

INTRODUCTION

Comment éviter, dans les droits belge et uniforme de l'OHADA¹, que l'admission des garanties conventionnelles permettant d'échapper au concours et la consécration des sûretés réelles sans cesse plus importantes aillent jusqu'à priver totalement les créanciers chirographaires de tout paiement en cas de faillite ou liquidation des biens ? Telle est la question centrale de la présente recherche.

Institution classique du droit commercial, la faillite est organisée depuis les temps anciens où l'on admet que le commerce ne peut vivre sans confiance et que, quoiqu'il arrive, les dettes régulièrement contractées doivent être acquittées.

Elle se singularise, à ses origines, par les conditions extrêmement difficiles imposées aux débiteurs défaillants² avant de se cristalliser, par la suite, sur leurs biens, qui deviennent dorénavant le gage de leurs créanciers³. Cette mainmise sur les biens revêt une double portée : d'une part, toute la fortune est comprise dans l'envoi en possession et d'autre part, la *missio in possessionem* est accordée dans l'intérêt de tous les créanciers. Il s'agit là de deux traits caractéristiques de la faillite moderne qui se retrouvent déjà dans le droit romain⁴ : le dessaisissement du débiteur portant sur tous ses biens au profit de tous ses créanciers.

C'est l'adoption des statuts au Moyen Age par les villes du Nord de l'Italie qui viendra cependant organiser systématiquement la procédure des faillites. C'est pour cette raison qu'on

¹ Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires.

² A. Ch. RENOARD et J. BEVING, *Traité des faillites et banqueroutes*, Bruxelles, Librairie Panthéon Classique et Littéraire, 1851, p. 6. Ces auteurs relèvent, par exemple, que la législation des Hébreux permettait aux débiteurs, pour honorer leur créance, de vendre leur personne et celle de leurs enfants ; la sévérité des lois grecques, quant à elles, ne fut pas moins grande, même à Athènes. Lire également, J. PERCEROU et M. DESSERTAUX, *Faillites, banqueroutes et liquidations judiciaires*, t. I, 1935, p. 6. Ces derniers renseignent, quant à eux, qu'à l'époque à Rome, la Loi des XII Tables (451-450 av. J.C.) permettait aux créanciers, au moyen de la procédure de *manus injectio*, de se saisir du débiteur pour le réduire en esclave ou le tuer ; le débiteur cédé comme esclave passait corps et biens à l'acheteur, qui devenait propriétaire à la fois et du corps et de l'ensemble des biens. Ils précisent, en outre, que la *manus injectio* conduisait à une vente en bloc du patrimoine dont le prix se répartissait au marc le franc entre les créanciers.

³ V. A. Ch. RENOARD et J. BEVING, *ibid.*, p. 7, qui notent que la Loi POETILIA (l'an de Rome 429) apporte une évolution capitale à l'institution : dorénavant, les créanciers auront pour gage les biens du débiteur et non plus sa personne. J. PERCEROU et M. DESSERTAUX, *ibid.*, p. 6, observent, à leur tour, que la procédure de la *missio in possessionem* a fait entrer l'institution dans une seconde phase de son développement : s'il n'est plus permis aux créanciers de se saisir du corps du débiteur, l'appréhension des biens de celui-ci devient néanmoins immédiate.

⁴ J. PERCEROU et M. DESSERTAUX, *ibid.*, p. 7 ; A. Ch. RENOARD et J. BEVING, *ibid.*, p. 9 ; P. SANTELLA, « Le droit des faillites d'un point de vue historique », *Faillite et concordat judiciaire : un droit aux contours incertains et aux interférences multiples*, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 218 et s.

estime d'ailleurs que c'est à cette période qu'on doit situer l'origine directe de la faillite moderne⁵.

L'évolution historique de l'institution laisse apparaître en tout cas que le droit des faillites, en organisant de manière étendue et structurée le concours des créanciers, vise à sauvegarder les intérêts des créanciers et à régler équitablement leurs droits respectifs⁶, d'une part et de l'autre, à éviter, par l'organisation minutieuse d'une procédure collective de liquidation, des poursuites anarchiques dirigées contre le débiteur failli.

Elle révèle, en outre, la nécessité absolue de traiter les créanciers sur un pied d'égalité étant donné que la fonction de paiement assignée à la faillite conduit à la satisfaction des intérêts des créanciers du débiteur défaillant dans une perspective égalitaire.

Mais, au stade actuel de l'évolution du droit des faillites, le constat suivant s'impose : si la procédure de faillite est idéalement faite pour payer les créanciers du débiteur, il ne reste pas moins vrai que la réalité économique prouve à suffisance qu'en dépit du caractère collectif et égalitaire de la faillite, le paiement des créanciers chirographaires est assuré de manière pour le moins modeste en raison de l'efflorescence des sûretés de tous genres, génératrices d'autant de conflits de rang, combinée avec les mécanismes préférentiels et dans une certaine mesure les dettes de la masse⁷.

De manière générale, le législateur organise, relativement aux difficultés de la vie commerciale, la faillite⁸, le concordat judiciaire et, lorsqu'elle est déficitaire, la liquidation

⁵ J. PERCEROU et M. DESSERTAUX, *op. cit.*, p. 12. On relève, en effet, que la tendance fut de charger directement les autorités publiques de toute exécution, de passer la procédure de faillite entièrement entre les mains de l'autorité publique (le juge saisissait directement les biens du débiteur insolvable et les distribuait aux créanciers) et de permettre aux autorités publiques de prendre possession des biens aliénés par le débiteur pendant une période antérieure à la faillite, nommée « période suspecte » (J. PERCEROU et M. DESSERTAUX, *ibid*, p. 13 ; A. Ch. RENOARD et J. BEVING, *op. cit.*, p. 10 ; P. SANTELLA, « Le droit des faillites d'un point de vue historique », *loc. cit.*, pp. 220-221).

⁶ L. LACOUR et J. BOUTERON, *Précis de droit commercial*, 3^e éd., t. II, Paris, Dalloz, 1925, pp. 360-361.

⁷ Ceci contraste évidemment avec la réalité ancienne, comme l'observe un auteur en ces termes : « Au siècle dernier, la masse des créanciers chirographaires était de beaucoup la plus importante et le passif garanti par un privilège général était extrêmement faible. De telle sorte que chacun était pratiquement assuré de trouver son dû ou en tout cas les créanciers chirographaires avaient l'espérance de récupérer une partie de leurs avances. C'était là une « situation paradisiaque », qui (...) ne se présente plus de nos jours » (P. SERLOOTEN, « L'entreprise en difficulté, le trésor, la Sécurité sociale et les autres », *Etudes dédiées à Alex WEILL*, Paris, Dalloz-Litec, 1983, p. 495).

⁸ Ainsi dénommée en droit belge, elle est connue en droit uniforme OHADA sous le nom de « liquidation des biens ». Nous utiliserons par conséquent, dans la suite de l'exposé, soit les deux terminologies, soit l'une d'elles selon le cas.

d'une société. Ceux-ci sont considérés par la doctrine comme des exemples classiques de procédures collectives de liquidation, qui sont à l'origine d'un concours des créanciers⁹. Ce dernier est plus important en cas de faillite ou liquidation des biens où la cessation des paiements provoque des réactions en chaîne dans la vie des affaires : les créanciers, y compris les travailleurs - créanciers, sont privés de ressources sur lesquelles ils comptaient, en plus du fait que les travailleurs se retrouvent dépourvus de la base de leur patrimoine¹⁰.

La limitation de cette étude à la faillite ou liquidation des biens trouve d'ailleurs sa justification dans le fait que l'ouverture de ces deux procédures entraîne, de toute façon, des conséquences graves et directes sur la situation de tous les créanciers et illustre mieux leur concours étant donné que le débiteur est dessaisi de la disposition de son patrimoine, désormais réservé au désintéressement de ses créanciers. Ces procédures permettent donc, à travers leur organisation, leur finalité et leurs conséquences, d'évaluer aisément et complètement comment le droit positif protège et entend satisfaire les intérêts souvent divergents des créanciers en concours¹¹.

La présente recherche se propose dès lors d'apprécier comment « le droit de la faillite » ou le « droit de la liquidation des biens », ainsi que, sans doute, plus généralement celui de l'ensemble des procédures d'insolvabilité, qui portent essentiellement sur la question de savoir comment répartir le mal que cause une faillite parmi les créanciers concernés¹², procède à ce devoir.

⁹ Fr. T'KINT, *Sûretés et Principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, 4^e éd., Bruxelles, Larcier, 2004, p.53 ; M. FILIGA SAWADOGO, *OHADA. Droit des entreprises en difficulté*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 2 qui relève que le règlement préventif organisé par l'Acte uniforme de l'OHADA ne constitue pas strictement parlant une procédure collective, car il intervient avant la cessation des paiements, à l'initiative exclusive du débiteur qui veut en bénéficier.

¹⁰ L'on a dit, à l'égard de travailleurs, pour insister sur la spécificité de leur situation, qu'il ne s'agit pas pour eux de défendre simplement comme n'importe quel créancier, un élément quelconque de son patrimoine, mais, en fait, le fondement même de ce patrimoine, c'est-à-dire la vente de sa force de travail (J. – P. BRILMAKER, « Quelques aspects des droits et créances des travailleurs en cas de faillite », in *Bulletin de la Fondation André Renard*, A.I.M. Biblio, 1984, n° 144, pp. 2 à 12 et n° 146-147, pp. 3 à 15, spéc. p. 5, cité par A. ZENNER, *Dépistage, faillites et concordats*, Bruxelles, Larcier, 1998, pp. 507-508).

¹¹ On dit, en effet, qu'il est de la nature des faillites d'exacerber les prétentions, à la mesure des sacrifices exigés et qu'il est également de la nature du droit des faillites de répartir les sacrifices et d'assurer l'équilibre des intérêts (v. G. BOLARD, « Principes d'un nouveau droit des faillites », *D.*, 1983, p. 179, qui estime qu'il s'agit là d'une exigence morale et que c'est aussi une condition d'efficacité).

¹² V. Fr. T'KINT et WERNER DERIJCKE, « Sûretés et procédures collectives : Etude de droit comparé », *Faillite et concordat judiciaire : Un droit aux contours incertains et aux interférences multiples*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 542.

Plusieurs études se sont déjà penchées sur cette question. Déplorant le sort réservé surtout aux créanciers chirographaires au moment de la répartition de l'actif du débiteur, elles ont proposé plusieurs solutions pour améliorer leur situation en cas de concours découlant de ces procédures¹³. Parmi ces solutions, on peut citer la réforme des procédures de faillite et de concordat, la réforme du régime des sûretés en général et de celui des privilèges en particulier, la clarification du régime des propriétés-sûretés et la mise en place d'une part réservataire pour les créanciers chirographaires.

Notre recherche se démarquera de ces études par sa démarche comparative. Elle approfondira ainsi, dans les ordres juridiques belge et de l'OHADA, d'abord la place de tous les créanciers dans le concours découlant de la faillite ou liquidation des biens – procédure retenue pour apprécier le sort des créanciers chirographaires –, ensuite les causes de l'« immolation » de ces derniers dans ledit concours et enfin les solutions qui peuvent y remédier.

En effet, l'ouverture de la faillite ou liquidation des biens fait entrer les divers créanciers du débiteur concerné en concours, lequel fait naître une égalité entre eux. Cette égalité, qui constitue un principe fondamental de l'exécution forcée et qui s'applique intégralement aux créanciers chirographaires, fut conçue comme une règle assurant le paiement le plus égalitaire possible de ceux-ci. Cependant, les traductions actuelles de l'idée d'égalité entre les créanciers en droit positif en font une idée à géométrie variable. Elles affectent distributivement, mais pas toujours clairement, soit le cercle des créanciers chirographaires, soit l'ensemble des créanciers¹⁴.

¹³ Voir notamment A. CLOQUET, *Les nouvelles*, Les concordats et la faillite, 3^e éd., t. IV, Bruxelles, Larcier, 1985, pp. 864 et s. ; P. CROCQ, *Propriété et garantie*, Paris, L.G.D.J., 1995, pp. 207 et s. ; Y. DUMONT, « Des faillites, banqueroutes, sursis et concordats. Evolutions – Tendances et souhaits de réformes », *J.T.*, 1982, pp. 188 et s. ; M. FILIGA SAWADO, « L'application judiciaire du droit des procédures collectives en Afrique francophone, à partir de l'exemple du Burkina Faso », *Revue Burkinabè du Droit*, n° 26, 1994, pp. 230 et s. ; I. MOREAU-MARGREVE, « Faut-il réviser les dispositions du Code civil en matière de sûretés et dans l'affirmative, quelles seraient les grandes orientations d'une révision ? », *Liber memorialis François LAURENT*, Bruxelles, E. Story-Scientia, 1989, pp. 581 et s. ; « Intervention à la journée d'études organisée le 27 octobre 1994 par la Commission Droit et Vie des Affaires (C.D.V.A.) de la Faculté de droit de Liège », *L'entreprise en difficulté : vers un nouveau droit*, C.D.V.A., Ed. Collection de Droit de Liège, 1995, pp. 151-153 ; C. MOULY, « Procédures collectives : assainir le régime des sûretés », *Etudes dédiées à René ROBLOT*, Paris, L.G.D.J., 1984, pp. 529 et s. ; I. VEROUGSTRAETE, « Le développement des sûretés et les entreprises en difficulté », *Les sûretés*, Colloque de Bruxelles des 20 et 21 octobre 1983, Paris, FEDUCI, 1984, pp. 532 et s. ; A. ZENNER, *op. cit.*, pp. 1036 et s.

¹⁴ M. CABRILLAC, « Les ambiguïtés de l'égalité entre les créanciers », *Mélanges en hommage à André BRETON et Fernand DERRIDA*, Paris, Dalloz, 1991, p. 34.

Le moins que l'on puisse dire, à ce niveau, est que la situation des créanciers chirographaires dans le concours découlant de la faillite ou liquidation des biens, comparativement à celle des créanciers bénéficiaires de « causes légitimes de préférence », est actuellement préoccupante.

Ils ont, en effet, perdu tout espoir de recevoir une quelconque somme, car non seulement l'actif du débiteur, à supposer qu'il puisse être totalement « reconstitué », se vide par suite de la multiplication des « paiements directs », des actions directes, des actions en résolution, des clauses de réserve de propriété, de la compensation des dettes connexes, bref, des « revendications » de toutes sortes qui s'exercent, sans oublier l'accroissement parfois démesuré du passif dit de masse. De plus, le peu qu'il en reste, augmenté du produit des actions en inopposabilité appartenant en propre à la masse chirographaire, va se retrouver à l'avenir distribué aux créanciers bénéficiaires de sûretés¹⁵.

Or, comme le notait justement THALLER¹⁶, « ceux des créanciers que la bonne organisation de la faillite intéresse le plus, les seuls à vrai dire, que la loi ait entendu protéger, lorsqu'elle a institué ce mode de liquidation, sont les chirographaires... Les créanciers qui ont pris des garanties, telles qu'un gage ou une hypothèque ne voient pas leurs intérêts mis en péril par la chute pécuniaire du débiteur : leur sûreté subsiste (...) ».

En outre, le règlement des créanciers chirographaires n'étant pas moins souhaitable économiquement¹⁷, il s'avère en tout cas difficile de justifier les plus grands sacrifices naturellement demandés aux créanciers ordinaires actuellement dans les procédures collectives sous examen par rapport aux autres créanciers du débiteur défaillant.

Le crédit chirographaire passe ainsi manifestement pour la plus grande victime du droit actuel de la faillite ou liquidation des biens pourtant censé le protéger. Sans doute la règle de

¹⁵ F. DERRIDA, « Le crédit et le droit des procédures collectives », *Etudes offertes à René RODIERE*, Paris, Dalloz, 1981, p. 70. L'auteur constate alors que les curateurs ou syndics ne seront plus que des agents de recouvrement des créanciers bénéficiaires de sûretés, et les procédures collectives (notamment la faillite ou la liquidation des biens), compte tenu du nombre de clôtures pour insuffisance d'actif et du montant dérisoire de l'actif à distribuer aux créanciers chirographaires, que des machines « tournant à vide ».

¹⁶ E. THALLER, *Des faillites en droit comparé*, T. II, 1887, p. 2, cité par S. PIEDELIEVRE, « La mise en œuvre des sûretés réelles dans les procédures collectives », *Petites affiches*, n° 188, 20 septembre 2000, p. 12.

¹⁷ G. BOLARD, « Principes d'un nouveau droit des faillites », *loc. cit.*, p. 179. L'auteur observe que leur règlement est souhaitable économiquement pour l'entreprise elle-même et pour l'économie nationale, dans la mesure où leur sacrifice constitue une perte sèche, qui se traduit par une ponction sur la richesse nationale, plus ou moins douloureuse mais à coup sûr génératrice d'une réduction des revenus et des investissements et d'un accroissement de chômage.

l'égalité assure-t-elle théoriquement sa protection, mais sur quoi portera-t-elle si l'actif distribuable est épuisé – comme c'est le cas souvent, si pas toujours – par les mécanismes conventionnels permettant d'échapper au concours, les sûretés réelles spéciales, les privilèges généraux et, dans une certaine mesure, les dettes de la masse ?

On doit, certes, se demander plus que jamais pourquoi organiser une procédure de faillite ou liquidation des biens destinée à protéger tous les créanciers si seuls certains créanciers doivent, en définitive, en profiter. Il faut se demander également si, au nom de l'amélioration de la situation des créanciers chirographaires, on doit priver les sûretés réelles et les mécanismes conventionnels permettant d'échapper au concours de tout ou partie de leurs effets au moment où elles trouvent l'essentiel de leur utilité.

Quoi qu'il en soit, il nous semble qu'au lieu de continuer à consacrer la défaite systématique des créanciers chirographaires, il vaut mieux tenter de valoriser leur situation dans les procédures sous examen en recherchant les réformes qui, dans le respect de l'intérêt de tous les créanciers en concours, leur permettraient d'espérer également quelque remboursement.

Ce qui suppose qu'on admet que, même si les mécanismes conventionnels permettant d'échapper au concours et les sûretés réelles sont justifiés par des intérêts légitimes à bien d'égards, il n'est ni rationnel, ni équitable qu'ils absorbent l'entièreté ou presque de l'actif du débiteur¹⁸.

Pour sortir les créanciers ordinaires de cette précarité, le législateur devrait donc réexaminer ces principaux facteurs de leur sacrifice en réévaluant leur fondement juridique, économique et social et examiner, en vue de renforcer les résultats de la première démarche, la possibilité d'instaurer une part réservataire pour les créanciers chirographaires en cas de faillite ou liquidation des biens. Il s'agit là, à notre avis, de deux pistes principales qui mériteraient d'être exploitées afin d'améliorer le sort de ces derniers.

¹⁸ Certains auteurs ont abondé dans le même sens. C'est le cas notamment de M. T'KINT, qui écrit que cette situation est assurément malsaine, car du double point de vue de l'intérêt général et de l'efficacité économique, il ne peut être question, sans heurter l'équité, que les créanciers ordinaires soient totalement sacrifiés en cas de faillite (Fr. T'KINT, *op. cit.*, 4^e éd., p. 202) ; de M. CLOQUET, qui souligne que le sort qui leur est fait n'est pas juste (A. CLOQUET, *op. cit.*, p. 864).

Cette étude mettra en exergue le fait que le concours découlant de la faillite ou liquidation des biens entraîne, dans les deux systèmes juridiques sous examen, une égalité entre tous les créanciers, qui n'est pas abstraite, mais concrète, car elle vise à imposer une discipline collective aux créanciers en concours, chaque fois que des conditions différentes ne commandent pas un traitement différent. Ce sera l'objet de la première partie.

Cependant, l'impact de ces conditions différentes dans lesquelles se trouvent souvent les différents créanciers du débiteur et qui imposent un traitement différent est important. Il conduit, dans les deux ordres juridiques, à un affaiblissement de l'égalité dans le concours et y fait qu'elle ne profite, en définitive, à certains créanciers – en l'occurrence les créanciers ordinaires – que de manière marginale. Les exceptions au principe de l'égalité seront ainsi traitées dans la deuxième partie.

Cette évolution, dommageable à coup sûr à ces créanciers, fait du crédit chirographaire la grande victime de la procédure actuelle de la faillite ou liquidation des biens, pourtant censée les protéger et leur profiter. Une réforme de la matière, qui s'avère certes difficile, mais nécessaire, s'impose dès lors en vue d'aboutir à une meilleure répartition du mal que cause la faillite ou liquidation des biens parmi les créanciers concernés. La troisième partie examinera ainsi les perspectives de réforme.

Avant de commencer cette étude, qu'il nous soit permis d'en définir brièvement l'esprit pour en préciser les limites. Nous voulons d'abord montrer qu'alors que l'objectif principal des procédures sous examen est, dans les droits belge et uniforme de l'OHADA, la protection des intérêts de tous les créanciers du débiteur défaillant par l'organisation d'une procédure collective dans une perspective égalitaire, elles aboutissent malheureusement, à cause de l'admission des mécanismes conventionnels permettant d'échapper au concours et de l'octroi par le législateur de sûretés réelles sans cesse plus importantes à certains créanciers, à sacrifier totalement les créanciers chirographaires.

Les règles de la faillite ou liquidation des biens n'étant pas faites pour consacrer leur défaite définitive, nous nous proposons ensuite de présenter et d'apprécier les différentes pistes d'amélioration de leur situation en vue de montrer que la mission est certes possible, mais périlleuse.

Il n'est pas superflu d'indiquer au point où nous en sommes que nous n'entendons pas examiner le problème des créanciers chirographaires au regard de différentes procédures collectives. Nous nous intéresserons, plus exactement, à leurs droits individuels au paiement de leurs créances en cas de faillite ou liquidation des biens¹⁹.

En outre, cette étude analysera essentiellement l'impact des sûretés réelles sur les créanciers ordinaires et négligera par conséquent celui des sûretés personnelles, car seules les premières posent le crucial problème de leur rencontre avec le principe d'égalité et le droit commun de la liquidation collective, vu qu'elles caractérisent les sûretés trouvées dans le patrimoine du débiteur, alors que les secondes sont procurées par un tiers²⁰.

Enfin, la matière sous examen étant minutieusement réglementée, la présente recherche trouvera l'essentiel de son argumentation dans les droits positifs belge et uniforme de l'OHADA, ordres juridiques retenus pour cette étude comparative. Les solutions proposées par le droit positif français seront cependant mises à profit par moment, chaque fois qu'il sera nécessaire d'éclairer ou d'expliquer les positions fondamentales du droit belge et surtout des actes uniformes de l'OHADA qu'il semble avoir profondément inspirés.

Aussi, dans une matière où les droits positifs concernés réservent une place de prédilection aux cours et tribunaux, qui, en plus des contestations qui doivent leur être soumises, doivent déclencher la procédure et en assurer le suivi jusqu'à son terme, l'intérêt de la jurisprudence, considérée par ailleurs comme le droit vivant, ne peut être sous-estimé. Nous y ferons recours, autant que de besoin, car c'est elle qui dose la carence de dispositions techniques, en augmentant les nuances qui font la richesse de la discipline juridique.

L'objet même de notre étude nous impose donc de scruter les droits positifs concernés et de recourir à l'approche jurisprudentielle pour leur application concrète. Il nous exige également d'utiliser la méthode comparative en vue de non seulement mettre en exergue la situation précaire des créanciers chirographaires dans les différentes procédures d'ordre qui seront examinées, mais aussi tenir compte, dans la recherche de solution au problème des dits créanciers, du contexte socio-économique assurément différent dans les ordres juridiques

¹⁹ Ce qui signifie que cette procédure illustre mieux que les autres les enjeux du concours des créanciers et que nous ne nous concentrerons pas sur l'impact éventuel des lacunes procédurales sur les créanciers ordinaires.

²⁰ A.M. STRANART, *Les sûretés*, Bruxelles, E. Story-Scientia, 1992, p. 5.

concernés, qui peut être à la base de certains principes nouveaux y introduits et justifier la pertinence de certains principes y consacrés.

Première partie : L'EGALITE DES CREANCIERS DANS LE CONCOURS DECOULANT DE LA FAILLITE OU LIQUIDATION DES BIENS

L'objectif principal de cette partie est de montrer que le concours de créanciers résultant de l'ouverture de la procédure de faillite (en droit belge) ou liquidation des biens (en droit uniforme OHADA) entraîne des conséquences importantes à l'égard de tous les créanciers, qui sont désormais soumis à une discipline collective et au respect des règles strictes de détermination de l'actif et du passif.

En effet, la recherche de la protection des droits de tous les créanciers du débiteur défaillant et l'organisation de la procédure dans l'intérêt de tous dans une perspective égalitaire animent, de manière particulière, la procédure à ce niveau. Dès lors, l'on ne peut apercevoir, à ce stade, un sacrifice particulier imposé à la seule catégorie des créanciers ordinaires, car le concours des créanciers résultant de l'ouverture de la procédure entraîne un nivellement de leur condition juridique allant parfois jusqu'à la remise en cause des droits de certains d'entre eux grâce notamment aux inopposabilités de la période suspecte.

Pour le vérifier, nous allons adopter une subdivision tripartite. Afin de rendre aisée la compréhension des principes régissant l'égalité des créanciers dans le concours découlant de la faillite ou liquidation des biens, nous allons d'abord répondre à la double interrogation suivante : d'où vient le droit de la faillite et comment se traduit-il dans les législations belge et uniforme OHADA (chapitre I).

Nous montrerons ensuite que la procédure collective que constitue la faillite ou liquidation des biens est organisée de manière à sauvegarder les intérêts des différents créanciers du failli désormais regroupés en une masse et à régler équitablement leurs droits respectifs grâce à la réalisation du patrimoine du failli (chapitre II).

Nous dégagerons et commenterons enfin les conséquences de l'égalité des créanciers dans le concours découlant de la faillite ou liquidation des biens (chapitre III).

Chapitre I. L'EGALITE DES CREANCIERS DANS LE CONCOURS AU REGARD DE LEGISLATIONS ANTERIEURES RELATIVES A LA FAILLITE

Nous poursuivons ici un double objectif : d'une part, montrer l'origine ainsi que l'évolution des principaux principes et règles qui gouvernent le concours et l'égalité des créanciers en cas de faillite ou liquidation des biens et, d'autre part, voir, pour le besoin de nos débats ultérieurs, le sort réservé chaque fois aux intérêts des créanciers dans cette procédure.

Nous allons ainsi, pour l'intelligence de la question, présenter succinctement l'historique du droit de la faillite (section I). Cela nous permettra de comprendre les origines, l'évolution ainsi que l'état actuel des règles et principes régissant le concours et l'égalité des créanciers en cas de faillite en droit belge (section II) ou de liquidation des biens dans les Etats membres de l'OHADA jusqu'à l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif (section III).

Section I. Bref aperçu historique du droit de la faillite

L'histoire du droit de la faillite peut être retracée en trois points : la période du droit romain (§1), bien connu pour sa sévérité à l'égard des créanciers défaillants, la période des statuts de l'Italie médiévale (§2), dont sont issues les règles de la faillite actuelles et la période de la codification napoléonienne en France (§3).

§1. De la faillite en droit romain²¹

Le non paiement des dettes régulièrement contractées préoccupe déjà le droit romain. La législation s'y intéresse d'abord en durcissant les conditions du débiteur défaillant et ensuite, en octroyant aux créanciers le droit de s'emparer directement des biens du débiteur.

En effet, à Rome, la Loi des XII Tables (451-450 av. J.C.) permettait aux créanciers, au moyen de la procédure de *manus injectio*, de se saisir du débiteur pour le réduire en esclave

²¹ On se référera sur cette question aux commentaires de J.PERCEROU et M. DESSERTAUX, *op. cit.*, pp. 5 et s. ; A. Ch. RENOARD et J. BEVING, *op. cit.*, pp. 5 et s. ; L. LACOUR et J. BOUTERON, *op. cit.*, pp. 363 et s. ; P. SANTELLA, « Le droit des faillites d'un point de vue historique », *loc. cit.*, pp. 218 et s.

ou le tuer. Le débiteur cédé comme esclave passait dès lors corps et biens à l'acheteur, qui devenait propriétaire à la fois et du corps et de l'ensemble des biens²².

Cette procédure, qui avait un caractère pénal et qui conduisait non pas à l'appropriation du patrimoine du débiteur seulement mais aussi à son appréhension personnelle, avait été abandonnée grâce à la Loi POETILIA de l'an de Rome 429, qui avait fait de la liberté civile un grand progrès : dorénavant, les créanciers auraient pour gage les biens du débiteur et non plus sa personne²³. Cette limitation apportée par l'époque républicaine au droit du créancier implique qu'il ne peut plus tuer ni vendre le débiteur et subordonne son pouvoir sur celui-ci à l'intervention d'un magistrat²⁴.

La procédure de la *missio in possessionem* fera entrer par la suite l'institution dans une seconde phase de son développement : si les créanciers ne sont plus autorisés à se saisir du corps du débiteur, l'appréhension des biens de celui-ci devient néanmoins immédiate et leur permet de s'attaquer directement à sa fortune²⁵. Ainsi, afin de l'inciter à payer ses dettes, cette procédure de la vente en bloc permet aux créanciers de saisir la totalité des biens du débiteur aux fins de vente²⁶. Elle sera ensuite étendue aux biens du débiteur de bonne foi jusqu'à remplacer complètement l'exécution personnelle²⁷.

Il y a lieu de remarquer que la mainmise directe sur le patrimoine gardait le même caractère général et collectif qu'elle présentait autrefois, à l'époque où elle n'apparaissait que comme une conséquence de la *manus injectio*. Aussi doit-on noter que la *missio in possessionem* pouvait être prononcée à la requête d'un seul créancier, mais s'il l'obtenait, ce n'était pas à son profit exclusif, c'était aussi au profit de ceux qui viendraient plus tard à se joindre à la poursuite. D'où la constitution d'une masse créancière, tout à fait analogue à celle qui forme aujourd'hui un des éléments essentiels de la faillite²⁸.

²² V. J. PERCEROU et M. DESSERTAUX, *op. cit.*, p. 6 et P. SANTELLA, « Le droit des faillites d'un point de vue historique », *loc. cit.*, p. 219.

²³ V. A. Ch. RENOARD et J. BEVING, *op. cit.*, p. 6.

²⁴ V. P. SANTELLA, « Le droit des faillites d'un point de vue historique », *ibid.*, p. 219.

²⁵ V. J. PERCEROU et M. DESSERTAUX, *ibid.*, p. 6.

²⁶ V. P. LE CORRE, *Le créancier face au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises*, T. I, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2000, p. 19.

²⁷ V. P. SANTELLA, « Le droit des faillites d'un point de vue historique », *ibid.*, p. 219.

²⁸ V. J. PERCEROU et M. DESSERTAUX, *ibid.*, p. 7.

La portée générale de cette mainmise révèle deux traits caractéristiques de la faillite moderne qui se retrouvent déjà dans le très vieux droit romain²⁹ : toute la fortune du débiteur est comprise dans l'envoi en possession et la *missio in possessionem* est accordée dans l'intérêt de tous les créanciers.

Une autre procédure va cependant entrer en usage au début de l'Empire : un *magister*, nommé par les créanciers, vend aux enchères le patrimoine en bloc ; il l'adjudge à celui qui offre aux créanciers le dividende le plus élevé (*bonorum venditio*). Ce système d'exécution constitue ainsi, à l'époque classique, le droit commun applicable à tous les débiteurs. Ce *magister* est le gardien du contrôle de la procédure et a l'administration provisoire des biens du débiteur.

Le remplacement du *bonorum venditio* par les *bonorum distractiones* interviendra cependant à la dernière période du droit romain : c'est l'apparition de la réalisation des biens en détail³⁰. On constatera qu'en dépit de ce changement dans le procédé de réalisation du gage, les deux caractères fondamentaux de l'institution sont restés intacts : il y a toujours dessaisissement du débiteur portant sur tous ses biens et au profit de tous ses créanciers.

Comme on peut le remarquer, toutes ces procédures d'exécution placent le débiteur en condition de grave infériorité morale et juridique (*infamia*). C'est pourquoi on organise, pour protéger l'honneur des débiteurs malheureux, mais de bonne foi, la *cessio bonorum*. Celle-ci, organisée à partir d'une Loi Julia du temps de CESAR ou d'AUGUSTE, consiste dans l'abandon par le débiteur de tous ses biens à ses créanciers, à l'exception de ceux qui sont strictement nécessaires à sa survie. Elle consacre ainsi de manière explicite l'exécution directe des créanciers sur les biens du débiteur, tout en faisant échapper le débiteur à l'emprisonnement pour dettes ainsi qu'à l'infamie³¹.

Il sied de noter enfin que ce droit romain ne faisait pas de différence entre les commerçants et les non-commerçants, car la même procédure de liquidation collective existait à l'égard de tous les débiteurs insolvable en faveur de l'ensemble de leurs créanciers.

²⁹ V. A. Ch. RENOUEAU et J. BEVING, *op. cit.*, p. 9 ; J. PERCEROU et M. DESSERTAUX, *op. cit.*, p. 7.

³⁰ V. L. LACOUR et J. BOUTERON, *op. cit.*, pp. 363-364 ; J. PERCEROU et M. DESSERTAUX, *ibid.*, p. 7 ; P. SANTELLA, « Le droit des faillites d'un point de vue historique », *loc. cit.*, p. 219.

³¹ V. J. PERCEROU et M. DESSERTAUX, *op. cit.*, p. 8 ; P. SANTELLA, « Le droit des faillites d'un point de vue historique », *ibid.*, p. 219.

PERCEROU et DESSERTAUX ont conclu, en s'appuyant sur cette évolution de la procédure d'exécution en droit romain, que la faillite moderne, avec ses traits essentiels, son caractère de procédure générale embrassant la totalité du patrimoine, son syndicat des créanciers armés de droits égaux, le dessaisissement du débiteur, a ses racines profondes dans le droit romain³². Mais, comme l'admet une doctrine abondante, « il fallut [...] attendre l'apparition des villes marchandes italiennes pour que les procédures de faillite renaissent »³³ ; pour qu'on ait un droit de la faillite élaboré³⁴.

§2. De la faillite dans les statuts des cités italiennes du Moyen Age

L'adoption des statuts au Moyen Age par les villes du Nord de l'Italie est à l'origine directe de la faillite moderne³⁵. Certains auteurs estiment même que le droit commercial moderne a son berceau en Italie. Ici se trouve, soulignent-ils, la chaîne qui nous unit au monde romain³⁶.

Les renseignements contenus dans les lois commerciales de Gênes, Florence, Milan et Venise sont éloquentes quant à ce. Ils laissent apparaître d'abord que la nécessité d'une procédure permettant aux créanciers d'exécuter leurs créances sur les biens du débiteur insolvable se faisait particulièrement sentir dans ces cités industrielles qui vivaient du commerce et du crédit ; ensuite, que la connaissance approfondie du droit romain permettait aux juristes de l'époque d'adapter aisément la *bonorum venditio* aux besoins de leurs contemporains ; et enfin, que le régime de liquidation des biens ne fut point pratiquement le même partout, car chaque ville avait son autonomie, même si, sur les questions importantes, tous les statuts consacraient les mêmes règles et ce sont celles-ci qui, d'ailleurs, aujourd'hui encore, servent de fondement à notre droit du concours³⁷.

En effet, les statuts de ces villes énonçaient déjà le principe fondamental, bien connu de nos législations actuelles, selon lequel la faillite consiste dans la cessation des paiements ; ils consacraient également, à cette époque, le dessaisissement, l'exigibilité des créances à terme,

³² V. J. PERCEROU et M. DESSERTAUX, *op. cit.*, p. 8.

³³ V. P.-M. LE CORRE, *op. cit.*, p. 19.

³⁴ V. I. VEROUGSTRAETE et al., *Manuel de la faillite et du concordat*, éd. 2003, Bruxelles, Editions Kluwer, 2003, p. 5. Lire également P. COPPENS, *Cours de droit commercial*, vol. V, 1985, p. 688 ; Y. GUYON, *Droit des affaires. Entreprises en difficultés – Redressement judiciaire – Faillite*, 9^e éd., t. II, Paris, Ed. ECONOMICA, 2003, p. 8 ; J. PERCEROU et M. DESSERTAUX, *ibid.*, pp. 11 à 12.

³⁵ V. J. PERCEROU et M. DESSERTAUX, *ibid.*, p. 12 ; P. COPPENS, *ibid.*, p. 688.

³⁶ V. A. Ch. RENOARD et J. BEVING, *op. cit.*, p. 9.

³⁷ V. J. PERCEROU et M. DESSERTAUX, *ibid.*, p. 12.

l'organisation, avec plus ou moins de rigueur selon les cités, de la période suspecte ; et instituaient, pour la première fois, des règles de forme précises sur la procédure de la faillite³⁸.

La faillite, à cette époque, fut marquée par son caractère rigoureusement criminel : elle était considérée comme un crime et, par voie de conséquence, le débiteur failli était frappé d'une série de peines, d'incapacités et de déchéances³⁹. Une présomption de fraude planait sur le débiteur défaillant, qui pouvait être emprisonné et dont les sanctions déjà sévères étaient aggravées lorsqu'il avait commis des malhonnêtetés notoires. Considéré ainsi comme banqueroutier, son banc à l'assemblée des marchands était brisé solennellement. De ce fait, il lui était lui-même interdit de siéger dans cette dernière. D'où l'expression encore en vigueur de banqueroute, dérivée de *banca rotta* en italien signifiant le banc rompu. En même temps, les biens de ce débiteur étaient liquidés en suivant une procédure respectueuse de l'égalité des créanciers⁴⁰.

Mais, en vue de soustraire les débiteurs de bonne foi à la sévérité de la faillite, il fut introduit, dans les républiques de Gênes et de Venise, le concordat, grâce auquel le débiteur pouvait établir un arrangement amiable avec ses créanciers. Ce concordat, qui devait être approuvé par une majorité qualifiée des créanciers ordinaires et prévoir, pour chaque classe de créanciers, un remboursement proportionnel au crédit, consacrait l'intervention des autorités publiques soit pour la conclusion soit pour l'homologation de l'accord⁴¹.

Il y a lieu de noter qu'à l'instar de la *missio in possessionem* romaine, les statuts n'exigeaient pas, pour soumettre un débiteur à la procédure de concours, qu'il ait la qualité de commerçant, même si la faillite apparaissait, dans la législation statutaire, comme une institution essentiellement commerciale, née des besoins de commerce et faite pour lui. On estime ainsi que s'il est arrivé parfois, dans les républiques italiennes, qu'on l'ait appliquée à des débiteurs civils, ce ne fut, en tout cas, qu'à titre exceptionnel et peut-être parce qu'ils avaient, eux aussi,

³⁸ On peut citer notamment les règles selon lesquelles tous les actes faits par le failli ou par ses ayants - cause, après la faillite devenue notoire, étaient présumés simulés et étaient nuls, les sommes payées par le failli avant leur échéance, ou à certains créanciers sans cause légitime de préférence, et au mépris de l'égalité qui devait exister entre tous, étaient rapportables, et les paiements étaient annulés, la faillite rendait exigibles les créances contre le failli, la nomination des syndics qui reconnaissaient l'état de l'actif et du passif et traitaient avec le failli au nom de la masse (J. PERCEROU et M. DESSERTAUX, *op. cit.*, p. 13 ; A. Ch. RENOARD et J. BEVING, *op. cit.*, p. 10).

³⁹ V. P. SANTELLA, « Le droit des faillites d'un point de vue historique », *loc. cit.*, p. 221. Lire aussi P.-M. LE CORRE, *op. cit.*, pp. 19 et s. ; Y. GUYON, *op. cit.*, p. 8.

⁴⁰ V. Y. GUYON, *ibid.*, p. 8.

⁴¹ V. P. SANTELLA, « Le droit des faillites d'un point de vue historique », *ibid.*, p. 221.

passé quelques actes de négoce⁴². On considère d'ailleurs que la procédure de la faillite revêtait, à cette époque, un caractère corporatiste, car elle était essentiellement organisée par les commerçants pour les commerçants⁴³.

Les villes italiennes ont donc fait un important progrès par rapport au droit romain. En effet, alors qu'ici les créanciers avaient la possibilité d'obtenir, directement et individuellement, le remboursement de leurs créances en prenant possession des biens du débiteur, là la tendance fut de charger directement les autorités publiques de toute exécution, de passer la procédure de faillite entièrement entre les mains de l'autorité publique – le juge, qui saisissait directement les biens du débiteur insolvable et les distribuait aux créanciers – et de permettre aux autorités publiques de prendre possession des biens aliénés par le débiteur pendant une période antérieure à la faillite, nommée « période suspecte »⁴⁴.

Cette procédure de faillite élaborée par les législations des communes italiennes se répandit dans toute l'Europe à travers le réseau des rapports commerciaux qui les reliait au reste de l'Europe⁴⁵. Les principes essentiels de la procédure de concours contenus dans les statuts des grandes cités commerciales – Gênes, Florence, Milan et Venise – furent connus en Europe grâce essentiellement aux foires qui avaient une grande importance à cette époque et qui en favorisèrent la diffusion.

Nous focaliserons maintenant notre attention essentiellement sur le rôle joué par ces législations italiennes lors de la codification napoléonienne, laquelle a, à son tour, inspiré profondément les législations à la base de cette étude de droit comparé.

§3. De la codification napoléonienne

L'introduction, en France, de ce droit italien date de la fin du 12^e siècle et ce, grâce au commerce d'argent qui se faisait aux foires de Champagne et de Brie et, plus tard, par l'établissement des Florentins réfugiés, qui fondèrent des maisons de banque à Lyon.

⁴² V. J. PERCEROU et M. DESSERTAUX, *op. cit.*, p. 14 ; A. Ch. RENOARD et J. BEVING, *op. cit.*, p.11. Ces auteurs relèvent d'ailleurs que l'exercice du commerce était si général à Gênes que tout citoyen y était réputé commerçant.

⁴³ V. Y. GUYON, *op. cit.*, p. 8.

⁴⁴ V. P. SANTELLA, « Le droit des faillites d'un point de vue historique », *loc. cit.*, pp. 220-201.

⁴⁵ *Idem*, pp. 221-222.

Ce fut surtout par Lyon que les coutumes commerciales de l'Italie s'introduisirent en France, et que particulièrement le droit italien sur les faillites domina dans les usages du commerce français jusqu'à l'époque où l'ordonnance de COLBERT de 1673 l'inscrivit dans les lois françaises⁴⁶.

L'Ancien droit français garda ainsi à peu près le même régime, tout en distinguant mieux la malchance, l'imprudence et la fraude⁴⁷. Les ordonnances de François I^{er} en 1536 et de Charles IX en 1560 tout comme l'édit de 1609 revêtirent particulièrement un caractère répressif en édictant que les banqueroutiers seront jugés « extraordinairement et capitalement ». Ils ne pouvaient échapper à une telle rigueur que par la cession de tout leur actif afin de procéder à la vente des biens et à la distribution aux créanciers. La grande ordonnance de 1673 s'inscrit aussi dans cette mouvance en édictant la peine de mort contre les banqueroutiers frauduleux, c'est-à-dire contre tout débiteur qui détourne le gage de ses créanciers⁴⁸.

L'apparition en France du concept moderne de la faillite, c'est-à-dire l'institution d'une liquidation collective du patrimoine du débiteur, dans l'intérêt commun de tous les créanciers, date du milieu du 17^e siècle. Les marchands édictèrent, en effet, à Lyon, en 1667, à l'occasion des foires de cette ville, un règlement modelé sur les statuts italiens, qui constituèrent également une source essentielle pour les auteurs de l'ordonnance de 1673 dont les dispositions relatives à la faillite étaient jugées trop brèves et insuffisantes⁴⁹.

Cette ordonnance de 1673, complétée par la déclaration royale du 23 décembre 1699, contenait notamment, quelques règles sur l'ouverture de la faillite, l'assemblée des créanciers, la nomination d'un administrateur, la formation d'un concordat de majorité, la lettre de répit que le Roi avait la faculté d'accorder aux commerçants qui déposaient eux-mêmes leur bilan. On reconnaît également à cette ordonnance, le mérite d'avoir donné, pour la première fois à l'institution, une nature commerciale applicable aux seuls commerçants.

Il s'agissait, malgré tout, d'une législation fort défectueuse, car les fautes même graves étaient impunies, la peine de mort prononcée en cas de fraude n'était, en fait, guère appliquée. Bref,

⁴⁶ V. A. Ch. RENOARD et J. BEVING, *op. cit.*, p. 12.

⁴⁷ V. Y. GUYON, *op. cit.*, p. 8.

⁴⁸ On lira, à propos de cette sévérité des textes de l'époque, L. LACOUR et J. BOUTERON, *op. cit.*, p. 36 ; R. ROBLOT, *Traité élémentaire de droit commercial*, 6^e éd., Paris, L.G.D.J., 1970, p. 799.

⁴⁹ V. L. LACOUR et J. BOUTERON, *ibid.*, p. 364.

les créanciers n'étaient pas protégés⁵⁰. Ceci eut pour conséquence qu'elle tomba partiellement en désuétude lorsqu'arriva la Révolution⁵¹.

C'est pourquoi, avec la crise financière qui a suivi la Révolution, les abus d'un agiotage sans frein donnèrent lieu, dans les premières années du 19^e siècle, à des faillites scandaleuses, qui furent apparaître l'insuffisance de la protection accordée par la loi aux créanciers.

L'Empereur, afin de remédier à cette situation, ordonna alors au Conseil d'Etat, en 1807, de reprendre l'étude du projet de code de commerce, dont la rédaction fut même hâtée par Napoléon dans le but de réglementer la faillite.

Le livre III de ce code de commerce français de 1807 consacré à la faillite distingua nettement, pour la première fois, la faillite de la déconfiture et en fit une institution spécialement réservée aux commerçants. Il l'organisa dans un esprit extrêmement rigoureux compte tenu de tous les défauts de la loi de 1673 et de la crise financière qui a suivi, en plaçant, à cet effet, toutes les opérations de liquidation sous la haute main de l'autorité judiciaire et en apportant des restrictions considérables aux droits de certains créanciers privilégiés, particulièrement la femme du failli⁵².

C'est ainsi que la partie du code consacrée aux faillites se ressentit des circonstances qui avaient présidé à sa préparation : on vit la fraude partout, et les faillis apparurent comme des criminels, alors qu'ils étaient peut-être simplement des imprudents ou même des malheureux⁵³.

Pareille sévérité allait cependant nuire aux créanciers dans la mesure où la crainte de la prison déterminait souvent le débiteur à prendre la fuite, après avoir retardé le plus possible sa chute afin d'échapper à la prison et rendait ainsi impossible un concordat qui aurait pu constituer la meilleure solution pour tous les intéressés⁵⁴.

⁵⁰ V. Ch. LYON-CAEN et L. RENAULT, *Manuel de droit commercial*, 11^e éd., Paris, LG.D.J., 1913, p. 786.

⁵¹ On peut lire pour de plus amples renseignements à ce sujet : L. LACOUR et J. BOUTERON, *op. cit.*, pp. 364-365 ; R. ROBLOT, *op. cit.*, p. 800.

⁵² V. L. LACOUR et J. BOUTERON, *ibid.*, p. 365.

⁵³ V. Ch. LYON-CAEN et L. RENAULT, *ibid.*, p. 786.

⁵⁴ V. L. LACOUR et J. BOUTERON, *ibid.*, p. 365 ; M. JUGLART et B. IPPOLITO, *Cours de droit commercial avec plans et études des questions pratiques*, 1^{ère} éd., 3^e vol., Paris, éd. Montchrestien, 1969, p. 9 ; A. Ch. RENOARD et J. BEVING, *op. cit.*, p.58.

Les dispositions légales relatives aux faillites étaient donc fort rigoureuses. En outre, la bureaucratisation de la procédure permettait aux créanciers de n'entrer en possession que très tard des actifs que l'on arrivait à saisir. Le résultat fut d'inciter les créanciers à contourner la faillite et à accepter des accords de droit privé (arrangements amiables) avec leurs débiteurs insolvable⁵⁵.

Mais cette situation ne dura pas longtemps, car dès 1827, on prépara une révision de la législation ; elle aboutit à la loi du 28 mai 1838 qui refondit tout le livre III du code de 1807 consacré à la faillite. L'influence de la bourgeoisie commerçante, sous le règne de Louis-Philippe, aboutit à un adoucissement sensible des règles du code de 1807 grâce à cette loi de 1838⁵⁶, qui fut modifiée à plusieurs reprises⁵⁷.

Cette loi a eu plusieurs mérites : la déclaration judiciaire d'un plus grand nombre de faillites, la rapidité dans les règlements des droits et les recouvrements, la diminution des frais, la liquidation et la conclusion des faillites dans des conditions moins désastreuses et plus sûres⁵⁸.

Ses principes ont inspiré certains législateurs, notamment le législateur belge de 1851, comme nous le verrons lors de l'examen du rôle joué par cette codification napoléonienne dans l'évolution et l'élaboration du droit de la faillite en Belgique. Aussi son influence ne sera-t-elle pas passée inaperçue dans les Etats membres de l'OHADA.

Section II. Evolution de la faillite en droit belge

L'influence des statuts des cités italiennes du Moyen Age – qui consacraient déjà des notions telles que la cessation de paiement, le dessaisissement, la période suspecte, le concordat,... – au moment de la codification napoléonienne vient d'être exposée. Les développements qui suivent laisseront apparaître, à leur tour, la place qu'a occupée la législation commerciale française en Belgique depuis 1795 jusqu'en 1851, car il n'existait pas ici des législations spéciales aux faillites dans le sens moderne⁵⁹.

⁵⁵ V. P. SANTELLA, « Le droit des faillites d'un point de vue historique », *loc. cit.*, p. 223.

⁵⁶ On relève notamment le fait que l'incarcération du failli devenait facultative même si les déchéances de la faillite demeuraient encore sévères.

⁵⁷ Pour l'essentiel de ces modifications, voir Ch. LYON-CAEN et L. RENAULT, *op. cit.*, p. 786 et s. et surtout R. ROBLOT, *op. cit.*, pp. 801 et s.

⁵⁸ V. A. Ch. RENOUCARD et J. BEVING, *op. cit.*, p. 61.

⁵⁹ *Idem*, p. 67.

Pour bien rendre compte de différents points saillants de l'évolution de la faillite en droit belge, nous retiendrons trois périodes traitant successivement de l'ancien droit en Belgique (§1), de lois des 18^e et 19^e siècles (§2) et des 20^e et 21^e siècles (§3).

§1. De l'ancien droit

Au temps de l'ancien droit coutumier des régions de Belgique, excepté Liège où les principes du droit romain l'emportaient sur la coutume, il n'était pas fait de différence entre les insolvable, selon qu'ils étaient ou non commerçants.

Aussi peut-on constater qu'en dépit de divergences entre les coutumes et les édits, l'usage permettait généralement au créancier d'user de la contrainte par corps contre son débiteur (Coutume d'Anvers, titre 27, article 32; Coutume de Bruxelles, article 86,...).

Les biens du débiteur étaient déjà considérés comme gage collectif de ses créanciers et les coutumes d'Anvers, de Bruxelles, du Franc de Bruges, de Courtrai,...faisaient apparaître nettement l'existence d'une masse des créanciers.

Le droit coutumier des régions précitées connaissait, par ailleurs, à cette époque, le paiement proportionnel des créances, la nécessité pour le créancier de faire valoir ses droits avant la distribution des deniers, la désignation d'un curateur, la représentation des créanciers par ce dernier, le privilège accordé au curateur sur les biens du débiteur⁶⁰. C'est autant dire que ces régions de Belgique organisaient déjà le concours des créanciers dans une perspective égalitaire.

En outre, le droit ancien faisait aussi recours, en matière de faillite, aux notions telles que l'arrêt du cours des intérêts, la notion de dette de masse (par rapport à la dette privilégiée) et établissait même une distinction nette entre la véritable cessation de paiement et celle qui résultait d'une gêne passagère⁶¹.

⁶⁰ Voir à propos de ces acquis de l'ancien droit, A. CLOQUET, *op. cit.*, p. 5.

⁶¹ *Idem*, p. 5.

L'Edit de Charles V du 20 octobre 1541⁶² régissait l'abandon d'actif et la faillite jusqu'au moment où le parlement dans le ressort des Flandres avait suivi l'ordonnance au fait de commerce de 1673 de Colbert. Les juges et consuls devaient homologuer cet abandonnement, qui était publié et enregistré au greffe de la chambre consulaire. La conséquence était que le débiteur était déchargé du surplus de ses dettes, sauf retour à meilleure fortune⁶³.

De toutes ces coutumes, le rôle joué, sur le plan commercial, par la coutume d'Anvers rédigée en 1545 et imprimée en 1582 fut incontestable. Son titre 65, intitulé « Des personnes fugitives et insolubles », renfermait des dispositions complètes sur l'administration des biens des faillis ou banqueroutiers et les incapacités qui les frappaient. Elle autorisait l'arrestation des personnes faillies et l'exécution sur leurs biens. Tout en distinguant l'état de banqueroute et faillite, elle consacrait la dévolution immédiate des biens, actions et créances des faillis à leurs créanciers, la nomination des curateurs pour administrer, gérer la faillite et distribuer le prix. Les droits des différents créanciers étaient réglés par le titre 66 intitulé « des droits de préférence entre créanciers ».

La coutume de Bruges était, pour sa part, connue pour sa réglementation méthodique de la procédure et des formalités en matière de faillite⁶⁴.

Bref, les dispositions relatives à la faillite, à cette époque, sont essentiellement d'origine coutumière et ont principalement pour objectif le désintéressement des créanciers ; leur sévérité à l'égard de la personne du failli est manifeste.

La contribution des siècles suivants mérite d'être analysée.

§2. Des lois des 18^e et 19^e siècles

Vers le 18^e siècle, la situation décrite ci-haut connaîtra des modifications. Ainsi, la Belgique réunie à la France par la loi du 9 vendémiaire an IV (1^{er} octobre 1795) verra son droit ancien supprimé et remplacé par la législation française⁶⁵.

⁶² *Placcards de Flandres*, t. I, fol. 776, cité par I. VEROUGSTRAETE et al., *op. cit.*, éd. 2003, p. 5.

⁶³ V. I. VEROUGSTRAETE et al., *ibid.*, p. 5.

⁶⁴ Voir pour le rôle joué par les coutumes à cette époque en matière de faillite, A. Ch. RENOARD et J. BEVING, *op. cit.*, pp. 68-70.

⁶⁵ V. L. FREDERICQ, *Principes de droit commercial belge*, t. III, Gand, Van Rysselberghe et Rombaut, 19934, p. 40.

Après le régime français, et durant le régime hollandais, le code de commerce de l'Empire (rendu exécutoire en Belgique le 1^{er} janvier 1808) a régi le droit commercial en Belgique jusqu'à la Révolution de 1830⁶⁶.

Ce code instituait, en effet, le dessaisissement et exigeait un jugement pour que soit reconnu l'état de faillite d'un commerçant. Il était caractérisé en outre par l'importance du rôle du juge et se démarquait volontairement du système anglais qui reposait essentiellement sur l'initiative des créanciers ; une distinction qui persistera à travers les décennies entre les systèmes juridiques d'inspiration anglo-américaine et française⁶⁷.

Au cours de cette période, un arrêté du 29 novembre 1814 rétablit, sous le régime hollandais, le sursis de paiement dans les provinces du nord du royaume, tandis qu'un autre, du 25 novembre 1814 en étend les effets aux provinces du sud. Ce sursis était accordé par le Roi. C'est pourquoi des abus résultant de l'interférence du pouvoir exécutif dans les faillites motivèrent la décision du Constituant, après la révolution belge de 1830, de modifier l'état des choses : ce qui fut fait en 1851 dans le titre IV de la loi sur les faillites, qui confia au pouvoir judiciaire le droit d'accorder le sursis⁶⁸.

Remarquons que bien que le Congrès National eût déclaré, dans l'article 139-9° de la Constitution belge de 1831, qu'il était urgent de pourvoir, dans le plus bref délai possible, à la révision de la législation des faillites et des sursis, ce n'est qu'en 1841 qu'une commission fut nommée. Elle déposa son rapport en 1846. Ce travail servit comme projet de loi présenté le 22 décembre 1848 par le Ministre HAUSSY. Le texte légal, très sérieusement examiné par les commissions de la chambre et du Sénat, fut voté après des débats ne portant que sur certains points essentiels et sanctionné par le Roi le 18 avril 1851⁶⁹.

Cette loi séparée, réclamée par tous depuis 1831, fut celle de 1851 dont le titre IV, consacré aux faillites, rénova à la fois la faillite et le sursis de paiement. Une doctrine abondante reconnaît que cette loi fut, hormis des légers changements, la reproduction de la loi française

⁶⁶ V. A. CLOQUET, *op. cit.*, p. 5 ; I. VEROUGSTRAETE et al., *op. cit.*, éd. 2003, p. 5.

⁶⁷ V. I. VEROUGSTRAETE et al., *ibid.*, p. 5.

⁶⁸ V. A. CLOQUET, *ibid.*, p. 5.

⁶⁹ Voir au sujet du mécanisme d'adoption de cette loi, L. FREDERICQ, *op. cit.*, p. 40 ; A. Ch. RENOUEAU et J. BEVING, *op. cit.*, p. 74 ; A. CLOQUET, *ibid.*, p. 5 ; I. VEROUGSTRAETE et al., *ibid.*, p. 5.

du 28 mai 1838, œuvre législative dont on est unanime à reconnaître la haute tenue juridique⁷⁰.

Soulignons également que la loi de 1851, en Belgique, tout comme celle de 1838, en France, modifiait certaines règles du Code de 1807, notamment en assortissant ses prescriptions de sanctions, qui jusque là faisaient défaut, en atténuant la sévérité du régime, en évitant la multiplicité des frais, en s'efforçant de réduire les causes de lenteur de la liquidation et en réorganisant la période suspecte⁷¹. Il s'agit donc d'une réforme qui porte essentiellement sur l'atténuation des sévérités anciennes à l'égard du débiteur, sur une accélération de la procédure, sur une organisation nouvelle de la période suspecte en plus du fait qu'un ensemble de mesures sont introduites pour sanctionner efficacement des dispositions légales considérées comme d'ordre public⁷².

On peut aisément remarquer que le législateur de 1851 s'est inspiré de deux idées fondamentales :

- la procédure collective et le concordat : ici, on consacre la perte du droit des créanciers d'agir personnellement contre leur débiteur en faveur de l'organisation d'une liquidation globale au profit de l'ensemble des créanciers formant une « masse ». La représentation de ceux-ci par le curateur est consacrée. La loi montre, également, que l'action commune ne doit pas nécessairement aboutir à une réalisation judiciaire des biens du débiteur, car ce dernier peut proposer à l'assemblée générale de ses créanciers un arrangement appelé concordat et qui a pour effet, après homologation, de replacer le débiteur à la tête de ses affaires ; le refus de l'accorder faisant suivre son cours à la faillite et aboutissant à la vente des biens et à une répartition entre les intéressés, au prorata de leurs créances respectives.
- Le dessaisissement et la période suspecte : le législateur interdit au débiteur, par le dessaisissement, d'encre administrer ses biens ou de les aliéner. Il ne pourra plus, désormais, apporter aucune modification à son patrimoine, la gestion étant dévolue au curateur. Bien plus, cette déchéance ne remonte qu'à une époque antérieure, qui s'étend entre la date de cessation de paiements et le jour du jugement déclaratif de faillite. Ainsi,

⁷⁰ On lira, à propos des liens entre la loi de 1838 et celle de 1851, A. CLOQUET, *op. cit.*, p. 5 ; L. FREDERICQ, *op. cit.*, p. 40 ; A. Ch. RENOARD et J. BEVING, *op. cit.*, p. 74.

⁷¹ V. A. CLOQUET, *ibid.*, p. 5 ; L. FREDERICQ, *ibid.*, p. 41.

⁷² V. L. FREDERICQ, *ibid.*, p. 41.

certaines actes du débiteur préjudiciables à la masse et faits pendant cette période dite suspecte, peuvent – et dans quelques cas doivent – être annulés par le tribunal⁷³.

Bien que ces améliorations aient été efficaces, car, depuis le vote de la loi de 1851, les commerçants ont pris l'habitude de recourir régulièrement à une liquidation légale, plutôt qu'à tout autre mode, des reproches ont été faits à cette loi portant principalement sur la lenteur des liquidations, le formalisme et la sophistication du régime, l'importance des frais et la modicité des dividendes payés⁷⁴.

Au demeurant, les lois belges des 18^e et 19^e siècles ont, à l'instar des lois françaises de cette même époque, particulièrement organisé le concours des créanciers découlant de la faillite. Elles l'ont placé sous l'œil vigilant du juge et l'ont caractérisé par un complet dessaisissement du débiteur défaillant.

§3. Des lois des 20^e et 21^e siècles

Cette période ne fut pas caractérisée par des modifications profondes de la loi de 1851, hormis la retouche relativement mineure de quelques points concernant essentiellement les droits des créanciers.

Il a, en effet, été observé que la législation sur les faillites n'a subi que quelques modifications, dictées principalement par la nécessité de la mettre en concordance avec des modifications apportées à des textes qui lui étaient originairement étrangers, et son économie est demeurée inchangée alors même qu'elle ne pouvait plus assurer convenablement son rôle⁷⁵. D'où le rôle important joué, en pareille circonstance, par la pratique judiciaire dans la lecture des textes.

Il eût fallu, d'ailleurs, une augmentation sensible du nombre de faillites suivie d'une chute importante du nombre de concordats pour qu'on se rendit compte que le régime des

⁷³ V. L. FREDERICQ, *op. cit.*, p. 42. On peut lire aussi la synthèse du régime de la faillite élaborée par J. Van RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, t. IV, Bruxelles, Etablissement Emile Bruylant, 1965, n° 2626, cité par A. ZENNER, *op. cit.*, p. 69.

⁷⁴ V. L. FREDERICQ, *ibid.*, p. 40; I. VEROUUGSTRAETE et al., *op. cit.*, éd. 2003, p. 5. On a relevé cependant que les inconvénients qui sont dénoncés ont souvent moins leur cause dans la loi elle-même que dans la manière dont elle est exécutée et dans les circonstances qui provoquent les faillites (L. FREDERICQ, *ibid.*, p. 41).

⁷⁵ V. A. ZENNER, *ibid.*, pp. 74-75.

entreprises en difficulté tel qu'organisé par la loi du 18 avril 1851 (portant régime de la faillite et du sursis de paiement) et par les lois de juin 1887 et d'août 1946 (portant régime du concordat préventif de la faillite ou judiciaire), ne répondait plus, à divers égards, aux besoins économiques et sociaux⁷⁶.

L'évolution de la situation économique montra en outre que ce régime de la faillite, conçu pour le petit commerce et l'artisanat, était difficilement transposable aux grandes entreprises industrielles constituées en sociétés anonymes, en plus du fait que la sévérité de la loi de 1851 à l'égard du commerçant défaillant et le caractère inquisitoire de sa procédure furent rigoureusement dénoncés⁷⁷.

Cette période fut donc caractérisée par l'attente incontestable d'une réforme. C'est pourquoi, en réaction à tout cela, plusieurs tentatives de refonte du texte eurent lieu, aboutissant à l'adoption des projets déposés en juillet 1997 (lois du 17 juillet 1997 sur le concordat judiciaire et du 8 août 1997 sur les faillites). Cette dernière abroge, en son article 149, la loi du 18 avril 1851 sur les faillites, banqueroutes et sursis, qui avait fait l'objet de dix-neuf modifications.

Par cette réforme, le législateur a entendu approuver, en matière de faillite, une loi tendant essentiellement à assurer à un niveau acceptable une rapide liquidation. C'est ainsi qu'a été supprimé le concordat après faillite à cause, notamment, de son inefficacité.

Le législateur entend, en outre, laisser une responsabilité accrue, tant dans le déclenchement de la faillite que dans son déroulement, aux créanciers et au failli lui même ; le tribunal de commerce ne pouvant être considéré comme le tuteur permanent des entreprises⁷⁸.

L'option est alors prise d'organiser, d'une part, une procédure préventive (loi du 17 juillet 1997) et, de l'autre, une procédure de liquidation (loi du 8 août 1997) : si la première loi opère une innovation en mettant en place un cadre juridique adéquat permettant aux entreprises connaissant des difficultés financières passagères de se redresser durablement, le concordat judiciaire s'étant vu assigné la délicate mission d'offrir « une alternative efficace et

⁷⁶ On peut lire avec intérêt sur ce point, A. ZENNER, *op. cit.*, pp. 73-74 ; I. VEROUGSTRAETE et al., *op. cit.*, éd. 2003, pp. 6-7 ; Ph. GERARD et al., *op. cit.*, p. 9.

⁷⁷ V. Ph. GERARD et al., *ibid.*, pp. 9-10.

⁷⁸ V. I. VEROUGSTRAETE et al., *ibid.*, p. 7 et A. ZENNER, *ibid.*, p. 99.

économiquement justifiée » à la faillite et l'intention du législateur étant d'en faire la procédure de base du droit de l'entreprise en difficulté⁷⁹ ; la seconde, pour sa part, a pour objectif, lorsqu'il est clair qu'un redressement durable est hors d'atteinte, d'organiser la liquidation de l'entreprise en difficulté dans des conditions qui, idéalement, doivent être telles que les créanciers – dont la considération des intérêts doit, ici, avoir la priorité – soient désintéressés le plus complètement et le plus rapidement qu'il est possible⁸⁰. Ici, l'intérêt des créanciers demeure le critère décisif de la liquidation, alors que là le redressement de l'entreprise demeure primordial.

On indiquera, pour terminer, que dès l'entrée en vigueur, le 1^{er} janvier 1998, s'est imposée la nécessité de réviser les lois des 17 juillet et 8 août 1997. On peut citer, à titre d'exemple, la loi du 27 mai 1998 qui modifie l'article 631 du Code judiciaire et les articles 5, 6 et 7 de la loi du 17 juillet 1997 ; la loi du 12 mars 2000 portant interprétation de l'article 101, alinéa 3, de la loi sur les faillites⁸¹ ; la loi du 4 septembre 2002 modifiant la loi du 8 août 1997 sur les faillites, le Code judiciaire et le Code des sociétés entrée en vigueur le 1^{er} octobre 2002 ; la loi du 20 juillet 2005 modifiant la loi sur les faillites du 8 août 1997 et portant diverses dispositions fiscales. Il y a donc lieu de s'attendre à davantage de modifications compte tenu de la mouvance même de la matière.

En définitive, la réforme de 1997 reconduit les principes et règles antérieurs régissant le concours des créanciers et garantissant leur égalité en cas de faillite, tout en favorisant de manière significative la participation des créanciers et du failli dans la procédure et la liquidation rapide du patrimoine de ce dernier.

Voyons maintenant quelle a été la situation dans les Etats membres de l'OHADA.

Section III. Evolution dans les Etats membres de l'OHADA jusqu'à l'Acte uniforme

L'évolution du droit des entreprises en difficulté en France exposée ci-dessus est d'une grande importance pour cette étude à plusieurs égards : tous les Etats francophones d'Afrique, soit

⁷⁹ V. Th. BOSLY, « Quatre années d'application de loi sur le concordat judiciaire », *Faillite et concordat judiciaire : un droit aux contours incertains et aux interférences multiples*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 475.

⁸⁰ V. Ph. GERARD et al., *op. cit.*, p.12.

⁸¹ V. A. ZENNER, « La « réparation » des lois sur le concordat judiciaire et la faillite », *Faillite et concordat judiciaire : un droit aux contours incertains et aux interférences multiples*, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 581-582.

avaient conservé la législation française léguée pendant la colonisation, soit s'inspiraient plus ou moins fidèlement des réformes qui ont été introduites en France après les indépendances⁸².

Un rappel de cette évolution en France s'impose donc ici (§1) avant de se livrer à l'examen de l'évolution et de l'état du droit des procédures collectives dans les Etats parties au Traité de l'OHADA au moment de l'adoption de l'Acte uniforme (§2). Nous terminerons cette analyse par un bref commentaire de l'Acte uniforme de l'OHADA portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif (§3).

§1. Rappel de l'évolution historique en France

Trois phases seront brièvement décrites ici : avant le Code de commerce (A), le Code de commerce et ses modifications (B) et les grandes réformes (C).

A. Avant le Code de commerce

La faillite moderne, a-t-on vu, a ses racines profondes dans le droit romain. Elle a cependant connu un grand progrès et a été, de ce fait, mieux organisée, en tant que procédure unique, au Moyen Age, précisément dans les statuts des villes italiennes à la fin du 15^e siècle⁸³. Ici, les biens du débiteur étaient liquidés dans le respect de l'égalité des créanciers et on y procédait au vote du concordat, c'est-à-dire au vote sur les modalités de règlement des créanciers.

Par la suite, les ordonnances royales sont venues, en France, gouverner la faillite et la banqueroute, en consacrant la compétence des tribunaux consulaires pour tout ce qui concerne les faillites.

B. Le Code de commerce et ses modifications

Le Code de commerce de 1807, qui s'est largement inspiré de l'ancien droit, privilégiait, on l'a dit, le paiement des créanciers et la sanction du débiteur. Pour ce faire, les scellés étaient apposés sur les biens du débiteur, lesquels étaient liquidés en faveur des créanciers.

⁸² M. FILIGA SAWADOGO, *op. cit.*, p. 6.

⁸³ *Idem*, p. 6.

Critiqué pour sa sévérité, le régime de la faillite mis en place s'est également révélé inefficace pour les créanciers. D'où l'avènement d'une loi du 28 mai 1838, reconnue pour ses grandes qualités techniques qui viendra réformer le Livre III du Code de commerce dans le sens de l'adoucissement.

La loi du 4 mars 1889 sur la liquidation judiciaire est venue organiser, à côté de la faillite maintenue, une nouvelle procédure dite de liquidation judiciaire, une sorte de faillite atténuée permettant au débiteur malchanceux d'échapper à l'incarcération et de rester à la tête de ses affaires, mais assisté d'un liquidateur judiciaire⁸⁴. Cette loi n'a pas été codifiée, sauf en ce qu'elle modifie certaines dispositions du Code de commerce concernant la faillite.

Avec la multiplication des scandales financiers, le législateur français s'est senti obligé de revenir à la sévérité grâce aux décrets – lois de 1935. Cette réforme s'est réalisée en deux temps, car d'un côté, un décret – loi du 30 octobre 1935 accélérait et simplifiait la procédure et, de l'autre, un décret – loi du 8 août 1935 édictait des règles spécifiques applicables en cas de faillite d'une société⁸⁵. C'est à cette époque qu'il faut d'ailleurs situer l'institution de l'action en comblement du passif social pesant sur les dirigeants sociaux par la loi du 18 septembre 1940, de même que l'adoption de la loi du 30 août 1947 interdisant l'exercice des professions commerciales et la gestion des sociétés aux faillis non réhabilités.

Cette mesure d'assainissement ne fut cependant pas couronnée de succès, car, comme le note le Professeur Yves GUYON, « de fréquentes lois d'amnistie et des réhabilitations libéralement accordées effaçaient les déchéances frappant le failli et les peines de la banqueroute n'étaient jamais prononcées parce que trop lourdes. On confondait le sort des bons et des mauvais commerçants et on instaurait un droit de ne pas payer ses dettes »⁸⁶.

Une nouvelle réforme s'imposait donc afin de revenir à un système plus sélectif. Elle fut opérée par le décret du 20 mai 1955. Ainsi, la faillite, maintenue, débouche inéluctablement sur la liquidation totale de l'entreprise et conduit à sa disparition. Le règlement judiciaire, qui

⁸⁴ M. FILIGA SAWADOGO, *op. cit.*, pp. 7-8.

⁸⁵ V. Y. GUYON, *op. cit.*, pp. 11 et s.

⁸⁶ *Idem*, p. 12.

remplace dorénavant la liquidation judiciaire se voit réserver aux commerçants de bonne moralité⁸⁷.

C. Les grandes réformes

Ces réformes, qui consolident et parachèvent la naissance d'un droit moderne de la faillite, commencent avec la loi de 1967 qui applique celle-ci aux commerçants et aux personnes morales de droit privé, même non commerçantes.

Cette loi réserve, en effet, le règlement judiciaire à l'entreprise redressable et la liquidation des biens à celle non redressable. A l'égard de débiteurs et dirigeants sociaux, elle prévoit les déchéances et interdictions de la faillite personnelle ainsi que les sanctions pénales de la banqueroute s'ils sont fautifs.

Un double critère est donc mis en œuvre ici : un critère économique pour l'entreprise et un critère moral pour l'entrepreneur ou les dirigeants. C'est l'application de la dissociation de l'homme et de l'entreprise⁸⁸.

Par la suite, l'ordonnance du 23 septembre 1967 est venue s'intéresser au sort des entreprises importantes dont la disparition perturberait énormément l'économie nationale ou régionale. Elle organise une procédure sélective dite de suspension provisoire des poursuites, réservée aux entreprises connaissant des difficultés sérieuses mais qui ne sont pas encore en état de cessation des paiements et dont le sauvetage est compatible avec l'intérêt des créanciers.

Pour améliorer la détection et la prévention des difficultés des entreprises, une loi du 1^{er} mars 1984, relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés, fut adoptée. Elle instituait une procédure discrète, appelée règlement amiable, destinée à remplacer la procédure de suspension provisoire des poursuites de l'ordonnance de 1967.

En rapport avec la situation des créanciers, on peut mentionner la loi n° 85-98 du 25 janvier 1985, relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises, qui fixe comme objectif prioritaire aux procédures collectives le redressement de l'entreprise et la sauvegarde

⁸⁷ V. M. FILIGA SAWADOGO, *op. cit.*, p. 9.

⁸⁸ *Idem*, p. 9.

de l'emploi et réduit en conséquence les droits des créanciers qui ne sont plus réunis en une masse⁸⁹.

La loi n° 85-99 du 25 janvier 1985, pour sa part, relative aux administrateurs judiciaires, aux mandataires – liquidateurs et aux experts en diagnostic d'entreprises, procède, aux fins de tenir compte des compétences nécessaires dans le cadre de la vision nouvelle qui privilégie le sauvetage de l'entreprise, à un éclatement des professions d'auxiliaires de justice dans les procédures collectives⁹⁰.

Les lois du 1^{er} mars 1984 et du 25 janvier 1985 citées ci-dessus ont été modifiées sur de nombreux points par la loi du 10 juin 1994 en vue de rendre la prévention plus efficace, notamment en accroissant les pouvoirs du tribunal, d'améliorer le sort des créanciers, notamment ceux qui sont titulaires de sûretés immobilières, en renforçant leurs droits et leur faculté d'intervenir dans la procédure de redressement et surtout de liquidation judiciaire, de réduire les effets de contagion, qui entraînent des faillites en chaîne, de moraliser les plans de redressement, qui ne doivent plus aboutir à des liquidations différées ou déguisées et d'accélérer la procédure en corrigeant certaines imperfections de la loi du 25 janvier 1985⁹¹.

Cette évolution montre bien que les législations françaises relatives à la faillite et à d'autres procédures collectives donnent priorité au redressement de l'entreprise, le paiement des créanciers venant en deuxième lieu suivi de la sanction du débiteur. Elle prouve également que les règles et principes de concours consacrés depuis la codification napoléonienne n'ont guère connu des modifications substantielles, hormis celle supprimant la masse des créanciers. Et elle confirme, s'il en était encore besoin, que le souci des différents législateurs a toujours été, en face d'une entreprise dont la situation financière est irrémédiablement compromise, d'organiser le concours des créanciers dans une perspective égalitaire.

⁸⁹ M. FILIGA SAWADOGO, *op. cit.*, p. 10.

⁹⁰ *Idem*, p. 10.

⁹¹ V. Y. GUYON, *op. cit.*, p. 32 ; M. FILIGA SAWADOGO, *ibid.*, p. 10.

§2. Évolution et état du droit de la faillite dans les États membres de l'OHADA avant l'Acte uniforme

On exposera ici la situation de manière générale (A) avant de livrer les enseignements de l'évolution législative (B).

A. Evolution législative de manière générale

On observe que dans la plupart des États africains membres de l'OHADA, la législation applicable, quelque peu éparpillée, était composée essentiellement du Code de commerce de 1807 tel qu'il a été refondu par la loi du 28 mai 1838, de la loi du 4 mars 1889 sur la liquidation judiciaire et des décrets-lois du 8 août et du 30 octobre 1935⁹². Seuls quelques États avaient donc réformé leur droit des procédures collectives ou prévoyaient de le faire.

On relève, à titre d'exemple, que le sort du Burkina Faso est lié au plan du droit colonial à celui des autres territoires du groupe de l'AOF (Afrique Occidentale Française) dont la situation juridique a été calquée sur celle de la colonie du Sénégal⁹³. Le Code de commerce a été ainsi déclaré applicable par une loi du 7 décembre 1850 et la loi du 4 mars 1889 sur la liquidation judiciaire par un décret du 17 décembre 1890. Les deux décrets-lois de 1935 ont été déclarés, pour leur part, également applicables aux colonies. L'ordonnance n° 91-043 PRES du 17 juillet 1991 instituant le redressement judiciaire des entreprises n'a été adoptée qu'en dernier lieu.

Le droit de la faillite, à l'instar des autres procédures collectives, était finalement régi au Burkina Faso par le Code de commerce tel qu'il a été étendu, après la réforme de la loi du 28 mai 1838, par les décrets-lois de 1935, la loi du 4 mars 1889 et l'ordonnance n° 91-043 du 17 juillet 1991.

⁹² V. M. FILIGA SAWADOGO, *op. cit.*, pp. 10 et s. et les auteurs cités par lui à la page 11. On lira notamment avec intérêt, R. BARRE et E. SCHAEFFER (sous la direction de), *Droit des entreprises en difficulté*, Actes du congrès de l'Institut international de droit d'expression et d'inspiration françaises tenu au Gabon, Bruxelles, Bruylant, 1991, pp. 1 et s. On examine ici le droit de certains États africains suivants : Bénin, Cameroun, Congo, Gabon, Madagascar, Mali, Maroc, République Centrafricaine, Sénégal.

⁹³ M. FILIGA SAWADOGO, *ibid.*, p. 12.

Comme on peut le constater, cette ordonnance institue une nouvelle procédure, le redressement judiciaire, qui vient se superposer aux procédures existantes. Cette nouvelle procédure reprend principalement les dispositions de l'ordonnance française du 23 septembre 1967, avec toutefois cette différence fondamentale que la procédure ne s'ouvre que si le débiteur est en état de cessation des paiements. Il s'agit, constate-t-on, d'une différence qui entraîne des incohérences par rapport au modèle d'inspiration, à savoir la suspension provisoire des poursuites de l'ordonnance française qui vise à éviter que l'entreprise ne connaisse la cessation des paiements. En d'autres termes, la procédure française est une procédure s'ouvrant avant la cessation des paiements, alors que la procédure burkinabé, tout en utilisant la même technique, s'adresse aux entreprises dont la situation est quelque peu compromise par la survenance de la cessation des paiements⁹⁴.

Sur le plan pratique, on observe, au regard de ces multiples législations, que les juridictions burkinabé ne maîtrisent pas le droit applicable, comme c'est certainement le cas dans beaucoup d'autres États membres de l'OHADA⁹⁵. A titre d'exemple, le Tribunal de première instance, devenu depuis 1993 Tribunal de grande instance, de Ouagadougou a déjà appliqué à tort le décret du 20 mai 1955⁹⁶ et même l'ordonnance française du 23 septembre 1967⁹⁷ ; de nombreuses décisions ont ouvert la liquidation judiciaire en tant que procédure d'élimination de l'entreprise⁹⁸ alors qu'il s'agit d'une procédure de sauvegarde de celle-ci.

Selon le Professeur FILIGA SAWADOGO, « malgré l'intervention de l'ordonnance de 1991, la législation burkinabé est demeurée inadaptée par rapport à l'objectif de redressement de l'entreprise et à celui de désintéressement des créanciers, en particulier du fait de la vétusté des textes applicables à deux des procédures, de la longueur et de la lourdeur des procédures, de l'absence d'une réglementation des fonctions et du statut des syndics au plan de leur

⁹⁴ M. FILIGA SAWADOGO, *op. cit.*, p. 12.

⁹⁵ *Idem*, p. 12.

⁹⁶ Jugement n° 68 du 15 février 1984 du TPI de Ouagadougou, BIVC/ René Toutut cité par M. FILIGA SAWADOGO, *ibid.*, p. 12.

⁹⁷ Jugement n° 283 du 24 décembre 1980 du TPI de Ouagadougou accordant la suspension provisoire des poursuites à la société africaine de représentation(SAR), *Rev. voltaïque dr.*, n° 2-juin 1982, p. 109 à 114, note M. FILIGA SAWADOGO.

⁹⁸ Voir spécialement les jugements 298, 304 et 305 du TPI de Ouagadougou du 30 septembre 1992 concernant des sociétés dont la dissolution avait été prononcée par les associés et celui du 12 janvier 1994 relatif à la Banque Nationale de Développement dont la liquidation avait déjà été décidée par le Gouvernement cités par M. FILIGA SAWADOGO, *ibid.*, p. 12.

compétence et de leur moralité, et surtout de la non-institution d'une procédure s'ouvrant avant la cessation des paiements »⁹⁹.

D'autres pays se trouvent, mutatis mutandis, dans cette situation¹⁰⁰. En effet, le Sénégal (articles 927 à 1077 du Code des obligations civiles et commerciales résultant de la loi n° 76-60 du 12 juin 1976 complétée par le décret d'application n° 76-781 du 23 juin 1976) et le Mali (articles 173 à 315 du Code de commerce) ont purement et simplement reproduit la loi française du 13 juillet 1967. Le Gabon a repris, dans les lois n° 7-86 et 8-86 du 4 août 1986, l'esprit des réformes françaises des 1^{er} mars 1984 et 25 janvier 1985.

Certains pays ont même intégré dans leur législation les solutions françaises. C'est le cas du Cameroun qui, dans un avant-projet de 213 articles prévoit, dans un même texte, la prévention des difficultés des sociétés (articles 7 à 16) ; le règlement amiable (articles 17 à 22) ; le règlement judiciaire, la liquidation des biens et la faillite personnelle (articles 23 à 213). Le Bénin procède à peu près de la même façon que le Cameroun dans un avant-projet de 226 articles (articles 701 à 926 du Code de commerce). La République Centrafricaine a, quant à elle, institué une procédure de suspension des poursuites et d'apurement du passif pour les entreprises d'intérêt national en situation financière difficile mais non irrémédiablement compromise, sur le modèle de l'ordonnance française du 23 septembre 1967.

Quels enseignements peut-on tirer de cette évolution législative dans les différents Etats membres de l'OHADA ?

B. Enseignements de l'évolution législative

L'évolution législative en France et dans les États membres de l'OHADA exposée ci-dessus révèle d'une part une situation qualifiée d'« immobilisme à légiférer » caractérisée par une léthargie certaine de beaucoup de législateurs nationaux africains en dépit du fait que la situation économique évolue et nécessite une adaptation de la législation et d'autre part, une situation qualifiée de « frénésie à légiférer » caractérisée par une succession rapide des textes (cas de la France), ce qui est le signe de la gravité du mal et de l'inadéquation de la

⁹⁹ V. M. FILIGA SAWADO, *op. cit.*, p. 13.

¹⁰⁰ Voir pour les autres pays membres de l'OHADA, M. FILIGA SAWADO, *ibid.*, p. 11.

thérapeutique (à le juguler)¹⁰¹. Cette succession rapide des textes peut aussi s'expliquer par une croyance excessive dans l'efficacité de l'action du droit sur le fait ou sur l'économie¹⁰².

On a noté, à juste titre, à cet égard que « cette histoire mouvementée du droit des procédures collectives (...) amène à conclure à une relative incapacité du droit à juguler les difficultés des entreprises et à assurer un paiement satisfaisant des créanciers. Peut-être faudrait-il en chercher les causes également dans l'inadéquation des règles, dans la hiérarchisation inadéquate des objectifs et dans la défaillance des hommes intervenant dans l'administration des procédures collectives »¹⁰³.

Cette évolution révèle, s'agissant des objectifs des dites procédures, la primauté de plus en plus prononcée de l'objectif de redressement de l'entreprise par rapport aux objectifs de désintéressement des créanciers et de punition du débiteur ou des dirigeants fautifs alors que classiquement, ces derniers objectifs étaient prioritaires.

Une volonté récente de rééquilibrage en faveur des créanciers peut néanmoins être soulignée, particulièrement dans la loi française du 10 juin 1994. Il s'agit, en effet, d'un mouvement de recul qui s'explique par le fait que le redressement à tout prix a souvent conduit à ne réaliser aucun des principaux objectifs de la procédure. Un auteur a d'ailleurs écrit pertinemment à cet égard et en rapport avec la loi française de 1985, que « c'est un lieu commun de constater le caractère excessif, ou en tout cas déséquilibré, des sacrifices imposés aux créanciers au nom d'objectifs que la loi nouvelle n'atteint pas »¹⁰⁴.

On peut observer, en outre, un certain élargissement du champ d'application *in personam* des procédures collectives : on ne se limite plus aux commerçants comme c'était classiquement le cas. La procédure s'applique ainsi, en France, aux personnes morales de droit privé sans distinction (1967), aux artisans (1985) et aux agriculteurs (1988), contrairement à la Belgique qui continue à la destiner aux seuls commerçants.

¹⁰¹ M. FILIGA SAWADOGO, *op. cit.*, p. 14.

¹⁰² *Idem*, pp. 14 et s.

¹⁰³ M. FILIGA SAWADOGO, « L'application judiciaire du droit des procédures collectives en Afrique Francophone », *loc. cit.*, pp. 194-195.

¹⁰⁴ F. POLLAUD DULIAN, Note sous Cass., ass. plén., 9 juillet 1993, « Société générale contre Guirand », *JCP*, éd. Gén., II, p. 368.

La terminologie flottante ou équivoque utilisée dans cette évolution ne peut également être passée sous silence¹⁰⁵. On a remarqué, en effet, que les mêmes expressions peuvent signifier des réalités fort différentes : c'est le cas de la liquidation judiciaire de la loi du 4 mars 1889 et celle de la loi française du 25 janvier 1985 ; la faillite jusqu'à la loi du 13 juillet 1967 et la faillite personnelle depuis lors. Des confusions découlent aussi de la combinaison d'expressions similaires ou proches : liquidation des biens et liquidation judiciaire, règlement judiciaire, redressement judiciaire et règlement amiable.

Cette évolution révèle enfin l'émergence d'une vision plus globale et plus précoce des difficultés des entreprises. On n'attend plus, en effet, que les entreprises soient en état de cessation des paiements avant de s'intéresser à leur situation. D'où l'émergence du droit des entreprises en difficulté qui englobe le droit des procédures collectives¹⁰⁶.

En définitive, ces multiples ajustements apportés par les différents législateurs nationaux au fil du temps n'ont pas ébranlé les règles et principes du concours des créanciers découlant de la faillite consacrés par la codification napoléonienne. Nous allons voir, dans les développements qui suivent, comment le législateur uniforme de l'OHADA s'en inspire.

§3. Aperçu de l'Acte uniforme de l'OHADA portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif

L'Acte uniforme de l'OHADA, adopté le 10 avril 1998 à Libreville, et portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, met en place un droit uniforme applicable à la plupart des États francophones d'Afrique ci-après : Bénin, Burkina Faso, Cameroun, République Centrafricaine, Comores, Congo, Côte d'Ivoire, Gabon, Guinée, Guinée Bissau, Guinée Équatoriale, Mali, Niger, Sénégal, Tchad et Togo.

Il s'agit d'un droit élaboré. L'Acte comporte, en effet, huit titres¹⁰⁷ et 258 articles, souvent assez longs, si bien, relève-t-on, qu'on se demande s'il est nécessaire ou utile que soient

¹⁰⁵ V. M. FILIGA SAWADO, *op. cit.*, p. 16.

¹⁰⁶ *Idem*, p. 16.

¹⁰⁷ Les huit titres sont :

Titre préliminaire (articles 1 à 4) ;

Titre I : Règlement préventif (articles 5 à 24) ;

Titre II : Redressement judiciaire et liquidation des biens (articles 25 à 193) ;

Titre III : Faillite personnelle et réhabilitation (articles 194 à 215) ;

adoptés des textes réglementaires d'application. L'on note d'ailleurs, dans le sens de la complétude, que l'Acte uniforme traite notamment de procédures collectives internationales, de l'hypothèse de la survenance d'une seconde procédure, de la compétence internationale des juridictions¹⁰⁸.

Il s'inspire, pour l'essentiel, de la loi française du 13 juillet 1967 et des législations africaines qui l'ont reprise ainsi que des réformes ultérieures intervenues en France. Il opte, a-t-on dit, pour le pluralisme des procédures collectives en organisant le règlement préventif pour les entreprises en difficulté qui ne sont pas encore en état de cessation des paiements, le redressement judiciaire pour les entreprises en état de cessation des paiements qui peuvent être sauvegardées et la liquidation des biens pour les entreprises en état de cessation des paiements qui ne sont pas susceptibles de sauvetage¹⁰⁹. C'est cette dernière procédure qui sera examinée ici.

Il s'agit donc d'un droit qui se présente comme classique bien que contenant des innovations (A). Son champ d'application mérite d'être brièvement précisé (B) avant de se livrer, dans les développements ultérieurs, à une analyse approfondie de ses règles.

A. Le droit uniforme : un droit classique et un droit contenant des innovations

1°. Un droit classique

On a déjà eu l'occasion de mentionner que l'intitulé de l'Acte uniforme ainsi que ses articles 1 et 2 précisent clairement que la finalité affichée pour toutes les procédures est d'aboutir à l'apurement collectif du passif. Cet objectif classique met en première ligne l'intérêt des créanciers par rapport au redressement de l'entreprise, qui ne doit cependant pas être négligé.

Les trois procédures ont pour justiciables, d'une part les commerçants personnes physiques, d'autre part les personnes morales de droit privé sans distinction selon qu'elles possèdent ou non la qualité de commerçant, y compris expressément les entreprises publiques. On peut

Titre IV : Voies de recours (articles 216 à 225) ;

Titre V : Banqueroute et autres infractions (articles 226 à 246) ;

Titre VI : Procédures collectives internationales (articles 247 à 256) ;

Titre VII : Dispositions finales (articles 257 à 259).

¹⁰⁸ M. FILIGA SAWADO, *op. cit.*, p. 16.

¹⁰⁹ *Idem*, p. 17.

parler à cet égard d'une innovation, car les procédures collectives classiques ne s'adressent pas aux entreprises publiques. L'Acte uniforme ne vise cependant pas les artisans n'ayant pas la qualité de commerçant, les agriculteurs et probablement les membres du secteur informel.

La notion de cessation de paiement reste fondamentale dans l'Acte uniforme, car elle permet de distinguer les entreprises relevant du règlement préventif, qui ne sont donc pas encore en état de cessation de paiement, de celles qui relèvent de procédures collectives, au sens strict (redressement judiciaire et liquidation des biens), qui, elles, ont franchi le « seuil clinique » de la cessation de paiement. Le redressement judiciaire se distingue toutefois de la liquidation des biens en ce que la première procédure est réservée aux entreprises qui font une proposition de concordat sérieux, alors que les autres se voient appliquer la seconde¹¹⁰.

D'autres éléments témoignant du caractère classique de cet Acte résident dans le fait que, d'une part et à la différence du droit français, les créanciers sont réunis en une masse à compter du jugement d'ouverture de la procédure collective stricto sensu et, de l'autre, les procédures collectives prennent fin avec le vote et l'homologation du concordat, la clôture de l'union, la clôture pour extinction du passif ou encore la clôture pour insuffisance d'actif, modes de clôture qui étaient déjà connus, sauf le dernier, du Code de commerce.

2°. Un droit contenant des innovations

La lecture de l'Acte uniforme montre qu'il ne s'est pas limité à reprendre les solutions du droit positif. Bien plus, il a essayé de trouver des réponses adéquates aux problèmes qui se posent et c'est en cela qu'il innove. Ces innovations peuvent être trouvées dans les trois procédures qu'il organise¹¹¹.

L'on peut d'abord noter l'institution d'une procédure de prévention, qui n'existait pas dans la plupart des Etats membres de l'OHADA, ainsi que le mécanisme mis en place, qui permet la consultation des créanciers afin d'aboutir à l'adoption d'un concordat préventif soumis à l'homologation de la juridiction compétente.

¹¹⁰ V. M. FILIGA SAWADO, *op. cit.*, p. 17.

¹¹¹ *Idem*, p. 18.

On peut constater ensuite le dépôt rapide de la proposition de concordat aussi bien en ce qui concerne le règlement préventif que le redressement judiciaire, la célérité étant, on s'en doute, une condition essentielle de succès des procédures collectives.

On doit également signaler l'effort fait pour clarifier la situation des créanciers et assurer au mieux la satisfaction de leurs intérêts : classement des créanciers ; possibilité pour les créanciers munis de sûretés réelles spéciales de réaliser eux-mêmes leur gage en cas d'inaction prolongée du syndic (plus de trois mois après le jugement d'ouverture dans le cadre de la liquidation des biens)¹¹².

On ne peut passer sous silence, pour terminer, les nombreuses sanctions applicables aux débiteurs ou aux dirigeants fautifs : sanctions patrimoniales (comblement du passif social, extension de la procédure), sanction professionnelle et morale (faillite personnelle), sanctions pénales (banqueroute simple ou frauduleuse), indisponibilité des titres sociaux appartenant aux dirigeants dès le jugement d'ouverture.

B. Champ d'application du droit uniforme

Le champ d'application personnel et matériel ayant déjà été indiqué, nous ne préciserons ici que le champ d'application dans l'espace et dans le temps.

1°. Champ d'application dans l'espace

L'Acte uniforme sous examen tient lieu de droit positif en matière de droit des procédures collectives pour tous les seize Etats parties au Traité de l'OHADA cités ci-dessus.

2°. Champ d'application dans le temps

Le principe gouvernant l'application des Actes uniformes dans le temps réside dans l'article 9 du Traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique, qui prévoit que les Actes

¹¹² M. FILIGA SAWADO, *op. cit.*, p. 18.

uniformes entrent en vigueur 90 jours après leur adoption par le Conseil des ministres, sauf modalités particulières en vigueur¹¹³.

C'est par application de ce principe que l'article 258 a prévu l'entrée en vigueur de l'Acte uniforme sur les procédures collectives d'apurement du passif, adopté le 10 avril 1998, le 1^{er} janvier 1999 afin de laisser, estime-t-on, le temps aux praticiens de connaître et maîtriser le nouveau texte.

Il convient de noter que, pour l'entrée en vigueur comme pour l'opposabilité prévue dans les 30 jours, la publication au journal officiel de l'OHADA est nécessaire¹¹⁴. Aucun problème ne se pose, à cet égard, car l'Acte uniforme du 10 avril 1998 portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif a été publié au journal officiel de l'OHADA n° 7 du 1^{er} juillet 1998.

On notera enfin que l'Acte uniforme sous examen n'est applicable, au regard de l'article 257 *in fine*, qu'aux procédures collectives ouvertes après son entrée en vigueur fixée, on l'a vu, au 1^{er} janvier 1999. C'est dire que pendant une période plus ou moins longue, les dispositions anciennes ont continué de s'appliquer aux procédures ouvertes avant l'entrée en vigueur de l'Acte uniforme¹¹⁵.

En conclusion à ce chapitre, nous pouvons retenir que cet aperçu historique des règles de la faillite laisse apparaître que certains traits caractéristiques de la faillite moderne trouvent leur racine profonde dans le droit romain. Mais c'est aux statuts des cités italiennes du Moyen Age que nous devons l'organisation de l'institution en tant que procédure unique et la consécration des principes fondamentaux régissant encore aujourd'hui le concours et l'égalité des créanciers en cas de faillite. Ces statuts inspirèrent d'ailleurs pour cela profondément la codification napoléonienne, marquée par un caractère répressif qui ne sera adouci que par la Loi de 1838, qui refondit tout le livre III du Code de 1807 consacré à la faillite.

¹¹³ Voir pour de plus amples informations, J. ISSA-SAYEGH et J. LOHOUES-OBLE, *OHADA. Harmonisation du droit des affaires*, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 126 et s. ; J. LOHOUES-OBLE, « Traité du 17 octobre 1993 relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique », *OHADA. Traité et actes uniformes commentés et annotés*, déjà cité, pp. 36 et s.

¹¹⁴ V. J. ISSA-SAYEGH et J. LOHOUES-OBLE, *ibid.*, p. 127 ; M. FILIGA SAWADO, *op. cit.*, p. 19.

¹¹⁵ P. TIGER, *Le droit des affaires en Afrique OHADA*, Que sais-je ?, Paris, P.U.F., 1999, p. 51.

L'influence de cette législation française aussi bien en Belgique que dans les Etats francophones d'Afrique n'est plus à démontrer. En effet, jusqu'en 1851, cette législation a occupé une place de choix en Belgique où il n'existait pas une législation spéciale aux faillites dans le sens moderne, car les dispositions sur les faillites y étaient essentiellement d'origine coutumière et s'intéressaient principalement au désintéressement des créanciers. La loi belge de 1851 sur les faillites avait largement puisé dans les dispositions de la loi française du 28 mai 1838. Les vives critiques lui adressées concernant notamment la lenteur des liquidations, l'importance des frais et la modicité des dividendes payés conduiront à la réforme de 1997.

La loi belge du 8 août 1997 sur les faillites en résultant se verra ainsi assigner l'objectif d'assurer la liquidation de l'entreprise en difficulté dans des conditions qui, idéalement, doivent être telles que les créanciers dont la considération des intérêts doit, ici, avoir la priorité, soient désintéressés le plus complètement et le plus rapidement possible. L'intérêt des créanciers sera donc retenu comme le critère décisif de la liquidation.

Les Etats francophones d'Afrique, quant à eux, ont, contrairement à la Belgique, soit conservé la législation française léguée pendant la colonisation, soit puisé dans les réformes qui ont été introduites en France après les indépendances. C'est pour cette raison que l'évolution législative en France et dans les Etats membres de l'OHADA a largement inspiré les rédacteurs de l'Acte uniforme de l'OHADA portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif. Alors que cette évolution affirme surtout la primauté de l'objectif de redressement de l'entreprise par rapport aux autres objectifs de désintéressement des créanciers ou de sanction du débiteur, considérés classiquement comme prioritaires, l'Acte uniforme de l'OHADA du 10 avril 1998, à travers son intitulé et certaines de ses dispositions (articles 1 et 2) s'en démarquent cependant explicitement en insistant sur l'apurement collectif du passif, mettant ainsi en avant plan l'intérêt des créanciers par rapport au redressement de l'entreprise, qui ne doit néanmoins être négligé.

Il devient dès lors aisé de constater non seulement que le droit belge ainsi que le droit uniforme se rejoignent dans cet objectif d'apurement collectif du passif assigné pour le premier à la loi du 8 août 1997 et, pour le second, à l'Acte uniforme du 10 avril 1998, mais aussi le rapprochement, malgré la différence terminologique, de la procédure de faillite organisée par le premier texte et celle de liquidation des biens instituée par le second.

Nous fondant sur ces deux textes sur lesquels se référeront nos analyses comparatives et sur l'évolution historique de l'institution ci-dessus exposée, nous pouvons à présent affirmer que le sacrifice imposé aux créanciers chirographaires en cas faillite ou liquidation des biens ne trouve aucun fondement légal dans lesdites législations dès lors qu'il est clairement souligné ici et là que l'institution est faite pour l'intérêt de tous les créanciers. A tout le moins, il constitue une conséquence inéluctable de l'évolution actuelle du concours des créanciers né de la faillite ou liquidation des biens et menant à la liquidation certaine du patrimoine du débiteur dans une perspective égalitaire certes, mais respectant les causes de préférence qui peuvent exister entre les créanciers.

On peut maintenant commenter aisément l'organisation proprement dite de l'égalité des créanciers dans le concours découlant de la faillite ou liquidation des biens.

Chapitre II. L'ORGANISATION ACTUELLE DE L'EGALITE DES CREANCIERS DANS LE CONCOURS DECOULANT DE LA FAILLITE OU LIQUIDATION DES BIENS

On vient de voir qu'il est admis depuis les temps anciens que la saisie collective qu'opère la faillite ou liquidation sur les biens du commerçant qui a cessé ses paiements et dont le crédit est ébranlé a pour raison d'être de les affecter essentiellement au désintéressement de ses créanciers existant au jour du jugement d'ouverture. La faillite ou liquidation des biens a ainsi l'effet d'une saisie effectuée au profit des créanciers antérieurs au jugement d'ouverture, regroupés en masse.

Les caractères, les objectifs et les spécificités de la procédure de faillite ou liquidation des biens par rapport aux notions considérées comme voisines que nous allons à présent commenter nous permettront de mieux saisir l'organisation actuelle de l'égalité des créanciers dans le concours découlant de la faillite ou liquidation des biens.

Section I. Traits caractéristiques de la procédure de faillite ou liquidation des biens

La procédure de faillite ou liquidation des biens se caractérise par certains traits constants ci-dessous, dont le deuxième cependant s'est estompé dans certains ordres juridiques.

§1. La procédure de faillite ou liquidation des biens est une procédure judiciaire.

Il est, en effet, hors de question que les créanciers eux-mêmes déclarent leur débiteur en faillite et ce, malgré leur nombre, l'importance de la somme qui leur est due et la preuve qu'ils détiendraient comme quoi le débiteur refuse de payer leurs créances échues. Seul un jugement émanant d'un tribunal compétent en la matière peut constater l'état de faillite et déclarer ouverte la faillite.

L'article 6 de la loi belge sur les faillites consacre d'ailleurs expressément que la faillite est déclarée par un jugement. L'on note également que dans les Etats parties au Traité de l'OHADA, c'est le tribunal de première instance ou de grande instance (ou le tribunal régional pour le Sénégal) qui a reçu compétence en la matière sans distinction suivant la

qualité du justiciable, l'Acte uniforme préférant, par prudence, faire état vaguement de juridiction compétente en matière commerciale¹¹⁶.

Ceci veut dire non seulement que l'existence de la cessation de paiement¹¹⁷ et de l'ébranlement du crédit ne suffisent pas à mettre un commerçant en état de faillite, mais aussi et surtout qu'il n'y a de faillite que pour autant que le juge en ait proclamé l'existence¹¹⁸. Ce qui conduit à soutenir qu'on exclut la faillite virtuelle dans les deux ordres juridiques.

La nécessité du jugement déclaratif n'est pas incongrue. En effet, la faillite ou liquidation des biens affecte, comme on le verra ci-dessous, les droits et les obligations du failli ainsi que les droits des créanciers et des tiers vis-à-vis de ce dernier. L'ordre public est dès lors en jeu dans cette procédure et mérite d'être sauvegardé. C'est ce qui explique notamment que cet état ne peut être constaté publiquement que par une décision judiciaire et que les règles régissant ladite procédure ont un caractère d'ordre public. Il en résulte, pour les créanciers, que le juge doit prononcer la faillite ou liquidation des biens dès que ses conditions sont réunies, sans pouvoir apprécier l'opportunité de sa décision et que les règles y relatives ne peuvent être modifiées de commun accord entre le débiteur et ses créanciers¹¹⁹.

La faillite ainsi déclarée crée, on s'en doute, des situations de droit nouvelles dans le chef du failli comme des créanciers et des tiers telles que le dessaisissement, les déchéances, les inopposabilités de la période suspecte,... Certains auteurs fustigent ainsi pertinemment l'expression « jugement déclaratif » estimant que le jugement est constitutif d'un état nouveau et qu'il constitue dès lors un jugement constitutif opposable *erga omnes*¹²⁰.

Ce jugement revêt, en effet, un caractère d'autorité universelle à l'égard tant des personnes que des biens. Créant un état de chose nouveau, il produit ses effets non seulement vis-à-vis

¹¹⁶ V. M. FILIGA SAWADOGO, *op. cit.*, p. 2.

¹¹⁷ L'article 2 de la loi belge sur les faillites précise cependant que la cessation de paiement doit persister ; ce qui signifie qu'une absence de liquidité passagère ne peut suffire à étayer une faillite, même si cet état d'absence de liquidité confine à la faillite. En réalité, écrit-on, le juge doit vérifier si le manque de liquidité apparaissant du non-paiement de certaines dettes révèle une situation plus grave devant aboutir, à très bref délai, à la cessation de paiement généralisé (I. VEROUGSTRAETE et al., *op. cit.*, éd. 2003, pp. 241 et s.).

¹¹⁸ V. L. FREDERICQ, *op. cit.*, t. VII, Gand, Editions FECHEYR, 1949, p. 81 ; J. Van RYN et J. HEENEN, *op. cit.*, t. IV, p. 215.

¹¹⁹ V. A. ZENNER, *op. cit.*, p. 65.

¹²⁰ On peut lire dans ce sens, LUKOMBE NGHENDA, *Droit commercial congolais. Faillite, concordats et banqueroute*, Kinshasa, Imprimerie Saint Paul, 2001, p. 5 ; Fr. T'KINT, *op. cit.*, p. 67 ; J. Van RYN et J. HEENEN, *ibid.*, p. 221.

du failli, mais aussi vis-à-vis de tous, par dérogation au principe qui veut que la chose jugée n'ait lieu qu'à l'égard de ceux qui ont été parties au procès. La procédure de liquidation que ce jugement organise emporte notamment comme conséquences qu'elle s'impose à tous les créanciers et que tout l'avoir du débiteur est indistinctement frappé d'une mainmise judiciaire.

En somme, l'intervention judiciaire est capitale : malgré l'éventuelle lenteur de la procédure, l'on doit reconnaître que le caractère judiciaire de cette dernière constitue une garantie pour le débiteur et les créanciers car les tribunaux sont des organismes indépendants et un gage non seulement de protection des intérêts en présence, mais aussi d'efficacité et de moralité des procédures.

§2. La procédure de faillite est une procédure réservée aux commerçants.

La faillite, on s'en doute, est une institution réservée aux débiteurs commerçants, les particuliers défaillants se trouvant en déconfiture, qui est caractérisée par l'insolvabilité générale du débiteur civil.

L'on admet, en effet, que la commercialité est définie d'un côté par un critère personnel – ceux qui font profession habituelle des actes commerciaux – et de l'autre par un critère objectif – les actes commerciaux. Nul ne conteste également que la qualité de commerçant exige la réunion de deux conditions : l'accomplissement d'actes réputés commerciaux par la loi et l'exercice de ces actes à titre de profession, que ce soit principalement ou accessoirement¹²¹.

Il en résulte que les actes accomplis par un commerçant sont présumés être des actes commerciaux jusqu'à ce que la preuve soit apportée qu'ils ont une cause étrangère au commerce¹²². Et qu'en outre, pour être déclaré en faillite, il ne suffit pas d'accomplir professionnellement des opérations commerciales, il faut, en plus, avoir la capacité d'être

¹²¹ V. A. CLOQUET, *op. cit.*, pp. 19-23 et pp. 25-43 ; Y. GUYON, *op. cit.*, pp. 110 et s. ; LUKOMBE NGHENDA, *op. cit.*, pp. 38-48 ; J. PERCEROU et M. DESSERTAUX, *op. cit.*, p.228 ; I. VEROUGSTRAETE, *op. cit.*, éd. 2003, p. 245 ; A. ZENNER, *op. cit.*, p.200.

¹²² V. I. VEROUGSTRAETE et al., *ibid.*, p. 245.

commerçant. Raison pour laquelle l'interdit, le mineur d'âge et celui qui exerce une activité de nature civile ne peuvent être déclarés en faillite¹²³.

Il sied de faire ici certaines observations pour la clarté de l'exposé :

- le fait d'accomplir un ou quelques actes de commerce isolés ne fait pas acquérir la qualité de commerçant, car il faut, pour acquérir celle-ci, en faire sa profession habituelle ;
- 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 (article 2, alinéa 2 de la loi belge sur les faillites)¹²⁴ ;
- l'acte de commerce conserve son caractère commercial même après le décès du débiteur ; il passe aux héritiers avec ce caractère. Ceci signifie que la faillite peut être ouverte après le décès du débiteur, pour autant qu'elle le soit dans les six mois de ce décès et que le défunt se soit déjà trouvé en état de faillite de son vivant (article 2, alinéa 3, de la loi belge sur les faillites)¹²⁵. La faillite devra être prononcée, dans ce cas, au plus tard six mois après le décès, le jugement ne pouvant fixer la date de cessation des paiements à une date précédant de plus de six mois le jugement déclaratif de faillite.

Force est de constater ici non seulement qu'il ne suffit pas de se proclamer commerçant pour le devenir et pouvoir jouir des avantages attachés à cette qualité, car l'aveu du débiteur est irrelevante à cet égard¹²⁶, mais aussi que l'immatriculation du commerçant et sa radiation au registre de commerce font présumer l'acquisition et la perte de la qualité de commerçant, ces

¹²³ On peut lire pour de plus amples informations, notamment J. CAEYMAEX, *L'entreprise face à un partenaire défaillant*, Bruxelles, De Boeck, 1993, p. 75 ; L. FREDERICQ, *op. cit.*, pp. 63-64 ; J. PERCEROU et M. DESSERTAUX, *op. cit.*, p. 241 ; J. Van RYN et J. HEENEN, *op. cit.*, pp. 207-208 ; I. VEROUGSTRAETE et al., *op. cit.*, éd. 2003, p. 248. Il n'est pas superflu de préciser que l'incompatibilité est différente de l'incapacité : l'exercice du commerce est interdit à un grand nombre de personnes (avocats, notaires, greffiers,...) soit par des lois spéciales, soit par leurs règlements professionnels, non point parce qu'elles sont incapables de le faire, mais pour des raisons de convenance ou de morale. Si passant outre cette prohibition, elles se sont livrées néanmoins d'une façon habituelle à des opérations commerciales, elles doivent être considérées comme commerçantes et peuvent être mises en faillite, en plus des peines disciplinaires possibles (L. FREDERICQ, *ibid.*, p. 64 ; J. PERCEROU et M. DESSERTAUX, *ibid.*, p. 241 ; A. ZENNER, *op. cit.*, p. 203). On consacre ainsi, à juste titre, que le fait d'exercer une activité commerciale en violation d'une interdiction légale, judiciaire ou professionnelle, ne fait pas obstacle à l'acquisition de la qualité de commerçant.

¹²⁴ V. Liège, 17 janvier 2002, *R.R.D.*, 2002, p. 359. Cette décision confirme la règle classique selon laquelle la faillite du débiteur ne peut être déclarée plus de six mois après qu'il ait cessé toute activité (P. COPPENS et Fr. T'KINT, Examen de jurisprudence, *R.C.J.B.*, 2003, p. 601).

¹²⁵ Lire notamment, à ce sujet J. CAEYMAEX, *ibid.*, p. 76 ; A. CLOQUET, *op. cit.*, p. 67 ; Ph. GERARD et al., *op. cit.*, p. 108 ; I. VEROUGSTRAETE, *ibid.*, p. 248 ; A. ZENNER, *ibid.*, p. 197.

¹²⁶ V. A. CLOQUET, *ibid.*, p. 12.

formalités ne faisant à elles seules ni naître ni disparaître le statut du commerçant, car ce sont des indices et non des preuves¹²⁷.

Cette exigence de la qualité de commerçant en la personne du débiteur est classique et montre pourquoi le droit de la faillite est une branche caractéristique du droit commercial. Elle tend à être totalement abandonnée, car si, jadis, il ne s'agissait que de débiteurs commerçants, actuellement en revanche, l'on applique notamment dans l'Acte uniforme de l'OHADA, à la suite des réformes intervenues en France¹²⁸ et dans les Etats africains, la procédure de liquidation des biens d'une part aux personnes physiques commerçantes et d'autre part, à toutes les personnes morales de droit privé, qu'elles aient ou non la qualité de commerçant, y compris les entreprises publiques revêtant une forme de personne morale de droit privé¹²⁹. Rappelons que la France y ajoute même les artisans (loi du 25 janvier 1985) et les agriculteurs (loi du 30 décembre 1988).

L'application des procédures collectives aux personnes morales n'est pas aussi clairement tranchée en droit belge. En effet, la déclaration de faillite ne peut concerner ici toute société : seules les sociétés commerciales pourvues de personnalité morale et à partir du moment où elles en sont dotées pourront être déclarées en faillite.

Le législateur belge prévoit que les sociétés à forme commerciale possèdent la qualité de commerçant lorsqu'elles ont pour objet social une activité commerciale (article 3, § 2, du code des sociétés). La doctrine s'exprime dans le même sens lorsqu'elle mentionne qu'une personne morale est commerciale non en raison de son activité, mais uniquement en raison de son objet ; on ne se réfère pas à l'activité effective, mais à l'activité projetée par les fondateurs, à titre principal ou d'appoint ; l'exercice effectif d'une activité commerciale étant en principe irrelevant¹³⁰.

Il sied de préciser que la notion de lucre a été abandonnée par le législateur belge en ce qui concerne les sociétés depuis la loi du 13 avril 1995 modifiant les lois sur les sociétés commerciales. C'est ainsi qu'ici, en cas d'activité statutaire de type commercial, une société devient commerçante « même si les dispositions statutaires prévoient que la société n'a pas

¹²⁷ V. A. CLOQUET, *op. cit.*, p. 13 ; J. CAEYMAEX, *op. cit.*, p. 75 ; Y. GUYON, *op. cit.*, pp. 113 et s.

¹²⁸ V. Y. GUYON, *ibid.*, pp. 125 et s.

¹²⁹ V. M. FILIGA SAWADOGO, *op. cit.*, p. 3.

¹³⁰ V. I. VEROUGSTRAETE et al., *op. cit.*, éd. 2003, p. 249 ; A. ZENNER, *op. cit.*, pp. 200-201.

été constituée dans le but de procurer aux associés un bénéfice patrimonial direct ou indirect » (article 3, § 3, du code des sociétés). Tel est le cas notamment des sociétés à finalité sociale.

De ce qui précède, il découle que seules les sociétés commerciales sont visées par la loi sur les faillites. Il s'agit en droit belge de : S.N.C., S.C.S., S.A., S.C.A., S.P.R.L., Société coopérative et du Groupement d'intérêt économique. Ces sociétés à forme commerciale peuvent avoir pour objet soit une activité commerciale, soit une activité non commerciale, mais ne seront des sociétés commerciales, susceptibles d'être déclarées en faillite, que celles qui ont pour objet l'exercice d'une activité commerciale. Seront donc exclues de la déclaration de faillite, les sociétés civiles, les sociétés en formation, les sociétés en nom collectif irrégulières,...

La jurisprudence belge admet également que peuvent être déclarées en faillite « les personnes morales qui ont pour objet statutaire à titre principal ou d'appoint des activités de commerce, quelle que soit la forme sous laquelle elles ont été constituées, et celles qui, parfois à l'encontre de leurs propres statuts, exercent des actes de commerce et en font leur profession habituelle »¹³¹. La même jurisprudence consacre d'ailleurs que l'exercice d'une activité commerciale sous la forme d'une A.S.B.L. ne met pas à l'abri d'une déclaration de faillite. Une autre va loin en soulignant qu'une A.S.B.L. exerçant des activités commerciales en vue de répartir le bénéfice à ses associés doit être considérée comme une S.N.C. déguisée, susceptible d'être déclarée en faillite¹³². Mais cette solution est loin de faire l'unanimité, car, estime-t-on, les formalités exigées de la part d'une société commerciale sont spécifiques et on voit mal comment, dans ces conditions, appliquer une conversion quelconque¹³³.

Au total, le fait de réserver la procédure de faillite aux commerçants n'est pas fortuit. Il découle du constat que les rapports juridiques nés du commerce sont si nombreux et enchevêtrés que la défaillance d'un débiteur risque de troubler l'économie, chaque commerçant comptant sur le règlement de ses créances pour payer ses propres dettes. Dans ces conditions, l'échéance se voit reconnaître une importance qu'elle n'a pas dans la vie civile. En outre, le commerce fait un appel constant au crédit ; la plupart des opérations se dénouent à terme et les commerçants n'exigent pas parfois de sûretés réelles pour les

¹³¹ V. Comm. Brux., 13 octobre 1976, *J. T.*, 1976, 708.

¹³² V. Comm. Liège, 28 juillet 1983, *Jur. Liège*, 1984, 176.

¹³³ V. I. VEROUGSTRAETE et al., *op. cit.*, éd. 2003, p. 251.

opérations courantes de leur commerce. Or, le crédit chirographaire ne peut être accepté que moyennant une politique rigoureuse à l'égard du débiteur et une égalité de traitement assurée aux créanciers¹³⁴. L'objectif poursuivi ici est donc d'assurer une meilleure protection possible aux créanciers du débiteur.

§3. La procédure de faillite ou liquidation des biens est une procédure collective.

Jusqu'au jour de l'ouverture de la faillite ou liquidation des biens, les créanciers du débiteur ne se connaissaient pas. Chacun d'eux pouvait d'ailleurs agir contre ce dernier sans se soucier de l'action ou de l'inaction des autres. Dorénavant, et par le seul fait de l'ouverture de la procédure, les créanciers, et essentiellement les créanciers chirographaires, sont unis. Il s'agit là d'une union légale et obligatoire¹³⁵ qui implique que les créanciers ne défendent pas dans cette procédure leurs droits en ordre dispersé, qu'ils n'ont plus à agir contre le débiteur et même le droit d'agir et qu'ils ne peuvent que produire entre les mains du curateur ou du syndic.

Une liquidation globale de l'actif est, en effet, organisée au profit de l'ensemble des créanciers qui forment obligatoirement « masse », et qui sont légalement représentés par un curateur ou syndic. Les créanciers qui ne peuvent plus exercer des poursuites individuelles sont donc groupés en une espèce d'association de plein droit dont le gage commun est liquidé par un mandataire judiciaire agissant au nom et dans l'intérêt de tous¹³⁶.

C'est ici que devrait se situer, à notre avis, l'intérêt de l'institution, car par la nature égalitaire que consacre le concours obligé dans la masse, l'institution de la faillite ou liquidation des biens favorise le crédit commercial, puisque quiconque traite avec un commerçant sait qu'il obtiendra sa part équitable dans l'actif si, par malheur, son débiteur cesse ses paiements¹³⁷.

Ce principe d'égalité des créanciers s'avère dès lors fondamental en matière de faillite ou liquidation des biens. Il y constitue, en effet, une constante et revêt deux significations :

¹³⁴ R. ROBLOT, *op. cit.*, p. 319.

¹³⁵ *Idem*, p. 324.

¹³⁶ L. FREDERICQ, *op. cit.*, p. 47.

¹³⁷ *Idem*, p. 47.

- il implique d'abord une participation obligatoire de tous les créanciers à la procédure collective. Par conséquent, dès le jugement d'ouverture, les poursuites individuelles sont en principe arrêtées et ce dans l'intérêt de tous. En outre, les actes conclus par le débiteur entre la cessation des paiements et le jugement d'ouverture sont susceptibles d'annulation, car il est fort probable que le cocontractant a voulu profiter des ultimes moments de liberté du débiteur pour traiter avec lui dans des conditions préférentielles¹³⁸.
- Il signifie ensuite que les créanciers subissent, en principe, les mêmes délais de paiement et les mêmes réductions de leurs droits. Toutefois, cette égalité ne s'applique pleinement qu'à ceux qui ont des droits identiques, c'est-à-dire les créanciers chirographaires, car les procédures collectives sous examen laissent subsister, pour l'intérêt du crédit, les sûretés¹³⁹.

Cette seconde acception laisse apparaître, au regard de l'évolution actuelle, que la règle d'égalité constitue malheureusement aujourd'hui un leurre¹⁴⁰. En effet, non seulement divers mécanismes préférentiels, de source légale ou obligationnelle – comme l'action directe, l'exception d'inexécution, la compensation ou la réserve de propriété – permettent d'échapper aux effets de la faillite ou liquidation des biens, mais aussi et surtout les créanciers de sommes jouissant d'une sûreté ou d'un privilège sont payés par préférence.

On relève d'ailleurs, à cet égard, pour ne citer que le cas belge, que l'année même où il adoptait la loi sur les faillites, le législateur belge contredisait l'égalité de principe qu'il s'était attaché à assurer en fixant dans la loi hypothécaire du 16 septembre 1851 la liste et le rang des créanciers privilégiés. Or cette loi n'a cessé de multiplier ses faveurs, au point qu'on a pu dire par boutade que l'égalité sera retrouvée quand tout le monde aura un privilège¹⁴¹.

Lorsqu'on regarde la situation des créanciers chirographaires dans la faillite à côté de celle des créanciers bénéficiaires d'une sûreté ou d'une préférence, on peut valablement soutenir que le caractère collectif de la procédure qui s'exprime dans l'esprit égalitaire de celle-ci est loin d'égaliser les sorts des créanciers, de niveler leurs sacrifices¹⁴². Faut-il dès lors diminuer

¹³⁸ Y. GUYON, *op. cit.*, p. 38 ; R. ROBLOT, *op. cit.*, p. 325 ; J. Van RYN et J. HEENEN, *op. cit.*, p. 204.

¹³⁹ Y. GUYON, *ibid.*, p. 38.

¹⁴⁰ A. ZENNER, *op. cit.*, p. 56.

¹⁴¹ *Idem*, pp. 56-57 ; P. MARTENS, « Le juge et l'entreprise : pas de dérobade possible », *La Revue Nouvelle*, 1984, pp. 243 et suiv., spéc. p. 244.

¹⁴² R. RODIERE, *Droit commercial*, 7^e éd., Paris, Dalloz, 1975, p. 248.

les droits des créanciers titulaires de sûretés et accepter de porter ainsi une atteinte certaine à plusieurs sortes de crédit en vue d'améliorer la situation des créanciers chirographaires ?

Il s'agit là d'une question qui résume les enjeux de nos discussions ultérieures. On peut déjà signaler que M. GUYON ne semble pas, à juste titre, exclure cette piste lorsqu'il note que la loi française de 1967 et surtout celle de 1985 ont notablement diminué les droits des créanciers titulaires de sûretés, portant ainsi une atteinte certaine au crédit. Il poursuit en disant que bien que regrettables, ces réductions procèdent de la logique des procédures collectives, car si les droits de ces créanciers s'exerçaient complètement, la quasi-totalité de l'actif du débiteur serait d'avance répartie entre eux, selon un ordre de préférence fixé par le droit civil. Lorsqu'on en viendrait aux créanciers chirographaires, c'est-à-dire à ceux pour qui les procédures collectives ont été instaurées, il ne resterait rien à distribuer¹⁴³.

L'on retiendra, au regard de ce qui précède, que ce caractère essentiel de la procédure de faillite ou liquidation des biens – consistant dans le groupement obligatoire et légal des créanciers en une masse où viennent se fondre leurs droits de gage individuels – est celui qui en précise peut-être le mieux la nature et lui donne sa physionomie propre. Tant que la faillite n'était pas ouverte, chaque créancier agissait pour lui ; le paiement était le prix de la course. Une fois qu'elle est déclarée, au contraire, la plus stricte égalité règne entre tous ; aucun ne peut plus se tailler une situation meilleure que celle de son voisin. C'est en ce sens qu'on a estimé que la faillite était de nature égalitaire¹⁴⁴.

§4. La procédure de faillite ou liquidation des biens engendre le concours des créanciers.

La faillite ou liquidation des biens est l'une des procédures d'exécution forcée donnant lieu à un concours. Elle peut être rapprochée, sur ce point, bien qu'elle s'en distingue, d'autres procédures génératrices d'un concours, comme, par exemple, la saisie-exécution et la liquidation d'une société commerciale.

¹⁴³ Y. GUYON, *op. cit.*, p. 38.

¹⁴⁴ V. J. PERCEROU et M. DESSERTAUX, *op. cit.*, pp. 141 et s.

On considère d'ailleurs qu'elle constitue l'exemple le plus étendu et le mieux structuré de concours des créanciers¹⁴⁵. En effet, par le jugement d'ouverture de faillite ou liquidation des biens, le débiteur est dessaisi de la disposition de son patrimoine tout entier, désormais réservé au paiement de ses dettes. Il en résulte dès lors un concours qui inclut dans son assiette tous les biens du débiteur et s'impose à l'ensemble de ses créanciers. Un curateur ou syndic, nommé par le tribunal compétent, se voit ainsi confié la charge d'administrer le patrimoine du failli, de le réaliser et de répartir le prix entre les créanciers dans le respect de la règle de l'égalité.

Il convient d'indiquer que la loi et la jurisprudence ne définissent pas le concours des créanciers. L'une et l'autre ne citent, en effet, que les cas de concours, sans donner une conceptualisation du phénomène. C'est la doctrine, représentée notamment par le professeur VINCENT, après une analyse des hypothèses qualifiées de « cas de concours » par la jurisprudence, qui a dégagé la définition suivante du concours : le concours est « la 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 »¹⁴⁶.

Cette définition permet de bien expliquer ce qu'est le concours des créanciers, car il décrit parfaitement le phénomène. Elle montre, en effet, que l'insolvabilité du débiteur n'est pas déterminante, alors que la perte de la libre disposition du bien est caractéristique du concours. C'est pourquoi le débiteur même insolvable conserve l'entière maîtrise de ses biens. Son patrimoine reste une masse mouvante qui risque de se réduire au gré des actes de disposition de son titulaire. Comme le souligne le professeur T'KINT, à ce stade, le gage commun des créanciers est un droit sans assiette définie, un droit purement éventuel ; il y a concours dès que ce droit se fixe sur certains biens déterminés (voire même sur tous les biens) du débiteur¹⁴⁷.

¹⁴⁵ V. Fr. T'KINT, *op. cit.*, 4^e éd., p. 64.

¹⁴⁶ V. L. VINCENT, « Chronique de jurisprudence-La publicité foncière et les sûretés réelles », *J.T.*, 1968, n°77, p. 757. Dans le même sens, M. GREGOIRE, *Théorie générale du concours des créanciers en droit belge*, Bruxelles, Bruylant, 1992, p. 5 ; Fr. T'KINT, *ibid.*, p. 51.

¹⁴⁷ V. Fr. T'KINT, *ibid.*, pp. 51-52.

Le concours obéit ainsi à deux conditions¹⁴⁸ : une condition matérielle (l'insuffisance des biens du débiteur au regard de son passif) et une condition formelle (la cristallisation des droits de recours de ses créanciers sur tout ou partie de ses biens).

Cette dernière condition garantit le déclenchement de la procédure de réalisation de tout ou partie du patrimoine du débiteur, car elle conduit à opposer entre eux les droits de ses créanciers. Elle est due soit à l'initiative des créanciers en cas de saisie-exécution, soit à l'effet de la loi en cas de procédures collectives de liquidation¹⁴⁹.

C'est ici l'occasion de rappeler que cette recherche n'examine que le concours né de la faillite ou liquidation des biens qui existe, on le sait, de plein droit par l'effet de la loi. Ce concours trouve, on s'en doute, son existence dans la mise en œuvre concrète et effective du droit de « gage commun » des créanciers. Son assiette est plus ou moins large selon la nature de l'acte qui en est à l'origine. Ainsi, s'il ne touche que les seuls biens saisis en cas de saisie, il englobe, par contre, en cas de faillite ou liquidation des biens, l'ensemble du patrimoine saisissable du débiteur.

Il est, en outre, imposé, selon l'espèce, à un nombre plus ou moins élevé de créanciers. En effet, en cas de saisie, lorsque l'un des créanciers a saisi les biens de son débiteur, seuls le créancier saisissant et les créanciers qui se sont joints à lui, en formant opposition à la répartition du prix des biens saisis, sont en concours et c'est entre eux seuls que sera distribué, selon le principe de l'égalité, le produit de réalisation des biens saisis. Tel n'est pas le cas, en cas de faillite ou liquidation des biens, où le concours étend ses effets à tous les créanciers du débiteur¹⁵⁰.

Il participe de ce qui précède que le concours permet de mieux circonscrire le champ d'application du principe d'égalité quant aux personnes et aux biens, en même temps qu'elle en assure la mise en œuvre¹⁵¹. En effet, le concours conduit, entre les créanciers concernés, à la distribution « par contribution », c'est-à-dire au prorata des créances de chacun, du produit de réalisation des biens qui en sont l'assiette. Ces biens cristallisés sont donc dorénavant réservés essentiellement au désintéressement des créanciers en concours et échappent, de ce

¹⁴⁸ V. Fr. T'KINT, *op. cit.*, 4^e éd., p. 52.

¹⁴⁹ *Idem*, p. 52.

¹⁵⁰ *Ibid.*, p. 60.

¹⁵¹ *Ibid.*, p. 60.

fait, à la libre disposition du débiteur qui ne peut plus les aliéner ni les grever de charges réelles.

C'est pour cette raison que la suspension du droit d'exécution des créanciers accompagne toute procédure collective de liquidation pour éviter les paiements préférentiels en faveur des créanciers poursuivants au détriment des autres et que les frais exposés pour la vente des biens qui constituent l'assiette du concours seront prélevés sur le prix et acquittés avant toute répartition aux créanciers de la même manière que les dettes contractées par le curateur ou syndic, en cas de faillite ou liquidation des biens, seront payées avant toute distribution aux créanciers¹⁵².

En somme, le concours ne se crée qu'entre les créanciers dont la créance est cristallisée au moment de la faillite ou liquidation des biens, dans la mesure où entre ces créanciers, la répartition égalitaire des biens qui existent au moment de la faillite, augmentés de ceux qui peuvent ultérieurement échoir au failli ou être récupérés par l'exercice des actions en responsabilité ou inopposabilité, est la règle, sauf lorsque le régime des hypothèques et privilèges permet d'y déroger¹⁵³. La règle selon laquelle les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers, et le prix s'en distribue entre eux par contribution, à moins qu'il n'y ait entre les créanciers des causes légitimes de préférence (un privilège ou une hypothèque), donne dès lors un fondement légal formel à cette règle de l'égalité.

On vient d'illustrer sommairement la réalité selon laquelle, dans toute procédure de faillite ou liquidation des biens, une lutte est engagée par les titulaires de droits particuliers contre la masse des créances chirographaires¹⁵⁴, cette dernière étant malheureusement toujours la perdante. Les développements ultérieurs nous permettront de montrer comment certaines causes de préférence font que les créanciers chirographaires ne reçoivent, malheureusement au moment de la répartition, qu'un dividende dérisoire lorsque la faillite ne se solde pas par un complet déficit. Ils illustreront alors mieux les conséquences des exceptions à l'égalité des créanciers dans le concours.

¹⁵² Fr. T'KINT, *op. cit.*, 4e éd., pp. 61-63.

¹⁵³ I. VEROUGSTRAETE et al., *op. cit.*, p. 397.

¹⁵⁴ R. ROBLOT, *op. cit.*, pp. 325 et s. ; M. FILIGA SAWADOGO, *op. cit.*, p. 2.

Section II. Objectif de la procédure de faillite ou liquidation des biens

Avant de préciser l'objectif poursuivi par la procédure de faillite ou liquidation des biens aussi bien en droit belge qu'en droit uniforme de l'OHADA, il convient de brosser d'abord brièvement les objectifs assignés aux procédures collectives en général.

§1. Les objectifs assignés aux procédures collectives

Organiser le paiement des créanciers, sanctionner le débiteur défaillant et redresser l'entreprise constituent les principaux objectifs poursuivis par les procédures collectives.

A. Le règlement des créanciers

Il s'agit ici d'assurer, soit directement, soit de manière échelonnée, la satisfaction des intérêts des créanciers du débiteur défaillant¹⁵⁵. Pour y arriver, les procédures collectives en général, et la procédure de faillite ou liquidation des biens en particulier, instaurent entre les créanciers une discipline collective et une certaine égalité et solidarité dans le malheur même s'il s'agit d'une égalité et d'une solidarité relatives, car les créanciers munis de sûretés sont en quelque sorte « plus égaux » que les autres : ils ont des meilleures chances de désintéressement ou de paiement¹⁵⁶. En atteste, la précarité de la situation des créanciers chirographaires bien soulignée par un auteur avisé qui les compare à de « misérables fantassins par rapport aux blindés représentés par les créanciers munis de sûretés dans le combat des dividendes »¹⁵⁷.

D'aucuns relèvent le caractère quelque peu illusoire de cette finalité aujourd'hui au regard de la réalité concrète des circonstances économiques : en dépit du caractère collectif et égalitaire des procédures instituées par le droit belge et le droit uniforme de l'OHADA, le paiement des créanciers est assuré de manière pour le moins modeste ; plus encore, la prétendue égalité entre les créanciers est peu à peu vidée de sa substance, en raison de l'efflorescence des sûretés en tous genres, génératrices d'autant de conflits de rangs¹⁵⁸.

¹⁵⁵ A. BENOIT-MOURY et N. THIRION, « La nouvelle procédure concordataire, pierre angulaire du droit des entreprises en difficulté ? », *Le nouveau droit du concordat judiciaire et de la faillite : les lois des 17 juillet et 8 août 1997*, Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 45.

¹⁵⁶ V. M. FILIGA SAWADOGO, *op. cit.*, p. 3.

¹⁵⁷ C. GAVALDA, *JCP.*, 1973, II, cité par M. FILIGA SAWADOGO, *ibid.*, p. 3.

¹⁵⁸ A. BENOÎT-MOURY et N. THIRION, « La nouvelle procédure concordataire, pierre angulaire du droit des entreprises en difficulté ? », *ibid.*, p. 45.

Pourtant, cet objectif de paiement des créanciers ne devrait en aucun cas être sous-estimé et mériterait même d'être renforcé dans la procédure de faillite ou liquidation des biens, qui est idéalement faite pour payer les créanciers de l'entreprise. Elle est d'ailleurs, pour ce faire, a-t-on vu, organisée sur une base collective plus ou moins égalitaire dans la mesure où l'on pense que cette organisation produira des résultats meilleurs que ceux des paiements en ordre dispersé résultant de la mise en œuvre de la règle civiliste en vertu de laquelle le paiement est le prix de la course¹⁵⁹.

B. La sanction du débiteur défaillant

Cet objectif, consacré depuis longtemps et très vif encore dans le Code de commerce de 1807, vise à punir et à éliminer le commerçant que l'exercice maladroît, voire malhonnête, de son activité a acculé à ne plus pouvoir honorer ses engagements¹⁶⁰.

Il est, en effet, institué pour l'intérêt des créanciers : la sanction permet, grâce à son caractère dissuasif, non seulement d'empêcher la commission des faits incriminés, mais aussi d'éliminer pour l'avenir les débiteurs les plus dangereux en les frappant notamment de la banqueroute. Le caractère patrimonial de la sanction, qui se manifeste par le comblement du passif ou l'extension de la procédure collective, pourrait, quant à lui, beaucoup contribuer au paiement des créanciers.

On ne perdra pas, toutefois, de vue qu'en dépit de la marque d'infamie encore attachée aujourd'hui à la situation de faillite et qui rappelle bien la dimension sanctionnatrice de ce droit, certaines sanctions attachées au droit des procédures collectives, notamment les sanctions pénales, exigent la réunion de certaines conditions spécifiques, de manière à ne les appliquer que dans des hypothèses relativement circonscrites¹⁶¹.

¹⁵⁹ V. L. BOY et al., *Des faillites et restructuration du capital*, Grenoble, Presses universitaires, 1982, p. 34, cité par A. BENOIT-MOURY et N. THIRION, « La nouvelle procédure concordataire, pierre angulaire du droit des entreprises en difficulté ? », *loc. cit.*, p. 45.

¹⁶⁰ V. A. BENOIT-MOURY et N. THIRION, « La nouvelle procédure concordataire, pierre angulaire du droit des entreprises en difficulté ? », *ibid.*, p. 44 ; M. FILIGA SAWADOGO, *op. cit.*, p. 3.

¹⁶¹ A. BENOIT-MOURY et N. THIRION, « La nouvelle procédure concordataire, pierre angulaire du droit des entreprises en difficulté ? », *ibid.*, p. 44.

C. Le sauvetage ou la sauvegarde de l'entreprise en difficulté

Contrairement aux deux objectifs précédents qui peuvent être considérés comme classiques, l'objectif sous examen se veut moderne. En effet, les procédures collectives visent, beaucoup plus aujourd'hui qu'hier, le sauvetage ou la sauvegarde de l'entreprise confrontée à des difficultés passagères, même au prix du sacrifice des créanciers. Il est de plus en plus admis actuellement que la volonté de sauver autant que possible l'outil de production, suscitée par la nécessité de préserver l'intérêt général, conduit à un effacement progressif des droits des créanciers, titulaires des simples intérêts privés¹⁶².

Cet objectif prioritaire de sauvetage de l'entreprise en difficulté a des conséquences sur les acteurs de la procédure et les fonctions précédemment énumérées : d'une part, l'avènement de procédures essentiellement axées sur la volonté de sauvegarder l'entreprise, génératrice d'emplois et de richesses, se manifeste par une emprise accrue des pouvoirs publics, incarnés, en l'espèce, par le pouvoir judiciaire, sur le déroulement même de ces procédures et, par conséquent, sur le traitement économique des entreprises en difficulté. D'autre part, la priorité accordée à la sauvegarde de l'entreprise en difficulté conduit à un affaiblissement progressif de la fonction sanctionnatrice du débiteur commerçant.

Il n'est évidemment pas renoncé à la possibilité de sanctionner le dirigeant ; simplement, la tentation se manifeste, dans des législations de plus en plus nombreuses, d'opérer une séparation entre l'homme et l'entreprise, afin de garantir les chances de survie de cette dernière. Cet intérêt de l'entreprise supplante également celui des créanciers, davantage sacrifiés que par le passé¹⁶³.

Quel objectif le droit belge de la faillite et l'Acte uniforme de l'OHADA sous examen privilégient-ils ?

¹⁶² A. BENOIT-MOURY et N. THIRION, « La nouvelle procédure concordataire, pierre angulaire du droit des entreprises en difficulté ? », *loc. cit.*, p. 46.

¹⁶³ *Idem*, p. 46.

§2. L'objectif poursuivi par le droit belge de la faillite et l'Acte uniforme de l'OHADA du 10 avril 1998 portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif

Il est maintenant question de voir ici quel objectif a été privilégié par chacune des législations sous examen, car le problème de compatibilité et de hiérarchisation des objectifs exposés ci-dessus ne peut être négligé dans la mesure où leur poursuite de front peut conduire à un échec sur toute la ligne.

A. L'objectif privilégié par la loi belge du 8 août 1997 sur les faillites

Un auteur avisé relève que la finalité de la loi belge de 1851 sur les faillites emportait la préoccupation fondamentale du règlement des créances par la liquidation du patrimoine du débiteur failli. Il poursuit en soulignant que cette seule finalité n'a cependant pas été rencontrée de manière adéquate et que les exemples abondent où les créanciers chirographaires ne recevaient pas le moindre dividende ou devaient se contenter d'un dividende symbolique¹⁶⁴. Il note également que les coûts et les dépenses qu'occasionnaient les procédures aboutissant à de tels résultats, la tardiveté du prononcé des faillites, ... commandaient de changer l'optique qui avait été retenue par le législateur de 1851 qui n'avait eu égard qu'à la seule personne du commerçant et n'avait pas réservé d'attention particulière aux autres intérêts revendiqués, au fil du temps et sous le couvert de la notion d'entreprise, par les apporteurs de fonds, les membres du personnel, les fournisseurs, les clients, voire l'ensemble de la communauté régionale et nationale¹⁶⁵.

Les réflexions et les projets de réforme de cette loi de 1851 débouchèrent, on l'a vu, en 1997 sur deux lois complémentaires : d'une part, la loi du 17 juillet 1997 sur le concordat judiciaire marquée par le fait que le concordat devient l'instrument préventif par excellence qu'il faut utiliser au moment où la situation d'une entreprise est temporairement délicate et d'autre part, la loi du 8 août 1997 sur les faillites réservée, quant à elle, aux situations irrémédiables et réhabilitaires.

¹⁶⁴ V. G. HORSMANS, « Les objectifs et la portée de la réforme du droit du concordat judiciaire et de la faillite », *Le nouveau droit du concordat judiciaire et de la faillite : les lois des 17 juillet et 8 août 1997*, Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 9.

¹⁶⁵ *Idem*, p. 9.

Le système issu de cette réforme est donc caractérisé par la dualité : alors que le concordat est accordé au débiteur qui ne peut temporairement acquitter ses dettes ou dont la continuité de l'entreprise est menacée par des difficultés pouvant conduire, à plus ou moins bref délai, à une cessation de paiement, la faillite est, quant à elle, réservée au débiteur en cessation persistante des paiements et dont le crédit est ébranlé¹⁶⁶.

Un double équilibre est, en effet, poursuivi par cette réforme : d'un côté, le législateur vise, sur le plan macro-économique, à concilier la sauvegarde des intérêts de l'entreprise en difficulté et la protection des intérêts, régional ou sectoriel, du marché dans lequel elle intervient et, de l'autre, il vise, d'un point de vue micro-économique, à préserver un autre équilibre en veillant à harmoniser les intérêts des créanciers de l'entreprise et les intérêts de l'entreprise elle-même, en ce compris ceux du personnel qui la compose¹⁶⁷.

Par cette réforme, le législateur a entendu approuver, en matière de faillite, une loi tendant essentiellement à assurer, à un niveau acceptable, une rapide liquidation. C'est ainsi qu'a été supprimé le concordat après faillite à cause, notamment, de son inefficacité. Le législateur a entendu, en outre, laisser une responsabilité accrue, tant dans le déclenchement de la faillite que dans son déroulement, aux créanciers et au failli lui-même ; le tribunal de commerce ne pouvant être considéré comme le tuteur permanent des entreprises¹⁶⁸.

Une option est dès lors prise d'organiser d'une part une procédure préventive (loi du 17 juillet 1997) et, de l'autre, une procédure de liquidation (loi du 8 août 1997) : si la première loi opère une innovation en mettant en place un cadre juridique adéquat permettant aux entreprises connaissant des difficultés financières passagères de se redresser durablement, le concordat judiciaire s'étant vu assigné la délicate mission d'offrir « une alternative efficace et économiquement justifiée » à la faillite et l'intention du législateur étant d'en faire la procédure de base du droit de l'entreprise en difficulté¹⁶⁹, la seconde, pour sa part, a pour objectif, lorsqu'il est clair qu'un redressement durable est hors d'atteinte, d'organiser la liquidation de l'entreprise en difficulté dans des conditions qui, idéalement, doivent être telles

¹⁶⁶ V. G. HORSMANS, « Les objectifs et la portée de la réforme du droit du concordat judiciaire et de la faillite », *loc. cit.*, pp. 11-12.

¹⁶⁷ *Idem*, p. 13.

¹⁶⁸ V. I. VEROUGSTRAETE, *op. cit.*, éd. 2003, p. 7 et A. ZENNER, *op. cit.*, p. 99.

¹⁶⁹ V. Th. BOSLY, « Quatre années d'application de la loi sur le concordat judiciaire », *Faillite et concordat judiciaire : un droit aux contours incertains et aux interférences multiples*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p.475.

que les créanciers – dont la considération des intérêts doit avoir ici la priorité – soient désintéressés le plus complètement et le plus rapidement qu’il est possible¹⁷⁰. Ici, l’intérêt des créanciers demeure le critère décisif de la liquidation, alors que là le redressement de l’entreprise demeure primordial.

B. Objectif privilégié par l’Acte uniforme de l’OHADA du 10 avril 1998 portant organisation des procédures collectives d’apurement du passif

L’Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d’apurement du passif vient réformer et remplacer la législation en vigueur en matière de procédures collectives dans les pays signataires du Traité pour l’harmonisation du droit des affaires en Afrique adopté à Port-Louis (Ile Maurice) le 17 octobre 1993.

Cet Acte uniforme institue, en effet, trois procédures : le règlement préventif, le redressement judiciaire et la liquidation des biens après cessation des paiements¹⁷¹.

On doit d’emblée préciser que le règlement préventif ne peut, à proprement parler, être considéré comme une procédure collective au sens strict dans la mesure où il intervient avant la cessation des paiements, à l’initiative exclusive du débiteur qui veut en bénéficier, lequel doit en faire la demande en introduisant une requête auprès de la juridiction compétente¹⁷². Cette procédure de règlement préventif permet ainsi au débiteur en difficulté d’en faire la déclaration, d’obtenir la suspension des poursuites individuelles et de proposer un concordat préventif destiné à éviter la cessation des paiements et à permettre le redressement de l’entreprise (articles 5 à 24). Il est évident que l’entreprise n’étant pas encore en cessation des paiements, le débiteur joue ici un rôle de premier plan.

S’agissant des procédures collectives – le redressement judiciaire et la liquidation des biens – ouvertes après cessation des paiements, elles visent toutes à apurer le passif. D’où la

¹⁷⁰ V. Ph. GERARD et al., *op. cit.*, p.12.

¹⁷¹ V. M. FILIGA SAWADOGO, « Acte uniforme du 10 avril 1998 portant organisation des procédures collectives d’apurement du passif », *OHADA. Traité et actes uniformes commentés et annotés*, 2^e éd., JURISCOPE, 2002, p. 812.

¹⁷² V. M. FILIGA SAWADOGO, *op. cit.*, p. 2.

conclusion que, dans l'Acte uniforme de l'OHADA, le paiement des créanciers est l'objectif primordial des procédures collectives¹⁷³.

Cependant, une distinction est faite entre ces procédures selon la manière dont elles permettent de réaliser l'apurement du passif, qui peut être atteint par le redressement judiciaire ou la liquidation des biens.

En ce qui concerne le redressement judiciaire, l'on notera qu'il permet au débiteur qui a cessé ses paiements d'obtenir un concordat de redressement dont l'objet n'est pas uniquement d'obtenir des délais et des remises, mais également de prendre toutes mesures juridiques, techniques et financières (y compris la cession partielle de l'entreprise) susceptibles de réaliser le rétablissement des conditions de fonctionnement normal de l'entreprise¹⁷⁴.

Quant à la liquidation des biens, elle permet d'aboutir à l'apurement du passif à l'issue des opérations de liquidation de l'actif mobilier et immobilier. En vue de permettre au syndic de réaliser l'ensemble de l'actif dans les meilleures conditions et de ne pas livrer les créanciers titulaires de sûretés à l'inertie ou à l'attentisme prolongé du syndic, le droit individuel de poursuite des créanciers gagistes, nantis et hypothécaires est suspendu jusqu'à l'expiration d'un délai de trois mois suivant le jugement prononçant la liquidation des biens ; passé ce délai, si le syndic n'a pas réalisé les biens concernés, ces créanciers peuvent reprendre l'exercice de leur droit de poursuite (articles 149 et 150)¹⁷⁵.

Il participe de ce qui précède qu'à l'instar de la loi belge du 8 août 1997 sur les faillites et de la loi française du 10 juin 1994 réformant le droit des entreprises en difficulté, l'Acte uniforme de l'OHADA met en avant le paiement des créanciers en assignant, à son article 1^{er}, à toutes les procédures collectives, l'objectif prioritaire d'apurement du passif. Ceci est

¹⁷³ V. M. FILIGA SAWADO, « Acte uniforme du 10 avril 1998 portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif », *loc. cit.*, p. 822.

¹⁷⁴ L'objectif étant le redressement de l'entreprise qu'il faut préserver comme unité économique et sociale, l'article 76 de l'Acte uniforme sous examen nous fournit un des traits caractéristiques de cette procédure, à savoir que tous les créanciers, chirographaires ou titulaires de sûretés, subissent la suspension des poursuites individuelles jusqu'à la résolution ou l'annulation du concordat si celui-ci est voté, ainsi que l'arrêt du cours des intérêts et de l'inscription des sûretés ; la déchéance du terme ne joue plus qu'en cas de liquidation des biens (M. FILIGA SAWADO, « Acte uniforme du 10 avril 1998 portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif », *ibid.*, p. 822).

¹⁷⁵ *Idem*, p. 823.

d'ailleurs clairement corroboré par l'article 2, §3, qui dispose que « la liquidation des biens est une procédure qui a pour objet la réalisation de l'actif du débiteur pour apurer son passif ».

On comprend donc, au terme de cet exposé sur les objectifs de la procédure de faillite ou liquidation des biens, que les procédures collectives, et encore moins la procédure de faillite ou liquidation des biens, ne sont pas faites pour marcher sur les cadavres des intérêts des créanciers. Leur objectif primordial est, disons-le encore une fois, lorsque tout redressement de l'entreprise s'avère impossible, d'organiser sa liquidation dans des conditions qui, idéalement, doivent être telles que les créanciers – dont la considération des intérêts doit avoir la priorité – soient désintéressés le plus complètement et le plus rapidement possible¹⁷⁶.

Il devient difficile de justifier dès lors le sort désagréable réservé aux créanciers chirographaires dans la plupart de procédures de faillite ou liquidation des biens, surtout quand on sait également que celles-ci sont, au départ, organisées pour protéger leurs intérêts. D'où l'intérêt de cette étude consistant à voir comment on peut encore rendre effectif cet objectif devenu, aux yeux de ces créanciers, illusoire et utopique.

Il convient maintenant de distinguer, pour la clarté de nos débats ultérieurs, la faillite ou liquidation des biens de certaines notions qui peuvent être considérées comme voisines.

Section III. Faillite ou liquidation des biens et notions qui peuvent être considérées comme voisines

Nous allons présenter ici des éléments qui permettent de distinguer la faillite ou liquidation des biens de notions comme le concordat (§1), la liquidation (§2), le règlement collectif de dettes (§3), la saisie (§4) et la déconfiture (§5).

Les trois premières procédures, à savoir le concordat, la liquidation et le règlement collectif de dettes, constituent, avec la faillite, des exemples classiques de procédures collectives de liquidation, qui sont à l'origine d'un concours des créanciers¹⁷⁷.

¹⁷⁶ V. Ph. GERARD et al., *op. cit.*, p.12.

¹⁷⁷ V. Fr. T'KINT, *op. cit.*, 4^e éd., pp. 53 et s. On notera cependant que le concordat « nouvelle manière » – c'est-à-dire tel qu'il résulte de la loi belge du 17 juillet 1997 – n'est pas, de l'avis d'une doctrine abondante, une hypothèse de concours (voir N. THIRION, « La théorie de l'égalité des créanciers en concours d'une personne morale en liquidation : nouveaux enseignements de la Cour de cassation », *R.C.J.B.*, 2001, pp. 185 et s. et

Chacune a toutefois sa spécificité et a sa finalité propre, raison pour laquelle nous avons trouvé utile d'exposer, pour la clarté de cette étude et pour lever certaines équivoques, les éléments qui les distinguent de la faillite ou liquidation des biens.

Quant à la saisie, voie d'exécution individuelle, il paraît utile de la distinguer de la faillite ou liquidation des biens, voie d'exécution collective, pour mieux ressortir les conséquences ainsi que les finalités reconnues à l'une et à l'autre.

Enfin, la déconfiture est ici examinée juste pour illustrer le sort particulier réservé, dans certains ordres juridiques, au débiteur civil qui n'arrive pas à honorer ses engagements vis-à-vis de ses créanciers.

§1. Le concordat

La faillite ou liquidation des biens n'est pas toujours la meilleure solution à la crise financière que connaît le commerçant. Elle est souvent difficile à supporter par ce dernier qui se voit privé de l'administration de ses biens et parfois infligé certaines déchéances. Elle n'est pas, non plus, toujours avantageuse pour les créanciers, car, parfois, le commerçant n'avoue sa défaite qu'après avoir lutté jusqu'au bout, épuisant ainsi entièrement ses ressources.

On s'est dès lors demandé pourquoi paralyser l'activité d'un débiteur loyal qui, grâce à un allègement temporaire de ses charges, pourrait redresser sa situation et faire face aux engagements qu'il a contractés¹⁷⁸.

Cette préoccupation a trouvé écho chez la plupart de législateurs qui ont mis en place des règles soulignant qu'il ne faut pas inévitablement, dans ce cas, procéder à la vente des actifs du commerçant en difficulté ; les créanciers de ces derniers peuvent encore lui accorder un concordat qui, sans le dessaisir de la gestion de ses biens, comme c'est le cas en cas de faillite ou de liquidation des biens, lui permettra de poursuivre pendant cette gêne passagère la gestion de ses affaires.

références citées). La convaincante démonstration de cette thèse faite par cet auteur montre que les conséquences spécifiques qu'il comporte – notamment celle visée par l'article 22 de la loi du 17 juillet 1997 – trouvent leur justification profonde dans la finalité complexe assignée à la législation : assurer autant que faire se peut le redressement de l'entreprise en difficulté, tout en préservant les droits des créanciers (pp.189-190).

¹⁷⁸ V. L. FREDERICQ, *op. cit.*, p. 859.

Le concordat revêt, en effet, plusieurs facettes que la législation congolaise¹⁷⁹ permet d'éclaircir. Cette dernière organise encore trois sortes de concordats que nous allons commenter brièvement: le concordat après faillite, le concordat par abandon d'actif et le concordat préventif à la faillite.

D'abord, le concordat après faillite, régi ici par les articles 59 et s. du décret du 27 juillet 1934 tel que modifié par les décrets des 19 décembre 1956 et 26 août 1959. Il se distingue de la faillite par le fait que c'est un traité conclu entre le failli et la masse de ses créanciers qui se prononcent à la majorité, soumis à l'homologation du tribunal, et qui a pour effet de mettre fin au dessaisissement et d'accorder au failli désormais replacé à la tête de ses affaires, soit la remise partielle, dans une même proportion, de chacune de ses dettes (concordat de remise), soit des délais (concordat d'atermolement), soit à la fois une remise partielle et des délais¹⁸⁰.

En ce qui concerne le débiteur, on remarquera que le dessaisissement, qui commandait l'assistance d'un curateur pour tous les actes du failli prend fin ; ses biens ne seront plus vendus. Il a ainsi la possibilité de revenir à meilleure fortune et de recouvrer la prospérité perdue. Ceci exprime tout à fait le contraire des effets de la faillite sur le failli.

Relativement aux créanciers, on estime que cette solution peut leur permettre de recevoir, parfois, un dividende concordataire plus élevé que le dividende qu'ils auraient obtenu par la vente des biens du failli, dans la mesure où cette vente se fait souvent dans des mauvaises conditions, sinon à vil prix. Aussi, la remise faite au débiteur garde toute la chance d'être payée, car celui-ci ne pourra être réhabilité que s'il a intégralement payé le passif, y compris la partie remise¹⁸¹.

La pratique abonde, cependant, d'exemples qui montrent que le concordat après faillite est difficile à obtenir. D'une part, à cause des règles de majorité sévères prévues par la loi congolaise sur les faillites (article 64, al. 2) et surtout parce que la majorité des deux tiers en somme se calcule sur le montant total des créances admises définitivement ou par provision, de sorte que les créanciers qui n'exercent pas leur droit de vote sont réputés voter contre le

¹⁷⁹ Il s'agit de la République démocratique du Congo.

¹⁸⁰ V. LUKOMBE NGHENDA, *op. cit.*, p. 23.

¹⁸¹ *Idem*, pp. 23-24.

concordat¹⁸². D'autre part, parce que le commerçant qui a prolongé sa situation au point de n'avoir plus grand chose à offrir à ses créanciers manque d'actif pour émettre une proposition concordataire et parce que, dans le cas inverse, si son actif est relativement suffisant, c'est un concordat préventif qu'il essaiera d'obtenir.

Ensuite, le concordat préventif à la faillite, réglementé au Congo par le décret du 12 décembre 1925 tel que modifié par les décrets du 11 décembre 1956, des 24 janvier et 12 mai 1958 et l'ordonnance - loi n°41/177 du 26 avril 1960. Il s'agit d'un traité collectif en vertu duquel un commerçant, qui a cessé ses paiements, mais qui n'a commis ni fraude ni faute grave, échappe à la faillite en obtenant de ses créanciers une remise partielle de dette ou des délais de paiement, ou même ces deux faveurs¹⁸³.

Il est qualifié, à juste titre de traité, car, malgré leurs protestations, les minoritaires subissent la loi de la majorité. Il constitue, cependant, un contrat à l'égard des créanciers qui y ont expressément adhéré : eux seuls ont donné leur consentement avec l'intention de s'obliger¹⁸⁴. On constate qu'il déroge au droit commun, comme d'ailleurs la loi sur la faillite, au chapitre organisant le concordat après faillite, en ce qu'il n'est pas tenu compte de la volonté des contractants.

Ce caractère exceptionnel du concordat explique pourquoi la convention n'est obligatoire que si une majorité suffisamment importante (représentant les 2/3 des sommes dues) adhère à la demande (art. 13 du décret précité) et pourquoi l'homologation est nécessaire (art. 1^{er} du même décret).

L'inapplicabilité des règles de la faillite au concordat judiciaire ou préventif à la faillite est manifeste en droit congolais : le débiteur sous concordat judiciaire n'est pas dessaisi, il n'y a pas de période suspecte, le vendeur d'effets mobiliers conserve son privilège, il n'y a pas de procédure de vérification des créances avant l'assemblée des créanciers...¹⁸⁵.

¹⁸² Ce constat fut fait à l'égard de cette institution, supprimée en droit belge depuis la réforme de 1997, par P.VAN OMMESELAGHE, « Les liquidations volontaires et les concordats », in *L'entreprise en difficulté*, Bruxelles, éd. du Jeune Barreau, 1981, p.476.

¹⁸³ V. J. Van RYN et J. HEENEN, *op. cit.*, p. 403.

¹⁸⁴ V. L. FREDERICQ, *op. cit.*, p. 862.

¹⁸⁵ V. J. Van RYN et J. HEENEN, *ibid.*, p.405 et LUKOMBE NGHENDA, *op. cit.*, p.26.

L'intention du législateur a été de soumettre le débiteur à un régime plus honorable et plus humain lorsque son insuccès est plus la conséquence de circonstances extérieures que de fautes nettes de gestion d'une part et de l'autre l'institution répond à la nécessité d'assurer le sauvetage des entreprises à même de surmonter des difficultés passagères et dont la survie répond à un besoin économique ; la faillite, en revanche, est plutôt réservée aux entreprises condamnées qui doivent être éliminées du marché¹⁸⁶.

Enfin, le concordat par abandon d'actif, organisé en droit congolais par le décret du 24 janvier 1958, constitue un traité conclu entre le failli et la masse de ses créanciers dans les mêmes conditions que le concordat simple, et qui a pour effet l'abandon par le débiteur de tout ou partie de ses biens à ses créanciers, moyennant la remise consentie par ces derniers de la fraction des dettes qui ne sera pas payée par le produit de la vente des biens abandonnés¹⁸⁷.

Il y a lieu de signaler, à cet égard, que, d'une part, le débiteur qui abandonne ses biens, sans s'en expliquer autrement, conserve son patrimoine, mais reconnaît à un liquidateur le droit irrévocable de le vendre pour payer ses créanciers. Il est censé abandonner non ses biens, mais uniquement le produit de leur réalisation. Toutefois, bien que le débiteur ne soit pas « dessaisi » comme l'est le failli, la loi, s'inspirant à cet égard des notions suivies en matière de faillite, admet que les créanciers constituent une masse au nom et pour le compte de laquelle les liquidateurs sont qualifiés pour agir. D'autre part, l'abandon ne libère pas définitivement ; revenu à meilleure fortune, le concordataire est tenu de payer intégralement ses créanciers¹⁸⁸.

Ces multiples facettes du concordat constituent, là où elles sont encore en vigueur, des moyens utilisés par le débiteur pour contourner la rigueur des lois sur la faillite ou la liquidation des biens et leurs conséquences.

Force est de constater que leur inefficacité a conduit le législateur belge à les supprimer lors de sa réforme de 1997 qui institue une procédure préventive en faveur de toute entreprise en proie à des difficultés passagères, mais fondamentalement saine (loi du 17 juillet 1997 sur le concordat judiciaire), d'une part et, de l'autre, une procédure de liquidation lorsqu'il est clair

¹⁸⁶ V. LUKOMBE NGHENDA, *op. cit.*, p.26.

¹⁸⁷ *Idem*, p.25.

¹⁸⁸ V. L. FREDERICQ, *op. cit.*, pp. 1011-1012 ; J. Van RYN et J. HEENEN, *op. cit.*, p.439.

qu'un redressement durable est hors d'atteinte (loi du 8 août 1997 sur les faillites). C'est dans cet esprit que se trouve également organisé, dans l'Acte uniforme de l'OHADA précité, aux articles 5 à 24, la procédure de règlement préventif permettant, avons-nous dit, à un débiteur en difficulté d'en faire la déclaration, d'obtenir la suspension des poursuites individuelles et de proposer un concordat préventif destiné à éviter la cessation des paiements et à permettre le redressement de l'entreprise¹⁸⁹.

§2. La liquidation

La liquidation consiste pratiquement à régler le passif par l'actif et à répartir l'actif net éventuel entre les associés¹⁹⁰. Liquider une société revient ainsi à réaliser les actifs, payer les créanciers et répartir l'actif net, pour autant qu'il en ait un, entre les associés¹⁹¹.

La liquidation des sociétés commerciales est régie, en droit belge, par les articles 183 et suivants du Code des sociétés. Le régime qu'ils consacrent vaut pour l'ensemble des sociétés commerciales, quelle que soit la forme sous laquelle elles ont été constituées.

L'Acte uniforme de l'OHADA du 17 avril 1997 relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique régit, à son livre VII, la dissolution et la liquidation de la société commerciale. Ce livre VII organise, pour l'essentiel, les causes de dissolution, sa publicité et ses effets, à savoir la liquidation.

Les commentateurs de cet Acte relèvent non seulement qu'il reprend en substance les dispositions classiques sur la dissolution et la liquidation des sociétés, mais aussi que la liquidation, longtemps gouvernée par des principes jurisprudentiels, fait désormais l'objet d'une réglementation détaillée, applicable à toutes les sociétés qui jouissent de la personnalité morale ; ces dispositions régissent aussi bien la liquidation amiable que la liquidation judiciaire. Mais, poursuivent-ils, elles ne doivent pas être confondues avec les règles

¹⁸⁹ V. M. FILIGA SAWADOGO, *op. cit.*, p. 822.

¹⁹⁰ V. B. ROLAND, « La liquidation », *Traité pratique de droit commercial*, t. IV, C. JOSSOGNE (sous la direction de), Diegem, Kluwer Editions Juridiques Belgique, 1998, p. 1099.

¹⁹¹ V. M. COIPEL et al., *Droit des sociétés commerciales : S.A., S.P.R.L. et S.C.R.L.*, Diegem, Kluwer Editions Juridiques Belgique, 1998, p.877.

applicables aux sociétés qui sont en liquidation pour cause de cessation de paiement (article 203, alinéa 3, de cet Acte)¹⁹².

Le régime juridique de la liquidation commence donc avec la dissolution de la société et se termine avec la clôture de la liquidation, sous la réserve du droit pour les créanciers impayés de se retourner contre les liquidateurs pendant une période de cinq ans (en droit belge) et de trois ans (au regard de l'Acte uniforme précité).

Toute liquidation a pour finalité le paiement des dettes et la confusion dans le patrimoine général des titulaires. Si la masse ne comprend pas de liquidités et qu'il y a obligation de payer les créanciers, il faudra vendre une partie des biens de la masse pour s'en procurer.

On enseigne qu'une seule opération, dans l'ordre logique, doit nécessairement être effectuée dans toute liquidation : la répartition de l'actif. S'il n'y a aucun actif, même conditionnel ou litigieux, il y a lieu à la clôture immédiate de la liquidation, celle-ci étant sans objet. S'il y a de l'actif, mais pas de passif, il y a lieu à liquidation, sous la forme de répartition de l'actif entre les associés, ce qui n'implique pas nécessairement de réalisation de l'actif. S'il y a un passif, et sauf si les créanciers acceptent des dations en paiement (opération dangereuse si une faillite subséquente est possible, en raison de l'existence de la période suspecte), une réalisation de l'actif sera nécessaire si les liquidités existantes ne permettent pas de payer le passif¹⁹³.

De ce qui précède, on peut retenir notamment que la dissolution et la mise en liquidation d'une société ne sont pas, chaque fois, à l'origine d'un concours entre ses créanciers. Il faut que l'actif soit insuffisant (ou risque d'être insuffisant)¹⁹⁴ : dans le cas contraire, le liquidateur n'aura aucune peine à régler intégralement les créances¹⁹⁵.

¹⁹² V. P.-G. POUGOUE, J. NGUEBOU-TOUKAM et Fr. ANOUKAHA, « Acte uniforme du 17 avril 1997 relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique », *OHADA. Traité et actes uniformes commentés et annotés*, 2^e éd., JURISCOPE, 2002, p. 359.

¹⁹³ V. B. ROLAND, « La liquidation », *loc. cit.*, p. 1123.

¹⁹⁴ V. N. THIRION, « La théorie de l'égalité des créanciers en concours d'une personne morale en liquidation : nouveaux enseignements de la Cour de cassation », *loc. cit.*, p. 184. L'auteur note ici que la situation déficitaire de la personne morale en liquidation déclenche l'application concrète des conséquences du concours et de la règle de l'égalité des créanciers.

¹⁹⁵ V. Fr. T'KINT, *op. cit.*, p. 59.

Le droit belge illustre d'ailleurs clairement cette position. En effet, en cas d'insuffisance d'actif, l'article 190 du Code des sociétés contraint le liquidateur à une répartition égalitaire et l'article 192 le rend directement responsable à l'égard des créanciers lésés de toute méconnaissance de cette obligation. Aussi, ces textes l'autorisent-ils à tenir en échec les tentatives d'exécution des créanciers et à leur imposer toutes restrictions exigées par le concours¹⁹⁶.

Il appert que le concours résultant de la liquidation d'une personne morale est différente du concours né de la faillite, qui n'est soumis à aucune autre condition supplémentaire que le jugement déclaratif ou le dépôt de la requête¹⁹⁷.

Les deux institutions sont, en outre, différentes surtout au point de vue des finalités spécifiques assignées à chacune par le législateur, même si certains de leurs effets demeurent communs en raison du concours qu'ils entraînent. C'est pourquoi l'on estime que la mise en faillite d'une société en liquidation par un créancier demandeur doit résulter de la preuve par celui-ci du caractère intéressant du régime de la faillite pour lui (par rapport à celui de la liquidation) ; l'appréciation de cette demande par le tribunal devant tenir compte également des garanties renforcées qu'offre actuellement le régime de la liquidation¹⁹⁸.

§3. Le règlement collectif de dettes

Nous venons de voir que la faillite ou liquidation des biens ainsi que le concordat sont réservés aux commerçants. L'on a dit également ci-avant qu'il n'existe, en matière civile, aucune procédure équivalente qui assure, par une mainmise complète sur tout le patrimoine du débiteur, la protection de l'ensemble de ses créanciers. En cette matière, a-t-on vu, est d'ailleurs consacré l'adage selon lequel « le paiement est le prix de la course », car lorsqu'il s'agit d'un engagement privé, l'application des règles du concours reste inévitablement sporadique, laissée à l'initiative des quelques créanciers plus agressifs, c'est-à-dire au gré des saisies qui seront pratiquées – et répétées jusqu'à ce que le débiteur se trouve complètement démuni¹⁹⁹.

¹⁹⁶ Voir l'abondante jurisprudence allant dans ce sens, citée par Fr. T'KINT, *op. cit.*, pp. 58-59.

¹⁹⁷ V. Fr. T'KINT, *ibid.*, p. 59.

¹⁹⁸ V. B. ROLAND, « La liquidation », *loc. cit.*, pp. 1160-1161 et 1176.

¹⁹⁹ V. Fr. T'KINT, *ibid.*, p. 55.

Cette différence entre le débiteur civil et le débiteur commerçant est essentiellement justifiée, on s'en doute, par le fait que le commerce et l'industrie reposent sur le crédit. En effet, si les créanciers d'un particulier sont localisés et peu nombreux et peuvent ainsi intervenir en temps utile, les créanciers d'un commerçant, par contre, sont en nombre et souvent très dispersés. Le volume de leurs créances, comparé aux dettes d'un particulier, est manifestement plus important²⁰⁰. D'où l'existence de longue date de l'institution de la faillite dans le monde commercial.

Mais les considérations ci-dessus méritent d'être nuancées au regard de la loi belge du 5 juillet 1998 relative au règlement collectif de dettes et à la possibilité de vente de gré à gré des biens immeubles saisis²⁰¹. En effet, cette loi autorise le débiteur, personne physique, qui n'a pas la qualité de commerçant et qui « n'est pas en état, de manière durable, de payer ses dettes exigibles ou encore à échoir », de demander au juge des saisies, par requête, l'ouverture d'une procédure de règlement collectif de dettes²⁰².

La décision du juge des saisies qui dit la requête recevable est à l'origine d'un concours entre les créanciers du débiteur (en ce compris les créanciers titulaires de sûretés réelles), dont le droit d'exécution est paralysé. Les droits de gestion et de disposition de son patrimoine par le débiteur sont dès lors restreints ; un « médiateur de dettes », désigné par le juge des saisies, reçoit les déclarations de créance et est chargé de préparer un projet de plan de règlement du passif du débiteur²⁰³. Ce plan, dont la durée ne peut excéder cinq ans, est contraignant même à l'égard des créanciers titulaires de sûretés réelles, dont l'effet se trouve en conséquence paralysé²⁰⁴.

A défaut de règlement amiable, lequel exige l'accord de tous les créanciers, le juge des saisies arrête un règlement judiciaire. Ce règlement peut imposer certains sacrifices aux

²⁰⁰ Fr. T'KINT, *op. cit.*, p. 55.

²⁰¹ Une étude approfondie de cette loi a été faite notamment par : E. BALATE et al., *Le règlement collectif de dettes*, Bruxelles, Larcier, 2001, pp. 1 et s. ; Ch. BIQUET-MATHIEU, « Faillite et règlement collectif des dettes : pour une approche rationnelle des mesures de clémence », *Liber Amicorum Michel COIPEL*, Editions Kluwer, 2004, pp. 191 et s. ; E. Van den HAUTE, *Le règlement collectif de dettes et la possibilité de vente de gré à gré. Examen de la loi du 5 juillet 1998*, Diegem, Kluwer Editions Juridiques Belgique, 1999, pp. 1 et s.

²⁰² Lire pour de plus amples informations sur les conditions d'admissibilité, E. BALATE et al., *ibid.*, pp. 47 et s. ; Fr. T'KINT, *op. cit.*, p. 56 ; E. Van den HAUTE, *ibid.*, p. 10.

²⁰³ V. Fr. T'KINT, *ibid.*, p. 56 ; et Fr. T'KINT, « Incidences du règlement collectif sur le droit des sûretés », *Règlement collectif de dettes. Vente de gré à gré d'immeubles saisis*, Recyclage organisé sous la direction de M. GREGOIRE et P. VAN den EYNDE, le 26 novembre 1998, Louvain-La-Neuve, pp. 1 et s.

²⁰⁴ V. Fr. T'KINT, *ibid.*, p. 56 ; Fr. T'KINT, « Incidences du règlement collectif sur le droit des sûretés », *loc. cit.*, p. 4.

créanciers, comme « le report ou le rééchelonnement du paiement des dettes » (mais non leur remise même partielle sauf en cas de réalisation du patrimoine du débiteur), la suspension, la réduction du taux ou même l'amputation des intérêts de retard.

On l'aura donc compris, le règlement collectif de dettes se distingue de la faillite ou liquidation des biens et du concordat judiciaire, en plus des éléments de différence susmentionnés, par sa nature même : il ne s'agit pas d'une mesure protectrice des créanciers, mais du débiteur. L'intention du législateur n'est pas, en effet, d'assurer l'intégrité du gage commun des créanciers et d'éviter l'anarchie des poursuites. Elle est plutôt inspirée par une préoccupation humanitaire : « redonner aux personnes qui ont sombré dans le surendettement une nouvelle chance d'avoir des perspectives d'avenir » et « leur rendre dignité et espoir »²⁰⁵. C'est pour cette raison d'ailleurs que la procédure n'est accessible qu'au débiteur, et laissée à sa seule discrétion. S'il n'en prend pas l'initiative, ses créanciers sont démunis et demeurent exposés aux vicissitudes de mesures d'exécution répétées²⁰⁶.

§4. La saisie

La saisie peut être définie comme une procédure d'exécution ayant pour but de placer sous le contrôle de la justice (on emploie souvent la formule « sous la main de la justice ») les biens d'un débiteur, donc de s'en saisir²⁰⁷.

Dans une acception plus large, on entend par saisie, toute la procédure d'exécution depuis la mainmise sur les biens du débiteur jusqu'à leur réalisation, c'est-à-dire la vente de ces biens pour désintéresser les créanciers²⁰⁸.

La finalité de la procédure de saisie n'est autre que d'empêcher un débiteur de disposer de ses biens (de les vendre ou de les donner) avec l'intention, si ce débiteur ne règle pas spontanément ses dettes, de faire vendre les biens saisis pour se payer sur leur prix²⁰⁹.

²⁰⁵ *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 1997-1998, n°1073/11, p. 7, cite par Fr. T'KINT, *op. cit.*, pp. 56-57. Lire également E. BALATE, *ibid.*, p. 37 ; Ch. BIQUET-MATHIEU, « Faillite et règlement collectif des dettes : pour une approche rationnelle des mesures de clémence », *loc. cit.*, p. 192.

²⁰⁶ Fr. T'KINT, *ibid.*, p. 57.

²⁰⁷ V. J. VINCENT et J. PREVAULT, *Voies d'exécution et procédures de distribution*, 18^e éd., Paris, Ed. Dalloz, 1995, p. 48.

²⁰⁸ *Idem*, p. 48.

²⁰⁹ *Ibid.*, p.48.

Ceci dégage déjà une des différences entre la procédure de saisie et celle de la faillite ou liquidation des biens : alors que dans celle-là, le débiteur peut encore récupérer ses biens saisis après avoir désintéressé ses créanciers, dans celle-ci, par contre, une fois la faillite ou liquidation des biens ouverte par le tribunal compétent, le patrimoine du débiteur est désormais affecté au désintéressement de ses créanciers. Le débiteur ne peut plus en disposer, car il est destiné à être réalisé par le curateur ou syndic qui répartira le produit aux différents créanciers.

La saisie se distingue, en outre, de la faillite ou liquidation des biens par ses conditions de fond et de forme. En effet, s'il ne peut y avoir saisie que lorsque la créance invoquée est certaine, liquide et exigible (conditions de fond) et lorsque la créance justifiant cette saisie a été constatée dans un titre exécutoire (condition de forme), on ne peut ouvrir, au contraire, la faillite ou liquidation des biens que lorsqu'on est en présence d'un commerçant en cessation (persistante) des paiements et dont le crédit est ébranlé (condition de fond). Seul un jugement émanant du tribunal compétent permettra bien entendu d'ouvrir la faillite ou liquidation des biens de ce débiteur commerçant (condition de forme). Il s'en suit qu'alors que tout débiteur qui n'a pas réglé sa dette doit pouvoir être saisi, seul, cependant, le débiteur commerçant peut se voir déclaré en faillite.

Il devient commode d'opposer, au regard de ce qui précède, la saisie, voie d'exécution individuelle, à la faillite ou liquidation des biens, voie d'exécution collective, et de dégager partant les lignes de force du concours des créanciers découlant de ces deux procédures :

- la faillite ou liquidation des biens embrasse un patrimoine tout entier pris en bloc, alors que les saisies frappent séparément tel ou tel bien déterminé²¹⁰;
- le jugement d'ouverture de la faillite ou liquidation des biens prive le failli de l'administration et de la gestion de son patrimoine désormais pris en charge par le curateur ou syndic pour le compte de l'ensemble des créanciers²¹¹, tandis que la saisie ne prive pas le saisi de l'administration et de la gestion de ses biens à moins que le créancier, redoutant

²¹⁰ V. J. PERCEROU et M. DESSERTAUX, *op. cit.*, p. 330 ; G. de LEVAL, « Saisies et droit commercial », in *Les créanciers et le droit de la faillite*, Bruxelles, Bruylant, 1983, p. 316.

²¹¹ V. J. Van RYN et J. HEENEN, *op. cit.*, p. 234.

- que le saisi n'use pas des biens saisis avec suffisamment de soin et n'en altère la substance, obtienne du juge des saisies la désignation d'un gérant à l'exploitation ²¹²;
- la vente, sauf dérogation, a lieu, en cas de saisie, aux enchères publiques, alors qu'en matière de faillite ou liquidation des biens, la loi n'impose pas la réalisation des meubles aux enchères publiques ²¹³;
 - en cas de faillite ou liquidation des biens, la réalisation du patrimoine se fait au nom de tous les créanciers et en observant entre eux, pour la répartition du prix, la plus stricte égalité, alors que pour la saisie, la réalisation de la chose saisie se fait au nom seulement des créanciers poursuivants ou intervenants et à leur profit exclusif, ceux qui n'ont pu prendre part à la saisie étant privés de tout droit dans la répartition du prix ²¹⁴.

§5. La déconfiture

La déconfiture est, là où il n'y a aucune autre procédure réservée au débiteur civil qui ne paie pas ses dettes, la situation d'une personne, non-commerçante, qui, en raison de son insolvabilité, est dans l'impossibilité de tenir ses engagements, alors que la faillite ou liquidation des biens est l'état du commerçant qui cesse ses paiements (de manière persistante) ²¹⁵. Ces deux institutions ont ainsi en commun le fait qu'elles reposent toutes deux sur des signes extérieurs d'embarras pécuniaire ²¹⁶.

Mais la déconfiture diffère de la faillite ou liquidation des biens, et pour l'essentiel du règlement collectif de dettes, par le fait qu'elle ne fait l'objet d'aucune définition, d'aucune réglementation d'ensemble, d'aucune procédure collective de liquidation (le « déconfit » reste maître de ses biens et de ses droits) et d'aucune mesure protectrice de l'égalité des créanciers.

En plus, la déconfiture ne résulte pas de la seule cessation des paiements (dans laquelle le passif n'est pas forcément supérieur à l'actif), mais nécessairement de l'insolvabilité du débiteur (dans laquelle le passif est supérieur à l'actif) ²¹⁷.

²¹² V. G. de LEVAL, « Saisies et droit commercial », *op. cit.*, p. 316.

²¹³ *Idem*, p. 316.

²¹⁴ V. J. PERCEROU et M. DESSERTAUX, *op. cit.*, p. 330.

²¹⁵ V. Ch. LYON-CAEN et L. RENAULT, *op. cit.*, p. 793 et M. JUGLART et B. IPPOLITO, *op. cit.*, p.6.

²¹⁶ Voir pour de plus amples informations, J. PERCEROU et M. DESSERTAUX, *ibid.*, pp. 194-197.

²¹⁷ V. M. JUGLART et B. IPPOLITO, *ibid.*, p. 7

Il n'y a donc pas seulement une différence de mots ; les deux situations n'entraînent pas du tout les mêmes conséquences. L'état de déconfiture n'est pas constaté par un jugement *ad hoc*, produisant des effets absolus à l'égard de tous les intéressés : il n'y a pas de dessaisissement, les créanciers n'ont pas de mandataire commun. Chacun pourvoit à ses intérêts comme il l'entend et on ne met pas les créanciers absents ou inconnus en demeure de faire valoir leurs prétentions. Cependant, les actes préjudiciables faits par le débiteur peuvent être attaqués par l'action paulienne²¹⁸.

La faillite ou liquidation des biens est, pour tout dire, une institution exclusivement réservée aux commerçants, les particuliers défaillants étant en déconfiture, qui consiste en « l'insolvabilité générale du débiteur civil »²¹⁹. Elle est ainsi, au sens de cette jurisprudence, un état de fait plutôt que de droit, et existe indépendamment de toute décision judiciaire.

En conclusion à ce chapitre, il apparaît que les obligations d'un commerçant sont, en général, plus nombreuses et plus importantes que celles d'un simple particulier et que le non respect par le débiteur commerçant de ses engagements envers ses créanciers, qui sont souvent eux-mêmes commerçants et ont également leurs propres engagements, constitue un préjudice particulièrement grave pour eux pouvant entraîner des réactions en chaîne. Raison pour laquelle, au fil du temps, non seulement le législateur a réglementé cette situation afin de prévenir ou d'atténuer les conséquences fâcheuses qui peuvent en résulter²²⁰, mais aussi toutes les législations insistent sur la nécessité pour chacun de remplir avec exactitude ses engagements et établissent, à cette fin, une différence de traitement entre le débiteur commerçant et non-commerçant²²¹.

En un mot, on est conscient que la fidélité aux engagements est une de ces règles éternelles qui, par une suite inévitable de l'imperfection humaine, ont été et seront toujours enfreintes, sans jamais cesser d'être impérieuses²²². C'est pourquoi le législateur s'attache spécialement à prévenir, autant que possible, ce genre de situations catastrophiques, et, lorsqu'elles sont inévitables, à y apporter remède par un ensemble de dispositions destinées à sauvegarder

²¹⁸ V. Ch. LYON-CAEN et L. RENAULT, *op. cit.*, p.793 ; J. PERCEROU et M. DESSERTAUX, *op. cit.*, p. 198 ; L. FREDERICQ, *op. cit.*, pp. 38-39.

²¹⁹ Mons, 5 déc. 1988, *J.T.*, 1989, p. 197.

²²⁰ V. Ch. LYON-CAEN et L. RENAULT, *ibid.*, p.785 et dans le même sens J. Van RYN et J. HEENEN, *op. cit.*, p. 201.

²²¹ V. L. FREDERICQ, *ibid.*, p. 37.

²²² V. A. Ch. RENOARD et J. BEVING, *op. cit.*, p.5.

l'intérêt des créanciers et à régler équitablement leurs droits respectifs²²³. La loi belge sur les faillites et l'Acte uniforme de l'OHADA portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif s'inscrivent d'ailleurs dans ce dernier cas en organisant de manière étendue et structurée le concours des créanciers résultant de la faillite ou liquidation des biens.

Ainsi prévoient-ils notamment qu'en cas de faillite ou liquidation des biens, le débiteur soit dessaisi de l'administration de ses biens et qu'un curateur ou syndic soit nommé par le tribunal compétent avec pour mission la réalisation du patrimoine du débiteur et la répartition du prix entre les créanciers dans le respect de la règle de l'égalité. On voit là non seulement la raison d'être de l'institution de la faillite ou liquidation des biens, qui est fondée sur la nécessité, particulièrement contraignante dans les domaines commercial et industriel où l'activité repose sur le crédit, de maintenir intact le gage commun des créanciers et d'éviter, par l'organisation minutieuse d'une procédure collective de liquidation, des poursuites anarchiques²²⁴, mais aussi la fonction de paiement assignée à l'institution, c'est-à-dire assurer soit directement, soit de manière échelonnée, la satisfaction des créanciers du débiteur défaillant via l'organisation d'une procédure collective dans une perspective égalitaire.

Il n'est sans doute pas superflu d'indiquer déjà ici que si la procédure de faillite ou liquidation des biens est idéalement faite pour payer les créanciers de l'entreprise, la réalité économique prouve cependant à suffisance qu'en dépit du caractère collectif et égalitaire de la procédure, le paiement des créanciers, en l'occurrence les créanciers chirographaires, est assuré de manière pour le moins modeste ; pire la prétendue égalité entre les créanciers est peu à peu vidée de sa substance, en raison de l'efflorescence des sûretés en tous genres, génératrices d'autant de conflits de rangs²²⁵. Le défi est dès lors lancé aux droits modernes actuels de la faillite ou liquidation des biens d'y remédier, si non d'atténuer cet état de chose.

Les développements qui suivent nous permettront non seulement de montrer que l'application concrète des législations sous examen combinées avec d'autres législations pertinentes ne garantit pas malheureusement cette fonction de paiement, surtout pour les créanciers chirographaires, mais aussi de tracer les pistes d'amélioration de leur situation qui n'est, on s'en doute, ni juste, ni équitable en cas de faillite ou liquidation des biens.

²²³ V. L. LACOUR et J. BOUTERON, *op. cit.*, pp. 360-361.

²²⁴ V. Fr. T'KINT, *op. cit.*, p.64.

²²⁵ V. A. BENOÎT-MOURY et N. THIRION, « La nouvelle procédure concordataire, pierre angulaire du droit des entreprises en difficulté ? », *loc. cit.*, p. 45.

Mais avant d'en arriver là, la compréhension des principes à la base de nos législations actuelles en matière de faillite ou liquidation des biens et de l'intérêt attaché, au fil du temps, à la situation des créanciers dans la faillite de leur débiteur commande de dégager et commenter les conséquences de l'égalité des créanciers dans le concours résultant de la faillite ou liquidation des biens.

Chapitre III. LES CONSEQUENCES DE L'EGALITE DES CREANCIERS DANS LE CONCOURS DECOULANT DE LA FAILLITE OU LIQUIDATION DES BIENS

On vient de voir que les règles et principes fondamentaux gouvernant la faillite ou liquidation des biens depuis l'ouverture de la procédure jusqu'à sa clôture sont institués en faveur de tous les créanciers du débiteur failli. Nous allons à présent montrer que les conséquences de l'égalité des créanciers dans le concours résultant des procédures collectives sous examen n'ont pour raisons d'être que d'organiser une protection stricte de l'actif du débiteur, gage commun de tous les créanciers et d'assurer une détermination rapide et transparente de l'actif et du passif du failli.

Ainsi, afin d'éviter la fluctuation du patrimoine du débiteur en difficulté, de procéder à son évaluation rapide et à sa liquidation aux fins de la répartition à tous les créanciers dans une perspective égalitaire, sauf s'il existe des causes légitimes de préférence, le débiteur failli est dessaisi de l'administration de ses biens, désormais confiée à un curateur ou syndic, alors que les créanciers se voient imposer certaines restrictions, qui peuvent évidemment varier selon la nature de leurs droits, et de se regrouper dans une masse.

Le dessaisissement du débiteur failli (section I) et la formation de la masse (section II) constituent ainsi les conséquences majeures et les plus immédiates du jugement d'ouverture de la faillite ou liquidation des biens qui seront examinées ici.

Section I. L'ouverture de la faillite ou liquidation des biens entraîne le dessaisissement du débiteur

Nous allons ici exposer l'économie générale du dessaisissement (§1) avant d'examiner ses conséquences sur le débiteur et sur les créanciers (§2).

§1. Economie générale du dessaisissement

A. Principe

Le principe du dessaisissement est énoncé aux articles 16, alinéa 1^{er}, de la loi belge sur les faillites et 53, alinéa 2, de l'Acte uniforme de l'OHADA. Il est précisé, ici et là, que le débiteur failli, à compter du jour du jugement d'ouverture de la faillite ou liquidation des biens, est dessaisi de plein droit de l'administration de tous ses biens, même de ceux qui peuvent lui échoir pendant qu'il est en état de faillite. Aussi est-il affirmé, ici et là, que tous paiements, opérations et actes faits par le débiteur failli, et tous paiements faits à celui-ci depuis ce jour sont inopposables à la masse.

Ceci signifie que, par le seul effet du jugement d'ouverture, le débiteur failli perd l'administration de tous ses biens qui est alors confiée au curateur ou syndic agissant, on s'en doute, aussi bien au profit du débiteur failli lui-même que de la masse des créanciers²²⁶. On estime, à juste titre, que le dessaisissement est une sorte de paralysie juridique qui frappe le débiteur failli²²⁷, dans la mesure où ce dernier ne peut désormais ni recevoir un paiement, ni payer une dette, ni ester en justice pour ses droits patrimoniaux²²⁸.

Il convient de signaler ici que le dessaisissement n'a pas d'effet sur le régime de la propriété du bien : les biens du débiteur failli restent sa propriété, même s'il appartient au curateur de les vendre²²⁹. En plus, le débiteur ne peut être considéré comme un incapable, car il peut poser des actes juridiques inattaquables aussi bien pour lui-même que par le tiers avec lequel il a traité. Seulement ces actes sont inopposables à la masse et le cocontractant ne pourra les faire valoir contre le débiteur qu'après la clôture de la procédure²³⁰.

²²⁶ V. Cass., 16 février 1995, A.C., 1995, 183, cité par I. VEROUGSTRAETE et al., *op. cit.*, éd. 2003, p. 319. La Cour de cassation belge examine dans ce litige les effets d'un paiement fait par le curateur lors de la répartition des fonds et estime qu'un tel paiement lie le bénéficiaire du paiement.

²²⁷ V. J. Van RYN et J. HEENEN, *op. cit.*, p. 229 ; A. ZENNER, *op. cit.*, p. 269.

²²⁸ V. J. PERCEROU et M. DESSERTAUX, *op. cit.*, p. 620 ; Fr. T'KINT, *op. cit.*, p. 73 ; I. VEROUGSTRAETE et al., *ibid.*, p. 319.

²²⁹ V. I. VEROUGSTRAETE et al., *ibid.*, p. 323.

²³⁰ V. M. FILIGA SAWADOGO, *op. cit.*, p. 168.

Comme on peut aisément le constater, le dessaisissement participe de la modification du statut des biens du failli, celui-ci ne pouvant plus porter atteinte à la consistance de ses actifs dont la valeur est réservée au désintéressement des créanciers participant à la saisie collective²³¹.

Le but visé par le législateur en le consacrant n'est donc autre que de contrecarrer les manœuvres du débiteur failli tendant à modifier la consistance de l'actif et du passif et à rompre l'égalité des créanciers²³².

B. Durée du dessaisissement

Le dessaisissement a lieu de plein droit par le seul effet de la faillite. Il opère à partir de la première heure du jour même de la faillite. Il en résulte que les opérations passées par le débiteur failli pendant ce jour sont inopposables à la masse.

L'article 16, alinéa 1^{er}, de la loi belge sur les faillites va dans ce sens en disposant expressément que le dessaisissement commence « à compter du jour du jugement déclaratif de la faillite ». Certains auteurs ne manquent pas de souligner que la loi du 8 août 1997 ratifie la jurisprudence de la Cour de cassation, en précisant que le dessaisissement opère ses effets, certes, pour toute la période qui suit le jugement de faillite, mais également pour l'ensemble de la journée où cette faillite est prononcée : un paiement fait le matin est inopposable à la masse, même si le jugement de faillite n'est prononcé que l'après-midi²³³.

Cette précision importante n'existe pas malheureusement en droit uniforme. Mais nous pensons que, pour des raisons de sécurité juridique et dans la mesure où elle est destinée à protéger les intérêts des créanciers, elle pourrait trouver écho en droit uniforme. Elle mériterait néanmoins d'être consacrée au lieu de laisser perdurer la controverse entre les

²³¹ V. M. GREGOIRE, « Le sort des créanciers », *La faillite et le concordat en droit positif belge après la réforme de 1997*, C.D.V.A., 1998, p. 387.

²³² C'est, en effet, par le dessaisissement que se crée la masse, c'est-à-dire l'ensemble de l'actif et du passif de la faillite. En cas de faillite ou de liquidation des biens d'une personne morale, cette masse se compose de l'ensemble de l'actif et du passif d'une société, compte non tenu des droits des associés. Elle constitue ce qu'il est convenu d'appeler un patrimoine d'affectation géré par un curateur ou syndic et est dépourvue de personnalité morale (I. VEROUGSTRAETE et al., *op. cit.*, éd. 2003, p. 319).

²³³ V. Cass., 19 octobre 1987, *Pas.*, 1988, I, n° 97, p. 182, cité par Fr. T'KINT et WERNER DERIJCKE, « Dessaisissement et situation des créanciers en cas de faillite », in *Le nouveau droit du concordat judiciaire et de la faillite : les lois des 17 juillet et 8 août 1997*, Bruxelles, Bruylant, 1997, pp. 175-176.

tenants de ce système et ceux de celui qui fait remonter la faillite à l'heure de sa déclaration, laissant ainsi confuse le sort des actes du failli passés avant cette heure²³⁴.

On remarquera également qu'il n'est plus question, en droit belge et en droit uniforme, de « nullité de droit », comme c'est encore le cas notamment en droit congolais, mais, plus correctement, d'inopposabilité à la masse des actes posés en méconnaissance du dessaisissement²³⁵.

Il va sans dire que le failli ne peut rester dessaisi après la clôture de la faillite ou le rapport de celle-ci.

Trois moments permettent ainsi de situer correctement la durée du dessaisissement²³⁶ :

- les actes du débiteur passés avant le prononcé du jugement d'ouverture. Ces actes sont valables, sauf bien entendu application des inopposabilités, de droit ou facultatives, de la période suspecte.
- Les actes du débiteur passés entre le jugement d'ouverture et la clôture de la procédure. Ces derniers tombent pleinement sous le coup du dessaisissement qui va produire ses effets même à l'égard du cocontractant de bonne foi.
- Les actes du débiteur passés après la clôture de la procédure. Le dessaisissement ayant pris fin avec la procédure, le débiteur est remis à la tête de ses affaires, s'il lui en reste. L'acte est donc opposable aux créanciers.

C. Etendue du dessaisissement

Quant aux biens, le dessaisissement frappe les biens et droits présents et à venir du débiteur. Mais il n'affecte, pour les biens qui viendraient à échoir au failli en cours de la faillite, qu'un avoir net : le curateur ou le syndic ne les recueillera, pour compte de la masse, qu'après apurement des dettes et charges dont ils sont grevés. Ainsi, si le failli exerce une activité

²³⁴ Dans ce sens, A. ZENNER, *op. cit.*, p. 271.

²³⁵ V. Fr. T'KINT et WERNER DERIJCKE, « Dessaisissement et situation des créanciers en cas de faillite », *loc. cit.*, p. 176.

²³⁶ Dans ce sens, M. FILIGA SAWADOGO, *op. cit.*, p. 169.

nouvelle, le dessaisissement en frappera le produit mais seulement le produit net – c'est-à-dire le profit – dégagé²³⁷.

Quant à l'activité juridique du débiteur, ce dernier ne peut plus la mener seul. Dans le cas contraire, elle sera étrangère à la masse, c'est-à-dire qu'elle lui sera inopposable. Il en sera ainsi des actes juridiques, des actions en justice et même des conséquences des faits juridiques²³⁸.

En ce qui concerne les actes juridiques (contrats, paiements, libéralités, ...) accomplis pendant la période couverte par le dessaisissement, ils seront frappés d'une inopposabilité de plein droit (sanction civile), alors que l'application de la banqueroute simple (sanction pénale) au débiteur qui a payé certains créanciers après la cessation des paiements n'est pas à exclure.

Quant aux actions judiciaires, l'on sait qu'en principe le débiteur ne peut plus agir librement à compter du jugement d'ouverture. Il se fera représenter par le curateur ou le syndic pour ce faire.

S'agissant enfin des faits juridiques, l'on note que le dessaisissement a pour effet de bloquer le patrimoine du débiteur dans sa consistance au jour du jugement d'ouverture ; c'est pourquoi, les créances de réparation de délits et quasi-délits commis par le débiteur après le jugement d'ouverture sont inopposables à la masse²³⁹.

D. Exceptions au dessaisissement

Il n'y a pas, dit-on, de principe sans exception. Le dessaisissement comporte, malgré sa très large portée, des exceptions en rapport avec les biens, les actes et la procédure.

1°. Les exceptions relatives aux biens

Certains biens échappent au dessaisissement. Il en est ainsi des biens insaisissables ou alimentaires, qui ne seront pas concernés par le dessaisissement. Ces biens comprennent, en

²³⁷ V. Fr. T'KINT, *op. cit.*, p. 74 ; I. VEROUGSTRAETE et al., *op. cit.*, éd. 2003, p. 323.

²³⁸ V. M. FILIGA SAWADOGO, *op. cit.*, p. 169.

²³⁹ *Idem*, p. 170.

gros, la fraction insaisissable du salaire, les pensions alimentaires, les biens mobiliers nécessaires à la vie et au travail du débiteur et de sa famille.

L'article 51 de l'Acte uniforme de l'OHADA sur les procédures simplifiées de recouvrement et les voies d'exécution renvoie, en effet, aux lois nationales pour la définition des biens et droits insaisissables.

Le droit belge connaît, pour sa part, trois catégories de biens insaisissables qui échapperont au dessaisissement²⁴⁰ : les biens insaisissables par nature (documents confidentiels, lettres, papiers de famille, ...), les biens insaisissables par la volonté du législateur (et spécialement en vertu des articles 1408 et suivants du Code judiciaire mais à l'exception des biens affectés par le débiteur à l'exercice de sa profession), parce qu'ils sont exclusivement attachés à la personne et les indemnités qui réparent le préjudice corporel subi par le failli (article 16, alinéa 4, de la loi sur les faillites).

L'article 60 de l'Acte uniforme de l'OHADA portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif prévoit également que le juge-commissaire peut, sur proposition du syndic, le dispenser de faire placer sous scellés ou l'autoriser à en faire extraire :

- les objets mobiliers et effets indispensables au débiteur et à sa famille ;
- les objets nécessaires à l'activité professionnelle du débiteur ou à son entreprise quand la continuation de l'exploitation est autorisée.

On notera enfin qu'au regard des articles 60, 165 et 182 de l'Acte uniforme précité, le débiteur peut obtenir pour lui et pour sa famille, sur l'actif de sa faillite, des secours alimentaires, qui seront fixés par le juge-commissaire sur proposition du syndic.

Les biens susmentionnés échappent donc au dessaisissement. Ils sont hors masse et ne profitent pas par conséquent aux créanciers en concours ; le failli n'en est pas dessaisi, car il en garde la pleine gestion et ne seront pas répartis au profit des créanciers²⁴¹.

²⁴⁰ Lire pour de plus amples informations, Fr. T'KINT, *op. cit.*, pp. 33 et s.

²⁴¹ Lire à ce propos, I. VERUGSTRAETE et al., *op. cit.*, éd. 2003, pp. 324 et s. ; Fr. T'KINT, *ibid.*, p. 75 ; LUKOMBE NGHENDA, *op. cit.*, p. 248.

Il s'agit pour l'essentiel des exceptions qui soit résultent de la constatation que l'ensemble des biens constituent par leur nature même « une garantie pour les créanciers de la faillite », soit répondent à un besoin d'équité et d'humanité, soit démontrent que les indemnités concernées ne réparent pas véritablement un préjudice patrimonial et que donc ce à quoi elles se substituent n'était pas saisissable par nature²⁴².

2°. Les exceptions relatives aux actes

On admet que le débiteur failli peut, en dépit du dessaisissement, accomplir certains actes s'il s'agit d'actes conservatoires : acte interruptif de prescription, protêt d'une lettre de change non acceptée pour défaut de paiement, renouvellement d'une inscription hypothécaire²⁴³. Les articles 52, alinéa 2, et 53, alinéa 2 *in fine*, de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives consacrent cette position.

Il s'agit, on s'en doute, d'une limite qui vise à conserver le patrimoine du failli et donc utile aux créanciers que le dessaisissement protège et des actes qui ne présentent aucun danger pour les créanciers en concours, car ils contribuent à la sauvegarde de leur gage²⁴⁴.

3°. Les exceptions d'ordre procédural

Malgré le dessaisissement, le droit d'agir en justice est laissé à la discrétion du débiteur failli, s'agissant d'action à caractère personnel ou familial. Cependant, le profit pécuniaire du procès revient à la masse, ce qui explique, d'ailleurs, la recevabilité de l'intervention du curateur ou syndic au procès²⁴⁵.

Il peut, en outre, interjeter appel contre le jugement d'ouverture ou faire opposition, faire appel du jugement fixant la période suspecte ou du jugement convertissant, en droit uniforme, le redressement judiciaire en liquidation des biens et, en rapport avec la procédure de vérification des créances, contester des créances.

²⁴² Voir pour de plus amples informations, Fr. T'KINT et WERNER DERIJCKE, « Dessaisissement et situation des créanciers en cas de faillite », *loc. cit.*, pp. 178-181.

²⁴³ M. FILIGA SAWADOGO, *op. cit.*, p. 172.

²⁴⁴ V. Y. GUYON, *op. cit.*, p. 339.

²⁴⁵ V. Fr. T'KINT, *op. cit.*, p. 74 ; M. FILIGA SAWADOGO, *ibid.*, p. 176.

En somme, le dessaisissement apparaît comme une mainmise d'intérêt collectif sur l'administration et la disposition des biens du failli, par laquelle lui est substitué un mandataire de justice²⁴⁶. Tout acte du failli pouvant porter atteinte à l'état de ses actifs est désormais prohibé, car la consistance des biens du failli ne peut plus être modifiée, étant dorénavant réservée au désintéressement des créanciers participant à la saisie collective.

§2. Les conséquences du dessaisissement

Le dessaisissement produit des conséquences aussi bien à l'égard du débiteur failli (A) qu'à l'égard des créanciers en concours (B).

A. Les conséquences du dessaisissement à l'égard du débiteur

L'inopposabilité à la masse des actes accomplis par le débiteur seul et l'opposabilité à cette dernière des actes du failli accomplis avant le dessaisissement (1°) ; la représentation de celui-ci par le curateur ou syndic (2°) et le problème de la poursuite de l'activité commerciale et de l'activité nouvelle du débiteur (3°) illustrent bien les effets du dessaisissement à l'égard de ce dernier.

1°. L'inopposabilité à la masse des actes accomplis par le débiteur seul et l'opposabilité à cette dernière des actes du débiteur accomplis avant le dessaisissement

a) L'inopposabilité à la masse des actes accomplis par le débiteur seul

Cette inopposabilité revêt un caractère plus général que celle de la période suspecte parce qu'elle s'applique en principe à tous les actes quelle que soit la bonne ou mauvaise foi du cocontractant.

Un auteur résume clairement la portée de cette inopposabilité à la masse en ces termes : « concrètement, l'inopposabilité implique que celui qui a payé au débiteur doit payer une nouvelle fois entre les mains du syndic ; celui qui a acheté un bien au débiteur et en a pris

²⁴⁶ V. A. ZENNER, *op. cit.*, p. 269.

livraison doit le rendre au syndic ; celui qui a été payé par le débiteur doit restituer la somme perçue au syndic »²⁴⁷.

Elle a également un caractère définitif à l'égard de la masse : le créancier qui a méconnu les règles du dessaisissement est un créancier hors la masse²⁴⁸. Ainsi, celui qui a acheté un bien au débiteur, non seulement doit le rendre au syndic, représentant la masse, mais aussi ne peut pas produire pour obtenir le remboursement du prix payé au débiteur²⁴⁹.

Il reste à préciser que ces engagements conclus par le débiteur à titre personnel ne restent pas moins valables ; le cocontractant possède un recours contre lui, mais qui ne peut lui profiter qu'une fois le débiteur revenu à meilleure fortune après la clôture de la procédure.

b) L'opposabilité à la masse des actes du failli accomplis avant le dessaisissement

• Principe

Il est de principe que les actes passés sans fraude par le débiteur failli avant le dessaisissement sont opposables à la masse dans la mesure où ils l'étaient aux créanciers eux-mêmes le jour du jugement d'ouverture. Ces derniers subissent ainsi, conformément au droit commun, les effets des actes passés sans fraude par leur débiteur, sauf lorsque l'opposabilité de l'acte était légalement subordonnée à une formalité et que celle-ci fait défaut. L'omission d'une formalité imposée donne droit au curateur ou au syndic de faire déclarer inopposable à la masse l'opération dont un tiers se prévaudrait contre elle.

Ce principe n'est pas cependant absolu en droit de la faillite ou en matière de liquidation des biens, car certains actes opposables en droit commun peuvent être déclarés inopposables s'ils ont été accomplis pendant la période suspecte. La charge de la preuve de leur opposabilité à la masse appartient aux tiers qui s'en prévalent²⁵⁰. Ceci constitue une dérogation importante au droit commun apportée par la loi sur les faillites ou la liquidation des biens en rapport avec les actes du débiteur failli passés au cours de la période suspecte.

²⁴⁷ M. FILIGA SAWADOGO, *op. cit.*, p. 177.

²⁴⁸ *Idem*, p. 177.

²⁴⁹ *Ibid.*, p. 177.

²⁵⁰ V. J. Van RYN et J. HEENEN, *op. cit.*, pp. 237-238 ; A. ZENNER, *op. cit.*, pp. 273-274.

- **Formalités requises pour l'opposabilité de certains actes**

A compter du jour du jugement déclaratif, les formalités auxquelles est subordonnée l'opposabilité des actes et opérations aux tiers ne peuvent plus être accomplies. Le dessaisissement s'y oppose. C'est pourquoi la formalité nécessaire accomplie après l'ouverture de la faillite par le tiers est inopposable à la masse, car le dessaisissement frappe le patrimoine entier du failli d'une sorte de saisie collective qui produit les mêmes effets qu'une saisie ordinaire.

C'est ainsi qu'on admet, par exemple, que les droits d'hypothèque et privilège valablement acquis peuvent être inscrits jusqu'au jour du jugement déclaratif (article 19 de la loi belge sur les faillites).

- **Date des actes**

Les tiers devront apporter la preuve de la date des actes qu'ils opposent aux curateurs lorsque ceux-ci agissent aux droits de la masse. Par conséquent, faute de date certaine, les curateurs peuvent opposer le caractère suspect de ces actes.

Il est évident qu'étant en matière commerciale, les tiers devront user de toutes voies de droit pour établir la date de leurs actes.

2°. La représentation du débiteur par le curateur ou syndic

Si en droit belge, le failli est représenté tout au long de la procédure de faillite par le curateur, en droit uniforme, par contre, le débiteur est représenté par le syndic en cas de liquidation des biens et assisté par celui-ci en cas de redressement judiciaire. Il en résulte qu'ici et là, à la désignation d'un gestionnaire de la liquidation, correspond le phénomène du dessaisissement²⁵¹.

Ce gestionnaire de la liquidation se voit confier les tâches capitales de recouvrer les créances du débiteur au fur et à mesure qu'elles arrivent à échéance, d'établir un plan de répartition des

²⁵¹ V. M. GREGOIRE, « Le sort des créanciers », *loc. cit.*, pp. 386 et s.

sommes attribuées aux créanciers en concours, de procéder à l'inventaire des biens du failli, de vérifier les créances et les sûretés dont la déclaration est faite par les créanciers, de représenter la masse des créanciers et de procéder à la liquidation²⁵². C'est à lui qu'incombe également l'exercice des actions en justice, comme les actions en reconnaissance de droits, en paiement et en responsabilité civile aggravée ou non.

Il est, pour tout dire, chargé de gérer la saisie collective et générale entraînée par la faillite ou la liquidation des biens, c'est-à-dire de réaliser l'actif du failli et de distribuer les deniers provenant de la réalisation de cet actif²⁵³.

3°. La poursuite de l'activité commerciale et l'activité nouvelle du débiteur

La cessation de toute activité demeure la conception générale qui paraît gouverner les procédures collectives de liquidation d'un patrimoine. Mais il peut arriver que la poursuite de l'activité commerciale du débiteur failli soit nécessaire pour assurer la sauvegarde de son patrimoine et, par ricochet, servir l'intérêt des créanciers.

Cette solution peut s'avérer utile et même incontournable, notamment pour les entreprises industrielles, pour transformer des matières ou des produits semi-finis en produits finis susceptibles d'être commercialisés à un meilleur prix.

Nous analyserons cette situation en vue de déterminer non seulement les modalités de la poursuite des opérations commerciales du débiteur failli, mais aussi et surtout les implications de celle-ci sur ses créanciers.

Nous nous pencherons ensuite sur la situation du débiteur failli qui entreprend une nouvelle activité commerciale. Ceci s'explique par le fait que l'ouverture de la faillite ou liquidation des biens n'entraîne pas, on s'en doute, l'incapacité du débiteur failli. Dès lors, rien n'interdit à ce dernier de se livrer, pendant sa faillite, à une activité nouvelle, ceci n'étant d'ailleurs en rien incompatible avec le dessaisissement. D'où l'intérêt d'analyser les principes applicables aux biens du failli résultant de cette nouvelle activité, d'une part, et, de l'autre, l'étendue des

²⁵² V. M. GREGOIRE, « Le sort des créanciers », *loc. cit.*, p. 387.

²⁵³ *Idem*, p. 387.

droits des créanciers (les créanciers antérieurs à la faillite et les nouveaux créanciers nés pendant l'exercice de cette nouvelle activité par le failli).

Nous examinerons alors respectivement la situation des créanciers en cas de poursuite des activités commerciales (a) et en cas d'activité nouvelle du débiteur failli (b).

a) La situation des créanciers en cas de poursuite des activités commerciales

Les articles 475 et 529 de la loi belge de 1851 posaient le principe de la continuation provisoire des activités commerciales du failli. Ils disposaient que le tribunal « pourra ordonner que les opérations commerciales du failli seront provisoirement continuées » par les curateurs ou par un tiers, sous la surveillance et la responsabilité des curateurs. On admet, à cette époque, que la décision peut être prise si l'intérêt des créanciers l'exige.

A la question de savoir quand peut-on dire que l'intérêt de la masse exige que les opérations du failli soient poursuivies, l'on répond qu'il s'agit d'une question de fait²⁵⁴. Ainsi, quand le curateur espère, en continuant les opérations commerciales, liquider les marchandises avantageusement et à des meilleures conditions que si elles étaient vendues publiquement, il fera bon acte d'administration en sollicitant du tribunal l'autorisation de continuer le commerce du débiteur failli²⁵⁵.

Il a été relevé, en se fondant sur l'exposé des motifs de l'article 475, qu'il peut se présenter, en outre, des cas où la sûreté publique est en même temps intéressée à ce qu'une certaine quantité d'ouvriers ne se trouve pas tout à coup privée de travail et de moyens d'existence²⁵⁶. A partir de cette époque, des motivations autres que l'intérêt des créanciers ont fait leur apparition dans la jurisprudence.

Cette période, marquée par l'évolution des conceptions sur le rôle de l'entreprise et son importance pour son personnel, pour ses partenaires commerciaux et pour le pays ou la région où elle est établie, engendre une évolution de la jurisprudence dans le sens d'une interprétation extensive des conditions de la poursuite des activités, qui l'a conduite à prendre

²⁵⁴ V. I. VEROUGSTRAETE, *Manuel du curateur de faillite*, 4^e éd., Bruxelles, Ed. SWINNEN H., 1979, p. 94.

²⁵⁵ *Idem*, p. 94.

²⁵⁶ V. P. COPPENS et Fr. T'KINT, « Examen de jurisprudence (1974 à 1979) », *loc. cit.*, 1979, p. 370 ; I. VEROUGSTRAETE, *ibid.*, 4^e éd., p. 94.

en considération, dans son appréciation, les intérêts combinés des travailleurs, des créanciers et de l'économie dans son ensemble, et à l'autoriser en vue du sauvetage de l'entreprise au nom de l'intérêt général dans des cas où les intérêts des créanciers ne l'exigeraient pas, voire où elle était contraire à leurs intérêts²⁵⁷.

Certains auteurs, réagissant contre cette évolution et le risque qu'elle pourrait occasionner pour les créanciers, rappelaient que la loi, en organisant un régime de liquidation collective, c'est-à-dire la faillite, tendait à sauvegarder le patrimoine commun pour l'ensemble des créanciers et que dans cette optique, le rôle du curateur – qui ne peut être modifié que par la loi – reste de conserver l'intégrité de l'actif du failli, dans l'intérêt de l'ensemble des créanciers. On déplorera, poursuivaient-ils, que certains tribunaux, au nom d'impératifs sociaux – économiques – politiques, sortent de leur rôle de gardien de l'intérêt des créanciers qui ne se confond pas toujours avec l'intérêt général²⁵⁸. Ils concluaient par conséquent qu'une décision ordonnant la poursuite des activités commerciales alors que selon les prévisions, celles-ci seront déficitaires, manquent de base légale²⁵⁹.

On a considéré également que le contrôle des travailleurs que certaines de ces décisions organisaient de manière laconique ne présentait pas de cohérence suffisante du point de vue juridique estimant que ces décisions s'appuyaient sur des arguments fragiles, d'ordre sociologique et moral plutôt que juridique²⁶⁰.

C'est ainsi que tenant compte des risques liés aux poursuites d'activité, tant en ce qui concerne la multiplication des dettes de masse que la responsabilité des curateurs, il fut constamment souligné que la continuation des affaires suppose, en tout cas, que l'intérêt des créanciers soit à l'avant – plan de cette mesure, qu'il « l'exige » dit le texte²⁶¹.

Ceci ne devrait pas, à notre avis, être perdu de vue surtout lorsqu'on sait que les obligations que contracte le curateur, en continuant les opérations commerciales, lient la masse toute

²⁵⁷ V. J. CAEYMAEX, *op. cit.*, p. 120 ; A ZENNER, *op. cit.*, pp. 585-586.

²⁵⁸ V. J. WINDEEY et D. TORBEYNS, « La poursuite provisoire des activités commerciales », *J. T.*, 1986, p. 341.

²⁵⁹ *Idem*, p. 342.

²⁶⁰ V. P. MAERTENS, « Ordre public et temps de crise », in *Les créanciers et le droit de la faillite*, Bruxelles, Bruylant, 1983, p. 403, qui rappelait, à juste titre, que le droit de la faillite ne pouvait, à l'époque, justifier l'appropriation des actifs en dehors de la surveillance des curateurs et sans le respect de tous les créanciers, dans leur qualité et leur rang.

²⁶¹ V. P. COPPENS et Fr. T'KINT, « Examen de jurisprudence (1974-1979) », *loc. cit.*, 1979, p. 370.

entière, dans la mesure où elles sont nées d'un contrat postérieur à l'ouverture de la faillite et donnent ouverture à une dette personnelle de la masse faillie²⁶².

Bref, cette période se caractérise par une évolution qui va de l'interprétation stricte des conditions de poursuite des activités commerciales à celle extensive tenant compte, en plus de l'intérêt des créanciers, d'autres intérêts.

A l'heure actuelle, l'article 47 de la loi du 8 août 1997 sur les faillites constitue la base légale du maintien éventuel de l'activité économique en Belgique, alors que la matière est régie, en droit uniforme, par l'article 113 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif.

Les innovations de cette loi belge par rapport à l'ancienne portent, en effet, sur la justification de la décision de poursuivre l'activité commerciale et l'obligation dorénavant imposée d'entendre également les représentants du personnel.

Si l'article 475 de la loi de 1851 précisait que la poursuite des activités pouvait être demandée lorsque « l'intérêt des créanciers l'exige », le nouvel article 47 qui règle la question prévoit qu'il suffit que leur intérêt le permette. Ainsi, cet article laisse-t-il au tribunal un large pouvoir d'appréciation, la seule limite fixée consistant en l'absence d'impact négatif sur les créanciers²⁶³.

Il y a lieu de constater que d'une condition de la poursuite des activités, la loi fait dès lors de l'intérêt des créanciers une limite négative, la poursuite des opérations étant autorisée pour autant que leur intérêt le permette²⁶⁴. Elle y enjoint également l'intérêt des composantes de l'entreprise, à telle enseigne qu'en définitive, la continuation ne dépend pas uniquement de l'intérêt des créanciers²⁶⁵.

²⁶² V. Cass., 2 mai 1994, *R.D.C.*, 1994, 912 ; *Pas.*, 1994, I, 429, cité par I. VEROUGSTRAETE et al., *op. cit.*, éd. 2003, p. 380. On renseigne ici que le curateur devra s'acquitter des dettes résultant de son activité nouvelle à l'égard des organismes publics tels l'O.N.S.S. ou l'administration fiscale et que ces dettes sont des dettes de masse. M. FILIGA SAWADOGO, *op. cit.*, p. 184, souligne aussi, en rapport avec le droit uniforme, que la créance résultant de la continuation de l'activité sera une créance de la masse ou contre la masse bénéficiant à ce titre d'une priorité de paiement conformément aux dispositions des articles 166 et 167 de l'Acte uniforme précité qui prévoient un ordre de paiement en matière immobilière et en matière mobilière. On lira, en outre, avec intérêt, P. COPPENS et Fr. T'KINT, « Examen de jurisprudence (1991-1996) », *loc. cit.*, 1997, p. 188.

²⁶³ V. Ph. GERARD et al., *op. cit.*, p. 158.

²⁶⁴ V. A. ZENNER, *op. cit.*, p. 586.

²⁶⁵ Voir I. VEROUGSTRAETE et al., *ibid.*, p. 379.

L'Acte uniforme semble aller également dans ce sens lorsqu'il prévoit que « la continuation de l'activité ne peut être autorisée par la juridiction compétente que pour les besoins de la liquidation et uniquement si cette continuation ne met pas en péril l'intérêt public ou celui des créanciers » (article 113). Il ne précise cependant pas ce qu'il faut entendre par « intérêt public ».

Il y a lieu de craindre qu'on ne puisse retomber ici dans les débats ci-dessus qui ont caractérisé, sur la question, la loi belge de 1851. Mais nous pensons que l'intérêt des créanciers devrait l'emporter sur toute autre considération. D'ailleurs, la poursuite d'activité doit rester essentiellement justifier par l'espoir d'une meilleure réalisation de l'actif au bénéfice des créanciers et demeurer exceptionnelle²⁶⁶.

Il convient d'indiquer, en outre, en comparaison avec la situation en Belgique sous l'empire de la loi de 1851, « que le texte actuel exprime un équilibre bien pensé entre la notion d'intérêt des créanciers dans la liquidation d'une part, et les autres intérêts qui peuvent être présents dans le contexte d'une faillite d'autre part. Le choix qui a été fait est de prévoir que la condition absolue est qu'il ne soit pas nui à l'intérêt des créanciers. Il faut donc que leur intérêt soit respecté. Cela étant, des mesures justifiées par autre chose que l'intérêt des créanciers sont possibles sous cette contrainte »²⁶⁷.

La poursuite des activités commerciales soumet évidemment les curateurs à toutes les contraintes qu'impliquent ces activités, notamment en matière de concurrence²⁶⁸, d'impôts et de contributions sociales²⁶⁹.

Il apparaît, de ce qui précède, que le droit belge consacre la poursuite des opérations commerciales pour diverses raisons, alors que le droit uniforme ne l'admet que pour les besoins de la liquidation. Mais il est admis ici et là qu'elle ne doit pas avoir une conséquence néfaste sur les droits des créanciers en concours. Donc, tout en admettant que d'autres raisons peuvent commander la poursuite des activités commerciales (surtout en droit belge), le législateur admet, néanmoins, que cela ne doit nullement nuire aux intérêts des créanciers

²⁶⁶ V. Ph. GERARD et al., *op. cit.*, p. 158 ; A. ZENNER, *op. cit.*, p. 587.

²⁶⁷ V. Doc. 498/11, pp. 124 et 125 cité par A. ZENNER, *ibid.*, pp. 587-588.

²⁶⁸ V. Chr. MATRAY et P. MARTENS, « Faillite et concurrence ou l'abus de faiblesse économique », *R. D.C.*, 1996, p. 419, n° 55 et s. cité par A. ZENNER, *ibid.*, p. 591.

²⁶⁹ V. A. ZENNER, *ibid.*, p. 591.

désormais en concours. Une limite qui vaut la peine compte tenu du fait que les dettes découlant de cette poursuite sont des dettes de la masse et donc à charge de ces créanciers.

b) La situation des créanciers en cas d'activité nouvelle du failli

Le droit pour le failli d'exercer des nouvelles activités lucratives n'est point contesté en droit belge comme en droit uniforme.

Un arrêt de la Cour de cassation belge du 3 mars 1855 (Pas., 1855, I, p. 172) affirmait déjà, à cette époque, que la faillite ne prive pas le failli du droit de reprendre des activités commerciales au lendemain du jugement déclaratif²⁷⁰. Ceci constitue un droit fondé sur le fait que la faillite n'est pas un état d'incapacité mais un régime de protection des biens du débiteur en faveur des créanciers²⁷¹.

On ne peut donc concevoir que le curateur ou le syndic empêche le failli de travailler et de se livrer à un nouveau commerce : le droit de travailler est un droit fondamental et personne ne peut être réduit à l'inaction forcée²⁷².

Il reste évident que le failli ne pourra, toutefois, exercer son commerce avec des actifs détournés ni concurrencer son ancienne affaire que le curateur aurait cédée²⁷³, d'une part, et, de l'autre, il aura la faculté de contracter pour les besoins de son nouveau commerce, sans pouvoir grever la masse de cette façon²⁷⁴. Bref, « le failli n'en a pas moins capacité pour contracter et acquérir à l'avenir, en faisant des nouvelles affaires »²⁷⁵.

²⁷⁰ V. C. BASTJAENS, « L'exploitation d'un nouveau commerce par le failli avant la clôture de la faillite », *Les créanciers et le droit de la faillite*, Bruxelles, Bruylant, 1983, p. 671 ; J. CAEYMAEX, *op. cit.*, p. 112.

²⁷¹ V. J. CAEYMAEX, *ibid.*, p. 114. Dans ce sens, M. FILIGA SAWADOGO, *op. cit.*, p. 168.

²⁷² V. C. BASTJAENS, « L'exploitation d'un nouveau commerce par le failli avant la clôture de la faillite », *ibid.*, p. 671 qui relève qu'il serait inadmissible de condamner le failli à l'inaction d'autant que celui-ci ne peut être assimilé au mineur d'âge et qu'il reste propriétaire de ses biens. Même si le curateur représente les créanciers et le failli, il ne peut toutefois exercer en lieu et place du failli le droit personnel de ce dernier au travail, indépendant ou subordonné.

²⁷³ V. Cass., 4 octobre 1979, *J.C.B.*, 1981, p. 247.

²⁷⁴ V. Fr. T'KINT, « Le sort des créances relatives à une activité nouvelle exercée par le failli après le jugement déclaratif », *J.C.B.*, 1978, p. 662, cité par I. VEROUGSTRAETE et al., *op. cit.*, éd. 2003, p. 387.

²⁷⁵ Voir Arrêt de la Cour d'appel de Liège du 26 janvier 1854 cité par C. BASTJAENS, « L'exploitation d'un nouveau commerce par le failli avant la clôture de la faillite », *ibid.*, p. 675.

On peut se demander, lorsque le failli entreprend des nouvelles activités commerciales avant la clôture de la faillite, quelle sera la condition juridique des biens de formation nouvelle et l'étendue des droits des créanciers sur ceux-ci.

Nos considérations ici concerneront, mutatis mutandis, les droits belge et uniforme tant il est vrai qu'ici et là on admet que si le jugement d'ouverture affecte le statut personnel du failli et celui de ses biens, il ne le prive pas des droits qui lui sont personnels et des droits patrimoniaux qui lui sont nécessaires pour continuer à mener une vie décente.

- **La condition juridique des biens de formation nouvelle**

Les articles 16, alinéa 1^{er}, de la loi belge sur les faillites et 53, alinéa 2, de l'Acte uniforme qui traite de la liquidation des biens précisent que le débiteur est dessaisi de l'administration de tous ses biens, même de ceux qui peuvent lui échoir pendant qu'il est en état de faillite. Cela ne veut pas dire cependant que le jugement déclaratif de faillite condamne le débiteur failli à l'inaction. Ce dernier reste, en effet, libre de se livrer à l'exercice d'une activité lucrative nouvelle.

Cette faculté implique alors que le failli possède le droit d'administrer les biens qui en proviennent, de s'obliger et de contracter à raison des actes ou faits relatifs à cette activité et d'agir en justice pour la défense de ses droits, pourvu qu'il ne compromette en rien les biens dont l'administration lui est enlevée²⁷⁶. D'ailleurs le but du dessaisissement est essentiellement d'assurer, au profit des créanciers en concours, la conservation de ce qui reste au débiteur au jour de l'ouverture de la faillite ou liquidation des biens, de les protéger contre les actes de fraude ou de mauvaise administration.

Il n'est point besoin pour atteindre ce but de frapper le débiteur failli d'une interdiction. Il reste donc titulaire des droits qui lui appartenaient; il suffit seulement qu'il ne puisse faire aucun acte de disposition ou d'administration qui soit opposable à la masse²⁷⁷.

²⁷⁶ Voir dans ce sens, arrêt du 25 février 1881, *Pas.*, 1881, II, p. 220 cité par J. CAEYMAEX, *op. cit.*, p. 112 ; P. ROBINO, « L'exercice d'un nouveau commerce par le failli », *Rev. Trim. Dr. Comm.*, IV, 1951, p. 682 qui relève que par cela seul qu'on reconnaît au failli le pouvoir de se créer des ressources, on est tout naturellement conduit à l'autoriser à les administrer et en disposer comme il entend.

²⁷⁷ V. P. ROBINO, « L'exercice d'un nouveau commerce par le failli », *ibid.*, p. 683.

On sait également que la masse englobe tout ce que le failli peut gagner ou percevoir depuis l'ouverture de la faillite ou liquidation des biens, comme les rémunérations, le produit d'une activité nouvelle, les indemnités du chef d'accident ou d'assurance,...pour autant que ces sommes soient saisissables²⁷⁸.

Une précision s'impose toutefois en rapport avec les biens acquis par le failli à l'occasion de ses activités nouvelles : ils ne reviennent à la masse que sous déduction des charges qui les grèvent, y compris pour la constitution d'un fonds de roulement, et des sommes nécessaires à la subsistance du failli et de sa famille²⁷⁹.

Cette solution est justifiée par le fait que de l'actif d'une faillite, comme en toute matière régie par le droit civil, il faut déduire les charges qui le grèvent. La masse faillie ne saurait avoir plus de droits que le failli lui-même. Comme lui, elle succède à ses obligations et elle ne peut s'attribuer que l'excédent de l'actif nouveau résultant du travail du failli après paiement des dettes au moyen desquelles le failli l'a acquis²⁸⁰.

Cette solution est d'ailleurs expressément consacrée, en droit congolais, par l'article 6, alinéa 1^{er}, du décret de 1934 sur les faillites, qui dispose que le dessaisissement ne s'étend aux biens que le failli acquiert au moyen de son travail personnel ou d'une industrie nouvelle que déduction faite des charges et obligations qui s'y attachent. Le commentaire de cet article affirme qu'il est fait application dans ce cas du principe que nul ne peut s'enrichir aux dépens d'autrui²⁸¹.

On ne serait pas en tort de considérer, for de ce qui précède, que l'exercice d'une activité nouvelle lucrative par le failli crée, *de facto*, deux catégories de biens du failli, toutes faisant partie du seul et même patrimoine de celui-ci : la première est composée des biens affectés au règlement du passif de la faillite et est renseignée dans le procès-verbal d'inventaire, tandis

²⁷⁸ V. J. CAEYMAEX, *op. cit.*, p. 114 ; A. CLOQUET, *op. cit.*, p. 461 ; A. ZENNER, *op. cit.*, p. 289.

²⁷⁹ V. A. CLOQUET, *ibid.*, pp. 476-478 ; A. ZENNER, *ibid.*, p. 289.

²⁸⁰ V. Cass., 17 janvier 1939, *J.C.B.*, 1939, p. 377, cité par I. VEROUGSTRAETE et al., *op. cit.*, éd. 2003, p. 387. La Cour de cassation confirme ici que seul l'actif net revient à la masse faillie. Lire également, J. CAEYMAEX, *ibid.*, p. 112.

²⁸¹ V. *Revue des faillites, concordats et liquidations*, n° 6, Gembloux, 1934, p. 138 ; LYON-CAEN et RENAULT, n° 2674 cité par I. VEROUGSTRAETE, *op. cit.*, 4^e éd., p. 121, estiment aussi que la masse s'enrichirait injustement au détriment de ceux qui ont eu confiance dans le failli s'il en était autrement.

que la seconde comprend les biens de formation récente résultant des nouvelles activités du failli et reste aux risques des créanciers nouveaux²⁸².

Bref, le dessaisissement, si absolu et général soit-il, ne prive pas le débiteur failli du droit de se livrer pendant la faillite à des nouvelles affaires et d'acquérir de cette manière d'autres biens, qui sont le gage des créanciers en concours, sous déduction des frais nécessités par leur acquisition et des charges qui les grèvent²⁸³.

Il devient aisé de préciser l'étendue des droits des créanciers sur les biens résultant de l'activité nouvelle du failli.

- **Étendue des droits des créanciers sur les biens de formation nouvelle**

Nous venons de voir que l'exercice d'une nouvelle activité commerciale par le failli n'a rien d'incompatible avec le dessaisissement. Il est évident que, ce faisant, le failli ait des nouveaux créanciers étant donné qu'il peut contracter valablement et prendre des engagements; qu'il crée ainsi un nouveau passif.

On sait que ces nouveaux créanciers ne peuvent se faire admettre au passif de la faillite en cours; ils ne sont point dans la masse. Leurs créances ne peuvent non plus être considérées comme des dettes de la masse payables avant toute répartition, car le débiteur failli n'engage pas la masse; seul le curateur ou le syndic a ce pouvoir.

Il leur reste alors une possibilité : s'en prendre aux biens acquis après le jugement d'ouverture lors de l'exercice de cette nouvelle activité. Mais les articles 16, alinéa 1^{er}, de la loi belge sur les faillites et 53, alinéa 2, de l'Acte uniforme précité précisent que le dessaisissement s'étend aux biens qui peuvent échoir au failli tant qu'il est en état de faillite.

Toute la question est alors de savoir quelle est l'étendue des droits des uns et des autres sur ces biens de formation nouvelle.

²⁸² Voir dans ce sens, C. BASTJAENS, « L'exploitation d'un nouveau commerce par le failli », *loc. cit.*, p. 672.

²⁸³ On lira dans ce sens l'arrêt de la cour de cassation belge du 26 octobre 1987 (*J. T. T.*, 1988, p. 140) cité par J. CAEYMAEX, *op. cit.*, p. 112.

Certes, les nouveaux créanciers du débiteur failli ne disposent d'aucun recours sur le patrimoine de ce dernier tel qu'il existait au jour du jugement d'ouverture, mais on leur reconnaît le droit d'exécuter leurs créances sur les biens nouvellement acquis et ce par priorité par rapport aux créanciers groupés au sein de la masse²⁸⁴.

Ceci veut dire, en d'autres termes, que la masse a droit aux profits de l'activité nouvelle et les biens acquis font partie du gage commun des créanciers sous réserve des droits propres du débiteur failli et des créanciers nouveaux, ce qui en limite la disposition²⁸⁵.

Le dessaisissement n'est donc pas total en ce qui concerne les biens nouveaux; il est entamé par le droit de préférence des nouveaux créanciers²⁸⁶.

La solution est essentiellement justifiée par un argument d'équité. L'on estime, à juste titre, qu'il y aurait enrichissement injuste des anciens créanciers au détriment des nouveaux créanciers, si ceux-ci pouvaient exiger le nouvel actif tout en repoussant le nouveau passif²⁸⁷. L'on soutient également que la solution attribuée aux créanciers nouveaux un véritable privilège sur les biens nouveaux, et cela en dépit de l'absence de tout texte²⁸⁸.

Tout compte fait, la préférence reconnue aux créanciers nouveaux découle de la division, *de facto*, du patrimoine en deux universalités distinctes pendant la durée de la faillite ou liquidation des biens, par l'effet de l'exercice d'une activité nouvelle par le débiteur failli. Ainsi, la première est destinée au désintéressement des créanciers compris dans la masse et la seconde, avant de se fondre dans la première, est réservée prioritairement aux créanciers nouveaux du débiteur failli.

C'est l'ensemble du passif nouveau qui sera donc payé par préférence sur l'actif nouveau²⁸⁹. Seule cette scission provisoire du patrimoine expliquerait la protection relative des

²⁸⁴ V. Fr. T'KINT, « Le sort des créances relatives à une activité nouvelle exercée par le failli après le jugement déclaratif », *J.C.B.*, 1978, p. 396 qui souligne aussi que cette solution est unanimement admise.

²⁸⁵ V. A. ZENNER, *op. cit.*, p. 395.

²⁸⁶ V. Fr. T'KINT, « Le sort des créances relatives à une activité nouvelle exercée par le failli après le jugement déclaratif », *ibid.*, p. 396.

²⁸⁷ V. A. CLOQUET, *op. cit.*, p. 478 ; Fr. T'KINT, « Le sort des créances relatives à une activité nouvelle exercée par le failli après le jugement déclaratif », *ibid.*, p. 396.

²⁸⁸ Voir dans ce sens, A. CLOQUET, *ibid.*, p. 478.

²⁸⁹ V. Fr. T'KINT, « Le sort des créances relatives à une activité nouvelle exercée par le failli après le jugement déclaratif », *ibid.*, p. 396.

contractants grâce auxquels l'activité nouvelle a eu lieu. Ceci fait que la masse ne s'enrichira que du produit net de la nouvelle activité, c'est-à-dire d'un surplus²⁹⁰.

Il en résulte que l'étendue des droits des créanciers nouveaux porte sur le produit de l'activité nouvelle. Ces derniers n'ont aucun droit sur les autres biens de la masse. Les anciens créanciers, quant à eux, n'ont des droits que sur le produit net de la nouvelle activité, c'est-à-dire que la masse ne peut avoir droit aux profits de l'activité nouvelle et les biens qui en résultent ne tombent dans le gage commun des créanciers qu'après déduction des droits propres du failli et des créanciers nouveaux.

En définitive, la liberté d'entreprendre une nouvelle activité – professionnelle ou commerciale – reconnue au débiteur failli ne constitue guère un danger pour les créanciers en concours. Bien plus, les revenus produits par cette activité constituent des biens à venir, qui viennent grossir leur gage et améliorent donc les conditions de remboursement²⁹¹.

B. Les conséquences du dessaisissement à l'égard des créanciers en concours : la suspension des poursuites individuelles

Au dessaisissement du débiteur failli correspond un dessaisissement corrélatif des créanciers dans le but d'éviter une liquidation désordonnée et inégale rompant grossièrement l'égalité entre les créanciers et retardant inutilement la procédure de la faillite ou liquidation des biens.

Ainsi, la suspension des poursuites individuelles, qui constitue la conséquence majeure du dessaisissement à l'égard des créanciers, se traduit par une série des mesures (à l'encontre de ces derniers) que nous commentons ci-après.

1°. L'action en justice contre le débiteur failli

Les articles 24 de la loi belge sur les faillites et 75, alinéa 1^{er}, de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif prohibent les poursuites individuelles contre le débiteur failli.

²⁹⁰ V. P. COPPENS et Fr. T'KINT, « Examen de jurisprudence (1974-1979) », *loc. cit.*, 1979, p. 367.

²⁹¹ V. Y. GUYON, *op. cit.*, p. 341. L'auteur ne manque pas de préciser, à juste titre, que le débiteur trouvera difficilement du crédit pour entreprendre un nouveau commerce tant que la procédure est en cours.

Au dessaisissement du débiteur failli correspond, en effet, de façon corrélative, la suspension des voies d'action par les créanciers. Il n'est plus question d'autoriser les créanciers à rendre la procédure collective inopérante, ce qui serait certainement le cas s'ils pouvaient exercer leurs droits individuellement²⁹².

Cette suspension ne se veut cependant pas absolue à l'égard de tous les créanciers en concours : alors que les créanciers chirographaires et privilégiés se trouvent contraints de subir dans une certaine mesure les effets d'une gestion centralisée par le curateur ou syndic, les créanciers munis d'un privilège spécial pourront, en revanche, dans certaines limites évidemment, faire valoir leurs droits²⁹³.

La loi traduit aisément cette nouvelle situation des créanciers en disposant que toute action, mobilière ou immobilière, ne peut être suivie, intentée ou exercée que contre le curateur ou syndic à partir du jugement d'ouverture de la faillite ou liquidation des biens.

En outre, les créanciers ne peuvent plus exercer les actions oblique ou paulienne, intervenir dans les procès engagés par le curateur ou le syndic pour faire valoir les droits du débiteur failli, ni former opposition aux jugements intervenus contre le curateur ou syndic²⁹⁴.

Il sied de préciser toutefois que la suspension des poursuites a pour limite l'étendue du dessaisissement du débiteur failli. Ce qui veut dire que les créanciers conservent le droit d'intenter contre celui-ci des actions concernant des biens ou des droits dont il garde l'administration, ces derniers n'étant pas compris, évidemment dans la masse. Ils gardent aussi le droit de poursuivre ou d'intenter contre le débiteur une action en vue de se procurer un titre exécutoire, le cas échéant par défaut même si le jugement rendu dans ces conditions ne sera pas opposable à la masse²⁹⁵.

²⁹² V. I. VEROUGSTRAETE et al., *op. cit.*, éd. 2003, p. 335.

²⁹³ *Idem*, p. 335-337. Cette nuance est expressément exprimée par l'alinéa 2 de l'article 75 de l'Acte uniforme précité, qui confère, en droit uniforme, à la suspension des poursuites individuelles un domaine d'application étendu (M. FILIGA SAWADOGO, « Acte uniforme du 10 avril 1998 portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif », *loc. cit.*, pp. 879-880).

²⁹⁴ V. L. FREDERICQ, *op. cit.*, p. 278 ; J. Van RYN et J. HEENEN, *op. cit.*, p. 235 ; I. VEROUGSTRAETE et al., *ibid.*, p. 335 ; A. ZENNER, *op. cit.*, p. 452.

²⁹⁵ L'alinéa 2 de l'article 24 de la loi belge sur les faillites va dans ce sens lorsqu'il précise que les décisions rendues sur les actions suivies ou intentées contre le failli personnellement ne sont pas opposables à la masse. La jurisprudence belge fournit, quant à elle, des exemples de telles actions : Liège, 9 novembre 1999, *J.T.*, 2000, p. 369 ; Bruxelles, 23 juin 2000, *A.J.T.*, 2000-2001, note G.L. BALLON, cité par I. VEROUGSTRAETE et al., *ibid.*, p. 336. Lire également A. ZENNER, *ibid.*, p. 453.

2°. L'arrêt des saisies

L'article 25 de la loi belge sur les faillites porte la règle prescrivant l'arrêt des saisies des créanciers chirographaires et titulaires de privilèges généraux. La *ratio legis* de cette règle suspendant automatiquement les saisies émanant de ces derniers résulte du fait que ceux-ci ont un privilège qui porte sur l'ensemble des actifs.

Ainsi, l'ouverture de la faillite fait obstacle à quelque type de saisie que ce soit de la part de ces créanciers²⁹⁶. En outre, toute procédure de saisie commencée avant la faillite sera arrêtée par le fait de la faillite, à l'exception de l'hypothèse visée par l'alinéa 2 de l'article susmentionné.

En effet, cet alinéa comporte une exception qui tient compte de l'aspect pratique des choses : c'est que si, avant le jugement d'ouverture de la faillite, le jour de la vente forcée des meubles ou immeubles saisis a déjà été fixé et publié par affiches, la saisie sera poursuivie. Dans ce cas, la loi dispose que la vente aura lieu pour le compte de la masse.

Il est tout à fait normal que les frais de la saisie avancés par le créancier saisissant soient privilégiés en principe comme frais de justice. Mais, précise l'alinéa 3 de l'article 25 suscitée, si l'intérêt de la masse l'exige, le juge-commissaire peut, sur la demande des curateurs, autoriser la remise ou l'abandon de la vente.

Il est, en outre, admis que si la vente a eu lieu après une saisie-exécution avant la faillite mais que le produit de la vente n'a pas encore été réparti entre les créanciers, l'huissier de justice remettra les fonds provenant de la vente au curateur (à supposer que les créanciers ne soient pas des créanciers bénéficiant d'un privilège spécial) ; le créancier privilégié général subira ainsi la répartition selon le rang légal des privilèges et les règles du concours²⁹⁷.

Indiquons, enfin, qu'en droit uniforme, l'article 75 de l'Acte uniforme précité prohibe également les saisies. Il est même précisé ici que les saisies conservatoires sont suspendues

²⁹⁶ Il a ainsi été décidé, s'agissant d'une saisie arrêt exécution, que la saisie perd tout effet à partir du jour de la faillite (Bruxelles, 25 janvier 1990, *R.D.C.*, 1990, p. 888, note Y. DUMON).

²⁹⁷ Voir I. VEROUGSTRAETE et al., *op. cit.*, éd. 2003, p. 338. Les auteurs citent la décision suivante pour appuyer cette thèse : Mons, 6 mai 1992, *R.D.C.*, 1992, p. 1074, note VAN BUGGENHOUT. Il a, en outre, été décidé que les frais exposés pour la vente pourront dans cette hypothèse être retenus par l'huissier de justice (Liège, 29 novembre 2001, *R.D.C.*, 2002, p. 394, note C. STAUDT).

tant qu'elles n'ont pas été transformées en saisies-ventes et que les saisies-ventes elles-mêmes sont suspendues tant qu'elles n'ont pas conduit à la vente des biens saisis²⁹⁸.

3°. La suspension des voies d'exécution

Les articles 26 de la loi belge sur les faillites et 75 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif constituent le siège de la matière.

L'article 26, alinéa 1^{er}, dispose, en effet, que toute voie d'exécution pour parvenir au paiement des créances privilégiées sur les meubles dépendant de la faillite est suspendue jusqu'au dépôt du premier procès-verbal de vérification des créances. Il ne s'applique ainsi qu'aux seuls créanciers privilégiés spéciaux, quel que soit le type de sûreté dont ils bénéficient.

L'article 75 susmentionné interdit, pour sa part, toutes les voies d'exécution tendant à obtenir le paiement, exercées par les créanciers composant la masse sur les meubles et immeubles du débiteur (alinéa 1). Cette interdiction s'applique, précise-t-il, aux créanciers dont les créances sont garanties par un privilège général ou une sûreté réelle spéciale telle que, notamment, un privilège mobilier spécial, un gage, un nantissement ou une hypothèque sous réserve des dispositions des articles 134, alinéa 4, 149 et 150, alinéas 3 et 4.

Cet article 75 confère ainsi à la suspension des voies d'exécution, en droit uniforme, un domaine d'application étendu en l'appliquant à tous les créanciers antérieurs au jugement d'ouverture sans distinction. L'objectif ici est de permettre le redressement de l'entreprise en lui octroyant un répit ou de permettre, dans le cas qui nous occupe, la réalisation dans des conditions optimales de l'actif du débiteur²⁹⁹.

La suspension est donc absolue pour ces créanciers jusqu'au dépôt du premier procès-verbal de vérification des créances (en droit belge) et pendant le temps nécessaire à l'administration et à la liquidation de la faillite (en droit uniforme) pour permettre aux mandataires de justice de voir clair dans la consistance de l'actif et du passif, de prendre les premières mesures nécessaires pour l'orientation de la faillite ou liquidation des biens et de réunir, le cas échéant,

²⁹⁸ M. FILIGA SAWADOGO, *op. cit.*, p. 207.

²⁹⁹ V. M. FILIGA SAWADOGO, « Acte uniforme du 10 avril 1998 portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif », *loc. cit.*, p. 880.

les fonds nécessaires pour désintéresser ces créanciers et éviter des réalisations dans des conditions ou à un prix désavantageux pour la masse³⁰⁰.

Il sied de mentionner, dans le même ordre d'idées, en rapport avec le droit belge, qu'aucun droit de préférence ne peut être exercé personnellement par un créancier, quel qu'il soit, avant le dépôt au greffe du tribunal de la déclaration de sa créance, accompagnée de ses titres (article 62 de la loi belge sur les faillites).

Le législateur belge souligne toutefois que cette suspension des voies d'exécution cesse de plein droit en faveur du propriétaire qui reprend possession des biens loués (article 26, alinéa 2) ; il pourra donc pratiquer une saisie-gagerie et exercer les droits découlant du privilège de l'article 20, 1°, de la loi hypothécaire.

Il va sans dire qu'à l'issue de la suspension des voies d'exécution, le créancier titulaire d'une sûreté ou d'un privilège spécial retrouve le droit de continuer les poursuites individuelles arrêtées ou d'en entamer, du moins si sa créance est reconnue et ce seulement sur le bien qui lui sert de garantie³⁰¹.

Remarquons enfin que si la suspension du droit d'exécution ne fait pas obstacle aux mesures conservatoires, elle s'oppose, par contre, à l'obtention d'un titre exécutoire contre les curateurs. C'est dire, en d'autres termes, que les créanciers ne peuvent plus obtenir du tribunal la condamnation des curateurs au paiement d'une somme d'argent. Ils conservent, néanmoins, la possibilité de demander au tribunal d'établir leurs droits et postuler leur admission au passif de la faillite.

4°. Les actions contre les tiers

Par l'effet de l'ouverture de la faillite ou liquidation des biens de leur débiteur, les créanciers perdent le droit d'exercer l'action oblique ainsi que l'action paulienne fondée sur la fraude du débiteur failli.

³⁰⁰ V. A. ZENNER, *op. cit.*, pp. 455-456.

³⁰¹ *Idem*, p. 456.

Toutes ces actions dirigées, on s'en doute, contre les tiers sont suspendues pour autant qu'elles soient fondées sur des droits patrimoniaux du débiteur failli. Elles ne peuvent être intentées que par les curateurs au profit de la masse lorsque le préjudice est le même pour tous les créanciers. Les curateurs ont donc seuls le monopole de ces actions, du moins pour ce qui concerne la réparation du préjudice collectif³⁰².

La suspension ne s'étend toutefois aucunement aux actions exercées contre des tiers, lorsque l'action vise la réparation d'un préjudice qui est propre à l'un des créanciers. Ainsi, les cautions et codébiteurs peuvent être poursuivis, ce qui est particulièrement intéressant s'ils sont solvables³⁰³.

A l'issue de cette analyse de la notion du dessaisissement du débiteur failli résultant de l'ouverture de la faillite ou liquidation des biens, on peut simplement mentionner qu'elle est minutieusement organisée par le législateur aux fins de mieux protéger les intérêts de tous les créanciers en concours. Si des mesures sont prévues pour conserver la consistance du patrimoine du débiteur et assurer son administration ou sa liquidation, c'est essentiellement dans le but de mieux protéger, en cette période difficile, les droits de ces derniers. Il va de soi dès lors que la situation du débiteur se ramène au dessaisissement et que, corrélativement, celle des créanciers s'en trouve considérablement modifiée.

La composition de la masse constitue l'autre conséquence majeure de l'égalité des créanciers dans le concours résultant de l'ouverture de la faillite ou liquidation des biens. Les développements qui suivent se proposent de classer les créanciers en se fondant sur la date de naissance de la créance et d'examiner les éléments constitutifs de l'actif et du passif de la masse en vue de bien fixer l'étendue des droits des différents créanciers sur l'actif disponible.

Section II. La composition de la masse

D'après une tradition ancienne, qui paraissait imposée par le caractère collectif et égalitaire des procédures de liquidation, les créanciers antérieurs au jugement déclaratif étaient réunis, à

³⁰² V. J. Van RYN et J. HEENEN, *op. cit.*, pp. 236-237 ; A. ZENNER, *op. cit.*, p. 452.

³⁰³ Dans ce sens, M. FILIGA SAWADOGO, *op. cit.*, p. 208.

dater de ce jugement, dans un groupement obligatoire et automatique qui assurait la défense de leurs intérêts, la masse³⁰⁴.

Voulant asseoir cette notion, une partie de la doctrine française s'était prononcée, depuis longtemps, en faveur de la reconnaissance de la personnalité morale de la masse. Le Professeur THALLER notait déjà en 1922 que « la masse, le noyau des créanciers groupés afin de liquider le gage commun, forme une véritable personne morale, tenue des engagements du syndic »³⁰⁵.

La Cour de cassation française suivra cette doctrine, dans la souci d'affermir cette construction et de mettre fin à une longue discussion, en affirmant la personnalité juridique de la masse³⁰⁶.

De manière implicite mais nettement, la loi française du 13 juillet 1967, dont la formulation est substantiellement reprise par l'Acte uniforme, avait consacré à son tour la même solution en décidant que la masse était « représentée par un syndic qui seul agit en son nom et peut l'engager » (article 13, al. 1^{er}).

La loi française du 25 janvier 1985 a abandonné ce régime traditionnel recueilli par la loi de 1967 ; elle ne fait plus aucune référence à la masse³⁰⁷. Non seulement, relève-t-on, le législateur a pris soin d'éliminer complètement le mot masse, mais aussi la volonté de rupture, soulignée au cours des travaux parlementaires, se remarque par le rejet de toutes les solutions antérieures qui étaient apparues comme des conséquences logiques de la personnalité juridique de la masse³⁰⁸.

³⁰⁴ V. G. RIPERT et R. ROBLOT, *op. cit.*, p. 958.

³⁰⁵ V. E. THALLER, *Traité élémentaire de droit commercial*, 6^e éd. revue et mise à jour par J. PERCEROU, Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1922, n° 1701.

³⁰⁶ Cass. Com., 17 janvier 1956, D. 1956, 265, note HOUIN.

³⁰⁷ Le Professeur Didier MARTIN note que l'innovation la plus remarquable en ce qui concerne les créanciers est qu'ils ne sont plus regroupés, de droit, en une personne morale (« Le droit des entreprises en difficulté. Les lois des 1^{er} mars 1984 et 25 janvier 1985 », *La Revue Banque éditeur*, 1985, p. 25). Mais, l'exercice de leurs intérêts n'est pas laissé à leur initiative individuelle ; il est confié à un représentant des créanciers, désigné par le tribunal, qui, seul, a qualité pour agir en leur nom et pour leur compte (M. FILIGA SAWADOGO, *op. cit.*, p. 198).

³⁰⁸ G. RIPERT et R. ROBLOT, *ibid.*, pp. 959-960.

Cette innovation vise à privilégier le sauvetage de l'entreprise et de l'emploi mais aussi à réagir contre les sophistications des conséquences tirées de la notion de masse et qui entraînaient un traitement défavorable des créanciers munis de privilèges généraux³⁰⁹.

L'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif se rattache, pour sa part, à la loi de 1967 avec une masse élargie comprenant tous les créanciers antérieurs (article 72).

La doctrine y relative répond d'ailleurs par l'affirmative à la question de savoir si la masse constitue, en droit uniforme, une personne morale. Elle soutient sa position en indiquant que, d'une part, le syndic représente la masse ; or seule une personne est représentée. D'autre part, l'Acte uniforme reprend en substance la formulation de l'article 13 de la loi française du 13 juillet 1967 ; or la doctrine a considéré qu'une telle formulation était une consécration légale de la personnalité morale reconnue par la Cour de cassation en 1956. Elle conclut, sur cette base, que l'Acte uniforme reconnaît la personnalité juridique à la masse des créanciers³¹⁰.

Nous adhérons à la position retenue en droit belge qui consiste à considérer la masse comme une institution propre au droit commercial, qui trouve sa raison d'être dans le principe de l'égalité entre les créanciers découlant de la faillite; elle ne jouit pas ainsi de la personnalité morale³¹¹.

On fait notamment observer ici que la faillite comporte, par sa nature même – il s'agit d'une procédure de liquidation collective au profit des créanciers existant le jour de la faillite –, l'affectation du patrimoine à cette fin, avec une double conséquence : le dessaisissement et la formation d'une masse. En outre, la masse constitue une organisation légale, destinée à donner toute son efficacité à l'affectation ; les principes généraux du droit lui sont étrangers³¹².

³⁰⁹ M. FILIGA SAWADOGO, « Acte uniforme du 10 avril 1998 portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif », *loc. cit.*, p. 878.

³¹⁰ V. M. FILIGA SAWADOGO, *op. cit.*, pp. 199-200.

³¹¹ V. J. Van RYN et J. HEENEN, *op. cit.*, p. 233. L'on peut lire la pertinente explication doctrinale de la personnalité morale de la masse et sa critique données par ces auteurs (*Ibid.*, pp. 230-232) ; les critiques de la thèse de la personnalité morale de la masse formulées par le doyen RIPERT (G. RIPERT et R. ROBLOT, *op. cit.*, p. 959).

³¹² V. J. Van RYN et J. HEENEN, *ibid.*, pp. 232-233.

Le mot « masse » désigne ainsi l'ensemble ou la réunion des créanciers impliqués dans la liquidation commune.

On a vu ci-dessus que le Code de commerce, la doctrine ainsi que la jurisprudence du milieu et de la fin du 19^e siècle faisaient déjà usage du terme de masse et proclamaient la réunion des créanciers en une masse dès le prononcé de la procédure collective³¹³. Lorsque le débiteur est une personne morale, ce sont, a-t-on dit, uniquement les créanciers « externes » qui constituent la masse de ses créanciers ; les actionnaires n'en font pas partie³¹⁴.

Le terme « masse » est également utilisé pour désigner non seulement l'ensemble du « passif » du débiteur, mais aussi l'autre volet de sa situation financière, son aspect positif, c'est-à-dire l'ensemble de l'« actif ». Il s'agit alors de la masse des biens³¹⁵ que l'ouverture de la faillite ou la liquidation des biens commande de bien déterminer.

Nous envisageons cette étude de la composition de la masse sous ses deux aspects, actif (§2) et passif (§3). Mais, avant cela, nous montrerons, à partir de la classification générale des créanciers découlant de la date de naissance de la créance, que tous les créanciers ne font pas partie de la masse et que par conséquent les sacrifices du concours ne sont pas égaux (§1).

§1. La classification générale des créanciers découlant de la date de naissance de la créance

Cette classification, que nous considérons comme générale, car regroupant, en principe, tous les créanciers concernés de près ou de loin par la procédure de faillite ou liquidation des biens, nous donne une idée de la situation de chacun des créanciers du débiteur. Elle illustre la complexité de leurs droits en raison de la divergence d'intérêts entre les créanciers en fonction notamment des sûretés qu'ils possèdent, de la variété des sûretés que l'on peut rencontrer dans la procédure de liquidation et du nombre souvent important de créanciers pouvant se prévaloir du même genre de sûreté³¹⁶.

³¹³ V. M. FILIGA SAWADOGO, *op. cit.*, p. 195.

³¹⁴ V. A. CLOQUET, *op. cit.*, p.410.

³¹⁵ On parlera ainsi des « biens de la masse », d'une « créance de la masse », etc.

³¹⁶ V. M. FILIGA SAWADOGO, *ibid.*, p. 250.

En prenant comme ligne de démarcation le jugement d'ouverture, dont l'importance n'est plus à démontrer ici, on peut distinguer les créanciers antérieurs (A) de créanciers postérieurs (B) à ce jugement.

A. Les créanciers antérieurs au jugement d'ouverture de la faillite ou liquidation des biens

Doivent rentrer dans cette catégorie, les créanciers dont les droits sont nés avant le jugement d'ouverture de la faillite ou liquidation des biens. Au regard de règles et principes exposés ci-dessus, nous distinguons ici les créanciers formant la masse ou créanciers dans la masse (1°) de créanciers hors la masse (2°).

1°. Les créanciers formant la masse ou créanciers dans la masse

Doivent être considérés comme créanciers formant la masse ou créanciers dans la masse, ceux dont les créances ont été déclarées dans les délais, ont été vérifiées et ont été admises dans la masse, définitivement ou par provision. En tous les cas, aucune mesure d'inopposabilité n'a frappé leurs créances en tant que telles³¹⁷.

Cette catégorie ne regroupe ainsi que les seuls créanciers dont les droits sont nés avant le jugement d'ouverture, qu'ils soient ou non privilégiés³¹⁸. Les créanciers qui en font partie sont soumis à l'ensemble de règles et principes exposés ci-dessus destinés à assurer la discipline collective : la suspension des poursuites individuelles, l'arrêt du cours des intérêts et des inscriptions, la déchéance du terme qui fait, en droit uniforme, l'objet d'un abandon partiel³¹⁹ et la déclaration dans les délais de leurs créances.

Comme le dit si bien M. VEROUGSTRAETE, « le concours ne se crée qu'entre [ces] créanciers dont la créance est cristallisée au moment de la faillite : entre ces créanciers, la répartition égalitaire des biens qui existent au moment de la faillite, augmentés de ceux qui

³¹⁷ Ce serait, a-t-on vu, le cas des bénéficiaires des libéralités (donations), tandis que dans les autres cas les créanciers dont les créances sont frappées d'inopposabilité peuvent néanmoins produire et être admis dans la masse (M. FILIGA SAWADOGO, *op. cit.*, pp. 250-251).

³¹⁸ V. J. CAEYMAEX, *op. cit.*, p. 108.

³¹⁹ V. M. FILIGA SAWADOGO, *ibid.*, p. 251 et spécialement les pages 202 à 203. L'auteur renseigne ici que la règle de l'exigibilité immédiate des créances à terme est maintenue si la liquidation des biens est prononcée, soit *ab initio*, soit par conversion du redressement judiciaire.

peuvent ultérieurement échoir au failli ou être récupérés par l'exercice des actions en responsabilité ou inopposabilité, est la règle, sauf lorsque le régime des hypothèques et privilèges permet d'y déroger »³²⁰. A noter que les bénéficiaires de ce régime ne sont pas nécessairement en dehors de la masse, même s'ils ne subissent naturellement pas tous les effets de la faillite ou liquidation des biens, grâce à la garantie particulière dont leur créance est assortie³²¹.

Il en résulte que si tous les créanciers de cette catégorie sont soumis au concours et se partagent l'actif disponible, chacun selon son rang, ils ne sont pas cependant dans une même situation, nonobstant le fait qu'ils se retrouvent dans une même catégorie. Ils sont, en effet, payés suivant l'ordre prévu aux articles 99 de la loi belge sur les faillites et 166 et 167 de l'Acte uniforme de l'OHADA portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif.

Cet ordre de paiement établi aussi bien en droit belge qu'en droit uniforme prévoit que les créanciers chirographaires sont payés au marc le franc, c'est-à-dire proportionnellement au montant de la créance de chacun sur le reliquat, si reliquat il y a, après paiement de tous les créanciers se prévalant, à juste titre, d'une cause de préférence. Il illustre clairement la position inconfortable des créanciers chirographaires, qui ne bénéficient d'aucune garantie particulière.

Sans être identique à la situation des créanciers chirographaires, la situation des créanciers pourvus d'un privilège général, c'est-à-dire nantis d'un privilège sur la généralité des meubles, laisse tout de même aussi à désirer dans la mesure où eux également recevront, lors de la répartition, un dividende identique, proportionnel au montant de leurs créances respectives. C'est à ce titre d'ailleurs qu'on considère qu'ils subissent aussi intégralement la règle de l'égalité des créanciers³²². Ils ont ainsi intérêt à ce que la liquidation des biens du débiteur se déroule dans les meilleures conditions possibles et ont évidemment droit au paiement de leurs créances ou de la partie la plus grande possible³²³.

³²⁰ I. VEROUGSTRAETE et al., *op. cit.*, éd. 2003, p. 447.

³²¹ Dans ce sens et pour de plus amples informations, J. Van RYN et J. HEENEN, *op. cit.*, pp. 296 et 303 et s. D'autres auteurs enseignent, par contre, que les créanciers hypothécaires et les créanciers privilégiés « restent, comme tels, en dehors de la masse » (voir notamment, L. FREDERICQ, *op. cit.*, t. VII, numéros 184 et 446).

³²² A. CLOQUET, *op. cit.*, p. 509 ; J. Van RYN et J. HEENEN, *ibid.*, p. 296.

³²³ A. ZENNER, *op. cit.*, p. 425.

Il participe dès lors de ce qui précède que la situation des créanciers munis d'une sûreté réelle ou d'un privilège spécial ne dépend pas, à la différence de celle des créanciers chirographaires et dans une certaine mesure de celle des créanciers privilégiés généraux, du résultat de la liquidation, mais de celui de la vente du bien affecté à la garantie de leur créance³²⁴.

2°. Les créanciers hors la masse

Doivent être considérés, à ce stade, comme créanciers hors la masse, tous les autres créanciers ne formant pas la masse, c'est-à-dire ceux dont les créances sont frappées d'inopposabilité en tant que telles. Il en est ainsi des libéralités (donations) dont les bénéficiaires doivent, avons-nous vu, rapporter ce qu'ils ont reçu sans même être autorisés à produire pour prendre part au sein de la masse aux distributions de dividende.

Rentrent également dans cette catégorie, les créanciers qui n'ont pas déclaré dans les délais et qui, de ce fait, sont forclos et n'ont pas été relevés de forclusion. Tous ces créanciers sont dits hors la masse car celle-ci est fondée à les ignorer : ils ne peuvent, on s'en doute, obtenir paiement tant que dure la procédure³²⁵. La sanction est même sévère à leur égard, en droit uniforme, en cas de redressement judiciaire, car les créances des créanciers forclos sont, conformément à l'article 83, alinéa 2, de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, éteintes et ne pourront donc être invoquées même après la clôture de la procédure.

Sont enfin compris dans cette catégorie, les titulaires de droits réels et les cocontractants du débiteur failli envers lesquels celui-ci est obligé à restitution du fait d'opérations conclues avant le jugement d'ouverture (dépôts, prêts à usage, locations, ...)³²⁶. Le règlement de leur situation ne peut dépendre du résultat de la liquidation de la faillite, mais plutôt de la restitution des biens dont le débiteur failli n'est que le détenteur³²⁷.

Qui doivent alors être considérés comme créanciers postérieurs au jugement d'ouverture et qu'en est-il de leurs droits ?

³²⁴ A. CLOQUET, *op. cit.*, p. 509.

³²⁵ M. FILIGA SAWADOGO, *op. cit.*, p. 251.

³²⁶ A. ZENNER, *op. cit.*, p. 425.

³²⁷ A. CLOQUET, *ibid.*, p. 509.

B. Les créanciers postérieurs au jugement d'ouverture de la faillite ou liquidation des biens

On ne saurait être complet dans la présentation des catégories de créanciers si on se limitait à l'étude des seuls créanciers existant au moment du jugement d'ouverture de la faillite ou liquidation des biens sans se préoccuper de titulaires des créances nées après ce jugement, car, on s'en doute, ces procédures ne mettent pas automatiquement fin aux contrats, n'empêchent pas la poursuite de l'activité commerciale et l'exercice par le débiteur failli d'une activité nouvelle lucrative.

Nous entendons ainsi par créanciers postérieurs, ceux dont les créances sont nées après le jugement ouvrant la procédure³²⁸. On distingue ainsi, suivant que leurs droits sont nés de façon régulière ou non, les créanciers de la masse (1°) et les créanciers hors la masse (2°).

1°. Les créanciers de la masse

La tâche de gestion confiée au curateur ou syndic le conduit forcément à contracter des engagements. En plus de l'activité personnelle et de frais qui en naissent, ce dernier fait notamment publier le jugement, contracte parfois des assurances pour couvrir les biens, fait transporter et entreposer l'actif, en organise la vente, etc.

Il est évident, en effet, que personne ne peut accepter de contracter avec le curateur ou syndic si elle n'a aucune certitude d'être payée par ce dernier. La mission du curateur ou syndic serait d'ailleurs impossible si les fournitures et services dont il a besoin ne pouvaient être payés avant le désintéressement du passif dans la masse³²⁹.

On sait déjà que le concours entre les créanciers du débiteur failli ne fait pas obstacle à la naissance, dans le patrimoine du débiteur, de dettes nouvelles dont l'objet n'entre pas en opposition avec les prérogatives des créanciers agissant en exécution forcée³³⁰.

³²⁸ M. FILIGA SAWADO, *op. cit.*, p. 251.

³²⁹ J. CAEYMAEX, *op. cit.*, pp. 108-109.

³³⁰ M. GREGOIRE, « Le sort des créanciers », *loc. cit.*, p. 390.

La dette de masse est nécessairement née après le jugement d'ouverture de la faillite ou liquidation des biens. Mais l'on ne peut considérer la postériorité de la dette comme un critère suffisant, car il faut en outre qu'elle ait été contractée par le curateur ou syndic en vue de l'administration de la masse. C'est pour cette raison que les droits consentis au mépris de la portée des droits réalisés sont inopposables aux créanciers poursuivants. Or, les dettes de la masse rattachées aux besoins de l'administration de la liquidation, loin de négliger les intérêts des créanciers, servent les prétentions nées de la saisie collective. A ce titre, elles sont opposables aux créanciers du débiteur et peuvent, avant eux, recevoir exécution sur les actifs³³¹.

On peut donc considérer les créanciers de la masse ou contre la masse comme des créanciers dont les droits, nés après le jugement d'ouverture, l'ont été en conformité avec le dessaisissement : l'acte a été passé avec le curateur (en cas de faillite) ou syndic (en cas de liquidation des biens).

Ces créanciers priment en principe tous les créanciers dans la masse, car leurs prestations ont profité à la masse. De toute manière, la masse est engagée à travers son représentant exclusif, le curateur ou syndic³³².

Si, en droit belge, la jurisprudence de la Cour de cassation issue de la loi ancienne avait mis clairement en lumière le lien unissant l'accomplissement de la mission du curateur et la définition de la dette de la masse³³³, lien qui permet d'imputer les dettes de la masse sur le dividende revenant à chaque créancier, dans la mesure où il a bénéficié de l'exécution de la mission du curateur, car c'est, en définitive, cette même mesure qui justifie le pouvoir de représentation attribué à ce dernier³³⁴, en droit uniforme, par contre, l'ordre exact de paiement des créanciers de la masse fixé par les articles 166 et 167 de l'Acte uniforme précité pourrait, suivant la configuration du passif, se révéler insuffisamment protecteur³³⁵. Heureusement que le législateur prévoit ici que les créanciers de la masse peuvent exiger un paiement au comptant, notamment en soulevant l'exception d'inexécution (article 108).

³³¹ M. GREGOIRE, « Le sort des créanciers », *loc. cit.*, p. 390.

³³² M. FILIGA SAWADOGO, *op. cit.*, p. 252.

³³³ Voir notamment, Cass. 28 avril 1983, *Pas.* 1983, I, p. 972 ; Cass. 16 juin 1988, *Pas.* 1988, I, p. 1250.

³³⁴ M. GREGOIRE, « Le sort des créanciers », *ibid.*, pp. 390 et s.

³³⁵ M. FILIGA SAWADOGO, *ibid.*, p. 252.

En somme, ces créanciers de la masse, qui ont en quelque sorte traité avec la masse elle-même, n'entrent pas en concours avec les créanciers dans la masse et échappent ainsi à la règle de l'égalité³³⁶. Ils contribuent, on s'en doute, au regard de ce traitement spécial, à l'aggravation de la situation des créanciers chirographaires.

2°. Les créanciers hors la masse

Rentrent dans cette catégorie, les créanciers dont les droits, nés après le jugement d'ouverture, l'ont été en violation du dessaisissement : l'acte a été passé avec le débiteur seul alors qu'il aurait fallu le passer avec le curateur ou syndic seul³³⁷.

On a déjà eu l'occasion de dire que la masse est fondée à ignorer totalement les droits de ces créanciers et que ces derniers ne pourront exercer leurs droits sur le patrimoine du débiteur tant que dure la procédure : leurs droits sont inopposables à la masse et comme on l'a vu les inopposabilités découlant d'une violation du dessaisissement ont des effets plus énergiques et plus néfastes pour les créanciers que les inopposabilités de la période suspecte³³⁸.

On sait, en outre, que ces créanciers pourront valablement poursuivre le débiteur après la clôture de la procédure, mais cela ne sera couronné de succès que si ce dernier revient à meilleure fortune.

En somme, l'exposé qui précède montre non seulement que les droits des créanciers sur le patrimoine de leur débiteur failli sont différents d'une catégorie à l'autre, mais aussi et surtout que la situation des créanciers chirographaires par rapport à celle des autres créanciers dans la masse et de la masse laisse à désirer au regard de l'ampleur certaine, dans une faillite ou liquidation des biens de dimension importante, des créances privilégiées et des créances de la masse.

Après cet examen sommaire de la classification générale des créanciers découlant de la date de naissance de la créance qui nous donne une vue d'ensemble de la situation des créanciers

³³⁶ V. J. Van RYN et J. HEENEN, *op. cit.*, p. 296 ; LUKOMBE NGHENDA, *op. cit.*, p. 255.

³³⁷ V. M. FILIGA SAWADOGO, *op. cit.*, p. 252.

³³⁸ *Idem*, p. 252.

concernés par la détermination de l'actif et du passif de la masse, il convient maintenant d'analyser en détail la composition de l'actif et du passif de la masse.

§2. La composition de l'actif de la masse

Font partie de la masse, tous les biens et droits appartenant au débiteur failli, en ce compris ceux qui lui échoient durant la procédure de faillite, sous réserve de quelques exceptions. Elle comprend également, en vue d'assurer le respect de la règle de l'égalité des créanciers et une meilleure protection du gage commun, certaines valeurs sorties du patrimoine du débiteur failli. Il s'agit ici principalement des biens et droits dont ce dernier s'était dépouillé avant la faillite ou liquidation des biens, mais à un moment où il était déjà en état de cessation (persistante) de paiement.

On analysera, sous ce point, pour la clarté de l'exposé en vue de bien déterminer les biens sur lesquels s'exerce le concours, les biens et droits faisant partie de l'actif de la masse parce qu'appartenant au débiteur failli (A) et ceux réintégrés dans la masse (B).

A. Les biens et droits appartenant au failli

1°. Le principe

La loi fait rentrer dans la masse active, tous les biens et droits appartenant au débiteur failli, y compris ceux qui lui adviennent durant la procédure de faillite ou de liquidation des biens (articles 16, alinéa 1^{er}, de la loi belge sur les faillites et 53, alinéa 2, de l'Acte uniforme). Sont inclus également dans la masse, les biens acquis grâce à la gestion du curateur ou syndic et ceux faisant partie de la communauté conjugale lorsque le failli est un homme marié.

Nous constaterons dans les développements ci-dessous que les biens présents et futurs ne sont cependant pas tous compris dans la masse et verrons ainsi pourquoi certains ne le sont que pour partie.

2°. Les applications du principe

Les biens grevés d'une hypothèque, d'un privilège ou d'un gage sont compris dans la masse. Ils constituent des éléments de l'assiette de la saisie, quand bien même seul l'excédent de la valeur du bien grevé sur la créance garantie forme un actif partageable³³⁹.

Il convient de signaler que même si le curateur ou le syndic a, dans certains cas, le droit de procéder lui-même à la vente des biens grevés d'une sûreté, il doit cependant respecter les faveurs que la loi accorde aux titulaires de créances garanties par ces biens, y compris, le cas échéant, celui d'agir individuellement en exécution, malgré l'intervention du jugement d'ouverture de la faillite ou liquidation des biens³⁴⁰.

N'échappent pas aussi à la masse, les biens du failli en possession des tiers. Il revient au curateur ou au syndic de se faire remettre ces biens même si les tiers en leur possession peuvent parfois en refuser la restitution, notamment en ce qui concerne les biens grevés d'une sûreté. Mais lorsque les meubles du débiteur failli ont été saisis et le jour de la vente forcée déjà fixé et publié par des affiches, la vente peut, on l'a dit ci-haut, être poursuivie dans certaines conditions.

Du principe énoncé ci-dessus, nous déduisons, en outre, que le législateur a fait rentrer clairement dans la masse les biens à venir du débiteur failli, c'est-à-dire tout ce qu'il peut gagner ou percevoir depuis le jugement d'ouverture de la faillite ou liquidation des biens, à condition, bien entendu, qu'il s'agisse des sommes saisissables.

Il est, en outre, admis que les biens acquis par le failli à l'occasion de ses activités nouvelles reviennent à la masse sous déduction des charges qui les grèvent, y compris pour la constitution d'un fonds de roulement et des sommes nécessaires à la subsistance du failli et de sa famille³⁴¹.

³³⁹ V. J. Van RYN et J. HEENEN, *op. cit.*, p. 257 ; A. ZENNER, *op. cit.*, p. 283.

³⁴⁰ V. J. Van RYN et J. HEENEN, *ibid.*, p. 258 ; A. ZENNER, *ibid.*, p. 283.

³⁴¹ V. Cass., 26 octobre 1987, *Pas.*, 1988, I, p. 227 ; *R.D.C.*, 1988, p. 693. Lire notamment J. Van RYN et J. HEENEN, *ibid.*, pp. 259-260 ; A. ZENNER, *ibid.*, p. 289.

L'on inclut enfin dans la masse :

- le produit des dons et successions si ces derniers ont été acceptés par les curateurs ;
- les parts ou actions que possède le débiteur failli dans une société. Cependant, si la société a la personnalité juridique, la négociabilité de ces parts dépendra de leur nature et de celle de la société ; les curateurs devront en tout cas se conformer aux dispositions statutaires relatives à leur transmission. Lorsque la société ne possède pas la personnalité juridique, seule la valeur nette due à l'associé failli tombe dans la masse³⁴².

3°. Les exceptions

On ne fera jamais rentrer dans la masse les biens dont le débiteur failli n'est pas propriétaire, même s'ils sont en sa possession. Les tiers pourront, par conséquent, revendiquer auprès du curateur ou syndic les biens dont ils sont propriétaires ou que le débiteur failli détient en exécution d'une convention conclue avec le futur failli³⁴³.

Il est exclu, en outre, de l'actif de la faillite les biens qui échappent au dessaisissement, à savoir les droits attachés à la personne du failli et les biens insaisissables, mais à l'exception, on l'a vu, de ceux qui sont indispensables à la profession du débiteur et les indemnités accordées pour la réparation d'un préjudice lié à la personne et causé par un acte illicite³⁴⁴.

B. Les biens réintégrés dans la masse

On a déjà montré que le patrimoine du débiteur est soumis, dès l'ouverture de la procédure, à un régime d'administration, le dessaisissement, qui, en principe, protège les intérêts en présence et traite de manière égale les créanciers. La révision des droits invoqués par les

³⁴² V. Cass., 28 février 1985, *Pas.*, 1985, I, p. 795 ; *R.D.C.*, 1985, p. 377 ; *J.T.*, 1986, p. 578 et note Fr. T'KINT ; *R.W.*, 1985-1986, col. 997 et note DIRIX ; *R.C.J.B.*, 1987, p. 571 et note A. MEINERTZHAGEN-LIMPENS, cité par A. ZENNER, *op. cit.*, p. 288. La Cour de cassation a retenu cette dernière solution dans le cas d'une association momentanée, au motif qu'il existe une indivisibilité entre les créances envers le maître de l'ouvrage et les frais et charges afférents aux travaux effectués jusqu'à la dissolution de l'association, même si ces créances ont été payées après la faillite d'un des associés et si les frais et charges ont été supportés par le seul associé non failli.

³⁴³ V. A. ZENNER, *ibid.*, p. 284.

³⁴⁴ V. J. Van RYN et J. HEENEN, *op. cit.*, pp. 258-259 ; A. ZENNER, *ibid.*, p. 279.

créanciers sur le patrimoine du débiteur ne se pose donc que pour les droits acquis antérieurement au jugement d'ouverture³⁴⁵.

Les règles régissant la période considérée comme suspecte méritent ainsi d'être examinées (1°) afin de mieux comprendre les inopposabilités tantôt obligatoires (2°), tantôt facultatives (3°) qui sanctionnent certains actes du failli passés au cours de cette période et le régime applicable aux actes antérieurs à cette période (4°).

1°. Les règles régissant la période suspecte

a) La ratio legis de la période suspecte

Les actes du failli accomplis à partir du jugement d'ouverture de la faillite ou liquidation des biens ne posent aucun problème, car ce dernier étant, comme signalé ci-dessus, dessaisi de l'administration de ses biens, tout acte qu'il accomplirait à leur égard serait inopposable aux créanciers en concours. Ceci s'inscrit dans la logique du législateur qui interdit au débiteur failli, dessaisi de l'administration de ses biens, d'effectuer ou de recevoir un paiement après l'ouverture de la faillite ou liquidation des biens.

Nous visons maintenant ici d'autres actes accomplis avant la faillite ou liquidation des biens mais après l'époque déterminée comme étant celle de la cessation (persistante) des paiements. Le législateur a, en effet, décidé que certains actes accomplis dans la période précédant la faillite ou liquidation des biens perdaient leur opposabilité à la masse.

La raison en est tout simplement la suspicion que suscitent les actes posés par le débiteur en difficulté. Sa situation obérée, l'aggravation de ses difficultés financières et les multiples pressions de la part des créanciers dont il fait l'objet justifient une protection accrue des créanciers³⁴⁶.

En outre, il est rare que l'étranglement du débiteur survienne du jour au lendemain, car il est précédé d'une période plus ou moins longue au cours de laquelle le débiteur s'efforce de lutter contre les problèmes qui l'assaillent et essaie, par tous les moyens, de se tirer d'affaire. Le

³⁴⁵ V. M. FILIGA SAWADOGO, *op. cit.*, p. 220.

³⁴⁶ V. J. CAEYMAEX, *op. cit.*, pp. 93-94 ; L. FREDERICQ, *op. cit.*, p. 213 ; Fr. T'KINT, *op. cit.*, p. 75.

souci de subsister ou de préparer l'après – faillite le conduit souvent à des mesures de faveur, que ce soit lorsqu'il agit au bénéfice des créanciers les mieux informés ou les plus pressants, ce qui rompt l'égalité des créanciers, ou que ce soit à son propre avantage, ce qui réduit l'assiette de leur gage³⁴⁷.

C'est pour cela que la loi a doté d'un régime spécifique la période qui s'écoule entre la cessation (persistante) des paiements et l'ouverture de la faillite, laquelle période est qualifiée de « suspecte », car le débiteur, au lieu de faire l'aveu de la cessation (persistante) de paiement, ainsi qu'il en a l'obligation, continue souvent l'exploitation de son commerce dans des conditions anormales l'incitant presque fatalement à favoriser certains créanciers au détriment des autres, rompant ainsi l'égalité entre tous les créanciers³⁴⁸. D'où le fait que les actes accomplis pendant cette période sont régis, comme nous le verrons ci-après, par des règles rigoureuses.

b) La durée de la période suspecte

La période suspecte désigne l'espace de temps pendant lequel les actes du débiteur peuvent être critiqués. Elle s'étend, en droit belge, du jour de la date de la cessation persistante des paiements à la veille du jugement déclaratif de faillite.

Le début de cette période est fixé par le tribunal, soit dans un jugement de faillite, soit dans un jugement ultérieur. Le juge ne peut, cependant, reporter cette date plus de six mois avant le prononcé de la faillite, sauf si le jugement a trait à une faillite d'une personne morale dissoute plus de six mois avant le jugement déclaratif de faillite, dont la liquidation est clôturée ou non (article 12, alinéa 6 de la loi belge sur les faillites).

Le droit uniforme contient, pour sa part, une réglementation spécifique en la matière. L'on admet ici aussi que la période suspecte s'étend du jour de la cessation des paiements à celui du jugement d'ouverture. L'on reconnaît également que la date fixée par le jugement déclaratif est toujours susceptible d'être modifiée, mais jusqu'à l'expiration du délai de quinze jours suivant le dépôt de l'arrêté définitif de l'état des créances.

³⁴⁷ V. Fr. T'KINT, *op. cit.*, p. 76 ; Fr. T'KINT et WERNER DERIJCKE, « Dessaisissement et situation des créanciers en cas de faillite », *loc. cit.*, p. 183 ; A. ZENNER, *op. cit.*, p. 731.

³⁴⁸ V. J. Van RYN et J. HEENEN, *op. cit.*, p. 262.

C'est ainsi qu'aucune demande tendant à faire fixer la date de cessation des paiements à une autre date que celle fixée par la décision d'ouverture ou une décision postérieure n'est recevable après l'expiration du délai d'opposition prévu à l'article 88 contre l'arrêté de l'état des créances. A partir de ce jour, la date de la cessation des paiements demeure irrévocablement fixée (article 34, alinéa 4, de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif).

Il y a lieu de noter que jusqu'à l'entrée en vigueur de l'Acte uniforme précité, beaucoup de législations des Etats de l'espace OHADA ne comportaient pas de fixation d'une durée maximale pour la période suspecte. On rencontrait ainsi, en pratique, des décisions fixant des périodes suspectes très courtes, voire dérisoires, et même admettant l'absence de fixation de période suspecte alors que les faits de l'espèce conduisaient à penser que la cessation des paiements a cours depuis un certain temps³⁴⁹.

L'Acte uniforme prévoit tout simplement, à cet égard, que la « juridiction compétente doit fixer provisoirement la date de cessation des paiements, faute de quoi celle-ci est réputée avoir lieu à la date de la décision qui la constate (article 34, alinéa 1^{er}).

Cette absence de fixation d'une durée maximale peut, on s'en doute, être préjudiciable pour certains créanciers antérieurs de bonne foi. Elle crée, de toute façon, une insécurité juridique.

C'est pourquoi l'Acte uniforme, à l'instar de la loi française du 25 janvier 1985 reprenant la solution consacrée par la loi du 13 juillet 1967, décide expressément que la date de la cessation des paiements ne peut être antérieure de plus de dix-huit mois au jugement qui ouvre la procédure collective³⁵⁰.

³⁴⁹ V. M. FILIGA SAWADO, *op. cit.*, p. 224 ; « L'application judiciaire du droit des procédures collectives en Afrique francophone, à partir de l'exemple du Burkina Faso », *loc. cit.*, pp. 203-205. L'auteur renseigne que d'autres décisions retenaient des périodes suspectes extrêmement longues, citant, en guise d'illustration, le jugement n° 68 rendu le 15 février 1984 par le Tribunal de première instance de Ouagadougou (Banque Internationale des Voltas contre René Toutut), qui ouvre une procédure de faillite en fixant provisoirement – c'est-à-dire que la date ainsi arrêtée peut faire l'objet d'un report à une date encore plus éloignée – la date de la cessation des paiements au 2 avril 1981, soit un peu moins de trois ans par rapport au jugement d'ouverture.

³⁵⁰ Voir sur la question, M. FILIGA SAWADO, *ibid.*, p. 224.

c) La sanction des actes accomplis pendant la période suspecte

Lorsque sont remplies les conditions légales (articles 17 à 21 de la loi belge sur les faillites et 34 et 70 de l'Acte uniforme précité), l'acte critiqué est inopposable à la masse.

C'est, en effet, à juste titre que le législateur belge a abandonné la terminologie, jadis consacrée, des articles 445 et 446 de la loi de 1851 lorsqu'il parle d'« inopposabilité à la masse » des actes accomplis en période suspecte et non, comme c'est encore le cas notamment en droit congolais, de la « nullité » desdits actes.

Cette dernière terminologie est défectueuse, car le cocontractant du débiteur failli ne peut invoquer les articles 7, 8, 9 et 10 du décret congolais de 1934 pour se soustraire à ses obligations ; l'acte critiqué reste valable entre parties et une fois la faillite terminée, celles-ci pourront s'en prévaloir l'une contre l'autre. D'ailleurs, cette inopposabilité ne peut jamais être prononcée d'office par le tribunal car elle doit toujours être demandée par le curateur ou le syndic³⁵¹.

L'inopposabilité de l'acte à la masse signifie alors qu'à l'égard des créanciers, l'acte est réputé inexistant de sorte que doit être restaurée la situation antérieure à son accomplissement. Le paiement ou la chose reçue du débiteur doit être restituée ; le contrat indûment consenti est sans effet³⁵².

C'est pourquoi, dans la plupart des cas, l'inopposabilité ne va pas invalider totalement la créance, même vis-à-vis de la masse. En effet, le créancier pourra produire à titre chirographaire et participer aux distributions des dividendes avec les autres créanciers dans la masse³⁵³.

Mais, s'agissant d'actes à titre gratuit, qui sont visés, on le verra, aussi bien au titre des inopposabilités de droit qu'à celui des inopposabilités facultatives, les effets des inopposabilités sont énergiques.

³⁵¹ V. M. MERSCH, « La période suspecte », *Les créanciers et le droit de la faillite*, Bruxelles, Bruylant, 1983, p. 634.

³⁵² V. J. CAEYMAEX, *op. cit.*, p. 94.

³⁵³ V. M. FILIGA SAWADOGO, *op. cit.*, p. 236.

En ce qui concerne les libéralités déclarées inopposables, par exemple, non seulement le bénéficiaire rend ce qu'il a reçu mais aussi et surtout n'est pas autorisé à produire afin de participer dans la masse aux distributions de dividendes. Ceci peut s'expliquer, note-t-on, par le fait qu'il n'est pas autant à protéger que les créanciers, car il lutte de *lucro captando*, c'est-à-dire pour conserver un gain tandis que les créanciers luttent de *damno vitando*, c'est-à-dire pour éviter une perte³⁵⁴.

Un auteur note ainsi, au regard de ce qui précède, que les inopposabilités, obligatoires ou facultatives, produisent, sauf le cas des libéralités, des effets moins énergiques que ne le laissent, a priori, entendre les termes d'inopposabilités et, a fortiori, de nullités qu'utilisaient le Code de commerce³⁵⁵ et la loi belge de 1851 et qu'utilise encore notamment le décret congolais de 1934.

Tel n'est pas le cas, poursuit-il, des nullités de la période suspecte de la loi française du 25 janvier 1985 dont la finalité est de réduire le passif pour favoriser le redressement de l'entreprise ou de libérer le débiteur non fautif pour qu'il puisse entreprendre d'autres activités³⁵⁶.

Il va sans dire que ces inopposabilités étant d'ordre public, aucune convention avec le futur failli ne peut écarter l'application des dispositions légales qui les édictent.

Par ailleurs, ne profitant qu'à la masse, c'est-à-dire à l'ensemble des créanciers en concours, l'inopposabilité ne saurait être prononcée à l'avantage de tel ou tel créancier individuel et par conséquent, seul le curateur ou le syndic a qualité pour intenter l'action en inopposabilité³⁵⁷.

En somme, les actes anormaux commis pendant la période suspecte sont, selon le cas, frappés obligatoirement ou facultativement d'une nullité relative : si celle-ci est reconnue par le débiteur ou déclarée par le tribunal au terme d'une action dite en rapport, ces actes ne peuvent être opposés à la masse, et les curateurs peuvent ainsi y réintégrer les avantages consentis par

³⁵⁴ V. M. FILIGA SAWADOGO, *op. cit.*, p. 237.

³⁵⁵ *Idem*, p. 238.

³⁵⁶ *Ibid.*, p. 238. Lire également à ce sujet, P. COPPENS et Fr. T'KINT, « Examen de jurisprudence », *loc. cit.*, 2003, pp. 693-694.

³⁵⁷ V. Fr. T'KINT, *op. cit.*, p. 76.

le failli³⁵⁸. L'égalité des créanciers dans le concours découlant de la faillite ou liquidation des biens étendra, en ce cas, ses effets à ces actes anormaux passés avant l'ouverture de cette dernière.

En réalité, les opérations légalement visées sont inopposables à la masse, comme le sont les actes accomplis par le débiteur après le dessaisissement. Deux sortes d'inopposabilités sont ainsi organisées par le législateur et feront l'objet des développements ci-dessous : les inopposabilités obligatoires et facultatives.

2° Les inopposabilités obligatoires ou de droit

a) Le principe

Le principe des inopposabilités de droit est posé par les articles 17 de la loi belge sur les faillites et 68 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif. Il s'agit des articles dont l'interprétation est stricte et l'énumération limitative. Ainsi, s'il vise les actes et paiements faits par le futur failli, il ne s'applique pas, en revanche, aux paiements reçus par lui³⁵⁹.

On parle d'inopposabilité obligatoire ou de droit, car le juge est tenu de la prononcer dès lors que l'acte incriminé est repris dans l'énumération et qu'il a été commis pendant la période suspecte. Ce qui ne veut pas dire que l'inopposabilité peut être prononcée d'office par le juge, car elle doit nécessairement être demandée par le curateur ou syndic et le juge ne dispose d'aucun pouvoir d'appréciation.

Aussi fait-on remarquer que la bonne foi des parties et l'ignorance par le contractant de la situation obérée du futur failli sont sans incidence sur la sanction : il s'agit d'un contentieux objectif³⁶⁰. La loi considère comme établie de façon irréfragable la présomption de connaissance de l'état de cessation de paiement dans le chef des parties à l'opération.

³⁵⁸ V. A. ZENNER, *op. cit.*, p. 732.

³⁵⁹ Dans ce sens, Comm. Liège, 21 décembre 1982, *Rev. prat. soc.*, 1983, p. 93, cité par A. ZENNER, *ibid.*, p. 741.

³⁶⁰ V. Fr. T'KINT, *op. cit.*, p. 77 ; J. Van RYN et J. HEENEN, *op. cit.*, pp. 268-269 ; A. ZENNER, *ibid.*, p. 741.

Indiquons enfin que quoique dites de droit, les inopposabilités obligatoires n'ont d'effet que si elles sont prononcées par le tribunal, saisi par le curateur ou syndic, ou reconnues amiablement³⁶¹.

En somme, ces articles énumèrent les actes qui, par leur nature même, impliquent que le créancier ou le tiers qui en a bénéficié savait ou devait savoir que le futur failli leur octroyait un avantage indu au détriment des autres créanciers. Ce créancier ou ce tiers devra supporter l'inopposabilité à la masse des actes litigieux et la sanction sera imparable en raison de la gravité même de ces derniers. C'est ce caractère inévitable de la sanction qui l'a fait qualifier d'inopposabilité de droit³⁶².

a) Les applications

Sont seuls visés par le législateur comme inopposables de droit, les actes suivants :

- Les libéralités et actes lésionnaires ou contrats commutatifs déséquilibrés (articles 17, 1°, de la loi belge sur les faillites et 68, 1° et 2°, de l'Acte uniforme précité)

Toutes les formes de libéralités portant sur des meubles ou des immeubles sont visées pour autant qu'elles aient été accomplies pendant la période suspecte. Elles seront inopposables de droit à la masse³⁶³.

Quant aux actes lésionnaires ou contrats commutatifs déséquilibrés, il convient de signaler qu'on ne cherchera pas à rencontrer les critères admis en matière de lésion, mais à vérifier plutôt le « prix » supporté par chacune des parties à l'exécution de ses obligations et d'en relever une disproportion « notable » pour que cette inopposabilité trouve application. En ce cas, le juge ne peut que bénéficier d'un large pouvoir d'appréciation³⁶⁴. C'est pourquoi,

³⁶¹ V. A. ZENNER, *op. cit.*, p. 742.

³⁶² V. Fr. T'KINT et WERNER DERIJCKE, « Dessaisissement et situation des créanciers en cas de faillite », *loc. cit.*, pp. 183-184. On peut lire également, I. VERUGSTRAETE et al., *op. cit.*, éd. 2003, p. 343, qui soulignent que ces actes sont considérés comme suspects et sont donc déclarés inopposables à la masse, car ils risquaient de rompre l'égalité des créanciers par le fait d'un futur failli qui, à l'approche de la faillite, pourrait vouloir privilégier un de ses créanciers et vouloir lui éviter les effets de celle-ci.

³⁶³ V. J. Van RYN et J. HEENEN, *op. cit.*, pp. 269-270 ; Fr. T'KINT, *op. cit.*, p. 77 ; I. VERUGSTRAETE et al., *ibid.*, éd 2003, p. 344 ; A. ZENNER, *ibid.*, p. 742.

³⁶⁴ V. I. VERUGSTRAETE, *ibid.*, p. 344 ; M. FILIGA SAWADOGO, *op. cit.*, p. 228.

d'ailleurs, les contrats à titre onéreux sont assimilés aux libéralités lorsqu'il existe une différence notable de valeur entre les prestations réciproques³⁶⁵.

- Les paiements anormaux

Deux sortes de paiements sont visées par le législateur. Il s'agit de :

- paiements avant terme (articles 17, 2°, de la loi belge sur les faillites et 68, 3°, de l'Acte uniforme précité): le paiement d'une dette non échue est en soi anormal et donc suspect. On est en face d'une inopposabilité qui s'explique aisément : il n'est pas normal que le débiteur, incapable de faire face à ses dettes échues, autrement dit exigibles, choisisse de payer les dettes non échues, autrement dit non exigibles. Il y a là, souligne-t-on, une manifestation concrète de la volonté de favoriser certains créanciers et donc de rompre l'égalité entre les créanciers³⁶⁶. La loi vise ici la renonciation au bénéfice du terme. Le mot « paiement » signifie, dans ce cas, toute exécution d'une obligation ; il s'agit de toute exécution à titre onéreux ayant pour but d'éteindre la dette. Elle est inopposable de droit lorsqu'elle intervient prématurément³⁶⁷. Cette inopposabilité, qui a un domaine vaste, est assortie cependant de deux exceptions en droit uniforme : d'abord, et de manière expresse, le paiement d'un effet de commerce (lettre de change, billet à ordre principalement, mais probablement le chèque également) en raison de la rigueur du droit cambiaire ; mais l'action en rapport au titre des inopposabilités facultatives permet de neutraliser l'avantage que l'on en aurait retiré ; ensuite, et de manière probable, la remise de fonds ou d'effets de commerce en compte courant en raison de l'indivisibilité du compte³⁶⁸.
- paiements anormaux des dettes échues (articles 17, 2°, de la loi belge sur les faillites et 68, 4°, de l'Acte uniforme sous examen) : la loi vise plus précisément les paiements effectués selon les modalités différentes de celles convenues dans le contrat. Est visée en premier lieu, la dation en paiement consistant à se libérer autrement que prévu par la convention originale, dans la mesure où il s'agit d'un procédé permettant d'avantager le créancier qui en bénéficie au détriment des autres ou même conduisant à la diminution de l'actif³⁶⁹. La compensation conventionnelle, jadis prohibée en droit belge car conduisant indirectement

³⁶⁵ C'est notamment le cas de ventes à vil prix (Comm. Liège, 18 octobre 1995, *R.D.C.*, 1996, p. 469 et note R. PARIJS, cité par A. ZENNER, *op. cit.*, p. 742).

³⁶⁶ Dans ce sens, M. FILIGA SAWADOGO, *op. cit.*, p. 229.

³⁶⁷ V. T'KINT, *op. cit.*, p. 78 ; I. VEROUGSTRAETE, *op. cit.*, éd. 2003, p. 346 ; A. ZENNER, *ibid.*, p. 743.

³⁶⁸ V. M. FILIGA SAWADOGO, *ibid.*, p. 229.

³⁶⁹ V. Fr. T'KINT, *ibid.*, p. 78 ; A. ZENNER, *ibid.*, p. 743.

à un paiement préférentiel³⁷⁰, est maintenant admise ici, comme en droit uniforme, depuis la loi du 15 décembre 2004 relative aux sûretés financières et portant des dispositions fiscales diverses en matière de conventions constitutives de sûreté réelle et de prêts portant sur des instruments financiers. Quant à la compensation légale, elle est admise ici et là³⁷¹, car elle joue de plein droit sans intervention aucune du débiteur. Elle ne peut être déclarée inopposable à la masse que si les parties l'ont organisée ou provoquée artificiellement³⁷². On peut clairement constater que cette inopposabilité est aussi fondée sur la suspicion de fraude et la volonté de rompre l'égalité entre les créanciers : il ne paraît pas normal que le débiteur, dans l'incapacité de payer ses créanciers par des modes normaux et habituels, recoure à des procédés anormaux pour désintéresser certains créanciers qui se trouvent ainsi favorisés³⁷³.

- Les sûretés réelles constituées en garantie des dettes antérieurement contractées (articles 17, 3°, de la loi belge sur les faillites et 68, 5°, de l'Acte uniforme)

Les mots « dettes antérieurement contractées » renvoient aux dettes du débiteur failli, quelle que soit leur nature, mais contractées antérieurement à la date de l'acte constitutif de la sûreté³⁷⁴. Cette inopposabilité ne s'applique donc pas lorsque la sûreté est antérieure ou concomitante à la dette.

Est suspecte, en effet, une sûreté réelle constituée en faveur de celui qui était déjà créancier chirographaire et devient par le fait même hypothécaire ou gagiste. On vise ici toutes formes de garanties accordées a posteriori sur le patrimoine du futur failli. La perte de confiance du créancier du débiteur failli qui se ravise après avoir fait crédit au débiteur sans exiger de lui aucune garantie au moment de la convention fait présumer qu'il connaît la cessation de paiement. D'où la garantie qu'il obtient dans ces conditions est une faveur attentatoire à l'égalité des créanciers³⁷⁵. La loi la déclare pour cela inopposable obligatoirement à la masse.

³⁷⁰ V. Mons, 6 avril 1976, *Pas.*, 1977, II, p. 71.

³⁷¹ V. Cass., 19 novembre 1987, *Pas.*, 1988, I, p. 335.

³⁷² V. Fr. T'KINT, *op. cit.*, p. 78 ; A. ZENNER, *op. cit.*, p. 745.

³⁷³ V. M. FILIGA SAWADOGO, *op. cit.*, p. 229.

³⁷⁴ V. I. VEROUGSTRAETE et al., *op. cit.*, éd. 2003, pp. 348-349.

³⁷⁵ V. Comm. Ypres, 19 avril 1993, *R.D.C.*, 1994, p. 921 cité par A. ZENNER, *ibid.*, p. 746 ; J. Van RYN et J. HEENEN, *op. cit.*, pp. 276-279 ; Fr. T'KINT, *ibid.*, p. 79 ; I. VEROUGSTRAETE et al., *ibid.*, p. 348.

Il y a lieu de remarquer que s'il est indifférent que ces dettes aient été ou non contractées pendant la période suspecte³⁷⁶, les garanties, quant à elles, doivent, en revanche, être accordées par le débiteur failli sur ses biens en période suspecte, pour des dettes antérieures à la constitution de la garantie³⁷⁷. Ce qui importe ici, c'est la date de la constitution de la sûreté et non celle de la formalité destinée à rendre la sûreté opposable aux tiers. C'est pourquoi une hypothèque « constituée », c'est-à-dire reçue devant notaire, antérieurement à la période suspecte, échappe à l'inopposabilité même si elle est inscrite durant cette période³⁷⁸.

Le champ d'application de ces dispositions légales couvre seulement toutes sortes de sûretés réelles conventionnelles. Elles ne s'appliquent donc pas aux sûretés légales, la fraude n'étant pas à craindre dans ce cas dans la mesure évidente où il revient au législateur d'accorder, selon son gré, les préférences à certains créanciers plutôt qu'à d'autres³⁷⁹.

- L'inscription des sûretés judiciaires conservatoires (article 68, 6°, de l'Acte uniforme)

Il s'agit là d'un cas d'inopposabilité spécifique au droit uniforme qui vise « toute inscription provisoire d'hypothèque judiciaire conservatoire ou de nantissement judiciaire conservatoire ». Le droit belge ne le prévoit donc pas. Il convient de se référer à l'Acte uniforme du 17 avril 1997 portant organisation des sûretés pour connaître ces sûretés conservatoires.

L'hypothèque judiciaire conservatoire, régie par les articles 136 à 144 de l'Acte uniforme sur les sûretés, est en effet celle qui fait principalement l'objet d'une réglementation. Comme sa qualification le suggère, elle est conférée en justice pour la garantie d'une créance non assortie d'un titre exécutoire à la condition pour le créancier de délivrer une assignation en vue de l'instance en validité ou de l'instance au fond en même temps qu'il notifie la décision ordonnant l'hypothèque judiciaire.

La procédure débute par une requête du créancier au pied de laquelle sera prise l'ordonnance autorisant la prise d'une hypothèque. Le créancier a l'obligation d'assigner le débiteur dans

³⁷⁶ V. Comm. Ypres, 19 avril 1993, *R.D.C.*, 1994, p. 921, cité par I. VEROUGSTRAETE et al., *op. cit.*, éd. 2003, p. 349.

³⁷⁷ V. Fr. T'KINT, *op. cit.*, pp. 79-80 ; A. ZENNER, *op. cit.*, pp. 747-748.

³⁷⁸ V. Fr. TKINT, *ibid.*, p. 80.

³⁷⁹ V. J. Van RYN et J. HEENEN, *op. cit.*, pp. 278-279 ; Fr. T'KINT, *ibid.*, p. 79.

un délai fixé par le juge pour le voir condamné à payer la créance et pour qu'il valide l'hypothèque. Si la créance est reconnue par le juge du fond, l'hypothèque devient définitive ; elle doit être inscrite dans les six mois de la décision définitive. Si tel est le cas, elle rétroagit au jour de l'inscription provisoire³⁸⁰.

L'article 144, alinéa 3, de l'Acte uniforme sur les sûretés précise que « faute d'inscription définitive dans les six mois, ou si la créance n'est pas reconnue par une décision passée en force de chose jugée, la première inscription devient rétroactivement sans effet et sa radiation peut être demandée par toute personne intéressée, aux frais de l'inscrivant, à la juridiction qui a autorisé ladite inscription ».

Il y a lieu de noter, afin de délimiter la portée de cette inopposabilité, qu'il résulte de l'Acte uniforme que l'inscription est provisoire pendant une première étape et définitive pendant une seconde période. Par conséquent, celle-ci se limite à l'inscription provisoire (donc non encore définitive). Cette inopposabilité paraît justifiée puisque l'inscription provisoire permet à des créanciers dont les droits ne sont même pas encore judiciairement reconnus de s'octroyer une sûreté garantissant leur paiement³⁸¹.

3°. Les inopposabilités facultatives

a) Le principe

Après avoir examiné les actes considérés limitativement par le législateur comme obligatoirement inopposables à la masse, la loi énumère, aux articles 18 et 19 de la loi belge sur les faillites et 69 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, d'autres actes anormaux qui *peuvent* être déclarés inopposables à la masse si le tribunal le juge opportun.

Ces actes ne sont autres que les actes préjudiciables pour la masse faits en connaissance de la cessation (persistante) de paiement de la part du créancier et les inscriptions d'hypothèques tardives prises pendant la période suspecte.

³⁸⁰ V. M. FILIGA SAWADOGO, *op. cit.*, p. 232 ; J. ISSA-SAYEGH, « Acte uniforme du 17 avril 1997 portant organisation des sûretés », *loc. cit.*, p. 679.

³⁸¹ V. M. FILIGA SAWADOGO, *ibid.*, p. 232.

L'inopposabilité étant considérée comme facultative, il va de soi que le juge a un pouvoir d'appréciation discrétionnaire et est doté ainsi d'une liberté totale d'appréciation. Il appartient, dans ce cas, au curateur ou syndic d'apporter la preuve que le contractant du futur failli connaissait l'état de cessation de ses paiements et que l'acte a causé préjudice à la masse.

Retenons qu'à la différence des actes inopposables à la masse à cause du dessaisissement du débiteur analysés ci-avant et des actes inopposables obligatoirement, les actes visés ici ne sont pas nécessairement inopposables à la masse. Le tribunal ne pourra prononcer leur inopposabilité que si l'intérêt de la masse et l'équité l'exigent, c'est-à-dire si l'acte incriminé procure un avantage significatif à un créancier au préjudice des autres³⁸².

b) Les applications

Sont ici visés :

- Les paiements et actes à titre onéreux (articles 18 de la loi belge sur les faillites et 69, 1, 3° et 4°, de l'Acte uniforme)

Ces dispositions légales sont générales. Elles permettent au juge de décider de l'inopposabilité en ce qui concerne tous paiements quelconques faits par le débiteur, lorsque le créancier qui les a reçus avait connaissance de la cessation de paiement. Point n'est besoin, en effet, de rechercher si le paiement a été effectué conformément ou non au contrat, en espèces ou autrement³⁸³.

Cette inopposabilité exige que soient réunies trois conditions pour qu'elle soit prononcée³⁸⁴ :

- le paiement ou l'acte doit être accompli ou passé par le futur failli pendant la période suspecte ;

³⁸² V. Fr. T'KINT, *op. cit.*, p. 81 ; I. VEROUGSTRAETE et al., *op. cit.*, éd. 2003, p. 350 ; A. ZENNER, *op. cit.*, p. 749. Il va sans dire dès lors qu'un acte qui ne pose aucun préjudice peut ne pas être déclaré inopposable (Comm. Hasselt, 20 mai 1999, *R.W.*, 1999-2000, p. 114 ; Cass., 1^{er} octobre 1998, *R.W.*, 1999-2000, p. 1204, cité par I. VEROUGSTRAETE et al., *ibid.*, p. 350).

³⁸³ V. I. VEROUGSTRAETE et al., *ibid.*, p. 351.

³⁸⁴ Voir pour de plus amples informations, notamment LUKOMBE NGHENDA, *op. cit.*, pp. 219-222 ; Fr. T'KINT et WERNER DERIJCKE, « Dessaisissement et situation des créanciers en cas de faillite, *loc. cit.*, p. 186 ; I. VEROUGSTRAETE, *ibid.*, pp. 351-352 ; A. ZENNER, *ibid.*, p. 750.

- le paiement ou l'acte doit être posé alors que le créancier avait connaissance de l'état de cessation de paiement ;
- le paiement ou l'acte doit causer préjudice à la masse.

Bien entendu, le curateur ou le syndic devra apporter la preuve de tous ces éléments ; le tribunal, pour sa part, n'est pas tenu de prononcer l'inopposabilité et est doté d'un pouvoir d'appréciation souverain. Il devra, dans tous les cas, motiver sa décision.

L'application de cette inopposabilité suppose, on s'en doute, qu'il s'agit d'un paiement fait par le futur failli avec des moyens lui appartenant, ou par son mandataire ; les paiements reçus par le futur failli sont toujours valables.

- Les sûretés tardives

Nul ne conteste l'inscription jusqu'au jour du jugement d'ouverture de la faillite ou liquidation des biens des droits d'hypothèques et privilèges valablement acquis.

Cependant, l'article 19, alinéa 2, de la loi belge sur les faillites apporte une précision de taille à ce sujet, lorsqu'il dispose que les inscriptions prises postérieurement à l'époque de la cessation de paiement peuvent être déclarées inopposables. Il faut dans ce cas une condition : il doit s'être écoulé plus de quinze jours entre la date de l'acte constitutif de l'hypothèque ou du privilège et celle de l'inscription.

Cette inopposabilité facultative a pour but de déjouer les fraudes qui pourraient se produire. Elle sanctionne les créanciers qui se sont abstenus de faire inscrire les hypothèques qu'ils ont contre leur débiteur insolvable procurant ainsi à celui-ci un crédit fallacieux et qui viennent au dernier moment requérir l'inscription au détriment des créanciers qui auraient fait des avances à ce débiteur parce que ses biens semblaient libres de charges³⁸⁵.

L'article 69, 1, 2°, de l'Acte uniforme ne vise, pour sa part, que « les inscriptions des sûretés réelles mobilières ou immobilières, consenties ou obtenues pour des dettes concomitantes lorsque leur bénéficiaire a eu connaissance de la cessation des paiements du débiteur au

³⁸⁵ V. Fr. T'KINT, *op. cit.*, p. 81 ; I. VEROUGSTRAETE et al., *op. cit.*, éd. 2003, p. 319 ; A. ZENNER, *op. cit.*, pp. 755-756.

moment de leur conclusion ». Est ici incriminée la connaissance qu'avait le bénéficiaire de la cessation des paiements au moment où la sûreté est sollicitée ou consentie.

Le droit uniforme contient également deux cas spécifiques d'inopposabilité facultative :

- il est prévu à l'article 69, 1, 1°, de l'Acte uniforme que « les actes à titre gratuit translatifs de propriété mobilière ou immobilière faits dans les six mois précédant la période suspecte » peuvent être déclarés inopposables à la masse des créanciers, s'ils lui ont causé préjudice. On peut d'emblée constater que la connaissance de la cessation des paiements du débiteur de la part du bénéficiaire n'est pas exigée mais il est certain, comme on est en présence d'une inopposabilité facultative, que la preuve d'une telle connaissance peut conduire plus sûrement au prononcé de l'inopposabilité ; par ailleurs, l'on assiste ici à l'allongement exceptionnel du délai pendant lequel les actes accomplis peuvent être attaqués, délai qui passe ainsi de dix-huit à vingt-quatre mois³⁸⁶.
- L'article 69, 2, de l'Acte uniforme prévoit aussi l'action en rapport qui peut être exercée en cas de paiement d'effets de commerce. La ratio legis de cette action en rapport découle du fait que, traditionnellement, les paiements faits par effet de commerce (lettre de change, billet à ordre) ou par chèque ne sont pas concernés par l'inopposabilité. L'on relève, en effet, non seulement qu'il est fait obligation au porteur de présenter le titre en paiement même s'il connaît la cessation de paiement, mais aussi qu'il ne faut pas donner au tiré un prétexte pour éviter le paiement, ce qui affaiblirait la garantie qu'offre le mécanisme cambiaire et nuirait à la circulation du titre³⁸⁷. On fait remarquer pertinemment qu'il n'est pas juste, toutefois, que l'emploi d'un effet de commerce permette à un créancier, en tirant une traite qu'il ferait accepter par le débiteur, de se procurer un paiement qu'il ne pourrait recevoir directement. Or, il n'est pas permis de faire indirectement ce qu'il est interdit de faire directement³⁸⁸. Il convient de se garder de penser que l'Acte uniforme remet en cause le paiement fait au porteur diligent d'une lettre de change, d'un billet à ordre ou d'un chèque, qui est opposable à la masse. Une action en rapport est de toute façon recevable dans les cas limitativement énumérés par l'article 69, 2, 1° à 5°, de l'Acte uniforme.

³⁸⁶ M. FILIGA SAWADOGO, *op. cit.*, p. 234.

³⁸⁷ *Idem*, p. 235.

³⁸⁸ *Ibid.*, p. 235.

4°. Les actes antérieurs à la période suspecte

L'article 20 de la loi belge sur les faillites pose comme principe que tous actes ou paiements faits en fraude des créanciers sont inopposables, quelle que soit la date à laquelle ils ont eu lieu. Il s'agit là d'une application expresse à la matière des faillites de l'action paulienne.

Le droit uniforme ne permet pas, en revanche, de recourir à cette action. Le recours à celle-ci n'est possible, ici, que par référence au droit commun des Etats membres de l'OHADA.

L'objectif de cette action est la réparation en nature du préjudice causé au créancier demandeur par l'acte frauduleux attaqué. Cette inopposabilité est obligatoire, car dès lors que les conditions en sont réunies, le tribunal doit la prononcer.

Sont visés par la loi, les actes du futur failli par l'effet desquels tout ou partie de ses éléments d'actif échappent au gage commun des créanciers. Ces actes peuvent être posés avant ou après la cessation de paiement, car l'application de la loi ne se limite pas à la période suspecte.

Les conditions de cette action sont celles du droit commun :

- un préjudice éprouvé par les créanciers, tel l'appauvrissement, par l'effet de l'acte, du futur failli en faisant disparaître son patrimoine ou en le diminuant ;
- la fraude du futur failli lorsque le débiteur failli a agi en ayant conscience de ce que l'acte le rendrait insolvable ou moins solvable et que partant ses créanciers seraient préjudiciés.

On ajoute à ces conditions la complicité du cocontractant si l'acte est à titre onéreux ; cette complicité ne sera pas exigée si l'acte est passé à titre gratuit³⁸⁹.

En conclusion à ce point relatif à l'actif de la masse, il apparaît que ce dernier se compose non seulement de biens et droits appartenant au débiteur failli, à l'exception évidemment de ceux dont il n'est pas propriétaire même s'ils sont en sa possession et de tous les biens qui échappent au dessaisissement, mais aussi de biens réintégrés dans la masse grâce à la

³⁸⁹ V. Comm. Charleroi, 26 mars 1996, *J.L.M.B.*, 1997, p. 157, cité par A. ZENNER, *op. cit.*, pp. 759-760. La décision concerne un bail à vie pour un loyer modique consenti par une société à un ancien administrateur.

procédure d'inopposabilité à la masse des actes du failli accomplis pendant la période suspecte et à l'action paulienne.

Tous les créanciers faisant partie de la masse active profitent bien entendu de l'inopposabilité et cela à cause de l'indivisibilité de la masse. L'inopposabilité ne peut, par conséquent, profiter au débiteur failli lui-même, car elle est édictée en vue d'assurer le respect du principe de l'égalité des créanciers et de protéger l'actif constituant le gage commun. C'est pourquoi l'acte incriminé demeure valable dans les relations entre le failli et le tiers avec lequel il a traité à tel point que le tiers qui a rapporté ce qu'il a reçu en paiement rentre dans sa créance originaire et, sous réserve des effets d'une éventuelle excusabilité du failli, le tiers pourra, après la clôture de la faillite de son débiteur, agir contre ce dernier³⁹⁰. Il n'est pas exclu non plus que ce tiers, lorsque l'inopposabilité ne conduit pas à invalider totalement la créance, même vis-à-vis de la masse, produise à titre de chirographaire et participe aux distributions des dividendes avec les autres créanciers dans la masse.

Il est important de savoir aussi que ces inopposabilités ne peuvent améliorer la situation des tiers comme celle de la masse, car lorsque l'acte est déclaré inopposable à la masse, les choses doivent être remises dans l'état où elles se trouvaient avant cet acte³⁹¹.

Qu'en est-il du passif de la masse ?

§3. Le passif de la masse

Nous rappellerons d'abord, de manière sommaire, la consistance du passif de la masse (A) et examinerons ensuite le phénomène de la cristallisation du passif dès la naissance du concours (B). Nous terminerons par la question de savoir comment détermine-t-on ce passif (C).

A. Rappel de la consistance du passif de la masse

En principe, le passif de la masse regroupe toutes dettes de sommes d'argent contractées par le débiteur failli avant le jour du jugement déclaratif de la faillite. Si on y inclut les dettes

³⁹⁰ V. Fr. T'KINT et WERNER DERIJCKE, « Dessaisissement et situation des créanciers en cas de faillite », *loc. cit.*, p. 187.

³⁹¹ V. M. MERSCH, *op. cit.*, pp. 655-656 ; J. Van RYN et J. HEENEN, *op. cit.*, pp. 284-289.

conditionnelles et celles garanties par une hypothèque, un privilège ou un gage, l'exclusion des dettes futures ne fait pas par contre de doute.

On compte également dans la masse les dettes garanties par une sûreté personnelle, car le créancier bénéficiant d'une sûreté personnelle peut produire pour le montant intégral de sa créance telle qu'elle existait au jour du jugement déclaratif. On ne déduira pas les acomptes payés après l'ouverture de la faillite par un codébiteur solidaire ou par une caution. Néanmoins, lorsque le créancier est entièrement payé par un codébiteur (caution ou débiteur solidaire), c'est ce dernier qui produira à la masse³⁹².

Sont, en outre, compris dans la masse les dommages et intérêts dus en raison d'une faute contractuelle, délictuelle ou quasi délictuelle, même si la responsabilité du débiteur failli n'est reconnue que par un jugement postérieur à la faillite ou à la liquidation des biens, car le droit à réparation naît au moment où la faute a causé le dommage³⁹³.

Dans le point qui suit, nous allons analyser les règles et principes gouvernant les dettes, de nature et d'origine diverses, que contracte le débiteur et qui trouvent application le jour même du jugement d'ouverture de la faillite ou liquidation des biens.

B. La cristallisation du passif dès la naissance du concours

Un des principes sacro-saints du droit de la faillite est la fixation du passif au jour du jugement d'ouverture de la faillite. Il impose que les droits des créanciers soient déterminés par référence à l'état de leurs créances au jour de ce jugement. On parle alors, dans ce cas, de cristallisation du passif.

Le principe de cristallisation du passif qui traduit ce phénomène découle, comme l'exprime clairement Mme GREGOIRE³⁹⁴, « de ce que les droits des créanciers en entrant en concours, sont, dans leurs rapports réciproques, figés au moment de leur emprise sur les biens. Idéalement, la liquidation des biens du débiteur doit conduire au même résultat que si elle avait pu être instantanée. Dès qu'ils poursuivent ensemble leur exécution sur les mêmes biens

³⁹² V. J. Van RYN et J. HEENEN, *op. cit.*, p. 298 ; A. ZENNER, *op. cit.*, p. 291.

³⁹³ Voir J. Van RYN et J. HEENEN, *ibid.*, p. 297.

³⁹⁴ M. GREGOIRE, « Le sort des créanciers », *loc. cit.*, p. 382.

du débiteur, le partage entre les droits des créanciers est intellectuellement fixé. La procédure consécutive ne fait que concrétiser ce partage intellectuel. Les créances sont, au moment du concours, arrêtés dans leur évolution et mises en possession d'une part abstraite des biens du débiteur, part que la poursuite de la procédure concrétisera à l'issue des opérations par l'attribution éventuelle d'un dividende ».

Ce principe est posé non seulement pour éviter des situations incertaines ou fluctuantes, mais aussi pour assurer l'égalité de traitement des créanciers. Il découle à la fois des nécessités de la liquidation collective, car celle-ci risque d'être paralysée si les droits de certains demeurent indéterminés et de la règle de l'égalité des créanciers, qui impose de se référer à une date identique pour la fixation des droits de tous³⁹⁵.

Pour que le passif puisse être bien fixé par référence au même moment et ne varie plus, la loi tient ainsi, à l'égard de la masse, toutes les créances exigibles et arrête le cours des intérêts³⁹⁶. Il serait, en effet, impossible, sinon compliqué, de liquider le patrimoine du débiteur failli s'il fallait attendre l'arrivée du terme des créances ou continuer à ajouter au passif de la masse les intérêts de créance.

En somme, la fixation du montant de la créance au jour de la faillite ou liquidation des biens implique que les créances ultérieures au jugement d'ouverture ne peuvent en principe pas être prises en considération. Mais l'on retiendra aussi que la cristallisation du passif au jour de la faillite ou liquidation des biens ne peut conduire à refuser de reconnaître certains droits acquis à cette date mais établis par la suite, ni à refuser indistinctement toute influence aux circonstances postérieures au jour de la faillite ou liquidation des biens³⁹⁷.

³⁹⁵ V. J. Van RYN et J. HEENEN, *op. cit.*, p. 298.

³⁹⁶ V. A. CLOQUET, *op. cit.*, p. 502 ; LUKOMBE NGHENDA, *op. cit.*, p.267 ; A. ZENNER, *op. cit.*, p. 291.

³⁹⁷ V. J. Van RYN et J. HEENEN, *ibid.*, p. 299 ; A. ZENNER, *ibid.*, p. 296.

1°. La déchéance du terme – Fixation du montant de la créance au jour de la faillite ou liquidation des biens

- La règle

Elle est énoncée par l'article 22, alinéa 1^{er}, de la loi belge sur les faillites, qui dispose que le jugement déclaratif de la faillite rend exigibles, à l'égard du failli, les dettes non échues et l'article 76, alinéa 1^{er}, de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, qui pose, à son tour, le même principe lorsqu'il précise que « la décision d'ouverture ne rend exigibles les dettes non échues qu'en cas de liquidation des biens et à l'égard du débiteur seulement ». On est là en présence d'un des effets de la faillite ou liquidation des biens qui permet de cristalliser le passif et, partant, de gérer la liquidation du passif³⁹⁸.

La règle ayant ici et là une portée générale, comme en droit français³⁹⁹, il est sans intérêt de distinguer suivant qu'il s'agit des dettes civiles ou commerciales, chirographaires, privilégiées ou garanties par une sûreté réelle. Aussi devons-nous avoir à l'esprit le fait qu'une dette ne peut être exigible que si elle existe ; les dettes soumises à condition suspensive ne deviennent pas exigibles par le fait de la faillite ou liquidation des biens, car, par définition, il n'est pas certain qu'elles verront le jour⁴⁰⁰.

La règle ainsi énoncée est, en outre, relative, car la déchéance du terme ne s'applique qu'au seul débiteur failli. Ses coobligés et ses cautions gardent pour leur part le bénéfice des termes convenus⁴⁰¹. C'est d'ailleurs pour cette raison que le créancier à terme du débiteur failli qui ne perçoit pas des curateurs ou syndics l'intégralité de sa créance conserve son droit à complet paiement contre le coobligé, une fois le terme échu.

³⁹⁸ Voir pour la justification et la portée de cette règle, J. Van RYN et J. HEENEN, *op. cit.*, pp. 300-301.

³⁹⁹ Voir l'article 160, alinéa 1, de la loi du 25 janvier 1985 qui vise indistinctement « les créances non échues ».

⁴⁰⁰ V. I. VEROUGSTRAETE et al., *op. cit.*, éd. 2003, p. 329.

⁴⁰¹ Il en est ainsi également en droit français où l'on estime que la déchéance du terme est inopposable à la caution, sauf clause contraire de l'acte du cautionnement (Com., 8 mars 1994, *D.*, 1994, p. 557, note E. BAZIN, cité par Y. GUYON, *op. cit.*, p. 373).

- La déduction de l'escompte

Par dérogation au premier alinéa de l'article 22 susmentionné, le législateur belge prévoit au deuxième alinéa dudit article que les dettes non échues et ne portant pas intérêt, dont le terme serait éloigné de plus d'une année à dater du jugement déclaratif, ne sont admises au passif que sous déduction de l'intérêt légal calculé depuis le jugement déclaratif jusqu'à l'échéance⁴⁰².

L'escompte ne s'applique pas aux créances qui portent intérêt, car la suspension de leurs cours est jugée être compensée par l'exigibilité immédiate de ces créances, ni aux créances dont le terme est éloigné de moins d'une année, car les curateurs seraient contraints à des calculs fastidieux par rapport à l'avantage qu'en retirerait la masse⁴⁰³.

2°. L'arrêt du cours des intérêts – Fixation de la créance au jour de la faillite ou liquidation des biens

- Le principe

Il est énoncé par les articles 23 de la loi belge sur les faillites et 77 de l'Acte uniforme précité. Ce principe n'opère qu'à l'égard de la masse. Elle ne modifie en rien les droits du créancier envers le débiteur, ses coobligés ou ses cautions, à l'égard desquels les intérêts continuent de courir. A la clôture de la faillite, les créanciers pourront reprendre leur action, dans la mesure où le failli n'a pas bénéficié d'une décision d'excusabilité (en droit belge).

L'on a déjà eu à souligner qu'au moment de la faillite ou liquidation des biens, les créances sont fixées dans l'état où elles se trouvent, du moins à l'égard de la masse. Une évolution constante du passif, a-t-on dit, rendrait la liquidation de ce passif impossible. C'est pourquoi dès l'instant de la faillite ou liquidation des biens, les droits en cours sont figés sur le patrimoine d'affectation.

⁴⁰² V. Comm. Bruxelles, 30 septembre 1986, *R.D.C.*, 1987, p. 313 ; Trib. trav. Bruxelles, 13 septembre 1989, *J.T.T.*, 1990, p. 361.

⁴⁰³ V. A. CLOQUET, *op. cit.*, p. 503 ; J. Van RYN et J. HEENEN, *op. cit.*, p. 302 ; I. VEROUGSTRAETE et al., *op. cit.*, éd. 2003, p. 330 ; A. ZENNER, *op. cit.*, p. 292.

La raison d'être de cette prescription légale n'est autre que la facilitation des opérations de la faillite ou liquidation des biens⁴⁰⁴.

- Les intérêts visés

La règle vise l'arrêt des cours des intérêts, conventionnels, légaux ou judiciaires, que produit une créance en principal et qui ne sont pas échus avant la faillite ou liquidation des biens, car les intérêts échus avant la faillite peuvent être ajoutés au principal dans la déclaration de créance⁴⁰⁵.

- Les cas des créances garanties par des sûretés réelles ou par des privilèges spéciaux

Les intérêts cessent de courir évidemment dès l'ouverture de la faillite ou liquidation des biens pour les créances ordinaires et pour celles qui ne sont assorties que d'un privilège général.

S'agissant des créances garanties par une sûreté réelle ou par un privilège spécial, leurs intérêts continuent en revanche à courir en droit belge. La règle de l'arrêt du cours des intérêts ne concerne donc pas ici cette catégorie de créance.

On justifie la règle par le fait qu'une solution contraire perturberait le régime de privilège en plus du fait qu'il y a aussi une certaine logique à laisser courir les intérêts en ce qui concerne de telles créances dans la mesure où, par définition, le créancier muni d'un privilège spécial n'entre pas en concours avec la masse en ce qui concerne ses prétentions sur le bien⁴⁰⁶.

C'est pourquoi l'article 23, alinéa 2, de la loi belge sur les faillites précise que 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. Ils ne peuvent donc être recouvrés que sur le produit de la réalisation de ces biens et dans la mesure où ils sont garantis par la sûreté ou par

⁴⁰⁴ On peut lire pour de plus amples informations, P.-M. LE CORRE, *op. cit.*, t. I, p. 469 ; LUKOMBE NGHENDA, *op. cit.*, p. 272 ; J. Van RYN et J. HEENEN, *op. cit.*, p. 300 ; I. VEROUGSTRAETE et al., *op. cit.*, éd. 2003, p. 332.

⁴⁰⁵ V. A. ZENNER, *op. cit.*, pp. 294-295.

⁴⁰⁶ V. I. VEROUGSTRAETE et al., *ibid.*, p. 332.

le privilège spécial⁴⁰⁷. On retiendra également que le calcul des intérêts dus sur les créances garanties ne pourra s'arrêter qu'au jour où le créancier recevra paiement.

Le droit uniforme se distingue remarquablement, pour sa part, du droit belge sur la question en conférant, à l'instar du droit français⁴⁰⁸, en ce qui concerne les créances, une portée absolue à l'arrêt du cours des intérêts : peu importe que la créance soit chirographaire ou garantie par une sûreté (nantissement, hypothèque, privilège)⁴⁰⁹.

Cette règle qui, à notre avis, convient à la procédure de faillite ou liquidation des biens, repose sur le triple fondement suivant⁴¹⁰ :

- au plan technique, il sied de faciliter la connaissance du passif du débiteur ; si les intérêts continuaient de courir, le montant du passif serait fluctuant puisqu'il irait en s'accroissant ;
 - au plan purement logique, invoquer les intérêts là où le remboursement du principal est incertain ne convient pas ;
 - au plan juridique, l'objectif d'égalisation ou de nivellement de la condition juridique des créanciers est atteint.
-
- Les cas des créances garanties par des sûretés personnelles

Nous avons déjà dit que la suspension des intérêts ne vaut qu'à l'égard de la masse. Seule la masse est fondée à s'en prévaloir. Les intérêts continuent, par contre, de courir à l'égard du codébiteur ou de la caution, comme à l'égard du débiteur failli. Mais s'agissant de ce dernier, les intérêts ne pourront être utilement réclamés qu'après la clôture de la procédure à condition que le débiteur revienne à meilleure fortune.

Indiquons pour terminer que l'article 77 de l'Acte uniforme précise que le cours des intérêts se poursuit s'agissant d'intérêts résultant de contrats de prêt conclus pour une durée égale ou

⁴⁰⁷ V. I. VEROUGSTRAETE et al., *op. cit.*, éd. 2003, p. 303 ; A. ZENNER, *op. cit.*, p. 295.

⁴⁰⁸ En effet, l'article 55, alinéa 1, de la loi du 25 janvier 1985 ne distingue pas selon le type de créances. L'on en déduit que toutes les créances antérieures, quelle que soit leur nature, sont concernées (voir Soc., 13 janvier 1999, *Act. proc. coll.*, 1999/4, n° 57, cité par P.-M. LE CORRE, *op. cit.*, t. I, p. 470, qui applique la règle aux créances salariales).

⁴⁰⁹ V. M. FILIGA SAWADOGO, *op. cit.*, p. 203.

⁴¹⁰ *Idem*, p. 203.

supérieure à un an ou de contrats assortis d'un paiement différé d'un an ou plus si la décision a ouvert une procédure de redressement judiciaire. La règle est sans doute maintenue en cas de liquidation des biens, car on espère que la liquidation de l'actif et l'apurement du passif se feront assez rapidement⁴¹¹.

Les deux conséquences de la cristallisation du passif susmentionnées rendent aisées la détermination du passif, dans le cadre de la vérification des créances, et évidemment les répartitions subséquentes.

C. La détermination du passif

1°. Notions

Le législateur organise, en vue de déterminer le passif au paiement duquel sera affecté le produit de l'actif, selon la nature et le rang des créances, une procédure rigoureuse de déclaration et de vérification des créances. La *ratio legis* de cette procédure est d'éviter l'intervention des créanciers fictifs et l'exagération par eux du montant des créances. C'est ainsi que seules seront prises en considération pour les répartitions, les créances qui sont reconnues au terme de cette procédure.

Les règles régissant la déclaration et la vérification des créances sont d'ordre public. Les parties ne peuvent y déroger et le juge doit soulever d'office les moyens que les parties ont omis de faire valoir⁴¹².

Les articles 62 de la loi belge sur les faillites et 78 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif laissent apparaître qu'il y a une obligation généralisée de déclaration. En effet, hormis les créanciers ayant la possibilité de poursuivre un tiers en vue d'être payés (caution, codébiteur, coobligé notamment), tous les créanciers

⁴¹¹ V. M. FILIGA SAWADOGO, *op. cit.*, p. 204. Lire également P.-M. LE CORRE, *op. cit.*, t. I, p. 474, qui souligne que l'article 55, alinéa 1, de la loi française précitée visant, à l'instar de l'article 77 de l'Acte uniforme, les contrats de prêt et les contrats assortis d'un paiement différé doit être interprété restrictivement.

⁴¹² V. A. CLOQUET, *op. cit.*, p. 666 ; L. FREDERICQ, *op. cit.*, p. 369 ; LUKOMBE NGHENDA, *op. cit.*, p. 371 ; A. ZENNER, *op. cit.*, p. 596.

antérieurs voulant faire valoir leurs droits dans la procédure collective sont tenus de produire et ainsi de manifester leur volonté d'appartenir à la masse⁴¹³.

Cette obligation généralisée de déclaration est d'ailleurs nécessaire pour une bonne administration de la faillite ou liquidation des biens, car elle permet à tous les intéressés de se faire une idée plus ou moins complète de la faillite ou liquidation des biens.

Il en résulte qu'aucun créancier ne peut participer à une répartition ou exercer personnellement un droit de préférence s'il n'a pas déposé au greffe du tribunal compétent la déclaration de ses créances avec leurs titres (en droit belge) ou produit ses créances auprès du syndic (en droit uniforme).

2°. La déclaration des créances

a) Notions

La déclaration doit se faire, en Belgique, au plus tard au jour fixé par le jugement déclaratif de la faillite (articles 62, alinéa 1), alors qu'elle doit être faite, en droit uniforme, à partir de la décision d'ouverture et jusqu'à l'expiration d'un délai de trente jours suivant la deuxième insertion dans un journal d'annonces légales ou suivant celle faite au journal officiel, lorsque celle-ci est obligatoire (article 78, alinéa 1, de l'Acte uniforme).

Tous les créanciers étant soumis à cette déclaration, ils seront avertis pour ce faire et feront celle-ci selon les formalités prescrites par la loi. Ils devront évidemment indiquer dans leur déclaration le montant de la créance due au jour de la décision d'ouverture, des sommes à échoir et les dates de leurs échéances.

Un traitement de faveur est accordé, en droit uniforme, à certaines créances en raison de leurs spécificités. En effet, les productions des créances du Trésor public, de l'Administration des douanes et des organismes de sécurité et de prévoyance sociales sont toujours faites sous réserve des créances non encore établies et des redressements ou rappels éventuels. Ces

⁴¹³ M. FILIGA SAWADOGO, *op. cit.*, p. 209. L'article 50, alinéa 1, de la loi française du 25 janvier 1985 énonce également cette obligation de déclaration des créances pesant sur tous les créanciers antérieurs.

créances sont admises par provisions si elles résultent d'une taxation d'office ou d'un redressement, même contestés par le débiteur⁴¹⁴.

Cet avantage accordé à cette catégorie des créanciers résulte du constat selon lequel le respect des dispositions du droit commun susmentionnées serait de nature à ruiner le Trésor public et les autres organismes visés. En réalité, il s'agit d'un choix opéré par le législateur au détriment des autres créanciers en général et, en particulier, des créanciers chirographaires.

L'obligation de déclarer la créance incombe à son titulaire. Elle vise tous les créanciers, y compris les créanciers hypothécaires, privilégiés et gagistes, ainsi que les administrations fiscales et autres. Ainsi, le créancier bénéficiant d'une sûreté spéciale ne pourra exercer ses droits sur les biens, assiette de son privilège, s'il ne produit pas au passif de la faillite ; tel n'était pas le cas sous l'empire de la loi belge de 1851 sur les faillites et sous l'empire du Code de commerce, où les créanciers bénéficiant d'une sûreté spéciale pouvaient, nonobstant la faillite, poursuivre la réalisation de leur gage, sous les réserves des articles 454 et 564 de l'ancienne loi belge sur les faillites.

Cette rigueur de la loi a pour objectif de permettre au curateur ou syndic, au débiteur failli et à tout tiers intéressé, de connaître l'état du passif avec plus de précision et de distinguer les prétentions de chacun, et ce dès le début des opérations de liquidation⁴¹⁵. Si elle intéresse seulement les créanciers antérieurs à la décision d'ouverture, elle ne s'applique cependant pas aux créanciers postérieurs, que sont les créanciers de la masse ou contre la masse, qui font, comme on le verra, l'objet d'un paiement privilégié.

Si le titulaire de la créance néglige de la déclarer, ses créanciers ou les cautions peuvent le faire à sa place. Le créancier gagiste, par contre, est seul qualifié pour déclarer la créance qui fait l'objet d'un nantissement commercial⁴¹⁶.

La déclaration des créances doit être accompagnée de leurs titres, c'est-à-dire des pièces probantes de l'existence de la créance et des sûretés qui la garantissent ou, à défaut de

⁴¹⁴ V. M. FILIGA SAWADOGO, *op. cit.*, p. 211.

⁴¹⁵ V. Ph. GERARD et al., *op. cit.*, p.150. C'est pour cette raison d'ailleurs que le législateur belge n'accorde plus en la matière aucune faveur à certaines catégories de créanciers.

⁴¹⁶ V. A. ZENNER, *op. cit.*, p. 598.

pareilles pièces, d'un exposé des éléments de preuve⁴¹⁷. Tout ceci devra être déposé, en droit belge, au greffe du tribunal qui a déclaré la faillite et, sur demande, le greffier délivrera un récépissé (article 62, alinéa 1^{er}, de la loi belge sur les faillites) ou au syndic directement ou par pli recommandé (article 80 de l'Acte uniforme).

Précisons enfin qu'on ne peut recevoir la déclaration d'une créance dont la cause est illicite (article 1131 du code civil belge)⁴¹⁸.

b) Nature juridique et effets de la déclaration

La déclaration des créances constitue une sommation faite au curateur ou syndic par une personne qui se prétend créancière dans le but d'être admis au passif de la faillite. Elle ne constitue pas en soi une demande en justice⁴¹⁹ étant entendu comme une réquisition d'admission à la faillite ou liquidation des biens pour une somme déterminée. Elle devient, cependant, une demande en justice en cas de contestation et vaut alors citation⁴²⁰. Il en résulte, mais avec des nuances, que cette déclaration interrompt la prescription, fait courir les intérêts moratoires et empêche la péremption d'un jugement par défaut⁴²¹.

Il est, en outre, enseigné qu'une déclaration incomplète ne prive pas le créancier de faire valoir ultérieurement certains droits complémentaires, mais pas tous. Ainsi, le fait de la faire à titre chirographaire n'implique pas qu'on renonce au privilège dont est assortie la créance. De même que faite pour un montant partiel, elle n'implique pas renonciation au solde⁴²².

⁴¹⁷ V. A. ZENNER, *op. cit.*, p. 600 ; A. CLOQUET, *op. cit.*, p. 674.

⁴¹⁸ Dans ce sens, Bruxelles, 11 septembre 1987, *Pas.*, 1988, II, p. 1, concl. subst. proc. gén. P. MORLET.

⁴¹⁹ Comme le soutenait la Cour de cassation française sous l'empire de la loi de 1967 et celle du 25 janvier 1985 non réformée. Mais en réaction contre la jurisprudence de cette Cour et dans un souci de simplification, la loi du 10 juin 1994 prévoit aujourd'hui, à l'article 50, alinéa 2, de la loi du 25 janvier 1985, que « la déclaration des créances peut être faite par le créancier ou par tout préposé ou mandataire de son choix » (voir P.-M. LE CORRE, *op. cit.*, t. I, pp. 527 et s. et les références citées).

⁴²⁰ V. A. CLOQUET, *ibid.*, p. 675 ; J. PERCEROU et M. DESSERTAUX, *op. cit.*, p. 693 ; J. Van RYN et J. HEENEN, *op. cit.*, p. 350 ; A. ZENNER, *ibid.*, p. 601.

⁴²¹ V. Cass., 13 novembre 1997, *R.D.C.*, 1998, p. 103, cité par A. ZENNER, *ibid.*, p. 601. Lire également, pour de plus amples informations, A. CLOQUET, *ibid.*, pp. 675-676 ; P.-M. LE CORRE, *op. cit.*, t. I, p. 531.

⁴²² V. A. ZENNER, *ibid.*, p. 362.

c) Sanction de l'inobservation des formalités

La nullité de la déclaration résulte seulement de l'omission d'une mention essentielle. Ce caractère est reconnu aux mentions permettant de déterminer l'identité du créancier, à l'affirmation de la créance, à l'indication du montant et de la cause de celle-ci ainsi qu'à la signature du déclarant⁴²³.

Il demeure cependant que l'omission peut être réparée avant la clôture du procès-verbal de vérification, car après la clôture, on ne pourra se référer qu'aux formalités prescrites pour les déclarations tardives pour toute rectification.

Le curateur ou le syndic est donc en droit de contester toute créance dont les titres ne sont pas déposés ou dont l'indication d'éléments vérifiables fait défaut.

Quel sort doit-on réserver aux créances déclarées tardivement ?

d) Déclarations tardives

- Notions

Il n'est nulle part contesté l'admission des créances qui n'ont pas été déclarées avant la clôture du procès-verbal de vérification des créances ou dans les délais impartis.

En effet, les créanciers défaillants conservent, en principe, en droit belge, le droit d'agir en admission jusqu'à l'assemblée de clôture de la faillite (article 72, alinéa 2, de la loi belge sous examen). Il est admis, dans le même ordre d'idées, en droit uniforme, que les créanciers forclos (article 79, alinéa 3, de l'Acte uniforme précité), c'est-à-dire les créanciers qui n'ont pas produit dans les délais impartis, peuvent être relevés de forclusion (article 83, alinéa 1^{er}, de l'Acte uniforme).

La forclusion constitue donc ici une sanction grave, mais réversible⁴²⁴. C'est une infraction grave dans la mesure où le créancier qui n'a pas produit dans les délais impartis et non relevé

⁴²³ V. J. Van RYN et J. HEENEN, *op. cit.*, p. 350 ; A. ZENNER, *op. cit.*, p. 602.

⁴²⁴ M. FILIGA SAWADOGO, *op. cit.*, pp. 212-213.

de forclusion ne peut plus participer dans la procédure aux distributions de dividendes, la production étant, on le sait, la condition sine qua non pour ce faire ; son droit est tout simplement ignoré par la masse. La créance pourra toutefois faire l'objet d'une réclamation contre le débiteur une fois la procédure clôturée, encore qu'il faille, pour que la réclamation soit utile, que ce dernier soit revenu à meilleure fortune.

La forclusion reste cependant réversible, car le créancier forclos garde la chance d'être relevé de forclusion s'il respecte les conditions strictes de délai et de preuve. Le relevé de forclusion est accordé, en effet, en droit uniforme, à la demande des créanciers défaillants par décision motivée du juge-commissaire. Celui-ci ne peut le faire que tant que l'état des créances n'a pas été arrêté et déposé dans les conditions prévues à l'article 86 qui prévoit que le juge-commissaire prend à propos de chaque créance une décision d'admission définitive, d'admission provisoire ou de rejet et que l'état des créances est déposé au greffe.

On note que la demande de relevé de forclusion ne peut aboutir que si les créanciers intéressés apportent la preuve que leur défaillance n'est pas due à leur fait, autrement dit qu'elle ne leur est pas imputable ; bref, qu'elle résulte de circonstances extérieures à leur volonté⁴²⁵.

En droit belge, l'action en admission des créanciers retardataires est soumise aux principes du droit commun. En règle, ils doivent, en effet, citer les curateurs devant le tribunal compétent qui a déclaré la faillite en admission de leur créance, en veillant à indiquer dans l'acte introductif les mentions, notamment l'affirmation, prévues par l'article 63.

- Effet des déclarations tardives

Aux fins d'accélérer la liquidation des faillites, la nouvelle loi belge sur les faillites impose aux créanciers une grande diligence en prescrivant, à son article 72, alinéa 2, que les créanciers qui n'ont pas déclaré leurs créances dans les délais prescrits ne peuvent jamais participer aux répartitions ordonnées avant leur demande en admission.

⁴²⁵ M. FILIGA SAWADOGO, *op. cit.*, p. 213.

Cette dernière ne suspend pas, en effet, les répartitions ordonnées et ils ne peuvent prétendre à un dividende que sur l'actif non encore réparti⁴²⁶. La même sanction frappe, on s'en doute, en droit uniforme, les créanciers forclos et non relevé de forclusion.

Le droit d'être admis au passif doit être exercé avant l'assemblée au cours de laquelle les curateurs rendent leurs comptes (article 72, alinéa 2). L'action reste donc recevable après la convocation de cette assemblée, mais elle ne l'est plus par la suite, car l'approbation des comptes confère aux créanciers admis dans la masse un droit irrévocable au dividende qui résulte des comptes approuvés par l'assemblée, sans préjudice des prescrits des alinéas 3⁴²⁷ (prescription extinctive du droit d'agir en admission d'un an à dater du jugement déclaratif) et 4 de l'article cité ci-avant.

Une fois cette première phase de la détermination du passif terminée, on passe à la vérification des créances, qui constitue la seconde phase de cette procédure.

3°. La vérification des créances

a) Notions

Le siège de la matière est constitué par les articles 65 de la loi belge sur les faillites et 84 à 90 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif.

Il s'agit d'une phase capitale pour les créanciers en concours sans la quelle on se serait contenté d'enregistrer les déclarations des créanciers sans pouvoir opérer une discrimination entre celles qui sont fondées et celles qui ne le sont pas⁴²⁸.

En droit belge, en effet, la loi impose aux curateurs d'opérer la vérification des créances en présence du failli ou celui-ci dûment appelé et qu'à l'occasion, le failli soit entendu sur la liquidation de sa faillite.

⁴²⁶ V. A. ZENNER, *op. cit.*, pp. 607-608 ; Ph. GERARD et al., *op. cit.*, pp. 151-152.

⁴²⁷ Article 72, alinéa 3, modifié par l'article 13 de la loi du 6 décembre 2005 (*M.B.*, 22 décembre 2005).

⁴²⁸ M. FILIGA SAWADOGO, *op. cit.*, p. 214.

En droit uniforme, par contre, elle se fait par le syndic, quelle que soit la procédure ouverte, au fur et à mesure des productions, en présence du débiteur, qui connaît bien le passif puisqu'il l'a créé, et des contrôleurs s'il en a été nommé.

Ici et là, les créanciers n'assistent pas à la vérification des créances. Il reste cependant possible, en droit belge, d'ordonner la comparution personnelle du créancier ou de son fondé de pouvoirs ou de toute personne susceptible de fournir des renseignements. Le juge-commissaire n'est habilité à ordonner cette comparution que si les éléments disponibles sont insuffisants pour éclairer les curateurs ; il dressera, dans ce cas, un procès-verbal de leurs dires.

Le curateur ou syndic doit prendre parti sur chacune des créances : il l'admet ou la conteste. La contestation ne doit pas être motivée, car la charge de la preuve incombe au créancier qui produit⁴²⁹.

Le syndic doit, en cas de contestation, aviser le juge-commissaire et le créancier ou le revendiquant concerné par pli recommandé avec accusé de réception ou par tout moyen laissant trace écrite. Cet avis du syndic doit préciser, au regard de l'article 85, alinéa 1^{er}, de l'Acte uniforme, l'objet et le motif de la discussion ou de la contestation, le montant de la créance dont l'admission est proposée ainsi que la reproduction intégrale du texte de l'article 85.

Le juge-commissaire ne contrôle simplement que la régularité des opérations. Il joue un rôle capital dans cette phase, en droit uniforme surtout, car c'est lui qui soit admet la créance, en précisant si cette admission est définitive ou provisoire et si elle est faite à titre chirographaire ou avec le bénéfice d'une sûreté et si oui laquelle, soit rejette la créance en motivant cette décision de rejet, et après avoir entendu les parties intéressées, spécialement le créancier, soit, enfin, rend une décision d'incompétence parce que la créance fait l'objet d'une contestation qu'il ne peut pas trancher, par exemple si la contestation porte sur une question de propriété immobilière⁴³⁰.

⁴²⁹ V. A. ZENNER, *op. cit.*, p. 605.

⁴³⁰ M. FILIGA SAWADOGO, *op. cit.*, p. 216.

On retiendra, en outre, que l'admission se fait sous réserve de contredit à la séance de clôture du procès-verbal de vérification.

b) Séance de clôture de la vérification

Aux termes de l'article 67 de la loi belge sur les faillites⁴³¹, « *les procès-verbaux de vérification des créances à déposer au greffe sont dressés par les curateurs et signés par eux-mêmes et par le juge-commissaire* ». Le premier procès-verbal de vérification doit, en effet, être déposé au greffe par les curateurs au plus tard à la date fixée dans le jugement déclaratif de faillite⁴³².

En droit uniforme, en revanche, l'état des créances vérifié et signé par le juge-commissaire est déposé au greffe. Dès le dépôt de cet état des créances, le greffier avertit immédiatement les créanciers et revendiquants de ce dépôt par une insertion au journal officiel contenant indication du numéro du journal d'annonces légales dans lequel a été faite la première insertion. Il adresse, en outre, aux créanciers une copie intégrale de l'état des créances.

c) Contredits

- Principes

Il est évident que le failli et les créanciers, ou du moins ceux qui peuvent espérer se voir attribuer une partie du produit de la réalisation de l'actif, ont intérêt à veiller à ce que d'autres créanciers ne se fassent pas admettre au passif pour des montants exagérés et à ce que les privilèges reconnus ne le soient pas à leur détriment⁴³³. C'est pourquoi la loi leur donne le droit d'intervenir dans la vérification des créances par la procédure du contredit pour sauvegarder leurs droits envers des prétentions excessives d'autres créanciers.

⁴³¹ Cet article est applicable à partir du 1^{er} janvier 2006 conformément à l'article 10 de la loi du 6 décembre 2005.

⁴³² Articles 68, alinéa 1^{er}, de la loi sur les faillites, applicable à partir du 1^{er} janvier 2006 conformément à l'article 11 de la loi du 6 décembre 2005. L'article 11, alinéa 2, de la même loi, applicable à partir du 1^{er} janvier 2006 conformément à l'article 2 de la loi du 6 décembre 2005, précise que « *ce moment est fixé de manière à ce qu'il s'écoule cinq jours au moins et trente jours au plus entre l'expiration du délai accordé pour la déclaration des créances et le dépôt du premier procès-verbal de vérification* ».

⁴³³ Voir A. ZENNER, *op. cit.*, p. 609.

L'alinéa 3 de l'article 68 précité prévoit qu'à l'issue de la séance, le juge-commissaire renvoie au tribunal de la faillite les contestations relatives aux créances non admises. Les créanciers contestés en sont, au regard de l'alinéa 4 dudit article, avisés par les curateurs par écrit ; ces derniers les informent par la même occasion qu'ils seront convoqués ultérieurement, par lettre recommandée à la poste, à comparaître devant le tribunal pour entendre statuer sur les contestations.

Le droit uniforme prévoit également qu'après le dépôt de l'état des créances, après publicités et avis, les créanciers, les revendiquants, le débiteur ou toute personne intéressée, peuvent, en respectant les délais, former opposition contre la décision du juge-commissaire, le traitement de cette opposition étant étroitement lié à la juridiction compétente, qui peut être celle de la procédure ou une autre juridiction⁴³⁴.

Il est admis que les créanciers retardataires ne peuvent contester une créance admise dans le procès-verbal de vérification⁴³⁵. Avec raison d'ailleurs, car le contraire porterait atteinte à la rapidité de la procédure collective.

- Formes

Dans le mois du dépôt du procès-verbal de vérification dans lequel figure la créance ou dans lequel les curateurs ont déclaré ou contesté une créance réservée (en droit belge) et dans les quinze jours à dater de l'insertion dans un journal d'annonces légales ou de la réception de l'avis prévu par l'article 87 (en droit uniforme), les contredits peuvent être formés par le failli et les créanciers (en droit belge) et par les revendiquants, les créanciers, le débiteur ou toute personne intéressée (en droit uniforme), par exploit d'huissier signifié aux curateurs et au créancier dont la créance est contredite (en droit belge)⁴³⁶ et par voie d'opposition, formée directement auprès du greffe ou par acte extrajudiciaire adressé au greffe, contre la décision du juge-commissaire (en droit uniforme)⁴³⁷.

⁴³⁴ V. M. FILIGA SAWADOGO, *op. cit.*, pp. 217-218.

⁴³⁵ V. A. CLOQUET, *op. cit.*, p. 690 ; J. Van RYN et J. HEENEN, *op. cit.*, p. 355 ; A. ZENNEER, *op. cit.*, p. 609.

⁴³⁶ Article 69, alinéa 2, de la loi sur les faillites, applicable à partir du 1^{er} janvier 2006 conformément à l'article 12 de la loi du 6 décembre 2005. Cette disposition précise que l'exploit contient citation des curateurs et du créancier ainsi que du failli devant le tribunal aux fins d'entendre statuer sur la créance faisant l'objet du contredit ; le failli est averti par les curateurs, par invitation à comparaître.

⁴³⁷ Article 88, alinéa 1^{er}, de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif.

Il va sans dire que les dépens ne constituent une dette de la masse que si la contestation soulevée par le curateur ou syndic est rejetée.

On l'aura compris, et comme le précise expressément l'article 84, alinéa 1^{er}, de l'Acte uniforme, la vérification des créances et revendications est obligatoire quelle que soit l'importance de l'actif et du passif.

Les droits belge et uniforme se distinguent remarquablement, en la matière, du droit français, qui prévoit qu'il n'est pas procédé à la vérification du passif chirographaire lorsqu'il apparaît que l'actif sera absorbé par les frais de justice et les créances privilégiées en cas de cession ou de liquidation judiciaire (article 99 de la loi française du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises).

Les exigences de ces deux droits précités permettent en tout cas de mieux établir la consistance exacte du passif et de trouver éventuellement des éléments qui peuvent servir de base à une action en responsabilité contre des dirigeants ou contre des tiers⁴³⁸.

Qu'advient-il lorsqu'une créance est admise ou rejetée ?

4°. Effets de l'admission ou du rejet des créances

Pour la célérité et la sécurité du règlement collectif de la masse des créances, l'admission de la créance au passif dans le procès-verbal de vérification est irrévocable⁴³⁹. C'est pourquoi l'admission une fois faite, l'existence et la cause de la créance, son montant et les sûretés et privilèges qui la garantissent⁴⁴⁰ sont à l'abri de toute contestation nouvelle, par qui que ce soit, même en cas d'erreur substantielle. De son côté, le créancier ne peut demander une admission supplémentaire fondée sur la même créance⁴⁴¹.

⁴³⁸ V. M. FILIGA SAWADOGO, *op. cit.*, p. 214.

⁴³⁹ Dans ce sens, Cass., 13 juin 1985, *Pas.*, 1985, I, p. 1300, concl. av. gén. J. VELU ; *J.T.*, 1985, p. 508 ; *R.W.*, 1985-1986, col. 1383 ; *R.C.J.B.*, 1987, p. 542 et note J.-M. NELISSEN GRADE.

⁴⁴⁰ Voir Anvers, 30 octobre 1984, *R.D.C.*, 1985, p. 488 ; Liège, 10 février 1989, p. 590, cité par A. ZENNER, *op. cit.*, p. 612.

⁴⁴¹ V. A. CLOQUET, *op. cit.*, pp. 680-684 ; M. FILIGA SAWADOGO, *ibid.*, p. 218 ; J. Van RYN et J. HEENEN, *op. cit.*, pp. 356-357 ; A. ZENNER, *ibid.*, p. 612.

On notera toutefois que les effets de l'admission sont limités à ce qui a été déclaré, vérifié et admis⁴⁴² d'une part et que, d'autre part, elle peut être annulée lorsqu'elle repose sur le dol ou la fraude du produisant ou d'actes viciés par le dol ou la fraude, lorsque des règles d'ordre public ont été méconnues, ou lorsque la force majeure a empêché la manifestation de la vérité⁴⁴³.

En outre, lorsque l'admission résulte d'un jugement, en cas de contestation mal fondée ou de déclaration tardive, elle emporte les effets de la chose jugée : elle ne peut être rétractée que dans la mesure où le jugement lui-même est susceptible de recours⁴⁴⁴.

On remarquera également que la créance définitivement rejetée de la masse ne peut plus être invoquée. Le principe prévaut même contre le failli, à moins que le rejet ne soit fondé sur une disposition dont il ne peut tirer profit, tels, par exemple, les articles 17 à 20 de la loi belge sur les faillites relatifs aux inopposabilités de la période suspecte et à l'action paulienne⁴⁴⁵.

Il convient de mentionner, enfin, que l'admission d'une créance au passif ne peut être opposée aux codébiteurs solidaires ou aux cautions qui n'ont pas été appelés à la cause⁴⁴⁶.

En conclusion à cette section et à cette première partie, il apparaît que les règles et principes régissant la composition de la masse, en ses aspects actif et passif, analysées ci-dessus montrent que l'ouverture de la procédure de faillite ou liquidation des biens produit des effets énergiques sur les créanciers, qui sont, dès la naissance du concours, soumis à une discipline collective entraînant dans une certaine mesure le nivellement de leur situation juridique.

De manière globale, il était question, dans cette partie, d'examiner les règles et principes fondamentaux régissant le concours et l'égalité des créanciers résultant de la déclaration de faillite (en droit belge) ou liquidation des biens (en droit uniforme) aux fins de montrer qu'ils sont institués dans l'intérêt de tous les créanciers en concours et ne peuvent par conséquent

⁴⁴² Le créancier qui a omis de déclarer une sûreté spéciale ou une autre créance peut réparer son oubli (voir Anvers, 30 octobre 1984, précité).

⁴⁴³ Voir pour les tempéraments au principe de l'irrévocabilité de l'admission, M. FILIGA SAWADOGO, *op. cit.*, pp. 218-219 ; A. ZENNER, *op. cit.*, pp. 612-613.

⁴⁴⁴ V. J. Van RYN et J. HEENEN, *op. cit.*, pp. 358-359 ; A. ZENNER, *ibid.*, p. 613.

⁴⁴⁵ V. J. Van RYN et J. HEENEN, *ibid.*, p. 360 et A. ZENNER, *ibid.*, p. 614.

⁴⁴⁶ Dans ce sens, Anvers, 13 mars 1989, *Pas.*, 1989, II, p. 238.

constituer le fondement du sacrifice particulier réservé aux créanciers chirographaires en cas de faillite ou de liquidation des biens.

L'organisation actuelle ainsi que les conséquences du concours et de l'égalité des créanciers entraînés par la déclaration de faillite ou liquidation des biens en témoignent. Il suffit de penser au dessaisissement et à la formation de la masse dès la naissance du concours pour s'en rendre compte. En effet, la modification du statut des biens du débiteur qui donne naissance au dessaisissement commande de mettre ce débiteur hors d'état de porter atteinte à la consistance de ses actifs dont la valeur est dorénavant réservée au paiement des créanciers participant à la saisie collective et justifie partant la nomination d'un gestionnaire de liquidation.

En outre, le groupement, obligatoire et légal, des créanciers en une masse où viennent se fondre leurs droits de gage individuels emporte la prohibition des actions individuelles et quasi anarchiques, caractéristiques de la période précédant l'ouverture de la procédure. Il s'installe dès lors une stricte égalité entre les créanciers, qui se traduit par le fait qu'aucun créancier ne peut plus se tailler, une fois la procédure ouverte, une situation meilleure que celle de l'autre.

Un tempérament, qui fera l'objet des développements postérieurs, est toutefois apporté à cette règle de l'égalité par la règle de concours selon laquelle les biens du débiteur constituent le gage commun de ses créanciers, et le prix s'en distribue entre eux par contribution, à moins qu'il n'y ait entre les créanciers des causes légitimes de préférence.

C'est cette brèche ouverte par cette exception qui est, on le verra, à la base des misères des créanciers chirographaires en cas de faillite ou liquidation des biens, car seul un dividende dérisoire leur est réservé au moment de la répartition, lorsque, bien entendu, la faillite ou liquidation des biens ne se solde pas par un complet déficit.

Doit-on conclure que la faillite ou liquidation des biens consacre ainsi le sacrifice de la masse des créances chirographaires au profit des intérêts des titulaires de droits particuliers ? La réponse négative s'impose d'emblée. Car les procédures collectives, et encore moins la procédure de faillite ou liquidation des biens, ne sont pas faites, comme on vient de le voir,

pour sacrifier les créanciers chirographaires à l'autel des intérêts des créanciers titulaires de droits particuliers.

Leur objectif primordial est, rappelons-le, lorsque tout sauvetage de l'entreprise est impossible, d'organiser sa liquidation dans des conditions qui, idéalement, doivent être telles que les créanciers – dont la considération des intérêts doit avoir la priorité – soient désintéressés le plus complètement et le plus rapidement possible. Cet objectif montre à lui seul, en effet, qu'il n'est ni juste ni équitable que les créanciers chirographaires soient systématiquement sacrifiés en cas de faillite ou liquidation des biens.

Il ne s'oppose certainement pas par ailleurs à toute recherche de solution pouvant non seulement améliorer la situation de ces derniers, mais aussi rendre effectif ledit objectif devenu illusoire et utopique aux yeux des créanciers chirographaires.

Mais, avant d'en arriver là, nous allons d'abord analyser les différentes exceptions au concours et à l'égalité des créanciers en cas de faillite ou liquidation des biens et en tirer les conséquences qui s'imposent par rapport surtout aux créanciers chirographaires. Il sera alors peut-être plus aisé de comprendre pourquoi nous soutenons que l'issue de la procédure de faillite ou liquidation des biens est douloureuse surtout pour les créanciers chirographaires, alors qu'elle est, au départ, comme on vient de le voir, instituée pour eux.