse.

Le droit à la rémunération découle de l'exécution d'un travail dans le cadre d'un contrat de travail. La cause des salaires perçus par le failli est le travail effectué par celui-ci.

Il s'ensuit que les salaires perçus par le failli pour un travail effectué par celui-ci après la faillite sont exclus de l'actif de la faillite, même si le contrat de travail a été conclu avant la faillite⁵³.

Au vu des raisons invoquées à l'appui de cette décision et des particularités du contrat de travail, il n'est cependant pas exclu que les autres contrats puissent connaître un sort différent.

13. Dessaisissement : cessation d'activité vs perte du droit d'accès.

La limitation du dessaisissement participe de la volonté du législateur de permettre aux faillis d'exercer une nouvelle activité, laquelle sera souvent identique. Soucieuse de ces préoccupations, la Cour de cassation, dans son arrêt du 18 septembre 2020⁵⁴, annule le règlement de l'O.V.B. qui prévoit que les avocats admis à la faillite sont automatiquement omis de la liste des stagiaires ou du tableau des avocats.

Même s'ils ont la possibilité de demander à être réinscrits sur la liste ou le tableau, la Cour estime que « la faillite d'une profession libérale ne peut entraîner que la cessation de l'activité exercée, mais pas la perte du droit d'accès à l'activité professionnelle, ni l'empêchement ou l'obstruction d'une nouvelle activité même identique »⁵⁵. Une telle disposition se heurte au *fresh start* promu par la directive relative aux cadres de restructuration préventive⁵⁶ et le droit belge.

⁵³ Traduction de : « Uit de wetgeschiedenis blijkt de doelstelling van het tweede-kansen-beleid dat de gefailleerde natuurlijke personen moet aanmoedigen om opnieuw aan het economische leven deel te nemen, zodat de opbrengsten van arbeidsprestaties geleverd na de opening van het faillissement buiten de boedel dienen te blijven.

Het recht op loon ontstaat door het verrichten van arbeid op grond van een arbeidsovereenkomst.

De oorzaak van het door de gefailleerde ontvangen loon is bijgevolg de door hem verrichte arbeid.

Hieruit volgt dat het loon dat de gefailleerde ontvangt voor arbeidsprestaties die door hem worden geleverd na het faillissement, uit het actief van het faillissement wordt uitgesloten, ook al werd de arbeidsovereenkomst gesloten vóór het faillissement.

Het middel dat aanvoert dat “in zoverre [...] de arbeidsovereenkomst werd gesloten vóór de faillissementsdatum, er wat betreft de inkomsten uit de arbeidsprestaties geleverd na de faillissementsdatum geen sprake [kan] zijn van een uitsluiting uit het actief van het faillissement in de zin van artikel XX.110, § 3, tweede lid, WER”, berust op een onjuiste rechtsopvatting en faalt bijgevolg naar recht ».

⁵⁴ Cass., 18 septembre 2020, R.D.C.-T.B.H., 2020/8, p. 1076, avec note I. VAN DE PLAS.

⁵⁵ Traduction libre de : « Bijgevolg kan het faillissement van een beoefenaar van een vrij beroep enkel leiden tot de stopzetting van de op datum van de faillietverklaring uitgeoefende activiteit, maar niet tot het verlies van rechtswege van het recht op toegang tot de bewuste beroepsactiviteit en het verhinderen of bemoeilijken, van een nieuwe, zelfs identieke, activiteit ».

⁵⁶ Directive (UE) 2019/1023 du Parlement européen et du Conseil du 20 juin 2019 relative aux cadres de restructuration préventive, à la remise de dettes et aux déchéances, et aux mesures à prendre pour augmenter l'efficacité des procédures en matière de restructuration, d'insolvabilité et de remise de dettes,

Le règlement de l'O.V.B. n'est, selon la Cour, « pas conforme aux principes et aux objectifs de la loi. L'omission d'office, en raison d'une simple faillite, est manifestement déraisonnable »⁵⁷.

14. Faillite et dessaisissement: les actions en inopposabilité. Le failli étant dessaisi, la gestion et l'administration de la masse sont confiées au curateur. Ce dernier bénéficie, dans une certaine mesure, d'un monopole⁵⁸. Il dispose non seulement du bénéfice des actions en inopposabilité de droit commun, mais également de celles propres à la faillite⁵⁹.

Par un arrêt du 19 novembre 2020⁶⁰, la Cour de cassation confirme l'enseignement selon lequel le curateur est seul recevable à poursuivre l'inopposabilité à la masse d'un acte passé par le failli après le jugement déclaratif. Le curateur dispose à cet égard d'un monopole.

Conformément à l'article 16 de la L.F, tous paiements, opérations et actes faits par le failli, et tous paiements faits au failli depuis le jour du jugement déclaratif de faillite sont inopposables à la masse. Comme le précise la Cour, « [c]es inopposabilités ne peuvent être invoquées que par le curateur au profit de la masse. Dans la mesure où il est recevable, le moyen, qui revient à soutenir que la demanderesse peut invoquer l'inopposabilité des paiements faits par la défenderesse après le concours né de la faillite de son débiteur, manque en droit ».

La règle demeure applicable sous l'empire du livre XX du C.D.E. Elle doit cependant être tempérée dès lors que le failli peut, avec la réforme, disposer des droits et biens qui échappent, en vertu de l'article XX.110 du C.D.E., au dessaisissement.

et modifiant la directive (UE) 2017/1132 (directive sur la restructuration et l'insolvabilité), *J.O.U.E.*, n° L 172 du 26 juin 2019.

⁵⁷ Traduction libre de: « Uit het vorenstaande volgt dat het bestreden reglement niet spoort met de krachtlijnen en oogmerken van de insolventiewetgeving zodat artikel 3 van het bestreden reglement door de ambtshalve weglating op te leggen als gevolg van het loutere faillissement, kennelijk onredelijk is ».

⁵⁸ Fl. GEORGE, *Le droit des contrats à l'épreuve de la faillite – Essor ou déclin du principe de l'égalité des créanciers*, op. cit., pp. 347 et s. Voy. aussi Fl. GEORGE, « Le statut du curateur: un oublié de la réforme? », in R. Jaffarali et al. (dir.), *Entre tradition et pragmatisme*, Bruxelles, Larcier, 2021, pp. 1201-1225.

⁵⁹ Voy. pour un arrêt récent sur l'action paulienne propre à la faillite prévue à l'article 20 de la L.F, Cass., 4 septembre 2020, R.G. n° C.20.0053.N, www.juportal.be.

⁶⁰ Cass., 19 novembre 2020, *J.L.M.B.*, 2021, p. 332, note Cl. PARMENTIER.

Section 4

L'obligation de déclarer sa créance et les effets d'une admission

15. Principes. L'article XX.155, § 1^{er}, du C.D.E. dispose que: « Afin d'entrer en ligne de compte pour une distribution ou pouvoir bénéficier d'un quelconque droit de préférence, les créanciers de l'insolvabilité doivent déclarer leurs créances dans le registre au plus tard le jour prévu par le jugement déclaratif de faillite ». Ce principe a soulevé plusieurs interrogations. Ainsi, l'obligation de déclarer sa créance est-elle applicable à toutes les catégories de créanciers (créanciers dans la masse, de la masse et hors masse)? L'obligation ne vise-t-elle que l'hypothèse d'une répartition au sens strict? La Cour de cassation nous offre quelques pistes de solution au travers du cas du rétenteur et du créancier hypothécaire premier inscrit.

16. Le rétenteur. La nature juridique du droit de rétention n'a pas échappé aux controverses⁶¹. Droit personnel⁶², droit réel⁶³, droit personnel qui produit des effets similaires à ceux des droits réels ou encore droit « avec effet réel »⁶⁴, sûreté réelle⁶⁵, droit *sui generis*⁶⁶, simple moyen de pression⁶⁷, modalité d'une obligation de délivrance⁶⁸... Plusieurs thèses ont émergé en droit belge et en droit français.

⁶¹ Voy. sur cette controverse, E. BRUNET, J. SERVAIS et Ch. RESTEAU (dir.), *v° Rétention*, *R.P.D.B.*, t. XI, Bruxelles, Bruylant, 1951, p. 505; J. VAN COMPENOLLE, « Les sûretés en droit belge », in A. Bruyneel et A.-M. Stranart (dir.), *Les sûretés. Colloque de Bruxelles des 20 et 21 octobre 1983*, Paris, Feduci, 1984, p. 64; A.-M. STRANART, « Chronique de jurisprudence – les sûretés réelles – la publicité foncière », *Rev. banque*, 1975, p. 202; E. DIRIX, « Retentierecht », in *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Malines, Kluwer, 2012, p. 8.

⁶² Fr. LAURENT, *Principes de droit civil*, t. XXIX, Bruxelles, Bruylant, 1878, pp. 327 et s., n° 292; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. VI: Les biens (Deuxième partie). Les sûretés (Première partie), Bruxelles, Bruylant, 1953, p. 783. Voy. également, Comm. Bruxelles, 23 novembre 1925, *J.C.B.*, 1925, p. 363 (absence de droit réel et de privilège); Comm. Anvers, 4 mai 1934, *R.W.*, 1934-1935, p. 1040 (absence de droit réel, mais opposabilité aux tiers).

⁶³ C. DUMOULIN, *sur Cout. de Paris*, titre XI, art. 138, n°s 16 et 17, cité par G. BAUDRY-LACANTINERIE et P. DE LOYNES, *Traité théorique et pratique de droit civil. Du nantissement, des privilèges & hypothèques et de l'expropriation forcée*, t. I, Paris, Librairie de la société du recueil G^{al} des lois et des arrêts, 1899, p. 210.

⁶⁴ E. DIRIX, « De tegenwerpelijkheden van het retentierecht », note sous Cass., 16 juin 1995, *R.D.C.-T.B.H.*, 1996, p. 219, n° 4; R. JANSSEN et V. SAGAERT, « Overzicht van rechtspraak. Zakelijke zekerheden (2004-2010) », *T.P.R.*, 2012, p. 1282.

⁶⁵ Anvers, 21 septembre 1934, *R.W.*, 1934-1935, p. 671: « Het retentierecht het karakter heeft van een zakelijke zekerheid ». Voy. également, Comm. Anvers, 27 mai 1964, *R.W.*, 1965-1966, p. 638.

⁶⁶ Comm. Namur, 12 décembre 1946, *J.L.*, 1946-1947, p. 180.

⁶⁷ J. BERTEN, « Le droit de rétention et ses effets à l'égard des tiers », *J.T.*, 1956, p. 113. Voy. Comm. Courtrai, 18 octobre 1952, *R.W.*, 1954-1955, col. 1114. Cons. également, J. VAN COMPENOLLE, « Les sûretés en droit belge », in A. Bruyneel et A.-M. Stranart (dir.), *Les sûretés. Colloque de Bruxelles des 20 et 21 octobre 1983*, Paris, Feduci, 1984, p. 72; Fr. T'KINT, *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, 4^e éd., Bruxelles, Larcier, 2004, p. 98.

⁶⁸ N. CATALA-FRANJOU, « De la nature juridique du droit de rétention », *Rev. trim. dr. civ.*, 1967, pp. 33 et s.

La réforme des sûretés réelles mobilières⁶⁹⁻⁷⁰, sans pour autant régler toutes les discussions relatives au droit de rétention⁷¹, a finalement érigé ce dernier au rang de sûreté réelle⁷². Les règles relatives au droit de rétention sont insérées dans les articles 73 à 76 du livre III, titre XVII, chapitre 3, de l'ancien Code civil. Le droit de rétention est défini comme le droit conféré au créancier de « suspendre la restitution d'un bien qui lui a été remis par son débiteur ou qui est destiné à son débiteur tant que sa créance relative à ce bien n'est pas exécutée »⁷³.

Restait encore à trancher la question de savoir si le rétenteur était tenu, conformément à l'article 62⁷⁴ de la L.F., de déposer dans le registre sa déclaration de créance.

⁶⁹ 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, 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.-T.B.H.*, 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; 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; M. GRÉGOIRE, « La modification du Code civil en ce qui concerne les sûretés réelles mobilières », in Fr. Georges (dir.), *Insolvabilité et garanties*, coll. CUP, vol. 153, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 9-32.

⁷⁰ L'entrée en vigueur de la loi a toutefois été postposée au 1^{er} janvier 2017 et, par la suite, au 1^{er} janvier 2018 (loi du 26 novembre 2014 modifiant la date d'entrée en vigueur 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.*, 1^{er} décembre 2014; loi du 25 décembre 2016 modifiant diverses dispositions relatives aux sûretés réelles mobilières, *M.B.*, 30 décembre 2016). 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.

⁷¹ Il n'était, en effet, pas dans l'intention du législateur de modifier en profondeur le droit des obligations (I. VEROUGSTRAETE, « Retentierecht », in J. Baeck et M. Kruithof (éd.), *Het nieuwe zekerheidsrecht*, Anvers, Intersentia, 2014, p. 167).

⁷² W. DERIJCKE, « La réforme des sûretés réelles mobilières », *op. cit.*, p. 719.

⁷³ Art. 73 du livre III, titre XVII, chapitre 3 de l'ancien Code civil.

⁷⁴ « Pour participer à une répartition ou pour exercer personnellement un droit de préférence quelconque, les créanciers sont tenus de déposer dans le registre la déclaration de leurs créances avec leurs titres, au plus tard le jour indiqué par le jugement déclaratif de faillite. Le registre délivre un récépissé. À cette fin, les créanciers sont avertis par la publication au *Moniteur belge* et par une circulaire que les curateurs leur adressent aussitôt que ces créanciers sont connus. Cette circulaire indique les lieu, jour et heure fixés pour (le dépôt du premier procès-verbal de vérification) des créances.

L'obligation de dépôt de pièces dans le registre ne s'applique pas, à moins qu'elles ne soient représentées par un tiers qui fournit l'assistance judiciaire à titre professionnel :

1° aux personnes physiques ;

2° aux personnes morales qui sont établies à l'étranger.

La partie qui n'est pas obligée de déposer et qui ne procède pas au dépôt par voie électronique, doit déposer les pièces visées à l'alinéa 1^{er} par envoi recommandé ou contre récépissé à l'adresse du bureau du curateur telle que mentionnée dans le jugement.

Le curateur délivre un récépissé, convertit sous format électronique les pièces reçues, les déclare conformes, et les charge dans le registre.

La Cour de cassation, dans son arrêt du 16 janvier 2020,⁷⁵ y répond, de manière surprenante, par la négative. Elle décide que : « Le droit de rétention confère au créancier le droit de suspendre la restitution d'un bien qui lui a été remis par son débiteur ou qui lui est destiné, tant que la créance relative à ce bien n'a pas été acquittée.

Le droit de rétention est opposable à d'autres créanciers du débiteur et plus particulièrement aux créanciers en concours après la faillite du débiteur. L'exercice du droit de rétention après la faillite n'est pas subordonné à la déclaration de la créance dans le cadre de cette faillite.

Lorsqu'il agit au nom de la masse, le curateur exerce les droits communs des créanciers. Ainsi, lorsque le curateur et le créancier conviennent de vendre le bien grevé du droit de rétention, le créancier peut exercer ses droits sur le prix conformément aux accords passés avec le curateur ».

La Cour suit l'avis de l'avocat général⁷⁶ qui considère que le droit de rétention étant opposable au curateur, le rétenteur n'est pas contraint de déposer une déclaration de créance s'il ne sollicite pas à proprement parler une « distribution » des actifs au sens de l'article 62 L.F. Les circonstances de l'affaire sont, en réalité, très spécifiques. En l'espèce, un accord était intervenu entre le curateur et le rétenteur pour vendre les marchandises qui faisaient l'objet du droit de rétention et transférer le produit de la vente relatif aux factures non contestées au rétenteur ainsi que de déposer sur un compte bloqué le surplus dans l'attente de la résolution du litige.

À notre estime, cet arrêt ne peut être interprété, tant sous l'empire de la L.F. que du C.D.E., comme dispensant le rétenteur de toute obligation de déclarer sa créance. Qu'il soit créancier chirographaire (L.F.)⁷⁷ ou créancier titulaire d'une cause légitime de préférence (C.D.E.), le rétenteur est contraint de déposer une déclaration de créance à la faillite. L'actif sur lequel il fait valoir son droit de rétention (en tant qu'assiette de sa sûreté sous l'empire du C.D.E.) fait en effet partie de l'actif de la faillite qu'il convient de distribuer.

17. Les créanciers hypothécaires et privilégiés inscrits. La lecture de l'arrêt du 12 mars 2020⁷⁸ ne manque également pas d'étonner. À nouveau, c'est l'article 62 de la L.F. qui est au cœur des discussions.

Après avoir rappelé que l'obligation de déclarer sa créance contenue à l'article 62 est générale et s'applique également aux créanciers hypothécaires et

Le Roi peut déterminer la forme dans laquelle la déclaration doit être faite ».

⁷⁵ Cass., 16 janvier 2020, R.G. n° C.19.0298.N, www.juportal.be.

⁷⁶ <https://juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2020:CONC.20200116.7/NL?HiLi=eNpLTKwqq4FAAZPAf4=>.

⁷⁷ On rappellera que, sous l'empire de la loi sur les faillites, avant la réforme des sûretés réelles mobilières, le rétenteur était un créancier chirographaire.

⁷⁸ Cass., 12 mars 2020, R.G. n° C.19.0437.N, www.juportal.be.

privilegiés, la Cour énonce la règle de l'article 1326 du Code judiciaire⁷⁹ qui prévoit que la vente par le curateur des biens immobiliers du failli emporte « de plein droit délégation du prix au profit des créanciers hypothécaires ou privilégiés inscrits et mainlevée des inscriptions prises ».

Articulant les deux dispositions, la Cour décide que « les créanciers hypothécaires et privilégiés ne peuvent être exclus de la distribution ou de l'ordre du produit de la vente des biens immobiliers grevés au motif qu'ils n'ont pas déclaré leur créance dans le délai prescrit ». Elle rejette dès lors le pourvoi.

La lecture des conclusions de l'avocat général⁸⁰ permet, en réalité, de mieux comprendre les raisons qui sous-tendent cette décision.

L'avocat général avait également conclu au rejet estimant que « la question de savoir si le premier créancier hypothécaire inscrit a produit une créance n'est pertinente que dans le cas où sa créance n'est pas entièrement réglée avec le produit du bien hypothéqué, auquel cas la partie non payée reste une créance dans la masse ».

Selon l'avocat général, « les articles 62, 63 et 70 de la loi sur les faillites ne s'appliquent pas au premier créancier hypothécaire inscrit qui, après le dépôt du premier rapport de vérification des créances, peut faire vendre les biens hypothéqués conformément aux articles 1560 à 1626 du Code judiciaire ».

Le créancier hypothécaire premier inscrit étant qualifié de « séparatiste » (aussi dénommé en doctrine « créancier privilégié spécial » ou « créancier hors masse »)⁸¹, ses possibilités d'exécution ne sont pas substantiellement affectées par la faillite. Son droit survit à la faillite et il n'a dès lors pas en principe à se soucier de l'administration de la masse.

⁷⁹ « § 1^{er}. Les ventes publiques d'immeubles autorisées conformément aux articles 1186, 1189, 1190, 1580 et 1675/14bis ainsi que les ventes publiques autorisées conformément à l'article XX.88 du Code de droit économique emportent de plein droit délégation du prix au profit des créanciers hypothécaires ou privilégiés inscrits ainsi qu'au profit des créanciers ayant fait transcrire un commandement ou un exploit de saisie qui ont été appelés à l'adjudication au moins huit jours avant l'émission de la première enchère. Les ventes de gré à gré d'immeubles autorisées conformément aux articles 1193bis, 1193ter, 1580bis, 1580ter et 1675/14bis ainsi que les ventes de gré à gré autorisées conformément à l'article XX.88 du Code de droit économique, emportent délégation de plein droit du prix au profit des créanciers hypothécaires ou privilégiés inscrits ainsi qu'au profit des créanciers ayant fait transcrire un commandement ou un exploit de saisie, qui ont été appelés à la procédure d'autorisation par pli judiciaire notifiée au moins huit jours avant l'audience.

§ 2. Les ventes, publiques ou de gré à gré, d'immeubles indivis autorisées ou ordonnées conformément aux articles 1187, 1189bis, 1193bis, 1209, 1214, 1224 et 1675/14bis ainsi que conformément aux articles XX.88 et XX.193 du Code de droit économique emportent de plein droit délégation du prix au profit de tous les créanciers hypothécaires ou privilégiés inscrits ainsi qu'au profit de tous les créanciers ayant fait transcrire un commandement ou un exploit de saisie, qui ont été appelés à la procédure d'autorisation par pli judiciaire notifié au moins huit jours à l'avance.

§ 3. Le titre de l'acquéreur se compose de l'acte sans qu'il soit besoin d'y annexer et de transcrire l'ordonnance ou le jugement d'autorisation ».

⁸⁰ <https://juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2020:CONC.20200312.4/NL?HiLi=eNpLtDKwq4FAAZPAf4=>.

⁸¹ Ces appellations ne sont pas exemptes de critiques.

Dès lors, selon l'avocat général, ce n'est que si la valeur de sa créance garantie dépasse le produit de vente de l'assiette de sa sûreté que le créancier hypothécaire premier inscrit est soumis à la faillite et trouve un intérêt à déclarer sa créance.

18. Les effets d'une admission de créance. Par son arrêt du 18 juin 2020⁸², la Cour de cassation a par ailleurs eu l'occasion de rappeler les effets d'une admission de créance en ces termes : « L'admission d'une créance au passif de la faillite, sans réserve ni contredit formulés dans le délai prescrit, constitue, en principe, un acte juridique irrévocable faisant obstacle à ce que la créance admise puisse encore être contestée. Une contestation demeure possible, lorsque l'admission résulte du dol ou de la fraude du déposant ou a été faite sur la base d'actes viciés par le dol ou par la fraude, lorsque des règles d'ordre public ont été méconnues ou encore lorsque la force majeure a empêché la manifestation de la vérité ».

La Cour entérine la décision des juges d'appel qui avaient estimé que « tous les éléments utiles à l'appréciation du fondement de la déclaration étaient connus au moment de l'admission de la créance », tandis que les contredits avaient été formulés en dehors des délais prescrits. La supposition de l'existence d'un dol au départ du constat de la simple nullité de la convention de crédit n'est pas davantage retenue.

Section 5

La gestion et l'administration de la faillite : la poursuite des contrats en cours

19. Mise en contexte. La poursuite des contrats en cours et l'examen des exceptions que ce principe connaît ont déjà fait couler beaucoup d'encre⁸³.

⁸² Cass., 18 janvier 2020, R.G. n° C.19.0322.N, www.juportal.be.

⁸³ Voy. sur l'article 46 de la L.F., Cass., 24 juin 2004, *Pas.*, 2004, p. 1130, *R.W.*, 2005-2006, p. 53, note W. VAN LEMBERGEN et note St. BRIJS, *R.D.C.-T.B.H.*, 2005/3, p. 241, note A. ZENNER et C. ALTER et note C. VAN BUGGENHOUT et I. VAN DE MIEROP; Cass., 10 avril 2008, *J.L.M.B.*, 2008, p. 1588, *T. Not.*, 2009, p. 201, note F. BOUCKAERT; Cass., 3 décembre 2015, *R.D.C.-T.B.H.*, 2016/9, p. 846, note J. MALEK-ZADEM, *N.j.W.*, 2016, p. 578, note V. SAGAERT, *R.W.*, 2016-2017, p. 1133, *T.B.O.*, 2016, p. 317; 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. Voy. aussi A. ZENNER et C. ALTER, « Faillites et contrats en cours : faculté de ne pas poursuivre l'exécution ou droit de résiliation dans le chef du curateur », *R.D.C.-T.B.H.*, 2005/3, p. 246; Th. HÜRNER, « La poursuite des contrats en cours en cas de faillite », *J.T.*, 2008, p. 343; A. MEULDER, « La continuité des contrats en cas de procédures collectives d'insolvabilité ou de liquidation : régime unique ou multiple ? L'arrêt du 10 avril 2008 : charge finale, nouvelle escarmouche ou baroud d'honneur ? », *R.D.C.-T.B.H.*, 2008/10, p. 865; A. ZENNER et C. ALTER, « Évolutions récentes en droit de l'insolvabilité », in *Sûretés et procédures collectives*, coll. CUP, vol. 100, Liège, Anthemis, 2008, pp. 158-159; Th. 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, pp. 214-215; Th. BOSLY et M. ALHADEF, « Développements récents en matière de faillite », in N. Thirion (dir.), *Réorganisation judiciaire, faillite, liquidation déficitaire. Actualités et pratique*, coll. CUP, vol. 120, Liège, Anthemis, 2010, p. 247.

Bien qu'il traite de l'article 46 de la loi sur les faillites⁸⁴, désormais remplacé par l'article XX.139 du C.D.E., l'arrêt de la Cour de cassation du 2 septembre 2020⁸⁵ revêt un certain intérêt.

Les faits à l'origine du litige peuvent être résumés comme suit⁸⁶. Le 27 mars 2012, un contrat de bail commercial est conclu entre la société H., demanderesse en cassation, en qualité de bailleur, et la société W., en qualité de locataire.

Le contrat est conclu pour une durée de 10 ans à savoir jusqu'au 31 mars 2022 tandis que le loyer mensuel s'élève à 19.168,87 euros.

Le 11 octobre 2016, le tribunal de l'entreprise d'Anvers, division de Tongres, déclare la faillite de la société W.

Par lettre recommandée du 17 octobre 2016, les curateurs indiquent au bailleur qu'ils ne souhaitent pas poursuivre l'exécution du contrat, en application de l'article 46 de la L.F.

Le bailleur dépose une déclaration de créance à la faillite et réclame le paiement de dommages et intérêts à concurrence de 1.254.042,24 euros. Le montant correspond aux loyers à échoir jusqu'au terme du contrat.

Cette déclaration de créance est contestée par les curateurs.

L'affaire se retrouve devant le juge de paix de Bree et, en degré d'appel, le tribunal de première instance du Limbourg, division de Tongres. Ce dernier considère que le droit d'option du créancier prévu à l'article 1184 du Code civil est limité en cas de faillite, la loi du 8 août 1997 constituant une *lex specialis*. Celui-ci n'a plus la possibilité de réclamer l'exécution en nature du contrat, et ne dispose plus que de la possibilité de le résoudre vu le manquement du cocontractant, sans toutefois que le contrat ne puisse être considéré comme dissous de plein droit par la faillite.

Le tribunal de première instance estime par conséquent que les curateurs ont fait un usage normal de leur droit en vue de limiter les coûts liés à la poursuite des contrats en cours.

La dissolution opérant *ex tunc*, les parties doivent être remises dans la situation dans laquelle elles se seraient trouvées si elles n'avaient pas contracté. Le bailleur ne peut dès lors se fonder sur les droits et obligations des parties prévus contractuellement, mais doit se référer à l'indemnité de résolution.

Le tribunal affirme enfin qu'«une demande de dommages et intérêts ne peut en aucun cas être assimilée à une exécution par équivalent et ne peut dès lors s'élever aux montants des loyers à échoir»⁸⁷.

⁸⁴ Notons que la loi de 8 août 1997 trouve toujours application aux procédures de faillite en cours au 1^{er} mai 2018.

⁸⁵ Cass., 4 septembre 2020, R.G. n° C.20.0011.N, R.D.C.-T.B.H., 2020/8, p. 1051, note Fl. GEORGE.

⁸⁶ Voy. Fl. GEORGE, «L'article 46 de la loi sur les faillites et les sanctions contractuelles», note sous Cass., 4 septembre 2020, R.D.C.-T.B.H., 2020/8, pp. 1054-1068.

⁸⁷ Traduction libre.

C'est donc, pour le tribunal, à bon droit que le juge de paix a fixé le montant de la créance à 115.013,22 euros.

20. L'arrêt du 4 septembre 2020. La Cour de cassation rejette le pourvoi dirigé contre cette décision.

La Cour décide tout d'abord que le moyen, en sa seconde branche, ne peut être accueilli.

La Cour rappelle que «conformément à l'article 46, le curateur peut lorsque c'est nécessaire pour l'administration de la masse décider de ne pas poursuivre l'exécution du contrat conclu par le failli. La créance de dommage et intérêts due au cocontractant en raison de l'inexécution est comprise dans la masse». Cette disposition, poursuit la Cour, «offre au curateur la possibilité d'éviter que le passif n'augmente en raison de la poursuite de l'exécution des contrats. La décision du curateur de ne pas exécuter le contrat empêche le cocontractant de réclamer l'exécution du contrat en nature ou par équivalent lorsque cela augmenterait le passif».

Partant, le juge d'appel qui considère que «par application de l'article 46 de la loi sur la faillite "la défaillance du failli est constatée de plein droit", étant entendu que le cocontractant "conserve tous ses droits à l'égard du failli", à savoir que "le curateur ne peut jamais être obligé d'exécuter en nature" et que ses "droits [...] sont convertis en une demande de dommages-intérêts" qui est une dette dans la masse et, sur cette base, décide que le demandeur n'a droit qu'aux dommages-intérêts déterminés contractuellement, motive sa décision en droit».

La Cour s'intéresse ensuite à la première branche du moyen. Elle considère que celle-ci manque en fait dès lors que le juge d'appel a bien rejeté la demande introduite par le demandeur à titre subsidiaire. C'est en effet en vain, selon la Cour, que le requérant critique le fait que l'arrêt entrepris décide que le bailleur ne peut réclamer que les dommages fixés contractuellement pour rupture du contrat.

21. Les enseignements de l'arrêt du 4 septembre 2020. L'arrêt est en réalité susceptible de plusieurs interprétations⁸⁸.

Sur le plan des pouvoirs du curateur, l'arrêt du 2 septembre 2020 reconnaît, à notre estime, au curateur, à côté de son droit de résiliation, le droit de ne pas exécuter la convention. Cette possibilité supplémentaire répond davantage aux besoins de la pratique. Dans notre dissertation doctorale, nous affirmions d'ailleurs que «[d]ès lors qu'elle se fonderait sur le principe de l'égalité des créanciers, rien ne justifie, à notre estime, de mettre au ban cette possibilité, raison pour laquelle elle figure ici au rang des tempéraments à la poursuite des

⁸⁸ Voy. Fl. GEORGE, «L'article 46 de la loi sur les faillites et les sanctions contractuelles», *op. cit.*, pp. 1054-1068.

contrats en cours»⁸⁹. Cette solution est transposable à l'article XX.139 du Code de droit économique.

Sur le plan des sanctions contractuelles, l'attendu selon lequel « [l]a décision du curateur de ne pas exécuter le contrat empêche le cocontractant de réclamer l'exécution du contrat en nature ou par équivalent lorsque cela augmenterait le passif » demeure ambigu. Une première interprétation consiste à avancer que dès lors que le contrat a pris fin, le créancier du failli n'est plus en droit de solliciter la condamnation du failli à exécuter le contrat. Cette thèse offre l'avantage d'être parfaitement conforme au droit commun des sanctions contractuelles. Elle peut se justifier de deux manières. Soit, elle se fonde sur une assimilation – contestable – des concepts de « non-exécution » et de « résiliation » dont est marquée la jurisprudence de la Cour de cassation. Soit, elle s'appuie sur la décision du juge d'appel qui avait estimé le contrat, de manière assez curieuse, comme résolu.

Une deuxième interprétation consiste à voir dans l'arrêt du 2 septembre 2020 une nouvelle dérogation au droit commun des obligations. Comme nous l'avons démontré dans notre thèse de doctorat, le droit de la faillite comporte de nombreuses et flagrantes dérogations au droit commun généralement sous-tendues par le principe de l'égalité des créanciers. Le droit de la faillite dérogerait ainsi à l'article 1184 du Code civil. La dérogation ici pointée serait tributaire de la condition selon laquelle « l'exécution du contrat augmenterait le passif ». C'est semble-t-il la voie empruntée par la Cour au regard du pourvoi.

Une dernière interprétation reviendrait à davantage nuancer l'attendu de principe de la Cour et à se fonder sur la distinction entre condamnation *ad ipsam rem* et exécution forcée en nature des conventions.

À cet égard, l'on pourrait imaginer que la Cour ait entendu souligner que la condamnation en nature est impossible juridiquement vu l'état de faillite, soit qu'elle ait souhaité rappeler que la faillite fait échec à toute exécution forcée de la condamnation. Même si elle permet de bien concilier les articles 1142 et suivants du Code civil avec la procédure de faillite, une telle interprétation s'écarte très nettement de l'arrêt rendu par la Cour.

La privation dans le chef du créancier de son droit à l'exécution en nature ou par équivalent du contrat suscite de nouvelles interrogations. L'existence d'une nouvelle dérogation au droit commun mériterait d'être confirmée et précisée.

⁸⁹ Fl. GEORGE, *Le droit des contrats à l'épreuve de la faillite – Essor ou déclin du principe de l'égalité des créanciers*, op. cit., p. 598.

Section 6

L'effacement⁹⁰

22. Contexte. Ce que l'on appelait classiquement l'excusabilité du failli s'est mué, avec l'article XX.173 du C.D.E., en une mesure d'effacement des dettes du failli. Dès son adoption, cet article a fait grand bruit. Nous reviendrons tout d'abord sur la saga judiciaire née de l'introduction d'un délai nouveau procédural de trois mois (A) avant de nous attarder sur les effets de l'effacement tant à l'égard du failli que de son conjoint (B).

A. Le délai de trois mois de l'article XX.173 du C.D.E.

23. L'article XX.173 du C.D.E. Dans sa version définitive, l'article XX.173 du C.D.E. dispose :

« § 1^{er}. Si le failli est une personne physique, il sera libéré envers les créanciers du solde des dettes, sans préjudice des sûretés réelles données par le failli ou un tiers. L'effacement est sans effet sur les dettes alimentaires du failli et celles qui résultent de l'obligation de réparer le dommage lié au décès ou à l'atteinte à l'intégrité physique d'une personne qu'il a causé par sa faute.

§ 2. L'effacement est uniquement octroyé par le tribunal à la requête du failli, requête qu'il doit ajouter à son aveu de faillite ou déposer dans le registre au plus tard trois mois après la publication du jugement de faillite, même si la faillite est clôturée avant l'expiration du délai. La requête est notifiée par le greffier au curateur. Au plus tard après un mois, celui-ci dépose un rapport dans le registre sur les circonstances pouvant donner lieu au constat de fautes graves et caractérisées visées au § 3.

Sans attendre la clôture de la faillite et dès que le délai de six mois est écoulé, le failli peut demander au tribunal de se prononcer sur l'effacement. À la demande du failli, le tribunal communique à ce dernier, par le biais du registre, dans un délai d'un an à partir de l'ouverture de la faillite, les motifs qui justifient qu'il ne s'est pas prononcé sur l'effacement sans que cette communication ne préjuge de la décision qui sera rendue sur l'effacement.

Le tribunal se prononce sur la demande d'effacement au plus tard lors de la clôture de la faillite ou, si la demande visée à l'alinéa 1^{er} n'est pas encore introduite au moment de la clôture, dans un délai d'un mois après la demande.

Le jugement ordonnant l'effacement du débiteur est communiqué par le greffier au curateur et est déposé au registre. Il est publié par extrait par les soins du greffier au *Moniteur belge*.

⁹⁰ Voy. sur ce point Fl. GEORGE et N. OUCHINSKY, « Le *fresh start*, ses principes et son actualité », op. cit., pp. 689-717.

§ 3. Tout intéressé, en ce compris le curateur ou le ministère public peut, par requête communiquée au failli par le greffier, à partir de la publication du jugement de faillite, demander que l'effacement ne soit que accordé partiellement ou refusé totalement par décision motivée, si le débiteur a commis des fautes graves et caractérisées qui ont contribué à la faillite. La même demande peut être introduite par le biais d'une tierce opposition par requête au plus tard trois mois à compter de la publication du jugement accordant l'effacement.

Lorsque le failli est un titulaire d'une profession libérale, le greffier notifie à son organe disciplinaire une copie du jugement accordant partiellement ou refusant entièrement l'effacement».

Le régime d'effacement de dettes présente désormais, sauf exceptions, un caractère automatique⁹¹. Les conditions de malheur et de bonne foi fixées à l'article 80 de la L.F ne sont plus exigées⁹².

L'exposé des motifs précise que: «La nouveauté du système consiste dans le fait que le jugement de clôture emporte par le fait même l'effacement de la dette, même si cet effacement pourra dans des cas exceptionnels faire l'objet de recours»⁹³.

Le législateur a cependant prévu une restriction de taille à l'automaticité de l'effacement. Le failli doit, suivant le prescrit de l'article XX.173, § 2, alinéa 1^{er}, du C.D.E., formuler sa demande d'effacement par requête.

Cette requête doit être déposée soit en même temps que l'aveu de faillite, soit au plus tard trois mois (voy. sur ce délai *infra*, n° 24) après la publication du jugement déclaratif de faillite, et ce même si la faillite a, entre-temps, été clôturée.

La requête est notifiée par le greffier au curateur, qui est tenu de déposer un rapport sur les circonstances pouvant donner lieu au constat de fautes graves et caractérisées dans le registre central de la solvabilité, au plus tard un mois après cette notification.

24. La nature du délai. La doctrine s'est, à juste titre, rapidement interrogée sur la nature du délai de trois mois.

Une majorité d'auteurs s'est prononcée en faveur d'un délai préfix⁹⁴ tandis qu'une frange plus isolée d'auteurs lui déniait cette nature⁹⁵.

25. Une jurisprudence majoritaire. Plusieurs cours d'appel se sont rapidement ralliées à la thèse du délai de forclusion. Dans ses deux arrêts du 6 mai 2019⁹⁶ et du 3 juin 2019⁹⁷, la cour d'appel de Gand considère que la mention explicite de la sanction de déchéance dans la loi n'est pas nécessaire. En juger autrement, estime la cour, méconnaîtrait une disposition légale claire et retarderait le règlement de la procédure de faillite. La cour d'appel de Bruxelles lui a emboîté le pas dans un arrêt du 19 décembre 2019 à l'occasion duquel elle a décidé que: «La volonté du législateur de prévoir un délai de forclusion ne fait pas de doute. Dans les travaux préparatoires, il est, en effet, indiqué que si l'effacement de la dette "n'est pas demandé dans l'aveu de faillite ou dans une période limitée dans le temps après la déclaration de faillite, le débiteur *perdra son droit à l'effacement de la dette*" (*Doc. parl.*, Chambre, n° 54-2407/001, p. 89; termes soulignés par la cour)». La cour ajoute, à l'appui de sa décision, que «le droit belge connaît nombre de délais, considérés comme prescrits à peine de forclusion alors que le texte légal ne le mentionne pas (*cf.* A. DECROES, «Les délais préfix (ou de forclusion)», *J. T.*, 2007, pp. 871-874)» et conclut que «c'est dès lors à juste titre que le premier juge a qualifié le délai de trois mois de préfix»⁹⁸.

26. L'arrêt sur question préjudicielle du 22 avril 2021. À la faveur de la jurisprudence précitée, d'aucuns ont cru la controverse vidée. C'était toutefois sans compter sur la question préjudicielle qu'allait poser le tribunal de l'entreprise d'Anvers, division de Tongres, dans son jugement du 4 février 2020:

«L'article XX.173, § 2, du Code de droit économique viole-t-il les articles 10 et 11 de la Constitution, dans l'interprétation selon laquelle le délai de trois mois après la publication du jugement de faillite pour introduire une requête en effacement est un délai de forclusion, en ce que le failli-personne physique qui n'introduit pas une requête en effacement en temps utile perd, de ce fait, irrévocablement et intégralement le droit à l'effacement, contrairement au failli-personne physique qui introduit une requête en effacement en temps

⁹¹ 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. 89.

⁹² Voy. sur ces critères, Ch. MUSCH, «Faillite et règlement collectif de dettes: excusabilité *versus* remise de dettes», *R.F.D.L.*, 2012, p. 535.

⁹³ *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2016-2017, n° 54-2407/001, p. 89.

⁹⁴ Y. GODFROID, «La liquidation des entreprises en difficulté», in N. Thirion (dir.), *Les réformes du droit économique: premières applications*, coll. CUP, vol. 190, Liège, Anthemis, 2019, p. 149; D. PASTEGER, «De l'excusabilité à l'effacement: le point sur les mécanismes de *fresh start* et de décharge des cautions dans le livre XX du Code de droit économique», *R.D.C.-T.B.H.*, 2018/3, p. 268; N. OUCHINSKY, «Les innovations du livre XX du Code de droit économique en matière de faillite – Questions choisies», *op. cit.*, p. 547.

⁹⁵ W. DERIJCKE, «De l'excusabilité du failli à l'effacement de ses dettes», in A. Despontin (coord.), *La réforme du droit de l'insolvabilité et ses conséquences (sur les avocats): une (r)évolution?*, *op. cit.*, p. 222; A. HENDERICKS et G. PIRARD, «Effacement des dettes *versus* excusabilité du failli – Contestation des tiers – Effacement partiel», *J.L.M.B.*, 2019, p. 1455.

⁹⁶ Gand, 6 mai 2019, *T.I.B.R.*, 2020, p. 3.

⁹⁷ Gand, 3 juin 2019, *R.D.C.-T.B.H.*, 2020/6, p. 783.

⁹⁸ Bruxelles, 19 décembre 2019, *J.L.M.B.*, 2021, p. 335.

utile et qui (à défaut d'opposition formée conformément à l'article XX.173, § 3, du Code de droit économique) obtiendra l'effacement automatique et sans que le tribunal dispose d'un pouvoir d'appréciation à cet égard?»⁹⁹

Par un arrêt du 22 avril 2021, la Cour constitutionnelle y répond par l'affirmative¹⁰⁰.

Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme à l'appui, la Haute juridiction rappelle, tout d'abord, que le droit d'accès au juge qui constitue un aspect du droit au procès équitable peut être soumis à des conditions de recevabilité qui ne peuvent cependant aboutir à restreindre le droit de manière telle que celui-ci s'en trouve atteint dans sa substance¹⁰¹. Les restrictions imposées doivent donc tendre vers un but légitime tandis qu'il doit exister un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé. Bien que les règles relatives aux délais de recours visent à assurer une bonne administration de la justice et à écarter les risques d'insécurité juridique, elles ne peuvent, nous rappelle la Cour, empêcher les justiciables de se prévaloir des voies de recours disponibles.

La Cour énonce ensuite le principe selon lequel la différence de traitement entre les personnes qui exercent leurs droits dans le délai de forclusion applicable et celles qui ne le font pas n'est pas discriminatoire en soi. Une discrimination ne peut en réalité être retenue que si l'application du délai de forclusion entraîne une limitation disproportionnée des droits des personnes concernées.

Pour opérer cette vérification, la Cour constate tout d'abord que les travaux préparatoires ne mentionnent pas l'existence d'un délai de forclusion, ni les raisons qui pourraient justifier une telle solution. La Cour souligne par ailleurs que «le législateur ne tient pas compte de ce que la nécessité de cet effacement pourrait seulement apparaître plus tard»¹⁰².

La Cour s'attache alors à l'examen de l'objectif essentiel poursuivi par le législateur qui consiste à promouvoir l'entrepreneuriat de la seconde chance. Ce dernier est compromis par la disposition en cause qui impose une formalité sous peine de déchéance.

De surcroît, le délai de forclusion en cause ne pourrait être considéré comme une mesure pertinente en vue du règlement rapide de la faillite. La Cour pointe en effet du doigt l'absence d'incidence du moment auquel le failli demande l'effacement sur la gestion de la masse, sur la déclaration et vérification des créances, sur les droits des tiers de s'opposer à l'effacement...

La Cour considère que «le dépassement du délai de forclusion en cause produit des effets disproportionnés pour le failli-personne physique qui perd de ce fait toute possibilité qu'un juge se prononce sur l'effacement du solde de ses

⁹⁹ Trib. entr. Anvers, division de Tongres, 4 février 2020.

¹⁰⁰ C.C., 22 avril 2021, n° 62/2021, www.const-court.be.

¹⁰¹ C.C., 22 avril 2021, n° 62/2021, B.4.1.

¹⁰² C.C., 22 avril 2021, n° 62/2021, B.5.1.

dettes et qui doit dès lors irrévocablement continuer à supporter sur l'ensemble de son patrimoine les dettes qui n'ont pas été réglées par la liquidation de la masse»¹⁰³, tandis que «[l]a disposition en cause a également des effets disproportionnés pour le conjoint, l'ex-conjoint, le cohabitant légal ou l'ex-cohabitant légal du failli qui est obligé personnellement à la dette contractée par le failli du temps du mariage ou de la cohabitation légale»¹⁰⁴.

Cette jurisprudence modifie, par conséquent, les conditions de recevabilité de la requête d'effacement, qui ne doit, désormais, plus être introduite dans les trois mois de la publication du jugement déclaratif de faillite¹⁰⁵.

27. L'arrêt d'annulation du 21 octobre 2021. L'article XX.173, § 2, du C.D.E. a par ailleurs fait l'objet d'un recours en annulation devant la Cour constitutionnelle.

Dans un arrêt du 21 octobre 2021¹⁰⁶, reproduisant la motivation adoptée dans l'arrêt rendu sur question préjudicielle, la Cour constitutionnelle annule l'article XX.173, § 2, du C.D.E. «en ce qu'il prévoit que le failli personne physique qui n'introduit pas une requête en effacement du solde des dettes dans le délai de forclusion de trois mois après la publication du jugement de faillite perd irrévocablement le droit à cet effacement»¹⁰⁷.

La Cour réitère ses enseignements selon lesquels «[i]l ne ressort pas des travaux préparatoires pourquoi le législateur a choisi de subordonner à une demande expresse du failli la décision quant à l'effacement du solde des dettes, ni pourquoi il soumet cette demande à un délai de forclusion. En outre, le législateur ne tient pas compte de ce que la nécessité de cet effacement pourrait seulement apparaître plus tard.

Nonobstant la facilité avec laquelle l'effacement du solde des dettes peut être demandé par le failli, la disposition en cause impose une formalité à laquelle le failli doit satisfaire, sous peine de déchéance pour bénéficier de cet effacement. Il s'ensuit que, dans l'hypothèse où le failli néglige de demander en temps utile l'effacement du solde des dettes, l'objectif du législateur, considéré comme essentiel, consistant à promouvoir l'entrepreneuriat de la seconde chance est compromis par la disposition en cause.

¹⁰³ C.C., 22 avril 2021, n° 62/2021, B.5.4.

¹⁰⁴ C.C., 22 avril 2021, n° 62/2021, B.5.5.

¹⁰⁵ Dans son jugement du 15 juin 2021, le tribunal de l'entreprise d'Anvers, division d'Anvers, se conforme en tout point à la jurisprudence de la Haute juridiction. Se fondant sur l'arrêt précité de la Cour constitutionnelle, le tribunal de l'entreprise considère la demande d'effacement introduite par le failli après l'écoulement du délai de trois mois recevable et octroie l'effacement à ce dernier conformément à l'article XX.173 du C.D.E. (Trib. entr. Anvers, division d'Anvers, 15 juin 2021, R.G. n° O/19/01476, inédit).

¹⁰⁶ C.C., 21 octobre 2021, n° 151/2021, www.const-court.be.

¹⁰⁷ G. RUE, «Le délai pour introduire une demande d'effacement de la dette du failli est annulé», *Bull. proc.*, 2022, n° 17, pp. 11-12.

Le moment auquel le failli demande l'effacement n'a aucune incidence sur la gestion de la masse, sur la déclaration et la vérification des créances, ou sur la liquidation de la faillite.

[...]

Dans ces circonstances, le délai de forclusion en cause ne saurait être considéré comme une mesure pertinente en vue du règlement rapide de la faillite.

Par ailleurs, le dépassement du délai de forclusion en cause produit des effets disproportionnés pour le failli-personne physique qui perd de ce fait toute possibilité qu'un juge se prononce sur l'effacement du solde de ses dettes et qui doit dès lors irrévocablement continuer à supporter sur l'ensemble de son patrimoine les dettes qui n'ont pas été réglées par la liquidation de la masse.

28. Perspectives. Cet arrêt d'annulation offre de nouvelles perspectives au failli. D'une part, les faillis hors délai qui n'avaient pas fait le choix de solliciter l'effacement pourront introduire une demande sans risquer d'être frappés de déchéance. D'autre part, les faillis à l'égard desquels une sanction de déchéance avait été prononcée pourront solliciter la « rétractation de ces décisions passées en force de chose jugée pendant une période de six mois à compter de la publication de cet arrêt¹⁰⁸ (article 16 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle) »¹⁰⁹.

Ainsi que le souligne Guillaume Rue, « [p]our ce faire, la demande en rétractation doit être portée devant la juridiction qui a rendu la décision par le biais d'une citation contenant l'énoncé des moyens, et ce, dans les six mois à dater de la publication de l'arrêt de la Cour constitutionnelle au *Moniteur belge* ». Les faillis pourront ensuite réintroduire une demande d'effacement.

29. Proposition de loi du 26 janvier 2022¹¹⁰. À la suite de l'arrêt d'annulation, le législateur s'est vu contraint de revoir sa copie. Une proposition de loi a donc été déposée le 26 janvier 2022 en vue de modifier l'article XX.173 du C.D.E. L'article 5 de cette proposition prévoit que :

« Dans l'article XX.173 du Code de droit économique, inséré par la loi du 11 août 2017 et modifié par la loi du 15 avril 2018, les modifications suivantes sont apportées :

1° le § 2, partiellement annulé par l'arrêt n° 151/2021 de la Cour constitutionnelle, est remplacé par un paragraphe rédigé comme suit : « § 2. Sans préjudice du § 1^{er}, la clôture de la faillite visée à l'article XX.135 et la clôture visée à l'article XX.171 libèrent le débiteur du solde de ses dettes. » ;

¹⁰⁸ L'arrêt a été publié le 13 décembre 2021.

¹⁰⁹ G. RUE, « Le délai pour introduire une demande d'effacement de la dette du failli est annulé », *op. cit.*, p. 11-12.

¹¹⁰ Proposition de loi modifiant le Code de droit économique en ce qui concerne l'effacement du solde des dettes des faillis-personnes physiques, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2021-2022, n° 55-2454/001. On notera que le texte est encore sujet à de nombreux changements.

2° dans le § 3, alinéa 1^{er}, la première phrase est complétée par les mots « ou a sciemment omis de fournir des informations, ou a fourni des informations incorrectes en réponse aux demandes du curateur ou du juge-commissaire » et dans la deuxième phrase, les mots « publication du jugement accordant l'effacement » sont remplacés par les mots « publication du jugement de clôture de la faillite » ;

3° dans le § 3, alinéa 2, les mots « accordant partiellement ou refusant entièrement l'effacement » sont remplacés par les mots « refusant partiellement ou entièrement l'effacement » ;

4° le § 3 est complété par un alinéa rédigé comme suit : « Le jugement refusant partiellement ou entièrement l'effacement est publié par extrait au *Moniteur belge* par le greffier. ».

Plusieurs modifications sont à épingle.

Tout d'abord, l'effacement n'est plus conditionné à l'introduction d'une demande.

Comme l'indiquent les travaux préparatoires, « [p]our répondre aux arrêts de la Cour constitutionnelle, il semble judicieux de simplifier le régime de l'effacement en abrogeant l'exigence de la demande formelle d'effacement. Le failli ne devra dès lors plus demander l'effacement, qui lui sera accordé de droit, et qui découlera automatiquement du jugement de clôture »¹¹¹.

Ensuite, l'effacement anticipé est abandonné. Cet abandon n'est guère explicité dans les travaux préparatoires. Tout au plus, peut-on lire qu'« [i]l est ainsi devenu inutile de préciser que le failli peut demander l'effacement à un stade précoce. Il peut considérer que cet effacement est acquis sauf si le curateur ou des tiers s'y opposent. Si les tiers peuvent s'opposer à l'effacement à tout moment, le failli lui-même est dans l'impossibilité de demander une décision déclaratoire de droits le libérant du solde des dettes tandis que la liquidation est toujours en cours et qu'un comportement inadéquat pourrait encore être constaté »¹¹².

Cet abandon est regrettable. Attendre la clôture de la faillite pour voir ses dettes effacées entraîne des conséquences souvent iniques¹¹³. Il suffit de songer à l'assurance obligatoire soins de santé¹¹⁴. Le failli, qui a fait l'objet d'une suspension de l'intervention en raison du non-paiement des cotisations, ne pourra bénéficier de l'intervention mutuelle qu'une fois ses dettes effacées. En outre, l'entrepreneur exerçant en personne physique a tout intérêt à ce que le tribunal prononce l'effacement de ses dettes en vue de ne plus être fiché à la B.N.B. et

¹¹¹ Proposition de loi modifiant le Code de droit économique en ce qui concerne l'effacement du solde des dettes des faillis-personnes physiques, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2021-2022, n° 55-2454/001, p. 6.

¹¹² *Ibid.*, p. 8.

¹¹³ Voy. l'avis d'AVOCATS.BE relatif à l'avant-projet de loi transposant la directive (UE) 2019/1023.

¹¹⁴ Art. 123 de la loi du 14 juillet 1994.

obtenir un accès au crédit¹¹⁵. Un effacement anticipé aurait le mérite de rencontrer par ailleurs l'ensemble des recommandations et lignes directrices issues du droit européen.

Enfin, la possibilité de refuser l'effacement peut également découler d'une absence patente de collaboration du failli avec le curateur (omission d'information ou transmission d'informations incomplètes).

Les travaux préparatoires justifient d'emblée le maintien de cette faculté de s'opposer à l'effacement comme suit :

« Il convient [...] d'éviter tout abus dans le chef du failli. C'est pourquoi le curateur ou tout autre intéressé pourra toujours s'opposer à l'effacement et pourquoi le juge effectuera une vérification le cas échéant. C'est pour cette raison que le texte du § 3, alinéa 1^{er}, de l'article XX.173 demeure essentiellement inchangé. Les intéressés pourront empêcher préventivement le débiteur de bénéficier de l'effacement. Ils devront introduire à cet effet une requête apportant la preuve des fautes graves et caractérisées commises par le débiteur. Le juge pourra alors refuser partiellement ou totalement l'effacement par décision motivée, par exemple si le débiteur ne dispose pas d'une comptabilité complète, s'il a disparu au moment du jugement, s'il a dissimulé l'existence de certaines marchandises que le curateur n'a découvertes qu'au cours de la liquidation, s'il s'est rendu coupable de défauts de paiement systématiques à l'égard de l'Office national de Sécurité sociale (O.N.S.S.) ou en matière de T.V.A., si le débiteur a maintenu artificiellement son activité, etc. ». Le nouveau motif de refus est explicité en ces termes : « Il s'agit du refus de coopérer avec le curateur ou le juge-commissaire caractérisé par le fait que le failli ait omis de fournir certaines informations ou ait fourni des informations incorrectes. Cette disposition permet de conserver l'idée centrale, déjà formulée dans l'actuel article XX.173 du C.D.E. : l'effacement est la règle, mais des tiers peuvent s'y opposer s'ils souhaitent l'empêcher. L'effacement fait l'objet d'un contrôle lors de la clôture de la faillite. Dans sa requête en clôture, le curateur devra également faire rapport sur l'effacement. À cette occasion, il pourra demander au tribunal de refuser l'effacement ou de ne l'accorder que partiellement »¹¹⁶.

L'article 4 de la proposition de loi ouvre la possibilité, à l'article XX.135, § 1^{er} et XX.171 du C.D.E., au curateur de solliciter le refus d'effacement lors de sa demande de clôture.

Conformément à ce qui est précisé dans les travaux préparatoires, « [i]l est prévu que le curateur déposera, avec la requête en clôture, un rapport mention-

nant les motifs éventuels de refus de l'effacement. Le curateur pourra choisir l'une des trois options suivantes :

- il pourra introduire lui-même une requête demandant le refus de l'effacement ;
- il pourra constater qu'il n'existe, selon lui, aucune raison d'empêcher l'effacement ;
- il pourra également, sans introduire lui-même de requête à cet effet, communiquer les informations qu'il juge pertinentes pour une éventuelle demande de refus de l'effacement. Les intéressés ou le ministère public pourront trouver dans ce rapport, déposé au RegSol, les informations permettant de fonder une éventuelle requête. Dans le cadre d'une clôture immédiate visée à l'article XX.135 du C.D.E., il est prévu que le tribunal puisse également prendre d'office la décision de clôture. Cette procédure est très exceptionnelle. Dans ce cas, il conviendra, en vertu de cet article, d'entendre le curateur. S'il n'introduit pas de requête au sens de l'article XX.173, § 3, du C.D.E., la règle générale de l'article XX.173, § 2, du C.D.E. s'appliquera »¹¹⁷.

B. La portée de l'effacement

30. L'effacement : principes. Le régime de l'effacement diffère, par essence, de celui de l'excusabilité, en ce qu'il consacre, pour les personnes physiques, un « système par lequel les dettes résiduelles après liquidation des biens saisissables sont automatiquement effacées »¹¹⁸.

L'article XX.173, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, du C.D.E. dispose, à cet égard, que « [s]i le failli est une personne physique, il sera libéré envers les créanciers du solde des dettes, sans préjudice des sûretés réelles données par le failli ou un tiers ». L'article XX.175 du C.D.E. précise, en outre, que « [s]ans préjudice des articles 2043bis à 2043octies du Code civil et XX.176, l'effacement ne profite pas aux codébiteurs ni aux constituants de sûretés personnelles ».

L'on s'interroge sur la portée de cet effacement. Si ce dernier implique l'extinction de la dette principale, cette extinction devrait également entraîner la décharge automatique de toutes les sûretés garantissant cette créance¹¹⁹. Or, il n'en est rien.

Au cours des travaux préparatoires, le ministre de la Justice a indiqué, à ce sujet, que « l'effacement est en effet sans incidence sur les droits du titulaire de sûretés réelles données par le débiteur ou par un tiers. Dans ce sens, le titulaire de la sûreté réelle pourra continuer à réaliser celle-ci malgré l'effacement et le caractère généralement accessoire de la sûreté réelle. Cette garantie est néces-

¹¹⁵ Avis d'AVOCATS.BE relatif à l'avant-projet de loi transposant la directive (UE) 2019/1023.

¹¹⁶ Proposition de loi modifiant le Code de droit économique en ce qui concerne l'effacement du solde des dettes des faillis-personnes physiques, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2021-2022, n° 55-2454/001, p. 6.

¹¹⁷ Pp. 7-8.

¹¹⁸ *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2016-2017, n° 54-2407/001, p. 97.

¹¹⁹ Fl. GEORGE, « La réforme de la faillite », *op. cit.*, pp. 173-174, n° 26.

saire pour maintenir l'équilibre entre la protection du créancier et la nécessité de simplifier la relance »¹²⁰.

Il semble donc que nous soyons revenus au paradoxe consistant à maintenir les effets de sûretés garantissant des dettes... qui n'existent plus¹²¹.

Comment le législateur justifie-t-il, en effet, que la dette principale soit éteinte par l'effet de l'effacement, tout en maintenant le droit pour les créanciers bénéficiant de sûretés de les exécuter en apurement de leur créance ?

En tout état de cause, si le tribunal n'accorde pas l'effacement, les créanciers recouvrent leurs droits et peuvent obtenir un titre exécutoire et procéder à la mise en œuvre de celui-ci selon le droit commun de l'exécution forcée¹²².

31. Les exceptions à l'effacement. À l'instar de ce que prévoyait l'article 82, alinéa 3, de L.F., en matière d'excusabilité, l'effacement est sans effet sur les dettes alimentaires du failli et celles qui résultent de l'obligation de réparer le dommage lié au décès ou à l'atteinte à l'intégrité physique d'une personne qu'il a causé par sa faute¹²³. S'ajoutent à ces deux exceptions légales les dettes de la masse.

Sous le régime de l'excusabilité, après la clôture de la faillite, le failli demeurerait en effet personnellement tenu de payer les dettes de la masse non couvertes par l'actif de la faillite¹²⁴ et ce indépendamment d'une éventuelle excusabilité prononcée en sa faveur¹²⁵.

Dans un arrêt du 5 octobre 2007, la Cour de cassation énonce en effet très clairement que « [l]es dettes de la masse, nées par hypothèse après le jugement déclaratif de faillite, ne sont pas affectées par la déclaration d'excusabilité »¹²⁶.

32. Les dettes de restitution. Dans son arrêt du 18 mars 2021¹²⁷, la Cour de cassation tranche le sort des dettes de restitution au regard de la décision d'effacement du failli.

Dans cette affaire, le failli avait procédé à l'exécution d'un jugement avant l'ouverture de sa faillite. Postérieurement au jugement déclaratif de faillite, la décision avait été réformée. Se posait ainsi la question de savoir si les dettes de restitution issues de la réformation de la décision étaient visées par l'effacement.

¹²⁰ *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2016-2017, n° 54-2407/004, p. 47.

¹²¹ J. VAN DEN HAUTE, « Quelle excusabilité pour le conjoint du failli et pour la caution? Suite et fin? », *Div. act.*, 2002, n° 9, p. 146, n° 4.

¹²² *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2016-2017, n° 54-2407/001, p. 98.

¹²³ Art. 174, al. 3, du C.D.E. Il eût été judicieux de ne viser que les actes illicites, dès lors qu'un médecin, désormais susceptible d'être déclaré en faillite, pourrait notamment être débiteur de l'indemnisation d'un dommage causé dans le cadre de son activité professionnelle, qui, dans le libellé actuel de cette disposition, ne serait pas visé par l'effacement.

¹²⁴ J. VAN RIJN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, t. IV, *op. cit.*, p. 321, n° 2779.

¹²⁵ M. LEMAL, *Les effets de la faillite sur les personnes*, *op. cit.*, p. 131, n° 166.

¹²⁶ Cass., 5 octobre 2007, *J.L.M.B.*, 2008, p. 15.

¹²⁷ Cass., 18 mars 2021, R.G. n° C.20.0073.F, *www.juportal.be*, *J.T.*, 2021, p. 663.

La Cour, ayant égard à la distinction cardinale entre naissance de la créance et exigibilité de celle-ci, décide que « l'obligation, pour cette partie, de restituer les sommes obtenues naît de l'exécution, même si cette obligation ne devient exigible que par la réformation du jugement. Il suit de la combinaison de ces dispositions que, si le failli a poursuivi l'exécution d'un jugement avant l'ouverture de sa faillite, il est libéré, par l'effet de l'effacement, du solde de sa dette de restitution en cas de réformation ultérieure de ce jugement ».

33. Le recours de la caution. La caution qui a indemnisé le créancier dispose, conformément aux articles 2028 et 2029 de l'ancien Code civil, d'un recours personnel ou subrogatoire contre le débiteur principal. La caution qui a procédé au paiement du débiteur postérieurement à la clôture de la faillite pourrait-elle exciper que sa créance ne naît qu'au moment du paiement pour contourner l'effacement ?

La Cour de cassation, dans un arrêt du 24 juin 2021¹²⁸, s'y oppose fermement.

Pour la Cour, « [l]'arrêt, qui considère que “la créance de la caution contre le débiteur principal ne naît qu'au moment du paiement” et que “la créance de [la défenderesse] n'est née que bien après la clôture de la faillite, soit lorsque le créancier a décidé de poursuivre l'exécution de sa garantie et que sa créance a effectivement été prélevée sur le prix de vente de l'immeuble”, et que, même si la “créance [de la défenderesse] trouvait son fondement dans [...] l'acte d'ouverture de crédit du 21 octobre 1993, [...] elle ne se trouvait pas encore, même en germe, dans le patrimoine de [la défenderesse] avant le défaut de paiement [des demandeurs], la clôture de la faillite, la décision d'exécution du créancier et le paiement finalement fait à son profit” et “ne constituait au mieux qu'une simple prévision”, ne justifie pas légalement sa décision que, “lorsque la caution exerce son recours personnel postérieurement à la clôture de la faillite, celui-ci ne saurait être tenu en échec par la déclaration d'excusabilité” ».

34. Le sort du conjoint. Aux termes de l'article XX.174 du C.D.E.: « 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

¹²⁸ Cass., 24 juin 2021, R.G. n° C.20.0073.F, *www.juportal.be*. Voy. I. VAN DE PLAS, « Actualité : Hof van Cassatie, 24/06/2021, C.20.0073.F », *R.D.C.-T.B.H.*, 2021/7, pp. 963-964.

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».

Cet article apporte des restrictions importantes au régime issu de l'article 82 de la L.F.¹²⁹. Les dettes étrangères à l'activité professionnelle du failli ne peuvent désormais plus bénéficier de l'effacement.

On épinglera, à l'endroit de l'article 82 de la L.F., deux décisions importantes.

D'une part, dans son arrêt du 10 décembre 2020¹³⁰, la Cour de cassation décide :

«Aux termes de l'article 82, alinéas 1^{er} et 2, de la loi du 8 août 1997 sur les faillites, si le failli est déclaré excusable, il ne peut plus être poursuivi par ses créanciers ; 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. Le conjoint ou l'ex-conjoint n'est libéré de son obligation personnelle à la dette de son époux résultant de la loi que si cette obligation lui incombe en raison des liens du mariage. Aux termes de l'article 50, alinéa 1^{er}, du Code pénal, tous les individus condamnés pour une même infraction sont tenus solidairement des restitutions et des dommages et intérêts. Il s'ensuit que, lorsque le conjoint ou l'ex-conjoint est condamné, en sa qualité de coauteur d'une même infraction, solidairement avec le failli, aux restitutions et dommages et intérêts, il n'est pas tenu à la dette de son époux en raison des liens du mariage et n'est dès lors pas libéré de cette obligation par l'effet de l'excusabilité du failli».

D'autre part, la Cour constitutionnelle fut saisie par la cour d'appel d'Anvers de la question préjudicielle suivante :

«L'article 82 de la loi sur les faillites viole-t-il les articles 10 et 11 de la Constitution, lus ou non en combinaison avec l'article 1^{er} du Premier Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme, en ce qu'il ne permet pas qu'un failli déclaré excusable, qui a été condamné pénalement après sa déclaration d'excusabilité pour des faits antérieurs à la déclaration d'excusabilité, soit condamné par le juge en vertu de l'article 44 du Code pénal à la restitution (par équivalent) des sommes que le failli a obtenues en raison de l'infraction, alors que la déclaration d'excusabilité n'empêche pas de réclamer au failli le paiement de dettes alimentaires et des dommages-intérêts résultant

¹²⁹ Cet article dispose : « Si le failli est déclaré excusable, il ne peut plus être poursuivi par ses créanciers. 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.

L'excusabilité est sans effet sur les dettes alimentaires du failli et celles qui résultent de l'obligation de réparer le dommage lié au décès ou à l'atteinte à l'intégrité physique d'une personne qu'il a causé par sa faute ».

¹³⁰ Cass., 10 décembre 2020, *J.L.M.B.*, 2021, p. 1061, note Cl. PARMENTIER.

du décès ou de l'atteinte à l'intégrité physique d'une personne que le failli a causé par sa faute – même de manière non intentionnelle ? »

Dans son arrêt du 21 avril 2022¹³¹, la Cour considère que l'article 82 de la L.F. n'est pas incompatible avec les articles 10 et 11 de la Constitution.

La Cour décide que la différence de traitement entre les créanciers d'un failli déclaré excusable, selon que leur créance porte, d'une part, sur les dettes résultant de l'obligation de réparer le dommage qui est la conséquence d'une infraction commise par le failli avant la faillite, mais pour laquelle il a été condamné après la déclaration d'excusabilité et, d'autre part, sur les dettes visées à l'article 82, alinéa 3¹³², de la loi sur les faillites qui peuvent encore poursuivre le failli ne viole pas les articles 10 et 11 de la Constitution.

Pour la Cour, « [l]orsque, spécialement en matière économique, le législateur estime devoir sacrifier l'intérêt des créanciers au profit de certaines catégories de débiteurs, cette mesure s'inscrit dans l'ensemble de la politique économique et sociale qu'il entend poursuivre. La Cour ne pourrait censurer les différences de traitement qui découlent des choix qu'il a faits que si ceux-ci étaient manifestement déraisonnables ».

La Cour fait référence à son arrêt n° 9/2008 du 17 janvier 2008 à l'occasion duquel il est mentionné que « l'exclusion des effets de l'excusabilité sur certaines catégories de dettes s'inscrit dans le juste équilibre que le législateur entendait mettre en œuvre entre les intérêts du débiteur et ceux des créanciers. Par la disposition en cause, il a veillé à ce que les créanciers envers lesquels le failli a une dette alimentaire ou qui ont droit à l'indemnisation d'un dommage corporel causé par le failli ne soient pas gênés par l'excusabilité de celui-ci au moment de recouvrer leur créance. Il a ainsi entendu protéger une catégorie de personnes qu'il considère de prime abord comme plus vulnérables que d'autres créanciers ».

Il n'apparaît pas que le législateur « ait opéré un choix déraisonnable ou qu'il ait porté atteinte de manière exagérée aux droits des créanciers en n'excluant pas aussi les effets de l'excusabilité pour les créances d'indemnisation en matière civile du dommage qui est la conséquence d'une infraction commise par le failli. La circonstance que le dommage en question résulte de faits donnant lieu à une condamnation pénale postérieure à la déclaration d'excusabilité, n'empêche pas que, comme le constate le juge *a quo*, la dette existait déjà avant le jugement déclaratif de faillite et qu'elle n'est pas née à la suite de la décision du juge pénal. Par ailleurs, l'excusabilité s'applique aussi aux dettes qui n'ont pas fait l'objet d'une déclaration lors de la faillite, pour éviter que les créanciers choisissent sciemment de ne pas déposer de déclaration afin d'échapper à

¹³¹ C.C., 21 avril 2022, n° 57/2022, www.const-court.be.

¹³² Conformément à cet alinéa, l'excusabilité est sans effet sur les dettes alimentaires du failli et sur celles qui résultent de l'obligation de réparer le dommage lié au décès ou à l'atteinte à l'intégrité physique d'une personne qu'il a causé par sa faute.

l'excusabilité et qu'ils réclament quand même des sommes au débiteur après la liquidation de la faillite».

La Cour épingle par ailleurs les différentes balises du régime à savoir les conditions de malheur et de bonne foi issues de l'article 80, alinéa 2, de la L.F., la possibilité pour le tribunal de refuser l'excusabilité en cas de «circonstances graves spécialement motivées», la tierce-opposition ouverte aux créanciers contre le jugement d'excusabilité ainsi que l'absence d'extinction à proprement parler de la dette du failli.

35. Conclusions. Le nombre d'arrêts rendus tant sous l'empire de la loi du 8 août 1997 que du Code de droit économique démontre toute la richesse et le caractère évolutif de notre droit de l'insolvabilité. La nécessité d'adapter et faire évoluer ce dernier au gré des besoins de la pratique est en effet primordial. La crise sanitaire l'a encore clairement démontré. Le législateur ne cesse de remettre l'ouvrage sur le métier.

Il convient toutefois, comme le disait Montesquieu, de ne toucher aux lois que d'une main tremblante. Les nombreux projets de réforme à l'examen et les délais assignés pour leur adoption demeurent inquiétants. Puissent les rédacteurs des nombreux projets de réforme en cours y prêter une oreille attentive.