

## TITRE II

### LE CONCOURS DES CREANCIERS

#### CHAPITRE I<sup>er</sup> – INTRODUCTION

1. L'institution de la sûreté en général tend à assurer la sécurité des droits du titulaire d'une créance.

Le créancier, en effet, est doublement menacé.

Il est menacé, d'une part, par le fait de son débiteur, dont il subit l'éventuelle inexécution des obligations.

Il est menacé, d'autre part, par les autres créanciers de ce même débiteur, puisqu'il s'affronte avec eux sur les actifs de ce dernier.

Contre le danger que représente le mauvais débiteur, le créancier est prémuni par les actions dites de protection du patrimoine (actions paulienne, oblique, en déclaration de simulation, en annulation pour nullité absolue) et par le principe de la sujétion uniforme des biens du débiteur à la satisfaction de ses créanciers, déposé à l'article 7 de la loi hypothécaire.

Contre le danger engendré par l'affrontement avec d'autres créanciers, le titulaire de droits personnels est protégé par la règle de l'égalité énoncé par l'article 8 de la loi hypothécaire, et par l'institution de la sûreté, laquelle, en outre, obéit au principe de l'organisation légale des causes légitimes de préférence, ainsi qu'il ressort de l'article 9 de la loi hypothécaire, non sans exceptions d'ailleurs.

2. La sûreté est inséparable du crédit, lequel naît du décalage dans le temps entre les deux prestations d'un échange économique<sup>1</sup>: le vendeur livre, avant de recevoir paiement ; le bailleur loue et ne perçoit le loyer qu'au terme ; le banquier prête ou ouvre un crédit et il attend le remboursement aux échéances prévues, etc.

Le débiteur qui peut offrir de bonnes sûretés, obtiendra plus facilement du crédit. Un bon système de sûretés assure dès lors le développement du crédit, et donc, celui des échanges économiques.

---

<sup>1</sup> CABRILLAC et MOULY, *Droit des sûretés*, Litec 1990, n° 5, p. 5.

3. On a pu définir la garantie au sens large, comme une institution juridique qui a tantôt pour but et pour effet (tels le gage, l'hypothèque, le privilège), tantôt pour effet seulement (telle la compensation), de fournir à un créancier un droit renforcé d'obtenir le paiement d'une créance soit dans le patrimoine du débiteur sur un ou plusieurs biens de celui-ci de préférence à un ou plusieurs autres créanciers (comme le gage, l'hypothèque, le privilège) soit dans le patrimoine d'un tiers qui est tenu *propter rem*, ou qui s'engage personnellement à payer la dette du débiteur, à titre subsidiaire (comme le fait la caution) ou à titre principal (dans le cas de la solidarité), ou encore qui s'engage à exécuter une dette propre dont le paiement éteindra celle du débiteur (en exécution d'un aval ou d'une garantie à première demande ou d'un contrat d'assurance), en tout ou en partie, sans contribution à la dette<sup>2</sup>.

Cette définition est tout à la fois stricte et souple<sup>3</sup>.

Stricte parce qu'elle ne retient pas les mécanismes relevant purement et simplement du droit des obligations ou du droit judiciaire qui ne tendent qu'à la conservation du patrimoine du débiteur, comme l'action directe, l'action oblique, l'action paulienne, l'action en déclaration de simulation, l'action en annulation pour nullité absolue, les saisies, l'engagement de ne pas faire, le droit de regard du créancier sur l'actif du débiteur, etc.

Stricte encore parce qu'elle écarte – fussent-ils très efficaces – les simples incitants à la bonne exécution des obligations garanties, telles que les astreintes, les clauses pénales, les clauses de déchéance du terme.

Souple cependant parce qu'elle confère le statut de garanties aux institutions qui ne sont pas créées et reconnues comme telles, et qui n'ont pas pour but exclusif, mais seulement parfois pour effet, de procurer une chance plus grande d'exécution. Ainsi en va-t-il de la clause extensive de connexité ou d'indivisibilité conventionnelle entre biens et créances ou la clause de compensation renforcée<sup>4</sup>.

4. Souple également car cette définition tente de réunir autour d'un même concept, la garantie de paiement, les garanties trouvées dans le patrimoine du débiteur, et celles procurées dans le patrimoine d'un tiers.

Les conséquences pratiques de cette classification sont considérables notamment quant à la réponse – affirmative selon nous – qu'il convient d'apporter à la question de savoir si ces institutions, quand elles frappent un bien du patrimoine du débiteur, obéissent aux dispositions particulières du droit de la faillite, ou, plus généralement de la liquidation collective, édictée pour les sûretés réelles *stricto sensu*.

---

<sup>2</sup> STRANART, « Rapport de synthèse, Les sûretés », Colloque de Bruxelles, *Feduci*, 1984, p. 566.

<sup>3</sup> STRANART, *Les sûretés*, Story Scientia, 1992, p. 4; Voyez également les réflexions de CABRILLAC et MOULY, *Droit des sûretés*, Litec, 1990.

<sup>4</sup> Voyez cependant CABRILLAC et MOULY, *Droit des sûretés*, Litec, 1990, n° 4, p. 4.

C'est cependant la distinction entre garanties réelles et garanties personnelles qui constitue la ligne directrice principale en la matière: le problème essentiel de la rencontre de la garantie avec le principe d'égalité et avec les règles de la liquidation collective du patrimoine, ne se manifeste en effet qu'en ce qui concerne les sûretés réelles.

Les sûretés personnelles ne se heurtent, en général, ni au principe d'égalité ni aux règles régissant la liquidation collective du patrimoine du débiteur.

## **CHAPITRE II LE PRINCIPE DE LA SUJETION UNIFORME DES BIENS DU DEBITEUR**

### **SECTION I. CONDITIONS D'APPLICATION**

#### **A. Conditions d'application quant au débiteur**

5. L'article 7 de la loi hypothécaire énonce le principe que "*quiconque est obligé personnellement est tenu de remplir ses engagements sur tous ses biens mobiliers et immobiliers présents et à venir*"<sup>5</sup>

L'examen des conditions d'application du principe permettra d'en illustrer l'origine historique. Les exceptions qu'il connaît doivent être signalées.

6. La sujétion uniforme des biens du débiteur n'a lieu qu'à l'égard du débiteur engagé personnellement. Le principe ne trouve pas à s'appliquer en cas d'obligation *propter rem*.

L'engagement personnel qui provoque l'affectation de tous les biens à la satisfaction des créanciers, vise toutes les sources d'obligations: légales telle l'obligation alimentaire, délictuelles ou quasi délictuelles, telle l'obligation de réparer un dommage, contractuelles, telles les obligations de payer un prix ou de rembourser un prêt ou quasi contractuelles telles les obligations nées du mécanisme de la répétition de l'indu.

Il en va ainsi quelle que soit la date de la créance, et quelle que soit la qualité ou le montant de celle-ci.

---

<sup>5</sup> T'KINT, *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, Larcier, n° 11 et suivants, p. 17 et suivantes; GRÉGOIRE, *Théorie générale du concours des créanciers en droit belge*, pp. 43 et suivantes ; Bruxelles, 28 juillet 1980, *J.T.*, 1980, p. 263.

Le créancier le plus ancien, par exemple, ne jouit pas d'une affectation du patrimoine du débiteur au paiement de sa créance plus forte ou plus étendue que celle dont bénéficie le créancier le plus récent.

Le débiteur est, de même, tenu sur tous ses biens envers tous ses créanciers: chirographaires, privilégiés ou munis de sûretés réelles conventionnelles telles que le gage ou l'hypothèque. Ainsi, le créancier titulaire d'une sûreté conserve le droit d'exécution forcée sur l'ensemble du patrimoine du débiteur<sup>6</sup>. La sûreté ne constitue donc qu'un avantage supplémentaire, venant renforcer le bénéfice issu du principe de la sujétion uniforme.

7. Seul le débiteur personnellement engagé est tenu sur tous ses biens: celui qui se trouve engagé *propter rem*, c'est-à-dire en raison d'un chose dont il est détenteur et qui seule répondra de la dette, échappe au principe de la sujétion uniforme.

Aussi une personne – étrangère à la dette – peut-elle elle convenir avec le créancier qu'elle affectera tel bien de son patrimoine à la satisfaction de la créance de ce créancier envers tel débiteur. Un père peut garantir le paiement de la dette de son fils, par exemple, par la constitution d'un gage au profit du créancier, sur des biens meubles de son propre patrimoine. Une société mère peut affecter l'un de ses immeubles à la garantie des dettes de sa filiale, par l'octroi d'une hypothèque sur cet immeuble au profit du créancier de la filiale.

Le tiers constituant d'une telle sûreté, n'est pas personnellement obligé. La dette garantie n'est pas la sienne. Le tiers ne s'est engagé que sur le bien affecté et en raison de ce bien: si la dette n'est pas payée, le tiers subira l'exécution forcée sur ce bien, mais sur ce bien uniquement. Le risque est limité à la perte du bien grevé<sup>7</sup> et le patrimoine du tiers n'est pas atteint dans son ensemble.

8. Le constituant d'une sûreté *propter rem* est souvent qualifié de caution réelle<sup>8</sup>. On distinguera cependant soigneusement cette notion de l'institution de la caution au sens propre, qui vise l'engagement personnel d'un tiers sur l'ensemble de son patrimoine aux côtés du débiteur et, en principe, subsidiairement à celui-ci. L'expression "caution réelle" veut dire que le tiers n'est pas personnellement tenu et que seule la chose est grevée d'une charge qui la grève.

La même situation se retrouve, dans le chef du tiers acquéreur d'un immeuble hypothéqué appelé le tiers détenteur. L'hypothèque survit à l'aliénation de l'immeuble en raison du droit de suite dont elle est pourvue. Le tiers acquéreur se trouve donc propriétaire d'un immeuble grevé et dès lors se trouve tenu *propter rem* de la dette envers le créancier hypothécaire.

---

<sup>6</sup> Dans le cas de l'hypothèque cependant, la loi a modalisé ce droit en imposant un ordre dans la manière dont le créancier hypothécaire doit exercer son droit d'exécution issu du principe de la sujétion uniforme (article 1563 du Code judiciaire; Cass., 3 mai 1985, *Pas.*, 1985, I, 1084).

<sup>7</sup> T'KINT, *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, Larcier, n° 14, p. 18.

<sup>8</sup> L'expression est imagée. Il est plus exact de désigner le tiers comme le "*tiers constituant*" de la sûreté.

De cette situation découle que si le tiers (caution réelle ou tiers détenteur) ne peut être poursuivi que sur la chose grevée, et à concurrence de sa valeur seulement, il doit pouvoir en principe se libérer en délaissant la chose, et en en faisant abandon, même si la valeur de celle-ci est inférieure au montant de la dette. C'est le principe de la purge, décrit en matière d'hypothèque aux articles 98 et suivants de la loi hypothécaire.

9. On retiendra donc, de la comparaison qui précède, que le débiteur tenu personnellement et qui greève son bien d'une sûreté réelle reste soumis au principe de la sujétion uniforme. Un tel débiteur demeure obligé sur l'ensemble de son patrimoine, la sûreté réelle ne constituant qu'une garantie de paiement meilleure ou préférentielle au profit de son titulaire.

## **B. Conditions d'application quant aux biens**

10. Lorsque la loi vise le débiteur tenu sur tous ses biens, elle exclut la contrainte sur la personne du débiteur (autrefois pratiquée sous la forme de la contrainte par corps supprimée par la loi du 27 juillet 1871) et par là, d'ailleurs, la saisissabilité des biens et droits exclusivement attachés à la personne<sup>9</sup>.

La sujétion englobe tous les biens meubles et immeubles, par opposition avec le principe de l'ancien droit, voulant que les immeubles soient exclus des poursuites<sup>10</sup>.

En précisant que répondent des engagements du débiteur, non seulement les biens présents, mais aussi les biens "à venir", l'article 7 de la loi hypothécaire entend soumettre au droit d'exécution du créancier, non seulement les biens dont le débiteur était propriétaire au moment où il a contracté, mais encore les biens qui seront sa propriété au moment de l'exécution forcée.

11. Celle-ci cependant ne peut frapper des biens dont le débiteur n'est pas (ou pas encore) propriétaire au moment où elle a lieu. Le bien doit exister dans le patrimoine du débiteur au jour de l'exécution forcée, pour faire valablement l'objet de cette mesure<sup>11</sup>.

## **SECTION 2. CONSÉQUENCES DU PRINCIPE DE LA SUJETION UNIFORME**

---

<sup>9</sup> T'KINT, *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, Larcier, n° 18, p. 20; DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. VI, n° 723, p. 623.

<sup>10</sup> DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. VI, n° 724, p. 623.

<sup>11</sup> L'application de ce principe aux créances est particulièrement délicat. Si la créance future peut être cédée, elle ne peut, en revanche, être saisie. La loi toutefois permet la saisie-arrêt des créances à terme ou conditionnelles, voire même éventuelles. La question sera de savoir à partir de quel degré d'intensité une créance éventuelle possède une existence suffisante pour former valablement l'assiette d'une saisie.

12. La conséquence de la règle de l'article 7 de la loi hypothécaire consiste dans le droit pour chaque créancier de pratiquer une exécution forcée sur un élément quelconque du patrimoine du débiteur: c'est le droit de saisir un bien pour le faire vendre et se payer sur le prix<sup>12</sup>.

La saisie constitue pour le créancier, tant un droit qu'une obligation. Il ne peut s'approprier unilatéralement les biens du débiteur et doit, impérativement, utiliser les procédures légales de saisie adéquates pour obtenir la satisfaction recherchée: le paiement de sa créance sur le prix de réalisation du bien saisi.

L'obligation de saisir, pour obtenir paiement sur le prix de réalisation s'impose à tout créancier, qu'il soit chirographaire ou qu'il bénéficie d'une sûreté. Seul le créancier gagiste ordinaire<sup>13</sup> est dispensé de saisir puisqu'il a le bien en sa possession. Encore doit-il recourir à la justice pour le faire vendre<sup>14</sup>.

Le créancier saisit librement le bien de son choix. Il peut pratiquer cumulativement plusieurs saisies sur plusieurs biens différents. Enfin, le créancier peut saisir des biens d'une valeur supérieure au montant de sa créance. Cependant, si ces droits font l'objet d'abus, les tribunaux peuvent prononcer, à charge du créancier, des condamnations à des dommages-intérêts ou d'autres mesures préventives de l'abus, selon les cas d'espèces<sup>15</sup>.

Enfin, le fait que le bien saisi soit grevé d'une sûreté ne fait pas obstacle à sa saisie. La répartition du prix cependant, tiendra compte de la préférence octroyée au créancier titulaire de la sûreté. Ce dernier recevra, par priorité, la partie du prix qui lui revient en fonction de sa sûreté et du montant de sa créance. Le solde éventuel reviendra au créancier, chirographaire, saisissant, ou inférieur en rang.

12. La liberté de saisir peut être modalisée par la loi dans certains cas.

Ainsi, en va-t-il de l'article 1563 alinéa 1<sup>er</sup> du Code judiciaire, déjà cité.

En vertu de cette disposition, le créancier hypothécaire "*ne peut commencer les poursuites en expropriation des immeubles qui ne lui sont pas hypothéqués que dans le cas d'insuffisance des biens qui lui sont hypothéqués*".

---

<sup>12</sup> DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. VI, n° 734, p. 664; T'KINT, *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, Larcier, n° 65, p. 43.

<sup>13</sup> Le créancier gagiste sur fonds de commerce est tenu de saisir le fonds nanti préalablement à sa demande d'autorisation de vendre, précisément parce que ce bien est demeuré en la possession du débiteur (Voyez la loi du 25 octobre 1919).

<sup>14</sup> T'KINT, *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, Larcier, n° 69 et suivants, p. 45 et suivantes.

<sup>15</sup> T'KINT, *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, Larcier, n° 69 et suivants, p. 45 et suivantes.

Cette insuffisance doit être objective et démontrée, le cas échéant, dans un débat devant le juge de saisies. La plupart des actes d'affectation hypothécaire contiennent une clause de renonciation à cette protection du constituant, valable entre parties, car l'article 1563 du Code judiciaire n'est pas d'ordre public<sup>16</sup>. L'opposabilité de la clause aux tiers demeure controversée<sup>17</sup>.

13. Une autre modalisation du droit de saisir librement découle de l'article 1561 du Code judiciaire.

Si un co-indivisaire peut hypothéquer sa part indivise dans un immeuble, le créancier hypothécaire ne peut saisir la part indivise comme telle. Il doit provoquer le partage ou intervenir dans celui-ci. Une convention d'indivision transcrite lui est cependant opposable pendant cinq ans, conformément à l'article 815 du Code civil<sup>18</sup>.

### **SECTION 3. EXCEPTIONS AU PRINCIPE DE LA SUJÉTION UNIFORME**

14. Le principe de la sujétion uniforme est général, mais non absolu.

Il souffre plusieurs exceptions:

- les biens insaisissables en général ou en particulier,
- les techniques de division du patrimoine,
- les immunités d'exécution, des personnes morales de droit public belge et des Etats étrangers.

#### **A. Les biens insaisissables**

15. Certains biens sont insaisissables par nature ; d'autres le sont en vertu de la loi. Les exceptions au principe de la sujétion uniforme sont d'interprétation restrictive<sup>19 20</sup>.

---

<sup>16</sup> Cass., 3 mai 1985, *Pas.*, 1985, I, 1084.

<sup>17</sup> Voyez T'KINT, *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, Larcier, n° 69, p. 45 et les références. La controverse naît du fait que si le créancier hypothécaire saisit d'abord les biens non hypothéqués (comme le lui permet la clause dérogatoire à l'article 1563 du Code judiciaire) et se paie ainsi du maximum possible de sa créance, en concourant de la sorte avec les autres créanciers sur les immeubles *libres*, et que ce créancier hypothécaire saisit ensuite l'immeuble hypothéqué sur lequel il est seul à exercer un droit de préférence, il obtient par ce moyen un paiement maximum de sa créance, et lèse les créanciers chirographaires et non garantis sur les immeubles, dont les droits s'étendent par leur nature même, sur les immeubles non affectés de l'hypothèque. En revanche, si le créancier hypothécaire se paie d'abord sur l'immeuble hypothéqué comme le lui impose l'article 1563 du Code judiciaire, il diminue, voire réduit à néant, la part de sa créance susceptible de se reporter sur les immeubles *libres*.

<sup>18</sup> T'KINT, *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, Larcier, n° 69, p. 45.

<sup>19</sup> Cass., 27 janvier 1983, *Pas.*, 1983, I, p. 622.

Sont insaisissables par nature, notamment, les choses ne présentant aucune valeur marchande, les droits extrapatrimoniaux, les droits exclusivement attachés à la personne, les droits réels accessoires, les lettres missives, les décorations, etc.

Sont insaisissables en général et en vertu de la loi, les biens visés aux articles 1408 et suivants du Code judiciaire. Il s'agit essentiellement de certains meubles corporels indispensables à la subsistance ou à l'exercice de la profession, d'une partie de la rémunération, ou d'allocations et pensions diverses, d'une partie des pensions alimentaires.

16. Des lois spéciales peuvent, également, dans certains cas particuliers, limiter ou interdire l'exercice du droit de saisir.

Ainsi en va-t-il, notamment, de la loi du 24 décembre 1993 relative aux cessions et mises en gage de créances sur une personne de droit public, du chef des travaux et fournitures effectués pour ou livrées à ce dernier. Cette loi interdit temporairement (jusqu'à la réception provisoire) la saisie (et la cession) de telles créances, sauf au profit des travailleurs, fournisseurs et sous-traitants d'entrepreneurs desdits travaux ou des fournisseurs desdites livraisons, ainsi qu'au profit des bailleurs de fonds de ces personnes.

## **B. Les techniques de division du patrimoine**

17. Certaines techniques de division du patrimoine sont également considérées comme une exception au principe de sujétion uniforme, parce qu'elles limitent le droit de recours de certains créanciers à une partie du patrimoine du débiteur<sup>21</sup>.

Il y va du bénéfice d'inventaire dont les effets sont décrits par les articles 802 à 810 bis du Code civil, de la séparation des patrimoines prévu par l'article 878 du Code civil et, dans une certaine mesure, de la création d'une société avec limitation de la responsabilité des associés à leur mise.

### § 1. Le bénéfice d'inventaire

18. Le bénéfice d'inventaire est la faculté accordée par la loi à l'héritier acceptant une succession, de limiter le droit de poursuite des créanciers successoraux à l'assiette des biens successoraux, et à concurrence du montant de l'actif de ceux-ci<sup>22</sup>.

---

<sup>20</sup> T'KINT, *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, Larcier, n° 46, p. 34; DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. VI, n° 726, p. 627 et suivantes.

<sup>21</sup> Voir sur ce problème, VAN GYSEL, *La notion de masse en droit privé*, thèse ULB, Bruylant, 1993.

<sup>22</sup> DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. VI, n° 729, p. 650 et les références de renvoi; T'KINT, *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, Larcier, n° 57, p. 39 et les références.



En obtenant le bénéfice d'inventaire, l'héritier acceptant évite les conséquences de la fusion de son propre patrimoine avec celui du défunt, en ce qui concerne le paiement des dettes de ce dernier. Il ne devra pas les apurer à l'aide de ses propres biens.

L'héritier bénéficiaire se trouve donc titulaire d'un patrimoine divisé: le sien propre et le patrimoine successoral affecté au paiement des créanciers du défunt.

## § 2. La séparation des patrimoines

19. La séparation des patrimoines est une faculté accordée aux créanciers successoraux et aux légataires, d'éviter la fusion d'une succession solvable avec le patrimoine d'un héritier insolvable, lorsque les créanciers successoraux craignent de subir, sur l'actif successoral, le concours avec les créanciers de l'héritier en question.

20. Cette faculté doit être demandée individuellement, par le créancier ou le légataire qui le désire, et qui seul en profitera pour le ou tel bien meuble ou immeuble<sup>23</sup> de la succession, visé par la demande.

Elle aboutit à réserver les biens dont elle est l'objet à la satisfaction des seuls créanciers successoraux, ou du légataire, qui l'ont obtenue, moyennant le respect des formes et délais prescrits par la loi<sup>24</sup>.

## § 3. La création d'une société avec limitation de la responsabilité des associés à leur mise

21. La création d'une société avec limitation de la responsabilité des associés à leur mise<sup>25</sup>, ne constitue pas véritablement une exception au principe de la sujétion uniforme.

La création d'un être distinct du patrimoine des associés, avec limitation des engagements à la mise, a pour effet de soustraire tous les autres biens des associés au droit de poursuite des créanciers sociaux, ainsi d'ailleurs que de soustraire cette mise aux poursuites des créanciers personnels des associés. Cette soustraction est d'autant plus remarquable que, nonobstant l'être moral, ce sont les associés qui agissent et qui restent, dans le fond, la seule réalité concrète, observe très justement De Page<sup>26</sup>.

---

<sup>23</sup> La demande de séparation visant des immeubles doit faire l'objet d'une publicité par mention.

<sup>24</sup> T'KINT, *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, 1991, n° 61, p. 40.

<sup>25</sup> Société privée à responsabilité limitée, société anonyme, société en commandite par actions et, si les statuts le prévoient, société coopérative.

<sup>26</sup> DE PAGE, *Tratité élémentaire de droit civil belge*, t. VI, n° 730, p. 648.

Cet effet résulte du mécanisme même de la personnalité morale de la société, distincte de celle de ses associés.

22. Sans doute, un véritable effet de division du patrimoine peut-il être recherché, par la création d'une société d'une personne car toute personne peut limiter le recours de ses créanciers, pour l'exercice d'une activité déterminée, à la partie de son patrimoine qu'elle apportera librement à la société constituée<sup>27</sup>. On relèvera toutefois que cet effet est obtenu, non pas par une véritable division au sein d'un patrimoine unique, mais par apport d'une mise à un être juridique distinct<sup>28</sup>.

23. Retenons enfin qu'il existe des sociétés dont les associés demeurent tenus au passif social sur leur patrimoine personnel<sup>29</sup>. En pareil cas, les créanciers sociaux, et non les créanciers personnels des associés, ont un recours exclusif sur le patrimoine social, mais ils jouissent en outre d'un recours sur le patrimoine personnel des associés. Cet état de choses tient à la nature propre de ces sociétés<sup>30</sup>.

### C. Les immunités d'exécution

24. L'immunité d'exécution de l'Etat belge et des personnes morales de droit public, ainsi que celle des Etats étrangers, constitue la troisième exception au principe de sujétion uniforme des biens du débiteur à la satisfaction de ses créanciers<sup>31</sup>.

25. Aux termes de l'article 1412 bis du Code judiciaire, les biens appartenant aux personnes morales de droit public sont insaisissables, sauf s'ils figurent sur une liste de biens déclarés saisissables par l'organe de l'autorité concernée. A défaut d'établissement d'une telle liste, peuvent être saisis, sous réserve d'opposition ou d'offre de remplacement par d'autres actifs, les biens qui ne sont manifestement pas utiles à ces personnes morales pour l'exercice de leur mission ou pour la continuité du service public<sup>32</sup>.

26. Selon l'article 1412 ter du Code judiciaire, les biens culturels, c'est-à-dire les biens présentant un intérêt artistique, scientifique, culturel ou historique, non affectés à une activité économique ou commerciale de droit privé, appartenant à une puissance étrangère ou à l'un de ses démembrements même sans personnalité juridique internationale, sont insaisissables lorsqu'ils se trouvent sur le territoire belge en vue d'y être exposés publiquement et temporairement.

<sup>27</sup> T'KINT, *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, Larcier, n° 63, p. 42.

<sup>28</sup> T'KINT, *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, Larcier, n° 63, p. 42.

<sup>29</sup> Société en nom collectif, société en commandite simple, ou société coopérative en l'absence de clause contraire des statuts. Voyez T'KINT, *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, Larcier, n° 64, p. 42; DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. VI, n° 730, p. 648.

<sup>30</sup> T'KINT, *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, Larcier, n° 64, p. 42.

<sup>31</sup> DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. VI, n° 733.

<sup>32</sup> STRANART et GOFFAUX, « L'immunité d'exécution des personnes publiques et l'article 1412 bis du Code judiciaire, *J.T.*, 1995, p. 437 et ss.

#### **SECTION IV. CARACTÈRE DU PRINCIPE DE LA SUJÉTION UNIFORME**

27. La question de savoir si le principe de la sujétion uniforme des biens du débiteur à la satisfaction de tous ses créanciers, est ou non d'ordre public, est complexe.

Le principe de la sujétion uniforme des biens du débiteur à la satisfaction de tous ses créanciers n'intéresse l'ordre public que dans la mesure où ce principe protège le statut et les droits de l'ensemble des créanciers sur le patrimoine du débiteur.

Ainsi, par exemple, le débiteur ne pourrait par une convention avec l'un de ses créanciers, enlever aux autres les droits qu'il tirent de ce principe, et notamment le droit de saisir tel ou tel élément du patrimoine formant le gage commun.

De même, le débiteur ne pourrait, en principe, contracter avec un tiers en stipulant que le bien transmis par ce tiers sera insaisissable.

Enfin, le créancier soucieux d'exercer son droit de gage général, doit user des procédures prévues à cet effet. Les règles relatives à la nature de la saisie à pratiquer, selon la nature du bien à saisir, ainsi que les formes à respecter pour saisir, sont d'ordre public. Il en va ainsi d'ailleurs également de l'obligation de saisir elle-même, pour se payer de sa créance, puisque le créancier ne peut se faire justice à lui-même et appréhender comme bon lui semble un élément d'actif de son débiteur. Il faut garder à l'esprit toutefois la possibilité pour le débiteur et le créancier de convenir d'une dation en paiement, en vertu de laquelle un bien puisé au sein du patrimoine du débiteur serait affecté en apurement de la créance non payée. Une telle convention est licite et ne heurte en rien l'ordre public.

28. Parallèlement, dans la mesure où certaines exceptions au principe de la sujétion uniforme procèdent, non de la seule protection des intérêts du débiteur mais de raisons d'ordre public, ces exceptions ne peuvent faire l'objet de conventions contraires par lesquelles un débiteur protégé par l'exception y renoncerait. Tel pourrait être le cas de l'insaisissabilité découlant de l'immunité d'exécution des personnes morales de droit public. .

En revanche, rien n s'oppose à ce qu'un ou plusieurs créanciers renoncent aux droits qu'il tiennent du principe de la sujétion uniforme, à l'égard du débiteur seulement, puisque ces droits n'ont été créés que pour leur intérêt. Ainsi, un ou plusieurs créanciers peuvent-ils accepter de ne pas saisir tel bien déterminé ou tel groupe de biens appartenant au débiteur, par une convention qui n'aura évidemment d'effets qu'entre parties et qui ne saurait limiter les droits des autres créanciers, non parties à la convention<sup>33</sup>.

---

<sup>33</sup> De Page envisage le cas théorique d'une obligation souscrite moyennant interdiction de toute exécution forcée sur tout le patrimoine du débiteur. Il s'agirait alors de l'équivalent d'une obligation

Parallèlement, le débiteur peut renoncer à la protection privée qu'il trouve dans l'insaisissabilité de certains biens, pour autant que ladite insaisissabilité ne découle pas de l'ordre public.

## CHAPITRE III LA REGLE DE L'EGALITE DES CREANCIERS

### SECTION I. ENONCÉ DE LA RÈGLE ET NOTION DE CONCOURS

29. L'article 8 de la loi hypothécaire énonce que *"les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers, et le prix s'en distribue entre eux par contribution"*.

La première partie de cette disposition rappelle le principe de la sujétion uniforme. Puisque le débiteur est tenu de ses obligations sur tous ses biens, il va de soi que ces biens servent au paiement de toutes ses créances<sup>34</sup>.

L'expression gage ne doit pas induire en erreur. La loi ne vise pas ici le gage, ou nantissement mobilier, qui constitue une sûreté réelle spéciale d'origine conventionnelle, visée, par exemple, par l'article 2071 du Code civil, par la loi du 5 mai 1872 sur le gage commercial et par celle du 25 octobre 1919 sur le gage sur fonds de commerce.

Le législateur a usé d'une image frappante pour mieux faire comprendre que les biens du débiteur répondent de ses dettes<sup>35</sup>. Cette expression métaphorique peut être utilisée à condition d'en retenir le sens ici précité.

30. La seconde partie de l'article 8 précité, énonce une règle nouvelle *"... et le prix s'en distribue entre eux par contribution"*.

La loi exprime ainsi un principe essentiel de notre ordre juridique économique, celui de l'égalité des créanciers. Le prix des biens du débiteur sera réparti entre ces derniers au marc le franc. Chaque créancier supporte, dans la proportion de ce qui lui est dû, le risque d'insolvabilité du débiteur<sup>36</sup>.

Si le législateur a ainsi formulé la base fondamentale du mode de répartition du prix de réalisation des biens du débiteur, lorsque celui-ci ne s'exécute pas volontairement, il n'a pas,

---

contractée sans condition, purement potestative. La nullité de pareille clause s'imposerait pour cette raison. (DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. VI, n° 753, p. 688).

<sup>34</sup> T'KINT, *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, Larcier, n° 65, p. 43.

<sup>35</sup> Par comparaison avec le gage véritable dont l'objet est spécialement affecté par préférence au paiement de la créance garantie du créancier gagiste.

<sup>36</sup> T'KINT, *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, Larcier, n° 84, p. 51.

cependant, précisé les situations juridiques dans lesquelles la règle de l'égalité devait s'appliquer.

Cette précision est l'œuvre de la jurisprudence de la Cour de cassation, relayée par la doctrine. Ce sont elles qui, peu à peu, ont défini les cas variables et, de plus en plus nombreux, où la répartition égalitaire s'imposait, tracé leurs figures juridiques, non encore achevées, et précisé leurs effets divers, et parfois encore discutés.

L'ensemble de ces situations juridiques se regroupe sous la notion de concours dont le professeur L. Vincent a, le premier, donné une définition devenue classique.

Selon lui, *"Il y a concours quand il y a rencontre, due à l'initiative des créanciers ou à la volonté du législateur, de prétentions contradictoires des créanciers sur un ou plusieurs biens du débiteur dont celui-ci a perdu la libre disposition"*<sup>37</sup>.

Les trois éléments essentiels de cette définition sont les suivants:

- il y a rencontre de prétentions contradictoires des créanciers,
- portant sur un ou plusieurs biens du patrimoine du débiteur, voire sur l'ensemble de ce patrimoine,
- biens ou patrimoine dont le débiteur a perdu la libre disposition.

La réunion de ces trois phénomènes caractérise la situation de concours qui déclenche elle-même la nécessité d'une répartition égalitaire du prix de réalisation forcée du ou des biens, objets du concours<sup>38</sup>. On ne peut dire dès lors que le principe d'égalité se concrétise dans la loi du concours<sup>39</sup>. C'est la situation de concours qui impose le respect du principe d'égalité.

31. Avant de décrire les différentes situations de concours, il convient de s'interroger sur la nature des prétentions contradictoires des créanciers et sur le fondement juridique de leur confrontation.

Partant de la distinction entre droits réels, opposables à tous, l'on constate que la naissance d'un droit réel modifie l'équilibre des droits existants antérieurement, précisément par son opposabilité à tous. Tous devront tenir compte du nouveau droit réel créé et le respecter. En revanche, le droit personnel, purement relatif, ne modifie nullement l'équilibre des droits préexistants. Partant, la rencontre, l'affrontement de plusieurs droits personnels est juridiquement impossible, précisément parce que de tels droits sont dépourvus d'opposabilité absolue<sup>40</sup>.

---

<sup>37</sup> VINCENT, « Chronique de jurisprudence - La publicité foncière et les sûretés réelles », *J.T.*, 1968, n° 77, p. 757.

<sup>38</sup> En ce sens, DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. VI, n° 748, p. 679.

<sup>39</sup> T'KINT, *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, Larcier, n° 84, p. 51.

<sup>40</sup> GRÉGOIRE, *Théorie générale du concours des créanciers en droit belge*, thèse, Bruylant, 1992.

Or, nous l'avons vu, la situation de concours manifeste une rencontre de prétentions contradictoires de titulaires de droits personnels. Par quel mécanisme juridique les droits relatifs peuvent-ils dès lors se trouver en conflit les uns avec les autres ?

La réponse gît dans une analyse approfondie de la jurisprudence de la Cour de cassation qui a, au fil des arrêts, reconnu puis consacré, des situations de concours.

Dans chacune de ces situations, en effet, telles que retenues par la Cour de cassation, le titulaire de droits personnels avait mis ses droits en œuvre par une poursuite individuelle sur un ou plusieurs biens du débiteur (saisies), ou par une poursuite collective exercée dans le cadre d'une institution appréhendant l'ensemble du patrimoine du débiteur (déclaration de faillite, mise en liquidation d'une société ou d'une ASBL). Tel est le critère qui a été retenu par la Cour comme générateur du concours, impliquant l'application du principe d'égalité.

Or, c'est cette mise en œuvre du droit personnel par une poursuite sur un bien, plusieurs biens ou sur tout le patrimoine du débiteur, qui confère une opposabilité absolue aux droits personnels, à l'instar de celle que possèdent, par leur nature, les droits réels.

L'on peut dès lors de désigner ces droits personnels ainsi mis en œuvre, par la notion nouvelle de droits réalisés.

32. Cette analyse conduit à justifier la règle de l'égalité, car les droits réels en conflit se départagent en principe selon la règle de l'antériorité (*prior tempore potior jure*). Le même principe régit le conflit entre un droit réel et un droit réalisé. Ainsi, l'hypothèque inscrite avant la faillite est opposable à la masse<sup>41</sup>; de la même manière, la vente d'un immeuble transcrite avant la transcription d'une saisie-exécution mobilière, est opposable au saisissant.

En revanche, puisque les droits personnels n'acquièrent d'opposabilité absolue qu'à la date de leur mise en œuvre individuelle ou collective sur le ou les biens, objets des poursuites, c'est à la date de l'événement initiateur de cette mise en œuvre que ces droits se trouvent en conflit. Les droits personnels relatifs deviennent tous au même moment, et donc tous ensemble, des droits réalisés dotés d'opposabilité absolue. Tous ensemble et au même moment ces créanciers doivent à la fois imposer leur droit aux autres créanciers et subir les droits de ces derniers. Il n'existe pas d'antériorité entre ces droits, dans une telle situation.

Il résulte de ce qui précède que c'est forcément par la règle de l'égalité que doit se résoudre pareil conflit, et que la valeur des biens, objets de la mise en œuvre par les poursuites visées ci-dessus, doit être répartie proportionnellement entre tous les créanciers, sans antériorité aucune.

Il se confirme ainsi que la règle de l'égalité n'est pas, en la matière, un principe social ou philosophique, mais qu'il s'agit d'une règle de nature technique, destinée à fournir une clé de

---

<sup>41</sup> Sous réserve des inopposabilités facultatives visées par la loi sur les faillites.

répartition de la valeur des biens du débiteur sur lesquels se produit un affrontement des créanciers, titulaires de droits réalisés, en raison d'une mise en œuvre de ces droits par une poursuite sur les biens<sup>42</sup>.

33. La question de savoir si la règle de l'égalité des créanciers relève ou non de l'ordre public ou d'une nature impérative se rattache intimement à celle qui consiste à déterminer si les causes légitimes de préférence qui y font exception légale et que vise l'article 8 de la loi hypothécaire *in fine*, sont de droit strict, ou, en d'autres termes, s'il n'existe de causes de préférence opposables aux tiers, que si la loi les établit et comme la loi les établit. Cette règle s'énonce parfois par les termes "*Pas de privilège sans texte*".

## **Section 2. Principaux cas d'application de la notion de concours**

34. Les principales situations de concours sont les suivantes:

1. la saisie,
2. la faillite,
3. la mise en liquidation d'une société commerciale ou d'une ASBL,
4. l'acceptation d'une succession sous bénéfice d'inventaire,
5. la succession vacante,
6. le règlement collectif de dettes,

Ainsi, la situation de concours peut naître de l'initiative individuelle d'un créancier (saisie, assignation en faillite), du débiteur (aveu de faillite, cession de biens, demande en règlement collectif de dettes) ou d'un ayant cause du débiteur (héritier acceptant sous bénéfice d'inventaire).

Elle peut frapper un seul bien du débiteur (saisie d'un meuble, d'un immeuble, d'une créance) ou encore un groupe de biens appartenant ou ayant appartenu à ce dernier (saisie de tous les meubles ou de toutes les créances, bénéfice d'inventaire qui ne s'étend qu'à l'actif successoral), voire appréhender tout le patrimoine du débiteur (faillite, mise en liquidation, règlement collectif de dettes).

Enfin, la situation de concours est réglementée par la loi avec une intensité, des précisions et des détails variables selon le cas.

Ainsi, si la loi sur les faillites organise plus ou moins bien la situation de concours issue du jugement déclaratif, les principes régissant le concours en cas de saisie ou de mise en liquidation sont plus incertains et résultent principalement de l'œuvre de la jurisprudence de la Cour de cassation et de la doctrine (pour la saisie notamment).

---

<sup>42</sup> STRANART, « Rapport de synthèse, Les sûretés », Colloque de Bruxelles, *Feduci*, 1984, p. 569.

35. En réalité, la notion même de concours est largement le fruit des enseignements de la jurisprudence de la Cour de cassation et des réflexions de la doctrine.

C'est précisément pourquoi, notamment, chaque situation de concours obéit à des règles qui lui sont propres, parfois incomplètes, fragmentaires ou en contradiction avec d'autres principes.

C'est pourquoi également la notion de concours est encore en voie d'évolution, à tout le moins dans la pratique et devant les cours et tribunaux, car la doctrine, quant à elle, s'est attachée à tracer la voie de cette évolution et à faire une synthèse des principaux traits caractéristiques du concours afin de dégager un véritable droit commun du concours<sup>43</sup>.

## **A. La saisie**

### § 1. Définition – Généralités

36. La saisie est la mesure légale d'initiative individuelle et dont la procédure est réglée par la loi, par laquelle le créancier met en œuvre son droit de gage général, ou prépare cette mise en œuvre, sur un ou plusieurs biens du débiteur<sup>44</sup>.

37. On classe les saisies selon le bien auquel elles s'appliquent: saisie mobilière, saisie immobilière, saisie-arrêt pour les créances, principalement<sup>45</sup>.

On distingue ainsi la saisie conservatoire de la saisie-exécution.

### § 2. La saisie conservatoire

38. La saisie conservatoire tend à mettre les biens sur lesquels elle porte "à l'abri des périls auxquels les agissements du débiteur les exposent"<sup>46</sup>.

39. Pour pouvoir la pratiquer valablement, le créancier doit être muni d'une créance certaine et exigible, liquide ou susceptible d'une estimation provisoire (article 1415, alinéa 1<sup>er</sup> du Code judiciaire). L'exigence de certitude de la créance vise l'existence d'une créance

---

<sup>43</sup> Voyez à cet égard, GRÉGOIRE, *Théorie générale du concours des créanciers en droit belge*, n° 590 et suivantes, p. 427 et suivantes, ainsi que les nombreux travaux.

<sup>44</sup> DE LEVAL, *Traité des saisies* et la bibliographie citée.

<sup>45</sup> Il faut ajouter à cette classification essentielle la saisie-gagerie (article 1461 du Code judiciaire) et la saisie-revendication (articles 1426 à 1466 du Code judiciaire), deux formes de saisies mobilières conservatoires accordées au bailleur d'immeuble pour protéger son privilège, ainsi que d'autres formes de saisie plus particulières, saisie-brandon et saisie-description.

<sup>46</sup> GRÉGOIRE, *Théorie générale du concours des créanciers en droit belge*, n° 531, p. 378 et les références.



possédant une apparence de fondement suffisant pour justifier la saisie, et qui ne soit pas sérieusement contestée.

Elle n'est admise que dans les cas qui requièrent célérité (article 1413 du Code judiciaire), c'est-à-dire si la créance du saisissant est en péril.

L'exigence de célérité suppose que le créancier a de justes motifs de craindre que son débiteur se trouve dans une situation telle qu'il ne pourra répondre de sa dette et que, faute de cette saisie, la chose risquerait de n'être pas conservée. Le rôle du juge des saisies consiste à aménager une situation d'attente qui combine au mieux le légitime souci du créancier d'assurer la récupération de sa créance et l'impact qu'une saisie conservatoire peut avoir sur la situation du débiteur<sup>47</sup>.

40. La saisie conservatoire est soumise enfin à l'autorisation préalable du juge des saisies (à solliciter par requête unilatérale – article 1413 du Code judiciaire) sauf si le créancier bénéficie d'un jugement même non exécutoire (article 1414 du Code judiciaire) et sauf en cas de saisie-arrêt, où le créancier peut agir sans autorisation sur la base d'un titre authentique ou privé (article 1445 du Code judiciaire).

41. La saisie conservatoire a pour effet de frapper le bien saisi d'une indisponibilité totale. Le débiteur saisi en demeure certes propriétaire mais il ne peut plus disposer du bien librement (interdiction de vente, de mise en gage, de constitution d'hypothèque<sup>48</sup>, interdiction faite au tiers saisi de se dessaisir au profit du débiteur des créances saisies entre ses mains). Le débiteur conserve néanmoins la jouissance du bien saisi dont il continue à percevoir les fruits<sup>49</sup>.

Par la saisie conservatoire, le bien est maintenu dans le patrimoine du débiteur afin qu'il ne puisse échapper aux poursuites exécutoires du créancier saisissant, voire de tous les autres créanciers.

Cet effet d'indisponibilité se produit dès l'acte de saisie lui-même pour la saisie mobilière conservatoire et pour la saisie-arrêt conservatoire (exploit de saisie signifié au débiteur ou notification par le greffe de l'ordonnance d'autorisation de saisir prononcée par le juge des saisies, avec notification de la requête en autorisation déposée par le créancier)<sup>50</sup>.

---

<sup>47</sup> Liège, 18 mai 2004, *J.T.*, 2004.

<sup>48</sup> GRÉGOIRE, *Théorie générale du concours des créanciers en droit belge*, n° 531 à 533, p. 378 à 380; T'KINT, *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, n° 32 et 33, p. 27.

<sup>49</sup> GRÉGOIRE, *Théorie générale du concours des créanciers en droit belge*, n° 534, p. 381; T'KINT, *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, Larcier, n° 33, p. 27.

<sup>50</sup> L'indisponibilité totale signifie que tout le bien saisi répond des causes de la saisie, quel que soit le montant de ces dernières. Le trait essentiel de la saisie s'illustre particulièrement en matière de saisie-arrêt par exemple. Comme le créancier peut valablement saisir toutes créances existantes dues ou à devoir – fussent-elles à terme, conditionnelles, voire même éventuelles – (ex. saisie-arrêt de tous les soldes créditeurs détenus par une banque au nom de son client titulaire des comptes et débiteur saisi)

Il y a lieu dès la transcription de l'exploit de saisie immobilière au bureau de la conservation des hypothèques de la situation des biens (article 1433 du Code judiciaire) pour la saisie immobilière.

L'indisponibilité quant au bien saisi est totale quel que soit le montant de la créance du saisissant. La saisie-arrêt porte sur l'ensemble du solde créancier d'un compte bancaire, même lorsque celui-ci est un compte joint, appartenant au saisi et à un autre client de la banque<sup>51</sup>.

Le débiteur soucieux de libérer le bien saisi conservatoirement de l'indisponibilité totale, peut recourir à la procédure du cantonnement prévue par le Code judiciaire (articles 1403 et suivants), et se voir autorisé à consigner un montant suffisant pour répondre des causes de la saisie en principal, intérêts et frais, soit à la Caisse des dépôts et consignations, soit, le plus souvent, entre les mains d'un séquestre agréé ou commis par le juge (l'huissier instrumentant, ou un organisme bancaire choisi par les parties)<sup>52</sup>. Comme pour toute saisie, il peut également contester l'opportunité ou le bien fondé de la mesure en s'y opposant devant le juge des saisies. Ce recours n'est ouvert qu'au saisi, et non par exemple, à son ex-conjoint, même s'il pâtit de la saisie<sup>53</sup>.

43. La saisie conservatoire ne sert qu'à assurer le maintien du bien dans le patrimoine du débiteur.

Elle n'emporte pas expropriation du débiteur et ne conduit pas à la vente forcée.

La saisie conservatoire ne crée donc pas une situation de concours, puisqu'elle ne conduit à aucun affrontement réciproque des prétentions contradictoires des créanciers sur le prix de réalisation des biens saisis. Elle n'emporte pas la fusion du droit de créance et des prétentions du créancier sur le bien saisi. Le droit de créance du créancier saisissant conservatoirement ne bénéficie pas du phénomène de réalisation faisant passer le droit de créance de l'état de droit relatif à celui d'opposabilité absolue<sup>54</sup>.

44. Enfin, la saisie conservatoire n'assure aucune préférence au créancier saisissant pour le paiement de sa créance<sup>55</sup>. Ce dernier devra subir le concours provoqué par l'exécution forcée et la vente des biens saisis.

---

par le tiers saisi au débiteur saisi, une disproportion peut se manifester entre l'assiette de la saisie et les causes de celle-ci (ex. blocage de tous soldes créanciers figurant aux comptes d'une entreprise).

<sup>51</sup> Bruxelles, 3 avril 1996, *R.W.*, 1996-1997, p. 227 ; voir aussi GRÉGOIRE, « La succursale bancaire confrontée à la saisie-arrêt » in *Les succursales bancaires*, Cahier AEDBF, Bruylant, 1996, p.252.

<sup>52</sup> GEORGES, « Cantonnements et consignations », *J.T.*, 2004, pp. 125 et ss.

<sup>53</sup> Mons, 12 décembre 1995, *J.T.*, 1996, p. 326.

<sup>54</sup> GRÉGOIRE, *Théorie générale du concours des créanciers en droit belge*, Larcier, n° 540, p. 388.

<sup>55</sup> Le créancier pourrait, si les conditions sont réunies, bénéficier du privilège des frais de justice pour le prélèvement par préférence sur le prix de réalisation, de ses frais de saisie.

### § 3. La saisie-exécution

45. La saisie conservatoire ne sert qu'à assurer le maintien du bien dans le patrimoine du débiteur.

Le débiteur demeure propriétaire des biens saisis jusqu'à la vente. Il en conserve même la possession, mais il en perd la jouissance (articles 1573 et 1574 du Code judiciaire). Ainsi la disparition des biens mobiliers frappés d'une saisie-exécution mobilière est punie dans le chef du débiteur, des peines du détournement (article 507 du Code pénal).

En cas de saisie-exécution immobilière par exemple, les loyers de l'immeuble saisi sont immobilisés au profit du créancier saisissant (article 1576 du Code judiciaire). Si le débiteur saisi les perçoit, il en est comptable et les sommes font partie de la répartition du produit de la vente<sup>56</sup>. Le débiteur devient, de la sorte, en quelque manière, le séquestre des biens saisis<sup>57</sup>.

47. Pour pratiquer valablement une saisie-exécution, le créancier doit être en possession d'un titre exécutoire, c'est-à-dire d'un acte revêtu de la formule exécutoire apposée, au nom du Roi, selon le cas par le greffier, le notaire ou le fonctionnaire compétent, et requérant la force publique de prêter main forte, s'il échet, à l'exécution<sup>58</sup>.

Il s'agit des décisions judiciaires exécutoires par provision (article 1397 du Code judiciaire) ou ayant acquis force exécutoire à l'expiration des délais d'appel ou d'opposition, ou en l'absence de tels recours, ou encore qui ne sont plus susceptibles de recours ordinaires (par exemple, les arrêts d'appel).

Il s'agit encore des actes notariés contenant la reconnaissance par le débiteur d'une créance devenue exigible selon les termes de l'acte (par exemple, un acte de prêt ou d'ouverture de crédit consentis par acte notarié et contenant affectation hypothécaire avec mention suffisante de la créance ainsi garantie).

Il s'agit enfin de certains actes administratifs exécutoires par leur nature même (par exemple, une contrainte fiscale)<sup>59</sup>.

---

<sup>56</sup> GRÉGOIRE, *Théorie générale du concours des créanciers en droit belge*, n° 539, p. 387.

<sup>57</sup> T'KINT, *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, n° 72, p. 47.

<sup>58</sup> T'KINT, *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, n° 75, p. 47.

<sup>59</sup> T'KINT, *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, n° 75, p. 48. Par un arrêt du 10 octobre 2002 (C01.0067/F), la Cour de cassation a décidé que le commandement signifié par l'Etat belge en matière fiscale à un contribuable ne peut avoir l'effet interruptif de prescription prévu à l'article 2244 du Code civil, que s'il constitue le premier acte d'exécution d'un titre exécutoire et s'il existe, à charge du contribuable, une dette d'impôt incontestablement due.

En cas de contestation de la dette visée par la contrainte fiscale, le fisc, si les conditions en sont réunies, peut pratiquer saisie conservatoire. Celle-ci doit être levée cependant si l'Administration tarde à instruire et à faire trancher la contestation élevée par le contribuable<sup>60</sup>.

48. La saisie-exécution mobilière se pratique par un exploit de saisie dressé par l'huissier instrumentant, au domicile du débiteur saisi ou chez un tiers, et contenant une description sommaire des meubles corporels appartenant au débiteur et frappés par la mesure (article 1506 du Code judiciaire).

49. La saisie-arrêt exécution a lieu par la signification d'un exploit de saisie faite d'abord au tiers saisi (le débiteur de la créance saisie), et lui faisant obligation de déclarer ce qu'il doit au saisi, lui faisant interdiction de se dessaisir de l'assiette de la saisie, et lui faisant injonction de vider ses mains entre celles de l'huissier instrumentant, conformément à l'article 1543 du Code judiciaire.

Les effets de la saisie-arrêt se produisent dès l'acte de saisie décrit ci-dessus.

Cet exploit signifié préalablement au tiers saisi doit être ensuite dénoncé au débiteur saisi, dans les huit jours (article 1539, alinéa 5 du Code judiciaire).

50. La saisie-exécution immobilière peut être précédée de la signification au débiteur d'un exploit contenant un commandement de payer, lequel peut être transcrit au bureau de la conservation des hypothèques, s'il contient l'indication que faute d'y satisfaire il sera procédé à la saisie-exécution des immeubles qu'il indique.

Dès cette transcription, se produit l'indisponibilité de l'immeuble saisi par l'inopposabilité au saisissant des actes d'aliénation ou de constitution d'hypothèque, ainsi que des baux contractés par le débiteur saisi et qui n'auraient acquis date certaine qu'après cette transcription) (articles 1575 et 1577 du Code judiciaire).

La saisie-exécution immobilière proprement dite se réalise par la signification au débiteur propriétaire de l'immeuble, d'un exploit de saisie, lequel doit être transcrit au bureau de la conservation des hypothèques compétent, pour que la saisie produise ses effets, tant envers le débiteur (immobilisation des fruits, en vertu de l'article 1576 du Code judiciaire, paralysie du droit, d'aliéner, etc.) qu'envers les tiers (inopposabilité au créancier saisissant des actes d'aliénation ou de constitution d'hypothèque relativement à l'immeuble saisi).

---

<sup>60</sup> Civ. Liège (saisies), *J.L.M.B.*, 2002, p. 1528, note DE LEVAL, « Procéduralisation de la célérité en cas de saisie conservatoire ».

51. Quelle que soit sa nature (saisie-arrêt, mobilière ou immobilière), la saisie-exécution ne confère aucun droit de préférence, ni aucune priorité de paiement au créancier saisissant<sup>61</sup>.

#### § 4. Caractères de la saisie-exécution dans ses rapports avec le concours

52. Comme on le voit, la saisie-exécution constitue une mise en œuvre du droit de gage général du créancier, d'origine individuelle. Comme telle – et si le créancier demeure en conflit avec le débiteur seulement – la saisie-exécution ne crée pas une situation de concours.

Cependant, cette mesure individuelle possède une vocation collective. Celle-ci découle du droit reconnu par le Code judiciaire à tout créancier, de s'associer à une poursuite antérieurement pratiquée, et de concourir à la distribution du prix de réalisation du bien saisi, le créancier saisissant ne jouissant d'aucun privilège<sup>62</sup>.

Cette vocation collective se manifeste, dans le Code judiciaire, au travers des règles applicables à la procédure conduisant à la répartition des deniers issus de la vente des biens mobiliers saisis (distribution par contribution - article 1627 du Code judiciaire), et, en ce qui concerne les immeubles, dans la procédure applicable au processus de distribution du prix résultant de l'adjudication de l'immeuble saisi (ordre - articles 1639 et suivants du Code judiciaire).

Ces règles et procédures régissent les conditions de participation d'autres créanciers à cette répartition ou à cette distribution.

53. La participation d'autres créanciers du débiteur saisi à une saisie existante (qui peut être pratiquée d'ailleurs par un créancier chirographaire ou muni d'une cause légitime de préférence sur le ou les biens saisis), peut être elle-même le fait d'un créancier chirographaire comme celui d'un créancier également muni d'une cause légitime de préférence sur le bien saisi. La répartition du produit de la vente forcée sur saisie devra évidemment tenir compte du respect des causes légitimes de préférence.

54. L'efficacité en est renforcée par le système de publicité des saisies, organisé par le Code judiciaire, et permettant aux créanciers de faire valoir leurs droits en temps utile<sup>63</sup>.

---

<sup>61</sup> Liège, 22 décembre 1995, *J.L.M.B.*, 1996, p. 468.

<sup>62</sup> STARNART, « Les voies d'exécution - Développements récents », *Cahiers de droit judiciaire*, 1991, p. 74.

<sup>63</sup> Sur tout ce qui précède, voyez GRÉGOIRE, *Théorie générale du concours des créanciers en droit belge*, n° 517, p. 365.

§ 5. Conditions de participation d'autres créanciers à la saisie mobilière ou à la saisie-arrêt effectuée par un créancier premier saisissant<sup>64</sup>

55. En cas de saisie mobilière, le créancier informé de l'existence de la première saisie peut :

- soit recourir à une saisie concurrente sur les biens déjà saisis,
- soit se borner à former opposition sur le prix de la vente des biens saisis,
- soit procéder à une saisie par récolement portant sur les meubles et effets non couverts par la première saisie.

Le créancier qui pratique une nouvelle saisie mobilière sur les meubles antérieurement saisis participe de plein droit à la procédure de distribution par contribution organisée par l'article 1627 du Code judiciaire<sup>65</sup>.

Ce créancier saisissant doit être invité par l'huissier, quinze jours au plus tard après la vente des biens ou la saisie des deniers, à faire la déclaration de sa créance et à en apporter la justification en principal, intérêts et frais, avec mention, s'il échet, de la cause de préférence invoquée.

Si l'un des créanciers saisissants n'a fait qu'une saisie conservatoire (parce qu'il ne dispose pas encore de titre exécutoire), la répartition des droits respectifs de chacun tient compte de la créance de ce créancier, dont le montant est provisoirement consigné pour être distribué ultérieurement dans les mêmes formes, s'il échet (article 1628, alinéa 2 du Code judiciaire).

Outre le droit de participer à une saisie existante, le créancier saisissant subséquent dispose du droit d'être subrogé dans les droits du premier saisissant, si ce dernier ne diligente pas sa procédure pour la mener à son terme normal, la vente (article 1524, alinéa 2 du Code judiciaire)<sup>66</sup>.

Enfin, aucune mainlevée de la première saisie ne peut être accordée sans l'accord du créancier saisissant subséquent (article 1524 du Code judiciaire).

Le créancier qui s'est contenté de faire opposition sur le prix du produit de réalisation des biens saisis ou des deniers saisis, participe également à la distribution par contribution de ce prix. L'huissier instrumentant doit également, en effet, inviter les créanciers opposants à déclarer leurs créances (article 1627 du Code judiciaire).

---

<sup>64</sup> Pour tout ce qui suit, consulter outre les ouvrages spécialisés de droit judiciaire ou les monographies consacrées au droit de l'exécution forcée, GRÉGOIRE, *Théorie générale du concours des créanciers en droit belge*, n° 521, p. 369 et les références.

<sup>65</sup> Cass., 11 avril 1997, R.W., 1997, p. 186.

<sup>66</sup> GRÉGOIRE, *Théorie générale du concours des créanciers en droit belge*, n° 522, p. 370, note 725 et les références.

La mainlevée de la saisie initiale ne pourra être donnée sans l'accord de ces créanciers (article 1524, alinéa 2 du Code judiciaire).

En revanche, les créanciers simplement opposants ne peuvent se faire subroger dans les droits de poursuite du premier saisissant qui serait négligent<sup>67</sup>.

Le créancier qui saisit par récolement bénéficie, quant à lui, de l'ensemble des droits du créancier premier saisissant (participer aux répartitions dans la distribution du prix, s'opposer à la mainlevée de la saisie initiale, diligenter la saisie initiale par subrogation dans les droits du premier saisissant).

56. En cas de saisie-arrêt, la participation par d'autres créanciers à la répartition des deniers issus du paiement par le tiers saisi, de la créance saisie-arrêtée entre les mains de l'huissier de justice instrumentant, peut se faire par voie de simple opposition entre les mains dudit huissier, ou par une autre saisie-arrêt<sup>68</sup>.

Tout comme la saisie mobilière conservatoire, la saisie-exécution mobilière frappe le bien saisi d'indisponibilité<sup>69</sup>.

Le débiteur demeure certes propriétaire des biens saisis, et il en conserve même la possession, mais il est puni des peines répressives du détournement (article 507 du Code pénal) s'il déplace physiquement, aliène (même sans déplacement), ou engage ses biens.

En vertu de l'article 1510 du Code judiciaire, l'huissier de justice peut vérifier à chaque fois qu'il lui semble opportun, ou s'il est requis par le créancier saisissant, l'existence et l'état des objets saisis.

Cette indisponibilité est destinée à maintenir la substance des biens saisis, jusqu'à la vente.

57. La saisie-arrêt frappe le bien saisi d'une indisponibilité particulièrement intense puisqu'elle a lieu entre les mains d'un tiers. Le tiers saisi ne peut ni se libérer entre les mains du débiteur saisi, ni payer un autre créancier de celui-ci, ni compenser sa propre dette vis-à-vis de ce débiteur avec une créance à charge de ce dernier (article 1298 du Code civil).

L'indisponibilité frappant la créance saisie-arrêtée implique que toute cession et toute mise en gage de ladite créance, consenties postérieurement à la saisie-arrêt, soient inopposables au créancier saisissant.

---

<sup>67</sup> GRÉGOIRE, *Théorie générale du concours des créanciers en droit belge*, n° 523, p. 370, note 726 et les références.

<sup>68</sup> GRÉGOIRE, *Théorie générale du concours des créanciers en droit belge*, n° 526, p. 371 et les références.

<sup>69</sup> GRÉGOIRE, *Théorie générale du concours des créanciers en droit belge*, n°535 et suivants, p. 381 et suivantes.

De même sont inopposables à ce dernier une cession ou une mise en gage qui auraient été consenties antérieurement à l'acte de saisie-arrêt, mais qui seraient signifiées au débiteur de la créance cédée (article 1690 du Code civil) ou nantie (article 2075 du Code civil) postérieurement à cet acte<sup>70</sup>. Il s'agit d'une application de la règle de l'antériorité<sup>71 72</sup>.

L'indisponibilité de la créance saisie-arrêtée entre les mains du tiers saisi est rendue particulièrement efficace par la peine privée mise à sa charge par l'article 1542 du Code judiciaire : en cas de méconnaissance de l'indisponibilité<sup>73</sup>, le tiers saisi peut être condamné à payer au saisissant le montant de la créance pour laquelle la saisie a eu lieu, outre les frais.

Les conditions d'une telle condamnation sont toutefois strictes. Le juge des saisies doit apprécier l'opportunité d'une condamnation du tiers saisi comme débiteur pur et simple des causes de la saisie, tant dans son principe que dans son étendue. L'absence de déclaration ou le retard apporté à cette déclaration n'entraînent pas automatiquement la condamnation du tiers saisi même si cette absence ou ce retard proviennent d'une négligence. Il faut encore que le juge des saisies considère cette négligence comme coupable, c'est-à-dire inadmissible dans le chef du tiers saisi quant à l'étendue de l'éventuelle condamnation et que la négligence ait été de nature à porter préjudice au créancier<sup>74</sup>.

L'indisponibilité a pour but de permettre au saisissant d'exiger du tiers, au terme de la procédure, le versement du montant de la créance saisie-arrêtée entre les mains de l'huissier de justice instrumentant (article 1543 du Code judiciaire). Il appartient à l'huissier de régler les problèmes liés au concours<sup>75</sup>. S'il décidait d'effectuer ce versement directement entre les mains d'un des saisissants, le tiers saisi risquerait d'engager sa responsabilité<sup>76</sup>.

58. La participation d'autres créanciers à une saisie mobilière ou à une saisie-arrêt initiale, et donc la vocation collective de ce type de mise en œuvre du droit de gage général des créanciers, est facilitée par la publicité de telles saisies, prescrites par le Code judiciaire, qui a innové à cet égard.

---

<sup>70</sup> GRÉGOIRE, *Théorie générale du concours des créanciers en droit belge*, n° 536, p. 383 et la note 770.

<sup>71</sup> Il y a exception à la règle de l'antériorité lorsqu'une saisie-arrêt (ou une délégation de sommes) intervient en vue de l'exécution d'une obligation alimentaire, alors même que la créance saisie-arrêtée (en général une rémunération) aurait déjà fait l'objet d'une cession consentie et signifiée antérieurement à l'acte de saisie du créancier d'aliments (Cass., 14 septembre 1989, *J.L.M.B.*, 1989, p. 1438; GRÉGOIRE, *Théorie générale du concours des créanciers en droit belge*, n° 536, p. 385 et les références note 773). La saisie-arrêt pour cause d'aliments épuise à elle seule la quotité saisissable de la rémunération, fût-ce au mépris d'une cession de rémunération antérieurement rendue opposable. Il s'agit d'un "super privilège" octroyé au créancier d'aliments par la jurisprudence de la Cour de cassation.

<sup>72</sup> Civ. Anvers, 29 septembre 1992, *R.W.*, 1992-1993, p. 517.

<sup>73</sup> Comme en cas de méconnaissance de l'obligation de déclarer le montant de la créance saisie-arrêtée dans le délai légal et avec exactitude.

<sup>74</sup> Civ. Liège (saisies), 4 décembre 1991, *J.L.M.B.*, 1992, p. 891.

<sup>75</sup> Civ. Anvers, 4 mai 1993, *R.W.*, 1993-1994, p. 960, note BROECKX ; Cass., 17 novembre 1995, *J.L.M.B.*, 1996, p. 456.

<sup>76</sup> Civ. Liège (saisies), 28 juin 1993, *J.L.M.B.*, 1994, p. 567.



En vertu de l'article 1390 du Code judiciaire, dans les vingt-quatre heures de la saisie, un avis de saisie <sup>77</sup> est adressé au fichier des avis de saisie, de délégation, de cession et de règlement collectif de dettes<sup>78</sup>.

Cet avis relate, notamment, l'identité et le domicile du saisissant et du saisi, la date et le lieu de la saisie.

L'avis est conservé pendant un délai de trois ans seulement, sauf renouvellement (article 1390, alinéa 4 du Code judiciaire). Au-delà, il est périmé.

#### § 6. Conditions de participation d'autres créanciers à la saisie immobilière effectuée par un créancier premier saisissant

59. Comme on le sait, le créancier premier saisissant (sur saisie-exécution) d'un immeuble, doit faire précéder sa saisie d'un commandement de payer signifié au futur saisi, par exploit d'huissier (article 1564 du Code judiciaire).

Si ce commandement énonce que, faute d'y satisfaire, le ou les immeubles qu'il indique seront saisis, le commandement peut être transcrit au bureau de la conservation des hypothèques de la situation des biens.

60. La transcription du commandement vaut pour six mois (article 1565, alinéa 3 du Code judiciaire).

La saisie-exécution immobilière ne pourra être faite que quinze jours après le commandement (article 1566 du Code judiciaire), mais elle doit intervenir au plus tard dans les six mois de la date de ce dernier (article 1567 du Code judiciaire).

La saisie-exécution elle-même a lieu par exploit d'huissier qui doit être transcrit dans les quinze jours de sa signification au débiteur saisi, au bureau de la conservation des hypothèques de la situation du bien (articles 1567 et 1569 du Code judiciaire).

La transcription de l'exploit de saisie ne vaut que pour trois ans, sauf renouvellement (article 1569, alinéa 2 du Code judiciaire).

61. Tant la transcription du commandement que celle de l'exploit de saisie, produisent certains effets d'indisponibilité caractérisant la notion de concours, et notamment:

---

<sup>77</sup> Un publicité analogue existe pour les délégations de sommes.

<sup>78</sup> FORGES, *Les saisies et les cessions après la modification des articles 1390 et 1391 du Code judiciaire (loi du 14 janvier 1993, D.A.O.R., n°31, pp. 53 et ss. ; jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi du 29 mai 2000, telle que modifiée par la loi du 27 mars 2003, non encore intervenue à ce jour, les avis doivent encore être adressés au greffe du tribunal de première instance.*

- à partir de la saisie, constitution du saisi (demeuré néanmoins propriétaire) comme séquestre du bien saisi (article 1572 du Code judiciaire),
- immobilisation des fruits de l'immeuble recueillis par le saisi postérieurement à l'exploit saisi, au profit du saisissant, pour être distribuée avec le prix (articles 1573 et 1576 du Code judiciaire)<sup>79</sup>,
- inopposabilité des baux sans date certaine avant la transcription du commandement ou de la saisie, et des baux même avec date certaine, mais consentis après la transcription du commandement ou de la saisie, notamment (article 1575 du Code judiciaire),
- inopposabilité des actes d'aliénation ou de constitution d'hypothèque accomplis par le débiteur après la transcription du commandement ou de l'exploit de saisie (article 1577 du Code judiciaire).

62. Les créanciers admis à participer à la distribution du prix de vente (ou prix d'adjudication) de l'immeuble saisi par une saisie-exécution immobilière initiale, en prenant part à la procédure d'ordre (articles 1639 et suivants du Code judiciaire) qui règle cette distribution, sont les suivants:

- le créancier ayant fait transcrire un commandement, même postérieurement à la saisie-exécution initiale (article 1582 du Code judiciaire),
- les créanciers bénéficiant de l'inscription d'une hypothèque ou d'un privilège immobilier sur l'immeuble saisi (article 1582 du Code judiciaire),
- les créanciers munis d'un titre exécutoire faisant opposition sur le prix de la vente de l'immeuble saisi entre les mains du notaire chargé de celle-ci.

63. Le caractère collectif de la saisie-exécution immobilière est particulièrement souligné en ce qui concerne certains créanciers par les textes même du Code judiciaire:

- ainsi en va-t-il de l'article 1582 du Code judiciaire, disposant que le cahier des charges de l'immeuble saisi, contient délégation du prix à provenir de la vente, au profit des créanciers inscrits ou ayant fait transcrire un commandement,
- ainsi en va-t-il encore de l'article 1584 du Code judiciaire, disposant que la poursuite initiale devient commune aux créanciers inscrits ou ayant fait transcrire un commandement, à dater de la mention en marge de la transcription de l'exploit de la saisie initiale, de la sommation faite aux créanciers susvisés, en vertu de l'article 1582 du Code judiciaire, d'avoir à prendre communication du cahier des charges de l'immeuble,
- ainsi en va-t-il enfin de l'article 1642 du Code judiciaire invitant les créanciers munis d'un titre exécutoire à faire opposition sur le prix

64. La participation à une saisie-exécution immobilière initiale confère les avantages suivants<sup>80</sup>:

---

<sup>79</sup> Anvers, 20 décembre 1994, *Tijd. Not.*, 1996, p. 179, note MICHIELS.

- percevoir une part du produit de réalisation du prix de l'immeuble, compte étant tenu de l'ordre des causes de préférence sur cet immeuble (et donc sur son prix), et à concurrence du montant de la créance participante,
- pour le créancier inscrit ou le créancier ayant fait transcrire un commandement, pouvoir requérir le notaire de vendre l'immeuble si le premier saisissant ne procède pas à cette réquisition (article 1586 du Code judiciaire),
- pour le créancier inscrit ou le créancier ayant fait transcrire un commandement, avoir le droit de s'opposer à la radiation de la première saisie du jour où celle-ci leur est devenue commune (article 1586 du Code judiciaire),
- pour le créancier inscrit ou le créancier ayant fait transcrire un commandement, avoir le droit de s'opposer à la radiation de la première saisie du jour où celle-ci leur est devenue commune (article 1584, alinéa 2 du Code judiciaire). En effet, le paiement de la dette du premier saisissant qui serait désintéressé par ailleurs, ne peut désormais priver les créanciers susvisés du bénéfice de la saisie devenue commune et qui doit se poursuivre à leur profit,
- si la saisie initiale a été radiée, le plus diligent des créanciers subséquents peut faire transcrire, dans les quinze jours, son propre exploit de saisie-exécution immobilière pour faire vendre l'immeuble (article 1612 du Code judiciaire),
- enfin, si la saisie initiale n'est pas diligentée normalement, le créancier subséquent peut se faire subroger par le juge des saisies dans la première poursuite, qu'il reprend à partir du dernier acte valable.

65. La publicité de la saisie-exécution immobilière résulte – on l'a vu – de la transcription de l'exploit de saisie immobilière au bureau de la conservation des hypothèques du lieu de la situation de l'immeuble, voire même de la transcription du commandement préalable à saisie-exécution immobilière.

La publicité des hypothèques et des privilèges immobiliers soumis à cette mesure, facilite également la participation des créanciers hypothécaires et privilégiés, à la poursuite et à la répartition au prix de vente de l'immeuble.

#### § 7. Conclusions sur la saisie dans ses rapports avec le concours

66. Ce qui précède a démontré que la saisie-exécution, d'initiative individuelle, possède une vocation collective, procédant du droit de tout créancier de s'associer, selon des modalités diverses, à une poursuite antérieure et de participer à la distribution du prix: la saisie manifeste donc bien le premier critère requis de la situation de concours, à savoir,

---

<sup>80</sup> GRÉGOIRE, *Théorie générale du concours des créanciers en droit belge*, n° 528, p. 376 et les références citées.

l'affrontement réciproque de prétentions contradictoires des créanciers sur un élément du patrimoine du débiteur<sup>81</sup>.

Cet affrontement est véritablement réciproque puisque la saisie ne confère aucun privilège, aucune priorité au créancier premier saisissant qui a entamé la poursuite.

67. La situation de saisie illustre également le second critère requis pour caractériser le concours, à savoir l'indisponibilité du bien.

Dans tous les cas examinés ci-dessus, le bien saisi est en effet, selon des modalités propres, indisponible entre les mains du débiteur: celui-ci en a perdu la libre disposition.

Cette indisponibilité est totale, en ce que la saisie appréhende la totalité du bien saisi, quel que soit le montant de la créance du saisissant.

Dans l'état actuel du droit positif<sup>82</sup>, on décide cependant que l'indisponibilité n'est que relative, en ce sens qu'elle n'a lieu qu'au profit du créancier saisissant et des créanciers qui se sont associés, dans les cas et selon les modalités décrits ci-dessus, à la poursuite originaire avant un acte de disposition du débiteur.

En effet, la saisie ne dépouille pas le saisi de son droit de propriété sur le bien. Elle interdit seulement au saisi de disposer du bien au préjudice des saisissants et des créanciers qui se sont associés aux premières poursuites, avant l'acte de disposition éventuel.

## **B. Le règlement collectif de dettes**

### **§ I. Introduction – Problèmes soulevés par la situation antérieure**

68. L'insolvabilité des personnes physiques non commerçantes ne faisait l'objet d'aucun régime organisé comparable à la faillite, au concordat ou à la liquidation des personnes morales.

Le droit commun des saisies exclusivement s'appliquait donc exclusivement aux conséquences de l'endettement inassumé des personnes physiques civiles. Les règles formant ce régime général se trouvent inscrites à la cinquième partie du Code judiciaire, intitulée auparavant "*Saisies conservatoires et voies d'exécution*" et désormais "*Saisies conservatoires, voies d'exécution et règlement collectif de dettes*".

---

<sup>81</sup> LINSMEAU, « Le concours, les saisies multiples et leurs solutions » in *Les voies conservatoires et d'exécution – Bilan et perspectives* » J.B., Bruxelles, 1982, pp. 287 et ss.

<sup>82</sup> Sur ce qui suit, voyez GRÉGOIRE, *Théorie générale du concours des créanciers en droit belge*, n° 543 et suivants, p. 390 et suivantes.

Ce qui caractérise la mise en oeuvre des saisies conservatoires ou des saisies-exécutions, c'est l'origine individuelle de leur intentement: un seul créancier prend l'initiative de saisir un ou plusieurs biens de son débiteur. De surcroît, l'assiette de la saisie est limitée et ne couvre pas l'ensemble des actifs du saisi.

69. Certes, le Code judiciaire a pris soin, par diverses mesures de publicité (articles 1390, 1390 bis, 1390 ter, 1390 quater et 1391 du Code judiciaire) et l'établissement de schémas ordonnés de répartition, d'assurer aux effets de l'exécution forcée par saisie un caractère collectif. Les créanciers ne se trouvant pas à l'origine de la saisie peuvent s'y joindre relativement facilement, en participant à la distribution des deniers provenant de la poursuite, et cela qu'il s'agisse d'un saisie-arrêt exécution, d'une saisie-exécution mobilière ou d'une saisie-exécution immobilière. Dans les deux premiers cas, la distribution par contribution (articles 1627 à 1638 du Code judiciaire) préside aux répartitions des fonds entre les divers créanciers concernés; dans le troisième, c'est la procédure d'ordre (articles 1639 à 1654 du Code judiciaire) qui gouverne le processus<sup>83</sup>.

70. Malgré ces traces significatives de la collectivité d'intérêts organisée dans le droit commun de l'exécution, il demeurerait que, pour les personnes physiques non commerçantes, aucune procédure ne permettait à un gestionnaire de l'exécution, qu'il s'agisse de l'huissier de justice – chargé de présider au bon déroulement de la saisie-arrêt exécution et de la saisie-exécution mobilière –, ou du notaire – chargé quant à lui des opérations d'ordre en cas de saisie-exécution immobilière –, d'atteindre à une supervision globale de l'état du patrimoine du saisi, permettant d'orchestrer efficacement l'exécution en cours ou à venir.

Cette situation conduisait à des réalisations anarchiques, créatrices de pauvreté et d'exclusion pour le saisi, non productives de remboursements satisfaisants pour les créanciers.

71. Au surplus, les cas de surendettement se sont multipliés engendrant des situations inextricables, dans lesquelles le débiteur aux abois pouvait être amené à se débattre tout au long d'une grande partie de sa vie active, perdant ainsi une énergie précieuse pour lui-même, sa famille et la société en général.

C'est donc un double objectif de justice et d'efficacité qui a guidé la plume du législateur lorsqu'il a conçu le système du règlement collectif de dettes.

Cette nouvelle procédure ne vient nullement effacer ou supplanter le droit commun des saisies conservatoires et des saisies-exécutions; elle vient au contraire le compléter. De la même manière, la faillite, le concordat, la liquidation des personnes morales, formant toutes trois des voies d'exécution organisées, coexistent avec le droit commun et le parachèvent en régissant les hypothèses d'appréhension globale du patrimoine du débiteur concerné.

---

<sup>83</sup> DE LEVAL, *Éléments de procédure civile*, Larcier, 2005, p. 430.

## §2. L'esprit de la réforme

### a. La dignité du débiteur et de sa famille

72. L'objectif d'un règlement collectif de dettes est de permettre à un débiteur, confronté à d'importantes difficultés financières, de vivre, malgré ses dettes, dans la dignité et de préserver ce même état pour sa famille. Cette préoccupation est d'ordre moral, bien entendu, mais également économique et social, car c'est grâce au socle minimal de moyens conservés que la famille pourra retrouver les voies de la réinsertion et mener les enfants en dépit des échecs parentaux, vers leur épanouissement.

73. Seuls les débiteurs de bonne foi sont toutefois pris en considération et méritent le secours de la loi et de l'ordre judiciaire. La transparence patrimoniale et la bonne foi contractuelle sont donc requises comme conditions d'admissibilité d'une procédure de règlement collectif de dettes<sup>84</sup>. Cela suppose que le débiteur ne camoufle aucune partie de ses actifs et qu'il n'ait pas contracté uniquement des engagements dépassant ses moyens, en spéculant sur le recours possible à la procédure de règlement collectif de dettes. Le juge des saisies apprécie l'existence de ces conditions en s'attachant à l'examen de divers critères énumérés par la loi.

### b. L'assainissement du marché

74. La loi nouvelle a pris soin de réserver une publicité à l'admissibilité d'une requête en règlement collectif de dettes. Ainsi, comme on le reverra plus loin, aux termes de l'article 1675/7 § 6 du Code judiciaire, "*les effets de la décision d'admissibilité prennent cours le premier jour qui suit l'établissement de l'avis de règlement collectif de dettes visé à l'article 1390 quinquies*". Ce dernier article, pour sa part, dispose que dans les vingt-quatre heures du prononcé de la décision d'admissibilité, l'avis de règlement collectif de dettes est adressé au fichier central des saisies.

75. Cette publicité s'ajoute à la centralisation des informations relatives à l'endettement des particuliers, conservées à la Banque Centrale de données de la Banque Nationale de Belgique.

Les organismes de crédit disposent donc d'un accès aux renseignements portant sur les règlements collectifs de dettes par le biais de la Banque Centrale de données de la Banque Nationale de Belgique. Cette mesure est destinée à éviter, autant que faire se peut, l'accroissement de l'endettement des personnes en difficultés.

---

<sup>84</sup> Mons, 25 octobre 2001, *J.L.M.B.*, 2002, p. 73.

c. Le nouveau départ

76. On le verra, le plan de règlement collectif de dettes peut être conclu amiablement, fruit d'un accord négocié grâce à une médiation, ou imposé judiciairement. Quoi qu'il en soit, le plan, tel qu'il est prévu, libère le débiteur des engagements qui ne s'y trouvent pas inscrits, s'il est parfaitement exécuté. Il y a donc une remise de dettes possible ou un aménagement de la structure du passif, de nature à provoquer la libération du débiteur et par là, à favoriser un nouveau départ dans sa vie économique et sociale.

77. Bien entendu, faire table rase du passé suppose de nombreux efforts de la part du débiteur ; le juge des saisies et le médiateur de dettes sont appelés à surveiller la bonne exécution du plan. L'objectif reste de ne pas préjudicier les créanciers impayés, mais de leur assurer une exécution présentant le meilleur rendement possible, sûrement plus favorable que celui engendré par des saisies effectuées sans ordre.

§3. Description synthétique de la procédure

a. Les deux grandes périodes

78. De manière schématique, la procédure de règlement collectif de dettes offre deux possibilités : un règlement amiable et, en cas d'échec de ce dernier, un règlement judiciaire.

C'est un médiateur de dettes qui tente de négocier un plan d'aménagement amiable du passif du débiteur requérant avec ses créanciers. En cas d'accord de tous, le plan doit être homologué par le juge des saisies pour produire ses effets.

A défaut d'accord de tous les créanciers du débiteur requérant, un plan de règlement collectif pourra être imposé par le juge des saisies, comprenant diverses mesures déterminées d'autorité par lui, dans certaines limites fixées par la loi. Ces mesures peuvent être des remises de dettes sur les intérêts et les frais, parfois aussi sur le principal, l'étalement des échéances, etc.

b. Les intervenants principaux

79. Outre le débiteur non commerçant au moment du dépôt de la requête<sup>85</sup> et ses créanciers, se place en premier lieu le médiateur de dettes. Il s'agit d'un auxiliaire de justice, recevant son investiture, non pas des parties, mais du juge des saisies ayant à statuer sur la

---

<sup>85</sup> Bruxelles, 30 juin 2003, *J.T.*, 2004, p. 645.

requête<sup>86</sup>. Selon les articles 1675/17 § 1 du Code judiciaire, peuvent seuls être désignés comme médiateur de dettes, en premier lieu, les avocats, officiers ministériels ou les mandataires de justice dans l'exercice de leur profession ou de leur fonction. Sont ainsi visés, par exemple, les notaires, les huissiers de justice, ou encore les personnes désignées en qualité d'administrateur provisoire des biens appartenant à un majeur sur la base de l'article 488 bis du Code civil<sup>87</sup>.

Sont ensuite concernés "les institutions publiques ou les institutions privées agréées à cet effet par l'autorité compétente", étant entendu que ces institutions doivent faire appel "à des personnes physiques répondant aux conditions fixées par l'autorité compétente". Il s'agit des personnes morales agréées par les Communautés et les Régions pour exercer l'activité de médiation, notamment en vertu du décret de la Région Wallonne du 7 juillet 1994 (M.B. 28 juillet 1994), du décret de la Communauté germanophone du 29 avril 1996 (M.B. 26 août 1996), du décret de la Commission communautaire française du 18 juillet 1996 (M.B. 11 septembre 1996), du décret de la Communauté flamande du 24 juillet 1996 (M.B. 5 octobre 1996) et de l'ordonnance de la Région de Bruxelles-Capitale du 7 novembre 1996 (M.B. 30 novembre 1996). Bien entendu, comme le prévoit la disposition précitée, la personne physique chargée réellement de la médiation doit répondre aux exigences de formation et de compétences spéciales en médiation, telles que posées par les normes énumérées ci-dessus.

80. L'article 1675/17 § 2 du Code judiciaire impose que le médiateur de dettes soit "indépendant et impartial à l'égard des parties concernées". Cette exigence doit être rencontrée sous peine de récusation par une partie s'il existe des raisons légitimes de douter de l'existence de ces deux caractéristiques. La récusation doit être demandée conformément aux articles 970 et 971 du Code judiciaire (auxquels renvoie l'article 1675/17 § 2 du Code judiciaire), relatifs à la récusation des experts judiciaires, c'est-à-dire par la voie du dépôt d'une requête motivée adressée au juge, dans les huit jours de la connaissance de la cause de récusation, notifiée par le greffe à l'expert (et donc, par analogie, au médiateur de dettes) concerné, appelé dans les huit jours à reconnaître ou à contester la cause de récusation invoquée. Le juge (en l'occurrence le juge des saisies) prononce sa décision par un jugement exécutoire et, le cas échéant procède au remplacement du récusé. La récusation ne peut plus être demandée après l'expiration du délai prévu pour la déclaration des créances.

L'exigence d'indépendance et d'impartialité ne fait pas obstacle à ce que soit désigné par le juge le médiateur demandé par la partie requérante (article 1675/4 § 2, 5° du Code judiciaire).

81. A l'heure actuelle<sup>88</sup>, le juge des saisies exerce un contrôle constant sur la manière dont le médiateur de dettes exécute sa mission. Ainsi, "chaque année, chaque fois que le juge

---

<sup>86</sup> DE LEVAL, *La loi du 5 juillet 1998 relative au règlement collectif de dettes et à la possibilité de vente de gré à gré des biens immeubles saisis*, 1998, p. 84.

<sup>87</sup> *Doc. Parl.*, n° 1073/11, pp. 43,58, 94.

<sup>88</sup> La loi du 3 décembre 2005 portant des dispositions diverses relatives aux délais, à la requête contradictoire et à la procédure de règlement collectif de dettes (M.B., 21 décembre 2005) apporte d'importantes modifications à l'article 1676 du Code judiciaire notamment quant à la compétence,



*le demande et au terme du plan de règlement, le médiateur de dettes remet au juge un rapport sur l'état de la procédure et son évolution"* (article 1675/17 § 3 alinéa 1er du Code judiciaire).

Le débiteur et les créanciers peuvent également prendre connaissance de ce rapport, qui est conservé au greffe (article 1675/17 § 3 du Code judiciaire). Le médiateur de dettes subit dès lors un certain contrôle de leur part.

82. Toutes les parties concernées sont tenues au courant du coût de la procédure car l'état des honoraires, frais et émoluments du médiateur de dettes est inscrit au bas de chaque rapport (article 1675 § 3 alinéa 2 du Code judiciaire).

83. Sur le fondement de ces informations, une procédure de remplacement du médiateur de dettes peut être formée si cela se révèle être absolument nécessaire, à la demande de tout intéressé<sup>89</sup>. Le juge peut également y procéder d'office (article 1675/17 § 4 du Code judiciaire). De son côté, le médiateur de dettes peut souhaiter être déchargé de sa mission. Quoi qu'il en soit, le médiateur de dettes est entendu en chambre du conseil sur la question de son remplacement (article 1675/15 § 4 du Code judiciaire).

84. L'article 458 du Code pénal est applicable au médiateur de dettes. Il ne peut dès lors divulguer, en principe, les faits portés à sa connaissance à la faveur de l'exercice de sa fonction (article 1675/18 du Code judiciaire).

85. Les honoraires et frais pouvant être réclamés par le médiateur de dettes sont réglementés par l'arrêté royal du 18 décembre 1998, *"établissant les règles et tarifs relatifs à la fixation des honoraires, émoluments et frais du médiateur de dettes"* (M.B. 31 décembre 1998).

Ces honoraires, émoluments et frais sont à charge du débiteur et sont payés par préférence (article 1675/19 alinéa 2 du code judiciaire). Par analogie avec les frais de curatelle, ou d'une manière générale, avec les frais liés à la gestion d'une liquidation provoquée par une exécution forcée de tout ou partie d'un patrimoine, *"la préférence reconnue au médiateur de dettes s'exercera à l'égard de tous les créanciers qui ont bénéficié de son intervention et notamment les créanciers bénéficiant d'une hypothèque ou d'un gage sur le bien grevé"*<sup>90</sup>. Ce critère de détermination du rang d'un créancier bénéficiant d'un droit de préférence rappelle celui applicable au privilège des frais de justice (articles 17 et 19, alinéa 1er - 1° de la loi hypothécaire), parfois reconnu au curateur de faillite. En réalité, il s'agit plus exactement de dettes de la masse, ce concept étant plus adapté pour caractériser la créance de tout gestionnaire des conséquences d'une saisie, en raison de la naissance de cette créance postérieurement au concours, et non antérieurement au concours, comme ce serait le cas pour une créance privilégiée. En cas d'insuffisance de fonds pour payer entièrement la

---

conférée désormais au tribunal du travail et non plus au juge des saisies. Cette loi devrait entrer en vigueur pour l'essentiel au plus tard le 1<sup>er</sup> septembre 2007.

<sup>89</sup> Civ. Charleroi (saisies), 6 mars 200, *J.L.M.B.*, 2001, p. 164.

<sup>90</sup> *Doc. Parl.* n° 1073/1, p. 54.

créance de frais et honoraires du médiateur de dettes, la loi prévoit l'intervention du Fonds de traitement du surendettement établi auprès du Ministère des affaires économiques, et créé par la loi nouvelle.

Ce Fonds est alimenté par le prélèvement annuel d'un pourcentage du solde restant dû au 31 décembre de l'année précédente des prêts, ouvertures de crédit, crédits hypothécaires ou crédits à la consommation consentis par les établissements de crédit opérant en Belgique. Un tel financement, réalisé au détriment des prêteurs professionnels, est justifié dans la réalité par la circonstance que le secteur de crédit dispose de créances représentant 64,7% de l'endettement total des ménages ayant eu recours à la médiation en Région Wallonne entre le 1<sup>er</sup> octobre 1996 et le 31 mars 1997.

87. Le médiateur de dettes répond des fautes qu'il commettrait dans le cadre de l'existence de sa mission. Toutefois, il est déchargé de sa responsabilité professionnelle cinq ans après la fin de sa mission (article 15 de la loi du 5 juillet 1998 relative au règlement collectif de dettes et à la possibilité de vente de gré à gré des biens immeubles saisis).

88. Supervisant l'action du médiateur de dettes et bien davantage, le juge des saisies constitue la clé de voûte du système. Il statue sur l'admissibilité de la demande formulée par la requête en règlement collectif de dettes, en exerçant un pouvoir souverain d'appréciation quant à la bonne foi du requérant et, s'il admet la requête, il statue également sur l'identité du médiateur de dettes. Il examine ensuite le projet de plan de règlement collectif élaboré par le médiateur de dettes avec l'accord des créanciers et décide de l'homologation de celui-ci. En cas d'échec de la phase amiable, il entend les parties et le médiateur, vide les contestations de sa compétence ou renvoie les autres devant les tribunaux compétents; il apprécie l'opportunité d'un plan judiciaire et, en cas de réponse positive, en arrête les clauses; enfin, il surveille l'exécution du plan et contrôle tout au long de la procédure, l'exécution de la mission du médiateur de dettes.

#### § 4. Déroulement chronologique de la procédure

##### a. Mode d'introduction de la procédure de règlement collectif de dettes

89. La demande introductive en règlement collectif de dettes est formée par une requête contenant les mentions suivantes : la date du dépôt de la requête, identité, profession et adresse du requérant et, le cas échéant, de ses représentants légaux, l'objet de la demande et l'indication sommaire des moyens qui la sous-tendent, la désignation du juge saisi, l'identité du médiateur de dettes éventuellement proposé, l'identité, la profession et l'adresse du conjoint du requérant (avec la précision de leur régime matrimonial), ou de son cohabitant, ainsi que la composition du ménage, un état détaillé et estimatif des éléments actifs et passifs

du patrimoine du requérant, de celui de son conjoint, de l'éventuel patrimoine commun, ou de celui du cohabitant, un état détaillé et estimatif des biens relevant desdits patrimoines et aliénés au cours des six mois précédant l'introduction de la requête, l'indemnité et l'adresse des créanciers, des débiteurs et des sûretés personnelles du requérant, l'énoncé des contestations relatives à certaines dettes, les procédures d'octroi de délai de grâce fondées sur l'article 1334 ou sur l'article 1337 bis du Code judiciaire ou encore 59 § 1er alinéa 2, de la loi du 4 août 1992 relative au crédit hypothécaire, les raisons de l'impossibilité pour le requérant de payer ses dettes et, enfin, sa signature ou celle de son avocat (article 1675/4 § 2 du Code judiciaire).

90. Le juge compétent est le juge des saisies de l'arrondissement judiciaire dans lequel le requérant a son domicile lors de l'introduction de la demande, tout changement ultérieur de domicile laissant inchangée la compétence *ratione loci* (article 1675/2 § 1<sup>er</sup> du Code judiciaire).

L'irrégularité de la requête ou le défaut de l'une des mentions requises par l'article 1675/4 § 2 précité du Code judiciaire n'entraînent pas la nullité de l'acte introductif, ni même l'irrecevabilité de la demande, mais simplement la surséance de la procédure.

Le juge des saisies invite le requérant à corriger son acte introductif, de manière à ce que la procédure reprenne son cours dès après l'établissement de la correction.

b. Conditions d'admissibilité de la demande de règlement collectif de dettes

91. En principe et sans préjudice du pouvoir du juge de convoquer le requérant en chambre du conseil pour obtenir un complément d'information, le juge statue sur l'admissibilité de la demande dans les huit jours du dépôt initial de la requête ou du dépôt de la requête complétée (article 1675/6 § 1 du Code judiciaire).

92. Sur la base des éléments révélés dans la requête et de toute autre information (comme une déclaration de patrimoine, qu'il peut imposer au débiteur en vertu de l'article 1675/8 du Code judiciaire) obtenue par lui, le juge des saisies, sans être entravé, le cas échéant, par l'existence d'une action pénale, l'adage "*le criminel tient le civil en état*" étant écarté, apprécie l'admissibilité de la requête et, en cas de décision positive, statue, par une décision exécutoire par provision (article 1675/ 16 alinéa 2 du Code judiciaire), en accordant d'office, le cas échéant, le bénéfice de l'assistance judiciaire (c'est-à-dire de la gratuité des actes de procédure) et en nommant un médiateur de dettes, correspondant ou non à la proposition du débiteur.

c. Effets de la décision d'admissibilité

93. Selon le vœu de la loi elle-même, la décision d'admissibilité fait naître une situation de concours entre les créanciers et a pour conséquence l'indisponibilité des biens du débiteur, constituant une masse, fixée au jour de la naissance du concours et s'étendant aux biens acquis pendant l'exécution du règlement collectif des dettes (y compris bien entendu les revenus à venir), exclusivement réservée à la satisfaction des créanciers en concours et échappant pour cette raison à la libre disposition du débiteur qui ne peut plus consentir d'aliénation ou de charges réelles. A cette fixation des actifs, correspond, comme dans toute situation de concours, la cristallisation du passif. Les intérêts sont dès lors suspendus au jour de l'admissibilité de la requête, qu'ils soient légaux, judiciaires ou conventionnels, y compris les intérêts rémunératoires (à savoir correspondant à la jouissance du crédit octroyé), sans distinction en principe entre les créanciers chirographaires ou privilégiés<sup>91</sup>. S'abat de la sorte sur l'ensemble des actifs du débiteur une saisie collective appelée à bénéficier à tous ses créanciers, à l'instar de ce que produit un jugement déclaratif de faillite.

94. En raison de la saisie collective à assiette globale qu'emporte la décision d'admissibilité, les voies d'exécution tendant au paiement d'une somme d'argent sont suspendues, car leurs effets ne peuvent venir dédoubler et même perturber le bon déroulement du règlement collectif de dettes. Déjà pratiquées, les saisies, même exécutions, conservent tout au plus un effet purement conservatoire, sauf si la procédure est à ce point avancée qu'un jour se trouve fixé et publié par affiches pour la vente forcée des meubles ou des immeubles saisis. Dans ce cas, la vente a bien lieu, mais pour le compte de la masse des créanciers en concours (article 1675 § 2 du Code judiciaire). Sont également concernées les voies d'exécution spéciales dérogoires pour partie au droit commun des saisies-exécutions, telles que la procédure en réalisation d'un gage ou la mise en œuvre d'une cession de rémunération<sup>92</sup>. En revanche, la suspension ne s'applique pas aux exécutions forcées en nature, comme l'expulsion du débiteur de son logement.

Ainsi, l'existence d'une ordonnance du juge des saisies qui admet une demande de règlement collectif de dettes d'un locataire ne fait pas obstacle à ce que le juge de paix, saisi par le bailleur, constate que le bail a pris fin par l'effet d'un congé régulièrement notifié par le bailleur, condamne le locataire à évacuer les lieux loués et statue sur les loyers ou indemnités d'occupation échus postérieurement à l'admission de la requête en règlement collectif<sup>93</sup>.

95. Le même effet de saisie collective engendrée par l'admissibilité de la demande en règlement collectif entraîne que les créances appartenant au requérant soient payées

---

<sup>91</sup> La loi du 3 décembre 2005 portant des dispositions diverses relatives aux délais, à la requête contradictoire et à la procédure en règlement collectif de dettes (*M.B.*, 21 décembre 2005) apporte d'importantes modifications à l'effet de la procédure sur le sort des sûretés et privilèges. Cette loi devrait entrer en vigueur pour l'essentiel au plus tard le 1<sup>er</sup> septembre 2007.

<sup>92</sup> DE LEVAL, *La loi du 5 juillet 1998 relative au règlement collectif de dettes et à la possibilité de vente de gré à gré des immeubles saisis*, p. 28.

<sup>93</sup> JP Grâce Hollogne, 4 juillet 2000, *J.L.M.B.*, 2002, p. 84.

directement entre les mains du médiateur de dettes (article 1675/9 § 1, 4° du Code judiciaire), et qu'il est le seul à pouvoir prendre des dispositions en vue du paiement de certaines dettes, à l'exclusion, par exemple, du CPAS auquel se serait adressé le débiteur pour solliciter de l'aide<sup>94</sup>.

Tout acte accompli par le débiteur au mépris de l'indisponibilité provoquée par l'admissibilité de la requête en règlement collectif est inopposable à ses créanciers (article 1675/6 § 6 du Code judiciaire). Toutefois, s'agissant non pas d'une procédure où il convient d'arrêter seulement une activité commerciale, mais d'une situation de déconfiture civile dans laquelle le débiteur poursuit son existence, le dessaisissement ne peut être total et l'interdiction de poser un acte impliquant un bien de son patrimoine ne s'étend pas à la gestion normale, qui reste autorisée<sup>95</sup>. En revanche, se trouve radicalement proscrié tout acte de nature à favoriser un créancier sauf s'il s'agit du paiement d'une dette alimentaire actuelle (à l'exclusion des arriérés), y compris tout paiement par compensation, ainsi que tout engagement pouvant aggraver l'état d'insolvabilité du requérant (article 1675/7 § 3 du Code judiciaire).

96. Les effets de la décision d'admissibilité prennent cours le premier jour qui suit l'établissement de l'avis de règlement collectif de dettes adressé au greffe des saisies (article 1675/7 § 6 du Code judiciaire), conformément à l'article 1390 quinquies du Code judiciaire et s'étendent, selon l'article 1675/7 § 4 du Code judiciaire, jusqu'au terme ou la révocation du règlement collectif de dettes, sous réserve des stipulations du plan (qui, en raison de la restructuration du passif qu'il entraîne, déroge nécessairement à la règle de l'égalité des créanciers caractérisant les situations de concours).

Ainsi fixée, la prise de cours des effets du concours ne concerne que les créanciers omis par le débiteur dans sa requête. Pour ceux qui y figurent, en effet, une publicité spécifique est prévue par la voie de la notification de la décision d'admissibilité, accompagnée d'un formulaire de déclaration de créance, aux termes de l'article 1675/9 § 1er du Code judiciaire, dans les trois jours du prononcé de cette dernière, sous pli judiciaire par le greffier. Dans les mêmes formes, la décision est également notifiée au requérant, ainsi qu'à son conjoint non requérant (article 1675/7 du Code judiciaire) et aux personnes s'étant portées cautions du débiteur. Le médiateur de dettes se voit encore notifier une copie de la requête et de la décision d'admissibilité. Enfin, il est procédé de la sorte envers les débiteurs du requérant, invités à cette occasion à n'effectuer de paiement qu'entre les mains du médiateur de dettes (article 1675/7 du Code judiciaire). A dater des notifications ainsi effectuées, les tiers intéressés disposent du droit de former une tierce opposition dans le mois (article 1675/16 alinéa 3 du Code judiciaire).

97. La première tâche du médiateur de dettes désigné par la décision d'admissibilité consiste à procéder au recensement du passif. Pour cela, il dispose de la source

---

<sup>94</sup> Trav. Liège, 26 juin 2000, *J.L.M.B.*, p. 1523.

<sup>95</sup> DE LEVAL, *Éléments de procédure civile*, Larcier, 2005, p. 432.

d'information fondamentale que constitue l'ensemble des déclarations de créances à recueillir de la part des créanciers visés dans la requête. *"La déclaration de créance doit être faite au médiateur de dettes dans le mois de l'envoi de la décision d'admissibilité, soit par lettre recommandée à la poste avec accusé de réception, soit par déclaration en ses bureaux avec accusé de réception daté et signé par le médiateur ou son mandataire. Elle indique la nature de la créance, sa justification, son montant en principal, intérêts et frais, les causes éventuelles de préférence ainsi que les procédures auxquelles elle donnerait lieu"* (article 1675/9 § 2 du Code judiciaire).

98. Au-delà du délai d'un mois, le médiateur peut commencer à établir le plan, sur la base des informations rassemblées, aménageant le passif en considération des déclarations de créances effectivement reçues. Les créanciers retardataires se verront opposer le plan élaboré de la sorte, sans pouvoir former à son encontre de tierce opposition. Ils peuvent même en être exclu, si leur créance est restée entièrement inconnue, sauf si le retard ne leur est absolument pas imputable. En ce cas, l'apparition de leur créance constitue un fait nouveau, permettant une adaptation du plan<sup>96</sup>.

#### d. Plan amiable de règlement collectif de dettes

99. Le plan de règlement collectif de dettes est d'abord élaboré dans la perspective d'atteindre une approbation unanime des créanciers, que le médiateur de dettes aura su persuader de l'intérêt économique d'une solution négociée. Les créanciers dont le consentement doit être recherché et dont les créances doivent être incorporées dans le plan sont non seulement les créanciers ayant déclaré leurs créances auprès du médiateur de dettes, mais également ceux dont les droits apparaissent lors de la consultation des avis de saisies, de cessions de rémunération et de délégation de sommes au greffe des saisies. C'est pourquoi l'article 1675/10 § 1er du Code judiciaire fait obligation au médiateur de dettes de consulter lesdits avis. Ensuite, en ayant soin de tenter de *"rétablir la situation financière du débiteur, en lui permettant notamment, dans la mesure du possible, de payer ses dettes et en lui garantissant simultanément ainsi qu'à sa famille, qu'ils pourront mener une vie conforme à la dignité humaine"* (article 1673/3 alinéa 3 du Code judiciaire), le médiateur de dettes dressera un projet de règlement amiable, destiné à former le cœur des négociations à mener avec les créanciers. Selon les travaux préparatoires, *"tout est possible dans le cadre de ce plan, (...); des remises de dettes, totales ou partielles, en intérêts ou en capital peuvent être convenues (...). La durée de ce plan n'est pas davantage fixée par la loi. Cette durée dépendra de la situation patrimoniale du débiteur et du plan de lui-même"* (Doc. Parl. n° 1073/1, pp. 36 et 37).

100. Pour susciter les observations des créanciers et entamer la négociation, le médiateur de dettes *"adresse le projet de plan de redressement amiable par lettre recommandée à la poste avec accusé de réception au requérant, le cas échéant à son conjoint et aux créanciers"* (article 1675/10 § 4 du Code judiciaire).

---

<sup>96</sup> Bruxelles, 18 mai 2001, J.L.M.B., 2002, p. 60.

Pour pouvoir sortir ses effets, "le plan doit être approuvé par toutes les parties intéressées" (article 1675/10 § 4 alinéa 2 du Code judiciaire). Le désaccord d'un seul créancier le rend dès lors caduc.

Un contredit peut toutefois formuler une contre-proposition, sur laquelle le consensus peut éclore. Un plan modifié peut ainsi être adopté.

Le créancier qui souhaite rejeter le plan ou suggérer une modification doit l'exprimer au travers d'un contredit formé soit par lettre recommandée à la poste avec accusé de réception soit par déclaration devant le médiateur de dettes dans les deux mois de l'envoi du projet. Un contredit peut être considéré comme non venu s'il est constitutif d'abus de droit<sup>97</sup>. A défaut de contredit formé dans ces conditions et ces délais, les parties sont présumées consentir au plan (article 1675/10 § 4 alinéa 2 du Code judiciaire).

Le plan ne pourrait réserver à régler le sort d'une partie de l'endettement<sup>98</sup>.

101. Enfin, en cas d'approbation, le médiateur de dettes transmet au juge des saisies, le plan de règlement amiable, le rapport de ses activités et les pièces du dossier.

Statuant sur pièces, le juge exerce un pouvoir d'homologation, c'est-à-dire qu'il contrôle la régularité, la validité et l'opportunité du plan (de Leval "La loi du 5 juillet 1998 sur le règlement collectif de dettes et la possibilité de vente de gré à gré des immeubles saisis", 1998, p. 43).

Sa décision n'est pas susceptible d'appel (article 1675/10 § 5 du Code judiciaire).

102. En revanche, la décision d'admissibilité est susceptible de tierce opposition, pouvant être introduite par tout tiers bénéficiant d'un intérêt légitime. Pourrait, par cette voie, être attaquée la décision d'admissibilité portant sur une requête en règlement collectif de dettes ouverte au sujet d'un débiteur dont l'opposant invoque la commercialité, fût-elle exercée à titre accessoire, ce qui est de nature à exclure le bénéficiaire du règlement collectif<sup>99</sup>.

Une demande en rétractation de l'ordonnance d'admissibilité peut également être formée lorsque le débiteur a adopté un comportement négatif devant être assimilé à la mauvaise foi procédurale (refus de fournir le moindre élément sur le sort d'une somme de 250.000 BEF provenant de la vente d'un bien immobilier juste avant l'introduction de la requête, refus d'un plan amiable raisonnable, ...) <sup>100</sup>.

---

<sup>97</sup> Civ. Bruxelles, J des S., 16 juin 2000, p. 164, somm.

<sup>98</sup> J des S, Verviers, 19 octobre 2001, *J.L.M.B.*, 2002, p. 79.

<sup>99</sup> Liège, 19 juin 2000, *J.L.M.B.*, 2001, p. 149.

<sup>100</sup> Civ. Dinant (J des S.), 29 octobre 1999, *J.L.M.B.*, 2001, p. 154 ; Civ. Charleroi (J des S.), 17 janvier 2000, *J.L.M.B.*, 2001, p. 157.

*"Lorsque le médiateur constate qu'il n'est pas possible de conclure un accord sur un plan de règlement amiable et, en tout cas, lorsqu'il n'a pas été possible d'aboutir à un accord dans les quatre mois suivant sa désignation, il le consigne dans un procès-verbal qu'il transmet au juge en vue d'un éventuel plan de règlement judiciaire".*

*"Le médiateur de dettes dépose au greffe le dossier de la procédure de règlement amiable auquel il joint ses observations" (article 1675/11 § 1er du Code judiciaire).*

Le délai de quatre mois au-delà duquel les tentatives de négociations d'un accord ne peuvent être poursuivies est maximal, mais, si un accord unanime se dégage en ce sens, il pourra être prorogé par le juge des saisies, sur la requête du médiateur de dettes, sur le fondement de l'article 51 du Code judiciaire, c'est-à-dire une seule fois (sauf motifs graves) pour un nouveau délai de quatre mois au maximum<sup>101</sup>.

La saisine du juge des saisies s'opère par le dépôt au greffe du dossier de la procédure de règlement amiable.

#### e. Plan judiciaire de règlement collectif de dettes

103. Dans les quinze jours de la clôture des débats ouverts à la suite de ce dépôt, le juge des saisies doit statuer sur les conditions d'un règlement judiciaire du passif (article 1675/11 § 2 du Code judiciaire), en s'inspirant ou en s'écartant du projet rédigé par le médiateur de dettes (Doc. Parl.; n° 1073/1, p. 39). Le délai de quinze jours n'est qu'un délai d'ordre (Doc. Parl. n° 1073/1, p. 39). Le plan tel que fixé par le juge des saisies doit couvrir toutes les dettes du requérant, y compris des montants provisoires afférents aux obligations contestées. La partie non reconnue de la dette doit être consignée jusqu'à ce qu'il soit statué sur la contestation, par le juge de fond, devant qui le litige est automatiquement renvoyé par les soins du greffe conformément aux articles 661 et 662 du Code judiciaire.

Le plan de règlement collectif, en tant qu'aménagement relevant du droit de l'exécution forcée et non du droit matériel, n'a d'effet que sur le patrimoine du requérant, et non sur les liens d'obligations eux-mêmes. Le plan laisse donc inchangée la situation des cautions et des codébiteurs solidaires. Il en va autrement dans le cadre d'un plan amiable de règlement collectif de dettes, lorsque le créancier consent au bénéfice du débiteur principal et de ses garants une véritable remise de dette (article 1287 du Code civil).

104. Sous réserve du respect de l'égalité des créanciers, le contenu du plan est laissé à la libre appréciation du juge des saisies, les mesures énumérées à l'article 1675/12 du Code judiciaire n'ayant qu'une portée exemplative. Le juge est même autorisé à déroger aux articles 1409 à 1412 du Code judiciaire, fixant les règles d'insaisissabilité et d'incessibilité,

---

<sup>101</sup> Civ. Bruxelles (J des S.), 3 avril 2000, J.L.M.B., p. 164, somm.



pour autant qu'il respecte les limites fixées par la loi du 7 août 1974 instituant le droit à un minimum de moyens d'existence et qu'il préserve la dignité du requérant et de sa famille (article 1675/12 § 4 du Code judiciaire).

Ces mesures sont : (1) le report ou le rééchelonnement du paiement des dettes en principal, intérêts et frais (article 1675/12 § 1er, 1° du Code judiciaire) ; (2) la réduction des taux d'intérêts conventionnels au taux d'intérêt légal, même s'il s'agit d'intérêts rémunérateurs du capital prêté (article 1675/12, § 1er, 2° du Code judiciaire) ; (3) la suspension, pour la durée du plan de règlement judiciaire, de l'effet des sûretés réelles, sans que cette mesure ne puisse en compromettre l'assiette, de même que la suspension de l'effet des cessions de créances (articles 1675/12 § 1er, 3° du Code judiciaire), pour autant que la réalisation de l'assiette de la sûreté ne soit pas ordonnée<sup>102</sup>. Cette suspension vaut également pour les privilèges généraux, aussi longtemps que la réalisation des biens du débiteur n'est pas envisagée<sup>103</sup> ; (4) la remise de dettes totale ou partielle des intérêts moratoires, indemnités et frais (article 1675/12 § 1er, 4° du Code judiciaire) ; et même (5) la remise partielle de dettes en capital (article 1675/13 § 1er du Code judiciaire).

Le jugement mentionne la durée du plan de règlement judiciaire qui ne peut excéder cinq ans, étant entendu que le délai de remboursement des contrats de crédit en cours peut être allongé d'une période de cinq ans augmentée de la moitié de la durée restant à courir de ces contrats de crédit (article 1375/12 § 2 du Code judiciaire).

105. L'exécution du plan est assortie en outre de mesures d'accompagnement ordonnées par le juge. En effet, aux termes de l'article 1675/12 § 3 du Code judiciaire, "*le juge subordonne (les) mesures (prévues dans le plan judiciaire de règlement collectif) à l'accomplissement par le débiteur d'actes propres à faciliter ou à garantir le paiement de la dette. Il les subordonne également à l'abstention, par le débiteur, d'actes qui aggraveraient son insolvabilité*" (article 1675/12 § 3 du Code judiciaire). Par exemple, le juge peut imposer au débiteur l'obligation de déménager dans un logement moins onéreux, lui interdire de contracter de nouveaux emprunts ou de donner une sûreté personnelle, ces conditions spéciales pouvant être sanctionnées par la révocation du plan (article 1675 du Code judiciaire). Le plan et les mesures d'accompagnement peuvent être modifiées en cas de survenance ultérieure de faits nouveaux (article 1675/14 § 2 alinéa 3 du Code judiciaire). Signalons que la mesure de la remise partielle de dettes en capital suppose que l'utilisation des autres mesures possibles est insuffisante pour assurer le maintien de la dignité du requérant et de sa famille et que tous les biens saisissables aient été réalisés à l'initiative du médiateur de dettes conformément aux règles de l'exécution forcée (article 1675/13 § 1er du Code judiciaire). Toutefois, dans des situations extrêmes où le débiteur ne présente aucune chance de revenir un jour meilleure fortune, notamment en raison de son âge, ne possède plus le

---

<sup>102</sup> Liège, 9 mars 2004, *J.L.M.B.*, 2004, p. 1510.

<sup>103</sup> Liège, 27 mars 2000, *J.L.M.B.*, p. 147 ; Cass., 31 mai 2001, *J.L.M.B.*, 2002, p. 48, obs. CAEYMAEX ; Cass., 19 octobre 2001, *J.L.M.B.*, 2002, p. 53.

moindre bien ou ne dispose plus que de biens de première nécessité, à ce titre insaisissables, aucun disponible ne peut être dégagé pour les créanciers.

Malgré tout, seule une remise totale des dettes en intérêts et frais, mais également en principal, devrait permettre au débiteur de recouvrer, autant que faire se peut, une existence conforme à la dignité humaine. Comment obtenir ce résultat alors que l'article 1675/13 du Code judiciaire ne permet une remise en capital que moyennant la réalisation de tous les biens saisissables et l'existence d'un plan de règlement imposé par le juge et respecté par le débiteur ? Une grande partie de la doctrine et de la jurisprudence estimaient antérieurement que le rejet de la demande en règlement collectif de dettes s'imposait malheureusement lorsque le débiteur surendetté se trouve dans l'impossibilité radicale de formuler la moindre proposition de remboursement, même symbolique<sup>104</sup>. Saisie par deux fois de demandes en interprétation de l'article 1675/13 précité par des juges des saisies confrontés à ce problème, la Cour d'arbitrage a estimé qu'interprété comme excluant la possibilité de bénéficier d'un plan de règlement judiciaire, la personne totalement et définitivement insolvable, l'article 1675/13 du Code judiciaire viole le principe de l'égalité constitutionnelle tel qu'il est exprimé par les articles 10 et 11 de la Constitution, alors que n'entraîne pas cette violation, l'article 1675/13 du Code judiciaire interprété comme n'excluant pas une telle possibilité<sup>105</sup>. En conséquence, par son arrêt du 9 septembre 2003<sup>106</sup>, la Cour d'appel de Bruxelles accorde à une débitrice totalement et définitivement insolvable la remise totale de ses dettes, acquise, sauf retour à meilleure fortune entre-temps, au terme de cinq ans à dater de la notification de la décision<sup>107</sup>.

106. Cette remise partielle de dette en capital ne reste acquise que si le débiteur respecte scrupuleusement le plan de règlement imposé par le juge et sauf retour à meilleure fortune du débiteur avant la fin de la période d'exécution du plan de règlement judiciaire (article 1675/13 § 1<sup>er</sup> in fine).

Le retour à meilleure fortune doit résulter d'une amélioration subite et fondamentale de la situation du débiteur (héritage, gain à la loterie) (Doc. Parl. n° 1073/11, pp. 75 et 76), le retour à meilleure fortune survenant postérieurement à l'exécution du plan ne peut entraîner un retrait de la remise partielle de dettes en capital. L'on ne saurait s'en étonner eu égard à l'objectif du législateur consistant à autoriser un nouveau départ au débiteur malheureux. Ce dernier doit pouvoir entreprendre une activité fructueuse après l'exécution du plan sans craindre de voir resurgir son passé d'insolvable. Enfin, la remise partielle de dette en capital ne doit pas aboutir à déresponsabiliser le débiteur. Ce dernier doit donc être contraint de consentir à un effort soutenu pendant au minimum trois ans. L'article 1675/13 § 2 prévoit donc que *"le jugement mentionne la durée du plan de règlement judiciaire*

---

<sup>104</sup> Voy. notamment, Liège, 29 juin 2000, *J.L.M.B.*, 2001, p. 151.

<sup>105</sup> Arrêt CA n° 18/2003, n° rôle 2289, Internet [www.arbitrage.be](http://www.arbitrage.be); arrêt CA n° 38/2003, n° rôle 2626, Internet [www.arbitrage.be](http://www.arbitrage.be).

<sup>106</sup> *J.T.*, 2004, p. 159.

<sup>107</sup> Voir également: Mons, 15 mars 2004, *J.L.M.B.*, 2004, p. 1513.

qui est comprise entre trois et cinq ans. L'article 51 du Code judiciaire (relatif à la prorogation des délais) n'est pas d'application".

107. Trois catégories de dettes ne sont pas susceptibles de remise partielle en capital: (1) les dettes alimentaires non échues au jour de la décision du plan de règlement judiciaire, (2) les dettes constituées d'indemnités accordées pour la réparation d'un préjudice corporel causé par une infraction, (3) les dettes du failli subsistant après la clôture de la faillite, (4) les dettes fiscales.

#### f. Clôture

108. Un plan amiable ou judiciaire est exécuté entièrement conformément à ses prescriptions, la procédure de règlement collectif de dettes est naturellement clôturée. La saisine permanente du juge des saisies, maintenue même si c'est en degré d'appel que la décision d'admissibilité a été rendue (article 1675/14 § 2 du Code judiciaire), touche alors à sa fin et la mission de surveillance de l'exécution du plan confiée au médiateur de dettes est totalement accomplie.

109. Le plan peut également être terminé avant son échéance normale en cas de révocation, qu'il s'agisse d'un plan amiable ou d'un plan judiciaire. Une telle décision peut être prise par le juge des saisies à la demande du médiateur de dettes ou d'un créancier intéressé "*par le biais d'une simple déclaration écrite déposée ou expédiée au greffe, lorsque le débiteur (1) soit a remis des documents inexacts en vue d'obtenir ou conserver le bénéfice de la procédure de règlement collectif de dettes; (2) soit ne respecte pas ses obligations; (3) soit a fautivement augmenté son passif ou diminué son actif, (4) soit a organisé son insolvabilité; (5) soit a fait sciemment de fausses déclarations*" (article 1675/15 § 1er alinéa 1er du Code judiciaire).

110. Une cause de révocation spéciale est en outre prévue pour le cas d'un plan de règlement collectif de dettes incluant une remise de dettes en capital : "*tout créancier peut demander au juge la révocation (de la remise de dettes en capital) en raison d'un acte accompli par le débiteur en fraude de ses dettes*" (article 1675/15 § 1er, alinéa 2 du Code judiciaire).

111. En cas de révocation du plan, la situation du débiteur est rétablie dans l'état qu'elle connaissait avant la décision d'admissibilité, ce qui signifie que "*les créanciers recouvrent le droit d'exercer individuellement leur action sur les biens du débiteur pour la récupération de la partie non acquittée de leurs créances*" (article 1675/15 du Code judiciaire).

### C. **Le concordat judiciaire**

#### § 1. Problèmes soulevés par la législation antérieure

#### a. Les textes et leur application

112. La constitution belge promulguée en 1831 prévoyait en son article 139 - 9° qu'une loi nouvelle devrait pourvoir à la révision de la législation de l'ancien régime sur les faillites et les sursis. Ce n'est que les 20 juin 1883 et 29 juin 1887 que furent votées, sur cette base, des dispositions relatives au concordat judiciaire, modifiées ensuite par une loi du 7 août 1946. La coordination de ces textes fit l'objet d'un arrêté du Régent du 27 septembre 1946.

Le régime du concordat judiciaire n'a pas répondu aux attentes de la pratique. En effet, si le nombre de faillites ne cessait d'augmenter, en particulier dans les années 1980, celui des concordats judiciaires restait dérisoire, révélant ainsi l'inadéquation des textes aux besoins de l'environnement économique.

Une réforme fondamentale s'imposait donc.

113. En réalité, faillite et concordat judiciaire reposaient, dans l'ancienne législation, sur le même postulat : le commerçant devait, pour l'une comme pour l'autre procédures, se trouver en état de cessation de paiements. Ainsi conçu, le concordat judiciaire ne constituait que le moyen pour un commerçant d'éviter la faillite par un traité conclu avec ou obtenu de la part de ses créanciers. Le choix entre le concordat judiciaire et la faillite ne dépendait dès lors que de l'analyse d'un élément subjectif : pour être recevable en sa requête en concordat judiciaire, le commerçant devait être malheureux et de bonne foi, c'est-à-dire projeté dans une situation entièrement subie sans faute. Outre la difficulté à cerner avec justesse ces notions de malheur et de bonne foi, la détermination de la voie procédurale à retenir -celle de la faillite ou du concordat judiciaire- entraînant l'application de règles fondamentalement différentes, dépendait en définitive d'un critère parfaitement étranger aux intérêts du tissu économique entourant l'entreprise concernée. Cette situation n'était pas adéquate, car pour les créanciers, pour le personnel, pour les cocontractants potentiels du commerçant en difficultés, une seule question se pose : l'activité en danger peut-elle encore être sauvée ou au contraire, se trouve-t-elle dans une situation désespérée? Dans ce dernier cas, l'assainissement du marché ne permet pas l'hésitation : seul le démantèlement rapide et radical évite la contagion des difficultés rencontrées par l'entreprise déficiente.

114. C'est dans cet état d'esprit que fut conçu le nouveau concordat judiciaire : le commerçant demandeur ou assigné en concordat judiciaire ne peut avoir sombré dans l'état de cessation de paiement, raison pour laquelle il est utile d'entreprendre, sous la protection et le contrôle du juge, un redressement économique.

En revanche, la faillite, elle, représente une procédure de pure liquidation, mettant un terme à une activité considérée comme irrémédiablement non rentable, dangereuse pour l'environnement économique.

b. Les incertitudes liées à l'interprétation des lois coordonnées sur le concordat judiciaire

115. De surcroît, l'on observait, dans le régime antérieur, un rassemblement inopportun des règles régissant le concordat moratoire et le concordat par abandon d'actif dans le texte unique précité coordonné le 27 septembre 1946, nonobstant la philosophie propre à chacune de ces procédures.

Le concordat moratoire ne prévoyait que l'organisation d'un sursis de paiement et un réaménagement de la structure du passif, sans saisie ni liquidation de tout ou partie du patrimoine du débiteur concordataire et sans davantage de dessaisissement de ce dernier, seulement assisté par un juge délégué pour l'exercice de ses droits dont il n'était pas privé.

Le concordat par abandon d'actif, au contraire, organisait, à l'instar de la faillite, l'abandon de tout ou partie des actifs du débiteur, c'est-à-dire la vente par un liquidateur de ces biens en vue de l'apurement définitif du passif concerné par l'accord concordataire.

En dépit de ces divergences essentielles, la jurisprudence constante de la Cour de cassation décelait, même dans le concordat moratoire, une situation de concours comparable à celle caractérisant le concordat par abandon d'actif, la faillite et la liquidation des personnes morales.

Dans le même temps, cette jurisprudence résistait toutefois prudemment à y appliquer sans réserve tous les effets traditionnels du concours.

Ainsi, si, dans son arrêt du 27 mars 1952 (Pas. 1952, I, 475), la Cour de cassation décidait que la clause de réserve de propriété ne pouvait plus être efficacement invoquée par le vendeur d'un effet mobilier postérieurement au dépôt par l'acheteur d'une requête en concordat judiciaire moratoire, rapprochant de la sorte cette procédure de celle de la faillite, elle considérait, en revanche, dans son arrêt du 18 novembre 1971 (Pas. 1972, I, 281), que le "*stoppage in transitu*" (bénéficiant au vendeur ayant expédié, mais non encore livré, la marchandise vendue à un acheteur juste avant qu'il ne tombe en faillite) ne pouvait par analogie être invoqué après le dépôt d'une requête en concordat moratoire déposée par l'acheteur, en raison des buts diamétralement opposés poursuivis par les deux procédures.

Dans le même ordre d'idées, la Cour estimait, dans son arrêt du 4 novembre 1982 (Pas., 1983, I, 296), que le dépôt d'une requête en concordat judiciaire ne provoquait aucunement l'arrêt du cours des intérêts, même pour les créances n'étant assorties que d'un privilège général, alors qu'un jugement déclaratif de faillite, comme chacun sait, produit assurément cet effet.

Le départ entre procédures de redressement, d'une part, et procédures de liquidation, d'autre part, manquait, comme on le voit, singulièrement de netteté.

116. C'est l'un des mérites des législations nouvelles de remédier à cette faiblesse importante en atténuant les effets généraux du concours dans le cadre du concordat et en les accentuant dans le cadre de la faillite<sup>108</sup>.

117. Rappelons quels sont les effets généraux du concours: lorsque l'on examine les conséquences des diverses procédures organisant en droit belge l'exécution forcée des obligations d'un débiteur défaillant –qu'elles soient globales (comme la faillite, la liquidation de personnes morales ou la liquidation d'une succession vacante) ou partielles (comme la saisie ou la liquidation du patrimoine successoral dans le cadre d'une succession acceptée sous bénéfice d'inventaire), qu'elles ne concernent que certains créanciers (comme la saisie ou la liquidation du patrimoine successoral dans le cadre d'une succession acceptée sous bénéfice d'inventaire), ou qu'elle ait vocation, dans des mesures variables en fonction de différentes catégories de créanciers, à impliquer l'ensemble d'entre eux (comme la faillite, la liquidation de personnes morales ou la liquidation d'une succession vacante), quatre grands axes se dessinent, formant les effets généraux du concours; il s'agit de:

- a. la cristallisation des droits des créanciers en concours;
- b. l'emprise de la saisie sur les actifs, destinés à être réalisés et distribués après la mise en œuvre des garanties éventuelles impliquant:
  - i. l'opposabilité des droits réels antérieurs à la réalisation des droits en concours (comme, par exemple, l'hypothèque inscrite avant le jugement déclaratif de faillite),
  - ii. l'opposabilité des droits personnels accomplis, c'est-à-dire ayant entraîné une modification réelle du patrimoine du débiteur avant la confrontation des droits en concours, en vertu de l'effet externe des conventions générant ces mécanismes (comme, par exemple, la résolution de la vente invoquée avant le jugement déclaratif de faillite),
  - iii. l'inopposabilité des droits personnels non accomplis avant la confrontation des droits en concours, en vertu de la relativité des effets internes du contrat dont ils sont issus, sauf en cas de connexité (comme, par exemple, la compensation entre des créances réciproques),

---

<sup>108</sup> Comp. toutefois: POELMANS « Le concordat et le concours après la loi du 17 juillet 1996 », R.D.C.B., 1999, pp. 144 et suivantes.

- iv. le respect des privilèges et de leur rang déterminé par le législateur, ou, à défaut de règle légale spéciale, par la règle de l'antériorité pour les privilèges assimilés à des sûretés réelles légales, comme les privilèges immobiliers, ceux du bailleur, du commissionnaire et de son bailleur de fonds et du gagiste; ou encore, pour les autres privilèges, par le critère qualificatif inscrit à l'article 13 de la loi hypothécaire;
- c. l'attribution de la gestion de la liquidation à un ou plusieurs agents organisateurs et répartiteurs (mandataires de justice ou non) agissant pour le compte de ces créanciers et au nom du débiteur, en vertu d'un pouvoir que leur accorde la loi, et, éventuellement, en vertu d'une désignation judiciaire (comme, par exemple, le curateur de faillite);
- d. la création d'une ligne de départ entre les droits des créanciers en concours et les dettes dites "de la masse", qui tendent à l'accomplissement de la liquidation.

118. Ces effets généraux du concours sous l'angle du sort des créanciers, apparaissent comme étant écartés dans le régime actuel du concordat judiciaire. Toutefois, la question reste âprement controversée tant en doctrine qu'en jurisprudence<sup>109</sup>.

---

<sup>109</sup> Nient l'existence d'un concours : Comm., Liège, 3 avril 1998, *J.L.M.B.*, 1998, p. 1092 ; *R.D.C.B.*, 1999, p. 188 ; BUYLE, « Les effets du concordat judiciaire et de la faillite sur les créanciers poursuivants », in *Nouvelle législation : concordat & faillite. Analyse et enjeux*, Skyroom Events, Journée d'étude du 25 septembre 1997, p. 19 ; CUSAS et RENARD, *Le nouveau droit du concordat et de la faillite*, Kluwer, 1997, pp. 63-64 ; DUMON et STRANART, « Le concordat judiciaire », *J.T.*, 1997, p. 860 ; GERARD, WINDEY et GREGOIRE, *Le concordat judiciaire et la faillite – Lois des 17 juillet et 8 août 1997*, Larcier, *Les dossiers du J.T.*, n°17, 1998, n° 25, pp. 38-39 ; GEORGES, « Le concordat est-il une hypothèse de concours ? Eléments théoriques et pratiques », in *Le point sur le droit des sûretés*, Liège, Formation permanente CUP - Ulg, octobre 2000, vol. 41, pp. 203 et suiv. ; THIRION, « La théorie de l'égalité des créanciers en concours d'une personne morale en liquidation : nouveaux enseignements récents de la Cour de cassation », *R.C.J.B.*, 2001, pp. 185 et suiv. ; THIRION, « L'égalité et le droit commercial : un rapport à géométrie variable », note sous Liège, 17 janvier 2002, *J.L.M.B.*, 2002, pp. 1367 et suiv. ; VAN BUGGENHOUT, « Gerechtelijk akkoord en samenloop », *R.D.C.*, 1999, pp. 157 et suiv. ; VEROUGSTRAETE, *Manuel de la faillite et du concordat*, Kluwer, 1998, pp. 86 et ss. ; GRÉGOIRE et DE FRANCCQUEN, « Articles 7, 8 et 9 de la loi hypothécaire » in *Privilèges et hypothèques*, Kluwer, 2004 ; sont en faveur de l'existence d'un concours (mais d'un concours d'une nature particulière : Comm. Anvers, 16 juin 1998, *R.W.*, 1998-1999, p. 227 ; *R.D.C.B.*, 1999, p. 179 ; Comm. Furnes, 17 novembre 1999, *R.D.C.B.*, 2000, p. 718 ; Anvers, 17 janvier 2000, *R.W.*, 2001-2002, p. 278 ; Ballon, « Rechtspositie van schuldenaar en schuldeisers », in *Het gerechtelijk akkoord na de Wet van 17 juli 1997*, p. 223 et suiv. ; COLLE et VAN DEN BRANDE, « Het gerechtelijk akkoord: een samenloop? », in *Mélanges Philippe Gérard*, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp.183 et suiv. ; DECKMYN et DERNICOURT, « Het gerechtelijk akkoord – Samenloop en schuldvergelijking », note sous Comm. Anvers, 16 juin 1998, *R.W.*, 1998-1999, p. 227 ; WINDEY et DIEUX, « Nouvelles observations sur la théorie générale du concours entre les créanciers – A la lumière de la loi du 17 juillet 1997 sur le concordat judiciaire et de ses premières applications », in *Mélanges offerts à Pierre Van Ommeslaghe*, Bruxelles, Bruylant, 2000, POELMANS, « Le concordat et le concours après la loi du 17 juillet 1997 », *R.D.C.*, 1999, p. 144 ; SWARTELE, « Het hervormd gerechtelijk akkoord », *Jura Falc.*, 1997-1998, p. 180 ; TISON, « Depistage en gerchtelijkakkoord na de wet van 17 juli 1997 », *R.W.*, 1997-1998, p. 421.

## §2. L'esprit de la réforme

### a. Le sauvetage de l'entreprise

119. Le premier objectif de la réforme a consisté à permettre aux entreprises pouvant être assainies malgré les difficultés passagères qu'elles rencontrent de se placer en temps utile sous la protection de la loi, de manière à bénéficier d'un sursis, pour concevoir et réaliser, hors de la portée des actions de créanciers, une stratégie de redressement. Il est unanimement jugé préférable aujourd'hui de tenter dans un premier temps le sauvetage efficace d'une entreprise, en se gardant dès les premiers signes d'un danger d'insolvabilité, de l'abandonner trop rapidement au processus de dépeçage de ses actifs<sup>110</sup>, pour autant malgré tout que les remèdes administrés n'entraînent pas une distorsion injuste des règles de la concurrence économique<sup>111</sup>.

120. Dans cette perspective, deux innovations importantes ont été apportées au système: premièrement, l'entreprise en difficulté doit faire appel à la protection légale avant que sa situation soit irrémédiablement compromise; ensuite, se trouvent soumis au régime du concordat judiciaire, en principe et sous réserve des quelques aménagements dont il sera question plus loin, tous les créanciers du commerçant concordataire, y compris les créanciers nantis de sûretés, privilégiés ou revendiquants, sans exception pour le Trésor ou autres personnes de droit public.

### b. Les deux voies possibles du sauvetage

121. De manière schématique, le sauvetage peut avoir lieu soit par l'exécution d'un plan d'apurement du passif remodelé, approuvé par le vote favorable d'une assemblée générale des créanciers et homologué par le tribunal, soit par le transfert de tout ou partie de l'entreprise en vue à la fois de contribuer au remboursement des créanciers et de permettre le maintien d'une activité économique et d'un certain volume d'emploi, soit par la combinaison des deux modalités.

Le pouvoir de transférer tout ou partie de l'entreprise dans le cours de la procédure de concordat est une importante innovation de la réforme. Selon certains, il ne pourrait y avoir de transfert sans déclaration subséquente de faillite de l'entreprise vidée de sa substance valorisable<sup>112</sup>. Selon d'autres, le transfert de tout ou partie de l'entreprise n'implique pas

---

<sup>110</sup> GÉRARD, « Présentation de la réforme » in GÉRARD, WINDEY et GRÉGOIRE, *Le concordat judiciaire et la faillite*, Larcier 1998, p. 11; MARCHANDISE, « Les réflexions d'un juriste d'entreprise à propos des faillites et concordats » in *Evolution récente et perspectives du droit des sociétés commerciales et de l'entreprise en difficulté*, Ed. J.B. Bruxelles 1996, pp. 229 et ss.

<sup>111</sup> MATRAY et MARTENS, « Faillite et concurrence ou l'abus de faiblesse économique », *R.D.C.B.* 1996, pp. 402 et ss.

<sup>112</sup> MEERSCH, « L'échec du concordat : les discrètes mesures parallèles aux conséquences considérables », in *La faillite et le concordat en droit positif belge après la réforme de 1997*, C.D.V.A. 1997, pp. 552 et ss.



nécessairement la faillite du patrimoine non transféré<sup>113</sup>. C'est en ce sens que s'affirme la jurisprudence<sup>114</sup>.

### c. L'efficacité de la réforme

122. Depuis son entrée en vigueur, la nouvelle législation a, de manière manifeste provoqué une augmentation sensible du nombre de concordats accordés. Il est vrai que cette situation ne saurait être le révélateur d'une modification significative de l'état de santé du marché. Nul ne songe à en déduire raisonnablement que, d'une manière radicale, les entreprises se sont trouvées récemment confrontées à des difficultés moins profondes qu'auparavant. Les chiffres sont toutefois la démonstration concrète qu'un outil utile existe dorénavant dans la loi, autorisant l'espoir de voir se résorber réellement certaines turbulences passagères. Toutefois, même s'ils sont en nette amélioration, il apparaît que la procédure ne reçoit pas le succès escompté.

De très nombreuses lourdeurs imposées par la loi, ainsi que le coût excessif de la procédure ont été dénoncés. Il ne va de même de la survenance de la controverse au sujet de la qualification du concordat comme une situation de concours ou non. Enfin, la circonstance que les cautions ou codébiteurs solidaires ne puissent être déclarés excusables dans le cadre d'un concordat, au contraire que ce que peut provoquer la faillite, peut conduire certains dirigeants d'entreprises, engagés personnellement, à se laisser sombrer dans la cessation de paiement au lieu de tenter un redressement<sup>115</sup>.

## §3. Description synthétique de la procédure de concordat judiciaire

### a. Les deux grandes périodes

123. Lorsque le concordat est accordé au débiteur, s'ouvre une première période de sursis provisoire pendant laquelle aucune voie d'exécution, aucune saisie conservatoire, aucune revendication ne peut frapper un bien du requérant. Comme on le verra, seul le paiement ponctuel des intérêts et des charges accessoires aux dettes du concordataire peut être sanctionné sur l'initiative d'un créancier.

Protégé par le bénéfice de ce sursis provisoire, appelé aussi période d'observation, le débiteur va élaborer, avec l'aide d'un commissaire au sursis, un plan de redressement, qu'il soumettra, à

---

<sup>113</sup> WINDEY, « Les conditions d'obtention du concordat et le déroulement de la procédure » in GÉRARD, WINDEY et GRÉGOIRE, Le concordat judiciaire et la faillite, Larcier, 1998, p. 90.

<sup>114</sup> Comm. Charleroi, 10 décembre 2001, *J.L.M.B.*, 2002, p. 257.

<sup>115</sup> GOLDSCHMIDT, Lettre d'information juridique de la Commission de droit commercial du barreau de Bruxelles, janvier 2004, E.lexcom.

l'issue de cette tâche, à l'assemblée générale de ses créanciers et au tribunal de commerce. Cette première période peut s'étaler sur six mois, avec une prolongation possible de trois mois.

124. Au jour fixé à cette fin par le jugement ouvrant la période d'observation, le tribunal va entendre le débiteur, les créanciers et le commissaire au sursis, avant de se pencher sur le contenu du plan. Dans un délai de quinze jours après l'audition des personnes précitées, le tribunal peut décider d'approuver le plan, pour autant qu'y consentent plus de la moitié des créanciers ayant pris part au vote et représentant plus de la moitié de la valeur totale des créances, et pour autant que l'ordre public ne s'y oppose pas.

Lorsque la société concordataire s'est révélée être dans l'incapacité de présenter un plan de redressement satisfaisant et dès lors, d'obtenir un sursis définitif, le tribunal, s'il ne prononce pas la faillite, ordonne au commissaire de sursis de veiller à ce que soit convoquée une assemblée générale ayant la dissolution de la société à l'ordre du jour<sup>116</sup>.

124. S'ouvre alors la période dite de sursis définitif au cours de laquelle le débiteur devra exécuter son passif réaménagé en fonction des prescriptions du plan. Cette seconde période peut s'étaler sur vingt-quatre mois, avec une prolongation possible de douze mois.

#### b. Les intervenants principaux

125. En ses articles 5, 6, 7 et 8, la loi relative au concordat judiciaire organise la centralisation au greffe du tribunal de commerce des "*renseignements et éléments utiles concernant les commerçants qui sont en difficultés financières telles que la continuité de leur entreprise peut être mise en péril*" (article 5).

Ces "*renseignements et éléments utiles*" proviennent, selon la pratique existante, des tableaux de protêts, des jugements de condamnation par défaut et contradictoires lorsque le débiteur n'a pas contesté la demande en principal, de la liste des entreprises en retard de paiement de deux trimestres de cotisations sociales à l'ONSS, de T.V.A. ou de précompte professionnel, des décisions de déclassement, de suspension ou de retrait d'agrément d'un entrepreneur ou d'exclusion d'un entrepreneur des marchés publics. Ces données sont rassemblées, tenues à jour, analysées et exploitées aux fins de protection de l'intérêt économique général par les chambres d'enquête commerciale, qui reçoivent ainsi une consécration légale (article 84 du Code judiciaire modifié par l'article 48 de la loi relative au concordat judiciaire).

126. Le ministère public se voit reconnaître un rôle important dans le cadre de la procédure de concordat. Il dispose du pouvoir de citer un commerçant devant le tribunal de commerce pour que soit ouverte à son endroit une procédure de concordat judiciaire (article 1 § 2 de la loi relative au concordat judiciaire). Une fois le concordat accordé, il peut solliciter du tribunal

---

<sup>116</sup> Comm. Liège, 2 juin 1999, *J.L.M.B.*, 2001, p. 384 ; Comm. Charleroi, 15 juin 2001, *R.D.C.B.*, 2002, p. 29.

de commerce la prolongation de trois mois de la période d'observation (article 23 de la loi relative au concordat judiciaire); lorsqu'il estime qu'un débiteur ne remplit plus les conditions pour bénéficier d'un concordat, il peut le faire citer devant le tribunal de commerce afin que soit ordonnée la fin du sursis provisoire octroyé (article 24 de la loi relative au concordat).

Une fois le sursis définitif mis en place, le ministère public ne se voit plus confier de mission spécifique, l'intérêt général étant alors confié entièrement à la surveillance du commissaire au sursis et du tribunal de commerce.

127. En plus des missions confiées aux chambres d'enquête commerciale instituées auprès de chaque tribunal de commerce, ce dernier doit évidemment statuer sur la demande en concordat dans un délai d'ordre de quinze jours<sup>117</sup>, après avoir entendu le débiteur (articles 11 alinéa 2 et 14 de la loi sur le concordat judiciaire), le ministère public et, le cas échéant, le créancier qui en fait la demande, ainsi que le commissaire-reviseur ayant exercé ses fonctions pour l'entreprise concernée (article 13 de la loi relative au concordat judiciaire). S'il accueille la demande, le tribunal désigne un ou plusieurs commissaires au sursis, fixe, s'il l'estime nécessaire, la nature des actes que le débiteur ne pourra plus accomplir sans l'autorisation du commissaire au sursis, invite les créanciers à faire la déclaration de leurs créances dans le délai qui leur est fixé et indique l'audience où il sera statué sur l'octroi du sursis définitif (articles 15 et 16 de la loi relative au concordat judiciaire). Ce jugement est publié dans les cinq jours de sa date, aux annexes du Moniteur belge et dans deux journaux ou périodiques ayant une diffusion régionale (article 17 de la loi relative au concordat judiciaire).

128. Le tribunal peut accueillir la demande à la condition, s'il échet, qu'une personne, dont il constaterait par hypothèse que le comportement, au sein de l'entreprise, n'a pas été exempt de mauvaise foi manifeste, soit écartée de la direction (article 15 § 3 de la loi relative au concordat judiciaire). Il arrive que la demande doive être purement et simplement rejetée, si la personne ayant eu un comportement empreint de mauvaise foi manifeste est le commerçant lui-même, dont l'activité est indissolublement liée à l'entreprise<sup>118</sup>.

129. Enfin, si le tribunal estime que les conditions du concordat ne sont pas réunies, il doit rejeter la demande et peut prononcer la faillite, après avoir spécialement entendu le débiteur sur les conditions de cessation de paiements et d'ébranlement du crédit (article 15 § 2 de la loi relative au concordat judiciaire).

130. Une fois la demande accueillie et ouverte la procédure concordataire, le rôle du tribunal de commerce conserve une importance centrale.

Après le dépôt du plan de redressement et de paiement élaboré par le débiteur avec l'aide du commissaire au sursis, le tribunal se prononce sur le principe de l'autorisation du sursis définitif,

---

<sup>117</sup> GÉRARD, « Présentation générale de la réforme » in GÉRARD, WINDEY et GRÉGOIRE, *Le concordat judiciaire et la faillite*, Larcier 1998, p. 22

<sup>118</sup> Liège, 25 mars 1999, *J.L.M.B.*, 2000, p. 366.

sans aborder le fond du plan déposé ou, au contraire, refuse la poursuite de la procédure de concordat et prononce la faillite, ou encore accepte une proposition de transfert de l'entreprise. Le plan doit être soumis au vote de l'assemblée générale des créanciers (article 33 de la loi relative au concordat judiciaire). Dans l'hypothèse où un vote favorable intervient, le tribunal de commerce vérifie si les conditions de majorité sont effectivement remplies, si les propositions ne comportent rien qui soit en opposition avec l'ordre public et si le débiteur offre "*les garanties nécessaires de probité en la gestion*" (article 34 de la loi relative au concordat judiciaire). En cas de réponse positive à ces questions, le tribunal peut homologuer le plan.

131. Ensuite, s'étale une période de surveillance de l'exécution du plan au cours de laquelle le commissaire au sursis représente l'intermédiaire entre le débiteur ou les créanciers, d'une part, et le tribunal de commerce, d'autre part. Le commissaire au sursis doit, en effet, faire rapport sur l'exécution du plan au tribunal de commerce, tous les six mois au moins et chaque fois que ce dernier le lui demande (article 36 de la loi relative au concordat judiciaire). Le tribunal peut encore être amené à modifier le plan en cours d'exécution à la demande du débiteur, du commissaire au sursis ou même, dans certaines circonstances, d'un créancier, pour autant qu'il n'ait pas voté le plan (article 38 de la loi relative au concordat judiciaire).

132. Lorsque, en tout ou en partie, le plan n'est pas exécuté, le sursis définitif peut être révoqué par le tribunal de commerce, à la demande du commissaire au sursis ou d'un créancier non remboursé selon les modalités et dans les délais prévus (article 37 de la loi relative au concordat judiciaire). Le tribunal pourrait alors, si les conditions s'en trouvent réunies, prononcer la faillite du commerçant concordataire<sup>119</sup>, mais il ne pourrait jamais se saisir d'office de la question de la fin du sursis provisoire<sup>120</sup>.

133. Enfin, lorsque la procédure s'est déroulée sans incident, le tribunal prononce la fin du sursis, sur le rapport du commissaire au sursis, dès que l'exécution du plan touche à sa fin (article 40 de la loi relative au concordat judiciaire).

134. Il faut noter qu'à chaque stade de la procédure en concordat judiciaire où son intervention est requise pour en autoriser la poursuite, le tribunal de commerce pourrait déclarer la faillite du débiteur. Bien entendu, il lui faudrait pour cela scrupuleusement respecter le droit de défense de ce dernier.

Le tribunal de commerce pourrait également, pour autant que le concordat judiciaire, pour une raison ou pour une autre, ne puisse être poursuivi et que les conditions de la faillite ne soient néanmoins pas réunies, ordonner au commissaire au sursis de convoquer l'assemblée générale des associés de la société débitrice avec à l'ordre du jour, la décision de mise en dissolution ou d'ouverture de la liquidation de ladite société (article 45 de la loi relative au concordat judiciaire).

---

<sup>119</sup> Mons, 15 mai 2000, *J.L.M.B.*, p. 378.

<sup>120</sup> Liège, 2 mai 2000, *J.L.M.B.*, 2000, p. 374.

135. Le rôle du commissaire au sursis est primordial, comme le soulignent les travaux préparatoires<sup>121</sup> : "... Sa mission consiste à sortir l'entreprise de la crise et à agir dans l'intérêt de celle-ci. Son intervention peut même mener à la reprise (globale ou partielle) de l'entreprise".

L'article 19 de la loi relative au concordat judiciaire énonce le type fondamental de responsabilités qu'il incombera au commissaire au sursis d'assumer, ainsi que les qualités générales qui sont attendues de lui : le commissaire au sursis "... est chargé d'assister le débiteur dans sa gestion, sous le contrôle du tribunal. Il fait rapport chaque fois que les circonstances l'exigent et en tout cas à la demande du tribunal. Le commissaire au sursis désigné doit offrir des garanties d'indépendance et d'impartialité. Il doit avoir de l'expérience en matière de gestion d'entreprises et de comptabilité. Il doit également être tenu par un code de déontologie et sa responsabilité professionnelle doit être couverte par une assurance. Le tribunal peut désigner le commissaire au sursis parmi les personnes habilitées par les organismes publics ou privés désignés ou acquis par l'autorité compétente pour assister les entreprises en difficulté. Le tribunal choisit le commissaire au sursis en fonction de ses qualités et selon les nécessités de l'espèce. Si la situation le requiert, le tribunal peut désigner un collègue de commissaires ayant des formations distinctes (...)"

En parcourant les dispositions de la loi sur le concordat judiciaire, l'on aperçoit, en effet, clairement l'importance et la permanence du rôle du commissaire au sursis : il assiste, d'abord, le débiteur concordataire, de son expérience et de ses compétences en matière de direction d'entreprises; il peut parfois être amené, si le tribunal de commerce en a décidé ainsi, à autoriser certains actes de disposition ou même d'administration (article 15 de la loi relative au concordat judiciaire); il collabore à l'élaboration du plan de redressement et de paiement (article 29 de la loi relative au concordat judiciaire); il informe le tribunal de commerce, lui fait rapport régulièrement et selon les nécessités, il surveille le strict respect de l'ordre public et des engagements pris; il assure la transparence de la procédure à l'égard des créanciers en général, des travailleurs, en particulier; il peut proposer la modification, la révocation ou la prorogation du plan; enfin, il peut proposer le transfert de tout ou partie de l'entreprise.

#### § 4. Le déroulement de la procédure de concordat judiciaire

##### a. Les conditions d'octroi du concordat judiciaire

136. Pour pouvoir prétendre au bénéfice d'un concordat judiciaire, le débiteur doit tout d'abord présenter la qualité de commerçant. Cette notion est définie conformément au droit commun des articles 1er et 2 du Code de commerce. Est commerçant au sens de ces dispositions, la personne qui, de manière habituelle, à titre principal ou accessoire, effectue des actes visés à l'article 2 du Code de commerce, en se soumettant à des méthodes de nature à permettre, en principe, l'excès des recettes sur les dépenses et par là, de dégager des bénéfices. Il n'importe pas que le débiteur soit une personne physique ou une personne morale.

---

<sup>121</sup> Rapport Chambre II, pp. 6-7.

137. Dans l'exercice de son activité commerciale, le débiteur doit rencontrer des difficultés qui, si elles n'étaient adéquatement combattues, précipiteraient l'entreprise dans une situation de cessation persistante de paiements. Lorsque le débiteur est une personne morale, la preuve de la réalité de difficultés de cette nature résulte de la seule circonstance que l'actif net est inférieur à la moitié du capital social (article 9 alinéa 2 de la loi relative au concordat judiciaire).

138. Si, comme on l'aperçoit, elles doivent présenter un certain degré de gravité, les difficultés auxquelles le commerçant se trouve confronté ne peuvent compromettre le redressement de l'entreprise. Le débiteur doit donc démontrer que l'assainissement de sa situation peut être planifié et conduire à la restauration d'une situation profitable avec des chances raisonnables de succès.

b. Les modes d'introduction de la procédure en concordat judiciaire

139. L'ensemble de ces conditions d'octroi du concordat doit apparaître à la lecture par le tribunal de commerce de la requête du débiteur sollicitant un concordat judiciaire et des ses annexes.

La requête doit être déposée au greffe du tribunal territorialement compétent, c'est-à-dire celui de l'arrondissement dans lequel le commerçant dispose de son siège principal d'exploitation.

La requête doit comporter les mentions habituellement requises pour un acte introductif d'instance: nom, prénom et profession du requérant, lieu de son principal établissement, numéro d'inscription au registre du commerce, la date, le lieu et le juge saisi de la demande, l'indication de son objet et sommairement, de ses motifs. Les annexes doivent comprendre une liste des créanciers avec la précision de leurs sûretés ou privilèges éventuels, un plan prévisionnel à six mois et une ébauche des mesures à prendre pour assurer le redressement de l'entreprise.

140. La procédure en concordat peut également être introduite à l'initiative du Procureur du Roi (article 11 § 2 de la loi relative au concordat judiciaire). L'action du Procureur du Roi est toutefois en quelque sorte subsidiaire, par rapport à celle du commerçant. Celui-ci conserve d'ailleurs, malgré l'initiative du parquet, le droit de demander lui-même le concordat, de décider de la dissolution ou de faire aveu de faillite (article 11 § 2 in fine de la loi relative au concordat judiciaire).

Le Procureur du Roi doit former la demande par voie de citation. Le jour fixé, mentionné dans l'exploit de citation, le tribunal entendra le débiteur, le Ministère public, ayant pris soin au préalable de déposer au greffe les documents justifiant l'introduction de la demande, et le cas échéant, le commissaire reviseur et un créancier du commerçant qui en ferait la demande

(article 13 de la loi relative au concordat judiciaire). Le parquet aura soin raisonnablement de n'agir que dans les cas où son intervention s'impose pour la sauvegarde de l'intérêt général et où un relais suffisant existe au sein de l'entreprise pour assurer la gestion du concordat sollicité, l'élaboration et l'exécution du plan de redressement. Cette situation se présentera lorsque les principaux dirigeants seraient inconscients du danger auquel se trouverait confrontée l'entreprise, ou se rendraient coupables, par mauvaise foi, de passivité ou de négligence volontaires au détriment des autres personnes intéressées par son activité.

141. D'autres administrateurs ou des cadres peuvent toutefois, grâce à l'intervention utile du parquet, être amenés à remplacer avantageusement les dirigeants défailants ou fautifs, dont, on le verra, la mise à l'écart peut être prononcée par le tribunal de commerce. Il semble exclu, en tous cas, que le parquet demande le concordat d'un commerçant, en l'absence de tout appui quelconque pouvant être utilisé au sein de l'entreprise pour soutenir et mener la procédure à son terme<sup>122</sup>.

c. Les effets de l'introduction de la demande de concordat judiciaire

142. Une fois la requête déposée ou la citation signifiée, le tribunal de commerce entend dans les huit jours le débiteur sur l'état de ses affaires, ainsi que toute personne intéressée, notamment un créancier, qui en ferait la demande. Outre la vérification des conditions de recevabilité de la demande, telles qu'énoncées plus haut, le tribunal de commerce examine également, sur la base des éléments dont il dispose alors, issus de la requête elle-même ou des informations collectées par les chambres d'enquête commerciale, la probité de la gestion de l'entreprise. S'il découvre, à cette occasion, que des fraudes ont été commises, il ne peut admettre la requête que moyennant la mise à l'écart de la direction, de toute personne qui serait "*manifestement de mauvaise foi*".

143. Première passerelle entre la loi sur le concordat judiciaire et la loi sur la faillite: le tribunal de commerce qui rejette la requête en concordat judiciaire, peut prononcer d'office la faillite du commerçant requérant, après l'avoir entendu, ainsi que toute personne intéressée, sur l'état de cessation persistante de paiements et d'ébranlement de crédit (article 15 § 2 de la loi relative au concordat judiciaire).

144. Le jugement qui admet la requête du débiteur concordataire ou accueille la citation signifiée à la demande du parquet ouvre la période d'observation appelée sursis provisoire, et désigne un ou plusieurs commissaires au sursis, investis en tous cas, à ce stade, du pouvoir légal d'assister le débiteur dans la conception et l'élaboration de son plan de redressement, et, si le jugement en dispose ainsi, du pouvoir d'autoriser le débiteur à accomplir certains actes de

---

<sup>122</sup> WINDEY, « Les conditions d'obtention du concordat et le déroulement de la procédure », in GÉRARD, WINDEY et GRÉGOIRE, *Le concordat judiciaire et la faillite*, Larcier, 1998 p. 80; VEROUGSTRAETE, *Manuel de la faillite et du concordat*, Kluwer 1998, p. 76.

disposition ou même d'administration. Accomplis en violation de l'obligation d'obtenir une telle autorisation, les actes seraient inopposables au tiers, notamment à la masse des créanciers en cas de faillite subséquente. Toutefois, dans une telle occurrence, le curateur aurait le pouvoir de reconnaître les actes irréguliers dans la mesure où ils serviraient les intérêts de la masse.

145. Le jugement comporte, en outre, la fixation du délai dans lequel les créanciers devront faire la déclaration de leur créance ainsi que la date et le lieu où il sera statué sur l'octroi du sursis définitif (article 16 de la loi relative au concordat judiciaire).

146. Le jugement qui accorde le sursis est publié à la diligence du greffier aux annexes du Moniteur belge et dans deux journaux et périodiques ayant une diffusion régionale. La publication doit porter notamment sur la limitation des pouvoirs du débiteur, sur les informations relatives à la déclaration de créances et au jugement à rendre sur le sursis définitif. En plus de cette publication, le commissaire au sursis est chargé de transmettre par lettre recommandée aux créanciers individuellement tous les renseignements publiés (article 17 de la loi relative au concordat judiciaire). La forme conseillée de cette information serait la lettre recommandée<sup>123</sup>.

147. Aux termes de l'article 19 de la loi relative au concordat judiciaire, la mission confiée au commissaire au sursis consiste à "*assister le débiteur dans sa gestion sous le contrôle du tribunal*" et à "*faire rapport chaque fois que les circonstances l'exigent et en tous cas, à la demande du tribunal*". Diverses conditions objectives sont imposées pour le choix du commissaire au sursis: il doit offrir des garanties d'indépendance et d'impartialité, avoir de l'expérience en matière de gestion d'entreprise et de comptabilité, être tenu par un code de déontologie et avoir sa responsabilité professionnelle couverte par une assurance. Chaque entreprise obtenant le sursis provisoire présentant des caractéristiques propres, le tribunal doit pouvoir y adapter le choix du commissaire au sursis approprié. C'est pourquoi la loi prévoit que "*le tribunal choisit le commissaire au sursis en fonction de ses qualités et selon les nécessités de l'espèce. Si la situation le requiert, le tribunal peut désigner un collège de commissaires ayant des formations distinctes*" (article 19 alinéa 2 in fine de la loi relative au concordat judiciaire). Lorsque de grandes entreprises sont concernées, la combinaison des compétences d'un réviseur d'entreprise ou d'un expert comptable et de celles d'un avocat se révélera indispensable<sup>124</sup>. Le Ministre a effectivement précisé à cet égard que "*ce sont essentiellement les réviseurs d'entreprises, les experts comptables et les avocats, en ce compris ceux qui ne sont pas inscrits sur la liste des curateurs, qui sont visés*"<sup>125</sup>.

148. Le commerçant bénéficiant d'un sursis provisoire n'est pas dessaisi de son patrimoine. Le commissaire ne s'y substitue nullement; il se limite à l'assister dans sa gestion ou éventuellement à opposer un veto à l'accomplissement de certains actes. Lorsque le tribunal a désigné un

---

<sup>123</sup> Doc. Parl. Ch. repr. 1995-1996, n° 329/25, p. 12; WINDEY, « Les conditions d'obtention du concordat et le déroulement de la procédure » in GÉRARD, WINDEY et GRÉGOIRE, *Le concordat judiciaire et la faillite*, Larcier 1998, p. 85.

<sup>124</sup> WINDEY, « Les conditions d'obtention du concordat et le déroulement de la procédure », in GÉRARD, WINDEY et GRÉGOIRE, *Le concordat judiciaire et la faillite*, Larcier 1988, p. 86.

<sup>125</sup> Doc. Parl., Sén. Sess. 1996-1997, n° 1-498/11, p. 64.



collège de commissaires au sursis, chacun est, en principe, en droit de poser tous les actes nécessaires à la réalisation de la mission. Les commissaires au sursis sont alors solidairement responsables des actes accomplis par chacun d'eux<sup>126</sup>.

149. Au-delà du pouvoir de simple assistance à la gestion de l'entreprise, éventuellement assorti du droit d'opposer un veto à certains actes proposés par le débiteur, le commissaire au sursis puise dans la loi, sans qu'il soit nécessaire de le répéter dans le dispositif du jugement octroyant le sursis provisoire et dans les extraits qui en sont publiés aux annexes du Moniteur belge, la possibilité de réaliser le transfert de l'entreprise ou d'une partie de celle-ci (article 41 alinéa 1er de la loi relative au concordat judiciaire). Cette possibilité peut prendre forme à n'importe quel moment au cours de la période de sursis provisoire. Elle se distingue de l'opération de transfert conçue comme une modalité du plan de redressement définitif. Le tribunal de commerce conserve toutefois un contrôle sur le transfert projeté, puisqu'il doit l'autoriser, après avoir vérifié s'il "*contribue au remboursement des créanciers et s'il permet le maintien d'une activité économique et d'un certain volume d'emploi*". L'article 41 alinéa 2 trace les lignes de conduite à suivre par le commissaire au sursis : "*(il) examine les propositions (de reprise) à la lumière du maintien d'une activité économique viable et l'incidence sur les possibilités de remboursement des créanciers. Il discute les propositions reçues avec les organes de gestion compétents de l'entreprise et avec les représentants des travailleurs*". L'article 41 alinéa 3 précise qu'"*il peut décider d'avoir des entretiens plus approfondis avec un ou plusieurs candidats à la reprise, en vue d'aboutir à un consensus avec les travailleurs. Il veille également, dans ce cadre à préserver les intérêts légitimes des créanciers*".

150. L'intervention du tribunal est décrite à l'alinéa suivant : "*Le commissaire au sursis soumet une proposition de transfert intégral ou partiel de l'entreprise à l'approbation du tribunal. Avant de se prononcer, le tribunal entend à ce propos une délégation de la direction de l'entreprise et une délégation des travailleurs*" (article 41 alinéa 3 de la loi relative au concordat judiciaire). Les créanciers ne sont appelés à intervenir à la procédure de transfert hors plan à des conditions identiques à celles s'appliquant lorsque le transfert constitue une modalité du plan de redressement, que s'il est proposé de transférer l'ensemble de l'entreprise. Le tribunal ne peut donner son approbation dans ce cas que "*si plus de la moitié des créanciers ayant fait la déclaration de leur créance, ayant pris part au vote et représentant en valeur plus de la moitié des créances, y consentent*" (article 41 alinéa 4 de la loi relative au concordat judiciaire). En cas de cession seulement partielle de l'entreprise, le commissaire au sursis et le tribunal peuvent apprécier avec beaucoup de souplesse la condition de la contribution au remboursement des créanciers. L'opération doit participer de manière significative à leur désintéressement, mais il ne s'impose pas que l'apurement soit total. Les sûretés réelles seront maintenues en raison du droit de suite dont elles sont assorties<sup>127</sup>.

---

<sup>126</sup> WINDEY, « Les conditions d'obtention du concordat et le déroulement de la procédure » in GÉRARD, WINDEY et GRÉGOIRE, *Le concordat judiciaire et la faillite*, Larcier 1998, p. 89. Le tribunal peut déroger à ce principe et prévoir de délimiter le champ des pouvoirs spécifiques conférés à chaque commissaire au sursis, seules les questions d'intérêt général devant être traitées en commun (*Doc. Parl., Ch. repr., Sess. 1995-1996, n° 329/11, p. 2*).

<sup>127</sup> VEROUGSTRAETE, *Manuel de la faillite et du concordat*, Kluwer 1998, p. 137).

151. Les honoraires du commissaire au sursis sont déterminés par le tribunal de commerce d'après un barème fixé par arrêté royal (article 19 alinéa 5 de la loi relative au concordat judiciaire). Ces honoraires "*sont payés par préférence*", précise la loi (article 19 alinéa 5 in fine de la loi relative au concordat judiciaire). Cette expression renvoie à l'article 44 alinéa 2 de la loi relative au concordat judiciaire, qui dispose que "*les actes accomplis par le débiteur au cours de la procédure en concordat avec la collaboration, l'autorisation ou l'assistance du commissaire au sursis, sont considérés lors de la faillite (éventuelle du commerçant en cas d'échec du concordat) comme des actes du curateur, les dettes contractées pendant le concordat étant comprises comme dettes de la masse faillie*". Ce type nouveau de droit de préférence ne correspond pas au concept de "*dettes de la masse*", dont l'existence est liée nécessairement à leur intervention postérieurement au concours auquel le créancier bénéficiaire échappe, en l'occurrence la faillite du commerçant ayant tenté sans succès un concordat judiciaire. Il s'agit davantage d'un privilège sur l'ensemble des biens du débiteur primant toutes les prétentions d'autres créanciers sur les actifs concernés par la gestion du commissaire au sursis<sup>128</sup>.

152. Le commissaire au sursis peut être remplacé à la demande de tout intéressé, le nombre de commissaires au sursis peut être augmenté ou diminué "*pour autant que cela s'avère absolument nécessaire*" (article 19 alinéa 6 de la loi relative au concordat judiciaire). A défaut de précision dans le texte de la loi, la demande doit être formée par voie de citation<sup>129</sup>.

153. Déterminée par le jugement octroyant le sursis provisoire, la durée de la période d'observation (s'élevant initialement à six mois au maximum) peut être prorogée de trois mois au maximum, ainsi que le prévoit l'article 23 de la loi relative au concordat judiciaire. La demande en ce sens peut être formée par le commissaire au sursis, le Ministère public ou le débiteur. A défaut de précision, le droit judiciaire commun trouvera à s'appliquer: la demande devra être formée par la voie de la citation ou, en cas d'accord entre le commissaire au sursis, par le dépôt d'un procès-verbal de comparution volontaire. L'affaire n'est pas communicable au Ministère public au sens de l'article 764-8° du Code judiciaire<sup>130</sup>.

154. Le jugement octroyant le sursis provisoire invite les créanciers à procéder à la déclaration de leurs créances. Suivant l'article 25 de la loi sur le concordat judiciaire, "*les créanciers déclarent leurs créances et en déposent le titre au greffe du tribunal de commerce au plus tard le jour déterminé par le jugement qui accorde le sursis provisoire*". La déclaration s'effectue par le dépôt au greffe du tribunal de commerce du titre de la créance; elle doit mentionner les nom, prénom, profession et domicile du créancier, la cause et le titre de la créance, ainsi que les droits d'hypothèque ou de gage qui en garantissent le paiement, de même que les éventuelles sûretés personnelles.

---

<sup>128</sup> VEROUGSTRAETE, *Manuel de la faillite et du concordat*, Kluwer 1998, p.69

<sup>129</sup> WINDEY, « Les conditions d'octroi du concordat et le déroulement de la procédure » in GÉRARD, WINDEY et GRÉGOIRE, *Le concordat judiciaire et la faillite*, Larcier 1998, p. 92; VEROUGSTRAETE, *Manuel de la faillite et du concordat*", Kluwer 1998, p. 61.

<sup>130</sup> Vergoustraete, *Manuel de la faillite et du concordat*, Kluwer 1998, p. 109.

S'ils en font la demande, les créanciers obtiennent du greffier un accusé de réception de leur déclaration (article 25 de la loi relative au concordat judiciaire). La déclaration est un simple acte de la procédure, devant être rédigé dans la langue de celle-ci et ne constituant pas un acte équipollent à une action en justice, contrairement à la déclaration de créance en matière de faillite<sup>131</sup>.

155. Les créances dont l'admission est contestée sont renvoyées devant le tribunal, le créancier étant informé par pli judiciaire de l'existence d'une contestation et de l'audience à laquelle il sera statué sur celle-ci, le débiteur convoqué (article 27 § 1 de la loi relative au concordat judiciaire). A la demande du commissaire au sursis, la créance contestée peut être admise provisoirement dans les opérations de concordat pour un montant déterminé par le tribunal. L'ordonnance déterminant le montant provisoirement admis n'est pas susceptible de recours (article 27 § 3 de la loi relative au concordat judiciaire).

156. Tous les créanciers sont invités à faire déclaration de leurs créances, y compris les créanciers gagistes, privilégiés spéciaux, hypothécaires et le Trésor public. En cas de déclaration tardive, d'omission de tout ou partie de la créance, les droits du créancier ne disparaissent pas. Ils ne peuvent être intégrés dans le plan de redressement et ne recevoir aucun versement au cours de l'exécution de celui-ci, sauf si un tel paiement n'est pas de nature à entraver la bonne exécution du sursis définitif<sup>132</sup>. Seules les créances déclarées et concernées par le plan de redressement confèrent le droit de vote lors de l'assemblée générale des créanciers réunie pour examiner le projet de plan de redressement<sup>133</sup>.

157. Les effets de l'introduction de la procédure de concordat judiciaire et de l'octroi d'un sursis provisoire, tels que décrits ci-dessus, montrent que d'importantes entraves sont apportées aux prérogatives des créanciers du commerçant concordataire.

Ainsi, l'introduction de la demande en concordat emporte deux importantes conséquences sur les prérogatives des créanciers du débiteur.

En premier lieu, *"le commerçant ne peut être déclaré en faillite et, dans le cas d'une société, celle-ci ne peut être dissoute, tant que le tribunal n'a pas statué sur la demande en concordat"* (article 12).

En second lieu, *"aucune réalisation de biens meubles ou immeubles du débiteur ne peut intervenir suite à l'exercice d'une voie d'exécution, jusqu'à la décision visée à l'article 15"*, c'est-à-dire la décision par laquelle le tribunal accorde un sursis provisoire (article 12).

159. A dater du prononcé de cette dernière décision, ce sont à nouveau deux importantes conséquences qui se produisent, prolongeant les deux précédentes.

---

<sup>131</sup> VEROUGSTRAETE, *Manuel de la faillite et du concordat*, Kluwer 1998, p. 101.

<sup>132</sup> *Doc. Parl.*, Ch. repr., 1993-1994, 401/1, p. 24

<sup>133</sup> Comm. Nivelles, 2 novembre 1998, R.D.C., 1999, p. 194.

En premier lieu, aucune voie d'exécution sur des biens meubles ou immeubles ne peut être poursuivie ou exercée (article 21 § 1er alinéa 1er). Il s'agit d'une simple suspension du droit de poursuite individuel, et non de la caducité définitive d'une mesure déjà commencée, ni davantage de la récupération de ses effets au profit de l'ensemble des créanciers.

La suspension du droit de poursuite individuel est infligée "à tous les créanciers, quelle que soit la sûreté dont ils disposent" (article 21 § 1er alinéa 2). Les travaux préparatoires montrent que en utilisant le mot "sûretés réelles", l'auteur du texte a voulu viser "les différentes catégories de privilèges et d'hypothèques" (Discussion générale, Ch. représ., 329/17-95/96, p. 66). Le choix de cette qualification est malheureux, car la notion de "sûreté", lorsqu'elle porte sur le patrimoine du débiteur, ne recouvre que le gage et l'hypothèque et ne comprend pas les "privilèges", qu'ils soient généraux ou même spéciaux.

Certes, sûretés réelles et privilèges sont tous deux à l'origine de droits de préférence, mais ils répondent néanmoins à des préoccupations distinctes, reposent sur des techniques très différentes et obéissent à des règles propres. Il eût été préférable de prévoir que le sursis est applicable à tous les créanciers, même "le créancier hypothécaire, gagiste et celui qui bénéficie d'un privilège spécial", ces mots étant maintes fois utilisés tels quels par la loi, dans la suite du texte.

160. L'exercice de l'action en revendication du "créancier-propriétaire", selon les termes de la loi, à savoir le vendeur bénéficiant d'une clause de réserve de propriété et le donneur de leasing, est également suspendue pendant la période d'observation (article 21 § 1er, alinéa).

161. Les garanties personnelles (cautionnement ou codébiton solidaire), quant à elles, ne sont en rien touchées par le sursis (article 21 § 1er alinéa 2 in fine).

162. Le sort des créanciers-propriétaires nantis de sûretés réelles ou bénéficiant de privilèges se trouve toutefois adouci par une prérogative spéciale: "le tribunal peut, à la demande (de l'un d'eux) qui prouve que sa sûreté ou sa propriété subit ou pourrait subir une importante moins-value, accorder des sûretés supplémentaires en guise de compensation, eu égard au montant de la créance" (article 21 § 1er).

Cette disposition crée un troisième type de "sûretés": à côté des sûretés d'origine légale et d'origine conventionnelle, existeraient désormais les sûretés d'origine judiciaire. Une telle création législative soulève diverses interrogations, le terme "sûretés" ne vise-t-il, dans la disposition examinée, que le gage et l'hypothèque, comme une interprétation rigoureuse du vocable l'impose, ou s'étend-elle au contraire aux privilèges spéciaux, comme la discussion générale de l'article le laisse penser? Cette dernière possibilité paraît toutefois à exclure, car les privilèges ne peuvent exister en dehors de la définition qu'en donne la loi. Un texte doit en fonder le principe, donner les limites de la créance garantie, préciser le contenu et les caractéristiques de l'assiette. Il semble donc impossible qu'un tel droit de préférence, en dehors des précisions de la loi, soit attribué à un créancier par une décision judiciaire.

Seul un gage ou une hypothèque pourrait donc être accordé à un créancier par le tribunal de commerce, dont la décision viendrait remplacer le consentement du constituant.

La question qui vient alors immédiatement à l'esprit est la suivante: comment assurer la constitution et l'opposabilité d'une telle sûreté et quel sera le sort des frais rendus nécessaires à cette opération?

En particulier, si la sûreté supplémentaire est une hypothèque, comment contraindre le débiteur à comparaître devant un notaire pour y émettre son consentement afin que soit dressé l'acte authentique constitutif de la sûreté? Le consentement authentifié du débiteur est en effet une condition essentielle de la validité de l'hypothèque et, en cette matière, un jugement ne pourrait en tenir lieu. A supposer que le débiteur soit coopérant et qu'il collabore à la constitution de la sûreté (éventuellement sous la menace d'astreintes), quel sera le sort de ces astreintes, des honoraires du notaire, des droits d'enregistrement et d'inscription de la sûreté? L'exécution forcée de ces dettes sera-t-elle entravée par le sursis ou y échappera-t-elle au contraire? Dans le même ordre d'idées, comment assurer la tradition des objets mobiliers corporels qui seraient engagés par l'effet de la décision judiciaire sans la participation du débiteur? Le recours à l'astreinte ne serait-il pas incompatible avec le principe même du sursis provisoire et de la période d'observation? Au surplus, à supposer que le débiteur se soumette de bonne grâce à la formalité de la tradition du ou des objets judiciairement engagés, la dépossession ne constituerait-elle pas toujours un handicap certain pour la continuité de l'entreprise? La même objection pourrait être opposée à un gage sur créances, qui, en raison de son caractère consensuel, ne requerrait que la dépossession fictive prévue à l'article 2075 du Code civil -et ne supposerait dès lors aucune collaboration de la part du débiteur- mais qui priverait l'entreprise du produit de son activité.

En bref, les très nombreuses questions de principe liées tant au droit qu'à la pratique des sûretés ne sont ni envisagées, ni a fortiori résolues par la loi ou les travaux préparatoires. Un passage de ceux-ci relève néanmoins qu'il sera difficile d'accorder une sûreté supplémentaire à un créancier lorsque *"le débiteur a, par exemple, épuisé toutes les possibilités en la matière"* (Discussion générale, Ch. représ. 329/17 -95/96, p. 65). A cette occasion, le ministre a souligné l'importance de l'intervention judiciaire dans ce domaine et a ajouté que *"les tribunaux devront se garder d'accorder trop facilement des sûretés supplémentaires"*.

A notre avis, cette disposition, en raison de tous les obstacles tant théoriques que pratiques que son application rencontrera, ne devrait pas être d'une grande utilité concrète. Elle pourrait s'apparenter davantage à une mesure consolatrice de façade qu'à un véritable remède.

163. Une autre prérogative est reconnue, cette fois à tous les créanciers du débiteur, pour atténuer l'effet du sursis: *"Lorsque les intérêts et les charges des créanciers ayant pris cours depuis l'octroi du concordat ne sont pas payés, les créanciers retrouvent le plein exercice de leurs droits"* (article 21 § 2).

L'intervention du sursis n'a donc pas d'impact sur le cours des intérêts. Toutefois, les intérêts échus antérieurement à l'introduction de la demande en concordat devront être englobés dans le plan de redressement.

Par "*charges*" au sens de cette disposition, il faut entendre "*les charges essentiellement liées à la créance dont on réclame le paiement, telles que les charges ou frais fiscaux mis contractuellement à charge d'une seule des parties*", à l'exclusion, par exemple, des primes d'assurance dues dans le cadre d'un contrat d'assurance qui n'est pas contracté en faveur du prêteur, car ces primes naissent du contrat d'assurance et non de l'obligation du débiteur, à l'exclusion encore des frais de justice qui sont liés à l'exercice du droit et non au droit lui-même, et à l'exclusion encore des clauses pénales, dont le paiement est écarté pendant la période d'observation en vertu de l'article 28<sup>134</sup>.

164. "*Aucune saisie ne peut être pratiquée au cours de la période d'observation*" (article 22 première phrase).

Le texte semble opposer "*voie d'exécution*" (visée à l'article 21) et la "*saisie*" (visée à l'article 22). Or, une voie d'exécution est une forme de saisie. Cela signifie-t-il que par "*saisie*", le législateur ne viserait que la saisie conservatoire?

Il n'en est rien, car la suite des règles exprimées par l'article 22 est destinée à s'appliquer tant aux saisies conservatoires qu'aux saisies-exécutions. Ainsi, cet article poursuit-il en ce sens « *les saisies déjà pratiquées avant le sursis conservent cependant leur caractère conservatoire (...)*. Les saisies-exécutions ont certes pour finalité la réalisation du bien saisi, mais avant qu'il soit procédé à cette phase finale, les saisies-exécutions produisent d'abord un effet conservatoire, figeant le bien dans le patrimoine du débiteur saisi. « (...) *mais le tribunal de commerce* » continue cet article, « *peut, selon les circonstances, en accorder mainlevée, après avoir entendu le débiteur, le créancier et le commissaire du sursis* ».

On comprend la finalité de cette disposition: les saisies-exécutions ne peuvent être menées à leur terme, sous peine de compromettre totalement les chances de succès du concordat. En revanche, les biens saisis ne peuvent être entièrement dégagés de toute entrave, sous peine de sacrifier trop durement les intérêts légitimes des créanciers saisissants. L'équilibre entre les intérêts du débiteur et ceux de ses créanciers se situe dès lors dans l'aménagement d'une situation d'attente, engendrée par la persistance aussi longtemps que nécessaire de l'effet conservatoire de toute saisie pratiquée.

165. L'article 28 alinéa 1er pose le principe selon lequel "*le jugement accordant le sursis provisoire ne met pas fin aux contrats conclus avant cette date*".

---

<sup>134</sup> Discussion générale, Ch. représ. 329/17-95/96, pp. 68-69.

Tous les contrats en cours, y compris les contrats intuitu personae, continuent à produire leurs effets nonobstant l'intervention d'un jugement accordant le sursis provisoire, ou, a fortiori, le dépôt d'une requête par le débiteur lui-même ou la signification d'une citation à l'initiative du Ministère public, sollicitant un tel jugement.

Cette règle s'inscrit dans l'économie générale de la législation nouvelle, tendant à assurer la poursuite des activités d'une entreprise connaissant des difficultés passagères. Dans une telle perspective, les relations contractuelles nouées avec le commerçant concordataire et ses cocontractants doivent être maintenues et exécutées de la manière la plus normale possible, c'est-à-dire conformément au droit commun des contrats<sup>135</sup>.

166. De légères exceptions sont toutefois apportées au principe, pour favoriser le redressement souhaité. Comme l'atteinte portée à la liberté des poursuites dès l'introduction d'une demande sollicitant le sursis provisoire, ces exceptions tendent à juguler toute manœuvre ou pression excessive qui serait exercée par le cocontractant d'un débiteur en difficulté.

167. Trois exceptions essentielles sont apportées à la force obligatoire des contrats.

Tout d'abord, l'article 28 alinéa 2, en sa première phrase dispose que "*Toute clause d'un contrat, et notamment une clause résolutoire, suivant laquelle la résolution du contrat a lieu du seul fait de la demande ou de l'octroi d'un concordat, est sans effet*".

Selon le droit commun, le principe de l'autonomie des volontés autorise les parties contractantes à lier l'extinction de leurs relations contractuelles à un événement futur et incertain, éventuellement attaché, comme l'est le concordat, à des difficultés traversées par l'une d'entre elles. Dans le même ordre d'idées, il est, en principe, permis à des parties contractantes d'insérer une clause d'intuitus personae dans leur convention ou, cette notion ne relevant pas de l'ordre public, d'en modaliser les effets légaux, en convenant que l'introduction d'une demande en concordat ou l'octroi d'un sursis provisoire porterait atteinte à l'intuitus et partant provoquerait, à l'instar d'une clause résolutoire, la dissolution automatique du contrat.

La disposition précitée fait obstacle à l'application de telles clauses, dans le but d'immuniser le débiteur contre une disparition inopportune de conventions dont l'exécution est supposée indispensable à la poursuite de ses activités.

Dérogame au droit commun, l'article 28 alinéa 2, en sa première phrase, est d'interprétation restrictive. En conséquence, un créancier dont la créance resterait inexécutée, en dépit de son exigibilité, à dater de l'ouverture d'une procédure de concordat, pourrait invoquer la résolution du contrat ou opposer l'exception d'inexécution. Se trouve seule privée d'effet, la clause liant expressément la résolution uniquement à la demande ou l'octroi d'un sursis, indépendamment de toute mauvaise exécution<sup>136</sup>.

---

<sup>135</sup> *Doc. Parl.*, Ch. représ. 329/17-95/96, p. 77.

<sup>136</sup> Ch. représ. 329/17-95/96, p. 78.

Autre exception: celle contenue à l'article 28 alinéa 2 in fine, qui prévoit que: "*Les clauses pénales, visant à couvrir de façon forfaitaire les dommages potentiels subis par suite du non respect de l'engagement principal, restent sans effet au cours de la période d'observation*".

168. Parmi les conventions qui concourent au déploiement des activités d'une entreprise, il en est une qui recèle une importance particulière: la convention d'ouverture de crédit, accompagnée des diverses conventions de compte au travers desquelles elle s'exprime.

De quelle manière la relation bancaire peut-elle se trouver altérée par l'introduction d'une demande en concordat ou l'octroi du sursis provisoire, puis définitif?

L'exposé des motifs du projet de loi (Ch. représ. 1406/1-93/94, p. 25) a envisagé ce cas particulier, dans les termes suivants: "*vu l'importance essentielle que revêtent certains contrats intuitu personae pour la poursuite de l'activité de l'entreprise, (...) en principe, (...) la procédure du sursis ne met pas fin aux contrats, à moins bien entendu que la confiance des parties au contrat conclu intuitu personae soit ébranlée au point que ledit contrat ne puisse être davantage exécuté*".

La banque ne pourrait dès lors résilier le crédit octroyé à un débiteur concordataire qu'à la condition d'être à même de démontrer que l'ébranlement de la confiance qu'il avait placée en son partenaire résulte d'un événement étranger au concordat.

Un autre problème peut se poser encore dans le cadre de la relation bancaire nouée avec un débiteur concordataire. Monsieur Keutgen l'aborde en ces termes: "*on songe (...) à un contrat d'ouverture de crédit de 100.000 francs, dont 80.000 ont déjà été tirés par le débiteur à la date du jugement: sans vouloir remettre en cause ce qui a été versé avant le sursis, on ne peut accepter que le débiteur puisse encore, après le jugement, sans formalité et sans renégociation avec le créancier, se faire verser 20.000 francs supplémentaires*" (séance plénière du 6 juin 1994 - Ch. représ. 631/13-91/92, p. 60).

C'est la question du droit de suspendre le crédit en raison de l'introduction d'une demande en concordat ou de l'octroi d'un sursis qui se trouve ainsi très concrètement soulevée.

Nous l'avons vu, le droit commun des obligations reste d'application: l'inexécution par le débiteur de l'une de ses obligations rend légitime l'invocation de l'exception d'inexécution par le créancier de cette obligation. En conséquence, pourvu qu'elle s'identifie à l'exception d'inexécution, la suspension du crédit peut licitement être décidée par la banque pour empêcher de nouveaux prélèvements par son client, à n'importe quel moment de la période concordataire. La solution est moins claire, en revanche (bien que la question ne soit pas spécifiquement réglée par la loi), lorsque la suspension du crédit repose sur une clause contractuelle autorisant cette mesure pour le seul fait de la demande ou de l'octroi d'un concordat.



Certes, la suspension diffère de la résolution ou de la résiliation par d'importants aspects: elle ne provoque pas l'exigibilité du crédit antérieurement utilisé et ne doit en principe produire qu'un effet temporaire. Par ces différences, elle semble échapper à l'application de l'article 28, 2ème alinéa, première phrase de la loi, relatif à la clause résolutoire expresse liée au seul fait de la demande ou de l'octroi d'un concordat.

Toutefois, étant donné que la suspension non fondée sur l'inexécution par le débiteur de l'une de ses obligations, n'est autre, en principe, qu'une mesure de nature conservatoire, destinée à laisser au banquier la latitude de vérifier si se confirme la crainte légitime de voir survenir une cause de dénonciation, et au crédité, ainsi prévenu de l'imminence d'une rupture possible, l'occasion de se ressaisir s'il en a la capacité, l'on n'aperçoit pas quel sens peut encore conserver ce type de mesure, lorsque le débiteur, par le vœu de la loi, doit être, de toutes façons, placé à l'abri d'une dénonciation justifiée par sa situation concordataire.

Ainsi privée de sens, la suspension d'un crédit fondée exclusivement sur l'existence d'une demande ou de l'octroi d'un concordat, pourrait être critiquée sur le fondement des théories limitatives que sont l'abus de droit ou la règle de l'exécution de bonne foi des conventions.

Reste que si la banque est informée de l'introduction d'une demande en concordat, mais demeure dans l'ignorance des pouvoirs confiés aux commissaires au sursis, l'exécution du crédit devient impossible, ce qui en provoque la suspension de fait.

En effet, en vertu de l'article 15 § 1er, 3ème alinéa, *"le tribunal peut décider que le débiteur ne peut accomplir des actes d'administration ou de disposition sans l'autorisation du commissaire au sursis"*.

Dans une telle occurrence, tout prélèvement nouveau par utilisation du disponible du crédit doit être autorisé par le commissaire au sursis.

A défaut d'autorisation, *"les opérations accomplies ne sont pas opposables aux créanciers"*, comme le prévoit l'article 15 § 1er, 4ème alinéa de la loi.

Connaître l'exacte portée des pouvoirs conférés au commissaire au sursis apparaît donc comme une donnée essentielle, préalable à toute poursuite du contrat. La banque devra toutefois conserver à l'esprit que le principe étant la continuation du contrat, le défaut de précision dans l'information ne pourrait apparaître, en réalité, comme un prétexte pour justifier la suspension ou comme une situation dans laquelle la banque s'installerait avec complaisance.

Le refus de donner suite à un appel de fonds dans la limite du crédit disponible pourrait, dans ce contexte, être jugé fautif.

Dans le même ordre d'idées, il n'est pas formellement interdit à la banque, par les termes de l'article 28, alinéa 1er, 1ère phrase, de dénoncer un crédit à durée indéterminée en notifiant au

crédité le préavis contractuellement convenu, lorsque ce dernier se trouve dans le cadre d'une procédure concordataire.

Toutefois, une telle dénonciation dont il serait démontré qu'elle ne repose en réalité que sur le motif de l'existence de cette procédure pourrait également, être considérée comme abusive.

Pour terminer, relevons que la convention de compte au travers de laquelle l'ouverture de crédit s'exprime, connaît nécessairement un sort identique à cette dernière, car les deux sont indivisibles et étroitement liées par une même unité d'intention. Crédit et compte n'apparaissent d'ailleurs que comme les deux aspects d'une seule opération. Partant, comme ne pourrait l'être l'ouverture de crédit, le compte ne peut être ni clôturé, ni voir ses effets suspendus, en raison du seul fait de la demande ou de l'octroi d'un concordat.

169. La continuation des contrats en cours lors de l'introduction d'une procédure concordataire entraîne, comme première conséquence concrète, la nécessité de formuler des réserves dans la déclaration de créance établie par le créancier suivant le prescrit de l'article 25 de la loi. L'alinéa 1<sup>er</sup> de cet article prévoit que *"les créanciers déclarent leur créance et en déposent le titre au greffe du tribunal de commerce, au plus tard le jour déterminé par le jugement qui accorde le sursis provisoire"*. La date ultime fixée par le jugement qui prononce le sursis provisoire doit être, énonce l'article 25, alinéa 3, éloignée de huit jours au moins de la date d'expiration de la période d'observation.

C'est sur la base de l'existence de cette déclaration que le créancier recevra, par les soins du greffier, une notification individuelle indiquant que le plan proposé peut être consulté sans déplacement au greffe du tribunal.

C'est également sur cette base que l'exigence de l'obtention d'un vote favorable du plan par la moitié des créanciers ayant fait la déclaration de leur créance, doit être examinée.

L'on ne pourrait cependant admettre que ce soit en fonction du montant apparaissant dans cette même déclaration, que soit appréciée la condition préalable, mise à l'approbation du plan par le tribunal, selon laquelle les créanciers consentant au plan doivent posséder plus de la moitié de la valeur totale des créances.

Ces dernières évoluent sans cesse, en effet, entre le moment de leur déclaration et celui prévu pour le vote. Pendant cette période, des paiements peuvent être effectués; des fournitures nouvelles peuvent être livrées, modifiant parfois fondamentalement la configuration du passif tel qu'il peut apparaître à la lecture des déclarations de créances.

En conséquence, bien que le texte ne le prescrive pas expressément, il ne serait pas admissible que cette évolution soit négligée. La position inverse conduirait à permettre à des créanciers généreusement payés au cours de la période séparant la déclaration de leur

créance de la date du vote du plan, de provoquer l'adoption d'un plan contraignant pour des créanciers dont la créance aurait à l'inverse augmenté au cours de la même période.

170. En outre, la continuation des contrats en cours fait naître de nouveaux engagements. Ceux-ci sont nécessairement contractés avec l'assistance du commissaire au sursis, car tel est l'objectif général de sa mission, décrite par l'article 19, alinéa 1er, en ces termes: "*Le commissaire au sursis est désigné par le tribunal et est chargé d'assister le débiteur dans sa gestion, sous le contrôle du tribunal*".

Pour cette raison, ces engagements bénéficient de la fiction établie par l'article 44, alinéa 2 de la loi, énonçant que "*les actes accomplis par le débiteur au cours de la procédure avec la collaboration, l'autorisation ou l'assistance du commissaire au sursis, sont considérés lors de la faillite comme des actes du curateur, les dettes contractées pendant le concordat étant comprises comme dettes de la masse faillie*".

Sont des dettes de la masse, d'après la législation applicable à la faillite, "*les frais et dépens de l'administration de la faillite*", déduit en priorité du montant de l'actif du failli, comme l'impose l'article 99, ainsi que, s'agissant de contrats en cours poursuivis par le curateur, les engagements ayant trait à des prestations effectuées après la faillite (article 46, alinéa 3).

En cas d'échec du concordat, les prestations effectuées au profit du débiteur par ses cocontractants depuis la désignation du commissaire au sursis pourront être déduites de l'actif de la faillite par priorité.

Cette qualification est fictive car les créances qui la reçoivent sont nées antérieurement au concours provoqué par le jugement déclaratif de faillite. Or, aucune dette de la masse ne peut se concevoir en dehors de la liquidation d'une masse de biens dont un ensemble de créanciers se disputent le produit.

Toute priorité accordée à une créance née avant l'entrée en liquidation de cette masse résulte soit d'une sûreté soit d'un privilège.

La sûreté supposant la création d'un droit réel de garantie portant sur une assiette déterminée ne représente pas la notion pouvant adéquatement rendre compte des prérogatives reconnues aux créanciers des engagements nés pendant la procédure concordataire; c'est plus précisément d'un nouveau privilège, à forte opposabilité et de haut rang, qu'il conviendrait de parler à cet égard.

Concrètement, les effets de ces prérogatives, quelle qu'en soit la nature, sont très clairs: leur remboursement serait absolument prioritaire en cas de précipitation de l'entreprise concordataire dans la faillite. Cette situation est de nature à modifier fondamentalement l'efficacité économique des sûretés, et, indirectement, le coût du crédit.

171. Vient ensuite le jour fixé dans le jugement octroyant le sursis provisoire pour examiner le projet de plan de redressement; le tribunal de commerce entend alors le débiteur, les créanciers et le commissaire au sursis (article 31 de la loi relative au concordat judiciaire). Préalablement à l'audience, les créanciers qui ont fait déclaration de leur créance sont informés par l'intermédiaire du greffe que le plan de redressement peut être consulté sans déplacement. Les créanciers sont également invités à formuler leurs observations éventuelles soit par écrit soit oralement à l'audience. Le tribunal peut décider que les cautions ou autres sûretés personnelles doivent recevoir une notification identique les amenant à exprimer des remarques sur le projet de plan. L'information du personnel et de ses représentants est assurée par le commissaire au sursis (article 32 de la loi relative au concordat judiciaire).

172. Le plan doit comporter deux parties : la première (dite descriptive) relate l'état de l'entreprise et les difficultés auxquelles elle est confrontée (article 29 § 2 de la loi relative au concordat judiciaire); la seconde (dite prescriptive) contient les mesures à prendre pour désintéresser les créanciers, les crédits indispensables pour assurer la poursuite des activités et les moyens nécessaires pour assurer le redressement (article 29 § 3 de la loi relative au concordat judiciaire). A cet égard, les mesures prévues doivent *"créer les conditions qui seront de nature à insuffler une nouvelle vie à l'entreprise, afin de désintéresser ses créanciers et de lui permettre d'être de nouveau à même de répondre aux exigences et aux attentes des clients, des fournisseurs, des (dispensateurs) de crédit, du personnel, des actionnaires et de la communauté en général. (...) les mesures proposées doivent être réalistes. Le débiteur bénéficie d'une grande liberté quant à la nature et au contenu des mesures de redressement à prendre. Le plan peut se limiter à un simple ajustement du passif de l'entreprise ou contenir, outre les dispositions financières, une multitude de mesures approfondies sur le plan de l'économie et de l'organisation"* (Doc. Parl. Ch. repr., Sess. 1993-1994, n° 1406/I, p. 26).

173. Le sursis définitif ne peut dépasser vingt-quatre mois à dater de la décision judiciaire qui l'approuve.

Toutefois, comme dans le cas du sursis provisoire, le tribunal est habilité, aux conditions fixées pour l'approbation du sursis définitif, à accorder une prolongation de maximum douze mois (article 34 alinéa 2 de la loi relative au concordat judiciaire).

174. L'article 36 de la loi relative au concordat judiciaire confère au commissaire au sursis la charge de surveiller et de contrôler l'exécution du plan. Il fait des rapports réguliers au tribunal à ce sujet, au moins chaque semestre ou lorsque le tribunal le demande. Ces rapports sont joints au dossier du concordat.

175. Le plan de redressement, lorsqu'il a été régulièrement établi, voté et approuvé par le tribunal, est rendu contraignant pour tous les créanciers du débiteur concordataire, selon des modalités et à des degrés divers.

Cette situation nouvelle entraîne, par définition, une modification du contenu des obligations issues des contrats conclus antérieurement à l'ouverture de la procédure.

En effet, le plan indique, d'après la description qu'en contient l'article 29 § 3, 1<sup>ère</sup> phrase, "Les mesures à prendre pour désintéresser les créanciers", ainsi que, suivant les termes de l'article 29 § 3, 2<sup>ème</sup> alinéa, "les délais de paiement et les abattements de créance proposés. Il peut prévoir la conversion de créances en actions et le règlement différencié de certaines catégories de créances, notamment en fonction de leur ampleur, ou de leur nature. Le plan peut également prévoir une mesure de rééchelonnement du paiement des intérêts, ainsi que l'imputation prioritaire des sommes réalisées sur le montant principal de la créance".

Le plan peut, en outre, supprimer le droit de revendication qu'aurait pu invoquer le propriétaire non payé si l'intérêt de l'entreprise l'exige (article 29 § 3, 3<sup>ème</sup> alinéa).

A l'égard du propriétaire non payé, comme des créanciers hypothécaires, gagistes, bénéficiant d'un privilège spécial ou de l'administration des impôts, le plan ne peut être rendu obligatoire sans le consentement des créanciers concernés que s'il prévoit le paiement des intérêts à leur profit pendant toute la phase d'exécution du plan et si les paiements ou remboursements ne sont pas suspendus pendant plus de dix-huit mois (article 30, alinéa 1<sup>er</sup>).

Si le plan leur est de la sorte applicable, le vendeur ou les créanciers qui prouvent que leur propriété ou leur garantie subit ou pourrait subir une importante moins-value, peuvent demander au juge des sûretés complémentaires (article 30, alinéa 2).

176. Lorsqu'il a été régulièrement voté par l'assemblée des créanciers et approuvé par le tribunal, "le débiteur est totalement et définitivement libéré par l'exécution complète du plan pour toutes les créances y figurant, à moins que le plan n'en dispose expressément autrement" (article 35, alinéa 3).

177. Toutefois, en cas d'inexécution totale ou partielle du plan par le débiteur, la révocation peut en être demandée par le commissaire au sursis ou des créanciers souffrant de l'inexécution, au tribunal de commerce, qui, s'il accède à cette demande, peut prononcer à la fois la révocation du plan et la faillite du débiteur comme l'y autorise l'article 37, ou se limiter à la révocation du plan, ce qui entraîne le rétablissement du droit commun des contrats et de la liberté des saisies.

178. La révocation du sursis peut être demandée par un créancier, qui n'est pas désintéressé dans les délais prévus et conformément aux modalités prescrites, ou qui parvient à démontrer qu'il ne le sera pas en raison de la survenance prochaine d'une cause d'impossibilité absolue d'exécution de plan<sup>137</sup>. Il arrive que ce soit à l'occasion de l'un des rapports qu'il adresse régulièrement au tribunal de commerce, que le commissaire au sursis

---

<sup>137</sup> Doc. Parl. Ch. repr., Sess. 1993-1994, n° 1406/1 p. 32.

demande la révocation du sursis. Le tribunal statue sur cette demande après avoir entendu le commissaire au sursis, le débiteur et les cautions ayant donné leur garantie pour la bonne exécution du plan (article 37 de la loi relative au concordat judiciaire). Pour apprécier s'il y a lieu ou non de révoquer le sursis définitif en vertu de l'article 37 de la loi relative au concordat judiciaire, il ne faut prendre en considération les dettes apparues après la décision accordant le sursis définitif que si l'existence ces dettes démontre l'incapacité définitive du débiteur à respecter le plan<sup>138</sup>.

A défaut de précision quant au mode d'introduction de la demande, c'est par voie de la citation du débiteur concordataire que la révocation doit être sollicitée<sup>139</sup>. La révocation du plan ne libère pas les cautions précitées ayant donné leur garantie pour la bonne exécution du plan (article 37 de la loi sur le concordat judiciaire).

179. Comme dans les autres cas de révocation du concordat, le tribunal peut, à cette occasion, prononcer la faillite d'office du débiteur, après l'avoir entendu sur les conditions de la faillite (article 37 § 3 de la loi sur le concordat judiciaire).

180. Le plan de redressement peut exceptionnellement être modifié, à la demande du débiteur ou du commissaire au sursis.

Toute modification doit toutefois servir l'intérêt de l'entreprise et doit même être votée aux conditions de majorité en nombre et en valeur du passif possédé par les créanciers ayant fait déclaration de leurs créances, dans ce cas elle est de nature à déprécier le sort réservé à ces créanciers dans le plan initial (article 38 alinéa 1er de la loi relative au concordat judiciaire).

Un créancier peut également citer le débiteur et le commissaire au sursis pour obtenir la modification du plan, à condition qu'il ne l'ait pas voté et qu'il démontre que son maintien tel quel serait de nature à "*l'exposer à de sérieuses difficultés*".

Dans ce cas aussi, la double majorité rappelée ci-dessus est d'application lorsque la modification demandée peut leur porter préjudice (article 38 in fine de la loi relative au concordat judiciaire).

Le jugement portant modification ou révocation du plan est publié aux annexes du Moniteur belge (article 39 de la loi relative au concordat judiciaire).

#### d. Clôture de la procédure de concordat judiciaire

---

<sup>138</sup> Comm. Charleroi, 31 décembre 2001, *J.L.M.B.*, 2002, p. 261.

<sup>139</sup> WINDEY, « Les conditions d'obtention du concordat et le déroulement de la procédure », in GÉRARD, WINDEY et GRÉGOIRE, *Le concordat judiciaire et la faillite*, Larcier 1998, p. 101.

181. Un mois avant l'expiration de la durée d'exécution du plan de redressement, le commissaire au sursis doit établir un rapport final (article 40 alinéa 1er de la loi relative au concordat judiciaire).

Après avoir entendu le débiteur convoqué à la diligence du greffe, au moins huit jours avant l'audience, le tribunal prononce la fin du sursis et donne décharge au commissaire au sursis (article 40 alinéa 2 de la loi relative au concordat judiciaire).

182. Le jugement prononçant la fin du sursis et donnant décharge au commissaire au sursis est publié aux annexes du Moniteur belge (article 40 alinéa 3 de la loi relative au concordat judiciaire).

## **B. La faillite**

### § 1. Problèmes soulevés par la législation antérieure

#### a. Les textes et leur application

183. La loi du 18 avril 1851 avait introduit dans le Code de commerce un titre IV régissant à la fois la faillite et le sursis de paiement. Ces dispositions n'avaient été modifiées depuis lors que sur des points mineurs. La pratique judiciaire a toutefois engendré des interprétations très évolutives des mêmes textes. On s'est aperçu que tant le contentieux lié aux faillites que le nombre de celles-ci ne cessaient de s'accroître. Ainsi, le nombre de 3.542 faillites prononcées pour tout le pays en 1980 était passé à 7.538 en 1996.

En outre, on devait déplorer un accroissement constant des faillites restant ouvertes, révélant les difficultés importantes à régler avant de pouvoir passer à la clôture de la procédure<sup>140</sup>.

Une refonte des textes paraissait donc indispensable. Depuis 1978, plusieurs projets avaient été déposés, mais en vain. C'est en définitive à la fois l'échec de la tentative d'uniformiser une législation de l'insolvabilité sur le plan européen que la nécessité d'assainir le tissu économique belge pour accéder à la monnaie unique qui ont créé les conditions favorables à l'aboutissement d'une réforme.

#### b. L'inefficacité relative des mesures liées à la faillite

---

<sup>140</sup> Verougstraete, *Manuel de la faillite et du concordat*, Kluwer 1998, p. 6.

184. Le législateur a entendu en finir avec le système antérieur, condamné pour son inefficacité relative et pour son coût trop important. La loi nouvelle a eu pour but notamment d'assurer tant le maintien des frais à un niveau acceptable que d'améliorer la rapidité de la liquidation de la faillite. Comme l'exprime le rapport du député Vandeurzen présentant le projet : *"la faillite reste réservée aux situations fatales; la nouvelle législation met en place des mécanismes et fixe des règles qui doivent assurer un règlement rigoureux, professionnel et correct de la situation dans l'intérêt de toutes les parties concernées"*<sup>141</sup>.

Enfin, tout le droit pénal des faillites, jugé trop peu sévère dans son application, a été refondu.

## § 2. L'esprit de la réforme

### a. L'assainissement du marché

185. Comme déjà indiqué, il importait de concevoir un droit nouveau de l'entreprise en difficultés faisant plus nettement qu'auparavant le départ entre, d'un part, les cas désespérés, devant être happés par la procédure de faillite et liquidés le plus rapidement possible pour juguler efficacement le risque de contagion et, d'autre part, les situations inquiétantes mais curables, sur lesquelles tous les efforts doivent être concentrés. Le concordat judiciaire est destiné à coordonner les énergies de reconstruction de l'entreprise, puisées dans l'entreprise elle-même, et renforcées par l'aide du tribunal de commerce et du commissaire au sursis.

186. Le sacrifice des créanciers chirographaires, souvent dénoncé sous la législation antérieure, ne se trouve, il est vrai, que peu écarté dans le nouveau régime.

Comme on le verra, en effet, le maintien en cas de faillite du privilège du vendeur et l'opposabilité reconnue de la clause de réserve de propriété contribue à favoriser de manière significative ce créancier privilégié spécial au détriment des créanciers privilégiés généraux et des chirographaires. Ce n'est donc que de manière indirecte, à la faveur d'une meilleure tenue générale des conditions de réalisation des affaires, que les créanciers dépourvus de garantie pourront tirer le meilleur parti de la réforme examinée.

### b. L'approfondissement du traitement pénal des infractions liées à la faillite

---

<sup>141</sup> Doc. Parl., Ch. repr. 1995-1996, n° 329/17, p. 4.



187. Les commerçants malhonnêtes ne craignaient pas la faillite, semblait-il, et souvent même, ils n'hésitaient nullement à la provoquer rapidement, après avoir utilisé autant que possible les possibilités de crédit de la société pour y loger une activité consciemment vouée à une cessation rapide. Souvent du reste les promoteurs de ce genre d'entreprises, sous la couverture de personnes de paille, ne répugnaient pas à reproduire le procédé plusieurs fois, l'objectif étant toujours le même : utiliser une entité nouvelle prétendument destinée à abriter un projet commercial pour obtenir du crédit, se faire livrer des fournitures, placer sous le couvert de la société un ensemble de frais liés au train de vie personnel des animateurs de celle-ci et la laisser sombrer dans la faillite après épuisement de son crédit. Le droit pénal des affaires et son application semblaient impuissants à entraver de tels comportements.

188. A présent, le champ d'application des infractions liées à la faillite a été élargi et les sanctions se trouvent aggravées.

En outre, les décisions de condamnation à une peine d'emprisonnement reçoivent une publicité. Il en va de même pour les interdictions professionnelles.

### § 3. Description synthétique de la procédure

#### a. Les deux grandes périodes

189. Une innovation de la loi actuelle sur les faillites réside dans la création de la fonction d'administrateur provisoire, spécifique à l'article 8 de la loi. L'application de cet article est de nature à engendrer, avant l'ouverture et la mise en place de la faillite, une période transitoire et conservatoire d'administration provisoire.

Cette institution nouvelle a été conçue comme le pendant de la suppression de la faillite d'office et répond à la nécessité de protéger les créanciers placés face au risque de voir disparaître des actifs de leur débiteur, de manière frauduleuse.

190. L'application de cette mesure est subordonnée à la réunion de deux conditions cumulatives : "*l'absolue nécessité*" et l'existence d'"*indices précis, graves et concordants que les conditions de la faillite sont réunies*".

191. Le président du tribunal de commerce peut alors "*dessaisir* (le commerçant) *en tout ou en partie de ses biens*" (article 8 alinéa 1 de la loi sur les faillites).

L'introduction de la procédure procède de la saisine d'office par le président du tribunal de commerce ou sur requête unilatérale d'un tiers intéressé (article 8 alinéa 2 de la loi sur les faillites). Il s'agissait, en effet, d'éviter, selon les travaux préparatoires, les inconvénients liés à

la situation antérieure où *"Toujours avertis (...) par citation du risque de se voir dessaisir de l'administration de leurs biens, certains commerçants (pouvaient) en effet poser des actes créant un préjudice irrémédiable à la masse de leurs créanciers"*<sup>142</sup>.

192. La décision de dessaisissement *"désigne un ou plusieurs administrateurs provisoires ayant de l'expérience en matière de gestion d'entreprise et de comptabilité et précise leurs pouvoirs. Ceux-ci ne comprennent pas celui de faire l'aveu de la faillite ni celui de représenter le commerçant dans une procédure en faillite"* (article 8 alinéa 3 de la loi sur les faillites). Toutefois, l'administrateur provisoire, fort des éléments appris à l'occasion de l'exercice de sa mission, peut citer le commerçant en faillite. Il est prévu que sa désignation ne conservera d'effet, au demeurant, que si *"dans les quinze jours (du prononcé de la décision) une demande en faillite est introduite soit par la partie demanderesse (en désignation d'un administrateur provisoire) soit par les administrateurs provisoires dans les cas où le président a statué d'office"* (article 8 alinéa 4 de la loi sur les faillites). La désignation sera caduque également si un jugement déclarant la faillite n'est pas prononcé dans les quatre mois de l'introduction de la demande en faillite, suspendu par le temps d'éventuelles remises accordées au débiteur ou de réouverture des débats. La désignation est mentionnée sur le registre du commerce, mais ne reçoit aucune autre forme de publicité (article 8 alinéa 6 de la loi sur les faillites).

193. Après la première période (qui n'est qu'éventuelle) d'administration provisoire, intervient la phase de la faillite, à dater du jugement déclaratif. Ce jugement ouvre une période nouvelle caractérisée par une modification profonde de l'affectation du patrimoine du commerçant failli.

Il est dessaisi de ses actifs et le curateur, placé à la tête de ses affaires, doit s'engager, selon les termes de sa mission légale, dans la voie de la liquidation. Cette seconde grande période constitue donc sans nul doute un cas de concours, avec toutes les conséquences traditionnelles qui s'y trouvent attachées.

#### b. Les intervenants principaux

194. Le tribunal de commerce, même s'il est désormais, dans une certaine mesure, privé de prononcer la faillite d'office, reste l'institution autour de laquelle toute la procédure de faillite s'articule. Le tribunal de commerce, en effet, est compétent pour prononcer la faillite, désigner les curateurs, contrôler leur action, juger de la plupart des contestations, fixer la date du début de la cessation de paiement, ordonner le cas échéant, la poursuite des activités commerciales, retarder jusqu'à un an au maximum à compter du jugement déclaratif de faillite, la durée de la suspension des voies d'exécution individuelle pour certains créanciers, homologuer le transfert conventionnel de l'entreprise, recevoir la reddition des comptes de curatelle et statuer sur l'excusabilité du failli.

---

<sup>142</sup> Doc. Parl. Ch. repr., Sess. 1991-1992, n° 631/1, p. 8.

195. Le ministère public se voit reconnaître le droit, afin de préserver l'intérêt général et les bonnes mœurs économiques, de citer un commerçant en faillite. Il dispose, à cette fin, d'un accès aux données contenues dans le dossier tenu au greffe du tribunal de commerce, ainsi qu'au dossier d'enquête constitué en application de l'article 10 de la loi sur le concordat judiciaire. Au surplus, le Ministère public dispose bien entendu de ses prérogatives traditionnelles en matière pénale et de déchéance.

196. Le curateur est chargé de réaliser les biens et d'en répartir le produit de réalisation entre les créanciers du failli. Comme l'indique l'article 40 alinéa 2 de la loi sur les faillites, "*les curateurs gèrent la faillite en bon père de famille, sous la surveillance du juge commissaire*". Le curateur doit être inscrit sur une liste établie par l'assemblée générale du tribunal de commerce, composée des juges professionnels au tribunal et des juges consulaires. Seuls peuvent être admis sur cette liste les avocats inscrits au tableau de l'ordre d'un barreau belge justifiant d'une formation particulière et présentant des garanties de compétence en matière de procédures de liquidation (article 27 de la loi sur les faillites). Toutefois, lorsque la nature et l'importance d'une faillite le commandent, toute autre personne remplissant les conditions de formation et présentant les garanties de compétence en matière de procédures de liquidation peut être adjointe en raison de compétences particulières (article 27 alinéa 4 de la loi sur les faillites). Ce curateur adjoint ne doit pas être un avocat, mais pourrait être un expert comptable ou un reviseur d'entreprises, ou toute autre personne, même non affiliée à un ordre professionnel.

197. Afin d'éviter le népotisme ou le protectionnisme local, un recours est ouvert à l'encontre de la décision d'un tribunal de commerce de refuser l'inscription d'un candidat curateur sur la liste destinée à cette fin. Ce refus doit être porté devant la Cour d'appel dans le mois de la notification du refus (arrêté royal du 5 décembre 1997). En cas de manquement constaté par le tribunal de commerce, le curateur peut être écarté de la liste ou remplacé pour la gestion d'une faillite déterminée (article 31 de la loi sur les faillites).

198. Précisons que lorsque plusieurs curateurs ont été désignés pour assurer la gestion d'une même faillite, les délibérations doivent s'effectuer conformément aux règles traditionnelles de la collégialité, mais, une fois la décision arrêtée, chaque curateur peut représenter seul les créanciers à l'égard des tiers<sup>143</sup>.

199. Si, en raison de la survenance d'un conflit d'intérêts, un curateur ne peut librement agir dans le cadre de la réalisation des tâches qu'implique sa mission (par exemple, s'il faut agir contre un créancier gagiste sur fonds de commerce ou contre un dispensateur de crédit qui constitue un client habituel du curateur en sa qualité d'avocat), un curateur ad hoc peut être désigné par le tribunal de commerce, statuant sur la requête du curateur, et après avoir pris connaissance du rapport du juge commissaire.

---

<sup>143</sup> VEROUGSTRAETE, *Manuel de la faillite et du concordat*, Kluwer 1998, p. 245.

200. Les honoraires du curateur sont fixés, compte tenu de l'importance et du degré de complexité de leur mission, en vertu des règles prévues par l'arrêté royal établissant les règles et barèmes relatifs à la fixation des honoraires et des frais de curateurs (Moniteur belge 8 septembre 1998).

201. Le curateur est responsable de sa mission à l'égard des tiers qui sont amenés à contracter avec lui en sa qualité de gestionnaire de la liquidation du patrimoine failli, notamment dans le cadre de la continuation d'activités qui se révélerait déficitaire en raison d'une erreur d'appréciation commise lors de la décision de proposer la poursuite de l'entreprise; il est responsable à l'égard du failli, ce dont il sera débattu lors de la reddition de comptes; il doit également répondre de ses actes envers les créanciers dans la masse, existant lors du prononcé du jugement déclaratif de faillite. Pour couvrir le risque de fautes professionnelles pouvant être commises par lui dans l'exercice de sa mission, le curateur souscrit une assurance, en plus de la police garantissant les risques liés à la profession d'avocat<sup>144</sup>.

202. Le juge commissaire, nommé parmi ses membres par le tribunal de commerce, hormis son président, comme le prévoit l'article 11 de la loi sur les faillites, assume essentiellement la fonction judiciaire de contrôle de l'activité du curateur. Il est désigné pour toute la durée de la procédure de faillite, mais peut, si nécessaire, être remplacé par un autre membre du tribunal, temporairement ou définitivement (article 35 de la loi sur les faillites). Il effectue la descente sur les lieux, surveille les opérations, au besoin les accélère, ordonne les mesures urgentes pour la conservation des biens du failli, préside aux réunions avec le failli, signe le procès-verbal de vérification des créances, renvoie les créances contestées<sup>145</sup>, autorise certains actes, fait rapport au tribunal, ou au parquet quand il lui revient de commenter un mémoire transmis par le curateur au Ministère public, contrôle la gestion des fonds et vérifie la bonne exécution de verser les fonds à la Caisse des dépôts et consignations, donne son visa aux répartitions et aux honoraires accordés au curateur; enfin, il tranche certains litiges et renvoie les plus importants devant le tribunal de commerce<sup>146</sup>.

#### § 4. Déroulement de la procédure

##### a. Modes d'introduction et conditions d'ouverture de la procédure de faillite

203. Trois conditions cumulatives doivent être réunies pour que la faillite puisse être prononcée : la qualité de commerçant, la cessation des paiements et l'ébranlement du crédit.

---

<sup>144</sup> Sur ces questions, voir VEROUGSTRAETE, *Manuel de la faillite et du concordat*, Kluwer 1998, p. 250.

<sup>145</sup> Voir la loi du 6 décembre 2005 modifiant la loi du 8 août 1997 sur les faillites en ce qui concerne la procédure de vérification des créances (*M.B.*, 22 décembre 2005).

<sup>146</sup> VEROUGSTRAETE, *Manuel de la faillite et du concordat*, Kluwer 1998, p. 252-252.

204. Comme dans le régime ancien, la faillite d'une personne physique peut être prononcée alors qu'elle n'exerce plus de commerce, pour autant que la cessation de ses paiements remonte à une époque où elle avait la qualité de commerçant et que la faillite soit prononcée dans les six mois de sa cessation d'activités<sup>147</sup>. La prise de cours du délai de six mois est la date du jugement de faillite et non celle de la demande en faillite<sup>148</sup>.

205. Une personne décédée pourra aussi, comme par le passé et dans des conditions identiques, être déclarée en faillite après son décès lorsqu'elle est morte en état de cessation de paiement.

206. L'article 2 de la loi prévoit expressément que "*la faillite d'une personne morale dissoute peut être prononcée jusqu'à six mois après la clôture de la liquidation*", mettant ainsi un terme à la controverse qui partageait la doctrine. Une partie de celle-ci avait en effet approuvé un jugement rendu par le tribunal de commerce de Bruxelles le 2 avril 1991<sup>149</sup>, qui considérait que la société en liquidation perd sa qualité de commerçant, au sens des articles 1 et 2 du Code de commerce, à dater de la dissolution et ne peut donc plus être déclarée en faillite<sup>150</sup>. Dans une étude subséquente, M. Colle est revenu sur cette opinion<sup>151</sup>. Les autres auteurs sont, quant à eux, restés fidèles à leurs convictions. Il convient même d'y ajouter que la notion de cessation de paiements (définie comme l'impossibilité de faire face au passif exigible dans des délais commercialement acceptables) ainsi que la notion d'ébranlement du crédit (le crédit étant la confiance reconnue par les cocontractants existants ou potentiels en la capacité du commerçant, d'accomplir fructueusement son activité) totalement inadaptées pour une société en liquidation, qui, par définition, n'existe plus que pour les besoins de son démantèlement et ne poursuit plus le dégagement de bénéfices par la réalisation de son objet social.

Cette thèse a néanmoins été rejetée par la Cour de cassation dans son arrêt du 17 juin 1994<sup>152</sup>, qui a décidé que "*la société qui est dissoute et qui est mise en liquidation ne perd pas son caractère commercial déterminé par son objet statutaire mais au contraire conserve son caractère jusqu'à sa liquidation totale*". La Cour confirme, en outre, que les deux autres conditions de la faillite peuvent être réunies dans le chef d'une société commerciale en liquidation. La solution vaut a fortiori pour la société dormante.

207. Relevons que la cessation des paiements doit revêtir un caractère "*persistant*" pour constituer l'une des conditions de la faillite.

---

<sup>147</sup> Cass., 16 novembre 1990, *Pas.*, I, p. 294 et *R.W.*, 1990-1991, p. 862.

<sup>148</sup> Liège, 3 janvier 1986, *J.L.M.B.*, 1987, p.825.

<sup>149</sup> *R.D.C.*, 1991, p. 627 note GRÉGOIRE.

<sup>150</sup> GEINGER, COLLE et VAN BUGGENHOUT, "Overzicht van rechtspraak. Het faillissement en het gerchtelijk akkoord", *T.P.R.*, 1991, p. 407, n° 18-19)

<sup>151</sup> « Quelques réflexions à propos de la faillite d'une société en liquidation », *R.P.S.*, 1992, p. 91.

<sup>152</sup> *R.D.C.*, 1994, p. 876, note GERARD, *J.T.*, 1995, p. 27.

208. Quant à l'ébranlement du crédit, il constitue une condition expresse de la faillite, bien que selon l'enseignement de la Cour de cassation, notamment son arrêt du 17 juin 1994<sup>153</sup>, la cessation des paiements intègre en elle-même l'ébranlement du crédit, les deux conditions pouvant dès lors être réunies sous le vocable commun de cessation des paiements :

*"Attendu que l'ébranlement du crédit au sens de l'article 437 de la loi sur les faillites (ancien) est étroitement lié à la cessation de paiement; que, plus spécialement, la société qui ne paie pas ses dettes exigibles ou dont il est établi qu'elle ne pourra payer ses dettes à court terme parce qu'elle n'est pas à même de respecter ses obligations à défaut de moyens propres ou de crédit, se trouve en état de faillite."* <sup>154</sup>.

Le tribunal dispose d'un pouvoir d'appréciation souverain dans la constatation de l'existence de la condition d'ébranlement du crédit. Ainsi, suivant les circonstances, il peut décider que la citation en faillite d'un seul créancier est un indice suffisant en raison de l'importance de sa créance, ou au contraire décider que l'ébranlement du crédit n'est nullement réalisé du seul fait de l'assignation d'un créancier, la majorité des autres créanciers gardant sa confiance au débiteur<sup>155</sup>.

209. L'article 6 de la loi énumère strictement les personnes qui peuvent introduire l'action en déclaration de faillite par voie de citation. Il s'agit *"d'un ou plusieurs créanciers, du ministère public, de l'administrateur provisoire visé à l'article 8 ou du syndic de la procédure principale dans le cas visé à l'article 3 § 2"* (dont il sera question ci-dessous).

Tout créancier dont le droit n'est pas sérieusement contesté à demander la faillite de son débiteur. Il a toujours été admis qu'il ne doit pas nécessairement disposer d'un titre exécutoire.

211. La procédure de faillite d'office n'existe plus, exception faite de quatre *"passerelles"* entre les procédures du concordat et de la faillite.

Dans quatre hypothèses prévues par la loi sur le concordat judiciaire, le tribunal de commerce peut, en effet, se saisir d'office de la question de la faillite du commerçant:

- lorsque la demande en concordat a été rejetée (art. 15 § 2 de la loi relative au concordat judiciaire),
- lorsque le tribunal constate que le débiteur ne remplit plus les conditions d'obtention du concordat, et ordonne la fin du sursis provisoire (art. 24 al. 2 de la loi relative au concordat judiciaire),

<sup>153</sup> J.T., 1995, p. 27 et R.D.C., 1994, p. 876.

<sup>154</sup> J.T., 1995, p. 27 et R.D.C., 1994, p. 876.

<sup>155</sup> LEFEBVRE, « La faillite », in *Traité pratique de droit commercial*, t. 2, spéc. p. 272; WINDEY, « La procédure de la faillite » in GÉRARD, WINDEY et GRÉGOIRE, *Le concordat judiciaire et la faillite*, Larcier 1998, p. 110-111.

- lorsque le tribunal refuse le sursis définitif de paiement (art. 33 de la loi relative au concordat judiciaire),
- lorsque le tribunal révoque le sursis de paiement en cas de non-exécution du plan (art. 37 § 3 de la loi relative au concordat judiciaire).

212. L'une des justifications de l'initiative qui était réservée au juge de déclarer d'office la faillite d'un commerçant résidait dans le caractère d'ordre public de la matière. En conférant ce pouvoir exorbitant au tribunal, le législateur entendait veiller à la protection de l'intérêt général. C'est dans cet esprit que l'article 6 de la loi sur les faillites attribue un rôle actif au Ministère public comme garant de l'intérêt général et de l'ordre public.

L'exposé des motifs précise à cet égard que *"lorsque le Ministère public aura été informé de l'état latent de faillite, il devra citer le commerçant devant le tribunal de commerce en déclaration de faillite. Le tribunal ordonnera, comme en matière civile et selon les règles de la procédure civile, que l'affaire soit instruite. Après cette instruction, le tribunal statuera sur la demande. En fait, la demande du Ministère public sera instruite de la même manière que la demande ayant le même objet et introduite par un créancier"*<sup>156</sup>.

213. Rappelons qu'en vertu de l'article 10 § 3 alinéa 1er de la loi relative au concordat judiciaire, lorsque la chambre d'enquête constate que l'examen de la situation du débiteur atteste d'un état de faillite, elle transmet sans délai le dossier au procureur du Roi pour qu'il puisse requérir la faillite.

214. L'administrateur provisoire, désigné le cas échéant sur le fondement de l'article 8 de la loi, peut citer le commerçant administré en faillite, de même, enfin que le syndic de la procédure principale, à l'encontre de l'établissement belge.

215. Le débiteur doit faire aveu de faillite au greffe du tribunal de commerce compétent dans le mois de la survenance de l'état de cessation de paiement, ce délai étant justifié par *"la complexité des évaluations comptables"*<sup>157</sup>.

216. Le débiteur doit en outre communiquer son *"aveu et les données étayant l'état de faillite au conseil d'entreprise ou à défaut, au comité pour la prévention et la protection au travail ou à défaut, à la délégation syndicale si celle-ci a été constituée ou, à défaut une délégation du personnel"*<sup>158</sup>, et ce pour qu'ils y soient *"discutés"*.

L'information doit être faite au plus tard le jour de l'aveu. Elle doit être considérée comme *"un signe social que l'employeur émet"*, essentiellement doté d'*"une valeur symbolique"*<sup>159</sup>.

<sup>156</sup> Doc. Parl. Ch. repr., Sess. 1991-1992, n° 631/1, p. 7.

<sup>157</sup> Doc. Parl. Ch. repr., Sess. 1991-1992, n° 631/1, p. 9.

<sup>158</sup> Art. 9, dern. al.

<sup>159</sup> Doc. Parl. Ch. repr. Sess. 1991-1992, n° 1-498/11, p. 207.

Il ressort clairement des discussions parlementaires et plus spécialement des travaux du Sénat que, si la communication de ces renseignements et leur discussion sont obligatoires dans le chef du débiteur, elles ne constituent aucunement des conditions de fond de la validité de l'aveu : *"La faillite doit être communiquée aux travailleurs au plus tard au moment où l'aveu de faillite est remis au greffier. La communication et la discussion sont dissociées"*<sup>160</sup>.

217. Selon l'article 9 de la loi, l'aveu de faillite d'une société en nom collectif devra contenir la mention du nom et de l'indication du domicile ou siège social de chacun des associés solidaires. Des précisions sont exigées, portant sur les mêmes renseignements pour la période de douze mois précédant l'aveu ainsi que sur l'indication des dates d'inscription à l'état civil ou au registre de la population.

218. L'article 10 de la loi détermine les documents comptables qui doivent être joints à l'aveu. Le débiteur a à justifier par écrit des motifs qui, le cas échéant, empêchent le dépôt des livres légaux et doit aussi déposer le dernier compte de résultats clôturé. Enfin, la remise d'un *"tableau des dépenses [...] certifié véritable, daté et signé par le débiteur"* est exigé. Il s'agit du tableau des dépenses personnelles du débiteur qui *« permettra de se rendre compte si le débiteur ne gaspillait pas son avoir au détriment de ses créanciers »*<sup>161</sup>.

219. Le commerçant doit également déposer, lorsqu'il procède à l'aveu de sa faillite, la liste de personnes physiques qui, à titre gratuit, se sont constituées sûreté personnelle du commerçant<sup>162</sup>.

219. Il est possible que l'aveu de faillite soit déposé par un administrateur judiciaire désigné le tribunal de commerce ou son président dans les conditions du droit commun, mais pas par l'administrateur provisoire que vise l'article 8 de la loi.

On sait que l'administrateur judiciaire peut non seulement être investi d'une mission spéciale, mais aussi de la mission générale consistant le plus souvent à assurer l'administration et la gestion de l'entreprise. L'examen de la jurisprudence révèle d'ailleurs que l'institution a fréquemment été utilisée dans le but de sauvegarder des entreprises en difficulté qui ont ainsi été dotées de managers de crise ayant par exemple pour mission de *"prendre toutes les mesures pour permettre la poursuite des activités de la société [...] ; d'entendre et/ou poursuivre les contacts et négociations avec les sociétés repreneuses [...] et, dans ce cadre, de prendre toutes les*

---

<sup>160</sup> *Ibid.*

<sup>161</sup> CLOQUET, op. cit., n° 1081; voy. aussi L. FRÉDÉRICQ, T. VII, p. 24.

<sup>162</sup> Voir la loi du 20 juillet 2005 modifiant la loi du 8 août 1997 sur les faillites et portant des dispositions fiscales diverses – M.B., 28 juillet 2005.



initiatives, décisions ou autres permettant la reprise ou réalisation des actifs"<sup>163</sup>. Dans cette seconde hypothèse, le pouvoir de l'administration s'étend à celui de faire aveu de faillite<sup>164</sup>.

220. Quel que soit le mode d'introduction de la procédure, le tribunal pourra suspendre sa décision pendant un délai de quinze jours pour permettre au débiteur ou au Ministère public d'introduire une demande de concordat ( art. 7 de la loi sur les faillites).

223. L'article 13 de la loi impose au curateur de signifier le jugement déclaratif de faillite au failli, l'exploit de signification devant, à peine de nullité, contenir, entre autres, le texte des articles 14 et 15 relatifs aux voies de recours.

L'article 14 alinéa 2 de la loi distingue "*l'opposition par les parties défaillantes*" de la "*tierce opposition de la part des intéressés qui n'y ont pas été parties*".

Les délais des deux recours sont uniformément portés à quinze jours, qu'ils soient introduits par le failli ou tout autre intéressé.

Leurs points de départ sont néanmoins différents : en cas d'opposition, le délai courra à dater de la signification du jugement, alors qu'en cas de tierce opposition, il prendra cours à dater de la publication de celui-ci au Moniteur belge.

#### b. Effets du jugement

224. L'article 442 alinéa 2 de l'ancienne loi sur les faillites conférait au tribunal le soin de déterminer "*soit d'office, soit sur la poursuite de toute partie intéressé, l'époque à laquelle [avait] eu lieu la cessation de paiement*".

Le texte de l'article 12 alinéa 1<sup>er</sup> de la loi actuelle pose aujourd'hui comme prémisses que la cessation des paiements est réputée avoir eu lieu à partir du jugement déclaratif de faillite ou, quand la faillite est déclarée après la mort du failli, du décès de celui-ci.

225. Toutefois, le tribunal peut se trouver saisi de la question de la détermination de la date de cessation des paiements postérieurement au jugement déclaratif. Le délai d'introduction de l'action en fixation de la période suspecte s'élève à six mois à dater du jugement déclaratif de faillite.

---

<sup>163</sup> Comm. Liège (réf.) 16 août 1991, R.P.S., 1992, p. 135; Voy. également à propos de l'administrateur provisoire: TILLEMANS, « De voorlopige bewindvoerder, een laatste redmiddel », T.V.R., 1990, p. 321; BUYLE, « L'administrateur provisoire » in *La gestion étatique et privée de l'entreprise en difficulté*, Recyclage du 20 décembre 1994, Jeune Barreau de Bruxelles.

<sup>164</sup> WINDEY, « La procédure de la faillite » in GÉRARD, WINDEY et GRÉGOIRE, *Le concordat judiciaire et la faillite*, Larcier 1998, p. 124; POTTIER et DE ROECK, « L'administration provisoire : bilan et perspectives », R.D.C., 1997, pp. 203 et ss.

L'article 12, alinéa 6 de la loi prévoit que la date de cessation des paiements ne peut jamais être fixée à une date de plus de six mois antérieure au jugement déclaratif de faillite.

Une exception est néanmoins prévue en ce qui concerne la personne morale en liquidation. Dans cette hypothèse, le tribunal pourra, s'il existe des "*indices que la liquidation clôturée ou non a été ou est menée dans l'intention de nuire aux créanciers*", faire remonter la cessation des paiements jusqu'au jour de la dissolution, dût-il précéder de plus de six mois celui du jugement déclaratif de faillite.

226. Le curateur de faillite doit avant tout faire un relevé fidèle du passif et de sa composition. L'article 62 de la loi impose à tous les créanciers "*pour participer à une répartition ou pour exercer personnellement un droit de préférence quelconque*", le dépôt au greffe de leur déclaration de créance, complétée de leurs titres.

Cette obligation vise donc tous les créanciers, en ce compris les créanciers hypothécaires, privilégiés et gagistes, ainsi que les administrations fiscales et autres. Il résulte clairement de cette disposition que le créancier bénéficiant d'une sûreté ne pourra exercer ses droits sur le bien, assiette de son privilège, s'il ne produit pas au passif de la faillite. Tel n'était pas le cas dans le régime antérieur, où les créanciers bénéficiant d'une sûreté spéciale pouvaient, en principe, nonobstant la faillite, poursuivre la réalisation de leur gage. En ne déclarant pas sa créance au passif de la faillite, le créancier qui bénéficiait d'une sûreté spéciale, se privait uniquement du droit de participer aux répartitions faites aux créanciers chirographaires, en ce qui concerne la partie de sa créance non couverte par son gage.

L'objectif poursuivi est de permettre au curateur, au failli et à tout tiers intéressé, de connaître l'état du passif avec plus de précision et de distinguer les prétentions de chacun, et cela dès le début des opérations de liquidation.

Les créanciers connus du curateur seront informés par simple lettre par ses soins, du jour fixé pour le dépôt des déclarations et des lieu, date et heure de la clôture du procès-verbal de vérification des créances.

Pour les autres, l'avertissement résulte de la publication au Moniteur et dans la presse des extraits du jugement de faillite qui comprend notamment la mention de ces renseignements<sup>165</sup>.

226. La loi du 6 décembre 2005 modifiant la loi du 8 août 1997 sur les faillites en ce qui concerne la procédure de vérification des créances (M.B., 22 décembre 2005) organise le dépôt régulier de procès-verbaux de vérification de créances signés par le curateur et le juge commissaire. L'article 68 de la loi impose désormais que les curateurs déposent au greffe le premier procès-verbal de vérification au plus tard à la date fixée dans le jugement déclaratif

---

<sup>165</sup> WINDEY, « La procédure de la faillite » in GÉRARD, WINDEY et GRÉGOIRE, *Le concordat judiciaire et la faillite*, Larcier 1998, p. 148.

de faillite et que tous les quatre mois, à compter de la date du dépôt du premier procès-verbal de vérification et pendant les seize mois suivant cette date, les curateurs déposent au greffe un procès-verbal de vérification complémentaire dans lequel ils reprennent le précédent procès-verbal de vérification et vérifient les créances déposées au greffe depuis lors.

227. La poursuite des activités pourra être demandée par "le curateur ou tout intéressé, sur rapport du juge commissaire".

L'article 47 de la loi énonce que la poursuite des activités peut être autorisée lorsque l'intérêt des créanciers le permet. De la sorte, la loi laisse au tribunal une grande marge d'appréciation, la seule limite fixée consistant en l'absence d'impact négatif sur les créanciers.

#### c. Clôture de la procédure de faillite

230. Il existe deux procédures distinctes de clôture.

L'article 73 de la loi organise la "*procédure sommaire de clôture*", régissant les cas où l'actif de la faillite est insuffisant pour couvrir les frais présumés d'administration et de liquidation de la faillite. Le curateur peut alors, à tout moment, solliciter du tribunal de prononcer la clôture de la faillite, le failli étant convoqué par pli judiciaire à l'audience.

231. L'autre procédure de clôture, visée aux articles 79 et suivants de la loi, intervient après que les opérations de liquidation ont été menées et implique la reddition par le curateur de ses comptes aux créanciers et au failli.

Le failli et les créanciers sont convoqués par le curateur, sur ordonnance du juge commissaire. A la convocation, est joint "*le compte simplifié des curateurs reprenant le montant de l'actif, les frais et honoraires des curateurs, les dettes de la masse et la répartition aux différentes catégories de créanciers*". Ceci implique que les créanciers sont convoqués individuellement par lettre<sup>166</sup>.

En cas de contestation des comptes des curateurs, lors de l'assemblée, le litige sera tranché par le tribunal.

De plus, l'approbation des comptes par les créanciers n'emporte pas par elle-même la clôture de la faillite. Le tribunal doit encore la prononcer sur le rapport du juge commissaire.

---

<sup>166</sup> WINDEY « La procédure de la faillite » in GÉRARD, WINDEY et GRÉGOIRE, *Le concordat judiciaire et la faillite*, Larcier 1998, p. 164.

La clôture de la faillite d'une personne morale entraîne la clôture immédiate de sa liquidation.

233. En vertu de l'article 80 de la loi, le tribunal statue sur l'excusabilité du failli, personne physique.

Si l'excusabilité est accordée, le failli ne peut plus être poursuivi par ses créanciers<sup>167</sup>.

Le tribunal peut accorder la décharge des personnes physiques qui se sont constituées sûretés personnelles à titre gratuit pour le failli, si l'engagement est disproportionné par rapport à leurs revenus et leur patrimoine. Le tribunal apprécie souverainement ces circonstances<sup>168</sup>.

La décharge peut être totale ou partielle et doit être refusée si celui qui la sollicite a frauduleusement organisé son insolvabilité.

L'article 24 bis de la loi sur les faillites dispose que les voies d'exécution à l'encontre de la personne physique qui s'est constituée sûreté personnelle sont suspendues à partir du jugement déclaratif de faillite jusqu'à la clôture de celui-ci.

## **E. La mise en liquidation d'une société commerciale**

### **§ I. Définition – Généralités**

234. La liquidation d'une société commerciale est l'ensemble des opérations qui, à la suite de sa dissolution, tendent au paiement des créanciers à l'aide de l'actif social et à la répartition du reliquat éventuel entre les associés<sup>169</sup>.

235. Deux textes du Code des sociétés retiennent l'attention.

L'article 183 § 1<sup>er</sup> du Code des sociétés dispose que "*les sociétés commerciales sont, après leur dissolution, réputées exister pour leur liquidation*".

Il s'agit de ce que l'on appelle la "*survie fictive*" de la société.

En vertu de cette règle, la société, pourtant dissoute, continue à exister, mais pour les besoins seulement de sa liquidation. Elle n'existe plus que pour payer ses créanciers et

---

<sup>167</sup> Voir la loi du 20 juillet 2005 modifiant la loi du 8 août 1997 sur les faillites et portant des dispositions fiscales diverses (M.B., 28 juillet 2005).

<sup>168</sup> Voir la loi du 20 juillet 2005 modifiant la loi du 8 août 1997 sur les faillites et portant des dispositions fiscales diverses (M.B., 28 juillet 2005).

<sup>169</sup> VAN RYN et HEENEN, II, n° 1043; voir également GREGOIRE et DE FRANCQUEN, « Les articles 7, 8 et 9 de la loi hypothécaire », in *Privilèges et hypothèques*, Kluwer, 2004.

répartir, s'il échet, le reliquat entre associés. Elle ne pourrait, par exemple, entreprendre une activité nouvelle<sup>170</sup>.

236. La société débitrice a perdu, d'une certaine façon, la libre disposition de son patrimoine.

Toute situation de concours se caractérise par le détachement des actifs de leur destination naturelle qui, de librement choisie par leur propriétaire, se trouve exclusivement vouée au désintéressement des créanciers de ce dernier. Cette modification fondamentale du patrimoine en liquidation n'épargne pas le cas de la société dissoute. Celle-ci continue certes à exister mais animée d'une personnalité juridique réduite.

Les liquidateurs sont, il est vrai, ses organes ; elle n'est donc pas représentée par un tiers, comme le serait le failli dont les pouvoirs sont transférés au curateur, mais son patrimoine ne peut plus évoluer que dans le but de fournir aux créanciers le meilleur remboursement possible ; leurs droits réalisés entraînent pour la société, un déficit réel de son pouvoir sur les biens, car elle agit en son nom mais pour le compte de ses créanciers et non plus en vue de l'accomplissement de son objet social. N'est-elle pas en cela et dans cette mesure dessaisie de son patrimoine ?<sup>171</sup>

237. Dès son arrêt de principe du 23 novembre 1939<sup>172</sup>, la Cour de cassation a jeté les bases d'une théorie générale de la liquidation, partir de l'interprétation qu'elle a conférée à l'article 184 des lois coordonnées sur les sociétés commerciales (actuellement l'article 190 § 1<sup>er</sup> du Code des sociétés) dont elle a donné une lecture nouvelle et à vrai dire, fondatrice.

*Ce texte énonçait que "les liquidateurs, sans préjudice aux droits des créanciers privilégiés paieront toutes les dettes de la société proportionnellement et sans distinction entre les dettes exigibles et les dettes non exigibles sous déduction de l'escompte pour celles-ci. Ils pourront cependant, sous leur garantie personnelle, payer d'abord les créances exigibles si l'actif dépasse notablement le passif ou si les créances à terme ont une garantie suffisante, et sauf le droit des créanciers de recourir aux tribunaux".*

Pendant longtemps, cette disposition avait été interprétée comme imposant aux liquidateurs une simple règle de conduite, dont la méconnaissance était susceptible d'entraîner leur responsabilité, mais qui n'altérerait en rien les droits des créanciers. Les liquidateurs devaient, certes, payer proportionnellement et respecter les éventuels privilèges, mais les créanciers

---

<sup>170</sup> Le but de la règle est de permettre aux créanciers de la société d'éviter la confusion du patrimoine social avec celui des associés, qui se produirait inévitablement sans la disposition de l'article 183 § 1<sup>er</sup> du Code des sociétés. Ainsi, pour obtenir paiement de leur créance, les créanciers peuvent assigner la société en liquidation et ne sont pas contraints de rechercher le patrimoine individuel de chaque associé.

<sup>171</sup> GRÉGOIRE, « L'effet d'une mesure conservatoire pratiquée après l'entrée en liquidation d'une personne morale », note sous Cass., 23 janvier 1992, R.C.J.B., 1994, p. 430-431.

<sup>172</sup> Cass., 23 novembre 1939, Pas., 1939, I, 486.

ne tiraient de cette règle aucun droit les uns vis-à-vis des autres. Ils devaient se contenter de mettre en jeu la responsabilité personnelle d'un liquidateur défaillant<sup>173</sup>.

Saisie d'une espèce où était controversée la question de savoir si une dette envers la société pouvait être compensée avec une créance contre elle, alors que les conditions de la compensation n'étaient intervenues qu'après la mise en liquidation de la société, la Cour de cassation a, tout en censurant la décision attaquée, qui avait admis la compensation, donné à l'article précité, une portée tout à fait nouvelle, extensive, et fondatrice de la notion de concours en la matière.

En des attendus particulièrement clairs et remarquables, la Cour suprême a, en effet, énoncé que *"ce texte impératif implique l'égalité qui doit régner dans les répartitions de l'avoir social entre tous les créanciers chirographaires de la société, et qu'il détermine de manière irrévocable les droits réciproques de ceux-ci dès l'instant de la mise en liquidation; que cette disposition trouve sa raison d'être dans le fait qu'une société commerciale dissoute disparaissant par la clôture de sa liquidation ne laisse aux créanciers incomplètement payés aucune possibilité d'obtenir à l'avenir paiement de ce qui leur est dû"*.

La Cour en a déduit que *"s'il appartient à l'un des créanciers d'exercer une action individuelle contre la société, notamment afin de faire établir judiciairement sa créance, cette action ne saurait aboutir à des actes d'exécution qui auraient pour effet de porter atteinte aux droits des autres créanciers et que la loi, par le fait de la mesure de mise en liquidation, a implicitement rendu sans objet"*<sup>174</sup>.

Enfin, la Cour conclut que *"les créanciers ayant un droit acquis à ce qu'un créancier isolé ne soit pas payé dans une proportion plus forte qu'eux-mêmes grâce à la double qualité de créancier, et de débiteur qui existerait dans son chef depuis l'événement de la mise en liquidation"*. La Cour vise ainsi le paiement préférentiel par la voie de la compensation.

Par cet arrêt de principe, la Cour suprême a mis en lumière la condition nécessaire à la présence d'une situation de concours: l'affrontement réciproque des droits réalisés des créanciers sur le patrimoine du débiteur.

Elle a posé en effet en règle que:

- dès la mise en liquidation, les droits réciproques des créanciers sont déterminés de manière irrévocable,
- dès cet instant, chaque créancier a un droit acquis à ce qu'un autre créancier ne soit pas payé dans une plus forte proportion que lui-même,

---

<sup>173</sup> VAN OMMESLAGHE, « Les liquidations volontaires et les concordats » in *L'entreprise en difficulté*, J.B. 1981, p. 422; STRANART, « Questions d'actualité en droit commercial – Sûretés commerciales : droit positif et garanties nouvelles », *Recyclage Facultés Universitaires Catholiques Saint-Louis*, 482-483, Syllabus 1982, p. 6; GRÉGOIRE, *Théorie générale du concours des créanciers en droit belge*, n° 483, p. 338.

<sup>174</sup> Cass., 23 novembre 1939, *Pas.*, 1939, I, 486.

- les créanciers ne peuvent, dès la mise en liquidation, exercer aucun droit d'exécution contre la société débitrice, qui aurait pour effet de porter atteinte aux droits des autres créanciers,
- l'égalité doit impérativement régner dans les répartitions de l'avoir social entre tous les créanciers chirographaires.

En invoquant de la sorte la détermination irrévocable des droits réciproques des créanciers dotés, dès la mise en liquidation, d'un droit acquis sur le patrimoine à liquider de manière impérativement égalitaire, la Cour de cassation définissait la situation de concours de la manière la plus ferme qui soit.

La situation de concours transforme le droit relatif et personnel du créancier chirographaire, en un droit opposable à tous ("*droit acquis*" et "*droit réciproque*", irrévocablement déterminés), que chacun est tenu de respecter<sup>175</sup>.

238. La société en liquidation subsiste pour les besoins de celle-ci, comme le prévoit l'article 183 § 1<sup>er</sup> du Code des sociétés. Elle n'est donc ni entièrement dessaisie de son patrimoine (au contraire de la société faillie), ni limitée dans l'exercice de ses pouvoirs (au contraire du débiteur concordataire)<sup>176</sup>.

L'article 183 § 1<sup>er</sup> du Code des sociétés lui impose cependant une restriction certaine à la libre disposition de ses avoirs: elle ne subsiste que pour les besoins de sa liquidation. Cette subsistance limitée a pu être analysée comme une "*forme*" de dessaisissement, ou à tout le moins, comme un déficit du pouvoir du débiteur sur ses biens<sup>177</sup>.

239. Quoiqu'il en soit, la subsistance de la société, dont les liquidateurs sont les organes mais qui n'est pas représentée par un tiers (à la différence du failli dont les droits sont exercés par le curateur), impose que les créanciers conservent contre elle le droit de faire constater judiciairement leur créance.

Les poursuites individuelles ne peuvent donc être suspendues par l'état de liquidation, et elle ne le sont pas. De telles poursuites, en effet, ne portent pas, par elles-mêmes, atteinte à l'égalité, ni au caractère acquis des droits irrévocablement déterminés des uns et des autres. Les créanciers peuvent donc assigner la société en liquidation pour obtenir contre elle un titre exécutoire de leur créance.

C'est ce qu'indiquait la Cour de cassation par son arrêt précité du 23 novembre 1939, lorsqu'elle disposait que "(...) *il appartient à l'un des créanciers d'exercer une action individuelle contre la société notamment afin de faire établir judiciairement sa créance (...)*"<sup>178</sup>. Un arrêt du 19

<sup>175</sup> GRÉGOIRE, *Théorie générale du concours des créanciers en droit belge*, n° 484, p. 340.

<sup>176</sup> DE LEVAL, *Chronique de droit à l'usage du Palais – « Les sûretés »*, Annales de la faculté de droit de Liège, 1986, p. 169.

<sup>177</sup> GRÉGOIRE, *Théorie générale du concours des créanciers en droit belge*, n° 489, p. 344.

<sup>178</sup> Voyez également l'arrêt du 31 janvier 1964, *Pas.*, 1964, I, 573.

juin 1974<sup>179</sup> précise d'ailleurs que la survenance de la liquidation n'a aucune incidence sur le droit d'action des créanciers sociaux, et n'affecte que les actes d'exécution de ceux-ci.

Il importe de mettre parfaitement en lumière, par ailleurs, la mesure selon laquelle les actes d'exécution des créances sont affectés (ou plus exactement suspendus) par l'état de liquidation.

Dès l'arrêt du 23 novembre 1939, précité, et par la suite, dans chaque arrêt subséquent, la Cour de cassation a réitéré une formule identique: l'acte d'exécution qui est tenu en suspens par l'état de liquidation est celui qui *"aurait pour effet de léser les droits des autres créanciers"*.

Toute mesure d'exécution ne paraît donc pas suspendue par elle-même. Seule celle qui aurait pour effet de *"léser les droits des autres créanciers"* devrait être tenue en échec.

Cette jurisprudence a immédiatement suscité trois questions, à savoir, celles consistant à déterminer quand une mesure d'exécution aurait un effet nuisible, qui pourrait en décider, et comment les liquidateurs pourraient empêcher une telle mesure?

240. Ces questions ont été résolues par l'un des deux arrêts de la Cour de cassation du 24 mars 1977<sup>180</sup>.

Pour la Cour suprême, des mesures d'exécution individuelles ont pour effet de léser les droits des autres créanciers, notamment quand elles sont poursuivies à un moment où il est certain que le passif dépasse l'actif, et que les liquidateurs ne pourront rembourser intégralement chacun, ou si les actes d'exécution sont entrepris à un moment où les liquidateurs ne sont pas en mesure de déterminer l'ampleur du passif et donc de fixer le dividende revenant éventuellement à chaque créancier<sup>181</sup>.

La personne habilitée à trancher cette question est -en cas de désaccord entre le liquidateur et le créancier exécutant- le juge des saisies. Il appartient, a précisé la Haute Juridiction, aux liquidateurs de saisir ce dernier afin de demander la mainlevée d'une exécution nuisible, et ce magistrat a le devoir de rechercher, moyennant vérification des circonstances concrètes, et au cas par cas, si l'acte d'exécution a ou non l'effet prohibé.

Demeurait controversée la question de savoir si une saisie simplement de nature à entraver la bonne marche de la liquidation devait ou non être levée<sup>182</sup>.

---

<sup>179</sup> Cass., 19 juin 1974, *Rev. Not.*, p. 494.

<sup>180</sup> Cass., 24 mars 1977, *R.C.J.B.*, 1977, p. 654 et la note GÉRARD, « La règle de l'égalité entre les créanciers d'une société en liquidation ».

<sup>181</sup> Dans l'espèce tranchée par cet arrêt, la société en liquidation était exposée à des poursuites en réparation de dommages susceptibles de donner lieu à des litiges longs et d'issue incertaine.

<sup>182</sup> Pour l'affirmative, voyez Civ. Liège, (p. 1), 13 avril 1983, *R.P.S.*, 1984, n° 6278, p. 110; en ce sens également, DE LEVAL, *Chronique de droit à l'usage du Palais* – « Les saisies », Liège, 1986, p. 169.



241. Un arrêt de la Cour de cassation du 23 janvier 1992<sup>183</sup>, étend la jurisprudence issue de l'arrêt du 24 mars 1977, aux mesures conservatoires, aux motifs que de telles mesures "doivent toutefois être considérées comme dépourvues d'effet à partir du moment où, comme le constate la décision attaquée, elles ont pour conséquence de nuire au déroulement normal de la liquidation et de léser les droits des créanciers en concours"<sup>184</sup>.

242. Enfin, par son arrêt du 19 janvier 1984<sup>185</sup>, la Cour de cassation a étendu la mesure de suspension des actes d'exécution individuels susceptibles de léser les droits des créanciers, aux titulaires d'un privilège général.

243. En cas de concours créé par la faillite, la loi arrête le cours des intérêts de toute créance non garantie par un privilège, par un nantissement, ou par une hypothèque, à l'égard de la masse seulement. Les intérêts des créances garanties ne peuvent être réclamés que sur les sommes provenant des biens affectés au privilège, au nantissement ou à l'hypothèque.

Bien qu'aucun texte semblable n'existe en matière de liquidation de société commerciale, la Cour de cassation a affirmé la règle de l'arrêt du cours des intérêts par l'une de deux décisions rendues le 24 mars 1977<sup>186</sup>. La Cour y énonce que dans les rapports entre les créanciers chirographaires, et pour la détermination de leurs droits réciproques, le cours des intérêts est suspendu, ce qui signifie qu'à l'instar de ce qui se passe en matière de faillite, les créances chirographaires sont établies les unes par rapport aux autres, intérêts compris jusqu'au jour de la décision de mise en liquidation, qui est la date du déclenchement du concours.

Cette règle ne joue que pour régler les rapports réciproques des créanciers entre eux.

Il n'y a pas d'arrêt du cours des intérêts vis-à-vis de la société débitrice, qui en demeure tenue envers ses créanciers, conformément au droit commun<sup>187</sup>. Ceux-ci pourraient dès lors, en théorie, percevoir des intérêts échus après le concours et à charge de leur débitrice, si la liquidation se poursuit de manière fructueuse.

---

<sup>183</sup> R.G. n° 9044 Etat belge c/ S.A. General Itarbe en liquidation.

<sup>184</sup> R.C.J.B., 1994, p. 398, note GRÉGOIRE, « L'effet d'une mesure conservatoire pratiquée après l'entrée en liquidation d'une personne morale ». Il y a toutefois une différence entre nuire au « déroulement normal de la liquidation » et « léser les droits des créanciers en concours ». Cet arrêt semble dénoter la volonté de la Cour de calquer le régime de la liquidation sur celui de la faillite. On relèvera que dans l'espèce ayant donné lieu à l'arrêt cité, le juge du fond avait constaté deux critères qui selon lui conduisaient à la suspension de la mesure: celle-ci, non seulement lésait les droits des autres créanciers, mais elle nuisait aussi au déroulement normal de la liquidation.

<sup>185</sup> Cass., 19 janvier 1984, R.G.E.N., 1985, n° 23204, p. 281.

<sup>186</sup> Cass., 24 mars 1977, R.C.J.B., 1977, p. 654 et la note GÉRARD, « La règle de l'égalité entre les créanciers d'une société en liquidation ».

<sup>187</sup> GRÉGOIRE, *Théorie générale du concours des créanciers en droit belge*, n° 498, p. 34.

Par son arrêt précité du 24 mars 1977, la Cour suprême justifie le principe qu'elle énonce par la règle de l'égalité, ainsi que par la nécessité de faciliter la liquidation<sup>188</sup> (voir supra, en matière de faillite).

En réalité, l'arrêt du cours des intérêts procède de la cristallisation réciproque<sup>189</sup>. des droits des créanciers chirographaires à la date du concours, c'est-à-dire, en l'espèce, à la date de la décision de mise en liquidation qui provoque cette cristallisation.

La Cour de cassation a depuis confirmé cette jurisprudence par son arrêt du 7 avril 1986<sup>190</sup>.

243. Par son arrêt du 19 janvier 1989<sup>191</sup>, la Haute Juridiction a étendu le principe de l'arrêt du cours des intérêts aux créanciers titulaires d'un privilège général. Ces créanciers en effet, "sont appelés à exercer leurs droits sur les biens compris dans le gage commun, qui, par suite de l'entrée en liquidation de la société, sont affectés au règlement de son passif. (...) Sans doute bénéficieront-ils, par rapport (aux créanciers chirographaires) d'un tour de préférence dans la répartition du produit de la réalisation de ces biens (...) mais à cela se limite l'avantage que leur confère la qualité de leur créance"<sup>192</sup>.

### § 3. La mise en liquidation d'une ASBL

244. La jurisprudence de la Cour de cassation fondant la notion de concours en cas de mise en liquidation d'une société commerciale invoque -on l'a vu- l'article 190 §1<sup>er</sup> du Code des sociétés interprété comme impliquant l'égalité destinée à régner dans les répartitions de l'avoir social entre les créanciers chirographaires.

Cette référence au principe général d'égalité a permis à la doctrine et à la jurisprudence d'appliquer les règles du concours à la situation issue de la mise en liquidation d'une ASBL, malgré le silence de la loi du 27 juin 1921 sur le sujet<sup>193</sup>. Actuellement, les articles 19 et suivants de la loi du 2 mai 2002 sur les associations sans but lucratif, les associations internationales sans but lucratif et les fondations règlent, par analogie au droit des sociétés commerciales, la liquidation des ASBL.

---

<sup>188</sup> Voyez cette justification dans RIPERT et ROBLOT, *Traité élémentaire de droit commercial*, 7<sup>ème</sup> éd., t. II, n° 2983; VAN RYN et HEENEN, IV, n° 2753.

<sup>189</sup> GRÉGOIRE, *Théorie générale du concours des créanciers en droit belge*, n° 496, p. 347.

<sup>190</sup> Cass., 7 avril 1986, *Pas.*, 1986, I, 951; *J.T.*, 1987, obs. p. 5; *R.P.S.*, 1987, p. 126, et la note T'KINT.

<sup>191</sup> Cass., 19 janvier 1989, *Pas.*, 1989, I, 546; *R.G.E.N.*, 1989, p. 281, obs.; *R.P.S.*, 1989, p. 232, note T'KINT.

<sup>192</sup> GÉRARD, note précitée à la *R.C.J.B.*, 1977, p. 641.

<sup>193</sup> Civ. Bruxelles, 28 juillet 1978, *J.T.*, 1980, p. 263; Civ. Bruxelles, 9 avril 1985, *J.T.*, 1986, p. 352; GRÉGOIRE, *Théorie générale du concours des créanciers en droit belge*, n° 486, p. 341 et la note 675bis avec les références.

## F. L'acceptation d'une succession sous bénéfice d'inventaire

### § 1. Introduction

245. Aux termes de l'article 793 du Code civil, « *La déclaration d'un héritier qu'il entend ne prendre cette qualité que sous bénéfice d'inventaire, doit être faite au greffe du tribunal de l'arrondissement dans lequel la succession s'est ouverte ; elle doit être inscrite sur le registre destiné à recevoir les actes de renonciation. En cas d'acceptation bénéficiaire volontaire, cette déclaration doit, dans les quinze jours qui suivent, par les soins du greffier et aux frais de l'héritier acceptant sous bénéfice d'inventaire, être publiée au Moniteur belge, avec invitation aux créanciers et aux légataires d'avoir à faire connaître, par avis recommandé, leurs droits dans un délai de trois mois à compter de la date de l'insertion. En cas d'acceptation bénéficiaire en raison de l'incapacité de l'héritier, les mêmes formalités sont accomplies à la diligence des père et mère ou de celui d'entre eux qui exerce l'autorité parentale, par le mineur émancipé ou par le tuteur. Le juge de paix veille à l'accomplissement de ces formalités. En cas d'opposition d'intérêts entre l'incapable et son représentant légal, le juge de paix désigne un tuteur ad hoc soit à la requête de toute personne intéressée soit d'office. Sous réserve de justifications ultérieures de la réalité de leurs créances, les créanciers et légataires se font connaître par simple lettre recommandée adressée au domicile élu par l'héritier et indiqué dans l'insertion* ».

246. En vertu de l'article 795 du Code civil, l'héritier bénéficiaire a trois mois, à compter du jour de l'ouverture de la succession, pour faire inventaire, et quarante jours après l'expiration du délai de trois mois ou du jour de la clôture de l'inventaire, s'il est terminé avant l'expiration du délai de trois mois, pour délibérer sur son acceptation ou sur sa renonciation.

247. Les articles 793 et suivants du Code civil permettent donc à un héritier de déclarer qu'il n'entend prendre cette qualité que sous bénéfice d'inventaire. Ces dispositions légales réglementent la procédure selon laquelle l'héritier demande et obtient ce bénéfice. Dans le cadre de cette procédure (voire même ultérieurement – article 809 du Code civil), les créanciers et légataires sont invités à se faire connaître (article 793, alinéas 2 et 4 du Code civil).

248. Le bénéfice d'inventaire a pour effet d'empêcher la confusion des patrimoines, tant à l'égard de l'héritier que des créanciers et légataires (article 802, alinéa 1<sup>er</sup> du Code civil).

L'héritier bénéficiaire n'est tenu des dettes et charges de la succession que sur les biens qu'il recueille. Les créanciers de la succession et les légataires, sont payés sur ces biens de préférence aux créanciers personnels de l'héritier (article 802, alinéa 2 du Code civil).

### § 2. Examen des effets généraux du concours

#### a. Principe

249. Il est traditionnellement admis que l'acceptation d'une succession sous bénéfice d'inventaire génère une situation de concours portant sur le patrimoine du défunt<sup>194</sup>.

Comme l'écrivent Messieurs Renauld et Coppens, « l'acceptation bénéficiaire a réalisé l'acceptation préférentielle des biens délaissés par le défunt au règlement du passif qui pesait sur lui; elle a de ce fait actualisé le « droit de gage » auparavant virtuel de chaque créancier. Dès lors, elle soumet ceux-ci, en principe, à la règle d'égalité effective que consacre l'article 8 de la loi hypothécaire »<sup>195</sup>.

250. L'acceptation bénéficiaire est avant tout une acceptation. L'héritier bénéficiaire succède véritablement au *de cuius*. Il exerce tous les droits et actions du défunt<sup>196</sup>.

Toutefois, en raison du bénéfice d'inventaire, la succession et le patrimoine personnel de l'héritier demeurent distincts<sup>197</sup>. En conséquence, l'héritier n'est tenu au paiement des dettes

---

<sup>194</sup> RENAULD et COPPENS, « La notion de concours entre créanciers, son application au régime des sociétés dissoutes et des successions acceptées sous bénéfice d'inventaire »; Note sous Cass., 31 janvier 1964, *R.C.J.B.*, 1965, p. 101; DE LEVAL, *Traité des saisies*, p. 255; T'KINT, *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, n° 100, p. 58; GRÉGOIRE, *Théorie générale du concours des créanciers en droit belge*, n° 571, p. 417; CASMAN, « Quelques questions relatives à la liquidation d'une succession acceptée sous bénéfice d'inventaire », *R.N.B.*, 1998, p. 533; GRÉGOIRE et DE FRANCQUEN, « Les articles 7, 8 et 9 de la loi hypothécaire », in *Privilèges et hypothèques*, Kluwer, 2004.

<sup>195</sup> RENAULD et COPPENS, « La notion de concours entre créanciers, son application au régime des sociétés dissoutes et des successions acceptées sous bénéfice d'inventaire », spéc. p. 118-119.

<sup>196</sup> GRÉGOIRE, *Théorie générale du concours des créanciers en droit belge*, p. 416; DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. IX, n° 717; VANQUICKENBORNE et DEKKERS, « Examen de jurisprudence – Les successions et les libéralités », *R.C.J.B.*, 1975, p. 181, n° 129.

<sup>197</sup> La procédure de séparation de patrimoine (prévue aux articles 878 du Code civil et 39 de la loi hypothécaire) constitue le pendant, pour les créanciers du défunt, de l'acceptation bénéficiaire, protégeant les droits de l'héritier. Lorsque les créanciers du *de cuius* peuvent craindre les conséquences de la confusion de patrimoine créée par l'acceptation pure et simple d'une succession par un héritier insolvable, ils peuvent demander en justice la séparation du patrimoine successoral d'avec le patrimoine de l'héritier. La séparation de patrimoine doit être demandée dans les trois ans de l'ouverture de la succession en ce qui concerne les meubles pour autant que ces derniers se trouvent encore dans le patrimoine de l'héritier lors de l'intentement de la demande (article 880 du Code civil). Pour les immeubles, l'action doit être exercée tant qu'ils existent dans les mains de l'héritier, pour autant que le droit de demander la séparation de patrimoine soit conservé par une inscription prise au registre de la conservation des hypothèques dans les six mois de l'ouverture de la succession (articles 880 du Code civil et 39 de la loi hypothécaire). Le créancier ayant obtenu la séparation évite le recours des créanciers de l'héritier sur les biens successoraux, comme si la séparation des patrimoines existait depuis le décès, mais ne bénéficie d'aucun privilège par rapport aux autres créanciers du défunt (sur cette procédure, voy. GENIN, « Traité des hypothèques et de la transcription », *Rép. Not.*, t. X, L. I, n° 1120 à 1122; DE LEVAL, *Traité des saisies*, p. 252; STRANART, « Chronique de jurisprudence – Les sûretés réelles », *Rev. Banque*, 1981, Cah. 11, pp. 16 à 18; DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil*, t. III, n° 380 et t. IX, n° 1000; T'KINT, *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, pp. 39-40; comp. la doctrine française : MATRY, RAYNAUD et JESTAZ, *Successions et libéralités*, n° 454; CABRILLAC et MOULY, *Droit des sûretés*, éd. 1997, n° 663, p. 539 et n°

de la succession que sur les biens qu'il a recueillis et conserve contre la succession une action en paiement de ses créances éventuelles<sup>198</sup>.

251. C'est plus précisément l'obligation de liquider l'actif successoral, pesant sur l'héritier bénéficiaire, qui constituerait le critère de la présence de la notion de concours en la matière. En effet « *le concours suppose la réalisation de droits personnels par l'emprise de ces droits sur des actifs déterminés, destinés à être vendus afin d'assurer le paiement des créanciers poursuivants* »<sup>199</sup>.

252. L'acceptation d'une succession sous bénéfice d'inventaire entraîne-t-elle cette obligation ?

L'on peut déduire des textes relatifs à l'institution examinée - à vrai dire peu explicites - que l'héritier bénéficiaire se trouve effectivement sous l'empire de la nécessité de liquider l'actif successoral. L'obligation de faire inventaire, prescrite par les articles 794 à 797 du Code civil se double de la nécessité de liquider le patrimoine successoral. Il ne s'agirait donc pas seulement de procéder à un état évaluatif des actifs et à un recensement du passif, mais en outre à une véritable attribution de la valeur de réalisation des actifs aux différents créanciers formant ensemble le passif de la succession<sup>200</sup>.

La confirmation de cette analyse se trouve dans l'article 803 du Code civil énonçant que « *l'héritier bénéficiaire est chargé d'administrer les biens de la succession et de les liquider* ». Cette disposition précise que l'héritier ne peut être contraint sur ses biens personnels qu'à concurrence seulement « *des sommes dont il se trouve reliquataire* ». L'utilisation du terme « *sommes* » conduit à penser que les actifs successoraux ont dû être réalisés. Si tel ne devait pas être le cas, le Code civil aurait pu prévoir que l'héritier ne serait responsable des dettes successorales que sur les *biens* dont il est reliquataire. Dans un même contexte, l'article 806 du Code civil vise quant à lui « *la vente des biens meubles ou immeubles* ».

En tant qu'elle entraîne la liquidation des actifs successoraux en vue du paiement du passif successoral, l'acceptation d'une succession sous bénéfice d'inventaire constitue bien un cas de concours portant sur les biens du *de cuius*.

---

772, p. 623-624 – qui y voient un privilège spécial au profit des créanciers successoraux, en dépit de la circonstance que la faculté d'éviter la concurrence des recours ne modifie pas la qualité de la créance. La séparation est opposable à la faillite, qui ne constitue qu'une procédure concentratrice des recours des créanciers du failli.

<sup>198</sup> VANQUICKENBORNE et DEKKERS, « Examen de jurisprudence – Les successions et les libéralités » ; DE LEVAL, *Traité des saisies*, p. 255.

<sup>199</sup> GRÉGOIRE, *Théorie générale du concours des créanciers en droit belge*, n° 570, p. 417.

<sup>200</sup> GRÉGOIRE, *Théorie générale du concours des créanciers en droit belge*, n° 571, p. 417; Voyez aussi T'KINT, *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, n° 58, p. 39 ; CASMAN, « Quelques questions relatives à la liquidation d'une succession acceptée sous bénéfice d'inventaire », *R.N.B.*, 1998, p. 538.

Enfin, les articles 806, 808 et 809 du Code civil mettent en place une véritable procédure de liquidation, en prévoyant le mode de réalisation et un ordre de distribution du produit de réalisation des actifs entre les créanciers de la succession.

Cette analyse est celle adoptée, à juste titre, selon nous, par la Cour d'appel de Mons qui précise que « *il est actuellement admis que depuis la modification des articles 793 à 810 du Code civil par les dispositions modificatives contenues dans la loi du 10 octobre 1967, l'acceptation sous bénéfice d'inventaire, en tant qu'elle implique l'obligation de l'héritier acceptant, de faire inventaire et de liquider la succession, c'est-à-dire de payer, sans délai, le passif successoral, crée une situation de concours* »<sup>201</sup>.

b. Affrontement réciproque des droits des créanciers – L'égalité des créanciers

253. Dans la mesure où l'acceptation sous bénéfice d'inventaire est reconnue comme une situation de concours entre les créanciers du défunt, sur l'actif délaissé par celui-ci, le respect de la règle de l'égalité et du paiement proportionnel, de même que celui des causes légitimes de préférence, s'imposent dans la liquidation.

254. L'article 808 dispose qu' « en cas d'acceptation bénéficiaire volontaire, l'héritier ne peut payer aucun créancier chirographaire, ni légataire, avant l'expiration du délai fixé par l'article 793, alinéa 2 », c'est-à-dire le délai de trois mois imparti aux créanciers pour faire leur déclaration de créance<sup>202</sup>.

Il peut toutefois payer les créances énumérées à l'article 19 de la loi hypothécaire du 16 décembre 1851 selon leur rang (privilèges généraux) (article 808, alinéa 2 du Code civil). Les créanciers munis de privilèges spéciaux ou de sûretés réelles bénéficient selon le droit commun, de l'attribution préférentielle de la valeur des biens qui leur sont réservés<sup>203</sup>.

---

<sup>201</sup> Mons, 7 novembre 1994, *J.L.M.B.*, 1996, p. 286, critiqué toutefois par DELNOY, *Les successions légales. Chronique de jurisprudence 1988-1997, Les dossiers du J.T.*, n° 18, Larcier, Bruxelles, 1999, pp. 144-145 ; Certains auteurs considèrent qu'il convient d'opérer une distinction selon que l'acceptation bénéficiaire est volontaire ou, au contraire, obligatoire. Dans le premier cas, il s'agirait d'une hypothèse de concours, dans le second, non. La justification de cette analyse résiderait dans le fait qu'il existe entre l'article 793 et l'article 808 du Code civil une différence, voulue par le législateur, selon laquelle la première disposition concerne tous les cas d'acceptation bénéficiaire tandis que la seconde ne concerne que le cas d'acceptation bénéficiaire volontaire ; DE LEVAL, *op. cit.*, n° 133, p. 255 ; DELNOY, *Les successions légales. Chronique de jurisprudence 1988-1997, Les dossiers du J.T.*, n° 18, Larcier, Bruxelles, 1999, pp. 145-146.

<sup>202</sup> CASMAN, « Quelques questions relatives à la liquidation d'une succession acceptée sous bénéfice d'inventaire », *R.N.B.*, 1998, p. 550.

<sup>203</sup> Grégoire, *Théorie générale du concours des créanciers en droit belge*, n° 574, p. 419.

Après l'expiration du délai de déclaration de créances, le paiement des créanciers successoraux peut avoir lieu selon un ordre amiable, ou à défaut d'accord, dans l'ordre et de la manière déterminés par le juge (article 808, alinéa 3 du Code civil).

Un tel ordre devra évidemment respecter le principe de l'égalité et les causes éventuelles de préférence<sup>204</sup>.

255. Quant aux créanciers nantis de privilèges spéciaux ou de sûretés réelles, rien ne s'oppose à ce qu'ils bénéficient, selon le droit commun, de l'attribution préférentielle de la valeur des biens qui leurs sont réservés<sup>205</sup>.

En cas de conflit de procédures d'adjudication intentées, l'une, par l'héritier bénéficiaire, et l'autre, par un créancier hypothécaire premier inscrit, il y a lieu d'appliquer la règle spéciale de l'article 1621 du Code judiciaire. Lorsque la saisie immobilière du créancier hypothécaire est transcrite après l'autorisation de vente accordée à l'héritier bénéficiaire par le tribunal de première instance, la suspension de la saisie peut être ordonnée afin de permettre l'exécution de la décision autorisant la vente publique<sup>206</sup>.

c. Dessaisissement – Désignation d'un gestionnaire de la liquidation- saisie des actifs

256. L'administration des biens et leur liquidation sont confiées à l'héritier bénéficiaire, qui doit rendre compte aux créanciers et aux légataires.

L'héritier ne peut transiger, compromettre, ni grever les biens d'hypothèques ou d'autres charges réelles sans l'autorisation de justice (article 803, alinéa 2 du Code civil). Il s'agit là d'une restriction à la libre disposition du patrimoine objet du concours.

Un autre administrateur peut être nommé par le tribunal, à la demande de l'héritier lui-même, ou à la demande de tout intéressé (articles 803 bis à 805 du Code civil).

257. En vertu de l'article 806 du Code civil, la liquidation s'effectue conformément aux formes prescrites par le Code judiciaire. Pour les immeubles, il conviendra donc de se conformer aux exigences des articles 1189 et suivant du Code judiciaire, et pour les meubles, à celles des articles 1194 et suivants du même Code<sup>207</sup>.

---

<sup>204</sup> CASMAN, « Quelques questions relatives à la liquidation d'une succession acceptée sous bénéfice d'inventaire », *R.N.B.*, 1998, p. 546-547.

<sup>205</sup> CASMAN, « Quelques questions relatives à la liquidation d'une succession acceptée sous bénéfice d'inventaire », *R.N.B.*, 1998, p. 537.

<sup>206</sup> DE LEVAL, *Traité des saisies*, p. 257.

<sup>207</sup> Civ. Tournai (Prés.), 21 avril 1988, *J.L.M.B.*, 1988, p. 1147 ; Civ. Liège (Prés.), 1<sup>er</sup> octobre 1991, *R.T.D.F.*, 1993, p. 539.

258. En ce qui concerne le droit de poursuite individuelle des créanciers de la succession sur l'actif successoral, celui-ci cède au droit de gestion de l'héritier bénéficiaire.

Ainsi que l'écrivent Messieurs Vanquickenborne et Dekkers, « l'acceptation sous bénéfice d'inventaire n'a pas pour effet d'ériger l'héritier en liquidateur pour le compte de la masse. Le droit individuel de poursuite, qui appartient à tout créancier sur les biens formant son gage, n'est donc nullement suspendu. En principe, chacun des créanciers et légataires peut dès lors former saisie-arrêt entre les mains des débiteurs de la succession »<sup>208</sup>. Ces auteurs ajoutent toutefois que « le droit individuel des créanciers et légataires cède au droit de gestion de l'héritier bénéficiaire. On en déduit que les créanciers légataires ne peuvent former saisie-arrêt entre les mains des débiteurs de la succession que si l'héritier néglige de les poursuivre »<sup>209</sup>.

La gestion de la liquidation de la succession bénéficiaire est donc attribuée à l'héritier bénéficiaire, chargé d'administrer le patrimoine successoral, de déterminer la consistance du passif, de réaliser les actifs et d'effectuer les paiements<sup>210</sup>.

L'héritier peut, ainsi qu'il a été exposé, se décharger du soin d'administrer et de liquider la succession en sollicitant de la part du tribunal la désignation d'un administrateur judiciaire (article 803 bis du Code civil). Ce droit est également reconnu à tout intéressé (article 804 du Code judiciaire)<sup>211</sup>.

259. Plusieurs textes prescrivent en effet la suspension des poursuites individuelles « contre l'héritier », notamment pendant le délai pour faire inventaire et délibérer (article 797 du Code civil<sup>212</sup>). En cas de poursuite dirigée contre lui, après les délais précités, l'héritier peut demander un nouveau délai que le tribunal accorde ou refuse suivant les circonstances (article 798 du Code civil<sup>213</sup>). Pendant la durée de la liquidation, en cas de succession acceptée purement et simplement par certains héritiers et sous bénéfice d'inventaire par d'autres (article 810 bis, alinéa 3 du Code civil<sup>214</sup>). Pendant ces délais, l'héritier ne peut être

---

<sup>208</sup> VAN QUICKENBORNE et DEKKERS, « Examen de jurisprudence – Les successions et les libéralités », R.C.J.B., 1975, p. 181, n° 130.

<sup>209</sup> Voy. aussi Laurent, *Cours de droit civil belge*, t. X, n° 137 ; DE PAGE et DEKKERS, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. IX, n° 859, 4° ; DE LEVAL, *Traité des saisies*, p. 257.

<sup>210</sup> DE LEVAL, *Traité des saisies*, p. 255 ; T'KINT, *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, p. 39.

<sup>211</sup> T'KINT, *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, p. 39.

<sup>212</sup> « Pendant la durée des délais pour faire inventaire et pour délibérer, l'héritier ne peut être contraint à prendre qualité, et il ne peut être obtenu contre lui de condamnation : s'il renonce lorsque les délais sont expirés ou avant, les frais par lui faits légitimement jusqu'à cette époque sont à la charge de la succession ».

<sup>213</sup> « Après l'expiration des délais ci-dessus, l'héritier, en cas de poursuite dirigée contre lui peut demander un nouveau délai, que le tribunal saisi de la contestation accorde ou refuse suivant les circonstances ».

<sup>214</sup> « Pendant la durée de la liquidation, aucun des héritiers ne peut être poursuivi sur ses biens personnels. Après le partage, les effets de l'acceptation bénéficiaire ne subsistent qu'au regard des héritiers qui ont accepté dans cette forme ».



contraint à prendre qualité et il ne peut être obtenu à son encontre de condamnation (article 797 du Code civil).

La règle est logique. A défaut l'institution serait privée de sa vocation, consistant à éviter la confusion des patrimoines du défunt et de l'héritier.

260. Aucun texte, en revanche, n'impose expressément la suspension des poursuites ou des exécutions individuelles de la part des créanciers successoraux sur l'actif successoral qui leur est affecté<sup>215</sup>. La jurisprudence et la doctrine considèrent toutefois qu'en raison de l'application des principes de la liquidation collective, les droits de poursuite des créanciers chirographaires et ceux jouissant d'un privilège général sont suspendus<sup>216</sup>.

L'héritier bénéficiaire est cependant chargé d'administrer les biens de la succession, et de la liquider. C'est cette mission qui vient absorber, en les concentrant sur un gestionnaire de la liquidation, les droits épars de poursuites individuelles. L'héritier bénéficiaire doit d'ailleurs rendre compte de sa gestion aux créanciers et aux légataires (article 803 du Code civil).

A cet égard, notons que la Cour d'appel de Gand a décidé que, lorsqu'une succession a été acceptée sous bénéfice d'inventaire, les créanciers chirographaires ne peuvent plus agir individuellement en exécutant la saisie des biens successoraux à laquelle ils ont éventuellement procédé puisque le passif successoral chirographaire est réglé, conformément aux articles 793, alinéa 2 et 808 du Code civil, selon une procédure de liquidation collective<sup>217</sup>.

d. Création d'une ligne de démarcation entre les dettes du de cujus et les dettes de la succession

261. L'article 810 du Code civil dispose que « *Les frais de scellés, s'il en a été apposé, d'inventaire et de compte, sont à la charge de la succession* ».

Ces dépenses, qui constituent, en définitive, des dettes consenties pour les besoins de la liquidation, restent en dehors du concours formé entre les créanciers successoraux. Leur régime est donc comparable à celui des dettes de la masse, dans la faillite ou la liquidation d'une société commerciale<sup>218</sup>.

---

<sup>215</sup> VAN QUICKENBORNE et DEKKERS, « Examen de jurisprudence – Les successions et les libéralités », *R.C.J.B.*, 1975, p. 181, n° 130; GRÉGOIRE, *Théorie générale du concours des créanciers en droit belge*, n° 575, p. 419 et les références à la note 848.

<sup>216</sup> Gand, 29 mars 1994, *R.W.*, 1995-1996, p. 62 ; DIRIX et BROECKX, *Beslag, A.P.R.*, 1992, n° 101 ; sur l'obligation de reddition de comptes : Liège, 20 janvier 1997, *J.L.M.B.*, 1997, p. 512.

<sup>217</sup> Gand, 29 mars 1994, *R.W.*, 1995-1996, p. 62.

<sup>218</sup> VAN GYSEL, *Les masses en liquidation en droit privé*, Bruylant, 1994, pp. 392-401.

262. Dans le même ordre d'idées, le premier alinéa de l'article 799 du Code civil prévoit que les frais de poursuite dirigée contre l'héritier après l'expiration des délais pour faire inventaire et pour délibérer « sont à la charge de la succession, si l'héritier justifie, ou qu'il n'avait pas eu connaissance du décès, ou que les délais ont été insuffisants, soit à raison de la situation des biens, soit à raison des contestations survenues : s'il n'en justifie pas, les frais restent à sa charge personnelle », tandis que le second alinéa de la même disposition précise que « Les frais d'insertion et autres avertissements restent à charge de la succession comme frais de justice ».

e. Cristallisation du passif

263. Par son arrêt inédit rendu le 7 novembre 1994, la Cour d'appel de Mons a eu l'occasion de se prononcer sur la question de la suspension du cours des intérêts dans le cadre de l'acceptation d'une succession sous bénéfice d'inventaire.

264. Selon cet arrêt, l'acceptation d'une succession sous bénéfice d'inventaire crée une situation de concours entre les créanciers. Ceux dont la créance n'est pas garantie par une sûreté réelle ou un privilège spécial voient leurs droits figés au jour du concours, de sorte que le cours des intérêts doit se trouver, en règle, arrêté pendant la durée de la liquidation. Un tel arrêt du cours des intérêts ne joue qu'entre créanciers et n'implique pas que le cours des intérêts soit suspendu à l'égard du débiteur. Le créancier conserve le droit de réclamer la totalité des intérêts ultérieurs en participant à une seconde répartition, si le solde du produit de réalisation des actifs, non encore réparti, en autorise le paiement<sup>219</sup>.

265. Voici donc très clairement affirmée, à bon droit, à notre avis, l'application, en matière de succession sous bénéfice d'inventaire, de la règle de la suspension du cours des intérêts destinée à arrêter les créances dans leur évolution afin de pouvoir en permettre la fixation.

266. En effet, selon l'objectif de la réalisation matérielle du partage à intervenir en vue de l'apurement du passif, il est évidemment nécessaire de figer les droits de chacun des créanciers et, dès lors de les arrêter dans leur évolution, afin de leur attribuer une part du gage commun, le cas échéant proportionnellement à leur montant nominal. Il s'ensuit que la règle de la suspension du cours des intérêts se situe bien « dans la logique de la théorie du concours » et en constitue l'une des caractéristiques essentielles<sup>220</sup>.

f. Conclusion

---

<sup>219</sup> Mons, 7 novembre 1994, J.L.M.B., 1996, p. 286, critiqué par DELNOY, *Les successions légales. Chronique de jurisprudence 1988-1997, Les Dossiers du J.T.*, n° 18.

<sup>220</sup> VAN GYSEL, *Les masses en liquidation en droit privé*, Bruylant, 1994, p. 371.

267. L'acceptation d'une succession sous bénéfice d'inventaire est une situation de concours, dont la portée demeure principalement issue des réflexions de la doctrine et de la jurisprudence, en raison du caractère fragmentaire de la réglementation légale.

Concluons cependant, avec Madame Casman, par la considération « *que la jurisprudence publiée soit si parcimonieuse est sans doute un indice de ce que, en cette matière comme en tant d'autres, les notaires ont réussi à développer des solutions pratiques qui n'ont pas donné lieu à controverse. mais ils doivent faire beaucoup appel à leur imagination et à leur créativité pour se sortir d'un dossier de liquidation d'une succession déficitaire acceptée sous bénéfice d'inventaire* »<sup>221</sup>.

## **G. La succession vacante**

### **§ 1. Introduction**

268. Selon l'article 811 du Code civil, "lorsqu'après l'expiration des délais pour faire inventaire et pour délibérer, il ne se présente personne qui réclame une succession, qu'il n'y a pas d'héritier connu, ou que les héritiers connus y ont renoncé, cette succession est réputée vacante".

En cette hypothèse, il convient d'appliquer l'article 539 du Code civil, qui énonce que « *Tous les biens vacants et sans maître, et ceux des personnes qui décèdent sans héritiers, ou dont les successions sont abandonnées, appartiennent au domaine public* », ainsi que les articles 768 et suivants du Code civil qui imposent à l'Etat de faire apposer les scellés et dresser inventaire dans les formes prescrites pour l'acceptation des successions sous bénéfice d'inventaire, ainsi que de demander l'envoi en possession au tribunal de première instance dans le ressort duquel la succession est ouverte.

269. A la requête de tout intéressé, ou du Procureur du Roi (article 1228 du Code judiciaire), un curateur est désigné par le tribunal de première instance. Il est tenu de faire constater l'état de la succession par un inventaire. Il administre la succession, les dispositions (visant à l'acceptation d'une succession sous bénéfice d'inventaire) relatives tant à la réalisation de l'actif qu'au paiement du passif par l'héritier bénéficiaire sont applicables (article 813 du Code civil).

### **§ 2. Examen des effets généraux du concours**

#### **a. Principe**

---

<sup>221</sup> CASMAN, « Quelques questions relatives à la liquidation d'une succession acceptée sous bénéfice d'inventaire », *R.N.B.*, 1998, p. 552.

270. L'ouverture d'une succession vacante crée-t-elle un concours entre les créanciers successoraux ?

La réponse est assurément positive<sup>222</sup>.

La référence faite par l'article 813 du Code civil aux règles de l'acceptation d'une succession sous bénéfice d'inventaire impose de considérer la vacance d'une succession reconnue comme une situation de concours relevant d'un régime analogue<sup>223</sup>.

La discussion demeure ouverte sur le fait ou l'acte qui en déclenche les effets.

271. Selon une partie de la doctrine, c'est au moment du décès que se situe la date d'ouverture d'une succession vacante, même si la succession ne peut être considérée telle qu'après écoulement des délais prévus à l'article 811 du Code civil. La succession est réputée vacante dès le décès du *de cuius*. Puisque la succession est "réputée" vacante, dans les cas visés à l'article 811 du Code civil, ce concours devrait donc naître à la date du décès. C'est à cette date en effet que sont fixés irrévocablement les droits des créanciers successoraux<sup>224</sup>.

Tel n'est toutefois pas l'enseignement de la Cour suprême.

Par son arrêt du 2 juin 1994<sup>225</sup>, la Cour de cassation a considéré que, tant que la procédure égalitaire de liquidation suivant la désignation du curateur n'est pas enclenchée, les créanciers peuvent percevoir à leur avantage le profit de mesures individuelles de poursuite qu'ils ont menées en état avant le décès du débiteur<sup>226</sup>.

En cette affaire, des créanciers du défunt avaient fait pratiquer des saisies-arrêts exécutions entre les mains de l'employeur de celui-ci avant le décès. L'employeur tiers saisi avait cependant vidé ses mains postérieurement au décès mais antérieurement à la désignation d'un curateur à succession vacante. Pour déterminer le sort des sommes ainsi perçues par des créanciers comme résultat d'une poursuite individuelle, la question de la fixation de la date du concours était dès lors cruciale.

---

<sup>222</sup> Conclusions de Madame le Procureur général LIEKENDAEL, alors avocat général, avant Cass., 2 juin 1994, *Pas.*, 1994, pp. 544 et suivantes ; voir GRÉGOIRE et DE FRANCQUEN, « Les articles 7, 8 et 9 de la loi hypothécaire » in *Privilèges et hypothèque*, Kluwer, 2004.

<sup>223</sup> GRÉGOIRE, *Théorie générale du concours des créanciers en droit belge*, n° 581, p. 421 ; voyez aussi T'KINT, *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, n° 101, p. 59.

<sup>224</sup> GRÉGOIRE, *Théorie générale du concours des créanciers en droit belge*, n° 580, p. 421 ; Civ. Liège, 24 novembre 1970, *Jur. Liège*, 1970-1971, pp. 181 et suiv, spéc. P. 182 ; AUBRY et RAU, *Cours de droit civil*, t. IV, n° 326.

<sup>225</sup> Cass., 2 juin 1994, *Pas.*, I, p. 544, précédé des conclusions conformes de Mme LIEKENDAEL ; *J.T.*, 1995, p. 48 ; *J.L.M.B.*, 1995, p. 563 ; *T. not.*, 1995, p. 283 et obs. BOUCKAERT.

<sup>226</sup> Voy. également : DELNOY, *Les successions légales. Chronique de jurisprudence 1988-1997, Les dossiers du J.T.*, n° 18, Larcier, Bruxelles, 1999, p. 104.

Ces créanciers devaient-ils se soumettre à la procédure égalitaire dès le décès ou seulement après la désignation du curateur ?

Pour décider comme elle l'a fait, la Cour de cassation a suivi le raisonnement proposé par son avocat général. Dans ses conclusions précédant l'arrêt, Madame Liekendaël s'attache à rechercher la portée d'une disposition fondamentale, l'article 809 du Code civil, relatif aux successions acceptées sous bénéfice d'inventaire mais rendu applicable aux successions vacantes par l'article 813 alinéa 2 du Code civil.

En vertu de cet article 809, les créanciers, inconnus à l'époque d'un premier paiement, qui se font connaître ultérieurement, ont certes un recours pendant un délai déterminé contre les légataires mais aucun contre les créanciers déjà payés. Ces créanciers seraient, selon Madame Liekendaël, hors concours, pour être arrivés « avant » le concours.

Nous ne pouvons partager ce point de vue, bien qu'il fût à la base de l'arrêt examiné.

La procédure de succession vacante permet d'assurer le lien entre le patrimoine du défunt et celui de l'Etat. Il n'y a pas de patrimoine flottant entre le décès de son titulaire (et la disparition de sa personne morale) et l'attribution des biens à l'Etat. L'Etat succède immédiatement au défunt. La procédure ne fait que révéler l'état du patrimoine à transmettre, intellectuellement fixé dès la mort. Les effets de la décision judiciaire désignant le curateur doivent donc être considérés comme impliquant, de manière déclarative, le concours. La circonstance que les créanciers non payés n'aient pas de recours à l'encontre des créanciers déjà payés n'est pas de nature à modifier cette conclusion. Le paiement reçu de bonne foi est libératoire. Demeure cependant la responsabilité éventuelle de l'héritier bénéficiaire, pour n'avoir pas formé d'opposition audit paiement. Une telle responsabilité n'est pas transposable au curateur, car sa désignation est, par hypothèse, postérieure au paiement à contester. Elle indique toutefois que la règle de l'égalité doit produire son effet dès le décès.

b. Dessaisissement - Désignation d'un gestionnaire de la liquidation - Saisie des actifs - Egalité des créanciers

272. L'article 813 du Code civil énonce que « Le curateur désigné par le tribunal de première instance est tenu de faire constater l'état de la succession par un inventaire. Il administre la succession. Les dispositions de la section 3 du présent chapitre relatives tant à la réalisation de l'actif qu'au paiement du passif par l'héritier bénéficiaire sont applicables à la présente section ».

En vertu de l'article 1228 du Code judiciaire, le curateur est désigné par le tribunal de première instance à la requête de tout intéressé ou sur la réquisition du Procureur du Roi.

S'il advenait que plusieurs curateurs soient nommés, le premier curateur désigné serait préféré de plein droit, sans préjudice de la validité des actes accomplis par l'autre curateur avant son dessaisissement (article 1229 du Code judiciaire).

Le curateur exerce et poursuit les droits qu'il trouve dans la masse<sup>227</sup> et a l'obligation, comme l'héritier bénéficiaire, de rendre compte aux créanciers de l'accomplissement régulier de ses obligations<sup>228</sup>.

En cas d'insuffisance d'actifs pour apurer les dettes du défunt, le produit de réalisation des biens successoraux est réparti au marc le franc entre les créanciers<sup>229</sup>.

273. Quant au second volet du dessaisissement, en raison de l'application du régime de l'acceptation d'une succession sous bénéfice d'inventaire à la succession vacante, l'on admet que le créancier chirographaire ou privilégié ne conserve pas de droit de poursuite individuelle si l'exercice de ce droit est de nature à entraver inutilement la mission du curateur<sup>230</sup>.

274. Par ailleurs, le conflit entre le créancier saisissant hypothécaire et le curateur est réglé conformément à l'article 1621 du Code judiciaire et le créance d'honoraires du curateur n'est préférée à celle du créancier hypothécaire que si les devoirs accomplis par le curateur ont bénéficié au créancier hypothécaire<sup>231</sup>.

Dans le même ordre d'idées, en cas de concours entre un créancier hypothécaire et le curateur sur une succession vacante, ce dernier ne dispose pas d'un privilège en ce qui concerne ses honoraires s'il s'avère que la vente de l'immeuble a été souhaitée par le créancier hypothécaire lui-même et que le curateur est demeuré passif<sup>232</sup>.

275. Enfin, la compensation légale par un débiteur d'une succession vacante de sa dette avec une créance contre cette succession est interdite après le décès, car il en résulterait pour lui un privilège. La vacance de la succession s'oppose dès lors à la compensation légale si elle ne s'est pas opérée antérieurement à l'ouverture de la succession<sup>233</sup>.

A cet égard, la Cour de cassation considère, à juste titre, que lorsque le juge constate sur la base d'une appréciation en fait des éléments de la cause, qu'il existe, dans le cadre d'une

---

<sup>227</sup> Cass., 19 février 1903, *Pas.*, 1903, I, 116.

<sup>228</sup> GRÉGOIRE, *Théorie générale du concours des créanciers en droit belge*, n° 579, p. 421 ; DE LEVAL, *Traité des saisies*, p. 258.

<sup>229</sup> T'KINT, *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, p. 60.

<sup>230</sup> GRÉGOIRE, *Théorie générale du concours des créanciers en droit belge*, n° 581, p. 421 ; DE LEVAL, *Traité des saisies*, p. 258 ; DE PAGE, t. IV, p. 1073, n° 1510.

<sup>231</sup> Cass., 10 octobre 1985, *Pas.*, I, p. 144 ; *R.W.*, 1985-1986, col. 2000.

<sup>232</sup> Civ. Bruxelles (sais.), 8 décembre 1986, *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1991, p. 350 et note ; *Rev. Not. b.*, 1987, p. 607 et note LEDOUX.

<sup>233</sup> Civ. Liège, 24 novembre 1970, *Jur. Liège*, 1970-71, p. 181.

succession vacante, un lien de connexité étroit entre une dette et une créance, la compensation peut être opérée entre celles-ci<sup>234</sup>.

c. Création d'une ligne de démarcation entre les dettes de la masse et les dettes dans la masse

276. En cas de succession vacante, comme dans toutes les hypothèses de concours, une distinction doit être opérée entre les dettes dans la masse et les dettes de la masse.

Ainsi, il a été décidé que le juge du fond peut uniquement fixer les dettes dans la masse sans pouvoir prononcer de condamnation au paiement, ceci contrairement aux dettes de la masse. A cet égard, il est considéré que les dégâts locatifs ne se situent qu'en fin de bail, après le décès du preneur et constituent une dette de la masse<sup>235</sup>.

277. Notons enfin que la loi ne fixe pas de règles pour la détermination des honoraires du curateur à succession vacante, en telle sorte que cette question relève du pouvoir souverain d'appréciation du juge<sup>236</sup>.

Dans ce contexte, le tribunal de première instance de Gand a écarté la référence aux barèmes du barreau et aux tarifs des curateurs de faillite pour tenir compte des prestations effectivement accomplies et du temps consacré à celles-ci plutôt que de la valeur de l'actif de la succession<sup>237</sup>.

## **CHAPITRE IV. LES DEROGATIONS POSITIVES A, OU LES VOIES D'EVITEMENT DE L'EGALITE DES CREANCIERS**

### **SECTION I. GENERALITES**

278. Comme l'indique l'article 8 de la loi hypothécaire, in fine, la règle de l'égalité reçoit exception lorsqu'il existe, "*entre les créanciers des causes légitimes de préférence*".

<sup>234</sup> Cass., 12 janvier 1996, *Pas.*, I, 1996, p. 27.

<sup>235</sup> MERELBEKE, 11 mars 2003, *T.G.R.*, 2003, liv. 5, p. 260.

<sup>236</sup> DELNOY, DELNOY, *Les successions légales. Chronique de jurisprudence 1988-1997, Les dossiers du J.T.*, n° 18, Larcier, Bruxelles, 1999, p. 104 p. 104.

<sup>237</sup> Civ. Gand, 19 décembre 1996, *T.G.R.*, 1997, p. 216 et note BERNAERT, « Begrotingscriteria voor de vergoeding van een curator over een onbeheerde nalatenschap » ; DELNOY, *Les successions légales. Chronique de jurisprudence 1988-1997, Les dossiers du J.T.*, n° 18, Larcier, Bruxelles, 1999, pp. 104-105.

La cause légitime de préférence permet au créancier qui en bénéficie d'être payé avant les créanciers démunis d'une telle protection (les créanciers chirographaires) sur le prix de réalisation des biens figurant dans le patrimoine du débiteur<sup>238</sup>.

Le créancier qui peut se prévaloir d'une cause légitime de préférence échappe donc à l'application de la règle de l'égalité, pour le paiement de la créance à laquelle cette cause est attachée.

279. L'article 9 de la loi hypothécaire désigne deux causes légitimes de préférence: les privilèges et les hypothèques<sup>239</sup>. En réalité, cette désignation est incomplète.

Parmi les causes légitimes de préférence, on trouve, certes, en une première catégorie, les privilèges (au sens strict), mais, dans une seconde catégorie, il faut ranger, à côté des hypothèques visées expressément par la loi, les sûretés réelles, en général<sup>240</sup>. Ces dernières comprennent en tous cas, outre les hypothèques, le gage en ses différentes variétés (civil, commercial, par endossement de factures, sur fonds de commerce, warrantage, etc.).

### **A. Le privilège – Notion**

280. Le privilège est -en principe- une cause de préférence que la loi attache à la qualité de la créance (article 13 de la loi hypothécaire).

Sa source est légale, et la préférence qu'il confère ne doit procéder que de la qualité de la créance telle que l'a reconnue le législateur lorsqu'il a instauré le privilège<sup>241</sup>.

Le privilège constitue une caractéristique de la créance qui en bénéficie, une intensification de son opposabilité aux tiers<sup>242</sup>, mais il ne possède pas d'existence distincte de celle du droit personnel réalisé, dont il n'est qu'une simple particularité<sup>243</sup>.

---

<sup>238</sup> T'KINT, *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, n° 152, p. 83.

<sup>239</sup> GRÉGOIRE, *Théorie générale du concours des créanciers en droit belge*, n° 136, p. 75.

<sup>240</sup> GRÉGOIRE, *Théorie générale du concours des créanciers en droit belge*, n° 136, p. 75.

<sup>241</sup> En d'autres termes, cette préférence n'est pas attachée à l'ancienneté ou à la date de la créance, aux diligences poursuivies par le créancier pour obtenir paiement ou au montant de la créance. Cependant, c'est bien le créancier, et non la créance, qui est protégé par le privilège. C'est le créancier qui bénéficie d'un tour de faveur pour le paiement de son dû, ou d'une préférence par rapport à un autre créancier. On le voit clairement en songeant au privilège attaché à la rémunération des travailleurs, aux privilèges des organismes de sécurité sociale, au privilège du vendeur, du bailleur, etc. Ce que la loi signifie, c'est que le privilège n'est pas accordé en fonction de la personne du créancier (âge, condition sociale, état de fortune, titre nobiliaire, ou autre caractéristique).

<sup>242</sup> GRÉGOIRE, *Théorie générale du concours des créanciers en droit belge*, n° 77, p. 48.

<sup>243</sup> GRÉGOIRE, *Théorie générale du concours des créanciers en droit belge*, n° 593, p. 432.



La cause de préférence que procure le privilège ne constitue, en réalité, qu'un tour de faveur, une priorité dans le paiement sur le prix de réalisation du bien grevé, au moment du concours.

Il ne confère pas de véritable droit réel<sup>244</sup> sur le bien désigné par la loi qui en forme l'assiette.

281. Les privilèges se caractérisent notamment, par l'assiette qu'ils grèvent.

Le privilège peut grever tout le patrimoine, mobilier et immobilier du débiteur. On parle alors de privilège général, tel le privilège des frais de justice.

282. Le privilège peut porter sur un ensemble de biens appartenant au débiteur: c'est le cas des privilèges dont l'assiette est formée par la totalité des meubles de ce dernier. On parle dans ce cas de privilège général sur meubles<sup>245</sup>, tels le privilège de la rémunération des travailleurs, ou le privilège du Trésor.

Ces privilèges généraux n'ont pas d'assiette définie: le tour de faveur qu'ils confèrent s'étend à une généralité de biens, et leur priorité se manifeste essentiellement par rapport aux créanciers chirographaires.

C'est précisément parce qu'aucun bien ne leur est spécialement affecté que l'on compare souvent la situation des créanciers titulaires d'un privilège général sur meubles à celle des créanciers chirographaires dont le "droit de gage" s'étend à l'ensemble du patrimoine du débiteur, selon le principe de la sujétion uniforme.

Pour cette raison, jurisprudence et doctrine tendent à assimiler de plus en plus fréquemment, dans les situations de concours, le sort des créanciers privilégiés généraux sur meubles à celui des créanciers chirographaires<sup>246</sup>.

283. Le privilège est spécial lorsqu'il a pour assiette un bien déterminé faisant partie du patrimoine du débiteur, spécialement affecté par la loi à la satisfaction du créancier titulaire, tel le privilège du vendeur de meuble sur la chose vendue, le privilège du conservateur sur la chose conservée ou le privilège du vendeur d'immeuble sur l'immeuble vendu.

---

<sup>244</sup> Ainsi, en principe, le privilège mobilier ne confère pas l'un des attributs essentiels du droit réel, le droit de suite. Des exceptions existent cependant en matière de privilège mobilier, dans le cas du privilège reconnu au bailleur d'immeuble, et de celui accordé au prêteur agricole. Les privilèges immobiliers, par leur nature, bénéficient évidemment du droit de suite.

<sup>245</sup> Pour désigner cette catégorie de privilèges, on utilise parfois les termes de "*privilège général*" (sur meubles étant sous-entendu). Il ne faut pas confondre cette désignation avec celle qui vise le véritable privilège général grevant tout le patrimoine.

<sup>246</sup> Pour plus de détail, voyez T'KINT, *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, n° 154, p. 84.

L'affectation spéciale qui caractérise cette catégorie de privilèges peut parfois avoir pour objet plusieurs biens meubles, ou un groupe de biens meubles qui, cependant, se distinguent de l'ensemble de la généralité des meubles du débiteur, de la manière que la loi indique (tels le privilège du bailleur d'immeuble grevant tous les meubles garnissant les lieux loués, le privilège du commissionnaire grevant toutes les marchandises en sa possession. De tels privilèges demeurent des privilèges spéciaux.

284. Le privilège ne produit aucun effet entre le créancier titulaire et le débiteur.

Sa mise en œuvre suppose le concours, la rencontre des prétentions contradictoires du bénéficiaire du privilège avec celles que des tiers exercent sur le ou les mêmes biens<sup>247</sup>. L'intensification de l'opposabilité aux tiers de la créance qu'il manifeste, ne se produit que lorsque cette créance a perdu son caractère relatif, de par la survenance d'un concours et en vertu de la participation du créancier à la poursuite (individuelle ou collective) sur les biens du débiteur<sup>248</sup>.

Comme tel, le privilège se distingue donc du "*droit réel de garantie*" (ou sûreté réelle), lequel engendre, pendant la durée de son existence, certains rapports juridiques entre le créancier et le débiteur (voir infra).

285. L'ensemble des considérations qui précèdent doivent être, cependant, par endroits, nuancées<sup>249</sup>.

Ainsi, par exemple, le privilège agricole instauré par la loi doit être néanmoins stipulé par les parties dans un acte (loi du 15 avril 1884, article 4).

Le privilège du bailleur d'immeuble quant à lui produit certains effets entre parties, en dehors de tout concours (saisie-gagerie et saisie-revendication) et est en outre doté (comme le privilège agricole d'ailleurs) d'un droit de suite, l'une des caractéristiques du droit réel, étrangère aux privilèges, en principe, et attachée, en règle, aux sûretés réelles.

Certains privilèges possèdent des points communs avec la sûreté réelle du créancier titulaire d'un gage, dans la mesure où la chose grevée doit être et demeurer directement ou indirectement en possession du créancier pour que le privilège soit reconnu et exercé (les privilèges du bailleur d'immeuble, du commissionnaire et de son bailleur de fonds, de

---

<sup>247</sup> GRÉGOIRE, *Théorie générale du concours des créanciers en droit belge*, n° 46, p. 30.

<sup>248</sup> GRÉGOIRE, *Théorie générale du concours des créanciers en droit belge*, n° 77, p. 48; n° 137, p. 75.

<sup>249</sup> Comme l'écrit De Page, « s'il est dans notre droit une matière dans laquelle il faille renoncer à tout essai de synthétisation logique et rationnelle, c'est bien celle du privilège (...). La notion de privilège était, en droit romain, une notion claire et précise; elle est devenue actuellement une notion disparate, obscure, et définitivement impénétrable » (VI, éd. 1942, n° 765, p. 710).

l'hôtelier, du transporteur). Dans cette mesure on rattache parfois le fondement de ces privilèges à la notion de "gage tacite", mais il s'agit surtout d'une métaphore<sup>250</sup>.

De cette parenté de certains privilèges avec la notion de sûreté réelle (cas du bailleur d'immeuble, du commissionnaire et de son bailleur de fonds, du prêteur agricole) découle aussi le fait que de tels privilèges engendrent des effets se manifestant pendant la durée de la créance et avant la survenance du concours. Il s'agit d'effets grevés<sup>251</sup>, afin qu'à l'échéance de la créance garantie, ceux-ci se retrouvent et puissent servir effectivement au paiement préférentiel. Ainsi en va-t-il, par exemple de la possibilité pour le bailleur d'immeuble d'agir en saisie-gagerie ou saisie-revendication pour prévenir ou pallier un déplacement des meubles hors des lieux loués.

Les privilèges rappelant la technique du gage se distinguent de ceux qui, comme il est de règle pour les privilèges, s'exercent sur un ou des biens du débiteur à condition que ce ou ces biens soient et demeurent dans le patrimoine du débiteur.

286. Enfin, on notera les similitudes existant entre les privilèges immobiliers, surtout spéciaux, et l'hypothèque (sûreté réelle), en particulier l'hypothèque légale (hypothèque légale de certains incapables, du Trésor, de la masse)<sup>252</sup>.

Si la loi -et non la convention des parties, comme c'est le cas pour la sûreté hypothécaire- définit la créance garantie par le privilège immobilier (le prix de vente, la charge de la donation, etc.), ce dernier, à l'instar de l'hypothèque confère à son titulaire le véritable attribut du droit réel que constitue le droit de suite.

La similitude est plus frappante encore lorsque l'on songe à l'hypothèque légale, qui, à l'instar cette fois du privilège immobilier, est attachée à une créance que seule la loi désigne.

## **B. La sûreté réelle – Notion**

287. La sûreté réelle au sens propre, découle de l'affectation spéciale par le débiteur au profit du créancier titulaire, de l'un ou l'autre de ses biens, trouvés au sein de son patrimoine, à la satisfaction de la créance du créancier qui en bénéficie<sup>253</sup>.

---

<sup>250</sup> Pour une critique de cette notion, voyez GRÉGOIRE, *Théorie générale du concours des créanciers en droit belge*, n° 101, p. 57.

<sup>251</sup> GRÉGOIRE, *Théorie générale du concours des créanciers en droit belge*, n° 593, p. 432.

<sup>252</sup> GRÉGOIRE, *Théorie générale du concours des créanciers en droit belge*, n° 76 et 77, p. 47 et 48, et n° 137 et 138, p. 75 et 76; DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. VI, n° 765, p. 710.

<sup>253</sup> DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. VI, n° 757, p. 676; Voyez pour une tentative de définition de la notion de sûreté en général (réelle et personnelle), STRANART, « Rapport de synthèse, Les sûretés » Colloque ULB, Feduci, 1984, p. 566.

Cette affectation spéciale fait naître un droit propre au profit du créancier, un "*droit réel de garantie*"<sup>254</sup>. C'est ce "*droit réel de garantie*" qui sert de protection au droit de préférence sur le prix que le créancier titulaire revendiquera lors du concours sur le patrimoine du débiteur<sup>255</sup>.

288. Parce qu'il faut que le débiteur et le créancier s'accordent sur l'affectation visée ci-dessus (quel bien formera l'assiette de la sûreté? quelle créance sera garantie?), les sûretés réelles proprement dites nécessitent un échange des consentements: la convention de gage, la convention d'hypothèque et, plus généralement, l'acte constitutif de la sûreté.

En revanche, la créance garantie n'est pas désignée par la loi: toute créance peut être, en principe, assortie d'une sûreté réelle, sous réserve de l'ordre public et des bonnes mœurs, ou de certaines réglementations particulières, telles celles gouvernant l'endossement de factures, le gage sur fonds de commerce, le crédit hypothécaire régi par la loi du 4 août 1992.

289. La convention constitutive de sûreté réelle, cependant, doit être conclue dans le respect des conditions de fond et de forme, prescrites par la loi pour son existence et sa validité. Ainsi, un acte notarié est exigé pour la convention d'hypothèque, la qualité de propriétaire de la chose nantie doit exister, en principe, dans le chef du constituant d'un gage.

De même, nonobstant la subsistance d'une sphère laissée à l'autonomie de la volonté, c'est la loi qui régit les principaux effets de la convention des parties, singulièrement en ce que ces effets concernent les tiers.

290. La convention de sûreté réelle (à tout le moins traditionnelle) engendre un véritable droit réel, opposable à tous et muni d'un droit de suite, parfois limité. Le droit de suite du créancier gagiste ordinaire est, en effet, limité aux cas visés par l'article 2279, alinéa 2 du Code civil. Il ne s'agit cependant que d'un droit réel accessoire à la créance garantie, qui suit dès lors le sort de cette dernière, notamment, en en référant l'extinction.

Parce que ce droit réel procède d'un échange des consentements (en principe immatériel et clandestin), son opposabilité à tous est soumise à l'accomplissement de la publicité que la loi indique l'inscription de l'hypothèque ou du gage sur le fonds de commerce au registre de la conservation des hypothèques, l'établissement d'un écrit enregistré et en tous cas remise de la chose en ce qui concerne le gage civil ordinaire, la notification du fait de la mise en gage au débiteur de la créance nantie pour le gage sur créance, etc.).

---

<sup>254</sup> Grégoire, *Théorie générale du concours des créanciers en droit belge*, n° 136 et 137 pp. 74 et 75.

<sup>255</sup> On le constate aussi pour le créancier gagiste dont le droit de préférence sur le prix est protégé par le droit réel de possession qu'il exerce sur le bien vis-à-vis des tiers, ou pour l'hypothèque dont le droit de suite, opposable aux tiers, constitue un moyen destiné à assurer au créancier sa préférence sur le prix.

291. Enfin, toujours en raison du fait qu'une convention se trouve à l'origine de la sûreté réelle, et, en outre, parce que cette convention engendre immédiatement le droit réel voulu, la sûreté réelle (à la différence du privilège qui ne se manifeste, sauf exception<sup>256</sup>, que lors du concours), produit des effets dès la conclusion de la convention, et pendant toute la durée de celle-ci, bien avant le concours, tant entre les parties qu'à l'égard des tiers (obligation de garde et de conservation du gagiste, interdiction générale faite au débiteur de diminuer la sûreté, surtout applicable en cas de sûreté sans dépossession, telles que gage sur fonds de commerce et hypothèque, droit de rétention du gagiste envers le débiteur et opposabilité à tous de son droit réel de possession, etc.).

En réalité, le droit réel de garantie, que confère la sûreté réelle pendant la durée de celle-ci, sert lui-même de garantie à l'exercice du droit de préférence sur le prix (but ultime du créancier) que la sûreté réelle manifeste, à l'instar à cet égard du privilège, au moment du concours.

292. Les sûretés réelles se distinguent également par l'objet auquel elles s'appliquent.

Grevant un meuble, elles sont dites mobilières. Il s'agit des différentes formes de gages.

Grevant un immeuble, elles sont dites immobilières. Il s'agit des différentes formes d'hypothèques.

On observera cependant que le gage sur fonds de commerce s'étend aux meubles immobilisés, à l'instar des hypothèques.

293. Le gage exige, en principe, pour sa validité et son opposabilité aux tiers, la dépossession du débiteur et la remise de la chose au créancier gagiste.

L'hypothèque, en revanche, se constitue valablement sur un immeuble dont l'affectant conserve la possession, et est rendue opposable par la formalité de l'inscription.

294. Il existe un grand nombre de modalités du gage, dont l'une rapproche cette sûreté de l'hypothèque. Tel est le cas du gage sur le fonds de commerce caractérisé par l'absence de dépossession du débiteur, ce qui entraîne d'ailleurs la nécessité de la formalité de l'inscription, en vue d'assurer l'opposabilité de la sûreté aux tiers. Le gage sur le fonds de commerce s'étend d'ailleurs, comme l'hypothèque, aux meubles immobilisés.

295. L'hypothèque obéit quant à elle de manière plus générale aux règles déposées dans la loi hypothécaire.

---

<sup>256</sup> Voyez le privilège du bailleur, GRÉGOIRE, *Théorie générale du concours des créanciers en droit belge*, n° 138, p. 75.

Il existe toutefois des réglementations particulières touchant soit certaines hypothèques légales telle l'hypothèque du Trésor, soit certains types de prêts ou de crédits assortis d'une hypothèque, régis par l'arrêté royal n° 125 du 7 janvier 1936 ou la loi du 4 août 1992 relative au crédit hypothécaire. Cette dernière réglementation tend à la protection de l'emprunteur, personne physique agissant exclusivement dans un but pouvant être considéré comme étranger à son activité commerciale, professionnelle ou artisanale et qui est demandeur de prêt ou de crédit, le plus souvent destiné à la construction ou à l'acquisition d'un logement.

### C. Les mécanismes préférentiels – Notion

297. Les mécanismes préférentiels peuvent être classés en deux catégories :

- ceux qui reposent sur l'utilisation du droit de propriété à des fins de garantie, et
- ceux qui sont fondés sur l'effet externe des contrats.

298. Il est fréquent cependant que telle institution ou telle situation participe des deux catégories. Ain, en va-t-il du versement d'une somme d'argent en garantie, qui procède tant de la règle de l'effet externe des contrats que du transfert de propriété; il en va de même pour la fiducie-sûreté.

### D. La « caution réelle »

299. La sûreté réelle peut être consentie pour garantir la dette d'autrui<sup>257</sup>. Dans ce cas, le tiers constituant affecte, en vertu d'une convention conclue avec le créancier, un bien figurant dans son propre patrimoine, en garantie du paiement de la dette d'autrui<sup>258</sup>.

Le tiers constituant n'est pas obligé personnellement. Il n'est pas débiteur de la dette à titre personnel. Par conséquent, en grevant son bien de la sûreté réelle pour la dette d'autrui, il n'engage pas l'ensemble de son patrimoine.

Le tiers constituant doit cependant subir le poids de cette dette, sur le bien affecté. En garantissant, moyennant cette affectation, la dette d'autrui, il est tenu de subir, à défaut de paiement par le débiteur, la réalisation en vente forcée du bien grevé, au profit du créancier bénéficiaire.

---

<sup>257</sup> Voyez T'KINT, *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, n° 14, p. 18 et n° 718, p. 361; DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. VI, n° 725, 2°, p. 625.

<sup>258</sup> Le tiers constituant agit ainsi le plus souvent en raison des relations économiques ou autres qu'il entretient avec le débiteur (le père pour la dette du fils, la société mère pour la dette de la filiale, l'actionnaire et/ou l'administrateur délégué pour la dette de la société, etc.).

Il supporte donc la dette *propter rem*<sup>259</sup>. Il supporte celle-ci en totalité, mais sur le bien grevé exclusivement et à concurrence seulement de la valeur de ce dernier. Son risque se limite donc à la perte du bien grevé<sup>260</sup>.

Ainsi, le constituant d'une sûreté réelle sur son bien, pour la dette d'autrui, peut toujours se libérer en exerçant la faculté de "*délaissement*" ou d'abandon de la chose<sup>261</sup>. Cependant, si le constituant tenu "*propter rem*" veut libérer le bien grevé, pour le sauver de l'exécution forcée qu'il devrait subir, et conserver le bien dans son patrimoine, il doit acquitter la dette d'autrui en sa totalité, même si le montant de cette dette excède la valeur du bien grevé<sup>262</sup>.

300. La constitution d'une sûreté réelle sur un bien personnel du constituant, pour garantir la dette d'autrui, malgré son appellation de "*caution réelle*", n'en constitue pas moins une sûreté réelle, et doit dès lors obéir aux principes régissant ces dernières (assiette de la sûreté, publicité, etc.).

Toutefois, comme il s'agit d'une sûreté trouvée en dehors du patrimoine du débiteur, la règle de l'égalité régnant pour la distribution du prix de ce patrimoine, et son corollaire, le respect de causes légitimes de préférence avec leurs rangs respectifs, ne s'applique pas à l'occasion de la vente forcée du bien du tiers. Il n'y a pas de concours entre le créancier, bénéficiaire de la "*caution réelle*" et les autres créanciers du débiteur, sur le bien affecté par le tiers<sup>263</sup>.

## E. Les garanties personnelles

301. La garantie personnelle peut se définir comme l'institution juridique qui a pour but et/ou pour effet de fournir à un créancier la garantie du paiement d'une créance, dans le patrimoine d'un tiers, qui s'engage à payer la dette du débiteur, à titre principal ou subsidiaire, selon les cas, ou qui s'engage à exécuter une dette propre dont le paiement éteindra celle du débiteur, en tout ou en partie, sans contribution à cette dette<sup>264</sup>.

---

<sup>259</sup> On peut être tenu "*propter rem*" en raison de tout droit réel grevant une chose (servitude, usufruit). Le propriétaire de la chose grevée est tenu d'assurer le service du droit réel grevant celle-ci ; DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, VI, éd. 1942, n° 725, p. 626; T'KINT, *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, n° 15, p. 19.

<sup>260</sup> T'KINT, *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, n° 14, p. 18; DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. VI, n° 725, p. 626.

<sup>261</sup> Voyez notamment pour le tiers détenteur d'un immeuble hypothéqué, l'article 100 de la loi hypothécaire; DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. VI, n° 725, p. 626.

<sup>262</sup> T'KINT, *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, n° 15, p. 19 et les références; *ibidem*, n° 718, p. 361.

<sup>263</sup> Il peut évidemment se produire un concours entre ce créancier et d'autres créanciers du tiers constituant possédant, sur le bien grevé, des droits réels ou des droits personnels "*mis en œuvre*".

<sup>264</sup> STRANART, *Les sûretés*, Story-Scientia, (texte 1988), éd. 1992, n° 61, p. 87.

302. Les principales garanties personnelles traditionnelles sont la caution simple et la caution solidaire, la solidarité pour ce qui excède la part contributoire du garant solidaire, l'aval, l'assurance-crédit et le ducroire.

L'évolution des sûretés personnelles est marquée également par la recherche de mécanismes nouveaux et plus efficaces, pour les mêmes motifs que ceux qui ont abouti à l'efflorescence des sûretés réelles issues de la pratique. C'est ainsi qu'à côté des sûretés personnelles traditionnelles, la pratique use de mécanismes existants (crédit documentaire) mais avec une fréquence renouvelée, ou crée de nouvelles garanties personnelles (garanties à première demande, cartes de banque et de crédit, lettre de patronage)<sup>265</sup>.

303. La caractéristique essentielle de la garantie personnelle réside dans le fait que la garantie est trouvée dans le patrimoine d'un tiers, qui s'engage, à des degrés divers et selon des modalités variables, à payer la dette du débiteur, en recourant à son propre patrimoine, et à l'ensemble de celui-ci<sup>266</sup>. Le créancier dispose ainsi d'un recours sur un second patrimoine, et, en quelque sorte, d'un second débiteur, adjoints au débiteur principal, dans des conditions variant selon le mécanisme employé<sup>267</sup>.

Par conséquent, la mise en œuvre d'une garantie personnelle n'est pas limitée par le principe d'égalité, ni ses corollaires, parmi lesquels le caractère légal des causes légitimes de préférence. Elle bénéficie ainsi largement du principe d'autonomie de la volonté et manifeste de ce fait une souplesse plus grande, la rendant plus attrayante que la sûreté réelle pour le créancier<sup>268</sup>.

## F. Les dettes de la masse

### § I. Introduction

304. Par son arrêt du 30 mai 1968<sup>269</sup>, la Cour de cassation consacre la notion de dette de la masse dans une situation de concurs, en adoptant, à cette époque, un critère particulièrement extensif.

305. La jurisprudence de la Cour suprême connut ensuite de notables évolutions.

---

<sup>265</sup> STRANART, *Les sûretés*, Story-Scientia, (texte 1988), éd. 1992, n° 61, p. 88.

<sup>266</sup> Et non "propter rem" seulement.

<sup>267</sup> Voyez DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. VI, n° 760, p. 704; T'KINT, *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, n° 155, p. 85 et n° 708, p. 353; STRANART, « Rapport de synthèse. Les sûretés », Colloque de Bruxelles, *Feduci*, 1984, p. 554 et suivantes; GRÉGOIRE, *Théorie générale du concours des créanciers en droit belge*, n° 209, p. 133.

<sup>268</sup> Son efficacité pratique est cependant limitée par la solvabilité du tiers.

<sup>269</sup> *Pas.*, 1968, I, n° 26.



## § 2. L'application du critère chronologique

306. Les faits ayant donné lieu à l'arrêt de la Cour de cassation précité du 30 mai 1968 sont les suivants.

La contestation opposait un charbonnage en liquidation à plusieurs ingénieurs qui avaient fait partie de son personnel. Ces travailleurs avaient été employés de longue date au service de la société (certains durant plus de 20 ans) avant la mise en liquidation. En outre, ils avaient été maintenus en fonction plusieurs mois après la mise en liquidation, par les liquidateurs eux-mêmes.

Ces derniers avaient ensuite notifié à ces travailleurs la rupture de leurs contrats postérieurement à la mise en liquidation.

Les travailleurs avaient assigné les liquidateurs en paiement d'indemnités compensatoires de préavis.

Or, le montant de l'indemnité compensatoire de préavis en matière sociale dépend, notamment, de la durée de l'emploi au service de l'entreprise.

Dans le cas des travailleurs en litige, la durée de service au sein de la société trouvait sa source dans un contrat évidemment conclu avant la mise en liquidation, et provenait pour la majeure partie d'entre eux d'un grand nombre d'années passées au service de la société avant la liquidation.

Les travailleurs plaidaient ainsi que la totalité de leur indemnité compensatoire de préavis devait être considérée comme une dette de la masse, et donc payée par préférence.

La Cour d'appel de Bruxelles<sup>270</sup> avait considéré que seule la partie de l'indemnité compensatoire de préavis correspondant aux prestations effectuées après la mise en liquidation pouvait être reconnue comme une "*dette de la masse*" parce que seule cette partie de l'indemnité pouvait être rattachée aux besoins de la liquidation. La partie afférente à des prestations antérieures devait, selon la Cour d'appel, être considérée comme une dette dans la masse.

Les travailleurs ont introduit un pourvoi contre cette décision, qui a donné lieu à l'arrêt commenté.

307. La Cour de cassation y rappelle qu'en droit social le droit au paiement d'une indemnité complémentaire en cas de préavis insuffisant naît au jour de la notification du préavis.

---

<sup>270</sup> Bruxelles, 6 octobre 1966, R.P.S., 1967, 231.

Elle a cassé l'arrêt attaqué, en constatant que les droits des travailleurs étaient nés après la mise en liquidation de la société, et que les créances d'indemnités étaient, dès lors, pour le tout, des créances de la masse, étant sans pertinence la circonstance que l'indemnité de préavis dût se calculer en fonction de l'ancienneté dans l'entreprise acquise avant la mise en liquidation.

308. La doctrine a interprété cet arrêt comme posant un pur critère chronologique pour la définition de la dette de la masse : toute créance née avant le concours serait ainsi une créance dans la masse ; toute créance née après le concours serait de la sorte une créance de la masse.

Elle a mis l'accent sur le fait que la Cour de cassation avait en effet cassé un arrêt décidant qu'il fallait tenir compte des besoins de la liquidation pour définir la dette de la masse, et que, par conséquent, pour la Cour Suprême, les besoins de la liquidation ne constituaient pas un critère auquel il fallait recourir pour définir cette dette payée par préférence.

Pendant longtemps, cette jurisprudence n'a pas soulevé beaucoup de problèmes ni de franchises critiques.

La doctrine semblait estimer que le critère était simple et facile à appliquer.

309. La survenance de la crise, et la multiplication des faillites et des liquidations ont modifié cette manière de voir, d'autant que la finalité des procédures de liquidation collective s'est en même temps altérée.

De plus en plus en effet s'est substituée à la notion de liquidation au profit des créanciers chirographaire, l'idée de la nécessité d'une poursuite d'activités au bénéfice du maintien de l'emploi.

Ces circonstances ont provoqué une multiplication des dettes de la masse, par les poursuites ou le maintien des contrats en cours par le curateur ou les liquidateurs, créant un problème nouveau. La charge des dettes de la masse devint en effet tellement lourde qu'elle finit par absorber l'actif de la masse, en particulier par le fait des indemnités de licenciement de travailleurs maintenus en activité pour tenter le sauvetage de l'entreprise par le curateur ou le liquidateur.

Des critiques de plus en plus nombreuses s'élevèrent donc à l'encontre de l'enseignement de l'arrêt de la Cour de cassation du 30 mai 1968, et de l'application du pur critère chronologique.

### § 3. Les critiques à l'encontre du critère chronologique

310. Dans leur examen de jurisprudence, consacré aux sociétés commerciales, Van Ryn et Van Ommeslaghe ont estimé que l'arrêt de la Cour de cassation du 30 mai 1968 conduit à "une conséquence pratique peu satisfaisante", à savoir la nécessité pour une société dont la liquidation est envisagée, et qui veut éviter de grever la masse de dettes d'indemnités trop lourdes, de résilier d'office tous les contrats d'emploi avant la dissolution<sup>271</sup>.

Commentant l'arrêt du 30 mai 1968, T'Kint, quant à lui, estimait également que la solution dégagée était aisée mais non sans danger<sup>272</sup>.

Verougstraete écrivit "qu'il faut se garder d'extrapoler de façon automatique cet arrêt à la matière de faillite, et ce d'autant plus qu'il est relativement obscur"<sup>273</sup>.

Moreau-Margrève déplora que "pareil régime de faveur explique naturellement que croît le nombre des créanciers qui désirent en bénéficier, d'autant que tend à se prolonger aujourd'hui, pour des motifs bien connus, la période liquidative. La ligne de démarcation entre la catégorie des créanciers dans la masse et celle des créanciers de la masse fait l'objet de discussions passionnées, que les interventions de la Cour de cassation en ce domaine ne parviennent guère à calmer".

Ayant poursuivi ses réflexions sur la question, T'Kint proposa ultérieurement, de manière tout à fait claire, d'exclure les indemnités des dettes de la masse<sup>274</sup>.

Une discordance se manifesta de plus en plus fréquemment entre l'enseignement de l'arrêt de la Cour de cassation du 30 mai 1968, et des décisions contraires de juridictions de fond, de plus en plus nombreuses<sup>275</sup>.

#### § 4. Le retour à une conception plus rigoureuse de la notion de dette de masse

<sup>271</sup> R.C.J.B., 1973, n° 81, p. 552 et suivantes.

<sup>272</sup> « Le concours des créanciers d'une société en liquidation », R.P.S., 1977, p. 181.

<sup>273</sup> Manuel du curateur de la faillite, n° 193, p. 102.

<sup>274</sup> « Evolution du droit des sûretés » in *Les créanciers et le droit de la faillite*, CDVA, Liège, 1982, Bruylant, 1983, p. 219; « Poursuites d'activités et cessions d'entreprises » Recyclage du Jeune Barreau de 1981, in *L'entreprise en difficulté*, J.B., 1981, p. 131; Voyez également COPPENS et T'KINT, « Examen de jurisprudence », *op. cit.*, R.C.J.B., 1984, p. 556 et n° 106, p. 557 et suivantes; ZENNER, « Dettes dites "de masse" et contrats en cours au moment de la faillite », *J.T.*, 1982, p. 85; ZENNER, « Nouveaux propos sur les contrats en cours et les dettes de masse », R.C.J.B., 1983, p. 621; ZENNER, « Des frais et dépens de l'administration de la faillite, aux "dettes de masse" », in *Les créanciers et le droit de la faillite*, C.D.V.A., Liège, 1982, Bruylant, 1983, p. 686.

<sup>275</sup> Voyez, Juge des saisies de Bruxelles, 28 juillet 1978, *J.T.*, 1980, p. 263; Com. Liège, 1<sup>er</sup> juin 1982, R.C.D.B., 1983 p. 294 (cas des dépens exposés par le curateur); Com. Bruxelles, 18 octobre 1982, J.C.B., 1983, p. 322; Cas d'un prêt, Com. Courtrai, 27 février 1969, R.P.S., 1971, p. 122; Com. Bruxelles, 19 août 1974, J.C.B., 1977, p. 102; Tribunal de Verviers, J.C.B., 1976, p. 70; Tribunal de Namur, *Revue régionale de droit* 1980, p. 136; Tribunal de Liège, 7 juin 1983, R.D.C.B., 1983, p. 661; Cour d'appel de Liège, 22 mai 1987, J.L.M.B., 1987, p. 1363; Juge des saisies de Liège, 28 mars 1984, *J.T.*, 1984, p. 366.

311. Dans l'espèce ayant donné lieu à l'arrêt de la Cour de cassation du 20 juin 1995, la dette litigieuse était un précompte immobilier devenu exigible après la déclaration de faillite.

Le juge du fond avait considéré cette dette fiscale comme une dette du failli et avait refusé d'y voir une dette de la masse, parce qu'elle ne provenait pas de l'administration de la faillite et qu'elle n'était pas faite dans l'intérêt de la masse.

La Cour a cassé cette décision en constatant que la dette de la masse naît "*lorsque dans l'intérêt de la masse, et nécessairement du failli, le curateur poursuit l'activité commerciale du failli, exécute les conventions que celui-ci a conclues ou encore utilise les meubles ou immeubles du failli aux fins d'assurer l'administration, et supporter les charges qui lui incombent, ainsi qu'au failli (...)*".

La Cour casse donc la décision attaquée parce que la dette était une dette liée à l'administration convenable de la faillite.

312. L'intérêt de cet arrêt gît dans l'observation que la Cour de cassation aurait pu casser l'arrêt attaqué en constatant simplement que le précompte était une dette née après la faillite et qu'en vertu du critère chronologique, ce précompte aurait pu être considéré comme une dette de la masse.

Or, pour la Cour Suprême donc, la dette de la masse est celle qui naît de l'exécution de conventions procédant de la nécessité d'assurer l'administration du patrimoine à liquider, dans l'intérêt de la masse, sans référence unique et automatique à la date de naissance de la dette.

Cet arrêt, suivi par les juridictions de fond<sup>276</sup>, a été salué comme faisant abandon du critère de la date de naissance de la dette pour procéder à la qualification de la dette de la masse<sup>277</sup>.

#### § 5. La confirmation du critère téléologique

313. Trois arrêts fondamentaux de la Cour de cassation ont été rendus le 16 juin 1988<sup>278</sup>.

314. Les faits ayant donné lieu au premier d'entre eux sont les suivants :

---

<sup>276</sup> Comm. Courtrai, 27 février 1969, *R.P.S.*, 1971, p. 122; Com. Bruxelles, 19 août 1974, *J.C.B.*, 1977, p. 102; Juge des saisies de Bruxelles, 28 juillet 1978, *J.T.*, 1980, p. 264; Com. Bruxelles, 18 octobre 1982, *J.C.B.*, 1983, p. 322; Bruxelles, 9 avril 1985, *J.T.*, 1986, p. 352; Com. Liège, 7 juin 1983, *R.C.D.B.*, 1983, p. 661; Juge des saisies Liège, 28 mars 1984, *J.T.*, 1984, p. 366.

<sup>277</sup> COPPENS et T'KINT, « Examen de jurisprudence – Faillites et concordats », *R.C.J.B.*, 1984, p. 559, n° 106; Comm. Liège, 7 juin 1983, *R.C.D.B.*, 1983, p. 661; Juge des saisies Liège, 28 mars 1984, *J.T.*, 1984, p. 366.

<sup>278</sup> Cass., 16 juin 1988, *Pas.*, 1988, I, 1250; *R.C.J.B.*, 1990, p. 15, note VEROUGSTRATE « Dettes de la masse, privilèges et monnaie de faillite ».

Une ASBL s'était est mise en liquidation le 10 août 1982. Les liquidateurs manifestèrent immédiatement la volonté de rompre le contrat de travail d'une infirmière, et lui notifièrent un préavis dès le 11 août 1982. Ils la réengagèrent toutefois par contrats successifs (à durée déterminée) jusqu'au 21 septembre 1982. Il n'existait pas de litige sur le montant en principal de l'indemnité compensatoire de préavis, mais un litige survint à propos des intérêts de cette indemnité et des intérêts dus sur le pécule de départ.

Selon la thèse de l'infirmière, admise par l'arrêt de la Cour du travail de Bruxelles du 3 février 1987, puisque le contrat avait été rompu après la mise en liquidation, elle avait droit aux intérêts sur l'indemnité de préavis et sur le pécule de vacances, car il s'agissait, quant aux créances principales, de dettes de la masse non soumises au principe de la suspension du cours des intérêts.

Selon les liquidateurs, la créance d'indemnité de préavis, et la créance de pécule de vacances, n'étaient pas des dettes de la masse, parce que les liquidateurs avaient manifesté dès la mise en liquidation leur volonté de ne pas poursuivre l'exécution du contrat.

315. L'arrêt de la Cour d'appel précité fut cassé, notamment pour violation de l'article 8 de la loi hypothécaire et pour autant que de besoin, par analogie, pour violation de l'article 561 de la loi sur les faillites, et de l'article 184 des lois coordonnées sur les sociétés commerciales (tous deux applicables à l'époque).

La Cour de cassation énonce que les articles 8 et 9 de la loi hypothécaire, 184 des lois coordonnées sur les sociétés commerciales, 451 et 561 de la loi sur les faillites consacrent le principe de l'égalité des créanciers. Elle constate que l'article 561 précité dispose que l'actif sera réparti comme il l'indique, distraction faite notamment des frais et dépenses de l'administration de la faillite.

Par application de ces dispositions légales, poursuit la Cour Suprême, une dette ne peut être mise à charge de la masse que lorsque le curateur ou le liquidateur a contracté qualitate qua des engagements en vue de l'administration de ladite masse, notamment en poursuivant l'activité commerciale de la société, en exécutant les conventions que celle-ci a conclues ou encore en utilisant les meubles ou les immeubles de la société, aux fins d'assurer l'administration convenable de la liquidation. Ce n'est que dans pareilles circonstances que la masse doit corrélativement assumer les obligations résultant de cette administration et supporter les charges qui lui incombent.

L'arrêt termine en constatant que ni la dette relative à l'indemnité compensatoire de préavis, ni celle relative au pécule de vacances ne résultent de la continuation par les liquidateurs, en vue de l'administration de la masse, de l'activité de l'association en liquidation ou du contrat de travail liant l'ASBL Cavell et l'infirmière en litige mais, au contraire, du refus des liquidateurs, dès leur nomination, de continuer ce contrat.

316. On trouve la reproduction de ce même motif, et cette même définition de la dette de la masse, dans un deuxième arrêt de la Cour de cassation du 16 juin 1988<sup>279</sup>.

Dans cette espèce, l'arrêt attaqué avait décidé qu'un précompte immobilier dû pour une période postérieure à la faillite était une dette dans la masse et non une dette de la masse, au motif implicite que le précompte immobilier n'était pas une dette résultant de l'activité commerciale du failli, exceptionnellement poursuivie dans l'intérêt de la masse, ni même une dette liée à un profit retiré par la masse de la gestion par le curateur de tel ou tel bien.

317. La Cour de cassation a cassé cette décision pour les motifs suivants:

*"Attendu que l'arrêt relève qu'il n'est cependant pas contesté que les immeubles (essentiellement des terrains) appartenant à la (société faillie) n'ont pas été utilisés au profit de la masse et les curateurs n'ont perçu aucun revenu (loyer) de ceux-ci; Attendu que les articles 8 et 9 de la loi hypothécaire, 184 des lois coordonnées sur les sociétés commerciales, 451 et 561 de la loi sur les faillites consacrent le principe de l'égalité des créanciers; que l'article 561 précité dispose que l'actif sera réparti comme il l'indique, distraction faite notamment des frais et des dépenses de l'administration de la faillite; que, par application de ces dispositions légales, une dette ne peut être mise à charge de la masse que lorsque le curateur a contracté qualitate qua des engagements en vue de l'administration de ladite masse, notamment en poursuivant l'activité commerciale de la société, en exécutant les conventions que celle-ci a conclues ou encore en utilisant les meubles ou les immeubles de la société, aux fins d'assurer l'administration convenable de la faillite; que ce n'est que dans pareilles circonstances que la masse doit corrélativement assumer les obligations résultant de cette administration et supporter les charges qui lui incombent; (...) qu'en l'espèce, l'arrêt constate de manière implicite mais certaine que les curateurs n'ont pris aucune initiative concernant les immeubles visés; que cette constatation est cependant dépourvue de pertinence, dès lors que, en vertu des articles 7, paragraphe 1er et 155 du Code des impôts sur les revenus, l'impôt annuel sur les revenus des propriétés foncières est une dette inhérente à la jouissance de ces biens, fussent-ils ou non donnés en location; qu'en décidant ainsi qu'il l'a fait, l'arrêt viole des dispositions légales visées au moyen".*

Certes, dans cette espèce, la Cour a cassé la décision qui avait refusé de considérer le précompte immobilier comme une dette de la masse, alors même qu'il était constaté dans l'arrêt attaqué que les curateurs n'avaient tiré aucun revenu de l'immeuble du failli et n'avaient pas utilisé celui-ci.

La Cour Suprême relève que ces constatations sont, dans le cas d'une dette de précompte immobilier, sans pertinence, pour une raison propre au droit fiscal et en vertu d'une

---

<sup>279</sup> *Pas.*, 1988, I, p. 1250 ; *R.C.J.B.*, p. 15 ; affaire Albert/ Me Meersch et Me Cavenaile, rendu en matière de liquidation de société commerciale ; DUMON, « Dette de la masse et dette dans la masse », *J.T.*, 1988, p. 629 ; CAEYMAEX, « La qualification de dette de la masse ou dans la masse », *J.L.M.B.*, 1988, p. 1096 ; MAES, « Nieuwe rechtspraak van het Hof van cassatie over het begrip "schuld van de boedel" », *R.D.C.B.*, 1988, p. 742 ; Conclusions de Madame le Procureur général, alors Avocat général LIEKENDAEL, précédant les arrêts du 16 juin 1988, à la Pas. 1988.

disposition spécifique du Code des impôts sur les revenus. En vertu de l'article 7 du Code des impôts sur les revenus, le propriétaire ou le possesseur d'un bien immeuble est réputé en retirer une jouissance personnelle estimée à la valeur du revenu cadastral, même si le bien n'est pas donné en location ni utilisé<sup>280</sup>.

Cet arrêt a été critiqué et a été jugé surprenant et contestable ("verassende" et "betwistbare") notamment parce que le moyen accueilli n'invoquait que la violation des articles 444 et 561 de la loi sur les faillites (applicables à l'époque)<sup>281</sup>.

La décision a été estimée peu heureuse, et de nature à maintenir le conflit entre l'administration fiscale, d'une part, et les liquidateurs et curateurs d'autre part. La thèse consistant à affirmer le caractère fictif du revenu cadastral a été considérée comme évidemment insuffisante pour établir que le précompte immobilier devenu exigible après le concours est nécessairement une dette de la masse, spécialement si l'on prend en considération la définition de principe de cette notion que donne la Cour dans le même arrêt<sup>282</sup>.

Telle était d'ailleurs l'opinion de Madame l'Avocat général Liekendael dans ses conclusions contraires à l'arrêt où elle déclarait que la décision attaquée avait tranché légalement, et qu'elle en pouvait suivre l'Etat demandeur en cassation sur le terrain du revenu fictif (le revenu cadastral), pour apprécier le caractère de dette de la masse ou dans la masse du précompte immobilier litigieux<sup>283</sup>.

La motivation de l'arrêt de la Cour de cassation du 16 juin 1988 rendu en matière de précompte immobilier, repose donc exclusivement sur une disposition fiscale spécifique.

Mais, on retiendra néanmoins de cet arrêt<sup>284</sup>, qu'une dette ne peut être mise à charge de la masse "que lorsque le curateur a contracté *qualitate qua* des engagements en vue de l'administration de ladite masse, notamment en poursuivant l'activité commerciale de la société, en exécutant les conventions que celle-ci a conclues ou encore en utilisant les meubles ou les immeubles de la société, aux fins d'assurer l'administration convenable de la faillite; que ce n'est que dans pareilles circonstances que la masse doit corrélativement assumer les obligations résultant de cette administration et supporter les charges qui lui incombent".

Depuis les arrêts du 16 juin 1988, cette conception n'a pas été mise en question.

---

<sup>280</sup> Voyez CAEYMAEX, note sous l'arrêt précité: « La qualification de dette de la masse ou dans la masse », *J.L.M.B.*, 1988, p. 1101.

<sup>281</sup> Voyez MAES, "Nieuwe rechtspraak van het Hof van cassatie over het begrip "schuld van de boedel"», *R.D.C.B.*, 1988, spéc. p. 754.

<sup>282</sup> DUMON, « Dette de la masse et dette dans la masse », *J.T.*, 1988, spéc. p. 631.

<sup>283</sup> Conclusions de Madame le Procureur général, alors Avocat général LIEKENDAEL, *Pas.* 1988, I, p. 12.

<sup>284</sup> GRÉGOIRE et WEINBERGER, « Dettes de la masse : définition et application en clair-obscur » *in Mélanges Kirkpatrick*, pp. 369 set ss.

L'action du curateur est donc le relais nécessaire pour la création d'une dette de la masse.

318. De nombreuses et récentes décisions insistent également sur la nécessité d'une intervention *active* du curateur pour la reconnaissance d'une dette comme étant de la masse.

Ainsi, par exemple, la Cour de cassation, après avoir rappelé sa définition générale par les mêmes motifs que ceux utilisés en 1988, décide, dans son arrêt du 30 mars 1995<sup>285</sup> «*qu'en l'espèce, la créance du défendeur [une taxe due en application de l'article 48, §2, du Code de la T.V.A. et des articles 7 et 10 de l'arrêté royal n° 3 du 10 décembre 1969] ne résulte pas d'un engagement contracté par le demandeur [le curateur] en vue de l'administration de la masse, mais de l'application des dispositions légales qui organisent la vente des meubles et marchandises du failli (...)*». A défaut d'être la conséquence d'un acte positif du curateur en vue de l'administration de la masse ou la contrepartie nécessaire d'un acte de gestion de celui-ci, ladite taxe ne pouvait constituer une dette de la masse.

319. Une motivation analogue se trouve également dans l'arrêt de la Cour de cassation du 20 janvier 1994<sup>286</sup>, rendu dans une espèce identique.

320. Dans un arrêt du 27 avril 1992<sup>287</sup>, la Cour de cassation, une nouvelles fois, indique qu'une dette «*peut être mise à charge de la masse lorsque le curateur a contracté qualitate qua des engagements en vue de l'administration de ladite masse*».

321. Dans son arrêt du 2 mai 1997<sup>288</sup>, la Cour explique encore que «*de curator, die na de faillietverklaring beslist de handelsbedrijvigheid van de gefailleerde voort te zetten en de arbeidsovereenkomsten verder uit te voeren, zodoende de boedel beheert, zodat de schulden die uit die overeenkomsten ontstaan en in het bijzonder de schulden die het gevolg zijn van de opzegging van die overeenkomsten, boedelschulden zijn*».

322. La Cour d'appel de Liège, quant à elle, se montre particulièrement attentive aux démarches actives du curateur pour reconnaître une dette comme étant de la masse. Dans une décision rendue en matière d'impôts dus sur les rémunérations du failli<sup>289</sup>, cette Cour décide qu' «*il s'agit d'une dette de la masse parce que née après la déclaration de faillite et liée à l'engagement que le curateur a contracté qualitate qua lorsqu'il a pris l'initiative de prélever la quotité saisissable au profit de la masse qu'il a la charge d'administrer*».

---

<sup>285</sup> Cass., 30 mars 1995, *Pas.*, 1995, I, 374 ; *J.T.*, 1995, p. 541 ; voir sur cette question, GRÉGOIRE et WEINBERGER, « Dettes de la masse : définition et applications en clair-obscur – Le cas du précompte immobilier », in *Mélanges John Kirkpatrick*, pp. 369 et suivantes.

<sup>286</sup> Cass., 20 janvier 1994, *R.D.C.*, 1994, p. 906 et note DUMON, « Dettes de la masse dans les procédures de liquidation collective des patrimoines ».

<sup>287</sup> Cass., 27 avril 1992, *Pas.*, 1992, I, 758.

<sup>288</sup> Cass., 2 mai 1997, *R.W.*, 1997-1998, p. 503.

<sup>289</sup> Liège, 9 octobre 1997, *J.L.M.B.*, 1998, p. 1065.



323. Dans un arrêt du 26 mai 1998<sup>290</sup>, la Cour d'appel de Liège décide encore dans le même sens que *«le critère à prendre en considération pour décider si une dette est à charge de la masse (...) n'est pas la seule date de naissance de la dette; qu'il convient, pour que la masse soit directement tenue, qu'il y ait un engagement du curateur, un acte volontaire montrant qu'il entend poursuivre l'activité et supporter les conséquences découlant de sa décision»*.

324. Dans un arrêt du 27 avril 2001<sup>291</sup>, la Cour d'appel de Liège précise que la décision du curateur de maintenir un contrat peut se déduire tacitement de l'accomplissement d'actes révélant, de manière certaine, la poursuite du contrat, étant entendu que *«le seul fait pour le curateur de ne pas prendre position ou de laisser des contrats se poursuivre très momentanément, dans la confusion des premiers jours d'administration de la faillite, n'emporte pas nécessairement une volonté de reprise de sa part»*.

325. L'arrêt de la Cour d'appel de Liège du 28 mai 2002<sup>292</sup> insiste une nouvelle fois sur ce que l'attribution à une dette du caractère préférentiel 'de la masse' ne dépend que *«de l'engagement du seul curateur»*. Dans cette affaire, la constatation de fait qu'il y avait en l'espèce *«un acte volontaire montrant (que le curateur avait entendu) poursuivre l'activité et supporter les conséquences découlant de sa décision»*, suffisait à justifier légalement l'identification de la dette litigieuse comme dette de la masse

326. Seule une décision du curateur (revêtu de la qualité spéciale de représentant des créanciers, que lui confère la loi), se traduisant par une démarche active (contracter des engagements ou les poursuivre) visant un objectif particulier (en vue de l'administration de la masse), peut ainsi générer une dette de la masse.

§ 6. La loi du 8 août 1997 sur les faillites s'inscrit dans le prolongement de la jurisprudence antérieure

327. La loi sur les faillites du 8 août 1997 épouse les thèses jurisprudentielles tendant à lier indissolublement les démarches positives du curateur et la genèse des dettes de la masse.

L'article 46 de cette loi peut être considéré comme traduisant l'expression des critères jurisprudentiels de distinction entre dettes de la masse et dettes dans la masse<sup>293</sup>. Le premier alinéa de l'article 46 impose précisément aux curateurs de prendre position sur les contrats en cours et le troisième alinéa stipule que si les curateurs décident de poursuivre le contrat,

<sup>290</sup> Liège, 26 mai 1998, *J.L.M.B.*, 1999, p. 978.

<sup>291</sup> Liège, 27 avril 2001, *J.L.M.B.*, 2001, p. 1742.

<sup>292</sup> Liège, 28 mai 2002, 1999/RG/658, inédit.

<sup>293</sup> ZENNER, *Faillites et concordats, Dossiers du J.T.*, n° 23, Larcier, 2000, Bruxelles, p. 82 ; DE WILDE, «Boedelschulden en de fiscus», note sous Comm. Brugge, 4 avril 2001, *R.D.C.*, 2002, p. 73 ; Comm. Tongres, 29 novembre 1999, *R.D.C.* 2000, p. 811.

le cocontractant aura droit, à charge de la masse, à l'exécution de cet engagement dans la mesure où celui-ci a trait à des prestations effectuées après la faillite.

En revanche, en vertu du second alinéa de l'article 46 de la loi sur les faillites, à défaut de prise de position des curateurs dans les quinze jours d'une mise en demeure envoyée par le cocontractant, le contrat est présumé être résilié par les curateurs et la créance de dommages et intérêts éventuellement dus au cocontractant du fait de l'inexécution n'est pas considérée comme étant une dette de la masse, mais entre dans la masse, au contraire.

Il apparaît donc assez nettement qu'une véritable prise de décision par le curateur constitue le relais nécessaire pour élever une dette au rang de dette de la masse. Le choix exercé par celui-ci de s'abstenir d'agir d'une manière quelconque à l'égard de l'un ou l'autre bien appartenant au failli, ne peut engendrer que des dettes dans la masse.

328. La partie des travaux préparatoires de la loi du 8 août 1997, commentant l'article 46 et se rapportant plus particulièrement à la mise en demeure du curateur par le cocontractant, énonce, d'ailleurs, qu' *"un tel délai (de quinze jours) est conforme aux règles en matière de dettes de la masse qui, conformément à la jurisprudence de la Cour de cassation, non seulement mettent en œuvre un critère temporel, mais impose(nt) également comme critère déterminant lors de la classification des dettes, l'existence d'un lien étroit avec la gestion de la masse faillie. Le curateur dispose ainsi d'un délai de réflexion pour décider de poursuivre ou non les contrats en cours et d'engager la masse"*<sup>294</sup>.

La manière dont les dettes de la masse sont envisagées par le législateur semble être clairement exposée dans cet extrait.

Il traduit, en effet, l'idée jurisprudentielle déjà exposée plus haut, qu'une dette ne peut être mise à charge de la masse que lorsque, au terme d'une décision mûrement réfléchie, le curateur prend un engagement positif<sup>295</sup> dans l'intérêt de la masse.

Il est vrai que l'article 46 de la loi sur les faillites considère expressément le sort des *contrats* en cours. Cette disposition n'en est pas moins l'expression de la manière générale dont le législateur a considéré la mécanique des dettes de la masse<sup>296</sup>.

---

<sup>294</sup> Extrait reproduit dans HORMANS et NICAISE, *Concordat judiciaire et faillites*, Centre Jean Renault, Bruylant, 1997, Bruxelles, p. 228.

<sup>295</sup> Comm. Charleroi, 4 décembre 1996, *J.L.M.B.*, 1997, p. 1671 ; Comm. Verviers, 3 mars 1998, *J.L.M.B.*, 1998, p. 1264.

<sup>296</sup> Voyez aussi Comm. Bruges, 4 avril 2001, *R.D.C.*, 2002, p. 73 ; GRÉGOIRE et WEINBERGER, « Dettes de la masse : définition et applications en clair-obscur – Le cas du précompte immobilier », in *Mélanges John Kirkpatrick*, pp. 369 et suivantes.

329. Cette conception se trouve renforcée par le nouveau paragraphe 2 ajouté à l'article 46 par la loi du 15 juillet 2005 visant à compléter les articles 10 à 46 de la loi du 8 août 1997 sur les faillites (M.B., 1<sup>er</sup> août 2005), énonçant que : « Si lors de la cessation d'activités, notamment à l'occasion du jugement déclaratif de faillite, les curateurs manifestent expressément ou tacitement leur volonté de résilier les contrats de travail existants, il ne sont pas tenus de l'accomplissement des formalités et procédures particulières applicables à la résiliation des contrats. Toutefois, si les curateurs, en vue de la poursuite totale ou partielle ou de la reprise des activités, concluent de nouveaux contrats de travail avec des contractants visés à l'alinéa précédent, ces derniers bénéficient des formalités et procédures applicables aux contrats résiliés pendant le temps de la poursuite des activités (...) ».

### § 7. Inapplicabilité de la règle de l'égalité des créanciers

329. La dette de la masse doit être payée par préférence à la dette dans la masse<sup>297</sup> et ces deux types de dettes ne sont pas en concours.

Mais si tous les créanciers de la masse – qui peuvent être nombreux – peuvent-ils être en concours entre eux. En d'autres termes, les règles de la suspension des mesures d'exécution individuelles lésant les droits des autres créanciers de la masse, et l'arrêt du cours des intérêts (quand cet arrêt est prescrit) s'appliquent-ils aux créanciers de la masse?

330. Par son arrêt du 26 novembre 1981<sup>298</sup>, la Cour de cassation a très justement répondu négativement à cette question, dans un cas de concours créé par une mise en liquidation.

La solution se justifie parce que la "cristallisation" réciproque des droits des créanciers existant antérieurement au concours provoqué par le concours, n'a évidemment pas lieu pour des créances nées postérieurement. La préférence octroyée à ces dernières quand elles ont été contractées en vue de l'administration de la masse et aux fins d'assurer l'administration convenable de la liquidation, ne heurte pas les droits réalisés des créanciers dans la masse, qui, par définition bénéficient de l'existence de dettes de la masse<sup>299</sup>.

## **SECTION 2. EXAMEN DES CARACTÈRES DES CAUSES LÉGITIMES DE PRÉFÉRENCE**

### **A. Quant au caractère réel**

<sup>297</sup> VAN RYN et HEENEN, *Principes de droit commercial*, IV, n° 2776.

<sup>298</sup> Cass., 29 novembre 1981, *Pas.*, I, 427, avec les conclusions conformes de Madame le Procureur général, alors Avocat général LIEKENDAEL, R.C.J.B., p. 447, note BÜTZLER et MAES, « Le droit d'exécution individuelle des créanciers de la masse ».

<sup>299</sup> GRÉGOIRE, *Théorie générale du concours des créanciers en droit belge*, n° 402, p. 282 et n° 493, p. 345 et 346

## § 1. En ce qui concerne les privilèges

331. Les privilèges ne présentent pas un véritable caractère réel.

Ainsi, ne sont-ils pas, en principe, munis du droit de suite, l'un des attributs essentiels du droit réel proprement dit, qui est le droit permettant au titulaire de saisir le bien et de le faire vendre pour se payer sur le prix en quelques mains qu'il se trouve, fût-ce, dans certains cas, entre les mains d'un tiers acquéreur de bonne foi, mis en possession, s'il s'agit d'un meuble, faisant ainsi échec à l'application de l'article 2279 du Code civil.

Cette particularité se justifie par la nature même du privilège qui se définit -on l'a dit- comme une caractéristique attachée par la loi à la créance, permettant au créancier d'être payé par préférence sur le ou les biens légalement définis comme formant l'assiette générale ou spéciale du privilège<sup>300</sup>.

332. Il faut ranger les privilèges parmi les droits réalisés ou les droits de créance mis en œuvre, dotés certes, de ce fait, d'une opposabilité absolue plus intense encore que celle dont bénéficie le droit simplement réalisé, appartenant au créancier chirographaire, en raison de la priorité de paiement qui est reconnue au créancier privilégié<sup>301</sup>.

333. Des exceptions existent, cependant, et certains privilèges mobiliers bénéficient d'un droit de suite, dans des conditions restrictives. Ainsi, le bailleur d'un immeuble bénéficie d'un droit de revendication sur les meubles garnissant les lieux loués, déplacés sans son consentement ni par autorité de justice; ainsi également, le prêteur agricole, dont le privilège est calqué sur celui du bailleur d'immeuble jouit de la même prérogative; ainsi, enfin, le créancier gagiste dépossédé par le vol ou la perte du meuble nanti peut-il récupérer le bien par application de l'article 2279, alinéa 2 du Code civil.

334. Les privilèges ayant pour assiette un ou des immeubles constituent en revanche, des droits réels, s'apparentent aux véritables sûretés réelles immobilières que sont les hypothèques. Ils sont dotés du droit de suite.

## § 2. En ce qui concerne les sûretés réelles

---

<sup>300</sup> GRÉGOIRE, *Théorie générale du concours des créanciers en droit belge*, n° 45, p. 29.

<sup>301</sup> GRÉGOIRE, *Théorie générale du concours des créanciers en droit belge*, n° 48, p. 31. Voyez cependant DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. VI, n° 765, p. 710, qui expose les difficultés suscitées par l'application de la notion de "droit réel" au privilège, dans lesquelles De Page voit surtout, en matière mobilière, le choc avec un autre droit, celui tiré de l'article 2279 du Code civil.

335. La sûreté réelle, quant à elle, présente un caractère réel effectif, parce qu'elle grève directement un ou plusieurs biens du patrimoine du débiteur<sup>302</sup>, à des degrés et selon des modalités diverses.

La sûreté réelle est dès lors généralement assortie d'un droit de suite. Il s'agit du droit de saisir le bien en quelques mains qu'il se trouve et de le faire vendre à son profit.

Ce droit protège le titulaire de la sûreté réelle contre la dispersion de l'actif de son débiteur, à tout le moins de l'actif grevé de la sûreté<sup>303</sup>. Toutefois, pareil droit ne se manifeste pleinement qu'en matière immobilière. Le droit de suite du créancier hypothécaire est réglé par l'article 96 de la loi hypothécaire.

En principe, la règle de l'article 2279 du code civil peut faire échec au droit de suite attaché à une sûreté réelle mobilière.

On relèvera cependant les exceptions suivantes :

- le créancier gagiste ordinaire peut se prévaloir de l'article 2279, alinéa 2 du Code civil,
- le créancier gagiste sur fonds de commerce, dont la sûreté est publiée par inscription est admis à saisir le fonds qui aurait été aliéné "in globo" entre les mains du tiers acquéreur<sup>304</sup>.

## **B. Quant au caractère accessoire**

### § I. En ce qui concerne les privilèges et les sûretés réelles en général

336. Privilèges et sûretés réelles présentent un caractère accessoire, en ce que, tous deux, sont attachés à une créance, dont ils garantissent le paiement préférentiel. Le caractère accessoire du privilège ou de la sûreté réelle manifeste la fonction primordiale de ces institutions: assurer au créancier une exécution de remplacement de l'obligation garantie, par priorité à d'autres créanciers.

De ce caractère découlent des conséquences communes aux privilèges et aux sûretés réelles.

---

<sup>302</sup> T'KINT, *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, n° 198, p. 109

<sup>303</sup> T'KINT, *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, n° 200, p. 110.

<sup>304</sup> Le fondement exact de ce droit de saisir demeure cependant discuté. S'agit-il d'un véritable 'droit de suite' – peu compatible avec le caractère incorporel reconnu au fonds de commerce – ou d'une inopposabilité de l'aliénation découlant de la publicité? (Voyez Stranart, "Les sûretés" (texte 1988) Story-Scientia, 1992, n° 299, p. 46 et les références. Voyez T'Kint, *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, n° 201, p. 110.

Ainsi, privilèges et sûretés s'éteignent avec l'extinction de la créance garantie que ce soit par paiement, prescription, compensation, novation (sauf réserve de sûreté conformément à l'article 1278 du Code civil), remise de dette ou tout autre forme de disparition.

337. Le privilège et la sûreté suivent le sort de la créance, en cas de cession ou de subrogation (sauf volonté contraire des parties). Enfin, ni le privilège ni la sûreté réelle ne peuvent être cédés isolément de la créance garantie<sup>305</sup>.

338. Retenons d'ailleurs qu'en ce qui concerne le gage, du caractère accessoire découle également la nature civile ou commerciale de cette sûreté. Le gage consenti pour sûreté d'une obligation civile obéit aux règles du gage civil (articles 2071 et suivants du Code civil). Le gage constitué pour sûreté d'un engagement commercial est de nature commerciale (article 1<sup>er</sup> de la loi du 5 mai 1872). Pareille règle n'existe toutefois ni pour les privilèges ni pour les hypothèques ni pour les sûretés personnelles.

## § 2. En ce qui concerne plus particulièrement les sûretés réelles conventionnelles

339. Puisque l'existence de la sûreté (réelle ou personnelles) est accessoire de celle de la créance, comment en justifier la validité lorsque l'obligation principale future n'existe pas encore, et n'existera peut-être jamais ?

La question demeura longtemps controversée.

Elle présente un intérêt pratique considérable.

En effet, lorsque des organismes de crédit consentent certaines opérations (telle ouverture de crédit déterminée, tel prêt identifié), il est fréquent qu'ils se fassent consentir une sûreté réelle (généralement un gage ou un gage sur le fonds de commerce<sup>306</sup>) non seulement en garantie des sommes dont le crédit ou l'emprunteur sera redevable à l'expiration de l'opération ainsi précisée, mais de "*toutes sommes dues ou à devoir*" par le cocontractant "*pour quelque cause et de quelque chef que ce soit*".

---

<sup>305</sup> La cession de la sûreté elle-même doit évidemment être distinguée de la cession du rang de cette sûreté. Voyez cependant DIRIX et VAN HAEGENBORGH, "Overdracht van bevoorrechten en hypothecaire schuldvorderingen", in R.W., 1992-1993, p. 1177 et suivantes, visant la possibilité de créer un titre à ordre ou au porteur incorporant la créance hypothécaire qui devient cessible dès lors par transmission du titre, l'article 51 de la loi du 4 août 1992 sur le crédit hypothécaire visant la cession d'un portefeuille de créances hypothécaires dans le cadre d'une opération donnant lieu à l'émission d'effets négociables, et l'article 50 de la même loi visant la cession de créances hypothécaires dans le cadre d'une fusion absorption ou scission d'entreprises hypothécaires ou dans le cadre d'apport de l'activité hypothécaire par une entreprise soumise au titre III de ladite loi.

<sup>306</sup> Souvent aussi une caution.

Or, lorsqu'un crédité ou un emprunteur est en relation d'affaires constantes avec un établissement de crédit, lesquelles se logent souvent dans des relations de comptes (courants ou non), il est fréquent que plusieurs opérations distinctes de crédit, d'emprunts ou de comptes se nouent, au fil du temps, entre parties, sous des modalités variables (tolérances et dépassements, prêts à tempérament, financement divers, crédits de caisse, d'escompte, de garantie, soldes de compte débiteur, etc.).

On voit donc l'avantage de facilité et d'économie de frais que recèle la possibilité de garantir -dès l'entrée en relation- par une seule sûreté (pour autant qu'elle soit jugée économiquement suffisante par l'établissement de crédit) l'ensemble des opérations qui vont ainsi se dérouler. On conçoit facilement en effet que dresser un acte de mise en gage par exemple pour chaque opération distincte, constituerait une entrave, coûteuse de surcroît à la rapidité des transactions, essence du commerce.

340. Ces considérations pratiques valent également pour la constitution des hypothèques, dont les formalités sont plus lourdes et plus coûteuses encore (acte notarié, recherches hypothécaires, inscription).

La pratique de l'hypothèque pour "*toutes sommes dues ou à devoir*" était cependant moins répandue pour des raisons tenant à la crainte -injustifiée<sup>307</sup>- de la nullité d'ordre public d'une hypothèque qui ne serait pas, au regard de l'article 80 de la loi hypothécaire.

341. La loi a à présent consacré la validité de l'hypothèque pour dettes futures, pourvu qu'elles soient déterminables (article I bis de la loi du 4 août 1992).

La question du gage constitué pour sûreté d'une créance future, a fait l'objet, dans l'affaire dite "*Mengal*", d'un premier arrêt de la Cour de cassation du 6 mai 1965 (Pas., 1965, I, p. 941) justement critiqué<sup>308</sup>. L'arrêt de la Cour d'appel attaqué devant la Cour de cassation et rendu le 28 juin 1963, avait admis qu'un gage constitué en 1957 "*en garantie du paiement de toutes sommes généralement quelconques dont (le crédité) serait ou pourrait devenir redevable (envers le créancier) du chef d'opérations que (celui-ci) pourrait traiter ou avoir traitées avec (le crédité) garantissait non seulement les obligations nées d'une première ouverture de crédit contemporaine du gage, mais également celles résultant d'une seconde ouverture de crédit consentie (ultérieurement)*"<sup>309</sup>.

---

<sup>307</sup> Voyez sur la problématique particulière de l'hypothèque pour toutes sommes, STRANART, « L'hypothèque pour sûreté de toutes sommes dues ou à devoir par un débiteur à son créancier », *Rev. Not.*, 1979, p. 548; même auteur, « L'hypothèque pour toutes sommes », *Revue de la banque*, 1991, p. 145 et les références; WILLEMEN, « De hypotheek voor alle schulden bij krediteverlening », *R.W.*, 1990-1991, p. 158 et les références; STRANART, *op. cit.*, Colloque Jeune barreau, 1992, p. 126; T'KINT, *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, n° 606 et 607, p. 307 et 308.

<sup>308</sup> Vincent, *op. cit.*, *in J.T.*, 1968, n° 43, p. 588; VANDEPUTTE, *in Rev. de la Banque*, 1966, p. 197 et sp. p. 201 à 203; SIMONT et BRUYNEEL, *op. cit.*, *in R.C.J.B.*, 1974, p. 232 et note 83.

<sup>309</sup> SIMONT et BRUYNEEL, *op. cit.*, *in R.C.J.B.*, 1974, p. 231, n° 20.

La Cour suprême a cassé cet arrêt au motif que le juge d'appel ne pouvait décider que l'opération nouvelle entrerait dans le cadre du nantissement initial faute d'avoir constaté que le nouveau crédit, l'avait été en vertu d'une obligation contractée par le débiteur envers le crédité dès 1957. Il est clair que la Cour de cassation avait ainsi considéré que le gage étant constitué pour sûreté d'une obligation principale, il fallait, pour que la sûreté produise ses effets, que cette obligation existât déjà au moment de la dation en nantissement.

Les choses n'en restèrent pas là.

L'affaire Mengal s'est clôturée par un second arrêt de la Cour de cassation prononcé le 28 mars 1974<sup>310</sup> par lequel la Haute Juridiction a rejeté le pourvoi formé contre la décision de la Cour d'appel de Bruxelles du 25 février 1972<sup>311</sup>, devant lesquelles cette affaire était revenue après divers incidents de procédure ayant fait suite au premier arrêt précité du 6 mai 1965.

En un attendu particulièrement ferme et précis, la Cour suprême a décidé que les sûretés peuvent être *"en vertu de l'article 1130, alinéa 1<sup>er</sup> du Code civil constituées pour la garantie de dettes conditionnelles ou futures sous la seule réserve qu'elles soient déterminées ou déterminables au moment de la constitution de la sûreté; que les créances futures ont un caractère suffisamment déterminé ou déterminable si la convention instituant la sûreté permet de les définir et s'il résulte des éléments de la cause qu'elles sont effectivement de celles que les parties avaient entendu assortir de la garantie"*<sup>312</sup>.

Si cette prise de position de la Cour de cassation du 28 mars 1974 est claire, les motifs de l'arrêt de la Cour d'appel attaqué du 25 février 1972, dont la légalité était ainsi affirmée, en fournissent la justification détaillée et leur commentaire, qui paraît inséparable de celui de l'arrêt de la Cour Suprême du 28 mars 1974, présente à ce titre de l'intérêt.

Les juges d'appel avaient décidé sur ce point que *"le lien entre l'obligation de sûreté et l'obligation garantie doit s'entendre en ce sens que l'inexistence de la seconde ne met pas en cause l'existence de la première, mais uniquement l'efficacité de l'exécution du contrat accessoire"*<sup>313</sup>. Cette définition permet d'expliquer pourquoi le caractère accessoire du gage ne fait nullement obstacle à la constitution d'un gage pour sûreté d'une dette future<sup>314</sup>.

D'autre part, s'attachant à définir la créance future, la Cour d'appel avait fait justice des tentatives de rattacher celle-ci à l'exigence que la créance existe *"en germe"* ou *"dans son principe"*. Elle a adopté sur ce point le réalisme du professeur Heenen: la créance future est

<sup>310</sup> Cass.; (1<sup>ère</sup> Ch.), 28 mars 1974, *Rec. Gén. enr. not.* 1974, n° 21832.3.

<sup>311</sup> Brux., 25 février 1972, *J.T.*, 1972, p. 246, obs.; *Rec. Gén. enr. not.*, 1972, p. 286, obs. *Rev. Not. Belge*, 1972, p.148.

<sup>312</sup> Cass., 28 mars 1974, *Rec. Gén. enr. not.*, 1974, n° 21832, sp. p. 315.

<sup>313</sup> Brux., 25 février 1972, précité, in *J.T.*, 1972, p. 246, sp. col. 3; voyez également Brux. (10<sup>ème</sup> ch.), 23 février 1973 et les substantiels commentaires de M. Lucien Simont et André Bruyneel précités, in *R.C.J.B.*, 1974, p. 213 à 216; voyez également la note BRUYNEEL, sous Brux. (10<sup>ème</sup> ch.), 23 février 1973, in *R.W.*, 1973-1974, col. 1054, sp. col 1058.

<sup>314</sup> SIMONT et BRUYNEEL, *op. cit.*, in *R.C.J.B.*, 1974, p. 216.



celle qui a "la possibilité de naître dans l'avenir ou qui n'ayant pas encore d'existence juridique est susceptible d'entrer un jour dans le patrimoine de celui dans l'intérêt duquel la sûreté a été fournie"<sup>315</sup>.

Pour qu'une telle créance soit déterminable, il ne faut nullement, avait poursuivi l'arrêt d'appel du 27 février 1972, que sa détermination ou la possibilité de la déterminer résulte de l'acte d'affectation de la sûreté. En d'autres termes, pour que soit satisfaite la condition de déterminabilité de la créance future garantie, envisagée en tant qu'exigence relative à la constitution du gage, il ne faut pas que cette créance soit d'ores et déjà déterminée par les dispositions et les termes de l'acte constitutif de la sûreté lui-même. Il suffit que celui-ci "permette de définir" la créance, expression qui implique nécessairement qu'une telle définition aura lieu ultérieurement, c'est-à-dire au moment de l'exécution du contrat de gage<sup>316</sup> et, le cas échéant, à l'aide des "éléments de la cause" comme l'a dit la Cour. Ces considérations de l'arrêt du 25 février 1972 sont intéressantes parce qu'elles précèdent immédiatement, dans le texte de cette décision, le motif que la Cour suprême reprendra littéralement dans son arrêt du 28 mars 1974, qu'il "résulte des éléments de la cause" que celles-ci (les créances futures) soient "effectivement de celles que les parties avaient entendu assortir de la garantie"<sup>317</sup>.

Si la portée de cet attendu est moins aisée à dégager, l'usage simultané et l'opposition, dans une même phrase, du temps présent ("*les créances sont effectivement celles ...*") et du temps passé ("*que les parties avaient entendu garantir ...*") sont cependant significatifs: c'est au moment de l'exécution du contrat de sûreté qu'il faut vérifier, à l'aide des éléments de la cause, si les créances, actuelles cette fois, pour lesquelles le gagiste prétend faire jouer la garantie, sont effectivement de celles que les parties avaient entendu assortir de cette garantie, lorsqu'elles ont constitué celle-ci.

Cette partie du motif essentiel de l'arrêt Mengal concerne notamment le principe de spécialité des sûretés tel qu'il a été défini par Van Ryn et Heenen<sup>318</sup>, ainsi que celui de la déterminabilité de la créance future pour les besoins de la constitution du gage. Ce principe de spécialité veut que les effets d'une sûreté (envisagés donc lors de l'exécution) soient limités aux obligations que les parties ont entendu garantir (lors de la constitution). Il s'applique au gage consenti -comme dans l'espèce ayant donné lieu à l'arrêt commenté-, pour "toutes dettes", puisqu'en ce cas ce sont "toutes" les obligations que les parties ont entendu garantir. S'il met fin aux incertitudes soulevées par la première décision de la Cour de cassation du 6 mai 1995, l'arrêt du 28 mars 1974 consacre à vrai dire des solutions généralement admises en doctrine, tant en ce qui concerne la validité du gage pour créance

---

<sup>315</sup> HEENEN, « La cession des créances futures », note sous Cass., 9 avril 1959, R.C.J.B., 1961, p. 35 et suivantes et sp. p. 43, n° 11.

<sup>316</sup> SIMONT et BRUYNEEL, *op. cit.*, in R.C.J.B., 1974, p. 218, note 25.

<sup>317</sup> Cass. 28 mars, 1974, in Rec. gén. enr. not., 1974, n° 21832, sp. p. 315.

<sup>318</sup> VAN RYN et HEENEN, *Principes de droit commercial*, III, n° 2135.

future<sup>319</sup> qu'à propos de la notion de créance future et de sa déterminabilité<sup>320</sup>. Cette jurisprudence de la Cour de cassation a permis de résoudre également la question de la validité du gage institué "pour toutes sommes dues ou à devoir", eu égard à l'exigence de déterminabilité posée par les articles 1129 et 1130 du Code civil, dans la mesure, en effet, où "toutes les sommes à devoir" constituent non seulement des créances futures<sup>321</sup>, mais aussi des créances paraissant bien non déterminées à suffisance.

342. Une autre controverse portait non plus sur le principe de l'accessoire, mais sur l'exigence de la déterminabilité des obligations garanties.

Il découle désormais de l'arrêt du 28 mars 1974 que cette exigence est satisfaisante dès que l'acte constitutif de la sûreté "permet" de définir l'obligation garantie, et que l'obligation pour laquelle le créancier poursuit l'exécution est bien de celle que les parties avaient entendu assortir de la garantie. Au regard du critère de déterminabilité ainsi défini, la constitution d'un gage "pour toutes sommes" est valable, à condition que l'acte constitutif contienne "un élément quelconque" rendant ultérieurement possible la détermination de la créance garantie. C'est ce que Van Gerven exprimait déjà en exigeant que la constitution de la sûreté s'inscrive dans un "cadre général préétabli" (een vastgesteld algemeen kader)<sup>322</sup>.

On a suggéré que la référence à pareil cadre général préétabli se fasse dans l'acte constitutif par la mention de ce que la sûreté garantit toutes sommes, dans le cadre des relations d'affaires entre parties, ou en vertu de opérations bancaires et financières que les parties viendraient à conclure, ou encore en raison des ouvertures de crédit et du fonctionnement des comptes entre le créancier et le constituant<sup>323</sup>.

---

<sup>319</sup> Pour le gage constitué pour sûreté d'une créance future voyez DE PAGE, n° 1020 et 1040 et les références; MAZEAUD, Leçons III, n° 64, MARTY et RAYNAUD, III, n° 65; PLANIOL et RIPERT, XII, n° 75; *Jurisclasseur civil*, art. 2071 à 2083, n° 11-3 et les références à la jurisprudence française, *Dalloz*, répertoire droit civil (2<sup>ème</sup> éd.), V° Gage, n° 46 et les références à la jurisprudence française; SIMONT et BRUYNEEL, *op. cit.*, in *R.C.J.B.*, 1974, p. 233, note (91) et les références; BRUYNEEL, note citée sous *Brux.* (10<sup>ème</sup> ch.), 23 février 1973, *R.W.*, 1973-74, col. 1054, sp. col. 1059 et les références; pour l'hypothèque constituée pour sûreté d'une créance future et les problèmes posés par le principe de l'hypothèque et les articles 80 à 83 de la loi hypothécaire; Voyez DE PAGE et DEKKERS, VII, n° 498 et 501; GENIN, « Hypothèques et privilèges immobiliers », in *R.P.D.B.*, n° 1389 à 1396; MAZEAUD, Leçon, III, n° 235; *Dalloz*, *Répertoire droit civil* (2<sup>ème</sup> éd.), V° Hypothèques, n° 22; MARTY et RAYNAUD, III, n° 157 et les références, note (21); VINCENT, « Chronique de jurisprudence - La publicité foncière et les sûretés réelles », *J.T.*, 1968, p. 560, n° 58; COPPENS, « Examen de jurisprudence, faillites et concordats », *R.C.J.B.*, 1974, n° 87, p. 461; SIMONT et BRUYNEEL, *op. cit.*, in *R.C.J.B.*, 1974, n° 222, note (47).

<sup>320</sup> SIMONT et BRUYNEEL, *op. cit.*, in *R.C.J.B.*, 1974, p. 233, note (91) et les références.

<sup>321</sup> La constitution du gage pour "toutes sommes dues" ne soulève évidemment pas les mêmes problèmes théoriques. D'une part, en effet, les créances que l'expression désigne existent. D'autre part, elles sont plus aisément déterminables, puisqu'il suffit, pour les connaître, d'établir ce qui est dû par le débiteur du créancier lors de la constitution de la sûreté.

<sup>322</sup> VAN GERVEN, *Beginnselen, handels en economisch recht*, Deel I, Ondernimingsrecht, p. 463 et 475; HEURTERRE, « Overzicht van rechtspraak », *T.P.R.*, 1978, n° 80, p. 1196.

<sup>323</sup> STRANART, « L'hypothèque pour sûreté de toutes sommes dues ou à devoir par un débiteur à son créancier », *R.N.B.*, 1979, spéc. p. 573.

Quant à la nécessité pour la créance en vertu de laquelle l'exécution est poursuivie, que cette créance soit "de celles que les parties avaient entendu assortir de la garantie", elle manifeste non seulement le principe de spécialité souligné ci-dessus, mais encore l'idée que les effets d'une sûreté doivent se situer dans le champ contractuel issu de la volonté commune des parties: la "prévisibilité raisonnable" fait partie en effet de la déterminabilité des créances garanties<sup>324</sup>.

L'arrêt Mengal a été rendu à propos d'un gage sur fonds de commerce. Mais sa formule volontairement large et souple rend l'enseignement qu'il consacre applicable à toutes les sûretés<sup>325</sup>.

### C. Quant au caractère indivisible

343. Privilèges et sûretés réelles sont, en principe, indivisibles. Cette notion entraîne plusieurs implications.

#### § I. Subsistance totale malgré un paiement partiel

344. Le privilège et la sûreté réelle subsistent, en leur entier, sur la totalité de l'assiette grevée jusqu'à apurement complet de la dette et ce même si le bien, objet du privilège ou de la sûreté réelle est matériellement divisible, et même s'il ne subsiste plus qu'un solde minime à payer (article 2082, alinéa 1<sup>er</sup> du Code civil, pour le gage<sup>326</sup>; article 41, alinéa 2 de la loi hypothécaire pour l'hypothèque<sup>327</sup>).

C'est dans le cas de l'hypothèque et du privilège immobilier que ce caractère présente ses aspects les plus frappants et le plus d'intérêt pour le créancier hypothécaire ou privilégié.

Ainsi, l'hypothèque (ou le privilège) constitué sur (ou grevant) un bien unique (par exemple, une maison), un bien composite (par exemple, une maison et un jardin), voire sur un ensemble de biens subsiste en son entier, et pour la totalité de la créance, sur chacun des biens isolés qui, après séparation matérielle ou juridique, se retrouveraient dans des patrimoines distincts à la suite d'un acte translatif de la propriété. Il s'agit là d'une application du droit de suite attaché à l'hypothèque et au privilège immobilier.

<sup>324</sup> Voir sur cette notion, VAN GERVEN, *Beginselen, Ondernemingsrecht*, spéc. p. 479.

<sup>325</sup> VAN COMPERNOLLE, *op. cit.*, Feduci, 1984, spéc. p. 82; STRANART, *op. cit.*, *Rev. Not. belge*, 1979, spéc. p. 565; VAN GERVEN, *op. cit.*, *Ondernemingsrecht*, spéc. p. 469. Comparez cependant pour le cautionnement: MOREAU-MARGRÈVE, *op. cit.*, Feduci, 1984, spéc. p. 182 et STRANART, « Rapport de synthèse. Les sûretés », Colloque de Bruxelles, Feduci, 1984, spéc. p. 555 et la note (18).

<sup>326</sup> DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. VI, éd. 1942, n° 1066, p. 1079.

<sup>327</sup> T'KINT, *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, n° 551, p. 284.

## § 2. Choix de l'objet de l'exécution forcée

345. Ainsi encore, le créancier dont l'hypothèque affectée à la garantie d'une seule créance s'étendant à un ensemble de biens (plusieurs immeubles) peut, au moment de l'échéance de la créance et de l'exécution forcée, choisir celui des biens sur lequel il exercera ses poursuites sans être tenu, en principe, d'avoir égard au fait que sur ce bien existeraient d'autres créanciers inscrits, qu'il primerait de la sorte, alors de que certains autres biens à lui affectés seraient libres de toute charge<sup>328</sup>.

346. Un raisonnement analogue vaut pour l'exercice d'un privilège, tel celui du bailleur d'immeuble qui s'exerce sur l'ensemble des meubles garnissant les lieux loués, que ceux-ci appartiennent ou non au preneur: si les conditions d'un tel exercice sont réunies, le bailleur peut en principe, exercer librement son privilège d'abord sur les meubles d'autrui avant de se payer sur ceux de son locataire-débiteur. Pareillement, lorsque le bailleur d'immeuble se trouve en conflit avec le créancier gagiste sur fonds de commerce dont la sûreté ne s'étend, en vertu de la loi, qu'à la moitié de la valeur des marchandises, le bailleur n'est pas tenu de commencer les poursuites en exécution de son propre privilège sur la partie des marchandises non affectées au créancier gagiste.

347. L'application stricte du caractère d'indivisibilité du privilège dans les deux cas visés ci-dessus est toutefois tempérée par la jurisprudence récente qui réproouve l'usage abusif que le bailleur ferait de son droit dans de telles situations<sup>329</sup>.

## § 3. Subsistance totale malgré la division de la dette

348. Le privilège et la sûreté réelle ne se divisent pas nonobstant la division de la dette entre plusieurs débiteurs.

349. Ainsi, si le débiteur dont la dette est grevée d'un privilège ou d'une sûreté réelle décède en laissant plusieurs héritiers, aucun de ceux-ci ne pourra obtenir seul restitution de tout ou partie du bien formant l'assiette de la garantie, même s'il paie sa part de la dette, divisée selon le droit commun<sup>330</sup>.

## § 4. Subsistance totale malgré la division de la créance

350. Le privilège et la sûreté réelle ne se divisent pas davantage, nonobstant la division de la créance entre plusieurs héritiers du créancier qui viendrait à décéder.

---

<sup>328</sup> DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. VII, n° 442, p. 370; T'KINT, *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créancier*, n° 552, p. 282.

<sup>329</sup> STRANART, « Les sûretés », *Colloque J.B.*, 1992, p. 104, et les références de la note 165.

<sup>330</sup> DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. VI, n° 1066, p. 1079.

Aucun héritier qui aurait été désintéressé isolément de sa part dans la créance, ne peut restituer seul le bien grevé de la garantie, si ses cohéritiers sont demeurés créanciers pour leur part.

351. Le caractère indivisible du privilège et de la sûreté réelle n'est cependant ni d'ordre public ni impératif. Les conventions contraires sont donc valables.

### SECTION 3. LE PRINCIPE GÉNÉRAL DE LA SUBROGATION RÉELLE

#### A. Notion

352. Aux termes de l'article 10 de la loi hypothécaire, tel que modifié par la loi interprétative du 19 février 1990, et par la loi du 25 juin 1992 (article 145) sur le contrat d'assurance terrestre: *"sous réserve de l'article 58 de la loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre, toute indemnité due par des tiers à raison de la perte, détérioration ou perte de valeur de l'objet grevé de privilège ou d'hypothèque, est affectée au paiement des créances privilégiées ou hypothécaires, selon le rang de chacune d'elles, si elle n'est pas appliquée par eux à la réparation de cet objet"*.

L'article 58 de la loi sur le contrat d'assurance terrestre dispose quant à lui: *"dans la mesure où l'indemnité due à la suite de la perte ou de la détérioration d'un bien n'est pas entièrement appliquée à la réparation ou au remplacement de ce bien, elle est affectée au paiement des créances privilégiées ou hypothécaires selon le rang de chacune d'elles. Néanmoins, le paiement de l'indemnité fait à l'assuré libère l'assureur si les créanciers dont le privilège ne fait pas l'objet d'une publicité n'ont pas, au préalable, formé opposition. Les alinéas 1<sup>er</sup> et 2<sup>ème</sup> ne portent pas atteinte aux dispositions légales relatives aux actions directes contre l'assureur dans des cas particuliers"*.

Ces deux articles manifestent, dans des cas particuliers (celui de l'indemnité due par un tiers quelconque, non assureur pour l'article 10 de la loi hypothécaire, celui de l'indemnité due par l'assureur pour l'article 58 de la loi du 25 juin 1992) l'expression d'un principe général applicable en matière de privilèges et de sûretés: la subrogation réelle.

353. Il y a subrogation réelle lorsque, dans un patrimoine donné, un bien nouveau prend la place d'un autre qui y figurait et qui vient à disparaître, et se trouve soumis aux mêmes règles que le bien disparu<sup>331</sup>.

---

<sup>331</sup> DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. V, n° 594, p. 573; T'Kint, *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, n° 203, p. 111.

La subrogation réelle suppose que le bien disparu fût soumis à des règles particulières autres que celles gouvernant le reste du patrimoine ; c'est précisément pour empêcher l'assimilation du bien envisagé que la théorie de la subrogation réelle a été inventée<sup>332</sup>.

## **B. Conditions d'application**

354. L'application de la théorie de la subrogation réelle suppose une valeur d'affectation à savoir, un bien affecté à un but déterminé plus ou moins éloigné dans le temps.

Il est requis que le bien soit envisagé dans sa valeur pécuniaire, et non dans son individualité.

Il faut ensuite que cette valeur pécuniaire soit mise en péril au sein du patrimoine envisagé, c'est-à-dire que ce patrimoine subisse la perte du bien affecté (perte par destruction ou détérioration, perte de valeur, perte juridique par aliénation).

Enfin, il n'y a subrogation réelle que s'il existe un bien de remplacement susceptible de prendre la place du bien détruit, détérioré ou aliéné dans le patrimoine envisagé, et d'y être soumis au même statut juridique.

Pareil bien de remplacement ne doit pas avoir la même nature ni la même valeur que le bien affecté et disparu. Le bien de remplacement est constitué, le plus souvent, par une somme d'argent (indemnité due par un tiers, ou par l'assureur, prix de la chose dû par l'acquéreur).

355. On enseigne généralement que la subrogation réelle a lieu de plein droit, fût-ce même en l'absence d'un texte légal exprès qui la prévoit, à tout le moins lorsque l'affectation existe dans l'intérêt d'un tiers, et non dans l'intérêt du titulaire du patrimoine lui-même<sup>333</sup>.

## **C. Effets**

356. La subrogation réelle consiste à établir un lien juridique entre le bien sorti du patrimoine et celui qui y entre, et à soumettre le bien nouveau au même régime que l'ancien<sup>334</sup>.

357. Un ensemble de biens du débiteur ou le bien isolé grevé d'un privilège ou d'une sûreté réelle, constituée dans le patrimoine du débiteur, une valeur d'affectation destinée à un but éloigné dans le temps, envisagée sous l'angle de leur importance pécuniaire. L'objectif est de garantir le paiement d'une créance et de servir au désintéressement du créancier privilégié ou titulaire de la sûreté.

---

<sup>332</sup> DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. V, n° 594, p. 573.

<sup>333</sup> DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. V, n° 615, p. 586.

<sup>334</sup> DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. V, n° 608, p. 582.

La théorie de la subrogation réelle trouve à s'appliquer, d'une manière générale, lorsque le ou les biens grevés du privilège ou de la sûreté, viennent à disparaître (matériellement ou juridiquement) du patrimoine du débiteur, et s'y trouvent remplacés par un bien susceptible d'être soumis au même statut juridique.

358. Cette soumission au même statut juridique doit être entendue raisonnablement et doit être mise en œuvre non seulement selon la nature des droits existants sur le bien disparu, mais encore en tenant compte de la nature du bien de remplacement.

Ainsi, lorsque le bien grevé du privilège ou de la sûreté réelle vient à être endommagé ou détruit par un tiers responsable débiteur d'indemnité, ou à la suite d'un sinistre générant la déduction de l'indemnité d'assurance, le privilège ou la sûreté réelle vont se reporter sur cette indemnité, mais en ce qu'ils emportent un droit de préférence seulement. Le droit réel (la possession dans le cas du gagiste par exemple), le droit de suite (dans le cas du créancier hypothécaire) ne trouveront pas à s'appliquer sur cette indemnité, puisqu'il s'agit d'une somme d'argent.

359. C'est par application de la théorie de la subrogation réelle également que les droits des créanciers privilégiés ou titulaires d'une sûreté réelle se reportent sur le prix d'aliénation du bien grevé.

Ce report des droits – et singulièrement du droit de préférence – n'est toutefois possible que si la valeur de remplacement (l'indemnité ou le prix) est encore identifiable dans le patrimoine du débiteur, (par exemple parce qu'ils sont encore dus ou s'ils sont consignés spécialement).

Aucun report des droits des créanciers privilégiés ou garantis ne se conçoit sur une somme d'argent déjà payée au débiteur, et dès lors fondue dans le patrimoine de celui-ci.

## **CHAPITRE V            LES DEROGATIONS NEGATIVES A L'EGALITE DES CREANCIERS**

### **SECTION I.            NOTION DE SUBORDINATION DE LA CRÉANCE**

360. La subordination de créance est simple à décrire : par créance subordonnée, on entend une créance dont le paiement dépend de celui, préalable, d'une ou de plusieurs autres créances sur le même débiteur<sup>335</sup>.

---

<sup>335</sup> VELU, « La subordination de créance » in *Travaux de recherches réalisés au sein du Centre de droit privé et de droit économique de l'ULB, PUB*, 1983, vol. 2, p. C-1; Voyez également BRUYNEEL, « Les prêts

361. Mécanisme issu de la pratique, les modalités de la subordination sont très variables.

Elle peut affecter les créances nées d'une opération déterminée (prêt, ouverture de crédit, émission d'obligations) ou s'étendre plus largement à toutes les créances actuelles et futures de celui qui la consent.

Elle peut être établie soit en faveur d'un ou de plusieurs autres créanciers (subordination dite spécifique), soit au profit de tous les autres créanciers (subordination générale)<sup>336</sup>.

La clause de subordination de créance spécifique ou générale peut être incorporée dans un contrat entre le créancier et le débiteur, dans un contrat entre créanciers, ou dans un accord tripartite. Elles peuvent aussi figurer dans un acte unilatéral<sup>337</sup>.

La clause peut être stipulée au moment de l'opération de prêt ou de crédit ou ultérieurement<sup>338</sup>. Selon les termes de l'acte qui l'exprime, la subordination peut être amenée à jouer dans tous les cas de concours, dans un seul ou plusieurs cas de concours déterminés par l'acte, voire même en dehors de toute situation de concours<sup>339</sup>.

362. La subordination de créance s'inscrit parmi les moyens de financement des entreprises, qui tendent à supplanter le capital à risque<sup>340</sup>: le recours à l'emprunt est plus souple et moins onéreux par rapport à la constitution ou à l'augmentation de capital<sup>341</sup>; l'emprunt n'affecte pas la majorité à l'assemblée; l'usage de la subordination permet de pallier les effets de la crise du capital à risque<sup>342</sup>. C'est ainsi que les créances subordonnées jouent le plus souvent un rôle équivalent à celui des fonds propres de l'entreprise<sup>343</sup>.

---

subordonnés », *Revue de la banque*, 1976, n° 7, p. 530 et suivantes; « Prêts participatifs à prêts subordonnés – Un nouveau mode de financement », *Feduci*, 1984, p. 301; VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*, *Feduci*, 1984, p. 352; MOREAU-MARGRÈVE, « A propos de quelques garanties en vogue », *Rev. Not. belge*, 1984, p. 338; LEROY, « Les clauses de préférence et de subordination en droit français des emprunts », *Revue Dr. des Affaires internationales*, 1986, p. 725; BRUYNEEL, « Les fonds propres des établissements de crédit », Rapport belge au Colloque de Syracuse les 23 et 25 septembre 1982; VAN HILLE, *Aandelen en obligaties*, Bruxelles, 1977, n° 455, p. 208; ECKER, « Het toereikend kapitaal in de concernverhouding », *Jura falconis*, 1980, n° 3-2, p. 447; RONSE, « Overzicht van rechtspraak - De vennootschappen », *T.P.R.*, 1978, n° 146, p. 792 et n° 275, p. 880; LEBRUN, *R.P.D.B.*, complément V, V° Epargne publique, n° 265; MOREAU-MARGRÈVE, *op. cit.* XXXIVe CDVA, Bruylant, 1983, p. 205 et suivantes.

<sup>336</sup> VELU, "La subordination de créance" in *Travaux de recherches réalisés au sein du Centre de droit privé et de droit économique de l'ULB, PUB*, 1983, vol 2, p. C-1.

<sup>337</sup> BRUYNEEL, *op. cit.*, *Revue de la Banque*, 1970, p. 548-549.

<sup>338</sup> BRUYNEEL, *op. cit.*, *Revue de la Banque*, 1976, p. 530.

<sup>339</sup> MOREAU-MARGRÈVE, *op. cit.*, *Rev. Not.*, 1984, p. 339.

<sup>340</sup> VELU, "La subordination de créance" in *Travaux de recherches réalisés au sein du Centre de droit privé et de droit économique de l'ULB, PUB*, 1983, vol 2, p. C-6; BRUYNEEL, Rapport belge au Colloque de Syracuse, 1982, Actes du Colloque, p. 174.

<sup>341</sup> SIMONT, *op. cit.*, *Feduci*, 1984, p. 301.

<sup>342</sup> VELU, « La subordination de créance » in *Travaux de recherches réalisés au sein du Centre de droit privé et de droit économique de l'ULB, PUB*, 1983, vol. 2, p. C-7.

<sup>343</sup> BRUYNEEL, *op. cit.*, *Revue de la banque*, 1976, p. 531.



## SECTION 2. RÉGIME JURIDIQUE

363. Le régime de la subordination n'est pas organisé par la loi.

Les prêts subordonnés sont cependant soumis, en Belgique, à certaines règles<sup>344</sup>, mais de manière très limitée. Ces règles touchent à leur comptabilisation par les entreprises d'une certaine importance, ainsi qu'à leur assimilation aux fonds propres de certaines entreprises soumises à un contrôle financier.

364. Il va de soi cependant que cette réglementation n'a de valeur que particulière et ne saurait fournir une réponse théorique et générale aux nombreuses questions juridiques que soulève la subordination de créance.

365. Une réponse théorique à ces questions est en réalité malaisée, en raison de la grande variété et de l'imprécision des actes divers qui établissent une subordination<sup>345</sup>. Deux grandes catégories peuvent toutefois être établies.

### A. La subordination spécifique

366. La subordination spécifique naît d'un engagement consenti par un ou plusieurs créanciers à l'occasion de l'ouverture d'un crédit, ou dans la perspective de cette ouverture, en faveur d'un autre créancier. L'engagement peut être pris soit par contrat avec le débiteur ou avec le créancier bénéficiaire, soit par simple engagement unilatéral émis par le créancier subordonné à l'un ou à l'autre, soit encore dans un contrat signé par les trois parties intéressées.

Dans la plupart des cas, on constate que l'engagement de subordination spécifique s'accompagne d'une mise en gage de la créance du créancier subordonné au profit du créancier bénéficiaire, ou de la cession fiduciaire à ce dernier de la créance du subordonné, ou, à tout le moins, d'un engagement de ce dernier de transférer au bénéficiaire tous produits d'un paiement qui serait reçu de la part du débiteur<sup>346</sup>.

---

<sup>344</sup> BRUYNEEL et VELU, *Les prêts subordonnés en droit belge*, Feduci, 1983, p. 122. Pour le régime des prêts subordonnés à l'étranger, voyez VELU, « La subordination de créance » *in Travaux de recherches réalisés au sein du Centre de droit privé et de droit économique de l'ULB, PUB*, 1983, vol. 2, p. 4 à 6; et les actes de la journée d'étude de Rouen, 19 novembre 1981, Feduci, 1983.

<sup>345</sup> VELU, « La subordination de créance » *in Travaux de recherches réalisés au sein du Centre de droit privé et de droit économique de l'ULB, PUB*, 1983, vol. 2, p. C-13; MOREAU-MARGRÈVE, *op. cit.*, *Rev. not.*, 1984, p. 340; BRUYNEEL et VELU, « Les prêts subordonnés en droit belge », *Feduci*, 1983, p. 124.

<sup>346</sup> VELU, « La subordination de créance » *in Travaux de recherches réalisés au sein du Centre de droit privé et de droit économique de l'ULB, PUB*, 1983, vol; 2, p. C-15. La subordination spécifique est généralement consentie par un associé majoritaire ou un dirigeant d'entreprise à l'occasion d'un crédit

367. Lorsqu'une garantie telle qu'une mise en gage ou une cession de créance fiduciaire double et accompagne la subordination ce seront les règles régissant ces sûretés, et les problèmes qu'elles soulèvent, qui devront être appliquées et résolues.

368. En cas de méconnaissance de l'engagement, le créancier bénéficiaire jouit, fréquemment en tous cas du droit de réclamer remboursement au subordonné<sup>347</sup>.

369. Lorsque l'engagement de subordination est appelé à jouer en cas de concours, le subordonné s'engage simplement à transférer tous paiements reçus du débiteur au bénéficiaire. Parfois, ce dernier se voit muni d'un mandat irrévocable de percevoir tous dividendes du subordonné auprès du débiteur, à charge de les imputer sur sa propre créance.

On constate donc que l'engagement de subordination spécifique contient le plus souvent beaucoup plus qu'une simple renonciation du subordonné à concourir avec le bénéficiaire de la subordination.

370. Il est parfois difficile de distinguer dans les actes-types, ce qui constitue l'engagement de subordination proprement dit et les autres modalités de garanties et de faveurs octroyées au bénéficiaire (gage, cession de créance, mandat de percevoir, obligation de transférer)<sup>348</sup>.

## **B. La subordination générale**

371. La subordination générale a pour effet de créer une créance de dernier rang qui, en cas de concours, n'est remboursable qu'après désintéressement complet de tous les autres créanciers tant privilégiés que chirographaires<sup>349</sup>.

372. Lorsqu'elle est consentie en faveur de tous les créanciers, la subordination consiste simplement en une renonciation, de la part d'un ou de plusieurs créanciers, au bénéfice du traitement égalitaire avec tous les autres créanciers, en cas de concours.

Tout comme la renonciation spécifique à concourir ou à être payé avant tel créancier bénéficiaire est valable en cas de subordination spécifique, la renonciation au bénéfice du traitement égalitaire vis-à-vis de tous les autres créanciers est valable également.

---

à la société qu'il possède ou gère (MOREAU-MARGRÈVE, *op. cit.*, XXXIVe CDVA, Bruylant, 1983, p. 207).

<sup>347</sup> MOREAU-MARGRÈVE, *op. cit.*, XXXIVe CDVA, Bruylant, 1983, p. 205.

<sup>348</sup> VELU, « La subordination de créance » *in* *Travaux de recherches réalisés au sein du Centre de droit privé et de droit économique de l'ULB*, PUB, 1983, vol 2, p. 14 à 23.

<sup>349</sup> VELU, « La subordination de créance » *in* *Travaux de recherches réalisés au sein du Centre de droit privé et de droit économique de l'ULB*, PUB, 1983, vol. 2, p. C-24. Dans la pratique belge, c'est plutôt dans le cadre d'émission d'obligations généralement convertibles et émanant d'une banque que l'on rencontre ce type de subordination.

373. La règle de l'égalité n'interdit nullement, en effet, à un créancier de renoncer à son rang, à sa préférence ou au bénéfice du traitement concurrentiel<sup>350</sup>.

Qu'il y ait subordination spécifique ou qu'il y ait subordination générale, il y a création d'une garantie réelle au profit des bénéficiaires. En effet, pour les créanciers bénéficiaires de l'engagement de subordination, il y a naissance d'une préférence ou d'une priorité qui leur est ainsi reconnue sur l'ensemble du patrimoine saisissable du débiteur, non absorbé par les créanciers munis d'une autre sûreté<sup>351</sup>.

Quelle est la source de ce droit et le régime auquel il est soumis?

On s'accorde à écarter la notion de stipulation pour autrui, parce que, dit-on, la volonté de stipuler pour autrui, élément psychologique de l'institution, fait défaut. Le stipulant qui est en l'espèce le débiteur emprunteur ou crédité, n' a pas la volonté d'avantager les éventuels bénéficiaires de la subordination, mais poursuit la recherche d'un avantage personnel, notamment l'assimilation des capitaux empruntés aux fonds propres de son entreprise<sup>352</sup>.

En outre, la stipulation pour autrui présente l'inconvénient de demeurer révocable jusqu'à son acceptation par le bénéficiaire. Il faudrait alors toujours prévoir en tous cas que le débiteur renonce à son droit de révocation, ce qui n'est pas exempt d'incertitudes<sup>353</sup>.

374. On ne saurait davantage estimer qu'en invoquant la subordination générale, quand elle est à tout le moins contenue dans un contrat avec le débiteur, les créanciers bénéficiaires se prévalent de l'effet externe des contrats<sup>354</sup>.

En effet, en réclamant à leur profit l'exécution de l'engagement de subordination, c'est de l'effet interne du contrat que se prévaudraient les créanciers, ce qui semble heurter le principe de la relativité des conventions<sup>355</sup>.

---

<sup>350</sup> VELU, « La subordination de créance » in *Travaux de recherches réalisés au sein du Centre de droit privé et de droit économique de l'ULB*, PUB, 1983, vol. 2, p. C-25; BRUYNEEL, *op. cit.*, *Revue de la Banque*, 1976, p. 548; SIMONT, *op. cit.*, *Feduci*, 1984, p. 302; MOREAU-MARGRÈVE, *op. cit.*, *Rev. Not.*, 1984, p. 339; MOREAU-MARGRÈVE, *op. cit.*, XXXIVe CDVA, Bruylant, 1983, p. 203.

<sup>351</sup> MOREAU-MARGRÈVE, *op. cit.*, *Rev. not.*, 1984, p. 339; MOREAU-MARGRÈVE, *op. cit.*, XXXIVe CDVA, Bruylant, 1983, p. 205, qui souligne qu'il y a en tous cas augmentation de la solvabilité du débiteur à concurrence de ce qui reviendrait au créancier subordonné. Contra mais à tort: BRUYNEEL, *op. cit.*, *Rev. de la Banque*, 1976, p. 546.

<sup>352</sup> Bruyneel, *op. cit.*, *Revue de la banque*, 1976, p. 550; Simont, *op. cit.*, *Feduci*, 1984, p. 302; VELU, « La subordination de créance » in *Travaux de recherches réalisés au sein du Centre de droit privé et de droit économique de l'ULB*, PUB, 1983, vol. 2, p. C-27.

<sup>353</sup> VELU, « La subordination de créance » in *Travaux de recherches réalisés au sein du Centre de droit privé et de droit économique de l'ULB*, PUB, 1983, vol. 2, p. C-27.

<sup>354</sup> En ce sens, VELU, « La subordination de créance » in *Travaux de recherches réalisés au sein du Centre de droit privé et de droit économique de l'ULB*, PUB, 1983, vol. 2, p. C-27.

<sup>355</sup> SIMONT, *op. cit.*, *Feduci*, 1984, p. 302; MOREAU-MARGRÈVE, *op. cit.*, XXXIVe CDVA, Bruylant, 1983, p. 207 et la note 227.

Selon Madame Velu, la source du droit des créanciers non parties à un accord de subordination spécifique, de réclamer à leur profit l'exécution de l'engagement de subordination générale, réside dans le caractère abdicatif de la renonciation du subordonné à primer ou à concourir avec ces créanciers<sup>356</sup>. La renonciation en effet peut être tacite. Elle n'a pas besoin d'être acceptée par celui auquel elle profite. Elle est irrévocable une fois qu'elle est efficace, c'est-à-dire émise. Elle possède un caractère extinctif du droit à l'égard de tous<sup>357</sup>.

Cependant, une renonciation abdicative n'est pas translatrice de droits. Simont a fait dès lors observer que cette explication ne rendrait pas compte du droit qu'auraient tous les créanciers se prétendant bénéficiaires d'une subordination générale de s'opposer à un paiement qui serait fait, en méconnaissance de l'engagement, au subordonné.

Dès lors, selon cet auteur, la source du droit des tiers d'exiger à leur profit l'exécution d'un engagement de subordination devrait plutôt être recherchée dans l'émission de volonté unilatérale du subordonné<sup>358</sup>.

On sait que l'émission de volonté unilatérale peut, sous réserve de certaines controverses, être source d'obligations et qu'un engagement par volonté unilatérale peut se trouver incorporé dans un contrat, dont il peut cependant se distinguer et en être détaché<sup>359</sup>.

En réalité, la thèse de Madame Velu apparaît cependant séduisante, parce qu'elle combine les effets de la renonciation abdicative avec ceux de l'acte unilatéral, fût-il incorporé dans une convention comme on vient de le dire.

Une renonciation abdicative unilatérale, fût-elle incorporée dans un contrat dont les autres aspects demeurent relatifs, a un effet erga omnes. Si elle n'est pas en soi translatrice de droit, elle est cependant extinctive de droit à l'égard de tous. Tous les créanciers pourront donc se prévaloir de l'extinction du droit du subordonné de concourir avec eux, et ce droit, ils l'acquiescent en vertu de la loi: dès lors que le subordonné a renoncé à invoquer la règle de l'égalité à son profit, c'est la loi qui indique ceux qui demeurent aptes à en bénéficier<sup>360</sup>.

---

<sup>356</sup> VELU, « La subordination de créance » in *Travaux de recherches réalisés au sein du Centre de droit privé et de droit économique de l'ULB, PUB, 1983*, vol. 2, p. C-30 et 31.

<sup>357</sup> VELU, « La subordination de créance » in *Travaux de recherches réalisés au sein du Centre de droit privé et de droit économique de l'ULB, PUB, 1983*, vol. 2, p. C-30 et 31.

<sup>358</sup> SIMONT, *op. cit.*, *Feduci*, 1984, p. 303. Contra: MOREAU-MARGRÈVE, *op. cit.*, XXXIV<sup>e</sup> CDVA, Bruylant, 1983, p. 206, pour qui il ne peut y avoir engagement par volonté unilatérale là où il n'y a pas stipulation pour autrui faute de la volonté psychologique d'avantager les créanciers bénéficiaires qui, selon cet auteur, devrait être présente et ne l'est pas davantage dans l'engagement par volonté unilatérale.

<sup>359</sup> VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*, *Feduci*, 1984, p. 352. Voyez VELU, « La subordination de créance » in *Travaux de recherches réalisés au sein du Centre de droit privé et de droit économique de l'ULB, PUB, 1983*, vol. 2, p. C-31 et 33 et les références de la page C-31 à l'acte de renonciation unilatérale.

<sup>360</sup> VELU, « La subordination de créance » in *Travaux de recherches réalisés au sein du Centre de droit privé et de droit économique de l'ULB, PUB, 1983*, vol. 2, p. C-33. MOREAU-MARGRÈVE a cependant

---

vivement critiqué cette analyse en affirmant que le concept de renonciation y joue le rôle de passe-partout (*op. cit.*, Rev. not. 1984, p. 342).